

Anais de Artigos Completos - Volume 5 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

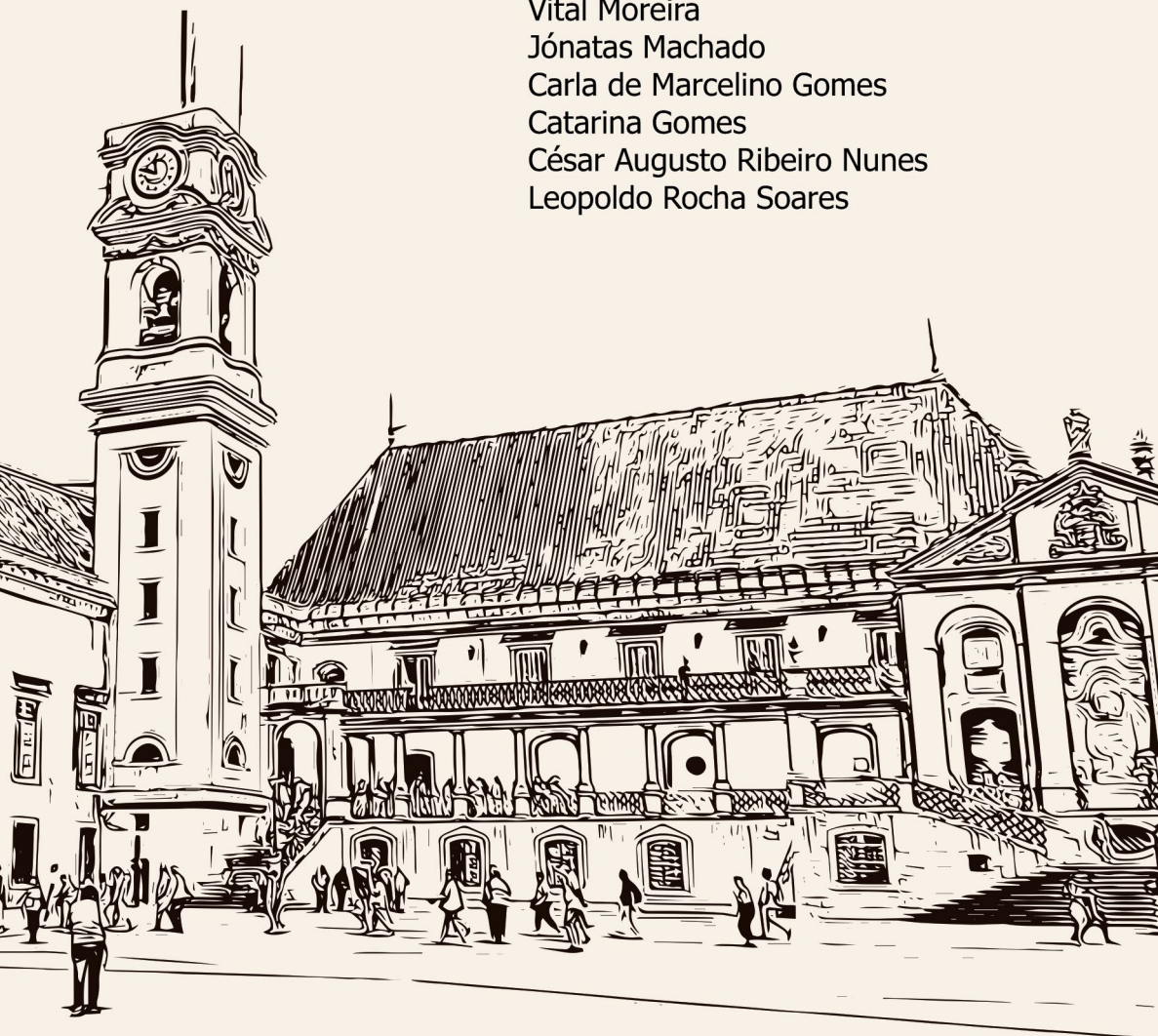
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



www.cidhcoimbra.com
ISBN 978-65-89537-20-5



VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI
CIDHCoimbra 2021
VOLUME 5**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Gláucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As Editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 5 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiá: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

424 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-20-5 / 978-65-86051-73-5

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 5 - Composição dos Simpósios:

<p>Simpósio n.º. 40</p> <p>DIREITOS HUMANOS, OPINIÕES VOLÁTEIS, FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL, SOCIAL E AMBIENTAL</p> <p>Coordenadores: Luiz Alberto de Farias e Benedita de Fátima Delbono</p>
<p>Simpósio n.º. 42</p> <p>O PROCESSO PENAL HUMANITÁRIO NOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Leonardo Augusto Marinho Marques e Jamilla Monteiro Sarkis</p>
<p>Simpósio n.º. 45</p> <p>NOVAS TECNOLOGIAS E JUSTIÇA CRIMINAL: A TUTELA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL</p> <p>Coordenadores: Túlio Felipe Xavier Januário e Matheus de Alencar e Miranda</p>
<p>Simpósio n.º. 46</p> <p>GEOPOLÍTICA, DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA</p> <p>Coordenadores: Cássius Guimarães Chai e André Bortolon Gonçalves</p>
<p>Simpósio n.º. 48</p> <p>VIOLÊNCIA, SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Sidney Guerra e Tatiana Cardoso Squeff</p>
<p>Simpósio n.º. 49</p> <p>DIREITOS HUMANOS, SEGURANÇA PÚBLICA E NOVAS TECNOLOGIAS</p> <p>Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Gracieli Nielsson</p>
<p>Simpósio n.º. 50</p> <p>INTERVENÇÃO JUDICIAL NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</p> <p>Coordenadores: José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins e Luiz Henrique Boselli de Souza</p>
<p>Simpósio n.º. 51</p> <p>FUNÇÃO PRESTACIONAL E FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DO DIREITO À MORADIA</p> <p>Coordenadores: Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo</p>

ISBN: 978-65-89537-20-5

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

SUMÁRIO

A Ameaça das Fake News Para a Democracia e os Direitos Humanos na Era do Tecnopopulismo.....	11
José Adércio Leite Sampaio e Lavínia Assis Bocchino	
Importância da Responsabilidade Social na Proteção dos Direitos Humanos: um olhar sobre o aumento da pobreza na atualidade.....	23
Iolanda Faustino Félix	
Publicidade, Transparência e Participação como Princípios Essenciais no Licenciamento Ambiental	35
Paulo Henrique Camargos Trazzi e Rafael Mello Portella Campos	
Responsabilidade Social Empresarial e a Inclusão da Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: para Além do Dever Legal.....	44
Maria da Conceição Lima Melo Rolim	
O Respeito às Garantias Materiais e Processuais dos Investigados e dos Acusados Como Manifestação da Legitimidade dos Procedimentos Internacionais Penais...	52
Marina Goulart de Queiroz	
Realização de Audiência de Custódia por Meio Virtual: Existe o Direito à Presença Física do Conduzido em Face da Convenção Americana de Direitos Humanos? .	65
Paola Alcântara Lima Dumont	
A Publicidade Opressiva em Julgamentos Criminais e a Violação do Direito Fundamental a um Julgamento Justo e Imparcial	75
Bárbara Silveira Silva Lage	
Alternativas Prisionais Enquanto Violadoras de Direitos	87
Pollyanna Maria de Oliveira	
Estado de Coisas Inconstitucional: os efeitos do seu reconhecimento e declaração no sistema prisional brasileiro	99
Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyoe Allana Regina Andrade Kinjyo	
As Contradições Processuais na Operação Lava Jato e a Prática De <i>Lamfare</i> : Ameaças ao Direito a um Julgamento Justo.....	113
Igor Alves Noberto Soares	
Dados Telemáticos no Caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”: Violações à Privacidade em Tempos de Vigilância	125
Jamilla Monteiro Sarkis	

Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: os direitos fundamentais afetados pela tecnologia e a experiência estrangeira	139
Ana Letícia Manfrim Rohden	
Investigações Empresariais, Novas Tecnologias e Proteção de Dados: <i>Standards</i> da Lei Geral de Proteção de Dados para a Realização de Investigações Corporativas ...	151
Paula Brener e Gabriella Martins Damasceno	
Reconhecimento Facial por Inteligência Artificial e Princípio da Inocência - Investigações em Torno dos Processos Penais Brasileiro e Comparado	161
Gabriela Mendes Machado e Vinícius Diniz Monteiro de Barros	
Cooperação Judiciária em Matéria Penal e a Observância de Direitos Fundamentais	176
Mário Simões Barata	
Novas Tecnologias e Justiça Criminal: a mesclagem de banco de dados geridos pelo Executivo, Legislativo e Judiciário em prol do banco multibiométrico	185
Raissa de Cavassin Milanezi	
O Crime na Faixa de Fronteira	194
Silmara Cosme Cravo	
A Criminalização das Violações a Preceitos Constitucionais Fundamentais Expressos, Implícitos e Decorrentes	203
José Cláudio Pavão Santana	
Violência Contra a Mulher e Sua Dimensão Psíquica: interseção criminológica entre dialética freudiana e função social do Direito Penal	216
Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha e Lara Carrera Arrabal Klein	
Violencia, Seguridad Social y Derechos Humanos en Crisis Migratorias Entre España y Marruecos	226
Stella Méndez Sepassipour	
Conciliação Penal Via Núcleos Especiais Criminais: a promoção de Direitos Humanos a partir de uma análise sistêmica das comunicações políticas e jurídicas	236
Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa	
Violência e Letalidade Policial em São Paulo: a negação da dignidade da pessoa humana (1985-2020)	251
Luís Antônio Francisco de Souza e Thaís Battibugli	

¿Los Derechos Humanos y La Insignia? Una Descripción Comparativa de La Tensión Paradójica Entre La Brutalidad de Los Agentes del Orden Público y Los Derechos Humanos en Estados Unidos y Brasil.....	263
Pablo Sartorio	
A Letalidade Policial no Brasil na Contramão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: necessários diálogos com o caso Favela Nova Brasília V. Brasil....	276
Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak	
Audiências de Custódia, Violência Policial e Tortura no Âmbito do Processo de Responsabilização Juvenil Brasileiro	287
Ana Paula Motta Costa e Victória Hoff da Cunha	
Monitoração Eletrônica: uma alternativa para o cumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha	297
Mariana Chini e Milena Cereser da Rosa	
Quebra de Sigilo de Dados Telemáticos, Segurança Pública e Direitos Humanos	307
Rafael Siqueira Lima Rabelo e Quésia Pereira Cabral	
Controlando a Liberdade e Liberando o Controle: monitoramento eletrônico e Direitos Humanos no Brasil	318
André Giovane de Castro	
Inovações Tecnológicas no Judiciário Brasileiro: o Conselho Nacional de Justiça na promoção dos Direitos Humanos.....	331
Tânia Regina Silva Reckziegel	
O Videomonitoramento na Segurança Pública e os Perigos Frente aos Direitos Fundamentais: uma análise da Nova Estratégia de Segurança Pública (NESP)....	341
Matheus da Silva	
O Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente Como Fundamento Para Intervenção do Judiciário em Questões de Direitos Fundamentais Sociais no Brasil ..	353
Camila Savaris Cornelius	
Litígios Judiciais Para a Efetivação de Direitos Humanos, Multipolaridade e Participação Social.....	366
Marcos Vinicius Sales dos Santos e Vivian Leinz	
Intervenção do Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Moradia	378
Luana Perissinotto Alves	
Habitação Adequada Como Fator de Desinvisibilização Social	391
Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior	

O Enfraquecimento de Políticas Estatais Para a Manutenção do Direito à Moradia na América Latina Frente à Pandemia do Novo Corona Vírus.....	399
Carlos Magno Sousa de Lima Freitas	
A Atividade de Fomento no Programa Habitacional Minha Casa, Minha Vida...	411
Andrei Meneses Lorenzetto e Joyce Finato Pires	

A AMEAÇA DAS FAKE NEWS PARA A DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS NA ERA DO TECNOPOPULISMO

José Adércio Leite Sampaio e Lavinia Assis Bocchino

José Adércio Leite Sampaio

Pós-doutor em Direito pela Universidad de Castilla la Mancha. Professor em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador Regional da República. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>.

Lavinia Assis Bocchino

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Membro do Grupo de Pesquisa Algotatr.IA, coordenado pelo Dr.Prof. José Adércio Leite Sampaio. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1295-3442>.

Resumo:

Na era do tecnopopulismo, a qualidade epistêmica do debate eleitoral e os direitos humanos estão sob ameaça, devido às manobras de atores populistas para permanecerem no poder, combinadas a uma tecnologia de ponta que atua na coleta indevida dos dados de eleitores, por intermédio das plataformas de mídia, para a criação de propaganda micro direcionada e disseminação de *fake news* (desinformação) em massa nas redes sociais. Essas técnicas abusam do direito à liberdade de expressão ao manipular a opinião pública e impedir o acesso às informações verídicas, além de violar a privacidade do eleitor. A partir de estudos documental, bibliográfico e comparativos com outros países para investigar como identificar o problema e pensar em soluções, o presente trabalho visa encontrar meios eficazes e viáveis para combater esses mecanismos, no âmbito das eleições brasileiras, a fim de assegurar os direitos humanos e a democracia.

Palavras-chave: Direitos Humanos fundamentais; Democracia; Tecnopopulismo; Fake news (Desinformação); Métodos de combate.

1. Introdução

Os estudos acerca do tecnopopulismo, combinação do populismo tradicional com os algoritmos, têm revelado os sérios riscos e fragilidades por que

atravessa a democracia, a merecer um aprofundamento que possibilite identificar instrumentos que o enfrentem. O uso das *fake news* por atores populistas é um dos meios mais poderosos na deliberada estratégia de ‘relativizar’ a história e de compor um quadro de narrativas autocentradas sobre a política. A esfera pública informada, base da democracia, torna-se um fragmento de ‘versões’ de virtualidades e realidades não traduzíveis entre si, a minar a qualidade epistêmica do debate político. O fenômeno, identificado em democracias mais bem consolidadas, põe em crise a democracia ainda adolescente no Brasil.

Durante as eleições brasileiras de 2018, as plataformas digitais como Facebook e o Whatsapp foram utilizadas de modo indevido por atores populistas, para disseminação de notícias falsas, que, devido à velocidade da internet, propagaram-se muito mais rapidamente do que os instrumentos legais capazes de identificá-las, de contê-las e de punir os responsáveis por sua circulação.

O objetivo geral da pesquisa é encontrar meios eficazes para combater as *fake news* no âmbito dessa onda populista em crescente no mundo e, particularmente, no Brasil, a fim de proteger e garantir os direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão, participação, igualdade, acesso à informação, privacidade, pluralidade para que se possa alcançar, verdadeiramente, o exercício do voto livre de máculas, garantindo a legitimidade da soberania popular. Os métodos de pesquisa utilizados foram o documental e o bibliográfico, de origem nacional e estrangeira, com análise de gráficos, participação em palestras, leitura de livros, artigos, jornais e periódicos, como também visualização dos documentários correlatos.

Parte-se da hipótese de que o investimento de educação digital é o mais poderoso e duradouro antídoto às ‘verdades alternativas’ e aos ‘mundos paralelos’ contrailuministas, difundidos pelas *fake news*. Uma educação que seja capaz de levar os cidadãos a desenvolverem um ‘ceticismo emocional’ em sua relação com as mensagens transmitidas por meio das plataformas digitais. Como instrumento imediato, argumenta-se que devem ser criados recursos normativos, institucionais e logísticos que sejam capazes de permitir o sistema de justiça a prevenir a difusão da ‘desinformação’ e promover a persecução sancionatória (eleitoral e, eventualmente, civil e penal) de candidatos, mandatórios e apoiadores, com auxílio da técnica ‘*follow the money*’ (siga o dinheiro). Essa estratégia vem se mostrando eficaz no combate às *fake news*, pois rastreia e expõe as empresas e entidades que financiam veículos de informação.

No Brasil, a experiência original da conta ‘Sleeping Giants Brasil’ no Twitter mostrou as potencialidades dessa técnica. O ‘perfil’ mapeou parte do dinheiro que financiava a indústria das *fake news*, e serviu de apoio e exemplo ao Judiciário e ao Congresso Nacional no combate à desinformação. A atuação de controle se deve dar, no entanto, com cuidado a um dos mais valiosos ‘cristais’ da democracia, a liberdade de expressão.

As soluções devem levar em consideração as diferentes dimensões dessa

liberdade e a adequabilidade do direito sancionador a suas manifestações, de forma a não se converterem em censura. O Direito Penal somente deve ser mobilizado em situações graves e de combate ao tecnopopulismo. Podem ser empregadas, a propósito, mecanismos como a ‘retirada do ranking de páginas’ e a ‘retificação’ para desnudar as notícias falsas, desde que a checagem dos fatos seja feita por agências imparciais e independentes. As agências de checagem de fatos, como a ‘Tai Nalon’ e ‘Aos Fatos’, no Brasil, já têm assumido um papel significativo nesse sentido. No entanto, mesmo com a utilização de inteligência artificial para checagem, ainda há mais notícias falsas do que ‘checadores’ e a propagação dessas notícias continua a dominar o cenário digital, a alimentar os tecnodemagogos e por em risco a democracia.

2. Populismo: suas origens e significado

O populismo não é algo dos dias atuais, segundo Marcello Baquero (2010), o termo já era comum desde o século XVII, nos Estados Unidos, devido aos movimentos políticos dos comerciantes rurais diante das crises econômicas. Para Alberto Aggio (2019), advém da segunda metade do século XIX, na Rússia czarista, com o fenômeno *narodnik* ou movimento populista russo. Posteriormente, no início da Grã-Bretanha vitoriana, no período entre guerras do século XX, com os movimentos fascistas e o Poujadismo na França (COX, 2017). Contudo, alerta Ricardo César de Andrade (2000) que as referidas expressões populistas não devem ser tomadas como paradigmas para o populismo da América Latina.

De acordo com Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser (2013), na América Latina, é possível identificar três “ondas” de populismo: (1) “populismo clássico”, de 1940 a 1960, que trava-se da colisão entre trabalhadores e oligarquias, como foi o caso, por exemplo, de Getúlio Vargas no Brasil e Juan Domingo Perón na Argentina; (2) “populismo neoliberal”, por volta de 1990, com o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC), no Brasil, Alberto Fujimori, no Peru, e Carlos Menem, na Argentina; (3) “populismo radical de esquerda”, a partir dos anos 2000, que ocorreu como uma forma de resistência ao neoliberalismo, nos governos de Hugo Chávez, na Venezuela, e Evo Morales, na Bolívia, por exemplo.

O populismo possui um caráter “camaleônico”, ou seja, se altera conforme as circunstâncias geográficas e temporais, de acordo com suas três dimensões, material, política e simbólica, das quais pode haver uma disposição inclusiva ou excludente (MUDDE e KALTWASSER, 2013). A dimensão material é caracterizada pela distribuição de recursos públicos a determinados grupos sociais, quando grupos específicos são propositalmente excluídos desses recursos ocorre exclusão material, regra geral, países com sentimento anti-imigração, como Estados Unidos, Europa Ocidental e Oriental, excluem imigrantes e refugiados em prol do bem-estar social de seu “próprio povo”. Por outro lado, quando determinados grupos são selecionados para receberem

mais, dá-se a inclusão material, como é o caso de países de América Latina, que para assegurar os hipossuficientes economicamente promovem políticas sociais para melhor distribuição de renda (MUDDE e KALTWASSER, 2013).

Quanto à dimensão política, exclusão e inclusão referem-se à participação eleitoral e à contestação pública. Na América Latina há uma política de inclusão, na qual se preocupa mais com a criação de medidas que deem voz aos marginalizados do que com o direito de voto, ou seja, prevalece uma demanda por uma democracia radical. Enquanto que na Europa, os populistas acreditam que apenas as eleições não suficientes para defender o ‘povo’ da conspiração da ‘elite’, sendo necessários novos instrumentos, como o recall e referendos, contra a ameaça dos imigrantes (MUDDE e KALTWASSER, 2013).

Por fim, na dimensão simbólica, há uma distinção entre povo e elite, de modo que um tenha que excluir ou incluir o outro. Na América Latina, o discurso populista defende o anti-elitismo e protege o povo, tentando abranger grande parcela da população. Na Europa, os populistas de direita radical defendem a política anti-imigrantes para proteger uma maioria silenciosa (MUDDE e KALTWASSER, 2013).

Luciano Rennó (2019) aponta que o populismo de direita dos Estados Unidos ou de alguns países da Europa está mais relacionado a uma política anti-imigração. Já no Brasil, o populismo de direita atrela-se mais a uma política anti-ideologia, por exemplo, de raça, gênero e religião. Para o autor enquanto que o populismo de esquerda age contra as elites econômicas, voltado às políticas de distribuição de renda e, atualmente, tem uma maior preocupação com a inclusão de identidade, o populismo de direita defende o sentimento nacionalista, anti-esquerda e medidas mais rígidas para garantir a ordem. Contudo, o populismo, seja de esquerda ou de direita, ou até mesmo de centro, segundo o autor, se fortalece diante de crises econômicas e de representação política, com a ascensão do líder populista carismático que possui uma retórica de grupos, o ‘povo’ contra uma ‘elite corrupta’, anti-sistema e utiliza dos meios de comunicação em massa para propagar seu discurso (RENNÓ, 2019).

No Brasil, os estudos sobre o populismo, que se iniciaram em 1950, com um grupo de cientistas sociais, a posteriori conhecidos como Grupo Itatiaia (GOMES, 2001), partem, principalmente, da Revolução de 1930, quando Getúlio Vargas assume o poder. Segundo o historiador Jorge Ferreira (2001), as expressões ‘populismo’ e ‘populista’ apenas começaram a ser utilizadas, ainda timidamente, em meados de 1945 a 1964, e a rigor não possuíam um significado ofensivo. Em sentido teórico, houve o populismo de 1ª geração, por volta de 1950 a 1960, caracterizado pelo êxodo rural e marcado pela teoria da modernização, de 2ª geração, em meados de 1970 a 1980, fortalecido por medidas totalitárias como o controle da imprensa e a repressão aos opositores e, no final de 1990, houve a 3ª geração, denominada ‘neopopulismo’ ou ‘populismo neoliberal’ (FERREIRA, 2001).

A historiadora Ângela de Castro Gomes (2001) argumenta que há 03 aspectos necessários para a manipulação populista: (1) a política de massas, viabilizada pela falta de organização e consciência do proletariado; (2) a crise de representatividade política; (3) e assim como aborda o professor Luciano Rennó, um líder carismático que mobilize as massas. Quanto ao último aspecto, em outras palavras, mas com uma similaridade argumentativa, o professor Konnor Callihan (2020), pontua que o populismo é um estilo político, numa espécie de performance, em que o líder populista, por meio de imagens e símbolos, tenta atingir o seu público central: o povo.

De acordo com Kirk Hawkims e Cristóbal Kaltwasser (2018), a abordagem populista têm três características fundamentais: (1) o enaltecimento da vontade popular, tomando o ‘povo’ como um grupo genérico, conforme o contexto, que deve ser reconhecido e protegido; (2) a criação de um inimigo, a ‘elite’ corrupta, que tenta roubar o poder do povo; (3) por fim, a adoção de um discurso maniqueísta que divide o mundo da política numa luta do bem versus o mal.

3. Tecnopopulismo

Na era das redes sociais a manipulação populista ganhou mais força, isso porque o meio digital possibilita uma propagação maior e mais rápida de qualquer conteúdo. Conforme Konnor Callihan (2020), as classificações anteriores de populismo não são mais viáveis nesse novo contexto tecnológico, em que o líder populista, ao invés de carisma, está utilizando os algoritmos para moldar seus apoiadores. A essa combinação do populismo com os algoritmos, o jornalista italiano Giuliano Da Empoli (2019) atribui a nomenclatura de “Tecnopopulismo”.

Em 2017, o Cambridge Dictionary elegeu a palavra populismo como a palavra do ano (CAMBRIDGE WORDS, 2017). Com os escândalos, no plano internacional, de algumas figuras políticas caricatas, como Jair Bolsonaro, no Brasil, Donald Trump, nos Estados Unidos, Movimento Cinco Estrelas, na Itália, Viktor Órban, na Hungria, o discurso populista adquiriu maior atenção.

Conforme a pesquisadora Nina Wiesehomeier (2019), do grupo internacional Team Populism, a importância de se identificar esses atores populistas o quanto antes é para impedi-los de assumirem o poder e ameaçarem derrubar as estruturas democráticas. Por isso, se faz necessário analisar a linguagem desses líderes, os meios que os tornam tão populares e os motivos pelos quais as pessoas os apoiam.

Nas eleições estadunidenses, em 2016, a rede social Facebook facilmente teve os dados dos seus usuários utilizados pela empresa Cambridge Analytica, que mapeou as preferências e opiniões dos eleitores com o escopo de enquadrar aqueles em dúvida de quem votar ou mais propensos a votar no candidato que a referida empresa apoiava. Após, iniciava-se a fase de produ-

ção de propaganda micro direcionada, para enaltecer o candidato contratante e prejudicar a reputação do adversário, com o uso de *fake news* (desinformação), perfis falsos, como *bots*, que foram instrumentos eficazes para convencer e alcançar um maior número de eleitores (PRIVACIDADE..., 2019).

A operação do *Big Data*, quanto ao uso de inteligência artificial, para a extração e análise massiva de uma grande quantidade de dados, aliada às mídias sociais na propagação de desinformação foi algo que se alastrou pelo mundo minando os direitos humanos de privacidade dos usuários, liberdade de expressão e o voto livre de máculas. No Brasil, nas eleições de 2018, o WhatsApp, por ser uma plataforma com criptografia de ponta, com grupos privados, ou seja, de difícil fiscalização, serviu como principal meio para circulação e propagação de conteúdo enganoso (TARDAGUILA, BENEVENUTO e ORTELLADO, 2018). Na Itália, o Movimento 5 Estrelas utilizou do seu blog para captar e manipular os eleitores com informações inverídicas, nas eleições francesas, em 2017 os dados do candidato Emmanuel Macron foram hackeados e vazados, o referendo do Brexit, em 2016, no Reino Unido, também foi alvo da manipulação dos eleitores pelas plataformas digitais (EMPOLI, 2019; TENOVE, 2018).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em decisão que indeferiu o mandado de segurança 37.082, impetrado contra os atos do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das *Fake News*, ressaltou que referida investigação era de suma importância para desvendar as ‘milícias digitais’, caracterizadas como quadrilhas organizadas, que são financiadas de maneira oculta para propagarem desinformação e manipularem o debate público (BRASIL, 2020).

A desinformação é a base publicitária dos líderes populistas (EMPOLI, 2019). As *fake news* corroem o debate público consciente, com sua linguagem sensacionalista e manipuladora que atrai a curiosidade das pessoas e, por diversas vezes, reiteram o que alguns grupos radicais e preconceituosos pensam no seu âmago, pois quando o conteúdo, ainda que falso, fortalece a crença do leitor, pouco importa verificar sua fonte. Sem filtro, fiscalização e punição, as redes sociais e a internet se tornaram um campo promissor para rápida e alta propagação de *fake news*.

4. Fake news (desinformação): conceito

O termo *fake news* ou notícias falsas, em português, apesar de ter sido popularizado não é o mais adequado para abranger o fenômeno da desinformação. Segundo o Digital Future e Society (2020), ‘notícia’ se refere a uma informação de interesse público e que foi produzida por jornalistas, que têm um compromisso ético de buscar fatos verificáveis e se retratar quando houver erro. Por isso, se é um conteúdo falso, ele não merece sequer o rótulo de notícia. Conforme o Instituto de Tecnologia e Sociedade (2020) a nomenclatura ideal seria ‘desinformação’, ao invés de ‘notícia falsa’, para que se evite o

ataque ao jornalismo profissional.

É importante ressaltar que o termo *fake news* foi bastante difundido, principalmente, após as campanhas de manipulação nas eleições estadunidenses de 2016, contudo os estudos e argumentos anteriores acerca da questão não devem ser invalidados (DIGITAL FUTURE SOCIETY, 2020). Para a pós-doutora em comunicação e líder de direção de pesquisa do First Draft, Claire Wardle (2019), esse conjunto de fenômenos deve ser denominado de ‘distúrbios da informação’, os quais a autora agrupa em três níveis: ‘*misinformation*’, trata-se do compartilhamento de uma desinformação, sem que a pessoa esteja ciente disso, ou seja, não tenha verificado a fonte, e por fatores sociais -psicológicos compartilha a informação para se sentir pertencente a determinado grupo; ‘*disinformation*’ é a interseção entre o nível anterior e o sucessor, no qual fomenta a criação de um conteúdo falso, para ganhar dinheiro, ter influência política; Por fim a ‘*malinformation*’, que se refere às informações manipuladas com a intenção de causar danos.

A rigor, as categorias de desinformação menos danosas, que se enquadram no primeiro nível, são a ‘sátira ou paródia’, como os memes; ‘conexão falsa’, por exemplo, as manchetes sensacionalistas que servem apenas para atrair a atenção do leitor, pois o conteúdo da matéria pouco está conexo ao título chamativo; ‘conteúdo enganoso’, trata-se de alterações superficiais, para levar a pessoa a erro, em estáticas e imagens, por exemplo. Enquanto que as categorias que têm a intenção de causar danos são classificadas como ‘contexto falso’, que modifica o contexto de um fato verídico dando-o um novo enquadramento; ‘conteúdo do impostor’, refere-se aqueles que usam apenas os nomes de fontes jornalísticas sérias, pois transmitem credibilidade, para propagar uma desinformação; ‘conteúdo manipulado’, corresponde a manipulação estrategicamente elaborada de um conteúdo; e o ‘conteúdo fabricado’, que é a criação de um conteúdo 100% falso, como por exemplo, as *deep fakes*, vídeos e falas totalmente montados para uma transmissão mais credível de uma desinformação (WARDLE, 2019).

5. Democracia e os Direitos Humanos fundamentais sob ameaça

A extração e análise de dados, sem autorização ou ciência dos usuários, nas plataformas digitais, para envio de propaganda micro direcionada com o intuito de manipulá-los é uma violação ao direito à privacidade. Contudo, identificar e punir as milícias digitais por trás disso não é tarefa fácil, por isso é importante estudar os atores populistas que comandam essa indústria das *fake news* e o financiamento dessas campanhas, na rede digital, para controlar as eleições, justamente para não se punir qualquer tipo de desinformação, por isso é necessário analisar o grau, a intenção e o alcance desse tipo de conteúdo mentiroso. Isso é importante para que não haja uma violação do direito à liberdade de expressão, ou seja, para que não ocorra a censura prévia dos perfis nas redes sociais, que é proibida no Brasil, pela Arguição de Descum-

primimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 de 2009, pois o Estado não deve definir previamente o que pode ou não ser dito pelos indivíduos (BRASIL, 2009).

No Inquérito das Fake News, nº 4781, no Brasil, que apura a disseminação coordenada de desinformação e ataques nas redes sociais contra os ministros do Supremo Tribunal Federal, uma das medidas cautelares adotada foi a retirada dos perfis dos investigados das plataformas digitais, o que pode ter soado como censura, ao proibir esses usuários de se expressarem nas redes sociais (BBC NEWS BRASIL, 2020).

Porém, cabe ressaltar que o direito à liberdade de expressão também não é absoluto, conforme Edilene Lobo e Pedro Henrique Costa Moreira (2019), quando se trata de *fake news*, como um fenômeno de desinformação massiva e intencional, como por exemplo, no escândalo da Cambridge Analytica nas eleições americanas de 2016, o caso do Brexit no Reino Unido, o Facebook e WhatsApp nas eleições de 2018 no Brasil. Há aqui, que o produtor e transmissor da informação falsa abusou do seu direito de liberdade de expressão, pois interferiu na escolha dos candidatos de outros cidadãos e, conseqüentemente, no exercício da soberania popular (LOBO e MOREIRA, 2019).

Segundo Chris Tenove (2018), essas manobras digitais afetam, além do resultado da eleição, as bases da democracia como a ‘participação’, devido ao acesso ilegal aos dados dos usuários para desinformar, ameaçar e assediar o eleitor; a ‘deliberação pública’, ao minar a qualidade do debate público com desinformação e teorias da conspiração, promovendo a desconfiança com relação as instituições políticas; a ‘ação institucional’, por violar a legislação eleitoral e dificultar o trabalho dos agentes públicos. Como a escolha do candidato pelo eleitor deve ser livre, por força Constitucional, é necessário que ocorra uma fiscalização e coerção de toda e qualquer forma de manipulação que possibilite uma violação da vontade popular.

6. Soluções pertinentes

O uso de *fake news* por atores populistas pode ser combatido com o investimento em alfabetização digital e rastreamento do dinheiro que financia essas milícias digitais pelas autoridades competentes, estratégia denominada ‘*follow the money*’ (siga o dinheiro). Cabe às instâncias do judiciário providenciarem a devida persecução sancionatória de candidatos, mandatários e apoiadores no âmbito da justiça eleitoral e, eventualmente, civil e penal.

Segundo Chris Tenove (2018), a educação midiática e digital é fundamental para que o cidadão aprenda a verificar as informações na mídia, tenha ciência sobre as manobras de manipulação algorítmica que moldam a mente humana, apresente maior ceticismo emocional e pensamento crítico, para que não seja facilmente manipulado. Para tanto, é responsabilidade do governo bem como das empresas de plataformas digitais garantirem a proteção dos dados pessoais dos usuários, transparência e fiscalização do conteúdo propa-

gado na internet.

Algumas alternativas eficazes nas campanhas de conscientização é o trabalho das agências de checagem de fato, como a *Tai Nalon e Aos Fatos*, no Brasil, que além de profissionais humanos, também utiliza de tecnologia para verificar as informações, contudo, essa checagem ainda não é suficiente contra o alto número de desinformação que é propagada rapidamente. Outra medida são jogos educativos, como o *'Bad News Game'*, criado por Jon Roozenbeek e Ruurd Oosterwoud (2018), que ensinam o usuário a identificar essas manobras manipulativas ao demonstrarem como essas são criadas.

A versão brasileira do *Sleeping Giants* provou a eficácia da estratégia *'siga o dinheiro'* ao mapear parte do dinheiro que financiava perfis de disseminação de *fake news* nas redes sociais, servindo de exemplo para as instituições do Judiciário e do Congresso Nacional que possuem um papel essencial nas ações contra as notícias falsas, pois devem identificar e punir os responsáveis por essas condutas que violam os direitos humanos e ameaçam a democracia (LEMOS, 2020). Por fim, Matteo Monti (2018) destaca que a utilização da sanção penal deve e pode ser usada em última instância para que não ocorra censura indevida, com o uso de soluções como a *'retirada do ranking de páginas'* e a *'retificação'* para desmascarar as *fake news*.

7. Conclusão

O populismo, de tempos em tempos e em diferentes regiões, se mostrou um estilo político manipulador, que fomenta a polarização, pois busca um inimigo para culpar os problemas socioeconômicos e um grupo social *'vítima'* para defender, com escopo não de garantir à população, mas sim a permanência do líder no poder. Os eleitores populistas diante das crises econômicas e de representação política, facilmente, são atraídos pelos discursos pomposos, extremistas, carregados de desinformação e soluções simplistas irrealizáveis, mas, principalmente, violentos com o objetivo de destruir, seja um grupo social, as instituições democráticas ou o governo.

O controle dos meios de comunicação é a base do populismo em diferentes épocas e lugares, com o avanço tecnológico e a inserção da política nas redes sociais, a disseminação do discurso populista ganhou mais amplitude. A *fake news* (desinformação) é a essência da manipulação, ao iludir os eleitores a apoiarem um líder que não existe de fato e afetar diretamente as emoções de raiva, frustração, tristeza e almejo por justiça dos indivíduos.

Identificar populistas antes que assumam o poder e deter sua indústria de *fake news* é imprescindível para a proteção do debate público consciente e do voto livre de máculas. Contudo, a luta contra esse problema fomenta os debates acerca da linha tênue entre censura e a liberdade de expressão, diante de algumas medidas necessárias para proteger a democracia, como desindexação de conteúdo, retirada de perfis da rede social.

Por enquanto, a educação digital da população, a estratégia *'follow the mo-*

ney' para a punição dos responsáveis que propagam e financiam a indústria de *fake news* e o regulamento por legislação específica, apresentam-se como soluções pertinentes ao problema. Essas ponderações são de suma importância na manutenção do Estado Democrático de Direito e na proteção dos direitos humanos fundamentais à liberdade de expressão, privacidade e voto livre.

Referências

AGGIO, Alberto. As múltiplas vigências do populismo. *Temas & Debates*; Fundação Astrojildo Pereira, Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: www.fundacaoastrojildo.com.br/2015/2017/10/28/alberto-aggio-as-multiplas-vigencias-do-populismo-2/. Acesso em: 01 maio 2019.

ANDRADE, Ricardo César de. O conceito de populismo nas ciências políticas sociais latino americanas. *Estudos de História*, Franca, SP, v.7, n. 2, p. 69-84. Jul, 2000.

BAQUERO, Marcello. Populismo e neopopulismo na América Latina: o seu legado nos partidos e na cultura política. *Sociedade e Cultura*. v. 13. n. 2, p. 181 a 192, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de imprensa. [...] Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. [...] Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. [...] A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. [...] Não recepção em bloco da Lei no 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. Relator: Ministro Carlos Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº37.082/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, 05 de maio de 2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1097720/false> >. Acesso em: 10 jun. 2020.

BBC NEWS BRASIL. Inquérito do STF sobre fake news: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. *BBC News Brasil*, 27 de maio de 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346> > Acessado em: 15 jun. 2020.

CALLIHAN, Konnor, *The Opaque Operations of 21st Century Populism*. Capstone Projects and Master's Theses. 793, 2020.

CAMBRIDGE WORDS. Cambridge Dictionary's Word of the Year 2017. *Cambridge Dictionary*, 29 de nov. de 2017. Disponível em < <https://dictionaryblog.cambridge.org/2017/11/29/cambridge-dictionary-word-of-the-year-2017/> >

Acesso em: 22 de jun. de 2021.

COX, Michael. The rise of populism and the crisis of globalisation: Brexit, Trump and beyond. *Irish Studies in International Affairs*, 28. p. 9-17, 2017.

DIGITAL FUTURE SOCIETY. Dealing with disinformation: Strategies for digital citizen empowerment. Digital Future Society, may, 2020.

EMPOLI, Giuliano Da. Os Engenheiros do caos. Trad. Arnaldo Bloch. 1 ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

FERREIRA, Jorge (org.). O Populismo e sua História: Debate e Crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GOMES, Angela de Castro. O populismo e as ciências sociais no Brasil: notas sobre a trajetória de um conceito. *In: FERREIRA, Jorge. O Populismo e sua História: Debate e Crítica.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p.27.

HAWKINS, Kirk A.; and ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal. Introduction: the ideational approach. *In: HAWKINS, Kirk A.; CARLIN, Ryan; LITTVAY, Levi; e ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal (Org.): The Ideational Approach to Populism: Concept, Theory, and Method.* Routledge. New York, NY. Introduction, p. 1 – 41. 2018

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. Campanha Mais Diálogo nas Redes: Que papo é esse de fake news? Com @manugavassi, @redescordiais e @instagram. Rio de Janeiro. 13 out. 2020. Instagram: @itsriodejaneiro. Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CGSwQ8vJJ7R/?utm_medium=share_sheet> Acesso em: 13 out. 2020.

LEMONS, Ronaldo. Contra fake news, siga o dinheiro No mundo de hoje, a desinformação tornou-se uma indústria muito bem financiada. Folha de S.Paulo, 24 de mai. de 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemons/2020/05/contra-fake-news-siga-o-dinheiro.shtml> >. Acesso em: 24 de mai. de 2020.

LOBO, Edilene. MOREIRA, Pedro Henrique Costa e. Fake News e autenticidade das eleições brasileiras. *In: Teoria da democracia e da Filosofia do Estado e Direito constitucional.* Armando Albuquerque de Oliveira [et al.] (coords.). Zaragoza: Prentice-Hall de la Universidad de Zaragoza, 2019.

MONTI, Matteo. The new populism and fake news on the Internet: how populism along with Internet new media is transforming the Fourth Estate. Pisa: Sant'ANNA Legal Studies STALS RESEARCH Paper 4, 2018.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira Kaltwasser. Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America. *Government and Opposition*, 48, p. 147-174 doi:10.1017/ gov.2012.11. (2013).

PRIVACIDADE Hackeada. Direção: Karim Amer e Jahane Noujaim. Roteiro: Karim Amer e Pedro Kos. Estados Unidos, 2019. Distribuidor: Netflix. Documentário, 1h 50min.

RENNÓ, Luciano. Bases Ideológicas do Populismo Conservador: As eleições brasileiras de 2018. No Ciclo de Palestras 2019: Bases ideológicas do populismo. Centro de Estudos do Comportamento Político (CECOMP). Belo Horizonte: Univer-

sidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 26 de abril de 2019.

ROOZENBEEK, Jon; OOSTERWOUDE, Ruurd. Como é possível combater a epidemia de fake news?. Fake news e manipulação | Expresso Futuro com Ronaldo Lemos. Canal Futura: 10 de set. de 2018. Disponível em < <https://m.youtube.com/watch?v=OaCZmQx-11Y> > .Acesso em: 30 de mai. de 2020.

TARDAGUILA, Cristina, BENEVENUTO, Fabrício, ORTELLADO, Pablo. Fake news is poisoning brazilian politics. whatsapp can stop it. The New York Times, 17 de outubro de 2018. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2018/10/17/opinion/brazil-election-fake-news-whatsapp.html> > Acesso em: 20 jun. 2020.

TENOVE, Chris; et al. Digital Threats To Democratic Elections: How Foreign Actors Use Digital Techniques to Undermine Democracy. Centre for the Study of Democratic Institutions, UBC, 2018.

WARDLE, Claire. FIRST DRAFT'S ESSENTIAL GUIDE TO Understanding Information Disorder. First Draft, October 2019.

WIESEHOMMEIER, Nina. Populism in Latin America: Insights from a Expert Survey. No Ciclo de Palestras 2019: Pensando o Brasil hoje: o que a a Ciência Política tem a dizer?. Centro de Estudos do Comportamento Político (CECOMP). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 22 de março de 2019.

IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR SOBRE O AUMENTO DA POBREZA NA ATUALIDADE

Iolanda Faustino Félix

Iolanda Faustino Félix

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Carlos Drummond de Andrade. Pós-Graduada em Direitos das Diversidades e Inclusão Social: Cidadania e Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. (São Paulo/Brasil)

Resumo:

Compreender a importância das ações na busca de amenizar os problemas decorrentes do aumento da pobreza na atualidade é crucial para entender a proteção dos direitos e seus objetivos. Neste estudo, busca-se trazer uma reflexão a respeito da contribuição que a responsabilidade social pode realizar na proteção dos direitos humanos, sobretudo, pelo espaço que ocupa na dimensão do ambiente organizacional e pelas ações perante a comunidade e sociedade local. Sendo assim, surgem os dilemas com reflexos na especulação midiática, no que tange à pobreza e a responsabilidade social, que serão abordados neste trabalho. Analisar como essas informações são reproduzidas pela mídia, para onde está voltado o discurso, muitas vezes, pela valorização aos deveres, somado a estratégias estabelecidas, e não resultado da realidade prática. A formação da opinião pública estabelecida pela divulgação das informações distorcidas da realidade pode afetar o próprio foco central dos direitos humanos.

Palavras-chave: Pobreza; Vulnerabilidade; Direitos Humanos; Responsabilidade social; Mídia.

Introdução com base na pobreza e vulnerabilidade social

O aumento da pobreza na atualidade traz uma grande preocupação com a proteção dos direitos humanos, seus desafios e fragilidades. As pessoas que vivem em situação de pobreza, experimentam uma realidade marcada pela ausência de recursos para sua sobrevivência e dificuldade de exercerem seus direitos mais básicos. Como é o caso do acesso à água potável, saneamento básico, até mesmo acesso aos centros de saúde e assistência.

Sem contar que muitas vezes tem uma alimentação inadequada e insuficiente o que é uma ameaça para a vida. A fome é uma realidade presente “o ano de 2020 foi sombrio. No geral, mais de 2,3 bilhões de pessoas (ou 30% da população global) não tinham acesso a alimentação adequada durante todo o ano”¹.

Vivem em moradias insalubres ou mesmo sem moradias, pagando alugueis. São pessoas que estão mais expostas à violência, num contexto rodeado por dificuldades econômicas, sociais, culturais e políticas. Além disso, são submetidas a condições de trabalho degradante, ao trabalho informal, ou até mesmo a falta dele, como é histórico a questão do desemprego que afeta principalmente os mais vulneráveis e os que não tem escolaridade, tendo que lutar para conseguir ocupação no mercado de trabalho. Importante registrar que a própria condição de desemprego pode afetar a saúde da pessoa. Sem trabalho e de baixa renda, muito difícil viver numa sociedade em que o índice de inflação² afeta principalmente os mais pobres que sofrem com a alta dos preços de produtos por exemplo, alimentícios.

Situação mais agravada com a pandemia de Covid-19, onde ficou escancarada a realidade dos mais pobres, sem contar com uma estrutura adequada para o enfrentamento principalmente do isolamento social e mais tardar das condições necessárias de sobrevivência como trabalho e renda, alimentação etc.

Importante ajuda foi justamente a implementação do Auxílio Emergencial³ para as famílias necessitadas o que não resolveu o problema, mas essa política de transferência de renda contribuiu para amenizar as consequências, pode ser importante se fiscalizado e dirigido a quem realmente precisa, programa que tem a capacidade de ajudar nas necessidades mais imediatas. Os níveis de pobreza só aumentaram como descreve a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL):

Como consequência da forte recessão econômica na região, que registrará uma queda do PIB de -7,7%, estima-se que em 2020 a taxa da extrema pobreza se situou em 12,5% e a taxa da pobreza atingiu 33,7% da população. Isso significa que o total de pessoas pobres chegou a 209 milhões no final de 2020, 22 milhões de pessoas a mais do que no ano anterior. Desse total, 78 milhões de pessoas estavam em

1 UNICEF. Relatório da ONU: ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo. 12 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>>. Acesso em 14 novembro 2021.

2 Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Ipea revisa a projeção da inflação de 5,9% para 7,1% em 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38402&Itemid=3>. Acesso 2 novembro 2021.

3 Instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, de iniciativa do Governo Federal, para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19. Visando dar assistência econômica no tocante às situações de vulnerabilidade social.

Este problema social acelera ainda mais a desigualdade, diante disso é importante e necessário pensar na responsabilidade que o Estado tem frente a estes desafios, e o que está sendo feito, assim como, qual é o papel dos atores privados nessa construção? São questões que precisam ser discutidas e cobradas cada vez mais da sociedade.

A pobreza engloba uma série de privações múltiplas, no que diz respeito aos aspectos de acesso a direitos mais básicos. As evidências do que isso pode impactar forma grandes desafios e fragilidades regionais onde visualiza que “a pobreza é maior nas áreas rurais, entre crianças e adolescentes; indígenas e afrodescendentes; e na população com menores níveis educativos”.⁵ Assim como afeta as mulheres entre outros grupos que sofrem mais intensamente os seus reflexos.

A situação atinge muito fortemente as camadas mais inferiores, de modo que a “pobreza deriva de mecanismos econômicos e sociais perversos de distribuição extremamente desigual da renda”⁶. Mostra-se quão insuficiente são os recursos repassados para as parcelas mais necessitadas, que estão na condição de miserabilidade social padecendo de mais ajuda governamental.

A erradicação da pobreza é um desafio na medida que exige esforços das entidades conjuntas para promover ações concretas para que as pessoas tenham seus direitos respeitados. A legislação tem os mecanismos que preveem ações na proteção dos direitos humanos, as políticas sociais devem ir ao encontro das finalidades postas estabelecidas. O fortalecimento das ações exige dos atores sociais criação de novos projetos que verdadeiramente possam contribuir com esta luta social.

A própria Constituição Federal de 1988 descreve os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º inciso III que é o respeito à dignidade humana⁷, assim como impõe em seu artigo 3º do mesmo diploma legal, a erradicação da pobreza e marginalidade⁸ como sendo um

4 Nações Unidas. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). *Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego*. 4 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>>. Acesso 16 outubro 2021.

5 CEPAL. *Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego*. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>. Acesso 29 agosto 2021.

6 ARZABE, Patrícia Helena. *Pobreza, Exclusão Social e Direitos Humanos: O Papel do Estado*. DHnet - Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <DHnet - Direitos Humanos na Internet.pdf>. Acesso 10 agosto 2021, p. 1.

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 23 agosto 2021.

8 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - er-

de seus objetivos fundamentais. Tornar uma realidade e adotar políticas de enfrentamento conforme é previsto também no primeiro Objetivo do Desenvolvimento Sustentável da agenda 2030 que é justamente a erradicação da pobreza⁹, pode sim se traduzir em mudanças estruturais se de fato forem realizadas ações emergentes para o enfrentamento da pobreza.

Infelizmente o segundo objetivo do desenvolvimento sustentável que visa acabar com a fome até 2030 “não será alcançado por uma margem de quase 660 milhões de pessoas. Desses 660 milhões, cerca de 30 milhões podem estar ligados aos efeitos duradouros da pandemia”.¹⁰

Verifica-se que carecem de mais investimentos sociais para amenizar os riscos que estão expostos, na verdade precisa de um profundo implemento e esforço governamental desde políticas voltadas para os mais vulneráveis como investimento na própria educação, alimentação e mecanismos para o mercado de trabalho.

O cenário atual evidencia muito fortemente as vulnerabilidades das pessoas pobres, de modo que existe um enorme abismo entre o que a norma busca que é proteger o ser humano e sua dignidade e o que realmente acontece na prática. Esse objetivo encontra dificuldade para se concretizar pelas reais condições sociais que são expostos e um sistema que alimenta o lucro e a produção. Portanto, as dúvidas começam por aí da própria urgência em buscar verdadeiramente soluções reais e efetivas para amenizar as consequências que a pobreza pode acarretar na vida das pessoas.

Situação que representa a desproteção dos direitos humanos, a qual forma-se uma triste e injusta realidade resultado da dificuldade de acesso sequer à alimentação, trabalho e moradia afetando diretamente à dignidade humana. O Estado conjuntamente com os atores privados precisa agir imediatamente para enfrentar a pobreza. Nota-se que são insuficientes quando não são ausentes os investimentos nas políticas públicas de proteção e programas voltados para este fim. Apresentando-se, desta forma, um cenário desigual e diante disso constata-se violação dos direitos humanos e de sua dignidade.

A responsabilidade social e a proteção dos Direitos Humanos

A responsabilidade social compreende atitudes e ações que atuam em prol da comunidade e sociedade local, visa contribuir com uma consciência que valorize as ações sociais. De modo que “é possível apreender a ideia de

radicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 23 agosto 2021.

9 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em:<<https://odsbrasil.gov.br/>>. Acesso 24 outubro 2021.

10 UNICEF. Relatório da ONU: ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo. 12 de julho de 2021. Disponível em:<<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>>. Acesso 14 novembro 2021.

responsabilidade social como a tomada para si da responsabilidade, das obrigações, compromisso para com o social”.¹¹

Os benefícios repercutem tanto no ambiente organizacional para seus colaboradores, trabalhadores, seu corpo operativo através de suas práticas que valorize a gestão de recursos humanos, como também no ambiente externo, na criação de programas e projetos voltadas para comunidade, valorizando os direitos dos cidadãos e respeitando a justiça social.

Neste contexto, importante destacar a função social das empresas que busca promover ações para seu público, visando não somente o lucro, mas principalmente os bens voltados para a comunidade. Assim sendo, “está além do que a empresa deve fazer por obrigação legal. Cumprir a lei não faz uma empresa ser socialmente responsável.”¹² A função social da empresa vai de encontro com o bem-estar da coletividade e principalmente busca atingir a dignidade humana.

A importância da proteção social é central na vida das pessoas que são beneficiadas, geralmente os menos favorecidos. Onde as omissões estatais são muito fortemente, surge essa nova contribuição para buscar um equilíbrio nas vulnerabilidades expostas e reais. Deste modo, elaborar um modelo de gestão responsável pelas empresas que possa de fato auxiliar os grupos sociais que necessitam de ajuda, torna-se fundamental.

Importante estabelecer compromisso com a sociedade promovendo projetos que vinculem pessoas aos programas organizacionais, educacionais e principalmente levando em consideração a diversidade e inclusão. Num cenário tão difícil ainda com a pandemia de Covid-19, necessárias ações que fortaleçam a responsabilidade social, que possam abarcar um equilíbrio na geração de emprego e renda, que possam contribuir com a redução da pobreza e a vulnerabilidade, são desafios coletivos.

Deste modo, a responsabilidade social pode se tornar um importante mecanismo de proteção dos direitos humanos se investidos esforços na sua aplicação, protegendo o trabalhador, incentivando, valorizando seu trabalho, gerando oportunidades para a comunidade e contribuindo com o ambiente organizacional pode ser uma importante ferramenta de promoção de seus direitos.

As ações conjuntas com o Estado e sociedade em geral, que dialoguem com diversas entidades fortalecem os compromissos que são estabelecidos e podem se tornar uma ferramenta de grande importância na promoção dos direitos humanos. As práticas sociais quando agregadas com a coletividade

11 SOARES, Laíla Rodrigues. Responsabilidade social e empresarial: Uma análise de modelos teóricos-conceituais. Dissertação de mestrado, Escola de Administração da UFBA. Salvador, 2004, p. 29.

12 Conceito básicos e indicadores de responsabilidade social empresarial. Rede Ethos de Jornalistas. Empresas e Responsabilidade Social. 5ª edição, Instituto Ethos, São Paulo -SP, junho de 2007, p.6. Disponível em:<<https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/7Conceitos-B%C3%A1sicos-e-Indicadores-de-Responsabilidade-Social-Empresarial.pdf>>. Acesso 3 novembro 2021.

e quando estabelecem compromissos pela valorização do ser humano e sua dignidade realmente tendem a serem transformadores.

Muitas empresas ainda estão passando por dificuldades para se reerguerem diante deste cenário, mas importante o engajamento pela valorização de toda a comunidade. Os fortes impactos no mercado de trabalho atingido pela crise sanitária contribuíram com “a queda generalizada do emprego e a saída da força de trabalho têm afetado com maior intensidade as mulheres, trabalhadoras e trabalhadores informais, jovens e migrantes”.¹³

Importante que as empresas tenham um olhar especial para os grupos historicamente prejudicados, firmando compromisso social, criando projetos de integração para o mercado de trabalho. São mudanças corporativas que atuam atrelada a uma gestão transparente com suas ações, visando um futuro pautada no desenvolvimento sustentável e com possibilidades de investimento e valorização do trabalho humano.

As empresas assumem um espaço de extrema relevância social, seu papel não é simplesmente de observar as normas jurídicas, mas de cumprir suas responsabilidades frente aos impactos que a mesma causa no ambiente e na comunidade.

A atividade empresarial perpassa pela estrutura do ambiente, sendo assim as empresas devem respeitar as normas ambientais, deve ter como prioridade ações educativas para o uso consciente dos recursos naturais, com objetivo de preservar e reduzir os danos. Pensar nessa geração e nas futuras com as boas práticas corporativas são importantes para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, incorporar as práticas conscientes dos recursos disponíveis não prejudicando a comunidade com suas atividades torna fundamental para seu desempenho.

Nas ações econômicas empresariais, na responsabilidade social, busca-se uma pauta baseada em investimentos e valorização na força de trabalho. Diferentes formas de investir no desempenho da gestão corporativa, a exemplo disso, podem ser criados programas de investimento na comunidade local e que sua amplitude possa repercutir em práticas de projetos sociais com foco no desenvolvimento humano e profissional.

A atual conjuntura traz uma série de desafios, como é o caso do enfrentamento da pobreza, o cenário pandêmico agravou ainda mais este quadro deixando fortes sequelas que precisam ser encaradas com políticas efetivas muito fortemente, não só pelo Estado, mas também incentivadas pela proteção social.

Enfrentando com ações que valorizem a força de trabalho e usando suas capacidades para agregar no desempenho empresarial preservando sua

13 CEPAL - COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE. Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego. 4 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>>. Último acesso 13 novembro 2021.

ocupação. O forte apelo para novas oportunidades, por exemplo de emprego e renda é peculiar neste momento em que a atual crise impacta diretamente as camadas mais vulneráveis.

A promoção dos direitos humanos depende de agregar uma série de envolvimento dos atores sociais, sua busca deve ser permanente pois o ser humano precisa ter seus direitos respeitados e protegidos. O ambiente de trabalho muitas vezes causa o adoecimento do trabalhador principalmente quando sua estrutura está voltada para os resultados e as demandas cobradas do seu segmento. Esta disputa de necessidades usa a força de trabalho como meio para conseguir o resultado, não observando as circunstâncias, muitas vezes prejudicando a saúde dos seus colaboradores. Precisa ter espaços que permitam observar e proteger à saúde de cada pessoa que fortalece a cada dia o ambiente organizacional.

Nesse aspecto, as empresas devem ter a responsabilidade social com boas práticas que seja reflexo do que acontece no seu ambiente interno, e não use esse instituto disfarçado de interesse econômico, para demonstrar para a sociedade sua marca, que atua colaborando com ações sociais para que sua imagem seja vista de forma positiva.

Fundamental as ações que valorize o ser humano e procure respeitar seus direitos. Num cenário tão necessitado de proteção social, onde as camadas vulnerabilizadas sentem o quão difícil estar na situação de pobreza, são causas que precisam ser investidas. A pertinência deste debate encontra respaldo no cenário que se apresenta, o comprometimento social vai de encontro com o respeito a dignidade das pessoas. A proteção dos direitos humanos encontra-se amparado também pela responsabilidade social se de fato for exercida pelas empresas com uma atenção especial incorporando políticas de diversidade e inclusão social.

Da especulação midiática

Os efeitos reproduzidos pelas informações divulgados pelos diferentes espaços que compartilham fazem destaque a visibilidade midiática. Mostra-se cada vez mais instável na medida em que discutir os variados assuntos no debate social e nas variadas formas como se colocam, e como é apresentado um determinado fato, pode afetar os objetivos centrais de proteção dos direitos humanos, atrelando variados fatores que podem levar ao risco de mascarar uma realidade como por exemplo, com notícias falsas.

Busca-se neste espaço ressaltar o papel da especulação midiática no que diz respeito aos aspectos da pobreza e também no que tange à responsabilidade social. Procurando entender o que pode ser compartilhado para o público por dentro de uma visão estratégica capaz de justificar os efeitos reproduzidos, num dado momento em que a mídia se tornou uma poderosa ferramenta de divulgação no cenário social.

As mídias ganharam um papel central na reprodução das informações

por diversos meios tecnológicos, principalmente pela internet, de modo que a comunicação se pauta nestes instrumentos em que seu desempenho tem forte influência na maneira como é reproduzido e compartilhado com o seu público uma determinada informação.

Nesse contexto, como as notícias em termos do tema da pobreza são reproduzidos nos mais variados meios de transmissão, destacam-se algumas considerações que fazem parte dessa construção que é justamente a partir do discurso jornalístico. Tem-se que a questão relacionada a pobreza em si é um fato social de repercussão mundial, que afeta a vida das pessoas em todos os sentidos, atingindo a forma como são apresentados, o modo de vida e sua sobrevivência na sociedade. Identifica-se a representação da pobreza pela mídia nos seguintes termos:

A mais recorrente é como um objeto, uma coisa que está suscetível às ações dos seres humanos, que pode ser afetada por aqueles que lutam contra ela, que buscam extingui-la. Manifestando menos ocorrências, a pobreza é representada como uma entidade, um ser com características tipicamente humanas, que age e que provoca efeitos maléficos a outras pessoas. Por fim, a pobreza é representada como uma situação em que muitas pessoas se encontram, como uma precária condição em que muitos indivíduos vivem.¹⁴

A partir deste sentido, verifica-se que este tema é divulgado de diferentes maneiras de acordo com o canal que o transmite, observando também a sua própria ideologia e seus modos de levar ao conhecimento sobre este tema. A forma como é reproduzido pela mídia de modo geral, é destacado como um problema que afeta a vida das pessoas nas mais variadas formas e que necessita ter meios para chegar a seu fim.

Muito se procura evidenciar informações no que se refere aos dados e levantamentos do aumento da pobreza geralmente considerando a localidade e suas consequências. O apelo pelo problema social e suas consequências deixadas pela pobreza é evidente. Um destaque também relacionado é sobre a fome e o desemprego, e a questão da desigualdade social também é enfatizada muito fortemente.

De outro lado, temos a respeito da especulação midiática no que diz respeito a responsabilidade social podemos destacar:

Em um contexto em que as características dos sites possibilitam às organizações privadas o autogerenciamento de sua visibilidade midiática, evidencia-se uma intensificação da busca por tornar aparente a atuação organizacional socialmente responsável. Nesse sentido, a visibilidade midiática de informações acerca das práticas organizacionais de responsabilidade social passa a ser encarada como uma estratégia

14 BORTOLUZZI, Valeria Iensen; NUNES, Glivia Guimarães. A representação da pobreza pela mídia on-line. Linguagem em (Dis)curso – LemD, Tubarão, SC, v. 14, n. 2, p. 269-284, maio/ago. 2014,p.280. Disponível em:< <https://www.scielo.br/j/ld/a/3mpt-skjQ9xMdnF9SzBStQMQ/?format=pdf&lang=pt>>. Último acesso 16 novembro 2021.

contemporânea na busca pela legitimação das organizações no cenário social.¹⁵

Neste sentido observa-se pelas organizações o uso desse instituto para se autopromover, usando como uma questão de estratégia ressaltando seus próprios interesses para com a sociedade. Sendo assim, a forte necessidade de interagir com seu público usando de diversos recursos midiáticos que pode ser sensibilizando a opinião pública, ou até mesmo mostrando quão responsável é perante a comunidade para ganhar adeptos a sua estratégia.

Pode ser publicizado uma determinada ação realizada a partir deste instituto de responsabilidade social perante a sociedade, porém por esse ato de contribuir com as questões sociais podem ser feitas em detrimento de um interesse por exemplo, econômico e não resultado de valores que a organização carrega.

Podemos refletir que as organizações usam muitas vezes o instituto da responsabilidade social e as políticas de inclusão para mostrar para a comunidade que se preocupa com as causas sociais, que está lutando para amenizar os problemas que acontecem historicamente, mas na realidade está usando de uma pauta para se beneficiar, através de propagandas enganosas não refletindo o que de fato prega no seu ambiente interno.

A responsabilidade social assume um lugar importante na medida que pode influenciar e mudar uma determinada comunidade com suas ações e seus projetos. Suas contribuições podem amenizar os problemas sociais, de repente transformar vidas, procurando sempre contribuindo com uma sociedade cada vez mais justa e solidária.

Considerações finais

Os desafios atuais colocam em evidência a proteção dos direitos humanos, especialmente sua dignidade. Verifica-se a dificuldade que o ser humano, principalmente os mais vulneráveis enfrenta para realizar seu bem-estar social.

A luta contra a pobreza é histórica reflete ausência de aplicação de direitos, mostra-se que é ausente políticas que possam fazer frente a este desafio. A violação dos direitos é constatada quando as pessoas não tem acesso igualitário aos direitos mais básicos garantidos constitucionalmente.

As empresas tem uma importância central na atuação da responsabilidade social, se de fato intencionalmente for estabelecido suas ações efetivas nos seus espaços corporativos e da comunidade local. Incorporar a gestão voltada aos valores humanos é o principal vetor que conduz as boas práticas, atrelando a igualdade de oportunidades o investimento nos recursos humanos e buscando o compromisso social.

15 SGORLA, Fabiane; FOSSA, Maria Ivete Trevisan. A visibilidade midiática da responsabilidade social organizacional. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF. Vol.3. nº1, junho 2009, p.2. Disponível em: <<http://www.ppgcomufjf.bem-vindo.net/lumina>>. Acesso 16 novembro 2021.

A necessidade é urgente, as pessoas precisam que seus direitos sejam respeitados, valorizados e principalmente cumpridos. As políticas incorporadas tanto nas organizações devem visar a promoção principalmente do respeito e a dignidade do ser humano.

Pensar nas diferentes alternativas torna-se importante neste processo de construção, mas o papel das organizações em cumprir o dever ético contribui sim com práticas responsáveis que possam ecoar na promoção dos direitos humanos. Os programas de incentivo que possam abarcar a prioridade absoluta no desenvolvimento humano e social torna-se fundamental.

É preciso lutar para realizar o estado de bem-estar social, onde as pessoas verdadeiramente possam ter acesso a seus direitos mais básicos, onde viver de maneira equilibrada seja uma realidade e não uma ficção.

As pessoas mais afetadas sentem mais intensamente os impactos que a pobreza pode deixar seja ela econômica ou social. O desafio é também das empresas em manter a proteção social com foco em programas que visem a redução da pobreza e desigualdade. É preciso atrelar as políticas públicas que visem a inclusão social para abarcar as demandas gerais da sociedade, de modo que o principal objetivo real possa ser o valor humano e não somente o aspecto econômico.

A promoção dos direitos humanos está expressa na legislação vigente, merecendo atenção do Estado na promoção de suas garantias fundamentais principalmente aos mais necessitados. A situação da pobreza extrema atinge pessoas e traduz na realidade que falta a proteção legal. Verifica-se deste modo que para a efetivação dos direitos humanos talvez perpassa por uma ampla mobilização jurídica da união do Estado, dos atores privados e organizações da sociedade civil para buscar alternativas múltiplas que possam estabelecer uma diretriz de ações emergentes humanitárias para o fim da pobreza.

Esforços e estratégias somados aos investimentos sociais e econômicos em programas que possam abarcar essas demandas com vistas na criação de oportunidades pode ser um importante passo. Os recursos destinados as pessoas em condição de pobreza se mostram insuficientes para amenizar as barreiras que enfrentam de modo que a efetivação das obrigações legais fica em segundo plano, é preciso que os direitos humanos sejam promovidos que a responsabilidade social tenha uma importância central na promoção dos direitos humanos e que de fato possa contribuir para amenizar os níveis de pobreza na atualidade.

Referências

ARZABE, Helena Massa. **Pobreza, exclusão social e direitos humanos: O papel do Estado.** Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/dhesc/phele-na.html>>. Acesso em 19 de agosto 2021.

BORTOLUZZI, Valeria Lensen; NUNES, Glívia Guimarães. **A representação da pobreza pela mídia on-line.** Linguagem em (Dis)curso – LemD, Tubarão, SC, v.

14, n. 2, p. 269-284, maio/ago. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ld/a/3mptskjQ9xMdnF9SzBStQMQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 9 setembro 2021.

BRASIL. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Agenda 2030. Disponível em: <<https://odsbrasil.gov.br>>. Último acesso 24 outubro 2021.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Ipea revisa a projeção da inflação de 5,9% para 7,1% em 2021**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38402&Itemid=3>. Acesso em 2 novembro 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos, atos internacionais e normas correlatas**. 4ª edição. Brasília: 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf>>. Acesso em 19 agosto 2021.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. **Breves anotações sobre a função social da empresa**. UC Berkeley: UC Berkeley Program in Law and Economics, [s.l.], 29 maio 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/7cv0612m#author>>. Acesso em 27 agosto 2021.

CEPAL - COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE. **Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego**. 4 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>>. Último acesso em 13 novembro 2021.

COSTA, Fernanda Doz. **Pobreza e direitos humanos: Da mera retórica às obrigações jurídicas - Um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais**. Ano 5, número 9. São Paulo, dezembro de 2008. Disponível em: <www.revistasur.org>. Acesso em 19 agosto 2021.

CIDH. **Pobreza e direitos humanos. Setembro de 2017**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/202.asp>>. Acesso em 19 agosto 2021.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais**. (org.). BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. (Coleção saberes do direito; 57). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Instituto Ethos (BR), Conceito básicos e indicadores de responsabilidade social empresarial. **Rede Ethos de Jornalistas. Empresas e Responsabilidade Social**. 5ª edição, Instituto Ethos, São Paulo-SP, junho de 2007. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/7Conceitos-B%C3%A1sicos-e-Indicadores-de-Responsabilidade-Social-Empresarial.pdf>>. Acesso em 3 novembro 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Pobreza extrema aumenta pela primeira vez em 20 anos, diz Banco Mundial**. Disponível em: <[Pobreza extrema aumenta pela primeira vez em 20 anos, diz Banco Mundial | As Nações Unidas no Brasil](https://brasil.un.org/pt-br/2021/08/pobreza-extrema-aumenta-pela-primeira-vez-em-20-anos-diz-banco-mundial)>. Último acesso 10 agosto 2021

OEA-CIDH apresenta relatório sobre pobreza e direitos humanos na América. 5/12/2017. Disponível em:<<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/202.asp>>. Acesso em 19 agosto de 2021.

SOARES, Laíla Rodrigues. **Responsabilidade social e empresarial: Uma análise de modelos teóricos-conceituais**. Dissertação de mestrado, Escola de Administração da UFBA. Salvador, 2004.

SGORLA, Fabiane; FOSSA, Maria Ivete Trevisan. **A visibilidade midiática da responsabilidade social organizacional**. Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF. Vol.3 • nº1 • junho 2009. Disponível em:<<http://www.ppgcomufjf.bem-vindo.net/lumina>>. Acesso em 16 novembro 2021.

MATOS, Alexandre Magalhães de; COSTA, Ingrid Zuvanov Kahl; NETO, Mercedes; RAFAEL, Ricardo de Mattos Russo; CARVALHO, Eloá Carneiro; PORTO, Fernando. **Fake News em tempos de Covid-19 e seu tratamento jurídico no ordenamento brasileiro**. Escola Anna Nery 25(spe)2021. Disponível em:< <https://www.scielo.br/j/ean/a/rX8qqhKsMqzYftCrKbVTkWF/?lang=pt>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

PITOMBO, Nilton Emanuel Santos. **Responsabilidade social nas grandes empresas brasileiras: o discurso e os resultados**. Dissertação de mestrado, Escola de Administração da UFBA. Salvador, 2007. Disponível em:< <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8610>>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

UNICEF. **Relatório da ONU: ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo**. 12 de julho de 2021. Disponível em:<<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>>. Acesso em 14 novembro 2021.

PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO COMO PRINCÍPIOS ESSENCIAIS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Paulo Henrique Camargos Trazzi e Rafael Mello Portella Campos

Paulo Henrique Camargos Trazzi

Procurador da República. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela UCAM e em Direito Aplicado ao Ministério Público na ESMPU. Mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. paulotrazzi@gmail.com

Rafael Mello Portella Campos

Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Integrante do Núcleo de Estudo, Pesquisa e Extensão em Mobilizações Sociais (ORGANON). rafaelmpcampos@hotmail.com

Resumo:

O presente trabalho pretende debater os princípios da publicidade, transparência e da participação popular no procedimento de licenciamento ambiental, que podem ser influenciados pelo projeto de Lei n. 3.729 de 2004, em tramitação no Congresso Nacional. A legislação atual determina essa publicidade desde a fase do estudo de impacto ambiental, além de assegurar a participação popular. Nesse tema há um aspecto especialmente importante no Brasil que é a análise e avaliação de impactos socioambientais, que compreendem a dimensão da degradação ambiental e, conseqüentemente, o ambiente natural e as questões sociais devem ser analisados conjuntamente para uma compreensão mais profunda metodologicamente sobre a disparidade de dimensões que ameaçam a dignidade de populações urbanas e comunidades tradicionais e a integridade dos ecossistemas locais. Uma atividade de infraestrutura normalmente representa profundos impactos locais e, frequentemente, além do âmbito local.

Palavras-chave: Publicidade, Transparência, Participação Social, Licenciamento Ambiental, impactos socioeconômicos.

I) Contextualização

Em uma brevíssima margem de tempo, a sociedade brasileira presenciou

a ocorrência de dois grandes desastres com assustadoras semelhanças. Em 05 de novembro de 2015, o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, de responsabilidade das empresas Samarco, Vale e BHP Billiton Brasil, acarretou 19 mortes, espalhando rejeitos até a costa litorânea do Estado do Espírito Santo, atingidos dezenas de municípios e milhares de pessoas. Logo a seguir, em 25 de janeiro de 2017, o rompimento da barragem no Córrego do Feijão, Brumadinho, Minas Gerais, de responsabilidade da empresa Vale, causou 270 mortes e novos impactos sociais e ambientais para a população mineira. Os prejuízos, sejam de ordem econômica, social, ambiental, cultural, dentre outros, ainda se encontram em levantamento.

A magnitude dos impactos demonstrou a dificuldade e impotência do poder público e das instituições de justiça de dar uma pronta resposta aos impactos e perseguir, de forma célere e efetiva, as responsabilidades daqueles envolvidos em ambos os casos. O cenário caótico do atendimento às milhares de pessoas atingidas, bem como o início de levantamentos técnicos, demanda tempo e encontra resistência dos responsáveis. Além disso, a gestão das consequências do desastre fomentou a discussão da necessidade de participação e controle social das medidas compensatórias e reparatórias.

Sob outro enfoque, a ocorrência sistêmica de crises e desastres como nos dois casos acima referidos suscita a premente necessidade do Estado Brasileiro de aprimorar a sua legislação e a sua atuação para prevenir novas tragédias. Além de políticas públicas direcionadas às populações expostas aos impactos de grandes empreendimentos, há de se fortalecer e aprimorar os instrumentos de defesa do meio ambiente, em especial o licenciamento ambiental.

Entretanto, na contramão desses objetivos, discute-se no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.729 de 2004, cuja tramitação ocorre como Projeto de Lei 2.159 de 2021, sob a relatoria da Senadora Kátia Abreu, que propõe a flexibilização das normas de Licenciamento Ambiental.

Conforme será demonstrado, as disposições do Projeto de Lei, caso aprovadas e sancionadas, terão nítido potencial de diminuir, ou mesmo suprimir, os direitos de participação e controle pela sociedade civil, notadamente pela vulneração do direito de acesso à informação e a sua incidência dos princípios da transparência e da publicidade, conferindo aos instrumentos participativos previstos um caráter pró forma, de mera legitimidade do procedimento, não avançando na inserção da sociedade civil nos espaços decisórios.

Ademais, sob a perspectiva do direito de acesso à justiça, a flexibilização do licenciamento tornará ainda mais dificultoso para a sociedade civil e para o próprio poder público terem informações técnicas a respeito dos empreendimentos e a partir delas tomar medidas, sejam judiciais ou extrajudiciais, para prevenir problemas ou buscar a responsabilização pelo cometimento de atos ilícitos. A redução do papel do Estado na fiscalização ambiental acaba por diminuí-lo a uma posição de refém e como já se pode atestar, neutraliza a possibilidade de uma pronta resposta em casos como os do Rio Doce e de

Brumadinho.

II) Marco normativo

O direito à publicidade, transparência e participação podem ser enquadrados dentro dos chamados direitos humanos instrumentais. Nesse tópico, vale esclarecer brevemente que os direitos fundamentais, sob um ponto de vista operacional (de raciocínio prático-interpretativo), podem ser divididos em direitos humanos básicos (essenciais para que o cidadão tenha sua condição humana efetivada em sentido pleno) e direitos humanos instrumentais (correlacionados aos primeiros, servem para garantir ou operacionalizar a realização destes na vida social) (COELHO, 2002).

Assim, dentro do procedimento de licenciamento ambiental, publicidade e transparência dialogam diretamente com acesso a informações, permitindo o conhecimento claro dos impactos para uma participação adequada, consciente e efetiva, o que resulta no exercício da cidadania. A participação, por sua vez, pode ser exercida de inúmeras formas, como em espaços de debates e audiências públicas. Segundo Edis Milaré, a audiência pública, regulamentada pela Resolução CONAMA nº 009/1987, é um dos seus instrumentos garantidores da participação na fase da elaboração do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) e constitui o foro formal para propiciar a todo cidadão e instituição interessados a oportunidade de se informar, questionar, criticar, condenar, apoiar, enfim, adotar a posição que julgar oportuna em face do empreendimento pretendido (MILARÉ, 2013).

No âmbito internacional, há diversos documentos garantindo a publicidade desde a fase do estudo de impacto ambiental, além de assegurar a participação popular, ressaltando o princípio 10 da Declaração do Rio¹⁶, a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental e o Acordo Regional de Escazú, América Latina e Caribe. Os direitos ambientais procedimentais, desta forma, consagram a tríade: direito de participação social, direito de acesso à informação e acesso à justiça como elementares para a efetivação de direitos materiais. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2018).

Esses direitos também são destacados quando lidamos com comunidades tradicionais, em específico, no direito à consulta prévia, livre e informada às comunidades tradicionais, prevista na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com destaque para seu artigo 6¹⁷.

16 Declaração do Rio

Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda.

17 Convenção n. 169, da OIT

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

Já no âmbito normativo nacional, é importante destacar o artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

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: (...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará **publicidade**; (Grifo nosso).

Ao se analisar o texto constitucional, não restam dúvidas acerca da obrigatoriedade do licenciamento ambiental para toda atividade potencialmente poluidora, dando-se publicidade ao procedimento, ou seja, a Constituição Federal determina que o licenciamento ambiental é a regra, não a exceção. Nessa linha segue a legislação infraconstitucional, conforme se depreende da Lei nº 6.938/81.

A lei admite que a atividade econômica degrada o meio ambiente; por isso prevê que a licença seja precedida da avaliação do impacto ambiental, a partir da qual o projeto será alterado, proibido ou licenciado mediante as medidas de mitigação e compensação que forem definidas. Não há oposição, mas complementação entre a avaliação do impacto ambiental e o licenciamento da atividade ou empreendimento (CONSTANTINO, 2002).

Como atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, ou seja, seu objeto, enquanto o inciso I do art. 1º da Resolução 237/97 do CONAMA utiliza a expressão empreendimentos e atividades potencial ou efetivamente poluidores, o caput do art. 10 da Lei nº. 6.938/81 faz referência a estabelecimentos e atividades, e o caput do art. 60 da Lei nº. 9.605/98 menciona estabelecimentos, obras ou serviços.

É claro que somente podem estar sujeitos ao licenciamento ambiental aquelas atividades capazes de gerar alguma repercussão sobre o meio ambiente. Por isso, de acordo com o art. 10 da Lei nº. 6.938/81, a exigência de licenciamento ambiental diz respeito somente a estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Isso significa

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

que, segundo o texto legal, o licenciamento ambiental é exigido em relação às atividades utilizadoras de recursos ambientais e em relação às atividades capazes de causar degradação ambiental. Com relação à primeira situação, o conceito de recursos ambientais está definido no inciso V do art. 3º da Lei nº 6.938/81. e, para a segunda situação, é importante ressaltar que o art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.938/81, conceitua poluição.

Essa conceituação merece destaque porque enfatiza uma concepção bastante ampla de meio ambiente, ao considerar também os elementos econômicos, estéticos, sanitários e sociais e não somente os naturais. A definição de degradação ambiental também é feita pelo inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/81 (TRAZZI, 2020)¹⁸.

III) Impactos do projeto de lei nos princípios da publicidade, transparência e participação social

O Projeto de Lei nº 3.729 de 2004 traz alguns pontos de grave preocupação acerca de retrocessos ambientais ao dispensar o procedimento de licenciamento ambiental para diversas atividades econômicas, prejudicando, entre outros, os direitos à publicidade, transparência, participação e acesso à justiça.

Ainda que o ordenamento jurídico esteja pautado pelo princípio da proibição de retrocesso ambiental como uma condição para o desenvolvimento sustentável, este retrocesso está presente de maneira dissimulada na argumentação dos legisladores que se trata de tornar a legislação mais eficiente e condizente com o progresso econômico da humanidade e outros interesses tidos como superiores ao interesse da proteção ambiental (PRIEUR, 2012).

A dispensa de licenciamento ambiental está prevista nos arts. 8º e 9º do texto do PL, tendo como exemplos, agricultura, silvicultura e pecuária extensiva, semi-intensiva e intensiva de pequeno porte; sistemas e estações de tratamento de água e de esgoto sanitário. Além disso, outros 13 tipos de atividades com impactos ao Meio Ambiente, incluindo sistemas e estações de tratamento de água e esgoto, podem ser realizadas sem o licenciamento, com dispensa, inclusive, à outorga do uso de recursos hídricos para o lançamento do efluente tratado.

A mineração de grande porte e alto risco devem obedecer a normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) até que seja criada uma lei específica sobre o tema. Já as barragens de pequeno porte para irrigação são dispensadas do licenciamento¹⁹.

18 Na jurisprudência há exemplos de interpretação do termo significativa degradação ambiental, conceito jurídico indeterminado empregado na CF, como: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, Processo nº 2003.02.01.001060- 6/RJ, j. 25.06.2003, Relator: Desembargador Sérgio Feltrin Corrêa, Relator do Acórdão: Desembargador Paulo Espírito Santo; e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, Processo nº 2003.040.10147004-5/PR, j. 03.09.2003, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

19 Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/entenda-os-8-pontos-mais-problematicos-do-projeto-de-licenciamento-ambiental-aprovado-pela-camara/?gclid=C->

Com exceção de obras classificadas como significativo potencial de impacto ambiental, passa a ser exigido apenas o Licenciamento por Adesão ou Compromisso, conhecido como LAC, emitido automaticamente sem verificação de órgãos ambientais do cumprimento da legislação. A licença autodeclaratória feita pelo empreendedor torna-se, portanto, a regra e o licenciamento, a exceção. Ademais, o PL cria a hipótese de renovação automática no seu art. 7º, § 4º²⁰, reduzindo o controle estatal e da sociedade civil.

Ao tornar o licenciamento ambiental uma exceção na prática, sendo a dispensa a regra, o PL traz profundas restrições aos direitos à publicidade, transparência e participação. Apesar de a análise acima desses direitos ter sido perfunctória, fica clara sua importância e que o procedimento de licenciamento ambiental é essencial para garanti-los, através de instrumentos como as audiências públicas. Conforme exposto, esses direitos são exercidos a partir do procedimento de licenciamento ambiental.

Ao alijar o acesso facilitado à informação ambiental e à participação social nas decisões ambientais, o PL macula outro princípio constitucional – o do controle social – que vem sendo consolidado em processo de democratização do Sistema Nacional de Cultura, tal como expresso no artigo 216, § 1º, X, da Constituição Federal. Tais previsões colidem também com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que avança na evolução da transparência em todas as esferas de poder – aí incluído o Legislativo – e impõe a necessidade de facilitação do acesso às informações, o desenvolvimento do controle social da administração pública (artigo 3º, V) e a priorização da transparência ativa como regra, segundo a Nota Técnica ANPR nº 002/2021- UC da Associação Nacional de Procuradores da República.

Autorizar atividades econômicas potencialmente poluidoras sem prévio estudo de impacto ambiental e o adequado procedimento de licenciamento ambiental extirpa o acesso a informações e o direito de participação, principalmente quando analisamos as comunidades diretamente afetadas pelas atividades, seja no aspecto ambiental, seja no aspecto socioambiental.

Sem acesso à informação e sem a possibilidade de participar do processo de licenciamento ambiental, as comunidades atingidas por empreendi-

jwKCAjwzOqKBhAWEiwArQGwaBdyds8VJCwU44LaMZqPS48cz3Sn9Wvc4BU-fWV5_TgWfqApnHYGJHRoCLk8QAvD_BwE>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

20 Art. 7º (...)

§ 4º A licença ambiental pode ser renovada automaticamente, por igual período, sem a necessidade da análise prevista no § 2º deste artigo, a partir de declaração do empreendedor em formulário disponibilizado na internet que ateste o atendimento simultâneo das seguintes condições:

I – não tenham sido alterados as características e o porte da atividade ou do empreendimento;

II – não tenha sido alterada a legislação ambiental aplicável à atividade ou ao empreendimento;

III – tenham sido cumpridas as condicionantes ambientais aplicáveis ou, se ainda em curso, estejam sendo cumpridas conforme o cronograma aprovado pela autoridade licenciadora.

mentos possuem severas dificuldades de compreender a dimensão dos seus impactos e tomar as medidas que entenderem necessárias para salvaguardar os seus direitos. O caminho não raro é o acionamento da Defensoria Pública e do Ministério Público, que, ao serem demandados, também irão buscar os atores públicos e privados por informações.

Note-se que a posição da pessoa atingida ou da instituição de justiça acionada já se dá em desvantagem, pois terá que demandar, inicialmente, a observância dos direitos ambientais instrumentais, para somente depois chegar-se ao mérito de fato, isto é, à caracterização do impacto e avaliação de responsabilidades. A instrução de procedimentos administrativos, inquéritos civis e posteriormente processos judiciais é complexa e muitas vezes demorada, haja vista a interdisciplinaridade das matérias e a dificuldade das instituições de contarem em seus quadros com corpo técnico adequado.

Em que pese não ter sido ainda recepcionado pelo Brasil, o “Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe”, conhecido como Acordo de Escazú, é importante norma internacional que fortalece o mosaico normativo já exposto. O acesso à justiça consta expresso como direito a ser promovido pelos Estados signatários. A título ilustrativo, a previsão no artigo 8.3.E, prevê a necessidade de medidas para facilitar a produção da prova do dano ambiental, conforme o caso e se for aplicável, como a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova. O PL, em sentido oposto, cria dificuldades para o acesso à informação.

Portanto, a diminuição ou supressão dos canais de acesso à informação, publicidade e transparência repercutem negativamente na participação e controle social, diminuindo substancialmente a margem de atuação das comunidades atingidas para reivindicar direitos. Outro ponto preocupante do PL é a previsão de meio remoto para a coleta de informações. Tal previsão, sobretudo do ponto de vista de comunidades em situação de vulnerabilidade econômica e sem acesso à internet, poderá acarretar a inviabilidade da participação. Tal ponto também é levantado na Nota Técnica ANPR nº 002/2021- UC da Associação Nacional de Procuradores da República.

Além disso, cabe ressaltar novamente a previsão no PL da Licença por Adesão e Compromisso (art. 5º, V), que vem sido classificada como autolicienciamento, uma vez que deixa nas mãos do empreendedor a chancela da própria iniciativa. A partir de critérios bastante vagos, como não ser causador de “significativa” degradação ao ambiente, permite que o licenciamento seja feito online, por meio de simples declaração do empreendedor. O PL permite, ainda, que até mesmo um requerente que esteja em processo de Licenciamento Ambiental Corretivo, categoria na qual se inserem os empreendimentos que estejam operando sem licença ambiental, possa aderir à LAC (LOSEKANN e outros, 2021).

A flexibilização das normas do licenciamento também vulnerabilizam o próprio Estado, ao diminuir o seu papel fiscalizatório e por conseguinte o

acesso a informações técnicas que são cruciais para eventuais medidas judiciais ou extrajudiciais.

IV) Os legados dos desastres do Rio Doce e de Brumadinho

O licenciamento ambiental e os demais instrumentos de proteção do meio ambiental precisam ser implementados conjuntamente com as demais normas que compõem toda a política ambiental brasileira. A proposta do PL avança ancorada em um ideal de desburocratização e flexibilização que enfraquece os mecanismos de fiscalização e o controle social sobre a construção de empreendimentos.

Infelizmente, os recentes desastres ocasionados pelo rompimento de barragens não foram suficientes para se mudar a errônea percepção de que o poder público não deve ou não consegue exercer de forma efetiva a fiscalização e a regulamentação da construção de empreendimentos. No caso do desastre do Rio Doce chegou-se à inédita adoção de uma ampla delegação das responsabilidades pelo processo de reparação a uma fundação de direito privado sob a gestão das empresas Samarco, Vale e BHP, via Fundação Renova, afastando o poder público das medidas sob o carimbo de ineficiente. Após 06 anos do rompimento, o modelo, em crise, é rediscutido pela terceira vez em novas negociações mediadas pelo Conselho Nacional de Justiça²¹. Em Brumadinho, ao se prever assessorias técnicas a todas as comunidades e maior papel do Poder Público, caminha-se para uma gestão mais equilibrada e participativa, todavia, sua eficácia ainda haverá de ser avaliada em momento posterior.

Além da rejeição do PL, há de se fortalecer a participação e controle social a partir de mais políticas públicas que protejam as comunidades atingidas e as insiram nos espaços de discussão e decisão relacionados à instalação de grandes empreendimentos. Afinal, são elas que absorvem os impactos sociais e ambientais. Nesse contexto, é importante ressaltar a tramitação do Projeto de Lei nº 2788/2019 que prevê a Política Nacional de Atingidos por Barragens no Congresso Nacional, que, dentre diversas medidas, apresenta especial preocupação com o acompanhamento do licenciamento ambiental das barragens pelas comunidades e pelo direito de contarem com assessoria técnica por todo o processo,

No plano estadual, a Lei nº 2.3795/21 instituiu no Estado de Minas Gerais o Plano Estadual de Atingidos por Barragens no Estado, abrangendo questões como o conceito de atingido, os direitos dos atingidos, as diretrizes de aplicação do PEAB, objetivos, a previsão da PRDES (plano de recuperação e desenvolvimento econômico e social), o acompanhamento por um comitê representativo, o direito de assessoria técnica e a responsabilização do custeio pelo empreendedor). No Estado do Espírito Santo também se iniciou

21 Premissas para repactuação podem evitar retrocessos no caso da barragem em Mariana (MG) - Portal CNJ - Acesso em 21/11/21.

a sua discussão, tendo a Defensoria Pública do ES exarado Nota Técnica a respeito da importância do Estado também contar com a sua política de forma específica.

Por todo o exposto, entende-se que o aprimoramento do Licenciamento Ambiental deve caminhar em sentido oposto ao que apontado pelo PL, com o fortalecimento da publicidade, da transparência, da participação e do controle social, via a facilitação do acesso à informação e da criação de mecanismos efetivos de inserção das comunidades atingidas nos espaços decisórios, de modo que possamos falar de uma política ambiental efetivamente comprometida com a preservação do meio ambiente.

Referências

ANPR. Associação Nacional de Procuradores da República. **Nota Técnica ANPR nº 002/2021 - ÚC.** 2020.

COELHO, Edihermes Marques. **Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária.** 2002. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Sérgio Urquhart de Cademartori.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada artigo por artigo.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LOSEKANN, Cristiana. MILANEZ, Bruno. PAIVA, Raquel Lucena. LINS, Rebeca Mathias. VERVLOET, Roberto José Hezer Moreira. **Análise crítica ao PL 3729 aprovado pela Câmara dos Deputados em 2021.** Série de Textos - Ciência Pública. Agosto de 2021. ORGANON - Núcleo de Estudo, Pesquisa e Extensão em Mobilizações Sociais.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Prieur, Michel. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Em Senado Federal. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, Brasília-DF, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral.** In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (coord.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRAZZI, Paulo Henrique Camargos. **Desenvolvimento sustentável e avaliação de impacto ambiental na Itália e no Brasil,** 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A INCLUSÃO DA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: PARA ALÉM DO DEVER LEGAL

Maria da Conceição Lima Melo Rolim

Maria da Conceição Lima Melo Rolim

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba.

Resumo:

A presente pesquisa objetiva realizar uma reflexão acerca da temática da Responsabilidade Social Empresarial aliada, de forma concreta, à contratação de pessoas com deficiência pelas empresas. Nesse sentido, sua justificativa está na relevância que o tema da inclusão possui, especialmente quando trabalhado sob a ótica da empresa, ambiente em que se perpetuam condutas desiguais. O estudo pretende demonstrar que a Responsabilidade Social Empresarial transforma a inclusão em um compromisso real, voltado a adaptar as corporações às necessidades das pessoas com deficiência, pois vai além das exigências legais de cumprimento de um determinado percentual. Para tanto, a metodologia utilizada fora a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa. Como resultado, foi possível verificar que, uma empresa socialmente responsável, além de cumprir com as normas referentes às reservas de vagas para pessoas com deficiência, se transforma para gerar inclusão no mercado, conscientizando a sociedade.

Palavras-chave: Responsabilidade Social empresarial; Pessoas com deficiência; Mercado de trabalho.

Introdução

O presente artigo visa abordar o tema do contrato de trabalho da pessoa com deficiência – PcD enfatizando a questão contida na responsabilidade social e suas contribuições para a inclusão social e a efetivação da acessibilidade, conforme descreve as normas federais e os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. No se refere ao contrato de trabalho que vai além da clássica noção Contratualistas, no então trata-se de um instrumento que tutela diversas prerrogativas conquistadas pela classe trabalhadora nas últimas décadas. Sobre a definição legal, que está prevista no art. 442, caput, da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que simboliza um marco legislativo para a preservação dos interesses trabalhistas.

Destarte, tornou-se uma definição rudimentar, pelo fato que não se expressa de maneira ampla conforme demanda a sociedade e suas diversas categorias de pessoas.

Nesse sentido, buscamos analisar a definição jurídica dessa população apontando como são consolidadas os seus direitos de inclusão inclusive social nesse processo e como são realizadas as garantias de inclusão, acesso ao mercado de trabalho. Ampliando a discussão sobre o tratamento dado às às pessoas com deficiência no contexto legislativo e o conceito de contrato de trabalho.

Bem como quais são as normas federais vigentes que atuam sobre a inclusão da PcD viabilizando o acesso desses ao mercado de trabalho englobando a jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgãos que regem esses fundamentos legais utilizados pelo poder judiciário. Podemos verificar que a PcD foi evidenciada com maior expressividade no evidência no ordenamento jurídico a partir da instauração da Constituição de 1988, que dispôs que esse grupo não seria mais segregado e passou a constar no direito material coletivo, com nível do estado de direito fundamental, especificamente no art. 7º, XXXI, onde foi proibido a discriminação na contratação da pessoa com deficiência para o trabalho.

Referidas disposições contemplam na Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 e determina em suas normas gerais a obrigatoriedade do pleno exercício dos direitos individuais e sociais da PcD e a sua integração social de forma efetiva. Considerando que o trabalho em si, como meio de participação social na produção econômica de nossa sociedade capitalista, denota-se como um instrumento que influencia na estima ao trabalhador, principalmente pelo fato de propiciar ao empregado a dignidade de poder comprar itens e bens através de seu próprio esforço e ainda possibilita a integração social com os demais colegas e colaboradores do serviço.

A partir desse presuposto destacamos a relevância para a pesquisa para a comunidade civil, ponderando que o processo para que a maioria das pessoas tenham oportunidades sem distinções é efetivado com a regulamentação do Estado com a aplicabilidade dos comandos normativos. Para ilustrar podemos citar que no contrato de trabalho, está vigente a proteção a PcD quando a norma estabelece que as empresas que possuem 100 (cem) ou mais funcionários são obrigadas a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com PcD ou beneficiários da Previdência Social com reabilitados, como prevê o art. 93 da Lei nº 8.213/91 e no art. 36 do Decreto nº 3.298/99.

Entretanto essa questão advém de diversas perspectivas, entre elas está a ausência da garantia de inclusão para a acessibilidade e o desenvolvimento das atividades laborais asseguradas pelas leis federais para a PcD. Enfatizando

que com a disseminação da legislação pátria para englobar a população em geral, discorre que a sociedade pode alcançar uma maior inserção social de determinados nichos populacionais. A partir disso, a adversidade aplicada nessa pesquisa busca apresentar as determinações do ordenamento jurídico federal brasileiro, que estão inseridas no contrato de trabalho da pessoa com deficiência (PcD) especialmente em sua inserção na atividade trabalhista.

2 As pessoas com deficiência - contexto normativo

Monteiro (2011, p. 2) define a pessoa com deficiência trata-se de acordo com a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, elaborada pela ONU em 2006, no artigo 1º, tratam-se daquelas que possui impedimentos de natureza mental, física, mental, sensorial ou intelectual e que no desenvolvimento de interações são identificadas diversas barreiras, que podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade com os demais.

Após assumir essa responsabilidade protecionista voltada aos mais fragilizado das relações trabalhistas, fica a responsabilidade para o Estado, e outros participantes que demandam tratamento distinto de acordo com as suas peculiaridades. Que requer incentivo e cautela para ingressar no mercado de trabalho, a pessoa com deficiência - PcD representa um agente que geralmente se torna invisível aos olhos do empresário que busca por um colaborador. No que define o contacto legal dos que se enquadram como uma PcD, Monteiro et. al. (2011, p. 02) destaca que:

A classificação de deficiência física estão previstas entre os sujeitos que são dotados de alterações parciais ou completas que pode afetar um ou mais segmentos do corpo humano. De forma que a deficiência, pode ocorrer na forma física, na perda de membros, na deficiência mental e/ou intelectual, promovendo uma perda ou a redução de sua participação na sociedade (CUNHA, 2018, p. 45).

Rebello (2018, p. 23) acrescenta que não pode se confundir a deficiência com a incapacidade para o trabalho. Uma vez que a deficiência trata-se de um atributo do indivíduo e este discorre a pessoa um comprometimento em sua capacidade funcional, entretanto sobre a incapacidade define-se pelo comprometimento total em relação aos requisitos para determinada atividade na avaliação da capacidade funcional residual.

Vale lembrar que a trajetória das pessoas com deficiência possui uma grande rejeição, que não se limita apenas ao nosso país, porém os marcos históricos apontam esses eventos em todo o mundo. Para incorporar a PcD como indivíduo que possua capacidade atendendo as garantias legislativas trata-se de um processo recente. Podemos lembrar que no apogeu da civilização grega, bebês deficientes tinham a sentença do sacrifício, o que levou Platão e Aristóteles, a criarem ao currículo de planejamento urbano grego, que todos disformes que nasciam fossem eliminados. Destarte, Homero, co-

nhecido como um dos mais famosos poetas gregos, e autor de *Íliada* e *Odisseia*, era cego. Cunha (2018) evidencia a comprovação de tamanho paradoxo sobre o julgamento prévio de uma pessoa com deficiência rotulando-a como incapaz no trabalho ou em sua vida afetiva e social.

Contudo, a partir do século XX, em detrimento a Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 e que englobou os princípios da liberdade, dignidade e direitos iguais inerentes para todos os seres humanos. Contudo no que se refere ao direito do trabalho, a partir de 1925, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem buscado a qualificação profissional e a reabilitação de pessoas com deficiência de acordo com a recomendação nº 22 (OIT). E a partir de então a inclusão das pessoas com deficiência na economia e no social tem ganhado mais evidencia e sido tema de debates e aponta um crescimento na convivência comum dessas pessoas principalmente nos âmbitos empresariais

Consoante com a Constituição Federal de 1988 que apresente como conceito estruturante de Estado Democrático de Direito, a obrigação de incentivar a sociedade civil e as empresas privadas a desempenhar ações democráticas e inclusivas. Estimular e colaborar para a criação de mecanismos inclusivos e benéficos aos trabalhadores, tais como as cotas no Direito do Trabalho do país em detrimento aos grupos de pessoas, como uma dinâmica para o aperfeiçoamento democrático e inclusivo do sistema profissional, social, econômico e cultural brasileiro.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, como citado anteriormente, emergiu o incremento da Lei nº 8.213 /1991 no nosso arcabouço normativo, o que promoveu ao profissional portador de deficiência maior segurança para consolidar o vínculo empregatício. Como citado no art. 93, § 1º, do referido dispositivo, em que se prevê, que a demissão de pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social com a ruptura do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa sem motivo em contrato por prazo indeterminado somente será possível após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.

Na trajetória normativa sobre a PcD para o mercado de trabalho apresenta muitos outros importantes aspectos, tais como podemos destacar o lançamento do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver Sem Limites, que foi conquistado por meio do Decreto nº 7.612/2011, e teve a sua manutenção através de verbas destinadas para o crescimento e abrangência de programas já existentes, bem como promover novos projetos no período de 2011 e 2014. Que estruturou esse Plano em quatro fases: Acesso a inclusão social (mercado de trabalho) Educação, Atenção a saúde e acessibilidade e acesso a Educação.

Garcia (2014) pontua a importância em se ter a ideia de que as questões culturais demoram a ser modificadas, no entanto esse é o movimento que tem sido empreendido por pessoas com deficiência através das organizações re-

presentativas que se disseminaram nos últimos anos.

Who & World Bank (2011) cita que as pessoas com algum tipo de deficiência somam mais de um bilhão de pessoas no mundo, e representa 15% da população mundial, com cerca de 80% delas estão inseridas em países em desenvolvimento e quase 200 milhões experimentam dificuldades funcionais. Na contratação trabalhista da pessoa com deficiência um tema delicado, polemico e muito atual no âmbito do Direito.

Devido ao número de PcD que vem crescendo de forma vertiginosa, conforme demonstrado no relatório da WHO & The World Bank, de 2011, apontando que o número de pessoas com deficiências tem crescido, de acordo com o crescimento demográfico, as populações estão envelhecendo esse risco de deficiência em idosos tem aumentado fora a questão das doenças crônicas, como as doenças cardiovasculares, diabetes, câncer e distúrbios mentais. Contudo, mesmo diante das diversas melhorias realizadas nas condições sociais e econômicas dessas pessoas, é identificados muitos empecilhos a serem superados.

Outro marco a ser citado é que em julho de 2015, o Brasil promulgou a Lei da Inclusão da Pessoa com Deficiência? (LBI), denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Que tem os direitos previstos nesse regulamento que englobam educação, saúde, esporte, trabalho, previdência social e assistência social, transporte e outros, e ainda estabelece a autonomia dessas pessoas em igualdade de condições entre as demais. Contudo, no que se refere ao preconceito e suas faces discriminatórias, a lei determina que o autor que lesar, afastar ou cancelar o reconhecimento ou a aplicação dos direitos e liberdades das pessoas com deficiência será multado, e pode ser julgado e punido com pena de um a três anos de prisão.

3 As garantias de inclusão social e acessibilidade laboral a pessoa com deficiência

No que refere a consolidação da contratação de um profissional para uma vaga, existem determinados requisitos a serem preenchidos, tais como a capacidade e habilidade com manuseio de equipamentos bem como alguma experiência na área pretendida. De forma que a capacitação de um deficiente não é considerada uma tarefa fácil, uma vez que cada um apresenta sua limitação e tais características demandam um trabalho de forma individualizada para viabilizar o aprendizado da pessoa com deficiência.

Santos (2016). destaca outro ponto se destaca com a exigência de que as empresas devem estar adequadas às pessoas com deficiência, desenvolvendo ajustes e equipamentos para receber essas pessoas em suas unidades ou postos de trabalho com critérios de acessibilidade física minimizando quaisquer riscos de acidentes ou a exclusão desses agentes em suas dependências, a fim de efetivar a igualdade e a oportunidade de trabalho sem atos discriminatórios ou excludentes.

Com o uso de apoios especiais que possam compensar as limitações de acordo com a deficiência da pessoa e centralizar orientação, apoios técnicos e supervisão entre outros para colaborar na superação das barreiras da mobilidade e comunicação no portador de deficiências para que possa ser utilizado integralmente as suas capacidades na condição de normalidade como descreve a normativa nº 20/01 da Secretária da Inspeção do Trabalho do MTE.

Tanaka; Rodrigues (2013) cita como exemplo, os serviços de mensagens e vibracall para os telefones de uso dos deficientes auditivos, a disponibilização de folheadores eletrônicos para tetraplégicos, sinalização e alarmes sonoros, impressão em braile e a presença de corrimão para efetivar a locomoção e ainda existem muitas outras tecnologias de acesso ao computador e a internet tais como livros falados, sintetizadores de voz, interprete em libras e estrutura com banheiros adaptados para cadeirantes.

Mesmo com a legislação e sua preferência para a admissão de pessoas com necessidades especiais no âmbito laboral verificamos um percentual variável de vagas no serviço público e privado, a proposta norteadora é a tentativa de garantir a igualdade de oportunidades para o acesso ao mercado de trabalho, e não se limita a procedimentos assistencialistas às empresas. Uma vez que essas pessoas com necessidades especiais demandam possuir qualificação e aptidão física para ocupar as vagas que lhes são destinadas. A preparação de pessoas com necessidades especiais para o mercado de trabalho exige a estruturação de específicos programas que possuam como principal objetivo a adoção de práticas viabilizem a entrada dessas pessoas no mercado de trabalho de maneira competitiva.

4 Considerações finais

No desenvolvimento dessa pesquisa podemos aprofundar os desdobramentos e resultados mediante as leis e normas e a efetividade da contratação de pessoas portadoras de deficiências, bem como vem sendo desenvolvidas a responsabilidade social empresarial nesse segmento. Apesar dos grandes avanços ao longo da história ainda temos um caminho a ser percorrido para que os deficientes intelectuais e físicos gozem de seus direitos de forma integral.

Outro destaque identificado na pesquisa foi verificado quanto a cultura da sociedade em que vivemos que ainda protagoniza cenas de discriminação e exclusão a essas pessoas que merecem ser vistas como cidadãos de direito e devem ser estimulados e orientados para serem inseridos nos meios sociais e laboral com dignidade, apoio, estímulos e com total acessibilidade por onde necessite fazer sua locomoção o que ainda apresenta falhas na efetivação desses direitos.

Bem como sugere-se uma forma, por meio de uma boa educação formal para os deficientes, atendendo suas especificidades para prepará-los para o mercado com maior atenção a esse fato, consolidando uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de out. de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Decreto nº 3.298, 20 de dez. de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm#:~:text=D3298&text=DECRETO%20N%C2%BA%203.298%2C%20DE%20,prote%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Decreto nº 7.612, 17 de nov. de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7612.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Lei nº 10.098, 19 de dez. de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Lei nº 13.146, 06. de jul. de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Lei nº 7.853, 24 de out. de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Lei nº 9.867, 10 de nov. de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm> Acesso em: 26.11.2021

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 26.11.2021

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da Cunha. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores.** – Mauricio Godinho Delgado. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FIALHO, Camila Borges *et. al.* INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL: RESPONSABILIDADE SOCIAL OU OBRIGAÇÃO LEGAL? **Revista de Carreiras e Pessoas**, vol. 7, n. 3, 2017. p. 43-63. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ReCaPe/article/view/32725/24295>> Acesso em: 26.11.2021.

MONTEIRO, Líbia Gomes et al. Responsabilidade social empresarial: inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Rev. bras. educ. espec.**, Marília, v. 17, n. 3, p. 459-480, dez. 2011.

SANTOS, Evilasias **Possmoser dos. Inclusão social de pessoa com deficiência no mercado de trabalho.** 35f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em

Administração) - Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016.

SANTOS, Júlio Cesar. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHIMONO, Sumiko Oki. **Educação e Trabalho: caminhos da inclusão na perspectiva da pessoa com deficiência**. Dissertação (Mestrado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Efetividade dos direitos sociais**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 26.11.2021

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. Ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

TANAKA, E.D.O.; RODRIGUES, R.R.J. **Em busca de novas expectativas de trabalho para o portador de deficiência mental**. In: MARQUEZINE, M.C. et al. (Orgs.) *Inclusão*. Londrina: Eduel, 2003, p. 323-330.

TEIXEIRA, B.M.; LEMOS JÚNIOR, E.P. **Reflexos da reforma trabalhista na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 39, n. 1, p. 277-294, jan./jun. 2019. Disponível em <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/50983>>. Acesso em: 26.11.2021

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO); THE WORLD BANK. *World Report on Disability*. Genebra: WHO, p.350.2011.

O RESPEITO ÀS GARANTIAS MATERIAIS E PROCESSUAIS DOS INVESTIGADOS E DOS ACUSADOS COMO MANIFESTAÇÃO DA LEGITIMIDADE DOS PROCEDIMENTOS INTERNACIONAIS PENAIS

Marina Goulart de Queiroz

Marina Goulart de Queiroz

Mestranda em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com realização do programa Erasmus+ na Universidade de Trento. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, com período de mobilidade internacional na Universidade de Coimbra.

Resumo:

Em um procedimento internacional criminal, deve-se observar os direitos essenciais do investigado e do acusado, em consonância com o *standard* de proteção dos direitos humanos estabelecido na ordem jurídica internacional. Neste trabalho, busca-se compreender como estão assegurados os direitos, especialmente o direito ao julgamento justo, com destaque para a previsão no Estatuto de Roma e nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional. Além disso, discorrer sobre o fenômeno das *cross-references*, realizadas pelos juízes dos tribunais internacionais penais, como um aprofundamento da dimensão dos direitos humanos. Certo é que os direitos e garantias do investigado e do acusado foram progressivamente consolidados, considerando historicamente a instituição e atuação dos tribunais internacionais com jurisdição penal. O respeito aos direitos humanos pode ser considerado como indispensável para garantir a manutenção da legitimidade dos procedimentos internacionais criminais.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal; Direito Internacional Processual Penal; Responsabilidade Internacional Penal Individual; Garantias Processuais Penais.

Introdução

Tem-se como objeto o estudo da legitimidade passiva do indivíduo no plano internacional e a dimensão dos direitos humanos na ótica do Direito Internacional Penal e do Direito Internacional Processual Penal. O objetivo

é compreender como estão assegurados os direitos e as garantias materiais e processuais dos investigados e dos acusados nos procedimentos internacionais criminais, em especial, frente ao Tribunal Penal Internacional.

A pertinência reside no fato de que os direitos humanos passaram a ser vistos como parte integrante dos valores constitutivos de uma nova ordem jurídica internacional que começava a ser edificada no momento posterior ao da Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário, ocorreu também a preocupação em consagrar a responsabilidade internacional penal dos indivíduos que praticassem os crimes mais graves da humanidade.

Observou-se a emergência do processo internacional penal, com a consciência da instituição de tribunais internacionais penais que visavam estabelecer as consequências jurídico-penais da prática dos *core crimes*. Estes tribunais deveriam estar alinhados ao movimento de expansão dos direitos humanos e, observar a convergência dos valores comuns compartilhados pela comunidade internacional acerca da existência de um núcleo rígido dos direitos humanos pautado na dignidade da pessoa humana.

O trabalho foi dividido em três partes. Primeiro é necessário realizar um enquadramento geral para compreender o direito ao julgamento justo, à luz das disposições internacionais da proteção da pessoa humana em processos criminais. Com esse substrato, será possível conjecturar uma evolução gradativa na proteção dos direitos dos investigados e dos acusados, sendo considerados: (i) os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio; (ii) os Tribunais Penais Internacionais com jurisdição *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda; e, finalmente, (iii) o Tribunal Penal Internacional. Por fim, será observado um aprofundamento da dimensão dos direitos humanos com o fenômeno das denominadas *cross-references*. Cumpre mencionar que o diálogo judicial é predominantemente realizado pelos juízes dos tribunais internacionais penais, em referência sobre a jurisprudência dos tribunais especializados em direitos humanos, especialmente em relação à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O direito ao julgamento justo

É certo que o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Processual Penal gozam de autonomia científica. Não obstante, *tomam emprestado* e convergem com importantes aspectos como do Direito Penal, do Direito Processual e do Direito Constitucional dos ordenamentos jurídicos nacionais e de outros ramos jurídicos do Direito Internacional Público, como do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Na medida em que a justiça criminal, por excelência, utiliza dos poderes coercitivos e de diversas restrições aos direitos e liberdades do indivíduo, é possível verificar a previsão em constituições democráticas e em tratados internacionais de direitos humanos do reconhecimento de diversos direitos

de defesa que devem ser observados durante *todas as fases do processo penal* (Saavedra Álvarez, 2007). Dentre esses direitos, o direito ao julgamento justo representa o pilar fundamental do *Rule of Law*, para proteger os indivíduos de um tratamento arbitrário da autoridade no domínio penal, o que também se estende para os eventuais atos ilegítimos praticados por organismos internacionais.

Há uma confluência nas disposições internacionais, de caráter universal e regional, sobre a proteção do acusado durante os procedimentos criminais, das quais se extrai o significado central e comum do escopo ao direito ao julgamento justo. Consideram-se, neste trabalho: (i) os artigos 9º a 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; (ii) os artigos 14º e 15º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; (iii) os artigos 6º e 7º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, comumente referida como Convenção Europeia de Direitos Humanos; e, (iv) os artigos 8º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para alcançar o direito ao julgamento justo, que está inerentemente relacionado com o devido processo legal e ao princípio da legalidade, algumas componentes podem ser levantadas. É fundamental que o órgão jurisdicional, ou quase-jurisdicional, seja competente, independente e imparcial. Os procedimentos devem garantir às partes envolvidas a igualdade de armas. Além disso, devem ser garantidos todos os atributos da personalidade jurídica do indivíduo e, devem existir as garantias em favor do investigado e do acusado (Doswald-Beck, 2013).

Em relação às garantias – na medida em que forem aplicáveis, *em todas as fases processuais* – compreende-se: (i) a presunção da inocência; (ii) o direito à informação sobre a natureza e a causa da acusação, em idioma de compreensão; (iii) o direito aos meios de defesa necessários, ou seja, o direito de ser defendido pessoalmente e/ou por um advogado de escolha; (iv) o direito ao julgamento sem atraso ou dentro de um prazo razoável; (v) o direito de inquirição de testemunhas; (vi) o direito à assistência de um intérprete, caso o indivíduo não compreenda a linguagem utilizada nos procedimentos; (vii) o direito de não ser julgado à revelia; (viii) o direito ao silêncio; (ix) o direito à um recurso para um tribunal superior; e, (x) a proibição da múltipla prossecução penal (Doswald-Beck, 2013).

Por uma série de razões e diante da particularidade do Direito Internacional Penal, nem sempre foi observado, ou, foi simples a transferência e a aplicação dos *standards* de direitos humanos reconhecidos em matéria penal a nível nacional e internacional (Saavedra Álvarez, 2007). Todavia, em uma ordem jurídica internacional na qual se desenvolve mecanismos internacionais para a proteção dos direitos humanos, não se pode justificar restrições (*latu sensu*) aos direitos essenciais e às garantias mínimas do investigado e do acusado durante os procedimentos internacionais criminais²².

22 Deve-se atentar sobre peculiaridade da natureza dos procedimentos internacionais criminais, dado que são apreciados casos nos quais põem em causa o direito de centenas, e,

A proteção dos direitos dos investigados e dos acusados nos procedimentos internacionais criminais

Reconhece-se uma dupla compreensão dos direitos humanos no Direito Internacional Penal. A princípio, por meio da previsão das consequências jurídico-penais em razão da prática dos *core crimes*, caracterizados pelas violações massivas de direitos fundamentais. Ademais, por meio da limitação da atuação do próprio Direito Internacional Penal, que deve reconhecer os direitos fundamentais dos investigados e dos acusados (Gouveia, 2015).

As regras previstas na Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (artigo 16) e na Carta do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente (artigos 9 e 10) dispuseram sobre o julgamento justo dos acusados, e compreende-se uma *justeza* das regras processuais em abstrato. Foram garantidos em ambas as cartas: (i) o detalhamento das acusações; (ii) que os procedimentos deveriam ocorrer em idioma de compreensão; (iii) o direito de exercer defesa; e, (iv) o direito de produzir provas.

Cumprir mencionar que, no tocante às regras processuais, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg conta com a previsão de onze regras e o Tribunal Militar Internacional de Tóquio com nove regras. Nota-se uma simplicidade e até mesmo uma insuficiência da previsibilidade de regras processuais, o que sugere um desrespeito ao princípio da legalidade.

Além do mais, os crimes foram expressamente previstos em um momento posterior ao acontecimento dos fatos, o que também sugere *ferir* o princípio da legalidade. Os tribunais internacionais militares também suportam críticas ante a *compressão* do direito ao julgamento justo e do devido processo legal, posto que, por exemplo, não foram garantidos de forma expressa o direito ao silêncio e não havia a previsão dos direitos ao recurso ou à revisão.

Segundo Sylvia Steiner (2002, p. 73), a justiça realizada por estes tribunais “não se mostrava a mais adequada, pelos vícios que a impregnavam” e

eventualmente, milhares de vítimas. Considerando o Tribunal Penal Internacional, este possui, além da natureza retributiva e preventiva, seja geral ou especial, também possui o objetivo de reparar as vítimas. Em relação às limitações (*latu sensu*), o Estatuto de Roma não prevê uma norma que permita a derrogação das suas disposições. No entanto, prevê a limitação (*stricto sensu*) do direito à audiência pública (artigo 68(2) do Estatuto de Roma), que interfere no direito de defesa. Portanto, diante da natureza do procedimento internacional criminal, que revela um modelo próprio, admite-se ao Tribunal Penal Internacional poderes para implementar medidas de proteção destinadas às vítimas e às testemunhas. Cumpre ressaltar que estas medidas não poderão ser prejudiciais ou inconsistentes com os direitos do acusado quanto ao direito ao julgamento justo e imparcial. Permite-se a limitação à audiência pública para proteger: (a) a vítima, especialmente aquela de crime de natureza sexual, ou, a vítima menor de idade; (ii) a testemunha, especialmente aquela menor de idade; e, (iii) o acusado. Ou seja, pode-se decretar que um ato processual se realize, em todo ou em parte, em sigilo – corresponde ao direito de interrogar testemunhas de acusação por meio de anonimato parcial. *Vide*, CROQUET, Nicolas. The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights? *Jurisprudence?* **Human Rights Law Review**. v. 11. n. 1. 2011. p. 91-131.

“tratavam-se, ambos, de verdadeiros tribunais de exceção”. Os Tribunais Internacionais Militares de Nuremberg e de Tóquio foram considerados pela doutrina como prestadores de justiça contra os inimigos derrotados na Segunda Guerra Mundial. Em outras palavras, a instituição de ambos os tribunais internacionais militares decorreu da vontade política das estruturas de poder vigentes nas relações internacionais (Fuchs; Lattazi, 2015).

Salvatore Zappalà (2003) atribuiu uma melhora gradativa no nível de proteção dos direitos essenciais dos investigados e dos acusados nos procedimentos internacionais criminais devido ao fenômeno do aumento das disposições no próprio *corpus iuris internacional*, que garantem ao indivíduo o direito ao julgamento justo. Além disso, observou-se um abandono da abordagem tendenciosa e politizada no plano internacional acerca da *justiça do vencedor sobre o vencido*.

A Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e a Carta do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente não dispuseram sobre os direitos e as garantias dos indivíduos acerca do devido processo legal durante a fase da investigação. As ressalvas e limitações ensejaram em um maior imperativo para uma adesão mais estrita ao modelo adversarial (*common law*) e para um maior desenvolvimento do catálogo dos direitos do acusado – o qual passará a abranger o investigado – pelos Tribunais Penais Internacionais com jurisdição *ad hoc* instituídos posteriormente (Escudeiro, 2013).

Nas regras do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (artigo 21) e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artigo 20) há um maior desenvolvimento dos direitos dos acusados. Os direitos dos acusados são previstos de maneira expressa e seguem um paralelismo em ambos os estatutos e regras processuais. Em síntese, foram estabelecidos: (i) o direito de ser ouvido em um julgamento justo e público; (ii) a garantia da presunção da inocência até a prova em contrário; (iii) o direito de ser informado da acusação em língua conhecida; (iv) a designação de um defensor oficioso e gratuito; (v) o direito de ser julgado sem demora; (vi) o direito de estar presente em seu julgamento e de promover a própria defesa; (vii) o direito de interrogar as testemunhas da acusação e de oitiva de testemunhas de defesa; (viii) o direito de ser assistido por um intérprete, se necessário; e, (ix) o direito de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou de confessar o crime. Ressalta-se que ambos os estatutos não preveem regras processuais muito bem detalhadas. As regras de prova e de procedimento foram elaboradas pelos próprios juízes dos tribunais internacionais com jurisdição *ad hoc*.

Quanto ao direito dos investigados, subsiste a previsão expressa do direito à assistência jurídica no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (artigo 18(3)) e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artigo 17(3)). O leque dos direitos foi expandido com a opinião do Secretário-Geral das Nações Unidas, ao explanar que deveriam ser respeitadas plenamente as normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas em relação aos direitos do acusado *em todas as fases do processo* (United

Nations, 1993). Desse modo, todos os direitos do acusado são estendidos ao investigado, ainda que não haja a previsão expressa nos estatutos ou nas regras processuais.

O avanço também pode ser destacado em relação ao direito ao recurso e à revisão no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (previsto nos artigos 25 e 26) e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (previsto nos artigos 24 e 25). No entanto, critica-se que o âmbito e a extensão dos procedimentos de recurso de revisão permanecem vagos, especialmente no que tange as noções de direito e de fato. Além disso, há o alcance muito amplo do poder do Procurador destes tribunais internacionais penais *ad hoc* de apelar e de revisar sobre os fatos (Zappalà, 2013).

Compreende-se que, no geral, as regras proporcionam uma garantia *adequada e suficiente* aos acusados, principalmente no que se refere ao devido processo legal. Deste modo, demonstram uma notória evolução, principalmente quando comparados com a atuação dos seus antecessores, do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional de Tóquio.

Não se pode esquecer que a crítica mais expressiva que os Tribunais Penais Internacionais com jurisdição *ad hoc* suportam é de que estes foram instituídos no âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas – sendo que a competência para criar um órgão judiciário caberia à Assembleia Geral das Nações Unidas. Questionou-se a legitimidade e apontou-se o caráter eminentemente político da atuação do Conselho de Segurança, de modo que se almejava no plano internacional a instituição de um órgão que refletisse efetivamente a vontade dos Estados (Gouveia, 2015).

A preocupação com a observância do direito ao julgamento justo também é um fator que levou à comunidade internacional a evoluir, no sentido de criar um sistema judicial internacional permanente, independente e imparcial (Steiner, 2002). Este seria competente para processar e julgar crimes que ultrapassassem a esfera dos interesses nacionais, cometidos após a entrada em vigor do estatuto do tribunal no plano internacional.

A instituição do Tribunal Penal Internacional com o Estatuto de Roma, e, juntamente com as Regras de Procedimento e Prova, revelou-se importante ao contribuir de *modo inédito* com as regras de Direito Internacional Penal e de Direito Internacional Processual Penal (Gouveia, 2015). O Estatuto de Roma conta com cento e vinte e oito artigos, enquanto as Regras de Procedimento e Prova contam com duzentas e vinte e cinco regras; por consequência, subsiste um vasto conjunto de normas e regulamentação definidos e detalhados²³.

Inicialmente, é importante discorrer sobre os Princípios Gerais de Direito Penal (artigos 22 a 33 do Estatuto de Roma). Possuem uma dimensão processual penal, dado que são fundamentais para estabelecer limites ao po-

23 Cumpre mencionar que o conjunto de normas que regem o sistema do Tribunal Penal Internacional também é composto dos Elementos Constitutivos dos Crimes do Tribunal Penal Internacional, do Regimento do Tribunal Penal Internacional e do Código de Ética Judicial do Tribunal Penal Internacional.

der punitivo e para garantir os direitos dos investigados e dos acusados durante a persecução criminal.

Em grande parte, estes princípios estão previstos similarmente nos tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam: (i) o princípio *nullum crimen sine lege*; (ii) o princípio *nulla poena sine lege*; (iii) o princípio da não retroatividade *ratione personae*; (iv) a exclusão da jurisdição relativamente aos menores de dezoito anos; (v) a responsabilidade individual criminal; (vi) os elementos psicológicos do crime; (vii) as causas de exclusão ou de afastamento da responsabilidade criminal. O indivíduo também pode invocar as denominadas ferramentas de defesa processuais, as quais sobrelevam-se o princípio do *non bis in idem* e o atraso injustificado e excessivo da persecução criminal (previstos, respectivamente, nos artigos 20 e 67(1)(c) do Estatuto de Roma).

No momento da elaboração do Estatuto de Roma, considerou-se que a credibilidade da justiça internacional depende do respeito aos direitos fundamentais dos investigados e dos acusados, especialmente em relação ao direito ao julgamento justo. Se por muito tempo os direitos e as garantias foram mitigados nos procedimentos internacionais criminais, principalmente durante a fase de investigação, o sistema do Tribunal Penal Internacional destaca-se por oferecer um amplo rol de direitos e de garantias que devem ser assistidos no decorrer de *todas as fases processuais*.

Desse modo, a previsão dos direitos do indivíduo durante a fase pré-processual constitui um dos aspectos mais significativos do Estatuto de Roma²⁴ (artigo 55). Dispõe-se que, antes do interrogatório, o indivíduo tem os seguintes direitos: (i) de ser informado de que existem indícios de que cometeu um crime de competência do Tribunal Penal Internacional; (ii) de guardar o silêncio; (iii) de ser assistido por um advogado ou de solicitar que lhe seja designado um defensor oficioso; (iv) de ser interrogado na presença de um advogado, salvo renúncia voluntária da assistência judicial; e, (v) de ser interrogado em língua que compreenda ou de ser assistido por um intérprete.

Durante a investigação, o Estatuto de Roma estabelece que ninguém poderá: (i) ser obrigado a depor contra si próprio ou declara-se culpado; (ii) ser objeto de detenção ou prisão arbitrária; e, (iii) ser submetido a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça. Ainda, estabelece a proibição da tortura ou de outras formas de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Devem ser assegurados que os direitos do custodiado foram respeitados

24 Compreende-se que durante a fase da investigação, os indivíduos podem se beneficiar, direta ou indiretamente de outras disposições previstas no Estatuto de Roma, como: (i) do artigo 54(1)(c) que expressa que o Procurador do Tribunal Penal Internacional deve respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo Estatuto de Roma; (ii) do artigo 56 acerca do papel do juízo de instrução em caso de oportunidade única de proceder a um inquérito; (iii) do artigo 57(3)(b) com a cooperação necessária para auxiliar o preparo da defesa; (iv) do artigo 60(1) acerca do direito à informação dos crimes que são atribuídos e dos direitos conferidos pelo Estatuto de Roma; (v) do artigo 68, sobre a proteção e participação das vítimas e das testemunhas do processo; e, (vi) do artigo 69(7) sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas. Conta-se ainda com a tutela das regras n° 21, 111, 112 e 116 das Regras e Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional.

pelas autoridades nacionais à luz do Estatuto de Roma (artigo 59(2)(c)). Norma importante para proteger o indivíduo de eventuais atos ilegais que possam ser praticados pelas autoridades nacionais responsáveis por conduzir a investigação. Por consequência, vislumbra-se uma maior proteção dos direitos fundamentais, principalmente no tocante ao direito ao julgamento justo, ao direito de liberdade e segurança, à proibição da tortura e de tratamento desumano e degradante, com o fim de assegurar a integralidade processual.

Quanto ao tratamento dado pelo Estatuto de Roma aos acusados, o documento estabelece de forma expressa a presunção da inocência (artigo 66), sendo essa considerada a *pedra angular* para um tratamento justo em sentido substantivo e processual. A presunção da inocência pode ser manifestada em outros direitos, quais sejam: (i) o direito à liberdade provisória enquanto o acusado aguarda o julgamento; (ii) tratando-se de prisão provisória, o direito de ser custodiado separadamente daqueles que foram condenados; e, (iii) o direito de permanecer em silêncio, durante a fase pré-processual e processual.

Em relação aos direitos do acusado (artigo 67 do Estatuto de Roma), estabeleceu-se que este tem o direito de ser ouvido em audiência pública, sendo que esta deve ser conduzida de forma equitativa e imparcial. Deve-se observar os seguintes direitos: (i) de ser informado sobre a acusação; (ii) de dispor de tempo e dos meios adequados para preparar a defesa; (iii) de auto-defesa ou de ser assistido por um defensor de sua escolha; (iv) de ser assistido juridicamente de forma gratuita; (v) de ser julgado sem atrasos indevidos; (vi) de não ser julgado à revelia; (vii) de inquirir ou fazer inquirir testemunhas de acusação; (viii) de obter a comparência de testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; (ix) de ser assistido gratuitamente por um intérprete competente; (x) de não depor contra si mesmo, nem declara-se culpado; (xi) de prestar declarações não ajuramentadas; (xii) de não ser imposto a inversão do ônus da prova ou a impugnação.

As disposições relativas aos direitos ao recurso e à revisão foram estabelecidas de um modo mais detalhado no Estatuto de Roma (artigos 81 a 84), que estabelecem um equilíbrio adequado entre os direitos do acusado e o princípio do *ne bis in idem*. Ao condenado é concedido o direito de interpor recurso com base em: (i) vício processual; (ii) erro de fato; (iii) erro de direito; (iv) qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença; e, (v) da pena decretada com base na desproporção entre a pena e o crime praticado. Há também a disposição expressa da *non reformatio in pejus*, de que nenhum recurso pode modificar a decisão ou a pena em prejuízo do condenado; além disso, o Procurador do Tribunal Penal Internacional está condicionado a solicitar o recurso ou a revisão somente no interesse do arguido.

Conforme estudado *supra*, é possível atestar que grande parte das disposições previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, seja de caráter universal ou regional, coincidem com as disposições determinadas pelo

Estatuto de Roma e pelas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional. Fato este que robustece a tese quanto a um padrão ético mínimo universal acerca do domínio do poder punitivo, sendo possível afirmar o “Direito Internacional dos Direitos Humanos como parâmetro exegético do Estatuto de Roma” (Zilli, 2013, p. 146).

Deste modo, pode-se inferir que o Estatuto de Roma “acolhe o modelo garantista de processo penal” (Steiner, 2002, p. 77), de um modo geral, em convergência com o disposto nos tratados de direitos humanos. É o que se espera do Tribunal Penal Internacional, pois, caso ao contrário, perderia toda a credibilidade, autoridade e relevância que possui no plano internacional se, ao realizar justiça sobre as graves violações de direitos humanos, transgredisse ao mesmo tempo os próprios direitos humanos – *in casu*, dos investigados e dos acusados.

O fenômeno das *cross-references*

Os direitos humanos se apresentam como um critério de limitação ou um condicionamento ético-valorativo na interpretação dada pelas fontes do Direito no Estatuto de Roma²⁵ (artigo 21). Há a previsão expressa, ainda que genérica, à proteção dos *direitos humanos internacionalmente reconhecidos* na disposição sobre o quadro de fontes do Direito Internacional Penal. Isto significa dizer que a interpretação e a aplicação das disposições do Estatuto de Roma pelos juízes do Tribunal Penal Internacional acerca do direito devem ser criadas por um critério ético-valorativo, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esta disposição possui “maior relevância, no sentido de não marginalizar o Direito Internacional Penal dos elevados padrões de exigência que atualmente são comumente aceites pelo Direito Internacional dos Direitos do Homem” (Gouveia, 2015, p. 166). Não obstante, torna-se incerta a tarefa de definir objetivamente uma lista precisa das normas de direitos humanos que são aplicáveis pelo Tribunal Penal Internacional. Esta tarefa é realizada pelos próprios juízes do Tribunal Penal Internacional, responsáveis por interpretar e definir o escopo daquela atribuição (Deprez, 2017).

O que nos leva a abordar outro fenômeno jurídico existente, qual seja, o diálogo judicial entre os tribunais internacionais criminais e os tribunais especializados em matéria de direitos humanos. O diálogo judicial materializa a premência sentida pelos juízes de avaliar se a legislação nacional ou internacional – regras e princípios – pode ser aplicada, ou pelo menos, levada em consideração, na decisão – seja interlocutória ou final – do caso concreto (Bri-

25 Acerca da ordem de utilização das fontes de Direito aplicável, devem ser observadas, como normas primárias, o Estatuto de Roma, os Elementos Constitutivos do Crime e as Regras de Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional. De modo secundário, os tratados, e, os princípios e normas de Direito reconhecidos em instrumentos internacionais. Havendo compatibilidade, deve-se observar as normas e os princípios gerais do Estado nacional com jurisdição sobre o caso.

to; Albuquerque, Freitas, 2019).

Este fenômeno jurídico ocorre ainda que não exista nenhuma relação jurídica formal e vertical entre os tribunais internacionais criminais e os tribunais regionais especializados de direitos humanos, de modo que ocorre uma interação entre os sistemas jurídicos diferentes. Por decorrência, não há uma vinculação da jurisprudência e não há a obrigatoriedade em seguir ou mesmo considerar a jurisprudência entre aqueles tribunais.

Julia Geneuss (2015) esclarece que a prática das *cross-references* diz respeito à uma prática social e jurídica; ademais, que a forma e o valor das referências podem divergir, como quanto ao grau de reciprocidade. O que se tem observado é que os juízes dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* e do Tribunal Penal Internacional referem-se à Convenção Europeia de Direitos Humanos e à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos com uma maior frequência do que a relação em contrário.

A posição predominante dos tribunais internacionais criminais tem sido de que a jurisprudência dos tribunais especializados em direitos humanos não os vincula, mas deve ser considerada. Principalmente em relação à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tido como uma autoridade persuasiva capaz de auxiliar na utilização e interpretação do direito aplicável.

Por autoridade persuasiva entende-se que, quando os juízes dos tribunais internacionais criminais forem confrontados por uma questão que envolva direitos humanos, podem consultar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e decidir se estão ou não persuadidos pelo raciocínio deste tribunal. Se os juízes dos tribunais internacionais criminais considerarem a especialidade e o nível de conhecimento dos direitos humanos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, são capazes de garantir uma maior credibilidade na fundamentação. Se houver qualquer desvio ou diferença na interpretação dos direitos humanos em relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em razão do peso de autoridade persuasiva que este carrega, a divergência deverá ser cuidadosamente explicada e justificada pelos juízes dos tribunais internacionais criminais (Geneuss, 2015).

Os juízes dos tribunais internacionais criminais se referem ao sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos para: (i) determinar o conteúdo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em relação à uma questão específica, como uma forma de interpretar uma disposição ou identificar uma lacuna na estrutura jurídica destes tribunais internacionais penais; (ii) preencher uma lacuna percebida por meio de interpretação criativa ou por meio de analogia; ou, (iii) reafirmar uma linha de argumentação inovadora ou uma construção legal (Valisiev, 2017).

Em especial, o engajamento da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pelo Tribunal Penal Internacional pôde ser observado em questões como: (i) direito de divulgação de material exculpatório; (ii) direito do arguido a ser informado da natureza, causa e conteúdo das acusações; (iii)

direito de participação efetiva em um julgamento criminal; (iv) a autoridade primária e a responsabilidade final dos juízes para salvaguardar um julgamento justo; (v) a doutrina do abuso de processo e o caráter das violações que tornam um julgamento justo possível; e, (vi) o direito à indenização por privação ilegal de liberdade e por erros graves e manifestos de justiça (Valisiev, 2017).

Vislumbra-se que na ordem atual, globalizada, inter-relacionada e complexa, os tribunais internacionais criminais, em especial, o Tribunal Penal Internacional, não atua de forma autossuficiente e não ignora o trabalho realizado anteriormente por outras instituições de natureza judicial, ainda mais aquelas especializadas em direitos humanos. Há, portanto, uma consideração aos padrões de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, o que incide nos direitos de defesa, ainda que as *cross-references* possam se apresentar somente como um mero instrumento retórico.

Considerações finais

Observou-se ao longo do desenvolvimento do processo internacional criminal o equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais individuais, principalmente em relação ao direito ao julgamento justo e ao devido processo legal, e os interesses da coletividade ao combater a impunidade daqueles que cometem graves violações de direitos humanos no âmbito internacional.

De grande relevância, tendo em vista que os direitos humanos se apresentam como um limite fulcral para a legitimidade dos procedimentos internacionais criminais, dado que, “é impossível haver uma interpretação correta da lei penal, um procedimento criminal justo, uma sentença justa e uma aplicação da pena sem a devida consideração do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (Albuquerque, 2017).

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. Foreword. *In*: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino. **Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals**. Boston: Brill, 2017. p. XI-XIII.

BRITO, Wladimir; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; FREITAS, Pedro Miguel. Relações entre a Convenção e o Direito Internacional Penal. *In*: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Protocolos Adicionais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 230-239.

CROQUET, Nicolas. The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence? **Human Rights Law Review**. v. 11. n. 1. 2011. p. 91-131. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/tablas/r26527.pdf>. Acesso: 12 nov. 2021.

DEPREZ, Christophe. Article 21(3) of the ICC Statute and 'International Recognized Human Rights' as a Source of Mandatory Judicial Dialogue. *In*: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino. **Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice**

of **International Criminal Tribunals**. Boston: Brill, 2017. p. 90-108.

DOSWALD-BECK, Louise. **Fair Trial, right to, International Protection**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford, University Press, 2013. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e798?print=pdf>. Acesso em 09 nov. 2021.

ESCUDEIRO, Maria João Simões. **Procedimentos Criminais Internacionais**. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/14077/3/Capa%20Tese%20Doutoramento.pdf>. Acesso 11 nov. 2021.

FUCHS, Johannes; LATTANZI, Flavia. **International Military Tribunals**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford, University Press, 2013. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e312?rskey=Y2caEe&result=1&prd=MPIL>. Acesso em 11 nov. 2021.

GENEUSS, Julia. Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals' 'Unique Context' and the Flexibility of the European Court of Human Rights' Case Law. **Nordic Journal of International Law**. v. 84. 2015. p. 404-427. Disponível em: https://brill.com/view/journals/nord/84/3/article-p404_3.xml?language=en. Acesso: 16 nov. 2021.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Internacional Público: uma Perspectiva Dogmático-Crítica**. Coimbra: Almedina, 2015.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. vol. 57. n. 247. 2007. p. 289-317. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61315>. Acesso em 09 nov. 2021.

STEINER, Sylvia. Tribunal Penal Internacional: A Proteção dos Direitos Humanos no Século XXI. **Revista do Advogado**. ano XXII, n. 67. 2002. p. 71-80. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/pagina-veis/67/54/index.html. Acesso em 11 nov. 2021.

UNITED NATIONS. Security Council. **Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993) [Contains Text of the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991]**. 1993. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6af0110.html>. Acesso em 11 nov. 2021.

VALISIEV, Sergey. Cross-Fertilization Under the Looking Glass: Transjudicial Grammar and Reception of Strasbourg Jurisprudence by International Criminal Tribunals. In: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino. **Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals**. Boston: Brill, 2017. p. 13-39.

ZAPPALÀ, Salvatore. **Human Rights in International Criminal Proceedings**. New York: Oxford University Press, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Quem tem Medo do Direito Penal Internacional. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. v. 8. 2013. p. 132-151. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33238.pdf>. Acesso em 13 nov. 2021.

REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR MEIO VIRTUAL: EXISTE O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO CONDUZIDO EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?

Paola Alcântara Lima Dumont

Paola Alcântara Lima Dumont

Mestranda em Intervenção Penal e Garantismo pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós graduada em Direito Penal Econômico e Ciências Criminais. Advogada;

Resumo:

A Audiência de Custódia passou a ser conhecida como instrumento de efetivação da garantia de liberdade do conduzido, seja como forma de averiguação de sua integridade física ou como medida de avaliação referente a necessidade e proporcionalidade de eventual cautelar ou até mesmo de prisão, sendo previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e promulgada pelo sistema brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 1992. Apesar da sua importância, no Brasil ainda recai constantes disputas e questionamento sobre sua implementação e funcionamento, encontrando grande insatisfação por parte dos componentes do Poder Judiciário. O cenário descrito encontrou maior dificuldade diante do momento pandêmico, considerando as recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça que, de maneira sucinta, possibilitou os Tribunais estaduais a realização do ato por meio de videoconferência. Desta forma, pretende-se perpassar pelos institutos e normativas mencionados e entender se, em um modelo de processo penal acusatório, existe ou não o direito do conduzido de ser levado fisicamente perante Autoridade Judiciária.

Palavras-chave: Audiência de custódia; Modalidade virtual; Necessidade física; Averiguação.

1 Audiência de custódia: conceito e fundamento

A audiência de custódia é instrumento de efetivação de liberdade, tamanha é sua importância que encontra previsão em diversos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos.

Tanto é assim que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) trouxe previsão expressa. Vale lembrar que esse instrumento tem, especialmente, o propósito de consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem, e que prevê a obrigação do respeito aos direitos e liberdades postos no documento, bem como o dever de adotar disposição no ordenamento interno trata sobre o tema em um tópico.

Consta no capítulo II, referente aos direitos civis e políticos, em seu artigo 7º, consta expressamente o direito à liberdade, sendo que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (7.2).

Ademais, é vetado a detenção ou encarceramento arbitrário (7.3), sendo que toda pessoa tem o direito de ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela (7.4).

Estabelecidos esses pontos, passa-se analisar o direito à audiência previsto no tópico 5, vejamos:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O texto é claro em quer dizer que é direito da pessoa detida ou conduzida em ser levada, sem demora, à *presença* de juiz ou outra autoridade. Tal direito tem por objetivo assegurar a integridade física da pessoa e posteriormente, análise apurada sobre a necessidade e a proporcionalidade da medida de prisão, justamente para se evitar uma antecipação de culpa e pena de maneira desarrazoada.

No plano do ordenamento interno, podemos extrair do Decreto nº 678/92 que em 25 de setembro de 1992, houve adesão na integralidade do que foi descrito na CADH, tendo o país se comprometido desde aquele período a implementar todo e qualquer instrumento de proteção aos direitos humanos.

Noutro giro, é importante mencionar que a referida condução para realização de audiência, também já encontra respaldo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ele recepcionado e aderido por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Portanto, entende-se que a apresentação da pessoa presa tem por finalidade o controle imediato do ato, evitando eventuais arbitrariedades ou ilegalidades, vez que corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente neces-

sário, e assegurar que, em geral, se trate o conduzido de maneira compatível com o princípio da presunção de inocência.

2 Implementação e realização em tempos normais da audiência de custódia

Em que pese a relevância e importância do instituto, apenas em 2015 é que tivemos regulamentação das audiências de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Por meio da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, é que foi definida a obrigatoriedade de que toda pessoa presa em flagrante ser apresentada a um juiz, no prazo de 24 horas após a prisão.

Isto porque, apenas naquele ano é que levou-se em consideração o encarceramento em massa de presos provisórios no país, baseado nos estudos do INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ).

Ademais, houve decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Contudo, apesar da dignidade inserida pelo instituto, houve intensa resistência por parte dos membros que compõe o sistema de justiça penal (Judiciário, Ministério Público).

Percebe-se que não só pelo tamanho da extensão territorial, houve também problemática política, resultando na ausência do ato em um grande número de comarcas, além da violação ao prazo de 24 horas e aumento, exponencial, do número de presos provisórios.

Em Minas Gerais, a Portaria Conjunta nº. 01/PR/2015 tratava da audiência de custódia, iniciando-se pela comarca de Belo Horizonte/MG, a qual determinava a realização de audiências de custódia nos casos de prisões em flagrante delito. Inclusive foi instalada, no Fórum Lafayette, a Central de Recepção de Flagrantes (CEFLAG), com a realização de audiências de custódia todos os dias, inclusive, sábados, domingos e feriados.

Diante da ineficácia e resistências, bem como a necessidade de readequar o ordenamento aos preceitos fundamentais, houve a promulgação da Lei nº 14.964/19, alterando substancialmente o Código de Processo Penal, e tornou obrigatória a realização da audiência de custódia no caso de prisões, agora expressamente prevista no art. 310 do Código de Processo Penal (CPP). Também nos casos de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, conforme preceitua atualmente o artigo 287 do Código de Processo Penal, devendo o indivíduo preso dever ser imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado para a realização da audiência de custódia.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) por

meio da Portaria Conjunta da Presidência de nº. 930/PR/2020, estabeleceu o prazo de 24 horas após a “comunicação de flagrante”, o juiz “deverá verificar sua legalidade, com eventual relaxamento da prisão, bem como a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou medida alternativa à prisão”.

Mantida a prisão, “o juiz realizará audiência de custódia, nas 24 horas seguintes à comunicação do flagrante”. Da mesma forma, no caso de cumprimento de prisão cautelar ou condenatória, o juiz que a ordenar deverá ser comunicado em 24 horas pela autoridade cumprir o mandado, para averiguar a necessidade da manutenção da custódia, sua revogação ou seu relaxamento.

Da mesma forma que para os casos de prisão em flagrante, mantida a prisão, “o juiz realizará audiência de custódia, nas 24 horas seguintes à comunicação da prisão”.

Em todos os casos, o que se percebe é que o juiz, após o recebimento do flagrante no prazo de 24h, terá, novamente, mais 24h para realizar o ato.

3 Implementação e realização em tempos de pandemia – das Portarias do CNJ

A situação excepcional gerada pela pandemia da Covid-19 de fato acabou por suscitar relativizações desse procedimento.

A primeira alteração aconteceu em Março de 2020, quando o CNJ determinou que as audiências fossem suspensas, por meio da Recomendação 62/2020, em seu artigo 8º. No TJMG, para se verificar integridade do ato, retornou-se a modalidade antes usada conhecida como análise de ato de prisão em flagrante, o que, como já comentado, implica em prejuízos ao direito do flagrantado, já que o magistrado decide sozinho, com base, exclusivamente com que está escrito e não nas palavras dos envolvidos e a partir de constatação visual.

O perigo que já estava sendo alertado e passou a ser reforçado é justamente na forma da construção da decisão sobre necessidade ou não da aplicação de cautelares, já que na custódia a oralidade permite demonstração, não só em casos de abusos, que por escrito, não seriam vislumbradas.

A segunda orientação veio em Junho de 2020, circunstância em que entendendo a gravidade da suspensão e as repercussões das ilegalidades, determinou que a obrigatoriedade de entrevista prévia, ainda que de maneira remota (virtual) do defensor e o conduzido, manifestação do MP e posteriormente, manifestação da Defesa, sendo, tudo encaminhado ao juiz para decisão.

Em Belo Horizonte/MG o procedimento adotado foi similar, a experiência prática mostrou que em casos em que o magistrado entendesse pela não aplicação de medidas cautelares não seria necessário o trâmite mencionado. Quando não havia formado sua convicção, se assim pode-se dizer, o procedimento passa ser distribuído no Processo Judicial Eletrônico (PJe), sendo o MP e Defesa intimados para se manifestarem e somente após é que o magistrado proferia decisão.

Ocorre que, a experiência prática também demonstrou que muitas das vezes os juízes decidiam de ofício, sem acessar as manifestações das partes. Quando questionados sobre isso, justificavam que, caso aguardassem as manifestações, as 24 horas previstas para que a decisão sobre a prisão fosse tomada seriam ultrapassadas. Nesse caso, optando por fazer cumprir a previsão temporal da custódia, negligenciaram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, o CNJ editou a Resolução 329/2020, posteriormente alterada pela Resolução 357/2020, cujo art. 19 hoje prevê um detalhamento analítico quanto ao procedimento para realização das audiências de custódia por videoconferência.

A justificativa foi que no atual contexto pandêmico em que vivemos, a audiência de custódia por videoconferência é a medida mais adequada possível, ressaltando-se que, a despeito de sua relevância, em razão da pandemia, muitas vezes, ela não tem sido feita. Então, é melhor que ocorra por videoconferência do que simplesmente não ocorra de forma alguma.

A edição dessa nova fundamentou-se na compreensão do Conselho de que a não realização dessas audiências seria ainda mais atentatória ao devido processo legal do que a sua adaptação para o meio eletrônico, conforme dispõe o art. 19.

Portanto, o que se tem do cenário sobre implementação das audiências de custódia:

- A. Desde sua implementação até o cenário caótico de pandemia, houve resistência e dificuldades em se implementar o ato, pois os argumentos utilizados eram de que não se haveria juízes suficientes, inexistência de recursos financeiros para alocação material e servidores, bem como o aspectos territorial. Portanto, houve tolhimento de garantia individual em prol da uma necessidade maior, não se implementando na integralidade.
- B. Com a chegada e imposição de uma nova forma de viver, diversas normativas foram expedidas como forma de regulamentar a audiência de custódia, porém, nenhuma delas efetivamente garantiu o direito do conduzido ser apresentado imediatamente ao magistrado.

4 Problemática envolvendo a realização de audiência de custódia por videoconferência e a necessidade de ser realizada de maneira presencial.

No que diz respeito a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência, em que pese sua indicação pelo CNJ como modo de minimização de danos, é importante esclarecer que existem algumas problemáticas que merecem ser enfrentadas e que não foram avaliadas inicialmente.

O primeiro argumento que merece ser apresentado é o pressuposto e a finalidade da audiência de custódia: a necessidade de apresentação física do

conduzido ao magistrado para averiguação de tortura ou abuso.

É justamente pelo fato de que as lesões se mostram evidentes nos primeiros momentos é que essa demonstração deve ocorrer. O magistrado, assim que visualizar eventual lesão, pode questionar ou até mesmo agir de ofício para solucionar o caso de eventual abuso.

Neste sentido foi a explicação do Ministro Dias Toffoli para justificar, em julho de 2020, a proibição de serem realizadas por videoconferência. Em suas palavras: “Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão”.

O segundo e o terceiro argumento em certa medida se aproximam, uma porque mesmo que a chamada de vídeo fosse capaz de substituir a presença física, ainda assim apresenta dificuldade referente ao investimento em materiais (internet, câmeras, computadores). Se nem mesmo antes da pandemia esse argumento já era suficiente para realização, quem dirá agora?

Ademais, não é possível vislumbrar todo e quanto é ato de tortura. Isto porque, em que pese ter o CNJ determinado procedimentos tais como a realização de entrevistas via chamada de vídeo entre juiz e defensor da pessoa presa; entre esta última e seu defensor; e entre juiz e pessoa presa, como forma de, teoricamente, resguardar a ampla defesa, a realidade nos mostra uma situação diferente.

Imaginemos a seguinte situação: X é preso pela Polícia Militar e conduzido até Delegacia de Flagrantes e por lá fica, até ser efetivamente recebido pela Polícia Civil, circunstância em que terá declarações colhidas e o flagrante será ratificado ou não. Se houver ratificação do flagrante, será encaminhado ao que nos conhecemos como Centro de Remanejamento Provisório (CERESP) e aguardará, até que em algum momento será encaminhado a uma sala para realizar a audiência junto ao magistrado. Isto é, se houver condições físicas e materiais na unidade.

Esse encaminhamento se dá por policiais penais, imaginemos que nesta sala tem uma mesa, na qual estão dispostos os equipamentos eletrônicos para a videoconferência e os policiais penais que irão vigiar este preso. Vamos supor que X tenha sofrido agressões pelos policiais militares durante a prisão em flagrante ou em algum momento ao longo do fluxo da prisão (por policiais civis ou penais). Ele terá, estando no mesmo ambiente dos policiais que poderiam ser colegas ou até mesmo um de seus agressores, que narrar estes fatos para o juiz da audiência que está lá do outro lado da tela. Como manter integridade do ato apresentado?

Outros exemplos aqui também podem ser relatados, se por ventura as câmeras são instaladas de modo a impossibilitar visão na integralidade do conduzido? Se a iluminação do local não se mostrar suficiente? Como se atesta que o conduzido estará sozinho na sala e não é coagido?

O que pode-se perceber é que esse modo se mostra insuficiente para garantir a dignidade do conduzido.

O quarto argumento é que as audiências realizadas de maneira já consideradas precárias não estavam sendo suficiente para controlar a quantidade de prisões ilegais e injustificadas e durante a pandemia, o CNJ frisou que esse uso deve ser, agora, mais excepcional do que nunca, até mesmo como medida de contenção do vírus.

Ocorre que não tivemos durante o primeiro ano de pandemia no Brasil não foram realizadas pesquisas de controle sobre a tomada de decisão dos magistrados no âmbito da custódia não presencial. Assim, não é possível saber ao certo, a nível nacional, se os presos provisórios estão aumentando ou diminuindo, se as orientações de tomada de decisão estão sendo cumpridas ou não e se, portanto, o objetivo da custódia em frear o encarceramento se mantém.

5 Do ato menos atentatório: a presença física ou virtual do conduzido?

Diante dos questionamentos levantados no tópico anterior, pretende-se, agora, apresentar quais são os argumentos para retorno das audiências de modo presencial.

Como bem ressaltou o Min. Ricardo Lewandowski²⁶ no julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.841, onde se questiona a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3-B do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019, é vedada a promoção de audiência de custódia por videoconferência.

O ministro alertou que em nenhum momento o legislador assentou que os novos dispositivos (artigos 3º – B, 287 e 310 do CPP) estariam submetidos à disciplina do art. 185 do CPP, que, como se sabe, admite a realização de outros atos processuais por meio de videoconferência.

Noutro giro, passados 15 (quinze) meses após o início da pandemia as experiências práticas vivenciadas nesse período, o aumento progressivo da cobertura vacinal e o maior conhecimento sobre a dinâmica de disseminação do vírus viabilizam o restabelecimento da prática de atos processuais presenciais.

Com efeito, em consulta ao Sistema de Audiência de Custódia (SIS-TAC), verifica-se claramente, durante o período da pandemia de Covid19 até junho de 2021, a realização de, no mínimo, 20 mil audiências de custódia presenciais em todo o País, corroborando a tese de que é possível retomá-las, sem a necessidade de videoconferência, adotando-se todas as medidas de biossegurança adequadas para a realização da solenidade com garantia à saúde de todos.

Neste sentido, o CNJ editou dois novos atos: (i) a Resolução 322/2020, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos

²⁶ Para análise do voto na íntegra, acessar: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ricardo-lewandowski.pdf>.

serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, além de outras providências; e a (ii) Recomendação 91/2021, que prescreve medidas adicionais à Recomendação 62 e orienta, dentre outros aspectos, que os Tribunais concedam prioridade às audiências de custódia quando do planejamento ao retorno presencial.

Ademais, é possível dizer que sob determinadas condições e protocolos rígidos, passou a ser possível a realização presencial da audiência de custódia, por meio da adoção de simples medidas administrativas, tais como, o redimensionamento das salas de audiência e o uso obrigatório de equipamentos de proteção individual por todos os presentes:

Assim, no plano do mundo fenomênico, a realização da audiência de custódia por videoconferência, para além de negar a natureza do próprio instituto consolidado pelo Parlamento - cujo propósito é a condução da pessoa privada de liberdade à presença do juiz, a fim de que este possa verificar, com seus próprios olhos, a partir de uma escuta qualificada, quanto à legalidade e a necessidade da prisão - não encontra mais justificativa na crise decorrente da pandemia da Covid-19.

Logo, o que se nota é que apesar de condições sanitárias exigirem cuidados específicos para evitar a propagação do vírus, existem meios e formas de se efetivar os direitos humanos dos conduzidos.

6 Conclusão

Diante de todo apresentado extrai-se que a custódia é um mecanismo essencial para proteção de direitos fundamentais no processo penal consolidando a efetividade da presunção de inocência e o contraditório. Assim, em atenção às suas funções precípua, como regra, o ato deve ser realizado presencialmente.

A audiência de custódia busca justamente uma contraposição a essa forma de tomada de decisão, como uma maneira de melhorar as condições de averiguação sobre a necessidade ou não da prisão e a integridade do conduzido. Desta forma, houve previsão expressa na CADH de modo que todos os países signatários, tem o dever e compromisso de adotar procedimentos e normativas para sua efetivação no plano interno.

O que se percebe é que o Brasil, de maneira tardia deu início aplicação do instituto, porém, com imposição de medidas necessárias para a propagação do Covid -19, houve um tolhimento do direito mencionado, de modo que os conduzidos não tiveram seu direito de apresentação junto autoridade judiciária efetivado.

Posteriormente, nota-se que houve mudança no entendimento e a determinação da realização da audiência por meio de videoconferência, de modo a minimizar os danos suportados pelos conduzidos.

Ocorre que pela análise realizada, tal medida se mostra contrária ao que

dispõe a CADH – que determina a apresentação física, similar ao direito do dia na corte – uma vez que a tortura e maus tratos nem sempre são possíveis de serem visualizados por vídeo, sem contar a impossibilidade do poder público em manter todos os equipamentos necessários nas unidades de remanejamento para realização do ato.

Ademais, os argumentos trazidos durante a pandemia não mais se sustentam frente Recomendação nº 62/2020, que estabelece protocolos de higiene e segurança adequados para a realização do ato, assim como tem acontecido em outros atos processuais presenciais (como as audiências de instrução de julgamento e os tribunais do júri).

Referências

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 329 de 30 de julho 2020. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm . Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 21 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240. Min. Rel. Dias Toffoli, julgado em 04/03/2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em 21

nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6841. Min Rel. Nunes Marques, julgado em 28/06/2021. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6169033> Acesso em 21 nov. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em 21 nov. 2021

A PUBLICIDADE OPRESSIVA EM JULGAMENTOS CRIMINAIS E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM JULGAMENTO JUSTO E IMPARCIAL

Bárbara Silveira Silva Lage

Bárbara Silveira Silva Lage

Advogada penalista. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo:

A ocorrência de um crime tem o condão de mobilizar as pessoas e, consequentemente, a mídia. Contudo, a veiculação ostensiva de delitos e de supostos *criminosos* configura uma publicidade opressiva, cujo efeito no processo penal é a violação do direito fundamental a um julgamento justo e imparcial. Diante disso, este artigo tem como objetivo analisar a colisão entre direitos fundamentais que está no cerne do estudo sobre publicidade opressiva: de um lado, a liberdade de expressão e de informação, e, de outro, o direito a um julgamento justo e imparcial, com ênfase nas normas previstas em tratados e convenções internacionais. Além disso, busca-se, também, propor medidas aplicáveis ao direito processual penal brasileiro a fim de que o direito a um julgamento justo e imparcial seja garantido mesmo nos casos de grande repercussão midiática. Para tanto, a análise se desenvolve por meio da revisão da literatura e da jurisprudência sobre a veiculação de publicidade opressiva e seus reflexos em processos criminais.

Palavras-chave: Publicidade opressiva; Processo penal; Direitos fundamentais.

Introdução

A mídia desempenha um papel informativo importantíssimo e constitucionalmente assegurado. Todavia, há que se ressaltar que as empresas de comunicação agem sob a lógica empresarial e sob a necessidade de publicação rápida (praticamente instantânea, em razão da internet). Nesse sentido, não se noticia “a verdade” de forma pura e desinteressada, mas sim uma versão apurada rapidamente e que esteja de acordo com a linha editorial do veículo.²⁷

Concretamente, a ocorrência de delitos interessa muito à mídia e à so-

²⁷ SCHREIBER, 2008, p. 358-359.

cidade, havendo, no Brasil, muitos programas (frequentemente veiculados na TV aberta) dedicados à divulgação sensacionalista de crimes recém ocorridos e de supostos *criminosos* foragidos. Esses programas utilizam de dramatizações conjugadas com fragmentos de jornalismo como estratégia para mobilização do espectador, sendo que, nesse contexto, “o sensacionalismo transforma suspeitos em personagens e crimes do cotidiano em novelas”²⁸.

Essa versão apresentada rapidamente revela o completo descompasso entre a verdade jornalística e a verdade processual. Isto porque a sentença é construída a partir do diálogo entre as partes e do confronto das versões e provas por elas apresentadas. Para além disso, as provas que podem ser introduzidas no processo penal devem ser produzidas em conformidade com as regras processuais, sendo a prova ilícita inadmissível (artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República de 1988).

Portanto, é evidente que a mídia e a justiça penal possuem métodos – e objetivos – completamente diferentes. Essa desmistificação da mídia é extremamente importante para que se compreenda o estudo dos efeitos da publicidade opressiva no processo penal, e visa “pôr em discussão a premissa de que toda e qualquer medida restritiva ao discurso se consubstancia em atentado contra a sagrada atuação da imprensa”²⁹.

Essa pesquisa se propõe a analisar justamente a possibilidade – e necessidade – de restrição da liberdade de expressão e de informação quando este direito entra em conflito com o direito a um julgamento justo e imparcial, especificamente nos casos de julgamentos criminais.

1 A liberdade de expressão e de informação

A liberdade de expressão e de informação é uma das garantias mais fundamentais à democracia. Conceitua-la não é uma tarefa simples, por se tratar de uma norma-princípio que inclui diversas regras, como a preservação do sigilo da fonte e a vedação do anonimato e da censura³⁰.

Nesse sentido, destaca-se a doutrina de Jónatas Machado, segundo a qual a liberdade de expressão engloba a liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de difusão e de radiodifusão, além do direito dos jornalistas³¹.

Para além disso, as normas constitucionais e internacionais ajudam a revelar os vários sentidos da liberdade de expressão e de informação. Com efeito, essa norma-princípio está prevista na Constituição da República de 1988, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos:

28 VIANNA, SARKIS, 2014, p. 15.

29 SCHREIBER, 2008, p. 366.

30 SCHREIBER, 2008, p. 381.

31 MACHADO, 2002, p. 371 e 578.

Artigo 5º, inciso IV, Constituição da República de 1988: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

Artigo 5º, inciso IX, Constituição da República de 1988: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Artigo 5º, inciso XIV, Constituição da República de 1988: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Artigo 220, §1º, Constituição da República de 1988: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteira.”

Artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinema ou televisão a um regime de autorização. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

Artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

(...)"

Artigo 19, item 1, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: "Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões."

Artigo 19, item 2, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: "Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha."

Artigo 19, item 3, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: "O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas."

Resta claro que há elementos comuns previstos nessas normas. Além disso, destaca-se também que não se trata de um direito ilimitado, havendo previsão legal de hipóteses em que se pode restringir a liberdade de expressão a fim de assegurar o respeito a outros direitos individuais.

Este é justamente o cerne dessa pesquisa: como se realiza – e como deveria ser realizado – o tratamento da colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e de informação e o direito fundamental a um julgamento justo e imparcial, levando-se em consideração não somente o ordenamento jurídico brasileiro, mas também os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

2 O direito a um julgamento justo e imparcial

O julgamento justo – e, portanto, imparcial – é “a premissa para a validade e legitimidade da imposição de pena aos criminosos no Estado constitucional democrático”³². Nesse sentido, as regras e princípios processuais penais (que integram e realizam o conceito de julgamento justo) são garantias do indivíduo perante o Estado, devendo ser aplicadas em conformidade com a Constituição da República de 1988.

Com efeito, o direito a um julgamento justo e imparcial não está literalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Concretamente, este direito fundamental é extraído do sobreprincípio do devido processo legal³³,

32 SCHREIBER, 2008, p. 150.

33 “O devido processo legal possui *status* de sobreprincípio e como tal informa a interpretação de princípios constitucionais correlatos que possuem maior grau de concretização “subprincípios -, tais como a ampla defesa, contraditório, juiz natural etc. Estabelece-se uma relação dialética entre o sobreprincípio e os princípios a ele referidos. Aquele é realizado por estes e ao mesmo tempo orienta a interpretação dos subprincípios”. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro:

sendo integrado e se realizando por meio de subprincípios e regras³⁴.

Assim, esse direito se encontra assegurado por normas previstas na Constituição da República de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Estatuto de Roma:

Artigo 5º, inciso LIV, Constituição da República de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Artigo 11, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público **no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias** necessárias à sua defesa.”

Artigo 6º, item 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, **equitativa** e publicamente, num prazo razoável por **um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei**, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, **quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça**.”

Artigo 8, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Artigo 14, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um **tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. **A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento**, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança

Renovar, 2008, p. 175.

34 SCHREIBER, 2008, p. 381.

nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, **em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça**; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.”

Artigo 67, item 1, do Estatuto de Roma: “Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma **eqüitativa e imparcial** e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade.”

Nesse contexto, as principais garantias do devido processo legal que integram, portanto, o direito fundamental à um julgamento justo e imparcial e servem à proteção do investigado ou acusado contra a publicidade opressiva são: (a) a garantia de ser julgado por um juiz imparcial, (b) o princípio da presunção de inocência, (c) o direito a que o veredicto seja firmado com base nas evidências introduzidas validamente no processo, e (d) o princípio da publicidade³⁵. Infelizmente, por uma limitação de objeto deste trabalho, não é possível discorrer de forma aprofundada sobre essas garantias.

3 O tratamento da colisão desses direitos fundamentais no direito humanitário internacional

Antes de se analisar o tratamento da colisão entre o direito à liberdade de expressão e de informação *versus* o direito a um julgamento justo e imparcial no Brasil, é importante compreender o contexto internacional referente a este conflito, motivo pelo qual serão brevemente apresentados os entendimentos da Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1 O tratamento da colisão na jurisprudência da corte europeia de Direitos Humanos

A análise de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos indica que o reconhecimento da importância do direito à liberdade de expressão não impede a imposição de medidas restritivas à mídia nos casos em que se reconhece sua colisão com outros direitos ou valores que também estejam protegidos por força da Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁶.

A Corte estabeleceu algumas premissas no julgamento do caso *Sunday*

35 SCHREIBER, 2008, p. 154.

36 SCHREIBER, 2008, p. 314.

*Times v. United Kingdom*³⁷ para verificar se a interferência estatal na liberdade de expressão está em conformidade com o artigo 10.2 da Convenção: 1. a medida deve estar prevista em lei; 2. ela deve ter uma finalidade legítima, aqui entendida como o fim de assegurar algum direito tutelado na Convenção; 3. essa interferência deve ser necessária em um Estado Democrático³⁸.

Portanto, para a Corte, a interferência na liberdade de expressão deve estar abarcada em lei e no artigo 10 da Convenção e somente se justifica se houver uma necessidade social premente (*pressing social need*)³⁹. Estes critérios fixados no *Sunday Times* são adotados pela Corte para fixar parâmetros nos casos em que é necessário avaliar restrições ao direito à liberdade de expressão.

Alguns dos casos julgados pela Corte que se relacionam ao conflito entre a liberdade de expressão e de informação e o direito a um julgamento justo e imparcial – comumente denominados de *trial by media* no contexto internacional – são os casos *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*,⁴⁰ e *Worm v. Austria*⁴¹. Não sendo possível uma análise mais detida desses casos, fica registrada a indicação para aqueles que desejem se aprofundar nesses estudos.

3.2 O tratamento da colisão na jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos

O caso *Sunday Times* inspirou também a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à limitação do direito de expressão. Na Opinião Consultiva n. 05/85, a Corte se manifestou pela primeira vez a respeito de critérios para que a restrição desse direito seja válida: 1. a existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas; 2. a definição expressa e taxativa dessas causas pela lei; 3. a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las; e 4. que essas causas de responsabilidade sejam “necessárias para assegurar” os referidos fins.⁴²

Na presente pesquisa não foram encontrados julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos especificamente relacionados à publicidade opressiva (*trial by media*). Todavia, entende-se que os critérios para restrição da liberdade de expressão poderiam ser aplicados a casos em que este direito esteja em conflito com o direito a um julgamento justo e imparcial, considerando-se a norma do artigo 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos

37 *Application* n° 6.538/74, julgado em 26 de abril de 1979 pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O caso *Sunday Times v. United Kingdom* se refere à proibição, pela justiça inglesa, de que o jornal *Sunday Times* veiculasse matérias jornalísticas sobre o caso das “crianças talidomidas”, após a publicação do artigo “*Our thalidomide children: A cause for national shame*” em setembro de 1972 e de outro artigo subsequente sobre o mesmo tema. (Corte Europeia de Direitos Humanos, *The Sunday Times contra o Reino Unido*, julgado em 26 de abril de 1979, Demanda n° 6538/74.)

38 SCHREIBER, 2008, p. 320-321.

39 SCHREIBER, 2008, p. 323.

40 *Application* n° 31.457/96, julgado em 11 de janeiro de 2000.

41 *Application* n° 22.714/93, julgado em 29 de agosto de 1997.

42 Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A associação obrigatória de jornalistas.** Opinião Consultiva n° 05/85. § 39.

Humanos e os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos.

4 O tratamento da colisão no ordenamento brasileiro

4.1 Identificação da colisão e aspectos relevantes do direito brasileiro

A colisão entre o direito à liberdade de expressão e de informação *versus* o direito a um julgamento justo e imparcial se caracteriza pela divulgação de publicidade opressiva pela mídia, em campanhas potencialmente capazes de influenciar (consciente ou inconscientemente) os juízes criminais ou, ainda, os jurados leigos do Tribunal do Júri.

No caso dos jurados, diversos fatores indicam uma maior vulnerabilidade à publicidade opressiva, especialmente a falta de preparo técnico e o reduzido contato com os autos do processo (ao contrário do contato mais ostensivo com notícias sobre o delito a ser julgado). Além disso, os jurados leigos deliberam de forma secreta por meio da votação de quesitos, sem motivar as decisões. Desse modo, é inviável verificar em que medida a publicidade opressiva influencia a tomada de decisão de cada um dos jurados. Mesmo os juízes togados também podem ser influenciados pela mídia e pelo clamor social provocado por campanhas midiáticas, tendo sua imparcialidade afetada ainda que inconscientemente.

Identificar as situações concretas de publicidade opressiva não é tarefa simples, motivo pelo qual se destacam os três elementos indicados por Simone Schreiber para caracterizar essa situação de colisão entre o direito à liberdade de expressão e informação e o direito a um julgamento justo e imparcial.

O primeiro elemento “é o caráter prejudicial das reportagens veiculadas a respeito do julgamento e a constância de inserções de notícias informativas a opinativas sobre determinado julgamento”⁴³.

O segundo elemento é o “risco potencial de que as reportagens prejudiciais venham a interferir no resultado do julgamento”⁴⁴. Nesse sentido, sustenta-se que deve ser aplicado o critério de mera potencialidade do prejuízo, adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Worm v. Áustria*⁴⁵, sendo desnecessário – até mesmo por ser, em muitos casos, impossível – comprovar o prejuízo.

O terceiro elemento é a atualidade do julgamento. No caso do Brasil,

43 SCHREIBER, 2008, p. 377.

44 SCHREIBER, 2008, p. 377.

45 “O caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos pelo jornalista Alfred Worm, condenado em seu país com base no *Austrian Media Act*, sob acusação de ter exercido influência proibida sobre procedimentos criminais.” Neste caso, a Corte dispensou a demonstração de risco efetivo da cobertura jornalística influenciar o resultado do julgamento, “sustentando que a mera potencialidade do risco justifica a intervenção na liberdade de expressão, por entender que a prática reiterada desse tipo de campanha jornalística pode produzir, a longo prazo, efeitos nefastos sobre a preservação da autoridade e confiabilidade do judiciário”. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345 e 353.

esse critério temporal tem início com a instauração do inquérito e vai até o julgamento definitivo da causa⁴⁶.

Demarcada a situação de colisão, podem ser aplicados os parâmetros gerais de ponderação sugeridos por Ana Paula Barcellos para traçar critérios iniciais para solucionar o conflito: “1. regras tem preferência sobre princípios; 2. a norma que de forma direta promova ou proteja direitos fundamentais dos indivíduos (ou a dignidade humana) tem preferência sobre as que estejam apenas indiretamente relacionadas com esses direitos”⁴⁷.

No caso da publicidade opressiva, ambos os direitos em análise são normas-princípio que são integradas por subprincípios e regras. Portanto, de acordo com o primeiro critério, havendo uma regra relacionada a um dos princípios em conflito, terá preferência o princípio amparado pela regra. Se, porém, não houver uma regra específica envolvida na colisão, não será definida uma preferência neste momento da análise.

Com relação ao segundo critério, entende-se que a norma que consagra o direito a um julgamento justo e imparcial tem preferência porque “não restringir a campanha de mídia contra o réu reduzindo suas chances de ter um julgamento justo viola mais o princípio da dignidade da pessoa humana do que restringir tópica e fundamentadamente a manifestação expressiva potencialmente prejudicial”⁴⁸.

Para além disso, Simone Schreiber sugere um terceiro critério: os jurados são mais permeáveis à publicidade opressiva do que os juízes togados. Considerando-se a forma de julgamento pelo Tribunal do Júri no Brasil, é importante reconhecer as especificidades existentes para melhor avaliar – e solucionar – a colisão.

4.2 Propostas de solução para a colisão aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro

Simone Schreiber propõe dois grupos de soluções para a colisão aqui estudada.⁴⁹ O primeiro grupo é formado por medidas que não impõem restrições diretas na liberdade de expressão, aplicáveis diretamente aos processos do Tribunal do Juri e, eventualmente, adaptáveis a processos afetos a juízes togados: 1. questionário e instrução dos jurados, 2. desaforamento; 3. postergação do julgamento; 4. sequestro de jurados; 5. vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo.

O segundo grupo é formado por medidas que impõe restrições à liberdade de expressão: 1. ampliação do direito de resposta; 2. restrição da publicidade do julgamento; 3. imposição de punições posteriores à publicação; 4. ordem judicial de proibição de divulgação de provas ilícitas; 5. ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento.

46 SCHREIBER, 2008, p. 379-380.

47 SCHREIBER, 2008, p. 381.

48 SCHREIBER, 2008, p. 382.

49 SCHREIBER, 2008, p. 385-386.

4.2.1 Medidas que não impõem restrições diretas na liberdade de expressão

O *questionário* e a *instrução dos jurados* são medidas preventivas para neutralizar o impacto da publicidade opressiva, permitindo a identificação de jurados leigos que tenham tido contato com esse tipo de publicidade prejudicial e o consequente afastamento desses jurados do julgamento. Além disso, instruir os jurados a fundamentar seu veredicto apenas nas provas introduzidas validamente no processo e discutidas durante o julgamento também minimiza o risco de que matérias veiculadas na mídia influenciem o julgamento. Todavia, questiona-se a aptidão dessas medidas para efetivamente solucionar o problema da publicidade opressiva no julgamento pelo Tribunal do Júri⁵⁰.

O *desaforamento* está previsto no artigo 427 do Código de Processo Penal e consiste na alteração do local de julgamento do processo que segue o rito do Tribunal do Júri em virtude de interesse da ordem pública ou de dúvida sobre a imparcialidade do júri. Todavia, conforme constata Simone Schreiber, a medida de deslocar o júri não tem sido autorizada em casos de publicidade opressiva nos Tribunais Superiores brasileiros⁵¹. De toda forma, em casos revestidos de repercussão nacional esta medida se torna ineficaz.

Postergação do julgamento é a possibilidade de suspender o julgamento enquanto estiverem circulando de forma ostensiva alguma campanha midiática opressiva referente ao caso a ser julgado. É importante registrar que não há previsão legal para esta medida e que é questionável impor o ônus ao próprio acusado ao prolongar a duração do processo.

O *sequestro de jurados* é uma medida que visa impedir que os jurados que integram o conselho de sentença do Tribunal do Júri tenham contato com o “mundo exterior” durante o julgamento – que pode se estender por dias. No Brasil já foi imposta a incomunicabilidade dos jurados (artigo 466, §1º, do Código de Processo Penal), que ficam proibidos de conversar entre si a respeito do julgamento, portanto essa medida iria além para impedir o contato com reportagens e outras mídias publicadas no curso do julgamento.

A *vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo* é uma medida composta por duas regras⁵². A primeira, de que o juiz presidente do Tribunal do Júri indefira a introdução de provas ilícitas nos autos do processo. A

50 “Em primeiro lugar, é praticamente impossível que pessoas minimamente esclarecidas, e aptas a examinar e julgar processos criminais de alguma complexidade, não tenham contato com a cobertura jornalística de casos de repercussão. Sequer é desejável que o júri seja composto por pessoas que não tenham o hábito de ler jornais. A partir daí, não se pode confiar totalmente nas respostas dadas pelos jurados ao juiz sobre de firmaram pontos de vista sobre o caso e se estão impedidos de chegar ao veredicto com base unicamente na prova dos autos. Muitas vezes os preconceitos podem estar de tal modo introjados, que sequer são admitidos por quem os têm”. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 386-387.

51 SCHREIBER, 2008, p. 387-388.

52 SCHREIBER, 2008, p. 391.

segunda, de que eventuais matérias jornalísticas que configuram publicidade opressiva – representando uma versão simplificada e parcial dos fatos, de forma prejudicial ao acusado – juntadas aos autos sejam desentranhadas e, portanto, não possam ser utilizadas durante o julgamento.

4.2.2 Medidas que impõem restrições diretas na liberdade de expressão

A *ampliação do direito de resposta* é uma solução que pode ser adotada a partir da ponderação judicial, visando reequilibrar o discurso midiático prejudicial ao réu:

O juiz que conduz o processo criminal, provocado pela parte, pode determinar às empresas jornalísticas que abram espaço para novas abordagens, esclarecimentos e refutações a respeito das notícias veiculadas, sempre que fique demonstrado o caráter prejudicial da cobertura jornalística de determinado fato criminal. Trata-se de levar o contraditório do processo para a imprensa.⁵³

No entanto, é importante observar que esta medida pode ser insuficiente em alguns casos, especialmente quando houver uma campanha midiática muito forte capaz de silenciar o novo discurso, desconsiderando a fala ou a desqualificando.

A *restrição da publicidade do julgamento* é uma medida mais invasiva porquanto limita o acesso às fontes de informação cerceando a atuação da imprensa.

A *imposição de punições posteriores à publicação* pode ser subdividida em duas medidas: “1. a reparação civil por danos provocados pelo discurso e 2. a criminalização de condutas expressivas”⁵⁴.

A *ordem judicial de proibição de divulgação de provas ilícitas* decorre da inadmissibilidade de provas ilícitas no âmbito do processo penal. Seu objetivo é impedir que provas ilícitas sejam divulgadas na mídia, potencialmente influenciando os jurados ou o juiz togado.

A *ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento* é – como todas as outras medidas listadas – compatível com a Constituição da República de 1988. No entanto, diante de seu efeito censório, deve ser aplicada pelo juiz somente como *ultima ratio*⁵⁵.

Observa-se, portanto, que há várias medidas compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo importante a avaliação concreta do caso para buscar aquela que sirva melhor para solucionar a violação do direito a um julgamento justo e imparcial provocada pela veiculação de publicidade opressiva.

53 SCHREIBER, 2008, p. 394.

54 SCHREIBER, 2008, p. 397.

55 SCHREIBER, 2008, p. 401.

5 Conclusão

A imprensa possui um papel fundamental na democracia, mas é importante desmistificar sua caracterização “instituição descompromissada e imbuída dos melhores propósitos, legítima tradutora dos interesses da sociedade e fiscalizadora dos órgãos do Estado, comprometida unicamente com a busca imparcial da verdade”, não para “o estabelecimento de controle social ou estatal sobre a imprensa”, mas sim para “reequilibrar a balança quando o exercício da liberdade de expressão colide com outros direitos fundamentais”⁵⁶.

Nesse sentido, as orientações de Cortes internacionais de Direitos Humanos são fundamentais para contextualizar o desenvolvimento de soluções para a colisão entre a liberdade de expressão e de informação e o direito a um julgamento (criminal) justo e imparcial. São muitas as medidas possíveis para solucionar a violação de direitos do investigado e do acusado decorrentes da publicidade opressiva, sendo evidente que um sistema punitivo centrado na garantia de direitos individuais em face do poder punitivo do Estado deve buscar, ao máximo, minimizar essa violação a fim de assegurar o devido processo legal em julgamentos criminais.

Referências

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos, *The Sunday Times contra o Reino Unido*, julgado em 26 de abril de 1979, Demanda n° 6538/74. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57583>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

_____. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A associação obrigatória de jornalistas**. Opinião Consultiva n° 5/85. Costa Rica, 13 de novembro de 1985.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANNA, Túlio. SARKIS, Jamilla. **Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.785-800. ISBN: 9788520354490.

⁵⁶ SCHREIBER, 2008, p. 210.

ALTERNATIVAS PRISIONAIS ENQUANTO VIOLADORAS DE DIREITOS

Pollyanna Maria de Oliveira

Pollyanna Maria de Oliveira

Mestranda do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça, da Fundação Universidade Federal de Rondônia. Analista Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo:

O objetivo do trabalho é identificar fatores que possam provocar resultados negativos nas penas alternativas à prisão. Assim, o problema de fundo da pesquisa é: as penas alternativas à prisão atingem o seu objeto ou são elas próprias também violadoras de direitos? Alterações legislativas possibilitaram a inserção de penas alternativas no código penal brasileiro; contudo, este movimento legislativo não tem alterado os números de desencarceramento, fato não diferente do locus de estudos desta pesquisa, ou seja, na delimitação espacial a análise do problema requer atenção especial a execução da pena no Estado de Rondônia, onde o sentenciamento ao regime fechado ainda é amplamente utilizado. Com abordagem qualitativa, com análise de conteúdo (Bardin), com referencial bibliográfico e documental, a pesquisa está em desenvolvimento, todavia, espera-se, como resultado, identificar se as penas alternativas conseguem dar conta do tripé: ressocialização, não reincidência e garantia de direitos.

Palavras-chave: Pena alternativa; Ressocialização; Direitos Humanos.

Introdução

As penas alternativas, como intuído pelo próprio termo, necessitam ser a *alternativa*, dentro da execução penal, à atender na redução das violações de direitos do sistema fechado. Sob esta premissa, pretendemos, a partir de estudos abolicionistas,⁵⁷ alimentar nossas percepções sobre se também estas penas não tem em seu processo de execução servindo de violadoras de direitos.

Questionamos as penas alternativas e se elas, resguardada as devidas proporções, também ocupam um lugar de desnecessidade ou se de fato po-

⁵⁷ Thomas Mathiesen ao lado de Nils Christie e dos holandeses Louk Hulsman e Herman Bianchi, é um dos maiores teóricos do abolicionismo penal. Neste trabalho utilizamos os estudos de Angela Davis e Juliana Borges.

dem ser entendidas como alternativa sobre dois aspectos principais e iniciais: 1) As modalidades de não-aprisionamento são pouco sentenciadas - alternativas ao cárcere existem em variedade e combinadas possibilidades de aplicação, encontram-se juridicamente reguladas - porém ainda alcançam a menor parcela das sentenças de execução das varas criminais; 2) O perfil alcançado com as alternativas penais se assemelha ou se afasta da pena de prisão. Ou seja, apenas para uma parcela é dado o direito às alternativas.

Ao questionarmos as penas alternativas, é intencional entendermos quanto a sua fragilidade pode ocasionar uma tendência de seguirem caminhos de violação, e quais os fatores que levariam a esse desvio. Assim, a pesquisa pretende compreender esse lugar-comum, entre penas alternativas e encarceramento.

Para realização das análises quantitativas, foram buscadas as bases na Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária, mais especificamente do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e dos relatórios do Instituto Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Além disso, considerando que no Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), campo de estudo, não se apresentaram dados suficientes quanto à eficiência das penas alternativas e suas taxas de ressocialização, reincidência ou aproveitamento, esta pesquisa permite ser continuada em novo momento, com comparações entre tribunais, através de busca de experiências exitosas. Assim, num segundo momento, diante da necessidade de elaboração própria de banco de dados de perfil de seus cumpridores, faremos a aplicação de entrevistas com os cumpridores de pena, juízes das varas de execução e agentes da sociedade civil responsáveis pela fiscalização da pena.

Estudos bibliográficos e documentais levantados conferem que a exclusão dos presos de seus direitos está no rol das preocupações das Organização das Nações Unidas, sendo tratadas como importantes violações de direitos humanos. Além disso, são reiteradas as exigências internacionais impostas para a ampliação e instalação de institutos de alternativas penais, bem como de medidas de não-encarceramento.

Violação: o acesso à justiça como forma de garantia de direitos

As violações de direitos são vistas como situações que criam obstáculos para o desenvolvimento da individualidade dentro da ordem capitalista, ordem essa onde é – e cada vez se intensifica – a prioridade ao lucro e não ao humano.

Nossa pressuposição inicial é que as penas alternativas à prisão são violadoras de direitos porque afastam a pessoa em cumprimento de pena do seu direito de individualidade e ressocialização. Assim, para o exato entendimento deste fenômeno, é necessário todo um investimento nos estudos sobre o acesso à justiça, à garantia e à efetivação dos direitos humanos nesta modali-

dade penal.

A superlotação do sistema prisional e as barbáries ocorridas nos presídios justificam a intervenção dos organismos de defesa dos direitos humanos na proposição de medidas de adequação. É nesse contexto que surgem as *Regras de Tóquio*.

Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão. (Ministro Ricardo Lewandowski, apresentação da publicação Regras de Tóquio, versão do CNJ, 2016, p. 12).

Mesmo diante das alterações legislativas que efetivaram no ordenamento jurídico as regras internacionais e atualizaram o processo penal brasileiro, possibilitando a inserção de medidas alternativas como a pecúnia, o monitoramento eletrônico, a prestação de serviços à comunidade, a suspensão de processos e, mais recentemente, os procedimentos de justiça restaurativa, não temos visualizado um alcance significativo na taxa de redução dos índices nacionais de encarceramento e de reincidência criminal, índices que não diferem no estado de Rondônia e o sentenciamento para o regime fechado ainda é excessivamente utilizado neste Estado.

É desnecessário o aprofundamento no tema para identificar que a função da pena no sistema jurídico brasileiro, que assemelha-se à proposta por JAKOBS (2007) através da política criminal do *Direito Penal do Inimigo* por ele desenvolvida, está há tempos longe de ser um mecanismo de ressocialização. O apenado, incluindo os próprios termos linguísticos que o define, está animalizado e, ao invés de ser tratado como sujeito de direito, é destituído de sua condição de cidadão.

Baseando-nos na *Criminologia Crítica*, concluímos que é notória a rotulação do apenado pela teoria do Labelling Approach⁵⁸, identificada, sem grande esforço, no processo de criminalização, visando criar uma visão de um público “apto” a ser aprisionado. Assim, a partir dessa seleção as garantias constitucionais vão sendo afastadas em espiral até a aniquilação no momento de ingresso no estabelecimento penitenciário.

Criado o inimigo, ele deve ser combatido, e esse combate se dá a partir do poder punitivo do Estado, o mesmo que iniciou a seleção de quais “tipo

58 É a teoria conhecida como teoria da reação social, da rotulação social, do etiquetamento ou do interacionismo simbólico. Traz como principais representantes Erving Goffman, Howard Becker e Edwin Lemert. Em suma, as noções de crime e criminoso são construídas socialmente por quem controla oficialmente a sociedade, o que faz com que a criminalidade seja resultado de um processo de um “etiquetamento” e seja atribuída a certos indivíduos que toda a sociedade considera como “delinquentes”.

de pessoas” são inimigos.

Com efeito, na obra “Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal”, ZAFFARONI preleciona que “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)” (ZAFFARONI, 1991, p. 130).

Em uma comparação grotesca, mas não menos evidente, podemos visualizar desde Césare Lombroso, através de sua teoria do delinquente nato, em *O Homem Delinquente* (1876), que sujeitos ainda são catalogados em uma subespécie que estaria predestinada a cometer crimes. Com o seu rótulo, vivem à margem, ou até mesmo simplesmente por estar à margem são rotulados, classificados enquanto potencialmente perigosos.

Incrivelmente fácil e claro é identificar, a partir das normativas de repressão social, que o crime seja definido de tipificações legais, e que cada conduta criminal (eleita como crime pelo legislador) tem a sua própria sanção. Transparece, no entanto, a incapacidade do legislador de traduzir a intensidade da realidade, por exemplo, o desprezo social, a superlotação, castigos físicos, a intensificação do processo de exclusão social, e outros pois são incalculáveis as agressões e as violações de direitos que fazem a rotina nos sistemas penitenciários. Ainda conforme as palavras de ZAFFARONI, “desde sua própria origem, o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada – como sempre – sobre um preconceito que impõe medo [...]” (ZAFFARONI, 2007, p. 4).

Política criminal

No mundo, a Rússia foi a primeira a experimentar as alternativas penais, ainda em 1926. No Brasil, desde 1984, alterações na legislação brasileira procuram encontrar o caminho para esta modalidade. Para tanto, artigos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, foram alterados, surgindo a criação de três penas alternativas ainda em 1984, a saber, a Prestação de Serviços à Comunidade (PSC), as restrições temporárias de direitos e as limitações de final de semana. A justificativa dada à época para estas alterações, “deixar a prisão para os casos de reconhecida necessidade”.

[...] “a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social [...] a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social”. (Diário da Câmara dos Deputados, 20 fev. 1997, p. 4487).

Em 1995, foram instituídos os Juizados Especiais Criminais; nesse sen-

tido, a Lei 9.099 insere nesse arcabouço instrumentos de transação penal e a suspensão condicional de processos para os casos de infrações com menor potencial ofensivo. Em 1998, com a Lei 9.714/98, surgem nesse rol a prestação pecuniária⁵⁹, a perda de bens e valores e a proibição de frequentar determinados lugares. Contudo, todas estas modalidades ainda são sentenciadas em números significativamente inferiores às penas de prisão.⁶⁰

O Brasil não demonstra preocupação em não possuir uma política criminal definida. Em outras palavras, não existe hoje no país uma política criminal. Assim, todo o aparato de combate à criminalidade está apoiado na produção de legislações de emergência, entendido enquanto Direito Penal de emergência, respondendo à demanda da massa social. Não foram observados planos de atuação, planejamentos estratégicos específicos, e significativas políticas preventivas. O que se observa são investimentos na construção de presídios, visando a segurança máxima, e um cada vez mais alardeado caminho para a privatizações.

Estudos demonstram que esta é cada vez mais uma tratativa ultrapassada. Conforme Jacarandá, “[...] se o crime de fato aumentou é evidente concluir que o encarceramento em massa não produziu qualquer resultado para diminuir a violência. Crime e encarceramento estão aumentando concomitantemente em todo o país, sem que o aumento da população prisional force a redução do crime.” (JACARANDÁ, 2019, p. 643).⁶¹

A punição e seu objeto

O histórico da execução das penas passa, necessariamente, pelos flagelos, torturas, panóptico, todo tipo de retirada de direitos e apartamento da sociedade.

O encarceramento em massa é apenas um dos sintomas dessas teorias,

59 A Resolução 154, de 13 de julho de 2012 do CNJ, define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da pena de prestação pecuniária. Em seu artigo primeiro, a normativa recomenda o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recolhimento em cartório ou secretaria. Já o artigo segundo destaca que os valores não destinados à vítima ou aos seus dependentes serão preferencialmente remetidos à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada. Poderão ser expedidas também para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que atendam áreas de relevante cunho social, a critério da unidade gestora. Para acessar os recursos, as instituições devem apresentar projetos à Vara, com viabilidade de implementação. (Diagnóstico sobre as Varas Especializadas em Alternativas Penais no Brasil, Série Justiça Presente. www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Diagnóstico-sobre-as-Varas-de-Alternativas-Penais-no-Brasil_eletronico.pdf).

60 Apesar de o estado de Rondônia ter um território e uma população menor, o estado possui a maior população prisional dentre os estados da Amazônia Ocidental, em junho de 2017. (JACARANDÁ, 2019, p.646).

61 O artigo traz ainda importante reflexão quanto ao número de mortes no sistema prisional do estado de Rondônia, incluindo chacinas e massacres do presídio Urso Branco, este caso é um dos maiores em trâmite da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ao lado do racismo; a ideia central é que as penas alternativas sejam remédio para estes sintomas, uma alternativa para essa inflação dos espaços penitenciários, ou seja, elas, em nossa visão romântica, em análise superficial, seriam um plano intermediário, uma solução objetivada pelas organizações de direitos para esvaziar a prisão.

No entanto, não está apartada do mesmo sistema, e não está desvinculada da possibilidade dos mesmos etiquetamentos, ou, ao seu revés, salvando as proporções de desumanidades, é colocada no mesmo lugar, faltando identificar se quem as cumpre é exatamente o mesmo público ou se as penas alternativas não são vistas como alternativa de justiça, mas como um acréscimo de punição. Ou ainda, entendidas enquanto seleção (classificação) para dadas modalidades de execução e alguns sujeitos.

Uma espécie de hierarquia da pena; não apenas uma dosimetria da pena, entendida equivocadamente enquanto restrição, e dentro de parcela de crimes que podem ter as suas penas cumpridas com alternativas. No geral, atores criminosos punidos são os mesmos, isto é, aqueles que delinquem e de fato recebem pena possuem perfis de sujeitos que se apresentam nas prisões: “[...] que imaginássemos uma constelação de estratégias e instituições alternativas, com o objetivo final de remover a proteção das paisagens sociais e ideológicas de nossa sociedade. Em outras palavras, não buscaríamos substitutos para a prisão semelhantes à prisão, como a prisão domiciliar monitorada por tornozeleiras eletrônicas.” (DAVIS, 2020, p. 116).

Ângela Davis nos ensina que as alternativas, sejam elas quais forem para tirar a prisão das paisagens, geram outras formas de substitutos, que, em essência, não se diferenciam em nada:

[...] colocando o desencarceramento como nossa estratégia global, tentaríamos imaginar um *continuum* de alternativas ao encarceramento - a desmilitarização das escolas, a revitalização da educação em todos os níveis, um sistema de saúde que ofereça atendimento físico e mental gratuito para todos e um sistema de justiça baseado na reparação e na reconciliação em vez de na punição e na retaliação. (DAVIS, 2020, p. 116).

Não podemos negar que as alternativas penais, ao afastarem os sujeitos do ambiente prisional, mesmo que ainda uma pequena parcela, já introduzem significativa mudança. No entanto, necessitamos aprofundar a sua utilidade nas questões trazidas de reparação e reconciliação, evitando o lugar que elas têm ocupado de simples punição, bem como de porta de entrada para o fechado: “[...] o aprisionamento e outras medidas que resultem em isolar um criminoso do mundo exterior já são aflitivos pelo simples fato de tirarem dessa pessoa o direito à autodeterminação, privando-a de sua liberdade. Portanto o sistema prisional não deve, exceto como resultado incidental de uma segregação justificável ou da manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação”. (DAVIS, 2020, p. 87).

Em paralelo, questionamos se as penas alternativas estão sendo um espaço para a ressocialização, e se este movimento alcança efetividade no cumprimento do objeto da pena.

A pena e o papel social no sistema de punição

A pena, dentro da teoria da retribuição, passa a ser, em síntese, a tradução de uma retribuição imposta pelo Estado, uma consequência da prática cometida, para que seja exemplo para que outros não cometam o ato delituoso.

No seu livro “Em busca das penas perdidas”, de 1991, ZAFFARONI questiona a real função da pena dentro do instituído Sistema Penal, procurando entender e identificar onde habita o seu caráter ressocializador. Na teoria agnóstica da pena, a pena torna-se um ato de poder político, refutando as funções de retribuição e prevenção. Assim, ZAFFARONI entende que é uma falácia impor funções à pena, existindo uma grande dificuldade da pena em cumprir essa atribuição: “acreditamos ser possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos.” (ZAFFARONI, 1991, p. 159).

Para Claus Roxin, a teoria da retribuição não encontra nenhum sentido nem fim socialmente útil; é apenas uma imposição de um mal causado, que se retribui para o equilíbrio e expiação da culpa pelo fato cometido. Busca-se, no entanto, pela retribuição, uma forma de prevenir novos acontecimentos.

Para ensinar sobre a teoria relativa da pena, também conhecida como *teoria utilitarista da pena*, temos Cezar Roberto Bitencourt argumenta que a pena é imposta para que a prática não reincida, deixando de ser um fim em si mesma e passando a assumir a função de prevenção da criminalidade. Em última instância, ela é identificada como um mal necessário, não para se fazer justiça, mas sim para a inibição de novos delitos, isto é, é uma pena possuidora de caráter preventivo e focada na não reincidência.

No Brasil é aplicada, a partir do desenvolvimento da *teoria da pena mista*:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime[...] (Código Penal Brasileiro, Artigo 59).

Na teoria da *pena mista*, ou também conhecida como *eclética*, ainda existem os fatores de retribuição pela realização de um delito, e objetiva-se que esta retribuição imposta sirva como prevenção, demonstrando claramente uma mistura entre a teoria absoluta/retributiva e a teoria relativa da pena, em que a finalidade de retribuir o dano pela prática do delito, bem como de prevenir novas práticas e a intenção de promover a ressocialização.

Há três correntes principais no Brasil quanto a aplicação da pena: a) a

primeira, em concordância com o art. 59, expressa nitidamente a teoria mista da pena, conforme ensina Rogério Greco; b) a segunda corrente não visualiza expressão nenhuma de qualquer teoria da pena no Código Penal; e c) a terceira corrente, que a princípio servirá de parâmetro para nossa pesquisa, traz a tríplice finalidade para a pena: a retributiva, a preventiva e a reeducativa.

É notório que o sistema penal opera de modo coercitivo e estigmatizante. Assim, as alternativas penais, que avançaram sendo estudadas na pesquisa, seguirão para um não aprisionamento: “a tentativa de criar um novo terreno conceitual no qual seja possível imaginar alternativas ao encarceramento envolve o trabalho ideológico de questionar por que os “criminosos” constituem uma classe e, acima de tudo, uma classe de seres humanos que não merecem os direitos civis e humanos concedidos aos outros.” (DAVIS, 2020, p. 123).

Contudo, elas não são capazes ainda de evitar as consequências de um sistema de justiça racista e preconceituoso: “muitas pessoas estão na prisão apenas por serem, por exemplo, negras, chicanas, vietnamitas, nativas americanas ou simplesmente pobres, não importa qual seja sua origem étnica. Essas pessoas são mandadas para a prisão não tanto por causa dos crimes que de fato cometeram, mas principalmente porque suas comunidades foram criminalizadas.” (DAVIS, 2020, p. 122).

Análise das regras existentes para execução penal das penas alternativas em Porto Velho/RO

Referimo-nos, anteriormente, sobre a inexistência de uma política criminal. O que encontramos, em nossas pesquisas, foi algo bastante inicial: por exemplo, a Resolução N° 288, de 25/06/2019, do CNJ, que define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Neste mesmo caminho, existe um manual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); com ênfase em medidas alternativas, e em processos de audiências de custódia, e na justiça restaurativa, estes documentos são bastante práticos, o que gera indagações sobre onde estariam, de fato, os entraves para que os números apresentados pelos relatórios do sistema penitenciário ainda estejam tão aquém no que diz respeito à alternativas ao encarceramento. Os profissionais baseiam-se, também, no *Termo de Cooperação Técnica n. 006/2015*, onde se propõe ampliar a aplicação das alternativas penais, visando o enfrentamento ao processo de encarceramento em massa, trazendo como aparente solução a implantação de Centrais Integradas de Penas Alternativas (CIAP), que, em portaria do governo federal, delimita a verba necessária para execução. O Estado de Rondônia é contemplado com o termo de cooperação técnica.

O judiciário de Porto Velho possui uma vara exclusiva para a execução das penas e medidas alternativas, e vinculada a ela está o Núcleo Psicossocial (NUPS): “Art. 2° Fica criado na estrutura organizacional Vara de Execução de

Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Velho o Serviço de Apoio Psicossocial.” (Diário Oficial TJRO de 02/07/2019 ATOS DO PRESIDENTE RESOLUÇÃO N. 101/2019-PR). Este é o setor responsável atualmente pelo acompanhamento do cumprimento da pena.

A Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou pelo menos três Regras Internacionais neste contexto de aplicação de pena. Assim, temos as Regras de Mandela (1955), as Regras de Tóquio (1990) e as Regras de Bangkok (2010).

As Regras Mínimas da ONU para a elaboração de medidas de não encarceramento, modalidade que se propõe mais humana e busca envolver toda a comunidade nos problemas decorrentes da criminalidade, foi aprovada com a Resolução nº 45/110-ONU, tornando-se conhecida como *Regras de Tóquio*. Em seu item V, trata da execução, pontuando o fator *supervisão* enquanto principal objetivo:

Convém estipular o regime de supervisão e tratamento mais adaptado ao infrator visando ajudá-lo em sua correção. Este regime deve ser periodicamente examinado e revisto. Os infratores deverão, se necessário, receber assistência psicológica, social e material e oportunidades para fortalecer os vínculos com a sociedade para facilitar sua reintegração. (ONU, Regras de Tóquio. Resolução nº 45/110-ONU, 1990, p. 110).

Hoje, o que acontece na execução penal na Comarca de Porto Velho-RO quanto a este ponto é ainda incipiente. Os processos chegam para o NUPS, são acolhidos e, em seguida, são realizados os encaminhamentos, onde o cumpridor conhece como vai ser a forma de execução da sua pena e, dependendo do atendimento que recebe, sai mais ou menos esclarecido.

Como se vê, não há um padrão, um método, para esta etapa, bem como não se possuem planos individuais de cumprimento de pena – é isso o que motivou nosso interesse pela pesquisa.

Existem, assim, falhas primárias na supervisão, que, conforme dita a regra, deve ser a fase mais adequada ao infrator, visando a sua correção. Diante do acúmulo de atividades desenvolvidas pelos profissionais que atuam com a execução e a precariedade de protocolos de atendimentos, de acompanhamento e de avaliação, não existe, hoje, a sistematização do acompanhamento de cumprimento da pena. Assim, enquanto pesquisadores, percebemos uma falha crucial que pode ser prejudicial na determinação das penas alternativas enquanto garantidoras de direitos.

As *Regras de Tóquio* trazem importante dispositivo, onde se pode, inclusive, decidir pelo encerramento antecipado da medida, conforme a pessoa responda positivamente a ela. Não alcançamos informações para demonstrar se este dispositivo foi ao menos uma única vez utilizado na VEPEMA.

Além disso, acrescentamos que outro ponto a ser refletido, quanto às penas alternativas, é a questão, o lugar da vítima; percebemos que a vítima

continua sendo obscura no processo, bem como que a alternativa é tratada como parte da execução, apenas; e, diante do clamor da sociedade por penas mais duras, acaba por ser entendida como fraqueza do judiciário, sendo relegada a última possibilidade e, portanto, não alternativa, ao aprisionamento.

Com efeito, as *Regras de Tóquio* demonstram uma preocupação com a vítima, ou seja, levam em consideração as necessidades da vítima. Em outras palavras, elas trazem em seu texto o esforço que deve ser realizado para assegurar o equilíbrio no direito das vítimas, direito dos infratores e a preocupação da sociedade com a prevenção do crime e com a segurança pública. Portanto, o que está em jogo são os direitos humanos, as exigências da justiça social e a reabilitação dos infratores.

No item 14.3 das *Regras*, lê-se que o fracasso da medida não deve conduzir imediatamente ao regime fechado; no entanto, não é o que visualizamos, na medida em que mandados de prisão são automaticamente lançados quando do descumprimento da medida.

O baixo custo, o menor preconceito, o possível ganho pessoal em atividades laborais significativas, e o fator do não afastamento da sociedade e manutenção de vínculos, além da não exposição aos conhecidos males do cárcere, são fatores que conduzem a uma lógica positiva para o uso de alternativas penais, destacando-se, entre elas, a Prestação de Serviços Comunitários.

No entanto, para que esta lógica se materialize, problemas estruturais precisam ser enfrentados: as penas alternativas, hoje, apresentam resultados e características do direito de emergência, de modo que a implantação sem o devido planejamento de todo o processo, deixam pontas soltas e responsabilidades sem responsáveis.

Pelos estudos na área, é possível identificar que as alternativas ainda não servem efetivamente como mecanismos de substituição da prisão, e futuras pesquisas devem apresentar propostas concretas para a resolução deste problema. Aos nossos olhos, um dos problemas centrais é a questão da credibilidade das penas. Nessa linha, identificamos alguns apontamentos primordiais: criação de mecanismos que permitam que essas penas sejam acompanhadas; compor estrutura mínima para o atendimento, acompanhamento e avaliação em Rondônia; incentivar atividades que permitam encontros, divulgação, banco de boas práticas; criação e estruturação de núcleos psicossociais, a fim de desenvolverem projetos interdisciplinares, acompanhar programas e fazer com que as penas alternativas sejam efetivadas. Por fim, acreditamos que um dos elementos principais que pode enfraquecer o instituto das penas alternativas é a não aderência à medida, ocasionando a entrada ou reentrada no sistema fechado.

Considerações

Como procuramos demonstrar, o encarceramento em massa não reduz o crime; aliás, não só não o reduz como o amplifica e o qualifica, ajudando

a piorar os índices de criminalidade. A mentalidade de punição não evoluiu, e caminhamos inclusive, no Brasil, para clamores de uma sociedade de mão dura, que intencionam e acreditam em penalidades cada vez mais severas e encarceradoras, apartando, definitivamente, da sociedade, o autor, e não o ato. Então, como cobrar das penas alternativas resultados e enquadramentos de garantias de direitos distintos dessa mentalidade?

Assim, identificamos alguns fatores que podem provocar resultados negativos nas penas alternativas: a) negligência no acompanhamento; b) etiquetamento social; c) baixo índice de utilização; d) propostas atreladas ao uso das penas alternativas, sem alteração da socialização, sem processos de restauração, bem como a invisibilidade da vítima. Portanto, esses são alguns fatores que apresentam forte potencial de provocar resultados negativos nas penas alternativas.

Com efeito, sendo o acompanhamento da pena matéria decisiva para o êxito no seu cumprimento, é urgente a necessidade de se criar e capacitar os núcleos psicossociais e as CIAP – configuração mais defendida atualmente pelo CNJ. A identificação do perfil do cumpridor é o que possibilita o seu encaminhamento adequado; o esclarecimento, para o sujeito imputado, da finalidade das aplicações é seu direito básico; por fim, a possibilidade de construção de regulamentações úteis estaduais equivalentes, resultando, assim, na criação de uma política penal de âmbito nacional.

A inexistência de uma política pública no setor, mesmo passados 31 anos da assinatura das *Regras de Tóquio*, é preocupante e desafiadora também pelo vasto território brasileiro. O lugar comum que pretendemos percorrer, entre penas alternativas e encarceramento, engloba dois pontos: (1) o perfil da pessoa em cumprimento e o processo de cumprimento (qualidade da informação fornecida para o cumprimento da pena; (2) a individualização da pena e a compreensão dos sujeitos de seu ato e do próprio processo de julgamento, deu-se bastante limitado diante da falta de informações oficiais. Pretendemos, no momento seguinte, iniciar a elaboração de perfil de cumpridores de penas alternativas no Estado de Rondônia.

É inicial o resultado da negativa das penas alternativas em, por si próprias, dar conta do tripé que constitui o direito fundamental do cumprimento da pena: ressocialização, não reincidência e garantia de direitos. Portanto, fica evidente a dificuldade pela falta de uma política pública reguladora, somadas à falta de estudos e dados de utilização das medidas e a evolução da sua aplicação. Por fim, visualizamos, como parte da solução, o envolvimento com o território, a devolução à sociedade de práticas efetivas de acesso à justiça a partir das penas alternativas.

Referências

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Almedina, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência das penas de prisão: Causas e alternativas.** São Paulo: Saraiva, 2017.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa.** Feminismos Plurais, Coordenação Djamila Ribeiro. São Paulo, Editora Sueli carneiro jandaíra, 3 reimpressão, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 288/2019.** Brasília, 2019. disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas.** 7 ed. Rio de Janeiro, Difel, 2020.

JACARANDÁ, Rodolfo. FLORES, Lucas Niero. FEITOZA, Mateus. **O encarceramento em massa e o aumento da violência nos estados da Amazônia ocidental, 2005-2017: análises e perspectivas.** Revista de direito da cidade. Rio de Janeiro, V 11, N 3, 2019, p.636-663.

JACARANDÁ, Rodolfo. Metodologia para judicializar violações de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, **Revista Opinião Jurídica**, v. 17. nº 24, 2019, p. 99-122.

LANFREDI. Luis Geraldo Santana. **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/Conselho Nacional de Justiça. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos.** Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Passos. **Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa.** IPEA. Governo Federal. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc-265cd62b4e.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

SECCO, Márcio. LIMA, Elivânia Patrícia de. Justiça restaurativa - problemas e perspectivas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 09, Nº 01, p. 443-460, fevereiro/2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-443.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

TEIXEIRA. Sergio Willian Domingues. **Penas Alternativas e Projeto Novo Norte: Cartilha com orientações às instituições da Rede de Atendimento da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Velho - RO.** Porto Velho: EMERON, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio RAÚL. **O inimigo no direito penal.** Coleção pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio RAÚL. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO SEU RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo e Allana Regina Andrade Kinjyo

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo

Faculdade do Sul da Bahia – FASB. Mestre em Ciência, Tecnologia e Educação – FVC/ES. Mestre em Educação – UAA/PY. Especialista em Direitos Humanos e Contemporaneidade – UFBA/BA. Advogada. Pedagoga. Historiadora. Professora do Curso de Direito da Faculdade do Sul da Bahia – FASB

Allana Regina Andrade Kinjyo

Pós-graduanda em Direito Previdenciário – FACULDADE ÚNICA. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões. Advogada

Resumo:

O presente estudo tem por escopo, discutir e analisar os efeitos da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional brasileiro, em sede de decisão liminar, requerida nos autos de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF - n. 347 de 2015), proposta perante o Supremo Tribunal Federal naquele ano, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. A referida ADPF já é considerada um marco histórico de resguardo de direitos fundamentais no Brasil, em favor das pessoas em situação de prisão. A aplicabilidade inédita do ECI no direito pátrio, com o reconhecimento da inconstitucionalidade e do quadro massivo de violação de Direitos Humanos, no sistema prisional nacional, foi objeto de análise ampla pela Corte, para fins de concessão da liminar, com seus jurídicos efeitos, na busca de superação do cenário de inconstitucionalidade em comento. No referencial teórico da presente pesquisa, destacam-se autores como Foucault (1987), Canotilho (2002), Casara (2017), Mbembe (2018), Bittencourt (2019) e Campos (2019).

Palavras-chave: Direitos Humanos; Sistema punitivo; Sistema prisional; Estado de coisas inconstitucional; ADPF 347/2015.

Introdução

Em 2015, o sistema judiciário brasileiro importou da Corte Constitu-

cional da Colômbia, a técnica decisória de reconhecimento e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). A referida técnica foi elaborada na Colômbia e teve sua aplicabilidade adotada em diversas Cortes Internacionais, tais como Estados Unidos, Argentina, Itália e Brasil. No Brasil, a técnica foi introduzida através da petição inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º. 347/2015, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda em 2015, o STF numa decisão histórica para o Direito brasileiro, através do julgamento liminar acerca dos pedidos requeridos, reconheceu e declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Recentemente, o Brasil, passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos da América. Assim, com o aumento vertiginoso do encarceramento no país, nos últimos anos, verifica-se que, apesar do ostensivo crescimento populacional do cárcere, esta evolução não ocorreu com a devida observância estatal, no que tange à estruturação ideal dos espaços prisionais existentes e criados. O hiperencarceramento do Sistema Penal brasileiro é vislumbrado a partir da análise numérica da população carcerária nos últimos 10 (dez) anos. Segundo os dados registrados no 4º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2010), publicado pelo Fórum Nacional de Segurança Pública, o sistema prisional, no ano de 2009, contabilizava o número absoluto de 417.112 pessoas, sob a custódia do Estado. Passados 10 (dez) anos, por intermédio dos dados apresentados no 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), a população carcerária do Brasil registrou, no 1º semestre de 2019, número absoluto de 755.274 pessoas. Assim, da citada análise, verifica-se que o número de encarcerados praticamente dobro na última década.

De certo, este cenário de hiperencarceramento é resultante da desestrutura do Sistema de Justiça, aliado a ausência de políticas públicas eficazes na área da Segurança Pública, além do agravamento da criminalidade, inclusive, com influência nas instituições penitenciárias. Além do exorbitante número de encarceramento, a partir da implantação legal das audiências de custódia (Lei n. 13.964/2019), verificou-se a ocorrência de massiva violação de direitos desde o ato de aprisionamento, conforme informado pelos presos, quando da ocorrência das citadas audiências. A este cenário caótico, acrescenta-se ainda, inúmeras outras situações, que ampliam as condições subumanas das pessoas na prisão, tais como, violência física, psicológica e sexual, a falta de segurança, falta de saneamento básico, insalubridade, etc. Diante do quadro massivo de violação de Direitos Humanos, fora ajuizada a citada ADPF n. 347/2015, que resultou no julgamento liminar pela Egrégia Corte Constitucional do país que, em setembro de 2015, proferiu decisão liminar de reconhecimento e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo geral analisar o processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015, tal como sua importância ao reconhecer e declarar, em sede liminar, o ECI do

sistema prisional brasileiro, bem como, seus reflexos desde sua promulgação, efetividade das medidas liminares e cumprimento por parte das entidades públicas e afins. São objetivos específicos: compreender a relevância do ingresso da ADPF n. 347/2015, no âmbito do Sistema Prisional, à luz da decisão proferida pelo STF; investigar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro; conhecer e interpretar os dados das instituições penitenciárias brasileiras, com vistas à análise comparativa acerca da medida liminar de reconhecimento e declaração do ECI, tanto antes, quanto após a sua publicação, e; verificar e compreender as políticas públicas e medidas destinadas ao cárcere, à luz do cenário caótico de descumprimento de preceitos fundamentais no Sistema Prisional brasileiro.

O estudo conta com três sessões, sendo na primeira, realizado resgate histórico e teórico da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que teve sua origem, na Corte Constitucional da Colômbia. Ademais, com o referido reconhecimento, contribuiu para a transformação de cenários de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional colombiano, o que a outras Cortes Constitucionais mundo afora, incorporem em seus ordenamentos jurídicos internos o mesmo entendimento no âmbito constitucional. A segunda sessão é dedicada a análise do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/2015, através da petição inaugural, seus fundamentos e argumentos jurídicos, à luz do cenário extremamente precário e violador, do atual do sistema prisional brasileiro. A terceira e última sessão tem por bojo analisar de forma acurada, a decisão liminar na ADPF n. 347/2015, bem como, os consequentes efeitos gerados desde o reconhecimento e declaração do ECI do sistema prisional brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal.

O estado de coisas inconstitucional

A técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional é constituída como uma ferramenta processual e estrutural, que atua no procedimento de superação do quadro deficiente da tutela de direitos. Este instrumento teve origem na Corte Constitucional Colombiana, e ganhou destaque no direito internacional, tendo sido exportada para diversos países, como Estados Unidos, Argentina e Inglaterra. O aprimoramento do instituto, através das diversas decisões, proferidas ao longo dos anos, foi necessário para o aperfeiçoamento do conceito atual. Diante das diversas circunstâncias que constituem o ECI, importante trazer à baila, o conceito elaborada por Raquel Cárdenas (2011), ao afirmar que:

Um Estado de coisas inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com

políticas públicas, onde se requer envolver a todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse *status quo* injusto, e no qual o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão. (CARDENAS, 2011, p. 24).

Neste liame, no que tange a teorização do Estado de Coisas Constitucional, observa-se que esta, se fundamenta como um instrumento de controle de constitucionalidade, mesmo que de forma abstrata. A tutela ineficiente e a falha de coordenação, por parte do Estado e entre seus órgãos públicos, podem ser configuradas, tanto através da omissão na proteção e promoção dos direitos fundamentais, como também, em decorrência de reiteradas falhas estruturais, o que resulta na inconstitucionalidade no caso concreto

Andréia (2018) explica que, trata-se de omissão inconstitucionais “não normativas”, que abrangem “a inexistência de atos concretos por parte dos poderes políticos que seriam imprescindíveis para a implementação e concretização de determinada política pública decorrente de norma constitucional programática”⁶². No mesmo sentido, é a percepção de Ariza (2013), quando ao formular o conceito da técnica, afirma que,

A doutrina do [estado de coisas inconstitucional] defende a intervenção estrutural da Corte Constitucional naqueles casos em que detecta uma violação massiva e sistemática de direitos. Tal situação é entendida como tendo sido gerada por deficiência dos arranjos institucionais do Estado. [...] quando a Corte detecta um “bloqueio institucional” que gere uma violação de direitos dessa magnitude, ela declara a existência de uma realidade inconstitucional sendo a principal consequência que a Corte passa a cumprir de criar políticas públicas, alocar recursos e implementar direitos sociais e econômicos que seriam de competência do poder legislativo em um modelo convencional de separação de poderes. (ARIZA, 2013, p. 129).⁶³

Diante da conceituação acima apresentada, é possível concluir que, a ferramenta processual do ECI, busca, por meio do ativismo judicial por parte da Corte Constitucional, declarar a existência massiva e, de forma contínua, de possíveis situações que se configurem em violação dos direitos fundamentais. A referida tutela jurisdicional se mostra necessária quando da ocorrência de ações omissivas e comissivas, de certos poderes, órgãos e instituições públicas. Por meio das decisões da Suprema Corte, o Poder Judiciário pode minimizar possíveis prejuízos suportados pelos cidadãos, até o momento da

62 ANDRÉIA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 15.

63 ARIZA, Libardo José. **The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia**. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activism Tribunals of India, South America and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129.

declaração do ECI. Portanto, a omissão do Estado é quadro de inconstitucionalidade reconhecido e declarado.

Para a configuração ECI é necessário o preenchimento de certos pressupostos e objetivos, para a superação do estado de inconstitucionalidade, sendo elas: a) a verificação de quadro massivo de violação de direitos, que atinja um grupo social considerável; b) a reiterada omissão por partes de órgãos e instituições públicas, caracterizando a tutela deficiente de suas obrigações; c) expedição de remédios processuais e estruturais, destinados a um grupo de atores públicos; d) efeito amplo, efetivo e único, a fim de alcançar e superar o maior número de casos atingidos pela inconstitucionalidade da situação, objetivando evitar o congestionamento da máquina judiciária com a repetição de demandas no mesmo sentido, já superado.

No que tange a omissão constitucional, existe certa divergência doutrinária, pois segundo a tricotomia desenvolvida pelo jurista José Afonso da Silva⁶⁴, as normas são divididas entre: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, previstas como aquelas que não necessitam de regulamentação infraconstitucional, produzindo efeitos a partir de sua promulgação; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata são aquelas que, apesar de sua aplicabilidade imediata, quando da promulgação constitucional, esta poderá sofrer, futuramente, a restrição de seus efeitos através de previsão infraconstitucional, e por fim, c) normas constitucionais de aplicabilidade imediata e eficácia limitada, que por seu turno, são aquelas que seus comandos não possuem normatividade suficiente para sua aplicabilidade imediata, sendo necessária a complementação de norma infraconstitucional, para completude do dispositivo constitucional.

Coadunando essa interpretação, Canotilho (2001) explica que, a omissão constitucional deve ser interpretada como *ordens concretas de legislar*, de maneira que somente será constituída uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador infraconstitucional deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”⁶⁵. Assim, se não há omissão constitucional quanto às referidas normas constitucionais, consequentemente, observa-se a impossibilidade de intervenção judicial sobre determinada matéria, haja vista que possíveis lacunas legislativas suscetíveis de tutela jurisdicional. Assim, visto sob esta ótica do reducionismo semântico-estrutural, as normas ditas como auto-aplicáveis, objeto do ECI, não poderiam ter sua aplicabilidade e efetividade revisadas pelo controle judicial de constitucionalidade, uma vez que, em tese, isso somente poderia ocorrer quando do descumprimento pelo legislador, de certo mandamento constitucional de caráter programático ainda não normatizada⁶⁶.

64 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 88 e ss.

65 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 331.

66 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 48.

Acerca da suposta divergência semântica, para Campos (2019),

Mais do que abordagens formalistas, focadas apenas em critérios textuais, semânticos-estruturais, a preocupação com a atuação da Constituição deve “envolver também considerações substantivas e morais”. Com efeito, não é que a estrutura dos enunciados normativos constitucionais e sua heterogênea tipologia não tenham algum papel a cumprir para identificação da omissão inconstitucional, mas esses elementos não podem ser os únicos nem mesmo os mais relevantes critérios. Deve-se ter atenção maior a critérios de ordem material, porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser “direitos de papel” necessitam de proteção e promoção estatal”. (CAMPOS, 2019, p. 60).

Diante do que fora exposto, há o entendimento de que o legislador deve se ater a seu papel constitucional legislativo, para fins de proteção integral dos direitos e liberdades constituídos, como resguardo da tutela jurisdicional, independentemente da estrutura semântica a qual esteja a norma classificada. A deficiência da tutela de proteção e promoção dos direitos fundamentais decorre da obrigação estatal, de criar, através da produção legislativa, condições e meios indispensáveis para proteção dos direitos fundamentais, o que caracterizaria, por si só, a omissão normativa inconstitucional⁶⁷, sendo esta passível da devida intervenção pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao realizar resgate histórico da origem da citada ferramenta processual, conquanto na análise da declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pela Corte Constitucional Colombiana, observa-se que a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) fora elaborada e aperfeiçoada, através de consecutivos julgamentos que tratavam sobre a proteção e promoção de direitos fundamentais. O primeiro processo, reconheceu e declarou em 1997, através de uma decisão inaugural, prolatada na *Sentencia* SU-559, haver um Estado de Coisas Inconstitucionais no ordenamento daquele país.

No que concerne ao sistema carcerário, no ano de 1998, a Corte Constitucional da Colômbia, através de uma sentença histórica (*Sentencia* T-153, de 1988⁶⁸), mais uma vez, reconheceu o ECI naquele país, agora, devido a superlotação das instituições penitenciárias colombianas, em especial, por constatar as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista* de *Medellín*. A demanda submetida à Corte, fora embasada em estudos e dados, onde restou demonstrada a situação de violação de direitos e garantias das pessoas encarceradas nas referidas instituições, bem como, nas demais existentes no país. Sobre a declaração de ECI no sistema penitenciário colombiano, à luz da decisão daquela Corte, Campos (2019), esclarece que:

67 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 85.

68 COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia n. T-153 de 28.04.1998**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 24.10.2020.

A Corte Constitucional identificou que o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva, pode-se dizer, estava dirigida à Constituição como um todo. Destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de ‘tragédia diária dos cárceres’, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social. (CAMPOS, 2019, p. 136).

Nesse sentido, a Corte reconheceu a ausência absoluta de políticas públicas, que visassem dirimir ou diminuir a grave situação de violação de direitos existente. Destacou-se no julgamento ainda que, a ausência de representação política dos presos, somado à indiferença dos políticos estatais em face deste grupo social, haja vista serem eles, considerados como uma minoria marginalizada, o que era agravado pela condição de prisão que, os impossibilitava de superar tal cenário, sem que houvesse a devida intervenção judicial da Corte. Além do reconhecimento de maneira objetiva, quanto aos direitos das pessoas em situação de prisão, o Tribunal determinou às instituições, que fossem tomadas as medidas cabíveis para a resolução da problemática de superlotação nas instituições carcerárias colombianas.

Após as supracitadas decisões históricas, a Corte Constitucional Colombiana continuou proferindo importantes sentenças, que reconheceram e declararam o Estado de Coisas Inconstitucional no país, diante da situação da massiva violação de direitos fundamentais. Dentre os diversos casos, destaca-se o reconhecimento judicial dos direitos dos homossexuais, bem como, a situação dos “deslocados”, por meio da Sentencia T-025, de 2004⁶⁹, sendo este julgado, considerado como o mais importante caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falha estrutural. Na citada demanda, concluiu-se que “a dramática situação das mais de três milhões de pessoas deslocadas pela violência na Colômbia – segundo cifra mais alta no mundo depois do Sudão – constituiu um ‘estado de coisas inconstitucional’”.

Reconhecimento e declaração do ECI na ADPF n. 347/2015

A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 foi distribuída no Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 26 de maio de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, objetivando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro e a concessão de demais pedidos pugnados. Na inicial, o mencionado partido político pleiteou, em tutela liminar, o deferimento das medidas listadas, a fim da superação do quadro gravíssimas lesões aos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, ocorridas nas instituições

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia n. T-025 de 22.01.2004*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 24.10.2020.

penitenciárias, bem como, pedidos finais, de ações destinadas especificamente ao Poder Executivo.

Nos termos do exposto na peça exordial, o quadro de inconstitucionalidade, seria decorrente das ações comissivas e omissivas, principalmente, dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal e, demais instituições públicas. O partido afirmou que “as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos”. Na sequência, argumentam que as instituições penitenciárias são, em sua maioria, dominadas por facções criminosas que exercem de maneira autoritária, verdadeiro “reino de terror”, de maneira a trazerem ainda, arrazoado sobre suposta possibilidade de cumplicidade pelo Poder Público nesta caótica situação prisional.

No bojo da petição exordial, afirmaram também que os presos não possuem acessos básicos, tais como, auxílio técnico judiciário, à saúde, à educação, ao trabalho, dentro outros direitos. Relatam haver grave deficiência na prestação *mínus* estatal, diante da superlotação penitenciária. Este fato é ratificado, ao tratarem dos mutirões carcerários, onde comumente são identificados inúmeros presos que participam destas audiências e que já deveriam estar em estado de liberdade.⁷⁰ A segregação e seletividade do grupo carcerário é ponto destacado na inicial em comento, considerando a existência de uma tendência necropolítica⁷¹ que tem encarcerado no país, a população, pobre, negra e de áreas de maior vulnerabilidade.

Destaca-se ainda, nos termos da inicial⁷², acerca do apontamento feito pelos autores, em relação às intervenções realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 2017, diante das denúncias realizadas, o referido órgão internacional, verificou a existência de massivo quadro de violação de direitos fundamentais, em diversas penitenciárias brasileiras. No citado julgamento, a Corte Interamericana determinou que o Estado brasileiro, buscase efetivar as medidas necessárias para fins da reserva, tutela e proteção dos direitos básicos dos presos no país, apontando 10 (dez) ações a serem seguidas pelo Brasil no que tange ao cárcere⁷³. Estas determinações não foram efetivada pelo Poder Público do país até o momento, mesmo diante da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Brasil.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 26 out 2020.

71 Termo cunhado pelo filósofo camaronês MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 1 ed. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 26 out 2020.

73 Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, de 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-cidh-placido-de-sa>. Acesso em 26 out. 2020.

Neste diapasão, dada a possibilidade de aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional, afirmam os litigantes que apesar da inexistência de previsão legal da referida técnica decisória, no âmbito da Constituição Federal de 1988, tal aplicabilidade é possível, diante de decisões já consagradas em ordenamentos jurídicos internacionais. Outrossim, é importante dizer eu a realização da intervenção judicial é imprescindível para superação do gravíssimo quadro existente.

Quanto ao cabimento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, legalmente prevista no art. 102, § 1º, da Lei nº. 9.882/99, está se amolda cabível em face de ações e/ou omissões dos Poderes Públicos com vistas a mitigar lesões ou ameaças aos preceitos fundamentais. Os autores argumentam ainda que há a violação de diversas disposições constitucionais, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), bem como, de inúmeros direitos constitucionais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção da inocência (art. 5º, LVII), vedação a tortura e tratamento degradante ou desumano (art. 5º, III) e os direitos sociais à saúde, trabalho, educação e segurança, devidamente resguardados no art. 6º da Constituição Federal.

No liame da omissão prestacional dos poderes, afirmam os petionários acerca das inúmeras violações devidamente apontadas na ADPF e, perpetradas por várias instituições públicas.. Destacam os autores da ação que a melhor solução para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, deve ser alcançado por meio de técnicas decisórias flexíveis, que visem possibilitar “o diálogo e a cooperação” entre os poderes públicos. É nesse sentido, a lição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷⁴, ao asseverar que,

Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer os direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. (...) Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizados e avançados pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram estas ordens. (CAMPOS, 2015, p. 208).

Por todo o exposto, com relação ao quadro massivo de violação de Direitos Humanos e das garantias constitucionais, foram apresentados na ADPF, um elenco de importantes questões, tais como: a superlotação; a situação dos presos provisórios - que analogicamente agrava a situação de déficit de vagas -; o acesso à Justiça; a infraestrutura, organização e pessoal dos presídios; assistência material ao preso; a assistência à saúde; à educação; acesso a trabalho para os presos; a tortura, inúmeras sanções ilegítimas e o excessivo

74 Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. p. 208.

uso de força no sistema prisional brasileiro; hiperencarceramento de mulheres; ausência de políticas direcionadas à população prisional LGBT; uso adequado do Fundo Penitenciário Nacional. Por todo quadro de calamidade exposto, os autores apresentam ao final da fundamentação, medidas que visam superar o presente cenário. Os autores da ação, nos pedidos da peça exordial, pugnam pela procedência dos pedidos acima lançados, constantes na ADPF n. 347,⁷⁵ de modo que a Corte Superior brasileira, pudesse declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Em sede de tutela liminar⁷⁶, foram articulados os seguintes pedidos:

- a) determinação que os juízes e tribunais, nos casos de manutenção da prisão provisória, expressem a motivação que justifica a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão;
- b) reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos;
- c) a determinação que o judiciário brasileiro passe a considerar o quadro fático dramático do sistema prisional, quando da aplicação e execução da pena;
- d) reconhecimento das condições severas em que estão incorrendo os cumprimentos de pena, exorbitantemente mais severas do que as previstas legalmente, para fins de observação do juiz de proporcionalidade e humanidade, para fins de aplicação, sempre que viável, de penas alternativas à prisão;
- e) afirmação de que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os pressupostos temporais de fruição dos benefícios e direitos do preso;
- f) reconhecimento que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo da prisão da pena a ser cumprida, quando evidenciar cumprimento em condições mais severas;
- g) determinação ao CNJ para a coordenação de mutirões carcerários e;
- h) determinação imediata do descongestionamento das verbas existentes no FUNPEN.

Os autores da ação, nos pedidos da peça exordial, pugnam pela procedência dos pedidos acima lançados, constantes na ADPF n. 347,⁷⁷ de modo que a Corte Superior brasileira, pudesse declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Outrossim, além do reconhecimento das medidas cautelares anteriormente mencionadas, outros pedidos finais foram formulados, tais como:

75 Idem.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 05 de nov 2020

77 Idem.

- a) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;
- b) confirmação das medidas cautelares aludidas,
- c) determinação ao Governo Federal de elaboração e encaminhamento ao STF, no prazo de 03 (três) meses de um Plano Nacional de superação do cenário de inconstitucionalidade.

Pela leitura e análise dos supramencionados pedidos, é possível concluir que os pedidos liminares, foram direcionados ao Poder Judiciário, para fins que este pudesse promover e executar ações e medidas que visassem o descongestionamento penal e carcerário. As orientações liminares, apontadas pelos autores da ação, foram direcionadas ao juízo de proporcionalidade do juiz penal, quando da aplicação e execução da pena, de maneira que seja observado no caso concreto, sempre que possível, a aplicação de medidas alternativas à pena prisão. Outrossim, que se avaliasse, na imposição da pena que, em restando impossibilitada a aplicação alternativa à privação de liberdade, esta decisão devesse ser plenamente justificada.

O segundo pedido liminar concedido foi aquele pugnado à alínea “h”, onde foi decidido, por maioria do Colegiado, a determinação à União Federal para que procedesse, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação da decisão, a adequação para fins de cumprimento do que foi pugnado⁷⁸. Neste tópico, foram vencidos em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber. Com a concessão deste pedido liminar, a União deveria proceder o descongestionamento do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, que à época, acumulava o valor de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões de reais⁷⁹, bem como, se abster de proceder novos congestionamentos orçamentários.

Diante do marco histórico desta decisão, as mais diversas opiniões jurídicas foram formadas, quanto à aplicabilidade do ECI no caso concreto, visto o inovacionismo que a mesma representa, diante de sua utilização, de maneira inédita, na ADPF n. 347/2015. As críticas mais severas foram apontadas, no sentido do negacionismo da possibilidade de uma atuação judiciária pela Corte, apontada como de ativista da jurisdição constitucional, atuando como suposta “coordenação institucional”. Desta maneira, observa-se que estas concepções se centraram, de maneira negativa, nos diversos reflexos que a importação deste instituto representou para o ordenamento interno, tais como: os riscos de subjetivismo e arbítrio judicial; violação à separação de poderes e o fim das fronteiras entre o Direito e a política e; ilegitimidade democrática e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes.⁸⁰

78 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 07 de nov 2020.

79 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 297.

80 BUSTAMANTE, Thomas; DAHLMAN, Christian. **Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation**. New York: Springer, 2015.

A prolação da decisão liminar, reconhecendo a inconstitucionalidade da estrutura do sistema carcerária do país, de fato, se deu em meio a um cenário político tumultuado, o que refletiu na possibilidade de (in)efetividade das medidas determinadas para enfrentamento e superação deste estado inconstitucional. Contudo, a inação por parte do STF, significou a estagnação do procedimento e prosseguimento da ADPF, que almejava a reestruturação do massivo quadro de violação de direitos no sistema prisional do Brasil. Os autos da ADPF n. 347/2015, seguem aguardando julgamento, já tendo sido juntadas inúmeras petições e documentos ao feito, principalmente pelos representantes legais dos estados federativos, na prestação das informações solicitadas no bojo da decisão liminar, bem como, o ingresso de algumas instituições e organismos sociais, à exemplo da Pastoral Carcerária Nacional, que teve seu requerimento de ingresso concedido, na qualidade de *amicus curie*, em março de 2020.

Um ponto positivo observado, na concessão da medida liminar na ADPF n. 347/2015, foi o deferimento do pleito disposto no pedido liminar item “b”, onde o partido político pugnou pela observação, dos termos dispostos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no que tange a audiência de custódia. A implementação deste procedimento processual, já tinha previsão em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. De igual modo, foi necessária a confirmação através da prolação da decisão liminar na ADPF n. 347, corroborada pelo julgamento da ADI 5240, também em 2015, para que fosse implantada pelo Poder Judiciário do país, a obrigatoriedade das audiências de custódia, com a observância dos prazos assinalados pelo CNJ. No que tange a concessão da medida liminar, pleiteada no pedido alínea “h”, para fins do descongestionamento do saldo acumulado no Fundo Nacional Penitenciário – FUNPEN, este tem ocorrido a passos lentes, de maneira muito morosa. É certo afirmar que a população carcerária do país, cresce a cada dia, sem que o Estado promova a reestruturação do sistema, bem como, que o sistema de Justiça Criminal, diminua sua sanha de encarcerar cada vez mais, pobres, periféricos e negros, com a aplicação voraz de um verdadeiro Direito Penal dos Pobres no Brasil.

Considerações finais

Diante de todos os argumentos, razões fáticas e jurídicas esposadas na presente pesquisa monográfica, é possível concluir pela existência de inúmeras violação de Direitos Humanos e, garantias fundamentais já consagradas Constituição Federal de 1988, em relação ao sistema prisional brasileiro. As citadas violações decorrem, em sua maioria, da inobservância do Poder Público em efetivar o que preceitua a normas pertinentes à matéria, principalmente, no que se refere a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), aos Tratados e Convenções Internacionais

dos quais o Brasil é signatário. Diante de todo esse cenário, resta perceptível que a aplicação da pena no Brasil, não tem por base, a garantia da dignidade da pessoa humana da pessoa em situação de prisão. Com ingresso da referida Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/2015, buscou-se o reconhecimento liminar do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, de maneira que as medidas pugnadas, visavam a superação do quadro de inconstitucionalidade no cárcere do país, á luz do que fora realizado originariamente pela Corte Constitucional da Colômbia.

Na aplicação da ECI no Brasil, no cotejo da medidas liminares pugnadas, é possível constatar que a maior delas, foram direcionadas ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, sendo que as últimas ações, foram majoritariamente dirigidas à União e aos estados da federação. No que tange ao Poder Legislativo, que pela fundamentação do ECI, em sua forma originária, teria responsabilidade constitucional, para fins de dirimir a omissão normativa inconstitucional, asseverou-se que legislativo tem “um dever constitucional concreto de atuação político-normativo” (CAMPOS, 2019, p. 34), razão pela qual, não foi ele, incluído como parte na ADPF n. 347/2015.

Por oportuno, registra-se que segundo os dados apresentados pela Pastoral Carcerária Brasileira, em março de 2020, quando da petição requerendo o ingresso nos autos, na qualidade de *amicus curie*, estes relataram que nas instituições penitenciárias observadas pela Pastoral semanalmente em suas visitas, mais de 70% das unidades encontram-se com racionamento de água e, em relação à prestação de assistência básica, 77,28% das unidades carcerárias estatais, não possuem equipe mínima de saúde, conforme dispõe o Plano Nacional de Saúde do Sistema Prisional. Nesta senda, a situação nas instituições se agravou, durante a Pandemia decorrente do vírus “COVID-19”, onde, segundo os dados disponibilizados pelo Fórum Nacional de Segurança Pública, no 14^a Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), registrou-se 27.207 casos de “Covid” no sistema penitenciário, entre abril e setembro de 2020. O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional encontra-se mais do que constatado, reconhecido e declarado, diante da patente declaração pelo Supremo Tribunal Federal. As medidas deferidas em decisão liminar representaram ainda, uma pequena parte do que pretendiam os autores da ADPF n. 347/2015, quando da propositura da referida ação.

Referências

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Estado de coisas inconstitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activism Tribunals of India, South America and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, de 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-cidh-placido-de-sa>. Acesso em 26 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/2015**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 26 out 2020.

BUSTAMANTE, Thomas; DAHLMAN, Christian. **Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation**. New York: Springer, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia n. T-025 de 22.01.2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 24.10.2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia n. T-153 de 28.04.1998**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 24.10.2020.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 1 ed. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

AS CONTRADIÇÕES PROCESSUAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO E A PRÁTICA DE *LAWFARE*: AMEAÇAS AO DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

Igor Alves Noberto Soares

Igor Alves Noberto Soares

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Professor Universitário (Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas e Universidade Federal de Ouro Preto). Advogado Militante.

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo investigar os efeitos jurídicos da *Operação Lava Jato* e a tutela do direito a um julgamento justo. A partir do método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa exploratória e revisão de bibliografia, foi analisada a sentença proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba – Seção Judiciária da Justiça Federal no Paraná, no chamado *Caso Tríplice*. A partir da corrente doutrinária oriunda do modelo constitucional de processo, que sustenta a aplicação das convenções e dos tratados internacionais no Brasil, foi preciso compreender o movimento do *lawfare* e suas consequências na discussão sobre a legitimidade e a validade da decisão judicial. Considerando a ofensa ao juízo natural e à garantia de imparcialidade do julgador, nos termos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o julgamento em análise desrespeitou o direito a um julgamento justo nos termos do Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito a um julgamento justo; Operação Lava Jato; *Lawfare*; Decisão jurídica.

1. Introdução

A discussão contemporânea sobre a decisão jurídica, nos marcos do modelo constitucional de processo, é um dos pontos mais basilares para compreender os limites à intervenção do Estado nas liberdades individuais. Isso porque nenhuma decisão pode suplantar a garantia de participação das partes no provimento que lhes atingirá, muito menos perceber seu conteúdo como instrumento de mera legitimidade do *jus puniendi* ou vingança.

Nessa medida, o presente trabalho tem como objetivo compreender os efeitos da *Operação Lava Jato* na história institucional brasileira, com destaque para os efeitos das decisões proferidas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curi-

tiba – Seção Judiciária da Justiça Federal no Paraná, no chamado *Caso Tríplice*. No caso concreto, o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Tal decisão tornou-se objeto de inúmeros questionamentos em razão da inobservância das cláusulas do direito a um julgamento justo, nos termos do Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com destaque para a necessidade de decisão preferida por juízo competente e juiz imparcial.

Para tanto, o presente trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro, serão sustentadas as composições sobre o significado dos direitos humanos para a contemporaneidade, sobretudo na vedação ao retrocesso social. No segundo ponto, serão apresentadas incursões sobre a decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba – Seção Judiciária da Justiça Federal no Paraná, a fim de compreender a extensão do agir decisório e a possível prática de *lawfare*. Por fim, no último capítulo serão apresentadas as decisões posteriores, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que anularam a decisão proferida no *Caso Tríplice* em razão da latente incompetência do juízo e ausência de imparcialidade do agente julgador.

2. Direitos Humanos e democracia

O conceito de *direitos humanos* está alinhado com a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana, com destaque para os grupos que, no contexto histórico, estão envolvidos nos processos de marginalização e vulnerabilidade. Ao contrário do que expressam alguns grupos majoritários, cuja manifestação mostra-se incoerente, os direitos humanos não servem para “proteger bandidos”, muito pelo contrário.

Analisada a realidade humana, mostra-se perceptível a prevalência dos debates sobre os direitos humanos em relação aos grupos minoritários ou vulneráveis, a fim de vencer a injusta sistemática da exclusão e da violência. Nesse sentido, políticas públicas são desenvolvidas para tutelar a efetividade dos direitos referentes às mulheres, pessoas negras, idosas, da comunidade LGBTQIA+, indígenas, quilombolas, entre outras, a fim de trazer-lhes a dignidade negada nos processos de dominação.

Contudo, esse contexto não retira dos direitos humanos a inafastável universalidade, motivo pelo qual esses direitos são protegidos historicamente pela condição político-jurídica da pessoa, não por elementos desviantes dessa síntese. Não por menos, Hanna Arendt (2012) bem sustentou que os direitos humanos não são fruto de uma imposição do Estado, mas das próprias lutas humanas ao longo dos processos de questionamento da ordem pressuposta com vistas à garantia da dignidade.

Nas considerações de Fábio Konder Comparato (2015), os direitos humanos advêm de uma compreensão do próprio direito natural, que, portanto, impede a existência de grupos majoritários vinculados à ação dominadora.

Não há, portanto, grupos melhores que os outros, sejam por atributos biológicos ou étnico-raciais, e, por isso, todas as pessoas estão em condições de igualmente.

A necessária ruptura com o sistema do poder exclusivo para poucos será viabilizada pela construção política da diversidade. O modelo eurocêntrico típico da dominação dos espaços (DUSSEL, 1993) viabilizará a criação de um sistema de proteção do *nós*, os estabelecidos, em desfavor do *eles*, os que precisam ser excluídos como forma de afastar rupturas ou tolerados somente naquilo que agrada ao capital.

Essa percepção invalidará os discursos majoritários sobre os direitos humanos para poucos. Norbert Elias e John Scotson (2000) indicam a necessidade de rupturas institucionais com os *estabelecidos*, que, pela força dos processos de dominação e nas legislações não democráticas, acabaram por criar grupos prioritários para o exercício do poder, vinculados ao capital econômico e a simbologia do poder.

Para efetivar o sentimento concretizante sobre a tutela dos direitos humanos, vários documentos foram desenvolvidos ao longo da história das sociedades. Para Elisabeth da Fonseca Guimarães (2010), o Cilindro de Ciro, datado do ano 539 a.C., pode ser considerado o primeiro documento para a proteção dos direitos da pessoa. No transporte histórico, outros documentos sustentaram a defesa dos direitos humanos, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

No Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, vários dispositivos sobre os direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, revestidos sob a noção de direitos fundamentais. Na mesma percepção dos direitos humanos, os direitos fundamentais também são instrumentalizados em defesa dos direitos individuais e coletivos, a fim de romper com a imagem ordenadora da exclusão a partir da vontade dominante.

3. A discussão sobre a decisão

Antes de discutir como o direito a um julgamento justo foi recepcionado no Brasil, é preciso fazer lembrança sobre os rumos da *Operação Lava Jato*. Trata-se de força tarefa organizada por inúmeros órgãos jurisdicionais e das polícias, em âmbito federal, com o fim de traçar possível fim aos atos de corrupção praticados no âmbito das empresas públicas. Dentre as pessoas acusadas, vários políticos foram apontados como o centro de um sistema de privilégios, à mercê da observância funcional da eficiência e da moralidade administrativas. Contudo, as condenações e a utilização dos institutos jurídicos -processuais foram percebidas contrariamente às garantias processuais, com o fim de criar inimigos públicos e sistemas de maximização de um Direito Penal extremamente punitivista.

No dia 12 de julho de 2017, nos autos de número 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba - Seção Judi-

ciária da Justiça Federal no Paraná, proferiu sentença condenatória. No ato, além de outros réus, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado pela suposta prática dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Isso porque o ex-Presidente Lula teria se valido da função para receber vantagem indevida durante a execução do Consórcio CONEST/RNEST, assinado junto à PETROBRAS em 2009. Como resultado da transação, Lula e Marisa Letícia teriam recebido um *triplex* no Guarujá. Narra a decisão, com base na denúncia, que, em 1º de abril de 2005, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a ex-Primeira-Dama Maria Letícia teriam

pago por um apartamento simples, nº 141-A, cerca de R\$ 209.119,73, mas o Grupo OAS disponibilizou a ele, ainda em 2009, o apartamento 164-A, triplex, sem que fosse cobrada a diferença de preço. Posteriormente, em 2014, o apartamento teria sofrido reformas e benfeitorias a cargo do Grupo OAS para atender ao ex-Presidente, sem que houvesse igualmente pagamento de preço. Estima o MPF os valores da vantagem indevida em cerca de R\$2.424.991,00, assim discriminada, R\$ 1.147.770,00 correspondente à diferença entre o valor pago e o preço do apartamento entregue e R\$1.277.221,00 em reformas e na aquisição de bens para o apartamento” (BRASIL, 2017, p. 4).

Em suma, isso significa dizer que o ex-Presidente Lula e ex-Primeira-Dama Marisa Letícia eram proprietários de outro imóvel no mesmo condomínio, desde 2005, e que, como fruto de corrupção na PETROBRAS, teriam recebido, após a assunção de Leo Pinheiro à presidência do Grupo OAS, proprietária do condomínio, a vantagem ilícita. A consumação da prática ilícita, na percepção do Ministério Público Federal, teria ocorrido em 2014.

No primeiro ponto, a sentença deixou de analisar a técnica jurídica. Segundo consta na decisão, o julgador observa: “não importa que o acerto de corrupção tenha se ultimado somente em 2014, quando Luiz Inácio Lula da Silva já não exercia o mandato presidencial, uma vez que as vantagens lhe foram pagas em decorrência dos atos do período em que era Presidente da República” (p. 198). Contudo, o magistrado deixou de apresentar os atos inerentes à constituição do crime, o que mitiga a noção de proteção aos bens jurídicos tutelados conforme previsto em cada tipo penal.

Em certo extrato da decisão, o magistrado assevera que basta “para a configuração que os pagamentos sejam realizados em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam” (BRASIL, 2017, p. 196). Ou seja, o agente julgador deixa de indicar ação ou omissão necessária para prever a subsunção do fato à norma, o que afasta a técnica necessária à análise do caso concreto, sobretudo pela necessidade de *ato de ofício*, nos termos anotados no art. 317 do Código Penal.

Esse raciocínio também se aplica ao tipo penal da *lavagem de dinheiro*. A inexistência de uma redação clara sobre a conduta humana afasta a possibili-

dade de subsunção do fato à norma, e, portanto, não pode justificar a decisão condenatória. No art. 1º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, temos a definição do crime de lavagem de dinheiro, onde se lê: “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Conforme anotado anteriormente, a propriedade do *tríplex* não foi transmitida ao ex-Presidente Lula. Se inexistente propriedade, como narrar a indicação de um ato lícito, que esconde a origem ilícita do bem? Assim, não há materialidade da lavagem de dinheiro, por falta de perceber o amoldamento da conduta ao que prescreve o comando normativo presente no art. 1º da Lei n.º 9.613, de 1988.

Do ponto de vista processual, a decisão também precisa ser repensada à luz do modelo constitucional de processo, que, por meio de base principiológica uníssona, (BARROS, 2009), exigirá a observância das garantias processuais. Essa nota impedirá o solipsismo judicial e a prolação de decisões descompassadas com a democratização do processo, dado que limita a formação de uma decisão a partir da vontade exclusiva do julgador e em desconsideração às provas produzidas no curso do procedimento.

A partir da análise da decisão, é preciso retomar um ponto sobre a inversão do ônus da prova em matéria criminal. No Brasil, o atual Código de Processo Penal é fruto do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, fruto de um período ditatorial instalado por Getúlio Vargas. Portanto, tal dispositivo, inspirado no *Codice Rocco*, do fascismo de Mussolini, não foi produzido a partir do devido processo legislativo, mas editado como vontade do representante do Estado-Executivo presente à época.

Esse pano de fundo é importante para compreender uma das grandes contradições do Código de Processo Penal, qual seja, o disposto no art. 156, que prescreve a incumbência de provar, por parte daquele que alega, sobre a existência ou não de fato juridicamente relevante. Esse dispositivo, compreendido como a inversão do ônus da prova, mostra-se inapropriado à matriz acusatória do processo, pois, a partir da garantia da não culpabilidade (ou presunção de inocência), a pessoa acusada não pode ser compelida a produzir prova para tão somente refutar a pretensão acusatória. Em várias passagens, a decisão condenatória expressa pela inexistência de prova da alegação por parte da Defesa, como aquela prevista no item 245 da sentença, ao dizer que “questões relativas à credibilidade do depoimento resolvem-se pela valoração da prova, com análise da qualidade dos depoimentos, considerando, por exemplo, densidade, consistência interna e externa, e, principalmente, com a existência ou não de prova de corroboração” (BRASIL, 2017, p. 42).

Ainda sobre a matéria prova, outra questão merece ser pensada. O julgador pode indeferir pedidos de produção da prova manejados pela Defesa? Em que pese a jurisprudência inferir nessa possibilidade, é preciso entender a produção da prova como ato que deriva diretamente do mandamento consti-

tucional à ampla defesa (ou ampla argumentação), nos termos do art. 5º, inciso LII, da Constituição da República de 1988.

No caso analisado, aqui exemplificado no item 186 da sentença, o magistrado indeferiu pedido de prova apresentado pela Defesa sob o argumento de que sua produção restava “extremamente complexa” (BRASIL, 2017, p. 34). Ora, manter a decisão condenatória diante do indeferimento de produção da prova manejado pela Defesa, que certamente contribuiria para elucidar os fatos, não corrobora para efetivar o direito a um julgamento justo inexistência de oportunidade à defesa técnica.

É preciso levar em consideração a suspeição do ex-juiz Sérgio Fernando Moro para julgar o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nos termos descritos no art. 254 do Código de Processo Penal, a técnica processual afasta o julgador identificado como amigo íntimo ou inimigo capital do acusado em julgamento, bem como o magistrado que der conselhos a uma das partes.

No caso em tela, há causas muito claras sobre a perda de imparcialidade do julgador, entre elas a participação do juiz Sérgio Fernando Moro no 4º *Evento PETROBRAS em Compliance*. Nos termos apresentados pela Defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O juiz Sérgio Moro aceitou de habilitação da mesma PETROBRAS da ação penal correspondente, e, no referido evento, apresentou expressões conselhos à diretoria da estatal para combater a corrupção, o que indica a suspeição (GRILLO, 2017).

Além disso, é preciso levar em consideração as contradições divulgadas pelo site *The Intercept Brasil*, ainda em 2019, com inúmeros trechos de conversas privadas entre o ex-juiz Sérgio Moro, o magistrado vinculado ao procedimento, e os órgãos de acusação. Nos diálogos, é possível ver como o magistrado referendava as ações adotadas pela acusação, de modo a decidir sempre nos limites do pedido. Essas ações estavam muito além da democrática possibilidade de intervenção pelo Ministério Público junto ao juízo, pois tal ação é realizada a partir da garantia da isonomia e percepção concreta da transparência.⁸¹

4. O direito a um julgamento justo e os pronunciamentos decisórios perante o Supremo Tribunal Federal

Na tentativa de explicitar as formas contemporâneas de relativização das garantias processuais e a utilização de determinados institutos processuais como instrumento de prejuízo, John Carlson e Neville Yeomans (1975) criaram o neologismo *lanfare* para demonstrar a nova guerra surgida do aparato jurídico, com destacado uso da linguagem e do ordenamento jurídico. Nessa medida, a *lanfare* é compreendida como o “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (MARTINS; MARTINS; VALIM, 2020, p. 26), a fim de criar situações jurídicas daquelas possí-

81 As mensagens e demais publicações podem ser consultadas em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>.

veis.

Isso significa dizer que, para além de um discurso racional vinculado às garantias processuais e extraprocessuais, o Direito é utilizado como estratégia para incutir, na pessoa inimiga, determinados elementos contramajoritários. Tal medida conduzirá ao desfazimento da pessoa, seja por meio da implantação de notícias falsas ou inúteis, bem como à flexibilização de regras previamente estabelecidas para se atingir o ensejo vingativo.

Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim (2020) acabam por demonstrar como as estratégias processuais reduzem, na *lawfare*, os limites da decisão à vontade do julgador. Para tanto, serão utilizadas guerras de informações, manipulação das regras de competência, denúncias sem lastro probatório mínimo, colaborações premiadas e medidas cautelares para mitigar o direito de defesa e castigar a própria pessoa acusada.

Além disso, os agentes praticantes da *lawfare* tentarão cooptar todo e qualquer apoio, seja por meio dos veículos de comunicação em massa ou dos organismos estrangeiros que comungam de mesma ideia. Não por menos, a *Operação Lava Jato* foi acusada de valer-se da estrutura dos Estados Unidos na criação de algumas estratégias de divulgação e aprimoramento das táticas jurídicas para convencer o discurso contra a corrupção, seja na criação dos inimigos ou aniquilação das garantias fundamentais (ESTRADA; BOURCIER, 2021).

Contudo, pensar em uma estratégia dessa envergadura não coaduna com o compromisso contemporâneo do processo enquanto guardião dos direitos humanos fundamentais, muito menos permite que, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a decisão mantenha sua legitimidade e validade sistêmica. Nessa senda, vale retomar a compreensão sobre os direitos humanos na discussão fundamental sobre a validade do direito a um julgamento justo, sem o qual todo pronunciamento estatal mostra-se insurgente.

Para Fábio Konder Comparato (2015), os inúmeros documentos históricos foram necessários para possibilitar a emancipação do sujeito e a construção de um discurso tendente à identificação da pessoa enquanto sujeito de direitos. É nesse contexto, no movimento revolucionário pós-guerras, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a fazer sentido vinculativo, pois foi preciso refutar qualquer nuance dedicada ao arbítrio estatal ou ao processo do controle dos sujeitos.

Enquanto norma *jus cogens*, ou seja, com força normativa ainda que não vinculada como acordo ou tratado internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é identificada como a demonstração histórico-política de um sistema baseado na construção da cidadania e da democracia (BOBBIO, 2004). Enquanto proposta universalista, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu bojo, inúmeros direitos e garantias inerentes à dignidade humana, de modo a proteger a pessoa contra o arbítrio e a possibilidade de situações excepcionais à democracia.

Em seu Artigo X, a Declaração Universal dos Direitos Humanos arremonta o direito a um julgamento justo, assim compreendido aquele no qual a pessoa acusada deve ser julgada diante de um juízo previamente competente e de um juiz imparcial. Na entronização dos direitos humanos em perspectiva interna, sobretudo nas constituições democráticas, esses direitos são nomeados como direitos fundamentais.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, há série de direitos inerentes ao julgamento justo, que, em harmonia sistêmica, forma o modelo constitucional de processo. Por meio dessa organização, há uma matriz principiológica aplicável a qualquer processo, que protege as partes do ativismo e solipsismo judiciais, além de observar, no curso do procedimento, as garantias da ampla argumentação, do contraditório, da isonomia, da fundamentação e publicidade das decisões, da imparcialidade e do juízo natural (SOARES, 2021).

Na perspectiva penal, essa base impedirá o curso do procedimento tão somente para legitimar a imposição do *jus puniendi*, mas discutirá a responsabilidade jurídico-penal da pessoa acusada e a possibilidade de absolvê-la ou condená-la segundo a prova produzida em contraditório. Essa noção afastará a identificação de uma persecução penal destinada à perseguição de inimigos ou como instrumento de vingança, motivo pelo qual somente haverá legitimidade e validade da decisão se observadas as garantias processuais.

A partir do exercício do direito ao recurso e do direito às ações de impugnação, a Defesa do ex-Presidente Lula questionou, perante o Supremo Tribunal Federal, as incoerências do julgamento a partir do desrespeito à garantia da imparcialidade (art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição da República de 1988) e do juízo natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República de 1988).

No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 164.493/PR, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal elencou sete fatores sobre a perda da imparcialidade pelo ex-juiz Sérgio Moro no julgamento do ex-Presidente Lula. Em síntese, nos termos da decisão proferida, é possível indicar (BRASIL, 2021a) as seguintes causas ofensivas à garantia da imparcialidade: (i) a desnecessária condução coercitiva do acusado, em 4 de março de 2016, sem que houvesse intimação pessoal ou por meio da Defesa constituída para tanto, a fim de ser interrogado; (ii) a violação da garantia da ampla defesa, em razão das provas concretas sobre a intervenção do julgador junto aos órgãos de acusação, nos termos divulgados pelo *The Intercept Brasil*; (iii) a divulgação de conversas telefônicas entre o acusado e terceiros, pelo próprio ex-juiz à imprensa, sem qualquer vínculo jurídico com o procedimento; (iv) a negativa do ex-magistrado, em 2018, de cumprir decisão de concessão de *Habeas Corpus* pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que culminaria na soltura do acusado; (v) no *Caso Triples*, o julgador prolatou sentença condenatória com ataques à defesa; (vi) a violação do dever de independência, tendo em vista o levantamento do sigilo de uma colaboração premiada, divulgando-a à imprensa às vésperas das

eleições gerais de 2018; (vii) e, por fim, o fato de ex-juiz Sérgio Moro ter assumido a função de Ministro da Justiça no Governo Jair Bolsonaro. A decisão sobre da 2ª Turma foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por sete votos favoráveis (contra quatro votos contrários).

É preciso lembrar que, no Brasil, o Código de Processo Penal traz as causas de impedimento e suspeição do juiz, mais precisamente nos art. 252 e art. 254, a fim de afastar do julgamento o julgado que incorrer em uma das causas descritas.

Antes da decisão sobre a imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompetência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba – Subseção da Justiça Federal do Paraná, para julgar o *Caso Triplex* e os demais casos envolvendo o ex-Presidente Lula. No julgamento dos Embargos de Declaração no *Agravo Regimental no Habeas Corpus* n.º 193.726, o Ministro Edson Fachin concedeu ordem

para declarar a incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento das Ações Penais n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (Sítio de Atibaia), 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (sede do Instituto Lula) e 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (doações ao Instituto Lula), determinando a remessa dos respectivos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal (BRASIL, 2021a).

O Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades, já havia declarado a incompetência da 13ª Vara da Federal de Curitiba para julgar as ações penais oriundas dos acordos de colaboração premiada relacionados ao Grupo Odebrecht, como os acima destacados, com a necessária remessa dos autos à Seção Judiciária da Justiça Federal no Distrito Federal. Isso porque os fatos oriundos do Grupo Odebrecht não são conexos com os fatos julgados sobre os supostos crimes ocorridos no interior da PETROBRAS, esses sim sob competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, ao passo que aqueles (do Grupo Odebrecht) eram julgados pelos juízos federais do Distrito Federal ou de São Paulo.

5 Conclusão

Diante da exposição do presente trabalho, cuja incidência tentou analisar um caso concreto e sua intensa relação com a predominância da defesa dos direitos humanos, é possível levantar conclusões relacionadas ao tema sem se desviar de um discurso democraticamente relevante.

Em primeiro ponto, é possível concluir que a sistemática dos direitos humanos cria uma estratégia de defesa da pessoa, em sua dignidade, a fim de tutelar garantias para a plenitude da vida humana em coletividade. Por isso, além de essenciais, os direitos humanos possuem universalidade quando de sua aplicação e recepção pelos ordenamentos jurídicos, enquanto direitos fun-

damentais, a fim de percebê-los como meios legítimos para a mitigação dos regimes antidemocráticos e das demais formas de dominação.

A partir da leitura do Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi possível perceber como o direito a um julgamento justo é baseado na existência de juízo competente e juiz imparcial. No Brasil, a partir da leitura constitucional, estão identificadas as regras para fixação da competência jurisdicional e as bases para impedir uma estrutura jurídico-processual fundamentada em juízos ou tribunais de exceção.

No contexto da *Operação Lava Jato*, força-tarefa organizada por membros da Polícia Federal e da Justiça Federal do Brasil, tentou-se investigar e apurar a responsabilização jurídico-penal das pessoas acusadas de crimes oriundos da administração de empresas estatais. Contudo, nos termos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente nos julgados sobre o *Caso Triplex*, que, entre outras pessoas, teve como réu o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi possível concluir que, à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não houve julgamento o justo.

Isso porque, além de outras garantias fundamentais, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba – Seção Judiciária da Justiça Federal no Paraná, mostrou-se incompetente para julgar os fatos envolvendo o ex-Presidente Lula, tendo em vista os precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, que entenderam pela competência dos juízos da Justiça Federal no Distrito Federal e em São Paulo para processar e julgar os casos vinculados às colaborações premiadas oriundas dos membros do Grupo Odebrecht.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. Considerando a atuação do magistrado em relação aos direitos fundamentais da pessoa acusada, sobretudo pelos ataques à Defesa, à divulgação seletiva de colaborações premiadas ou de interceptações telefônicas sem relação com o caso e a clara atividade de satisfação da pretensão acusatória a partir de diálogos não oficiais, por meio de aplicativos de mensagens, com membros do Ministério Público Federal, as práticas aproximam-se de uma *guerra jurídica* explicitada pela *lawfare*.

Por todo o exposto, considerando os julgamentos distintos do objeto da presente análise e que igualmente foram interpretados à luz dos direitos humanos e da própria Constituição da República de 1988, são perceptíveis as contradições da *Operação Lava Jato*. Não há pretexto legítimo para flexibilizar as garantias processuais, sob qualquer argumento, motivo pela qual a validade dos procedimentais judiciais apartados do devido processo sempre será questionada, com apego técnico-científico, garantido o direito ao recurso e à impugnação por ações autônomas.

Referências

ARENDDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era do Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná – 13ª Vara. Autos n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Sentença Condenatória proferida pelo magistrado Sérgio Fernando Moro. **Diário da Justiça**, Curitiba/PR, 12 jul. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR, da 2ª Turma do Supremo Tribunal, sob relatoria do Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça**, Brasília/DF, 4 jun. 2021a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447799/false>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 193.726, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça**, Brasília/DF, 01 set. 2021b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451884/false>. Acesso em: 11 nov. 2021.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law: humanity or barbarity. In: SMITH, Margaret; CROSSLEY, David. **The way out: radical alternatives in Australia**. Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUSSEL, Enrique. **1492: encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. São Paulo: Vozes, 1993.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. **Os estabelecidos e os outsiders – sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução de Vera Ribeiro e apresentação de Federico Neiburg. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ESTRADA, Gaspard; BOURCIER, Nicolas. “Lava Jato”, the Brazilian trap. In: **Le Monde**, 11 abril 2021. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2021/04/11/lava-jato-the-brazilian-trap_6076361_3210.html. Acesso em: 14 nov. 2021.

GRILLO, Breno. Ao negar suspeição, Moro não vê problema em palestrar na Petrobras. In: **Portal Consultor Jurídico**, Brasília/DF, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/negar-suspeicao-moro-nao-ve-problema-palestrar-petrobras>. Acesso: 13 nov. 2021.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. A construção histórico-sociológica dos Direitos Humanos. In: **Revista Organização e Democracia**, Marília, v. 11, n.º 2, p. 95-112, jul./dez., 2010

MARTINS; Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOARES, Igor Alves Noberto. Devido processo legal e devido processo constitucional. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; COSTA, Bárbara Amelize; BICALHO, Mariana Ferreira (Orgs.). **Dicionário de Direitos Humanos**. Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2021.

DADOS TELEMÁTICOS NO CASO “MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES”: VIOLAÇÕES À PRIVACIDADE EM TEMPOS DE VIGILÂNCIA

Jamilla Monteiro Sarkis

Jamilla Monteiro Sarkis

Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogada Penalista

Resumo:

O presente trabalho analisa, criticamente, o emprego dos métodos de obtenção de prova que, sob os fundamentos do “interesse público” e do “combate à criminalidade”, violam a privacidade de indivíduos cujos dados – coletados por ferramentas de vigilância em massa – são protegidos pela legislação brasileira e somente poderiam ser acessados mediante comprovação inequívoca de necessidade e individualização. A pesquisa pretende demonstrar a forma como os meios de obtenção de provas utilizados em investigações policiais, em especial aqueles relacionados à coleta de dados telemáticos, violam o direito humano à privacidade e estão em desconformidade com o modelo constitucional de processo. Para tal, usa a metodologia do caso referência, além da revisão de bibliografia jurídica nacional e estrangeira. Ao final, espera comprovar a hipótese de que, em regra, a privacidade dos dados pessoais deve prevalecer sobre o “interesse público” e o “combate à criminalidade”.

Palavras-chave: Investigação criminal; Dados telemáticos; Vigilância; Privacidade; Caso Marielle Franco e Anderson Gomes.

1. Introdução

Não é novidade: na sociedade moderna, todos os cidadãos são alvo de vigilância. Basta portar um *smartphone*, cruzar uma rodovia com radar, realizar uma compra com cartão de crédito ou passar pela fachada de um estabelecimento comercial equipado com câmera de segurança para que seus dados pessoais sejam, imediatamente, coletados, armazenados, transmitidos e analisados pelas mais diversas plataformas, públicas ou privadas, de vigilância em massa (SAMPAIO; MENDIETA; FURBINO; BOCCHINO, 2021, p. 92).

Apesar de estar inserida na sociedade há milênios (UNDERWOOD;

SAIEDIAN, 2020, p. 01), a cultura da vigilância em massa se desenvolve de maneira progressiva. São diversas as tecnologias disponíveis, desde as mais comuns – como as câmeras de segurança ou os radares de trânsito – até as mais modernas – como as que envolvem o uso de satélites, *softwares*, criptografia e mineração de dados. Além disso, trata-se de um modelo de negócios altamente rentável, capaz de “prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado” (ZUBOFF, 2018, p. 18). Fato é que, da vigilância em massa, não se escapa: basta imaginar que, em qualquer lugar do planeta onde possa estar uma pessoa, existem entre cinco e oito satélites sobre seu corpo (UNDERWOOD; SAIEDIAN, 2020, p. 13), ou mesmo que todo acesso realizado por todo usuário em qualquer *website* é monitorado, registrado e armazenado por longos períodos de tempo (UNDERWOOD; SAIEDIAN, 2020, p. 19).

E, como não poderia deixar de ser, a vigilância também é de grande valia para as agências de segurança pública (ASSANGE; APPELBAUM; MÜLLER-MAGUHN; ZIMMERMANN, 2013), seja no âmbito da prevenção de delitos (EGBERT; LEESE, 2021), seja no trâmite de investigações que buscam identificar autoria e materialidade de crimes já ocorridos. No presente estudo, será dado enfoque à segunda hipótese, com amparo fático no caso concreto “Marielle Franco e Anderson Gomes”.

Em março de 2018, a Vereadora Marielle Franco e seu motorista, Anderson Gomes, foram vítimas de um brutal homicídio no Rio de Janeiro (Brasil), quando deixavam um evento ocorrido na “Casa das Pretas”, centro de eventos localizado na Rua dos Inválidos, número 122. Durante as investigações, a Polícia utilizou da quebra de dados telemáticos de milhares de pessoas, a fim de identificar os responsáveis pelo delito: mapeou, por exemplo, mais de 2.400 Estações Radio Base (ERB’s) que abrangiam os locais por onde as vítimas haviam passado; a partir destas, identificou cerca de 33.000 pessoas cujas linhas telefônicas que haviam cruzado as mesmas regiões⁸². Além disso, a Justiça determinou que a empresa *Google* fornecesse a geolocalização de todas as pessoas que procuraram, em seu buscador, as expressões “Marielle Franco”, “vereadora Marielle”, “agenda Marielle”, “agenda vereadora Marielle”, “Casa das Pretas”, “Rua dos Inválidos 122” e “Rua dos Inválidos”⁸³ e estiveram, na data dos fatos, próximas à cena do crime. Dessa forma, todos os indivíduos que – por obra do acaso ou não – passaram por aquele local e pesquisaram algum dos sete termos indicados anteriormente, estiveram e estão sujeitos a terem seus dados telemáticos e, conseqüentemente, sua privacidade violada pelas agências de segurança pública, com fundamento no “interesse público” que reveste o crime que vitimou Marielle e Anderson e no necessário “com-

82 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “Investigação hi-tech: como a polícia fuçou buscas e localização de celular para chegar aos suspeitos de matar Marielle”, disponível em: <https://glo.bo/2S5oJIo> (acesso em 16 jun. 2021).

83 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “STF decide que recurso do Google no caso Marielle será tema de repercussão geral”, disponível em: <https://bit.ly/3gwz5ub> (acesso em 16 jun. 2021).

bate à criminalidade” que assola do país.

Com efeito, partir desta situação concreta, adotada como caso referência⁸⁴, o presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: afinal, pode a vigilância em massa ser empregada em investigações criminais quando a quantidade de dados telemáticos levantada pelas agências públicas tem o potencial de sacrificar o direito constitucional à privacidade de milhares de pessoas? Para tanto, o artigo irá: (a) definir, conceitualmente, a quebra de sigilo telemático; (b) esclarecer como as ferramentas de vigilância em massa operam a coleta de dados pessoais; (c) avaliar o conflito entre os conceitos de “interesse público” e “combate à criminalidade” e o direito humano à privacidade; (d) propor, com base no modelo constitucional de processo, parâmetros para a quebra de dados telemáticos.

Ao final, conclui-se que, em nome do “interesse público” e do “combate à criminalidade” não vale tudo. Apesar de possível a utilização de dados coletados por meios de vigilância em massa durante investigações policiais, a violação à privacidade somente pode ser realizada mediante decisão judicial fundamentada, que individualize o(s) alvo(s) da referida medida e justifique a necessidade da intervenção na esfera de seus direitos individuais.

2. Dados telemáticos e vigilância em massa

A telemática é uma combinação entre elementos das telecomunicações e da informática, que integra recursos comuns da comunicação – como telefonia, satélites e cabos – com ferramentas da tecnologia – por exemplo, *softwares* e sistemas de rede. A expressão foi cunhada pelos autores franceses Simon Nora e Alain Minc no documento *L'informatisation de la Societe* (1978), que descrevia – ou previa - a transformação da sociedade pela tecnologia. Já naquela época, a telemática era compreendida como método de transmissão, à distância, de grandes quantidades de dados em curtos espaços de tempo.

Hoje, o meio telemático é, talvez, o mais utilizado para a transmissão de informações entre sujeitos: aplicativos como o *WhatsApp* e o *Telegram*, por exemplo, são instrumentos de troca de dados telemáticos, assim como *e-mails*. Mais que isso, os dispositivos eletrônicos, em sua grande maioria, estão integrados à tecnologia *Global Positioning System* (GPS), que permite a localização em tempo real de objetos e pessoas.

Pode-se, a partir dessas breves considerações, imaginar que, diariamente, todos os indivíduos com acesso à tecnologia das comunicações geram milhões de dados telemáticos. Somente nas 24 horas da véspera de Ano-Novo

84 A metodologia do “caso de referência” foi desenvolvida por Rosângela Cavallazzi na sua tese de doutoramento (“A plasticidade na teoria contratual”), defendida em 1993 na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diferencia-se de um estudo de caso, na medida em que o caso referência é utilizado como base fática para toda a pesquisa teórica a ser desenvolvida, estando seus elementos presentes em todas as etapas do trabalho e fundamentais para a comprovação da hipótese analisada. Nesse sentido, veja-se: FONSECA, 2009.

em 2019, os usuários do aplicativo *WhatsApp* trocaram, entre si, mais de 100 bilhões de mensagens⁸⁵.

Não por acaso, os dados telemáticos passaram a ser verdadeiras matérias-primas (ZUBOFF, 2018, p. 27): os rastros deixados pelas pessoas começaram a ser vistos, pelas empresas, como fonte de riqueza. É esta a lógica do chamado capitalismo de vigilância, termo adotado por Shoshana Zuboff (2018 p. 18) para evidenciar o nexos existente entre a cultura da vigilância em massa, que facilita e normaliza a troca de dados entre indivíduos, e um novo estágio da economia capitalista que decorre da lógica atual de acumulação: se antes, desejava-se bens, agora busca-se por dados (SAMPAIO; MENDIETA; FURBINO; BOCCHINO, 2021, p. 94).

Interessante, nesse sentido, perceber como os métodos de vigilância mudaram ao longo dos anos. Tradicionalmente, o conceito de vigilância esteve ligado às necessidades, preventivas e combativas, bélicas. Desde as antigas redes de informantes - passando pelo rastreamento postal, pelos radares e sonares - a grande finalidade da vigilância era o acompanhamento, passo a passo, do inimigo (UNDERWOOD; SAIEDIAN, 2020).

Apesar de os métodos de vigilância bélicos serem, comumente, explorados pelo setor privado, os meios de controle populacional em massa ganharam significativo destaque no mercado a partir da interação humana com tecnologias inteligentes, as quais possibilitam uma observação cada vez maior sobre um número crescente de pessoas e objetos. A partir daí, o setor bélico deu espaço às grandes empresas como *Google*, *Youtube* e *Facebook* na corrida pelo lucro derivado da vigilância.

Atualmente, os usuários estão submetidos a “propagandas direcionadas”, capazes de descobrir e recomendar os produtos que desejam adquirir, à venda de dados para fins de manipulação eleitoral e outras exposições. Tudo isso, em troca de encontrar amigos de longa data, assistir a vídeos de humor ou ganhar pequenos descontos. É o que prova o estudo feito pela empresa de segurança da informação *Kaspersky*⁸⁶, cujo resultado demonstrou que 80% dos brasileiros aceitariam expor seus perfis em redes sociais para encontrar amigos de longa data; outros 70% renunciariam a sua privacidade desde que lhes fossem assegurados descontos em compras online; para 65%, bastaria ganhar experiências exclusivas.

A mercantilização da vigilância em massa e dos dados telemáticos por ela processados não representa, todavia, uma diminuição do interesse estatal pelo controle dos cidadãos. Pelo contrário: cada vez mais, o Estado tem se utilizado de métodos de vigilância: tecnologias como os radares de trânsito, as câmeras instaladas em áreas públicas e o reconhecimento facial realizado em

85 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “Recorde: WhatsApp enviou 100 bilhões de mensagens no Réveillon”, disponível em: <https://bit.ly/3gC2ovo> (acesso em 16 jun. 2021).

86 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “Brasileiros estão dispostos a abrir mão da privacidade online, diz estudo”, disponível em: <https://bit.ly/3iRDWYu> (acesso em 16 jun. 2021).

aeroportos e estádios de futebol são alguns dos casos mais comuns de emprego da vigilância em massa. Como ponto comum, todos esses métodos têm o objetivo de garantir o “interesse público” no aprimoramento da segurança (VAN HEEK; AMING, 2016, p. 14), que pode ser realizado, ao menos, de duas formas: a uma, pelo policiamento preditivo; a duas, pela coleta de dados para a elucidação de crimes já ocorridos.

O policiamento preditivo não é, exatamente, uma novidade. Há décadas, as regiões com maiores índices de criminalidade são incrementadas com patrulhas ostensivas e recorrentes, a fim de se evitar a prática de infrações penais. A mudança que se vislumbra a partir da virada tecnológica está na utilização de algoritmos capazes de coletar, analisar e cruzar entre si grandes quantidades de dados a fim de se encontrar padrões até então desconhecidos e, diante deles, operacionalizar medidas de prevenção mais acuradas (EGBERT; LEESE, 2021). Os autores chamam a atenção para o fato de que, na prática, o policiamento preditivo não funciona como pode fazer crer a cultura popular. Enquanto, no cinema, esse método é aplicado a fim de combater condutas individuais – como acontece no filme *Minority Report*, lançado em 2002⁸⁷ –, a realidade revela que o foco do policiamento preditivo é mais generalizado, com interface na distribuição de atividades criminosas no tempo e no espaço.

A título ilustrativo e com base na experiência brasileira, cita-se a plataforma *CrimeRadar*, desenvolvida pelo Instituto Igarapé em parceria com a Polícia Militar do Santa Catarina e pesquisadores da Universidade de Warwick, no Reino Unido. A ferramenta visa a melhorar a eficiência e reduzir os custos a partir de um algoritmo que garante o processamento de dados coletados em boletins de ocorrência e chamadas de emergência nos últimos 5 anos. A solução adota modelos de regressão e técnicas de aprendizado de máquina (*machine learning*) para determinar horários e dias da semana com maior probabilidade de ocorrências policiais, em áreas da cidade de 500 metros quadrados e, como resultado, gera mapas que identificam os locais com maior probabilidade de crime⁸⁸.

Também por meio da vigilância em massa, é possível auxiliar na elucidação de crimes já ocorridos, cuja materialidade e autoria dependem de elementos materiais que podem ser obtidos a partir de dados. O mais tradicional desses métodos de obtenção de prova é a interceptação das comunicações, cuja evolução da vigilância é bem delimitada no tempo.

Inicialmente, a vigilância era promovida sobre as comunicações telegráficas. Entre as décadas de 1930 e 1940, com a popularização das mensagens telegrafadas nos Estados Unidos, o governo passou a determinar que empre-

87 O filme se passa no ano de 2054, quando há um sistema que permite a previsão de crimes com grande precisão. Na obra cinematográfica, o protagonista é um policial chamado John Anderton, interpretado por Tom Cruise, que descobre a previsão de um homicídio que ele mesmo irá cometer, colocando em dúvida sua reputação e a confiabilidade do sistema.

88 As informações sobre o *CrimeRadar* foram extraídas do *website* do Instituto Igarapé, disponível em: <https://bit.ly/3zyYzP2> (acesso em 17 jun. 2021).

sas de telégrafo fornecessem informações necessárias à garantia da segurança nacional. Estima-se que, no auge das operações, cerca de 150 mil mensagens foram analisadas em um único mês pelas agências de inteligência (UNDERWOOD; SAIEDIAN, 2020, p. 05). Com a evolução das comunicações e a popularização dos aparelhos telefônicos, a vigilância passou a se concentrar nas ligações para obter provas e auxiliar investigações criminais.

No Brasil, a matéria é regulada pela Lei 9.296/96, que dispõe sobre os requisitos legais para a realização das interceptações telefônicas e se aplica, igualmente, às interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (artigo 1º, parágrafo único). São eles: (a) prolação de decisão judicial; (b) segredo de justiça; (c) existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (d) impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis; (e) fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção; e (f) descrição clara da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Foi com base na interceptação de dados telemáticos que se desenvolveu a investigação dos homicídios que vitimaram Marielle Franco e Anderson Gomes, caso referência deste estudo. A Polícia Civil do Rio de Janeiro informou, em entrevista coletiva promovida pelo Governador do Estado e pelo Delegado responsável pelo caso⁸⁹, ter analisado mais de 700 gigabytes de dados para chegar ao nome dos dois supostos executores do crime.

Foram acessadas as informações de 2.428 Estações Radio Base - equipamentos que fazem a conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica – e, a partir disso, identificadas 33.329 linhas telefônicas que cruzaram o local dos fatos no dia e horário específicos. Após uma avaliação dessas linhas, foi requerida a interceptação telefônica corresponde a 318 celulares, sem qualquer resultado concreto. Diante disso, a Polícia passou a cruzar os dados telemáticos obtidos pelas Estações Radio Base com as informações registradas pelas câmeras de segurança instaladas na região onde ocorreu o crime: a partir disso, descobriu que horas antes dos homicídios, uma câmera de segurança na Rua dos Inválidos, onde Marielle participava de evento na “Casa das Pretas”, captou uma luz no interior de veículo da marca *Chevrolet Cobalt*, mostrando que um objeto semelhante a um telefone estaria sendo utilizado. Com a quebra do sigilo dos sinais de celular, viu-se que um dos aparelhos que estava naquela região fez contato com uma pessoa relacionada ao suspeito Ronnie Lessa⁹⁰. O mesmo investigado havia pesquisado no *Google*, durante três meses, informações relacionadas aos locais frequentados por Marielle Franco e à arma utilizada nos homicídios.

89 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “As evidências para a prisão dos dois suspeitos de matar Marielle e Anderson”, disponível em: <https://glo.bo/3wHW3Eu> (acesso em 17 jun. 2021).

90 Veja-se, nesse sentido, a reportagem intitulada “Caso Marielle: como celulares levaram a acusados e por que isso é um avanço”, disponível em: <https://bit.ly/3vGyYAu> (acesso em 17 jun. 2021).

À primeira vista, o trabalho policial feito no caso “Marielle Franco e Anderson Gomes” parece digno dos melhores *thrillers*. A vigilância em massa parece ter sido utilizada a favor da sociedade para desvendar um dos crimes de maior repercussão do país. Há que se questionar, todavia, se o “interesse público” e o “combate à criminalidade” justificam o acesso aos dados pessoais de milhares de indivíduos que não guardavam qualquer relação com os fatos investigados.

3. Fixação da controvérsia: vale tudo pelo interesse público no combate à criminalidade?

O combate à criminalidade é, historicamente, evocado como argumento retórico por parte dos Estados para justificar a violação à privacidade de seus cidadãos. A prevalência do interesse público sobre os direitos dos particulares se sobressai quando postos, frente a frente, com os “cavaleiros do infoapocalipse”, termo utilizado por ASSANGE, APPELBAUM, MÜLLER-MAGUHN e ZIMMERMANN (2013) em referência aos crimes que despertam o medo coletivo a ponto de justificarem, por parte do Estado, toda e qualquer espécie de intervenção. É o caso, por exemplo do terrorismo, da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas e armas e da pornografia infantil. Acrescenta-se, ainda, à lista dos autores os crimes organizados, objeto de intensa repressão por entidades nacionais e internacionais, como a Organização das Nações Unidas⁹¹.

No caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”, não foi diferente. Apesar de ser um processo sigiloso, os elementos “interesse público” e “combate à criminalidade” fundamentaram a violação do direito constitucional à privacidade de inúmeros indivíduos por meio da quebra do sigilo telemático decretada em desfavor de usuários do buscador *Google*. É o que noticia o Superior Tribunal de Justiça⁹², ao divulgar que, por maioria, a Terceira Seção do Corte negou provimento a um recurso da *Google Brasil Internet* e manteve decisão que determinou à empresa o fornecimento dos dados de todas as pessoas que procuraram, em seu *website*, as expressões “Marielle Franco”, “vereadora Marielle”, “agenda Marielle”, “agenda vereadora Marielle”, “Casa das Pretas”, “Rua dos Inválidos 122” e “Rua dos Inválidos” e estiveram, naquele dia e horário do crime, nas imediações do local onde ocorreu o delito.

Para a *Google*, a decisão seria ilegal, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro não admite quebras de sigilo e interceptações genéricas, sem a individualização das pessoas afetadas. O Tribunal Superior, de acordo com o voto proferido pelo Ministro Relator Rogerio Schietti, decidiu que a

91 Veja-se, nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil em 2003, disponível em: <https://bit.ly/3cSLy9d> (acesso em 17 jun. 2021).

92 Veja-se, nesse sentido, a notícia intitulada “Terceira Seção rejeita recurso da Google contra fornecimento de dados no caso Marielle Franco”, disponível em: <https://bit.ly/3iSo-dbO> (acesso em 17 jun. 2021).

interceptação não importaria risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários, considerando que a quebra do sigilo de dados informáticos para auxiliar a investigação do crime não é medida desproporcional e que o direito ao sigilo não é absoluto, admitindo-se a sua restrição quando imprescindível para o interesse público. Em trecho do voto disponibilizado ao público, o Relator consignou sobre o caso concreto que: “ao que se pode inferir da narrativa sobre o fato, foi cometido em razão não apenas da atividade da parlamentar Marielle Franco, em defesa dos direitos humanos”. Ressaltou, também, que a medida não teria reflexos significativos nos direitos fundamentais das pessoas abrangidas pela determinação judicial.

Ainda de acordo com a Turma Julgadora, haveria uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações, esta última tutelada pela Lei 9.296/96 (no mesmo sentido, escrevem MAIA; PAULINO, 2020, p. 778). Diante dessa diferença, o ordenamento jurídico garantiria uma maior proteção ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e, a seu turno, atenuaria a proteção das informações de conexão e de acesso a aplicações de *internet*. Para o Ministro Relator, a ordem judicial no caso “Marielle Franco e Anderson Gomes” estaria adequada aos artigos 22 e 23 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), sendo verdadeiro contrassenso exigir a individualização da pessoa a ser alvo da medida quando o objetivo da investigação é, justamente, identificar o autor do crime.

Feito este registro, passa-se a fixar a controvérsia trazida na decisão e que importa, efetivamente, ao trabalho aqui desenvolvido: as particularidades do caso “Marielle Franco e Anderson Gomes” admitem que, em nome do “interesse público” e do “combate à criminalidade”, seja violado o direito à privacidade dos usuários que acessaram o *Google* naquele dia, local e horário? E mais: esse direito humano pode ser mitigado, a depender dos reflexos – em maior ou menor grau – observados pelo julgador nos direitos fundamentais das pessoas atingidas pela decisão?

O surgimento de novas tecnologias, cujos impactos são sentidos e vivenciados pela sociedade, dá origem a um novo momento constitucional, necessário para “desincumbir-se das novas demandas advindas do mundo digital, em que manipulações de dados de grandes empresas do segmento parecem avisos precoces da violação de direitos” (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, 2020, p. 41). Nesse constitucionalismo digital, os direitos fundamentais já conquistados pelos indivíduos e que visam a protegê-los do autoritarismo do Estado devem ser estendidos aos espaços ora dominados pela tecnologia.

Não se pode, sob tal perspectiva, admitir que armazenamento e uso de dados obtidos em redes sociais, aplicativos, *websites* e *smartphones*, com ou sem autorização judicial, sejam utilizados contra pessoas mediante violação de direitos como privacidade e presunção de inocência: até porque, da mesma forma que o Estados e empresas utilizam essas informações para identificar criminosos ou traçar o perfil de potenciais consumidores, essas tecnologias podem ser empregadas para localizar e neutralizar oponentes, dissidentes ou

qualquer pessoa que pense diferente ou possa representar um perigo para o “interesse público” (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, 2020, p. 64).

No caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”, é fato que as circunstâncias do crime são relevantes para a investigação policial. O espaço de poder ocupado pela Vereadora e as pautas políticas por ela defendidas estão relacionados ao duplo homicídio e impactam, direta e objetivamente, a democracia representativa brasileira.

No entanto, a partir do momento que o “interesse público” no “combate à criminalidade” passa a justificar a violação dos direitos constitucionais de pessoas que sequer estão relacionadas aos fatos, cria-se um perigoso precedente. Afinal, os interesses da maioria não podem, no âmbito do Estado Democrático de Direito, justificar a adoção de medidas ilegais em desfavor de uma minoria (FERRAJOLI, 2014, p. 797).

Da mesma forma, fundamentar a violação da privacidade de milhares de usuários por ocasião das distinções entre dados de comunicações e dados de armazenamento parece um subterfúgio pouco adequado à situação posta. Não é razoável pressupor que uma espécie de dados tenha maior ou menor tutela jurídica apenas com base em suas características técnicas, quando a sua violação gera idêntico efeito sobre a privacidade do alvo de interceptação. Sejam telefônicos ou telemáticos, relacionados a conversas feitas por aplicativos ou buscas promovidas no *Google*, os dados pessoais merecem igual proteção. Normativamente, bastaria que a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) fosse lida em cotejo com a Lei 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas), ao contrário do que fez o Superior Tribunal de Justiça quando restringiu a aplicação da primeira aos dados telemáticos obtidos por meio de armazenamento e da segunda aos dados telemáticos obtidos por meio de comunicação.

Aqui, vale mencionar o tratamento conferido pela União Europeia aos dados pessoais. Enquanto, no Brasil, busca-se distinguir dados armazenados de dados comunicados, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) europeu os equipara – na categoria de dados pessoais – aquelas informações de origem telemática relacionada à comunicação, como *e-mail*, com aquelas de origem telemática por armazenamento, como é o caso da geolocalização. Da mesma forma, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, apesar de muito criticada em diversos aspectos, também incluiu entre o rol de garantias individuais o direito à privacidade digital, com a correta preservação da tutela contra a geolocalização abusiva⁹³.

O cuidado das legislações europeias tem razão de ser: não se pode mensurar, em graus de maior ou menor impacto na privacidade, o resultado interceptações telemáticas de comunicações ilegais ou interceptações telemáticas de dados armazenados. A proteção à privacidade não pode, portanto, ser uma opção aplicável a determinados tipos de dados pela livre demanda das agências de segurança.

93 Veja-se, nesse sentido, os artigos 8º e 17, disponível em: <https://bit.ly/3iVGRPQ> (aceso em 17 jun. 2021).

4. Proposta de equilíbrio: parâmetros em conformidade com o modelo constitucional de processo

Partindo, então, da compreensão de que todos os dados telemáticos devem ser, igualmente, tratados e regulamentados, propõe-se uma adequação entre o legítimo interesse de investigar um crime e direito constitucional à privacidade. A fim de equilibrar a persecução penal com as garantias individuais, sugere-se que os atos investigatórios e processuais sejam estruturados em torno de uma base principiológica uníssona (BARROS, 2009a, p. 334), capaz de afirmar a processualidade democrática e efetivar a devida tutela dos direitos fundamentais.

Para que os princípios constitucionais sejam aplicados, dinamicamente, ao processo penal, os autores italianos Italo Andolina e Giuseppe Vignera desenvolveram o modelo constitucional de processo, composto pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial (BARROS, 2009b, p. 16). Trata-se de modelo aplicável às diversas espécies de processo, que é capaz de se expandir, se aperfeiçoar e especializar em face das características de cada microssistema processual, cujo mérito – entre outros – está em lançar a realidade objetiva do processo contra o subjetivismo e discricionariedade do juízo (MARQUES, 2016, p. 53).

Para o objeto deste trabalho, a perspectiva do modelo constitucional do processo é especialmente importante, na medida em que compreende o papel das decisões judiciais para além da busca pela geração de resultados úteis ou interessantes às maiorias. Um processo constitucionalizado busca, antes de tudo, legitimar-se pela implementação das normas constitucionais. O processualismo científico, revigorado pela Constituição da República de 1988, garante uma aplicação panorâmica do direito, que supera a mera análise das legislações e passa a investir no entendimento dos fundamentos do Estado e dos paradigmas que envolvem as próprias concepções de processo e de jurisdição (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 252).

Tendo em vista, então, que a processualidade constitucional pressupõe o abandono da concepção de processo como técnica de dominação, percebendo-o como modelo democrático e garantidor dos direitos fundamentais (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 252), sugere-se a sua aplicação ao caso concreto das interceptações telemáticas na investigação que apurou os crimes que vitimaram Marielle Franco e Anderson Gomes. A visão constitucional do caso referenciado neste trabalho demanda, por seu turno, o reconhecimento do direito à privacidade dos dados pessoais como garantia fundamental.

Como explica DONETA (2011, p. 103), a proteção aos dados não consta, explícita e literalmente, no rol de direitos fundamentais descritos na Constituição da República de 1988. Isso não significa, todavia, dizer que eventual violação de dados deixa de ferir a proteção da personalidade, à luz da garantia constitucionalmente conferida à privacidade. No caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”, as decisões que diferenciam o grau de tutela dos dados

telemáticos derivados de comunicações e dos dados telemáticos armazenados em servidores padecem pela falta de interpretação sistemática do texto constitucional. Isto porque, apesar de o artigo 5, inciso XII referir-se somente à inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, o mesmo dispositivo legal, em seu inciso X, garante a inviolabilidade da vida privada.

E, na atual conjuntura social e tecnológica, os dados pessoais constituem elementos invioláveis da vida privada. Esta é a ideia por trás da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Em seu artigo 5º, inciso I, a mencionada legislação define como dados pessoais as informações relacionadas a pessoa natural, identificada ou identificável.

Concretamente, as informações cuja apresentação foi determinada pela justiça à empresa *Google* no caso “Marielle Franco e Anderson Gomes” constituem dados pessoais. Independente de não serem, de fato, comunicações em sentido estrito, a relação de termos pesquisados no buscador *Google* e a geolocalização de seus usuários são protegidas pelo sigilo e caracterizam direitos fundamentais da personalidade humana, não mais ou menos importantes que conversas ou mensagens.

Sob a ótica do modelo constitucional de processo, as medidas investigativas que violam os direitos fundamentais são ilícitas. Ao determinar, sem justificativas concretas e individualizadas, a necessidade da quebra do sigilo telemático de milhares de pessoas, a decisão que obriga a *Google* a disponibilizar informações sobre seus usuários por ocasião dos termos por eles pesquisados ou do local onde estavam no dia e horário em que Marielle e Anderson foram mortos, não encontra amparo na processualidade democrática.

No caso particular das decisões que, em sede cautelar, determinam interceptações telefônicas ou telemáticas – de comunicações ou dados armazenados –, a necessidade de fundamentação idônea está diretamente conectada à individualização. Não se pode compactuar, no modelo constitucional de processo, com ordens judiciais genéricas, que invocam motivos e preceitos que poderiam motivar qualquer outro julgado. Esta previsão, hoje, foi inclusive incorporada no Código de Processo Penal, por ocasião da Lei 13.964/19.

O “interesse público” e o “combate à criminalidade” são, efetivamente, fundamentos genéricos, que poderiam se prestar a justificar qualquer decisão em qualquer caso criminal de repercussão. Para a execução de medidas que violam, em qualquer grau, direitos fundamentais, é preciso mais que isso.

Por óbvio, não se defende a impossibilidade das interceptações telefônicas e telemáticas. Este seria um posicionamento desproporcional e contrário à lei. Porém, também o é o argumento que justifica a quebra do sigilo telemático de milhares de usuários sem que sejam explicitados os motivos pelos quais

cada uma daquelas pessoas deve ou não ser objeto de investigação policial.

Veja-se, nesse sentido, que a interceptação telemática não deve ser empregada, no âmbito de uma investigação policial realizada na processualidade democrática, como um imã que busca agulha no palheiro. Não deve, ainda, obedecer à lógica do primado da hipótese sobre os fatos (CORDERO, 1986, p 51), no qual as provas são buscadas apenas para confirmar determinada hipótese, e não para confirmar ou refutar fatos.

A ideia de que a obtenção dos dados telemáticos de milhares de pessoas poderia, eventualmente, servir à identificação do autor de um crime, não passa de uma hipótese. E, diante da ausência de fatos capazes a corroborarem a necessidade de tal medida, não poderia se falar em deferimento. Se não existe um fato concreto, objetivo e individualizado, capaz de justificar a medida extrema de violação a direito fundamental, não se pode admitir que o “interesse público” e o “combate à criminalidade” embasem a coleta de dados protegidos pelo sigilo e que constituem elementos da personalidade humana.

Por outro lado, se mostra compatível com o modelo constitucional de processo a medida de interceptação telemática que se fundamenta em circunstâncias concretas e em indícios de autoria delitiva. Assim, caso haja suspeitas fundadas contra alvo determinado, parece razoável permitir a interceptação de seus dados telemáticos, seja a fim de identificá-lo, seja a fim de confirmar sua participação no crime.

Neste cenário, os direitos fundamentais do investigado poderiam sofrer certas mitigações, mas a violação não refletiria e nem geraria efeitos sobre pessoas que não guardam qualquer relação com o fato criminoso. Esta é a tônica da Lei 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas), que deve ser aplicada, complementarmente, à Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) quando o objeto das investigações se concentra sobre dados telemáticos que não provêm de comunicações.

5. Conclusão

Os resultados obtidos nesta pesquisa demonstram que, durante as investigações criminais, as interceptações telemáticas não podem ser realizadas com fundamento somente no “interesse público” pela apuração do delito ou pela importância social do “combate à criminalidade”. Por mais relevante que seja uma investigação e por mais que revoltante que seja um crime, os direitos fundamentais precisam ser preservados ao máximo.

O caso “Marielle Franco e Anderson Gomes”, analisado em cotejo com os conceitos de interceptação telemática, vigilância em massa e modelo constitucional de processo, evidencia que, apesar de personificarem grande e valerosa quantidade de dados, os usuários de soluções tecnológicas devem ter respeitada a sua privacidade. A gravidade ou crueldade de um crime, por si, não constitui fundamento idôneo à violação deste direito constitucional em desfavor de milhares de pessoas apenas por estarem no lugar errado e na hora

errada.

A evolução tecnológica tem muito a contribuir com a justiça penal. A redução da criminalidade pode e deve ser um dos objetivos do Estado, assim como a identificação e responsabilização de quem praticou um delito. O modelo constitucional democrático deve, obviamente, se adaptar às novas tecnologias sem, contudo, implicar na relativização de garantias pessoais.

Referências

ASSANGE, Julian; APPELBAUM, Jacob; MÜLLER-MAGUHN, Andy; ZIMMERMANN, Jérémie. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. São Paulo: Boitempo, 2013. *E-book*.

BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coords). **Constituição e processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane Magalhães de Barros. **(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/08**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011.

EGBERT, Simon; LEESE, Matthias. **Criminal Futures: predictive policing and everyday police work**. Nova Iorque: Routledge, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAIA, Tiago Dias; PAULINO, Galtiênio da Cruz. A quebra de sigilo de dados baseada em coordenadas geográficas e o princípio da proporcionalidade. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manoel Jorge e; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, 2020, p. 769-787.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A declara-

ção universal dos direitos humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 61, p. 30-69, 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite; MENDIETA, David; FURBINO, Meire; BOCHINNO, Lavínia Assis. Capitalismo de vigilância e a ameaça aos direitos fundamentais da privacidade e da liberdade de expressão. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 63, p. 89-113, 2021.

NORA, Simon; MINC, Alain. **L'Informatisation de la société**: Rapport à M. le Président de la République. La Documentation Française, Paris, 1978.

UNDERWOOD, Ben; SAIEDIAN, Hossein. Mass surveillance: A study of past practices and technologies to predict future directions. *In*: **Security and Privacy**, v. 4, n. 2, p. 142, 2021.

VAN HEEK, Julia; AMING, Katrin; ZIEFLE, Martina. "How fear of crime affects needs for privacy & safety": Acceptance of surveillance technologies in smart cities. *In*: 2016 5th International Conference on Smart Cities and Green ICT Systems (SMARTGREENS). **IEEE**, 2016. p. 1-12.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas. **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELA TECNOLOGIA E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Ana Letícia Manfrim Rohden

Ana Letícia Manfrim Rohden

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Resumo:

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal são usados há vinte e cinco anos pelos países pioneiros no uso da tecnologia, tais como Reino Unido e Estados Unidos. Aprender com a experiência estrangeira é fundamental para que possamos utilizar a tecnologia de forma adequada e segura. Nesse sentido, o artigo analisa a implementação dos bancos em alguns países europeus, passando por suas bases supraleais. Em seguida relata a construção da base de dados do sistema utilizado nos Estados Unidos e a utilização da tecnologia na América do Sul, até, finalmente, chegar ao Brasil. Depois, o texto analisa os direitos fundamentais afetados pela tecnologia, para compreender os limites do direito à não autoincriminação. Conclui, por fim, que há a necessidade de criação de uma legislação delimitada, com garantias robustas, para que a tecnologia seja eficiente para investigação criminal. Trata-se de pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica e análise de documentação direta, para compreender as implicações relacionadas à regulação e uso do DNA para fins criminais.

Palavras-chave: Bancos de perfis genéticos; Persecução criminal; Direitos fundamentais; direitos Humanos

Introdução

Para a obtenção de provas, a ciência forense tradicional fazia uso de técnicas como análise de fios de cabelo, fibras de tecidos, arcada dentária, impressão digital, balística e grafotécnica. A evolução da tecnologia passou a possibilitar a realização de análises mais precisas e detalhadas das informações humanas para fins forenses. Dentre essas possibilidades estão os perfis genéticos. Essa tecnologia é utilizada há mais de vinte e cinco anos pelo Reino Unido, também pelos Estados Unidos e hoje, cerca de setenta países utilizam

bancos de perfis genéticos para a persecução criminal.

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal são parte do desenvolvimento das tecnologias de informação que vêm mudando o mundo. Nesse contexto, inserem-se a geolocalização, o reconhecimento facial, de íris, biometria, que assim como a identificação por meio do DNA, passou a permitir que as investigações forenses tornassem-se mais computadorizadas, precisas, eficientes e menos dependentes da observação subjetiva dos peritos - em que pese esse componente ainda possua papel relevante na análise dos dados em laboratório.

Trata-se de uma nova ferramenta de investigação, capaz de auxiliar na resolução de delitos, essencialmente aqueles que deixam vestígios biológicos, tais como estupros e homicídios. Entretanto, a análise do DNA possibilita a inferência de características pessoais, informações a respeito da saúde e da ascendência do indivíduo. Por conta disso, é necessária a discussão sobre dilemas bioéticos que a tecnologia impõe. Outro ponto importante a ser observado é a garantia da incolumidade da prova. Isso significa poder rastreá-la desde o momento em que é colhida até a utilização dos dados no laudo pericial.

Nesse sentido, com o objetivo de fazer uso dos bancos de perfis genéticos de forma segura e coerente, com a relativização adequada e fundamentada dos direitos fundamentais atinentes à privacidade e a não autoincriminação, é possível observar a experiência de países que utilizam a ferramenta há mais tempo. Isso porque, por esse motivo, possuem legislações já questionadas por cortes superiores e internacionais, além de já terem lidado com casos concretos envolvendo os bancos de dados. Isso permite que o Brasil faça uso da tecnologia sem cometer os mesmos erros.

Além da análise do uso dos bancos por países mais experientes, é preciso entender como a inserção do perfil genético nos bancos pode relativizar a garantia dos direitos fundamentais - essencialmente, àqueles relacionados ao direito à não autoincriminação e ao silêncio, basilares do processo penal democrático.

Nesse contexto, este artigo, inicialmente, considera a possibilidade de afronta de direitos fundamentais, e a incidência imediata do princípio da máxima efetividade, tratar dos requisitos para sua relativização. Em seguida, apresenta o desenvolvimento histórico dos bancos de perfis genéticos no mundo, de modo a compreender como a tecnologia passou a assumir, gradualmente, importância no cenário forense e como se passou a entender seus riscos e benefícios, até o momento de inserção da tecnologia no Brasil.

O trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa qualitativa, que pressupõe revisão bibliográfica e análise de documentação direta, para compreender as implicações sociais e jurídicas relacionadas à regulação e uso empírico da utilização do DNA para fins de persecução criminal. As etapas da pesquisa envolveram inicialmente, uma análise das principais leis e diretivas a respeito do tema, em seguida, mais especificamente, a legislação brasileira e também atinente aos direitos fundamentais. Além disso, abrangeu a revisão bibliográfica

fica da literatura atinente ao uso e regulação dos bancos de perfis genéticos.

A identificação por perfil genético e a relativização de direitos e garantias fundamentais

O direito à intimidade, à vida privada, honra e a imagem dos cidadãos brasileiros são invioláveis e passíveis de serem indenizados, conforme estabelece o inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de preceito fundamental da República Federativa do Brasil, relacionado à dignidade da pessoa humana, este que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais se voltam, essencialmente, a garantia da dignidade da pessoa humana, de modo que cada um seja uma explicitação do princípio, de forma mais ou menos intensa⁹⁴. Da mesma forma, direitos fundamentais também são abrangidos pelos direitos humanos, e possuem a finalidade de preservar a liberdade e a dignidade da pessoa humana.⁹⁵ Nesse sentido, a Constituição Federal se apresenta como a supremacia legislativa no país, tendo as demais normas submetidas aos seus parâmetros.

É nesse contexto que se inserem os princípios fundamentais do processo penal, que devem ter como base o compromisso democrático, principalmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, descritos na Carta Magna e também dos direitos humanos, dentro de um contexto mais amplo.

Analisar a constitucionalidade dos dispositivos trazidos pela Lei nº 12.654/12 e mais recentemente, pela Lei nº 13.964/19 implica observar como os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal limitam ou violam os direitos fundamentais afetados pela tecnologia. Conforme anteriormente explicitado, essa análise foi feita por tribunais estrangeiros e internacionais, resultando, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, numa legislação mais clara e precisa, com a finalidade de cumprir com os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Para garantir a segurança dos direitos e a funcionalidade dos bancos de DNA, o Brasil precisa fazer o mesmo.

No âmbito do processo penal, ressalta-se dois principais direitos fundamentais possivelmente atingidos pelo uso do DNA como prova: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito ao silêncio, este abrangido pelo primeiro e que integram o devido processo legal, garantia positivada no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal.

A extensão do direito à não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, é amplamente debatida na doutrina. Alguns autores o observam a partir de uma

94 QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

95 FABRIZ, Daurcy Cesar. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DANO MORAL E SUA REPARALIDADE. Curitiba: CRV, 2012.

ótica de aplicação limitada, reduzida ao direito ao silêncio. Outros, por uma perspectiva mais ampla, incluem a produção de qualquer prova que exija a colaboração do indivíduo, sendo essa a perspectiva majoritária entre especialistas⁹⁶.

Nesse sentido, as dimensões da não autoincriminação comportam, por sua vez, outros direitos: de não colaborar com a investigação e de não produzir ou não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, incluindo o direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e o direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.⁹⁷

Em que pese ausente previsão legal do direito à não autoincriminação no sistema jurídico brasileiro, especialistas defendem sua presença implícita no sistema de garantias constitucionais.⁹⁸ Ademais, o instituto é encontrado em documentos internacionais, reconhecidos e recepcionados pela legislação brasileira.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, apesar de não ter mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere* faz referência à presunção de inocência e estabelece a não utilização de tortura (artigo XI e V).

Aqui, cumpre ressaltar ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência à garantia da não autoincriminação quando dispõe no artigo 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada.

Diante disso, considerando que a Constituição Federal de 1988 atribui aos direitos internacionais natureza de norma constitucional, como a mesma hierarquia das disposições apresentadas na Carta Magna⁹⁹, o *nemo tenetur se detegere* é norma constitucional material e também formal. Trata-se de direito relacionado à liberdade, reconhecido como um atributo pessoal e subjetivo ao ser humano.¹⁰⁰

Em outro ponto, ressalta-se que o direito ao silêncio é espécie do direi-

96 LAZZARETTI, Bianca Kaini; SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF. In: SCHIOCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: ensaios sobre o Direito brasileiro (II). Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 87-118.

97 Clínica De Direitos Humanos | UFPR. Memoriais apresentados nos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcID=5374758#>. Acesso em 15 de jun de 2020

98 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

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

100 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

to à não autoincriminação e permite que o indivíduo permaneça em silêncio durante toda a investigação e processo penal, sem que seja compelido a produzir provas contra si mesmo ou ainda, contribuir com a identificação e elaboração de provas contrárias aos seus interesses. Isso tudo, sem que seu silêncio e ausência de colaboração seja interpretado em seu desfavor.

Cumpra mencionar que em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal entendeu pela proteção do direito à não responder ao interrogatório.¹⁰¹ Da mesma forma, posicionou-se pelo direito do paciente em não colaborar com a produção de prova grafotécnica¹⁰² ou mesmo com o fornecimento de padrões vocais.¹⁰³ Portanto, os reiterados entendimentos da Corte Superior revelam uma posição histórica que privilegia a proteção do direito à não autoincriminação, em detrimento aos interesses públicos.

Nesse sentido, ainda que se admita a coleta compulsória de DNA, restringindo-se o direito à não autoincriminação, é necessário o estabelecimento de critérios explícitos à excepcional relativização de direitos fundamentais, bem como limites ao acesso do Estado ao corpo e informações pessoais, por meio de garantias legais de proteção aos direitos fundamentais de personalidade afetados, notadamente os dados pessoais sensíveis.

Para que se atenda o imperativo da proporcionalidade à afetação de direitos fundamentais, é necessário que a legislação brasileira conte com um rol taxativos de delitos autorizadores à coleta, sem a utilização de termos genéricos, que excluam a possibilidade de analogias e delimitem ao judiciário os casos de aplicação da tecnologia.

Da mesma forma, também com o objetivo de delimitar a relativização do direito à não autoincriminação, é necessário que a legislação estabeleça critérios objetivos, coerentes e justificados para eventual coleta compulsória de DNA. Em geral, os países utilizam o critério temporal da pena ou explicitam uma categoria ou um rol com os tipos penais específicos.

A coleta do material genético também deve ser sucedida da análise da tutela judicial efetiva da prova no caso concreto. Deve ser analisada a utilidade da prova no processo e se ela justifica a flexibilização ou limitação aos direitos fundamentais afetados. Na análise da proporcionalidade, não só o tipo de

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.289. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Impetrante: Marcelo Mayora e Outro. Coator: Relator do HC nº 103.446 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>. Acesso em: 28 abr 2021.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 567. Autor: Ministério Público Eleitoral do Estado de São Paulo. Réu: Francisco Everardo Oliveira Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014273>. Acesso em 28 abr 2021.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83096/RJ. Paciente: Jayme Barbosa Caccavo. Impetrante: Ubiratan Tiburcio Guedes. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ: 18 nov. 2003. Brasília, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em 28 abr 2021.

informação é relevante, como também as suas possibilidades de utilização e a utilidade desta informação. Deve ser considerado qual o objetivo do Estado com a informação coletada e quais possibilidades de utilização e combinação dessa informação serão possíveis de acordo com a tecnologia utilizada.

Dessa forma, os benefícios forenses trazidos pelo acesso ao material genético de indivíduos processados e condenados é evidente. Entretanto, a recolha, tratamento, utilização, armazenamento e conservação desses dados implicam em questões éticas, científicas e jurídicas que precisam ser constantemente observadas. As informações devem ser preservadas, garantindo o anonimato e a confidencialidade, relativizando direitos à privacidade e a não autoincriminação de forma proporcional e esclarecida.

O estabelecimento dos bancos de perfis genéticos ao redor do mundo

O primeiro banco de dados de DNA para uso forense do mundo foi estabelecido pelo Reino Unido, no ano de 1994, o qual foi denominado como *UK National DNA Database* (NDNAD). Inicialmente, a iniciativa foi amplamente apoiada pela população britânica e um ano após sua aprovação, a tecnologia foi implementada. Hoje, o país conta com os dados de mais de 10% da sua população armazenados no banco de dados nacional¹⁰⁴. Isso porque, a legislação a respeito do tema foi sistematicamente ampliada para aumentar as hipóteses de recolhimento de amostras de indivíduos abordados por policiais, ainda que não processados pelo Estado, e armazenadas por tempo indeterminado¹⁰⁵.

Em dezembro de 2008, a legislação do Reino Unido foi confrontada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por meio do caso conhecido como “Marper vs. Reino Unido”¹⁰⁶, e que de forma unânime, entendeu que a retenção por tempo indefinido de perfis genéticos, impressões digitais e amostras biológicas de pessoas inocentes viola o direito à privacidade, estabelecido no artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Em resposta, a Inglaterra e o País de Gales aprovaram, em 2012, a Lei de Proteção à Liberdade¹⁰⁷, que resultou na exclusão de mais de 1,7 milhões de perfis do banco de DNA, além da destruição de mais de 7 milhões de

104 SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 7, dez. 2013. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/pdf/40504_2013_Article_12.pdf>. Acesso em: 15 abr 2021

105 WALLACE, H. The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. Disponível em: <https://www.embopress.org/doi/pdf/10.1038/sj.embor.7400727>. Acesso em: 20/04/2021.

106 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of S. and Marper v. The United Kingdom: Judgment. Strasburgo, 04 dez. 2008. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168067d216>>. Acesso em: 12 abr 2021.

107 Lei de Proteção da Liberdade de 2012. The Stationary Office, Londres. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. Acesso em: 15 abr 2021.

amostras biológicas. A legislação passou a prever também a exclusão automática de indivíduos absolvidos por delitos de menor gravidade e após três anos, daqueles absolvidos por crimes graves.

No mesmo ano de criação do banco de perfis genéticos britânico, os Estados Unidos sancionaram o *DNA Identification Act of 1994*¹⁰⁸, que autorizou o Departamento de Investigação Federal (FBI), a criar e manter um sistema nacional de perfis genéticos. A legislação impôs alguns termos e condições ao implemento da tecnologia, incluindo requisitos para a inclusão dos perfis e participação dos laboratórios estaduais, a instituição do Conselho Consultivo, responsável pela edição de normas que garantem a qualidade dos laboratórios. Estabeleceu ainda, penas para aqueles que violassem a privacidade e permitissem acesso ao banco de dados a laboratórios cujos sistemas de controle de qualidade e privacidade não fossem conhecidos.

O sistema norte-americano é denominado Combined DNA Index System (CODIS) e permite que estados comparem perfis de DNA de cenas de crimes com os de indivíduos condenados, cujos dados estão no banco. De acordo com os dados apresentados pelo FBI, até o mês de fevereiro de 2001, o sistema havia auxiliado na investigação de 1.733 casos ao redor do país¹⁰⁹, que organiza a sua base de dados de perfis genéticos em três diferentes níveis hierárquicos.

O sistema nacional de DNA (NDIS), que passou a operar em 1998, é o nível mais alto da organização e permite que os laboratórios participantes do sistema CODIS comparem os perfis genéticos a nível nacional. Cada estado mantém uma base referente ao seu território (NDIS) e os laboratórios ao redor do país possuem uma base de dados local (LDIS)¹¹⁰.

Com o objetivo de garantir a idoneidade e padrões de segurança dos laboratórios participantes do sistema, o FBI realizou a primeira auditoria no ano de 2001¹¹¹, quando concluiu que precisava aumentar a supervisão para garantir que os laboratórios seguissem os requisitos de qualidade e criar procedimentos que garantissem que os perfis de DNA fossem extraídos de forma precisa, completa e autorizada pela lei.

Para tanto, recomendaram que a integridade dos bancos estaduais e locais fosse rotineiramente auditada pelo Gabinete do Inspetor Geral. Alguns anos depois, em 2006, o referido Gabinete publicou um relatório de vulnera-

108 Lei de Identificação por DNA de 1994. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-108/pdf/STATUTE-108-Pg1796.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

109 The Combined DNA Index System. Audit Report. Department of Justice. September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

110 Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

111 The Combined DNA Index System. Audit Report. Department of Justice. September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

bilidades operacionais do CODIS¹¹², pontuando as melhoras observadas após 2001, as falhas e incidentes relatados pelos estados e vinte duas recomendações corretivas para melhorar a administração dos laboratórios operantes do sistema CODIS.

A padronização viabilizada pelo sistema CODIS, gerido pelo FBI, permite que os bancos de DNA sejam constantemente monitorados, comparados entre si e melhorados, de forma a garantir sua confiabilidade. Entretanto, recentemente, empresas privadas que lidam com o DNA forense passaram a não mais se conectar ao CODIS. Trata-se de uma mudança de paradigma perigosa, que arrisca a precisão e o controle de qualidade dos sistemas, que produzirão provas a serem utilizadas pela justiça e que ainda não foi resolvida pelo país¹¹³.

No âmbito europeu, cumpre ressaltar as principais recomendações editadas pelo Conselho da Europa, e que regulam os pontos indispensáveis à organização da coleta e manutenção do perfil genético para fins forenses, tais como a notificação, recolhimento, armazenamento, comunicação e uso de dados pela polícia, publicidade, direito de acesso aos arquivos policiais, direito de retificação e direito de recurso, duração do armazenamento, atualização e segurança de dados.

Com efeito, a Recomendação n° R (87) 15¹¹⁴, adotada pelo Comitê de Ministros em 1987, definiu princípios a serem aplicados na garantia da incoerência da cadeia de custódia da prova, desde a coleta, passando pelo armazenamento, também pelo uso do laudo pericial no processo penal e por fim, na comunicação desses dados. Por sua vez, a Recomendação n° R (92)¹¹⁵, de 1992, recomendou aos Estados que, em suas legislações e políticas, somente realizassem coleta de amostras biológicas para análise de DNA em circunstâncias determinadas em lei ou com autorização específica de uma autoridade.

No ano de 2005, Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria assinaram o Tratado de Prüm¹¹⁶. Outros oito Estados-Membros (Finlândia, Itália, Portugal, Eslovênia, Suécia, Romênia, Bulgária e Grécia) declararam a intenção de aderir-lo. O documento visa organizar o

112 Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

113 Flood, C. A. (2016). Legal Issues with Forensic DNA in the USA. Wiley Encyclopedia of Forensic Science, 1–14. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470061589.fsa1133>. Acesso em 20 abr 2021.

114 CONSELHO DA EUROPA. Recomendação n° R (87) 15. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EUR-LEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr 2021

115 CONSELHO DA EUROPA. Recomendação n° R (92) 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recomendations&scope=EUR-LEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr. 2021

116 PARLAMENTO EUROPEU. Prüm Treaty. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf. Acesso em: 20 abr 2021.

desenvolvimento da cooperação entre os assinantes na luta contra o terrorismo e a imigração ilegal. Para tanto, os Estados acordaram em intensificar o intercâmbio de informações de identificação por perfil genético, impressões digitais e outros dados pessoais, promovendo a cooperação policial entre as partes contratantes.

Dois anos depois, partes do Tratado de Prüm passou a fazer parte do ordenamento jurídico da União Europeia, após a aprovação numa sessão do Conselho Justiça e Assuntos Internos, abrangendo todas as matérias respeitantes à cooperação policial e judiciária em matéria penal. A proposta de compartilhamento dos dados resultou na busca pela uniformização dos dados inseridos e na expansão das informações dos bancos de dados em diversos países.

Observando a experiência de países próximos, no âmbito do MERCOSUL, a Argentina conta com um Banco Nacional de Dados Genéticos, construído como uma estrutura autárquica do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação Produtiva. A tecnologia foi regulamentada pela Lei nº 23.511/87¹¹⁷, com o objetivo de auxiliar na identificação de vítimas de crimes contra a humanidade, promovidos pela ditadura que perdurou no país até 1983. Após, por meio da Lei nº 26.548/09¹¹⁸, o banco passou a permitir o uso dos dados para fins forenses.

Dentro desse contexto, os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal foram instalados em diversas partes do mundo. Sob diferentes construções sociais, cada país lida de forma diferente com a regulação da tecnologia. Pondera os riscos e os benefícios entre a intervenção nos direitos fundamentais e as razões que a justificam, traçando seus próprios limites de acesso do Estado ao corpo e as informações pessoais do indivíduo.

De acordo com a Interpol, em 2019, ao menos 70 países membros possuíam bancos de perfis genéticos em operação¹¹⁹. Alguns países adotam a coleta obrigatória, outros não. Alguns o fazem somente em pessoas condenadas, outros em suspeitos também. Não há consenso internacional a respeito. Porém, há medidas de prevenção mínimas que são importantes e devem ser adotadas, para garantir a eficácia e confiança pública na tecnologia.

A discussão legislativa referente a implementação dos bancos de perfis genéticos no Brasil teve início em 2011, com a apresentação do Projeto de Lei (PL) nº 93/2011, que deu origem à Lei nº 12.654/12. Com apenas quatro artigos, essa Lei passou a regular a coleta, manutenção e utilização de dados genéticos para fins de persecução criminal.

117 Banco Nacional de Datos Geneticos. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21782/norma.htm>. Acesso: 20 abr 2021.

118 Ambito funcional. Objeto. Funciones. Archivo Nacional de Datos Genéticos. Reserva de la Información. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160772/norma.htm>. Acesso em 20 abr 2021.

119 INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019. Disponível em: <https://www.interpol.int/fr/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

Conclusões

Os bancos de perfis genéticos são consequência e também parte da evolução científica e tecnológica das ferramentas de informação que auxiliam em diversos aspectos da vida social e também na seara criminal, com a elucidação e persecução de crimes. Tanto é verdade que os bancos de perfis genéticos para fins forenses foram instituídos pela primeira vez há mais de vinte e cinco anos e hoje são utilizados por, ao menos, setenta países ao redor do mundo.

Dentro dessa conjuntura, ao longo dos anos, os países que utilizam a tecnologia foram aperfeiçoando suas legislações sobre o tema, que foram confrontadas por tribunais locais e internacionais, passando a ser cada vez mais específicas e delimitadas. Garantindo o acesso ao corpo do indivíduo processado ou condenado em circunstâncias bem definidas, úteis à elucidação de delitos e garantindo direitos fundamentais e de autodeterminação. Nesse mesmo sentido, percebeu-se que os Estados que utilizam a tecnologia há mais tempo contam com sistemas auditáveis e contestáveis pela defesa, garantindo sua transparência e promovendo os princípios do contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, concluiu-se que a legislação brasileira acerca do tema ainda é incipiente. Silente em pontos relevantes, tais como a identificação taxativa de delitos passíveis de identificação por DNA, bem como em como é feita a garantia da cadeia de custódia da prova. É necessário utilizar a experiência estrangeira para aprimorar o sistema nacional, e para tanto, é imprescindível a análise das decisões de tribunais internacionais e o constante aprimoramento da legislação conforme o avanço da ciência.

Finalmente, também é indispensável ponderar como a identificação por perfil genético afeta direitos e garantias fundamentais. A legislação precisa ser clara para que a relativização de garantias constitucionais, tais como o direito à não autoincriminação seja feita de forma coerente e pertinente ao caso concreto, quando superada pelo benefício social que promoverá.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 567**. Autor: Ministério Público Eleitoral do Estado de São Paulo. Réu: Francisco Everardo Oliveira Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014273>. Acesso em 28 abr 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.289**. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Impetrante: Marcelo Mayora e Outro. Coator: Relator do HC nº 103.446 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>. Acesso em: 28 abr 2021.

Banco Nacional de Datos Genéticos. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21782/norma.htm>. Acesso em 20 abr 2021.

BRASIL. **Decreto no 7.950, de 12 de março de 2013.** Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DOU de 13.3.20

BRASIL. **Lei nº 8.072 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 26 abr 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. RIBPG. **Resolução nº 3, de 14 de maio de 2014.** Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10-coleta_12654.pdf/view. Acesso em: 28 abr 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83096/RJ.** Paciente: Jayme Barbosa Caccavo. Impetrante: Ubiratan Tiburcio Guedes. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ: 18 nov. 2003. Brasília, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em 28 abr 2021.

Clínica De Direitos Humanos|UFPR. **Memoriais apresentados nos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcID=5374758#>. Acesso em 15 de jun de 2020

Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (87) 15.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr 2021

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (92) 1.** Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr. 2021

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of S. and Marper v. The United Kingdom: Judgment.** Strasburgo, 04 dez. 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>>. Acesso em: 12 abr 2021.

FABRIZ, Daury Cesar. **DIREITOS FUNDAMENTAIS, DANO MORAL E SUA REPARALIDADE.** Curitiba: Editora CRV, 2012.

Flood, C. A. (2016). **Legal Issues with Forensic DNA in the USA.** *Wiley Encyclopedia of Forensic Science*, 1–14. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470061589.fsa1133>. Acesso em 20 abr 2021.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **Ciência forense:**

da cena do crime ao laboratório de DNA. Projeto Cultural, 2014.

INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019. Disponível em: <https://www.interpol.int/fr/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

LAZZARETTI, Bianca Kaini; SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF.** In: SCHIOCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: ensaios sobre o Direito brasileiro (II). Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 87-118.

Lei de Identificação por DNA de 1994. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-108/pdf/STATUTE-108-Pg1796.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

Lei de Proteção da Liberdade de 2012. **The Stationary Office, Londres.** Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. Acesso em: 15 abr 2

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22^a ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. **Prüm Treaty.** Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf. Acesso em: 20 abr 2021.

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

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraí

SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. **Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?** Life Sciences, Society and Policy, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 7, dez. 2013. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/pdf/40504_2013_Article_12.pdf>. Acesso em: 15 abr 2021

SCHIOCCHET, Taysa. **Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil.** In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controle e ordem social. 1ed.Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014

The Combined DNA Index System. **Audit Report. Department of Justice.** September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em 07 abr

WALLACE, H. **The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy.** Disponível em: <https://www.embopress.org/doi/pdf/10.1038/sj.embor.7400727>. Acesso em: 20/04/2021.

INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS, NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DADOS: *STANDARDS* DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA A REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS

Paula Brener Gabriella Martins Damasceno

Paula Brener

Doutoranda na Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e graduada pela mesma instituição. Advogada.

Gabriella Martins Damasceno

Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo:

O presente artigo busca traçar os parâmetros para a realização das investigações internas no Brasil a partir da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados. Com o objetivo de responder a este problema, foi realizada uma investigação teórica de análise de conteúdo com vistas à compreensão crítica do tema-problema e à elaboração de propostas de solução. Os resultados demonstram que o paradigma de dirigismo informacional trazido pela nova lei exige que a instauração das investigações internas se fundamente em uma base legal e que a condução das atividades investigativas assegure a observância de princípios como finalidade, adequação, necessidade, transparência, livre acesso, não discriminação, qualidade, segurança e prevenção. Igualmente imperiosa é a manutenção do completo registro das atividades de tratamento de dados realizadas ao longo das investigações por meio de um Relatório do Impacto à Proteção de Dados Pessoais.

Palavras-chave: LGPD; Investigações internas; Investigação defensiva; Proteção de dados; Privacidade.

I. Introdução

Em 2020, entrou em vigor no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A nova lei possui como um de seus objetivos conferir regulação harmônica ao tratamento de dados pessoais no país, de maneira a uniformizar

conceitos antes esparsos em normas pontuais como o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo. Além disso, a entrada em vigor da LGPD insere o Brasil em uma tendência mundial de evolução regulatória sobre proteção de dados diante das crescentes preocupações globais com a proteção à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informacional¹²⁰. Especialmente inspirada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), a implementação da LGPD busca mitigar o uso indevido e abusivo de dados pessoais, sobretudo os danos potencializados pelas novas tecnologias.

Nos termos da LGPD, dado pessoal consiste em qualquer “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, inciso I, LGPD), abarcando, assim, tanto os dados de acesso público ou dados sigilosos. Dessa forma, o tratamento de ambos os tipos de dado deve observar os parâmetros da LGPD, pois o fato de um dado ser de acesso público “não tem o condão de retirar deste a qualidade de ser um dado pessoal.”¹²¹ Além disso, a lei também conceitua o tratamento de dados pessoais: trata-se de toda operação realizada com dados pessoais, desde a coleta, utilização, processamento, armazenamento, distribuição e eliminação (art. 5º, inciso X, LGPD).

O presente artigo busca compreender os impactos da LGPD no contexto específico das investigações corporativas. Dessa forma, objetiva traçar quais são os *standards* trazidos pela nova lei a serem observados pelas empresas quando conduzem, por si mesmas ou com o auxílio de escritórios especializados, atividades de investigação com o objetivo de apurar fato prejudicial aos interesses da corporação que possa eventualmente ter ocorrido em seu interior¹²².

Antes de avançar, vale ressaltar que o trabalho foi elaborado tomando por base as premissas e fundamentos pertinentes às investigações empresariais no âmbito do direito penal e processual penal, área de estudo das autoras. Assim, a análise crítica apresentada toma por base as investigações empresariais inseridas em um modelo democrático de processo penal, de forma que os *standards* para a sua realização devem orientar-se a partir de direitos fundamentais e garantias do indivíduo. Para além da seara penal, a LGPD poderá apresentar outros impactos, aqui não analisados em função do recorte escolhido.

120 BIONI, Bruno Ricardo. **Inovar pela lei: a formação de uma cultura de proteção de dados a partir da nova legislação pode trazer valor agregado para as organizações**. GVExecutivo, v. 18, n. 4, p. 31-33, jul./ago. 2019.

121 MONTEIRO, Renato Leite; BIONI, Bruno. **Dados públicos são dados pessoais? A problemática dos pessoais públicos de acesso irrestrito**. JOTA, 26 de junho de 2016. Disponível em: Dados públicos são dados pessoais? | JOTA Info Acesso em: 04/03/2021.

122 CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do criminal compliance e o direito dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 61.

II. Compliance, investigações internas e seus impactos nos direitos individuais dos investigados

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a realização de investigações internas se fundamenta no legítimo interesse da empresa de interromper eventuais condutas ilícitas ocorridas no interior da empresa. Por meio dessas investigações, a empresa é capaz de identificar responsáveis, recuperar ou mitigar eventuais danos e aplicar as sanções que se inserem dentro de sua esfera de poder, prevenindo a ocorrência de novos ilícitos em seu meio. Assim, essas são consideradas centrais para uma gestão empresarial comprometida com políticas de integridade e *compliance*, cuja adoção, atualmente, tornou-se altamente difundida diante de uma tendência dos tribunais brasileiros de responsabilizar penalmente dirigentes de empresa por defeitos de organização da corporação por eles administrada¹²³, além da existência de casos de imputação de *compliance officers* e diretores jurídicos¹²⁴.

Além disso, em casos que os fatos chegam ao conhecimento das autoridades públicas, a demonstração de que a empresa tem adotado uma postura colaborativa por meio da tomada de medidas de apuração autônomas permite mitigar sanções estatais, como aquelas da esfera administrativa, por meio da celebração de acordos de leniência e antitruste¹²⁵. Permite ainda uma atuação cooperativa e ativa na mitigação dos danos a bens jurídicos próprios e de terceiros, além de eventuais danos reputacionais para a própria empresa.

Nesse contexto de incentivo à colaboração das empresas em troca da mitigação da responsabilização da pessoa jurídica, é possível, de acordo com o juízo de conveniência da Diretoria da empresa, que os resultados das investigações internas sejam compartilhados com as autoridades de persecução penal. Dessa forma, pode ocorrer a utilização dessas informações coletadas como prova ou elemento de informação para embasar uma denúncia ou condenação contra os funcionários ou colaboradores investigados.

A problemática é que, diante desses incentivos, os empregados, em especial, estão submetidos a uma situação ainda maior de vulnerabilidade no ambiente corporativo quando comparada à posição já assimétrica que naturalmente ocupam na relação de emprego. Isso porque as apurações conduzidas pelas autoridades públicas estão sujeitas a uma série de limites legais e constitucionais, como a inviolabilidade do domicílio (art 5º, XI, Constituição Fede-

123 BRASIL. Seção judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR**. Juiz federal Sérgio Fernando Moro. Data do julgamento: 20/07/2015.

124 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **APn 470/MG**. Publicado em: 22 de abril de 2013; e BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Quinta Turma. **HC (307) nº 5021236-68.2018.4.03.0000**. Data do Julgamento: 19/10/2018. DJe 24/10/2018

125 No caso dos acordos de leniência, é possível a redução da aplicação de sanções (art. 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/13). Em relação aos acordos antitruste, é possível até mesmo a extinção da ação punitiva de agentes no caso de negociações sob a Lei de Defesa da Concorrência (artigo 86 da Lei nº 12.529/11).

ral), a inviolabilidade do sigilo das comunicações e correspondências (art. 5º, XII, Constituição Federal) e o direito à não auto-incriminação (art. 5º, LXIII, Constituição Federal), com objetivo de preservar direitos dos investigados.

Por outro lado, as investigações levadas a cabo por particulares são operadas em um contexto de maior espaço para a autorregulação e, portanto, não possuem limites legais com contornos claros, não obstante o seu potencial de também violar direitos fundamentais dos investigados¹²⁶. Afinal, as atividades investigativas no âmbito corporativo frequentemente incluem a fiscalização de e-mails, o acesso a computadores, monitoração de correspondência eletrônica e de páginas de acesso na web e a implementação de câmeras de vigilância, tudo sob discricionariedade do empregador, prescindindo da autorização judicial que seria exigida das autoridades nas investigações públicas¹²⁷. Assim, os funcionários estão também submetidos a um sistema de regulação e investigação paralelo ao estatal, que conta com mecanismos mais invasivos para alcançar as finalidades para as quais se propõe¹²⁸.

Como resultado dessas investigações, é possível que a alta administração opte por sancionar trabalhadores hierarquicamente inferiores, demiti-los ou, incluindo as autoridades públicas nas investigações, gerar uma responsabilização criminal a determinados funcionários. Nesse sentido, afirma-se que as investigações internas são expressão da privatização do processo penal¹²⁹, com possíveis consequências nocivas caso não observados determinados parâmetros com base em princípios constitucionais.

Dessa forma, tendo em vista o potencial lesivo dessas apurações, o fato de serem conduzidas por privados não torna correta a afirmação de que inexistem quaisquer limites para a sua execução¹³⁰. Por essa razão, a doutrina e o Judiciário dirigem esforços para encontrar quais seriam os limites a serem observados pelas empresas no contexto das investigações internas, justamente com o intuito de preservar os direitos fundamentais dos investigados. Como foco do presente artigo, destaca-se a questão de como harmonizar a realização das investigações internas com a proteção de dados pessoais dos investigados, segundo a Lei Geral de Proteção de Dados, considerando o cidadão-trabalhador como inserido em uma posição assimétrica dentro de uma economia de dados¹³¹.

126 ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 45.

127 CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do criminal compliance e o direito dos trabalhadores**: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 98.

128 PABLO MONTIEL, Juan. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 254.

129 PABLO MONTIEL, Juan. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 253.

130 ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019. p. 57.

131 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do con-**

III. Os standards da Lei Geral de Proteção de Dados para a realização de investigações internas

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387, suspendeu a vigência da Medida Provisória 954/2020, que previa o compartilhamento de dados das empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para viabilizar a produção estatística no contexto da pandemia. O Plenário da Corte entendeu que a medida não definia apropriadamente a finalidade e a forma da coleta de dados, de modo que não seria possível mensurar eventuais efeitos futuros do compartilhamento. O julgamento da mencionada ADI é paradigmático na medida em que o STF reconheceu, pela primeira vez, a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo¹³² em relação ao direito à privacidade e ao sigilo das comunicações. A decisão também demonstra a relevância da proteção de dados pessoais na medida em que a produção estatística oficial encontrou óbice nesse direito.

Nesse mesmo contexto em que os dados pessoais são reconhecidos como passíveis de proteção constitucional autônoma, emergem na mídia casos de possíveis violações desse direito no contexto das investigações internas. Dessa forma, as preocupações expressas no sentido de identificar parâmetros em consonância com a proteção de dados para a condução de investigações internas tornam-se ainda mais relevantes para a proteção dos indivíduos investigados.

A título de exemplo, cita-se o caso da Kroll Associates¹³³, empresa espe-

sentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 345.

132 Nesse caso, merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes: “A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais - há de se dizer - não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas. Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6387. Rel: Min. Rosa Weber. DJE 07/05/2020. Publicado em 12/11/2020. No mesmo sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada.** Direitos Fundamentais & Justiça, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020 e DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Espaço Jurídico Joçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Há também a interessante análise de Greco e Gleizer sobre a experiência alemã de reconhecimento de um direito à integridade e confiabilidade no uso de dispositivos informáticos, como forma de assegurar ao indivíduo o livre desenvolvimento de sua personalidade na era da digitalização: GRECO, Luis; GLEIZER, Orlandino. **A infiltração online no processo penal - notícia sobre a experiência alemã.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019.

133 FIGUEIREDO, Pedro Augusto. Kroll diz à CPI que agiu com aval da Cemig e dentro de padrões internacionais. O Tempo. 30 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/politica/kroll-diz-a-cpi-que-agiu-com-aval-da-cemig-e-dentro-de-padroes-internacionais-1.2549266>>. Acesso em: 22/11/2021.

cializada em investigações corporativas que está sob investigação pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. As acusações são relativas ao trabalho desenvolvido pela empresa no âmbito da Cemig, companhia de distribuição de energia elétrica que atua em Minas Gerais. A Kroll teria sido contratada para investigar denúncias internas de corrupção no setor de compras da companhia de distribuição energética, porém foram levantadas suspeitas de que o plano de trabalho envolveria arapongagem¹³⁴⁻¹³⁵ e um massivo levantamento de dados de servidores da empresa e de seus familiares. Dessa forma, questiona-se a conformidade da metodologia adotada pela empresa na condução das investigações.

Diante desse contexto, a realização de investigações internas deve pausar-se nos mais rigorosos *standards* de conformidade e buscar nas normas dispostas no ordenamento por limites que lhe confirmem um horizonte de segurança jurídica. E diante da escassez de regulamentação sobre a atividade investigativa por privados, a LGPD fornece um importante arcabouço normativo para a extração de parâmetros investigativos.

Inicialmente, os responsáveis pelas investigações internas devem se certificar que a atividade de tratamento de dados pessoais encontre uma base legal para a sua realização. Nos termos do artigo 7º da LGPD, são elas: consentimento; obrigação legal ou regulamentar; execução de políticas públicas; realização de estudos por órgão de pesquisa; execução de contrato; exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral; proteção da vida; tutela da saúde; proteção de crédito e legítimo interesse. É importante ressaltar que, em relação aos dados pessoais sensíveis¹³⁶, as atividades de tratamento estão restritas às hipóteses do artigo 11 da LGPD, excluindo-se a possibilidade de tratamento desses dados com fundamento no legítimo interesse da empresa.¹³⁷

Além da base legal, é imprescindível que sejam observados os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade (artigo 6º, incisos I, II e III da LGPD). Assim, as atividades de tratamento de dados devem a) ater-se a

134 Termo que se tornou corrente para investigações clandestinas ilícitas, mais precisamente o grampeamento ilícito.

135 As suspeitas de investigação clandestina decorrem de uma suposta extração de dados dos computadores da Diretoria de Regulação e Jurídica fora do horário de expediente com auxílio de uma funcionária da Cemig. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2021/10/05_release_cpi_cemig_kroll_espionagem_arapongagem_contrato_suspeito. Acesso em 19.11.21.

136 Nos termos do art. 5º, inciso II da LGPD, é sensível o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.” BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 19/11/2021.

137 OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. **Redução de riscos da investigação interna autorregulada**. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Estudos de compliance criminal. Porto Alegre: Editora Fí, 2020. p. 238.

propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; b) desenvolver-se de forma compatível com os propósitos estabelecidos pelo controlador e informados ao titular; c) limitar-se ao mínimo necessário para a satisfação dessas finalidades. Portanto, caso tenham sido coletados para satisfazer a determinada finalidade, não poderão ser desviados para fins diversos¹³⁸, de modo que deve ser garantida a adequada comunicação das finalidades que fundamentam o tratamento dos dados.

Cumprido ressaltar que o controlador deverá, em todos os casos, prezar pela transparência e pelo livre acesso. Assim, em primeiro lugar, é importante que a empresa adote regras procedimentais escritas a respeito das fases das investigações, da extensão das faculdades investigativas, das condições dos interrogatórios, dos deveres de informação dos interrogados e das garantias dos interrogados¹³⁹. O titular dos dados deve possuir informações claras e precisas sobre os dados tratados no curso das investigações (artigo 6º, incisos IV e V da LGPD). Além disso, deverá ter livre acesso à finalidade específica relacionada ao tratamento de seus dados, a duração do tratamento, a identificação e as informações de contato do controlador, informações sobre o uso compartilhado de dados pelo controlador, a responsabilidade daqueles que realizam o tratamento de dados, bem como ser expressamente informado quanto a todos os seus direitos.

Ainda é importante assegurar mecanismos de prevenção aos danos que podem ser ocasionados pelo tratamento de dados. Na ausência dos padrões técnicos ainda pendentes de regulamentação pela Autoridade Nacional, é necessário que as empresas estabeleçam procedimentos formais para a coleta, armazenamento e exclusão de dados de seus funcionários. Vale notar que o sigilo de dados pessoais tem sido debatido pela doutrina em relação à figura do whistleblower¹⁴⁰. Dessa forma, discute-se sobre a proteção e sigilo de

138 Conforme o princípio da finalidade, o compartilhamento de dados pessoais, quando autorizado por lei, deverá ocorrer nos limites estritos da finalidade para a sua coleta. Nesse sentido: ESTELLITA, Heloisa; TUMBIOLO, Mariana. **LGPD e programas de prevenção à lavagem de dinheiro: procedimentos de controle devem seguir limites estabelecidos pela proteção de dados pessoais**. JOTA, 02/10/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-programas-prevencao-lavagem-dinheiro-02102020> Acesso em: 19/11/2021.

139 PABLO MONTIEL, Juan. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. p. 266-267.

140 Cf. BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas: la perspectiva española**. Derecho PUCP - Revista de la facultad de derecho, n. 85, p. 41-78, dez.-mai. 2020; MORENO, Beatriz García. **Whistleblowing e canais institucionais de denúncia**. In: NIETO MARTÍN, Adán (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019; NIETO MARTÍN, Adán. **Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process**. In: MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model. Milan: Springer, 2014, p. 69-92.

testemunhas que acionem os canais internos de denúncia empresarial, como mecanismo relevante para assegurar a efetividade de programas de compliance. Pouco se discute, contudo, acerca dos cuidados imprescindíveis na preservação dos dados, da imagem, da intimidade e demais direitos dos eventuais investigados em procedimentos internos de apuração.

Destaca-se, portanto, a imprescindibilidade na segurança e prevenção sobre todo e qualquer dado pessoal tratado no âmbito de investigações empresariais e defensivas, chamando atenção para o risco não apenas da incidência das sanções previstas na LGPD, como também da responsabilização civil e criminal por danos causados ao titular dos dados em função de seu tratamento.

Por fim, a LGPD determina o registro completo das atividades de tratamento de dados realizadas durante a investigação por meio da elaboração de um Relatório do Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD), o qual deverá apresentar a descrição dos dados coletados, a metodologia para a coleta e garantia da segurança das informações e as medidas e as salvaguardas empregadas para a mitigação de riscos concernentes ao tratamento de dados (artigo 5º, inciso XVII da LGPD).

IV. Conclusão

A questão das investigações corporativas encontra-se ainda em construção e requer um contínuo aprofundamento, com o enfrentamento de diversos problemas pela doutrina e pela jurisprudência, como as questões concernentes à delimitação dos espaços de privacidade e intimidade de funcionários, o equilíbrio entre o direito à não auto-incriminação e os deveres trabalhistas, entre outros. Enquanto a solução para cada uma dessas questões é debatida, ausente a adequada regulamentação legal das investigações internas, necessário aos juristas buscar nas normas vigentes parâmetros que confirmem segurança jurídica à sua realização, em respeito aos direitos humanos e aos deveres legais que incumbem a cada agente. E para tais fins, a LGPD revela-se um importantíssimo marco legal.

Todo o exposto ao longo do presente trabalho permite concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados oferece importantes *standards* para a realização de investigações empresariais. Com efeito, a observância às determinações da LGPD representa um avanço para a consolidação de métodos investigativos por particulares em consonância a um modelo democrático de processo penal, balizado pelos direitos fundamentais e garantias individuais.

Nesse sentido, a partir da nova lei, a condução de investigações empresariais exige o cuidado em demonstrar sob qual base legal se fundamenta a instauração do procedimento, assegurando-se ainda princípios como finalidade, adequação, necessidade, transparência, livre acesso, não discriminação, qualidade, segurança e prevenção. A LGPD requer ainda a manutenção do completo registro das atividades de tratamento de dados realizadas ao longo

das investigações por meio de um Relatório do Impacto à Proteção de Dados Pessoais. São estes cuidados centrais em um paradigma de dirigismo informacional, em que se busca fazer frente à vulnerabilidade do cidadão, posto em uma relação assimétrica em uma economia de dados.

Referências

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas: la perspectiva española**. Derecho PUCP - Revista de la facultad de derecho, n. 85, p. 41-78, dez.-mai. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Inovar pela lei: a formação de uma cultura de proteção de dados a partir da nova legislação pode trazer valor agregado para as organizações**. GVExecutivo, v. 18, n. 4, p. 31-33, jul./ago. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do criminal compliance e o direito dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Joçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

ESTELLITA, Heloisa; TUMBILOLO, Mariana. **LGPD e programas de prevenção à lavagem de dinheiro: procedimentos de controle devem seguir limites estabelecidos pela proteção de dados pessoais**. JOTA, 02/10/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-programas-prevencao-lavagem-dinheiro-02102020> Acesso em: 19/11/2021.

FIGUEIREDO, Pedro Augusto. **Kroll diz à CPI que agiu com aval da Cemig e dentro de padrões internacionais**. O Tempo. 30 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/politica/kroll-diz-a-cpi-que-agiu-com-aval-da-cemig-e-dentro-de-padroes-internacionais-1.2549266>>. Acesso em: 22/11/2021.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. **A infiltração online no processo penal – notícia sobre a experiência alemã**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019.

MONTEIRO, Renato Leite; BIONI, Bruno. **Dados públicos são dados pessoais? A problemática dos pessoais públicos de acesso irrestrito**. JOTA, 26 de junho de 2016. Disponível em: Dados públicos são dados pessoais? | JOTA Info Acesso em: 04/03/2021.

MORENO, Beatriz García. **Whistleblowing e canais institucionais de denúncia**. In: NIETO MARTÍN, Adán (org). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. **Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process.** *In:* MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (orgs.). Preventing Corporate Corruption: the anti-bribery compliance model. Milan: Springer, 2014.

OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. **Redução de riscos da investigação interna autorregulada.** *In:* ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Estudos de compliance criminal. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

OLIVEIRA, Guilherme Henrique Gualtieri de. **As bases legais para o tratamento de dados pessoais: muito além do consentimento.** *In:* GROSSI, Bernardo Menicucci (Org.). Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

PABLO MONTIEL, Juan. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales.** *In:* KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa.** *Revista de Derecho (Valparaíso)*, [S.L.], n. 40, p. 251-277, ago. 2013. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

RECONHECIMENTO FACIAL POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA - INVESTIGAÇÕES EM TORNO DOS PROCESSOS PENAIS BRASILEIRO E COMPARADO

Gabriela Mendes Machado e Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Gabriela Mendes Machado

Mestranda e especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessora Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Pós-doutorado em Filosofia e Psicanálise na Faculdade Jesuíta. Doutor e Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutorando em Filosofia na Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo:

No presente artigo, intenta-se estabelecer pontos comuns entre o reconhecimento facial feito por inteligência artificial para fins de policiamento preditivo e o reconhecimento de pessoas utilizado como meio de prova no Código de Processo Penal. O reconhecimento facial por inteligência artificial, apesar de uma pretensa imparcialidade científica, acaba por reproduzir os vícios do reconhecimento realizado por pessoas, porque necessita de um padrão para ser reproduzido, indutivamente. Então, são trabalhados os problemas do reconhecimento facial por inteligência artificial de ordem normativa e epistemológica. Trabalham-se, ainda, outras implicações do reconhecimento facial algorítmico, como a privacidade e o princípio da inocência constitucionalmente projetado e ainda não implantado. Por fim, o presente estudo apresenta a forma como o reconhecimento facial algorítmico vem sendo tratado no Brasil e em outros países do mundo.

Palavras-chave: Processo penal; Reconhecimento de pessoas; Reconhecimento facial; Inteligência artificial; Princípio da inocência.

1. Introdução

O reconhecimento de pessoas é procedimento realizado no Brasil como forma de identificação de autores de crimes, especialmente em se tratando de delitos patrimoniais e sexuais. Há muito, estudiosos do tema vêm apon-

tando a falibilidade desse meio de prova, por ser extremamente suscetível à reprodução de preconceitos arraigados no país, principalmente o racismo estrutural que reforça a seletividade penal. Na lei processual brasileira, o procedimento encontra-se disciplinado nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal. A norma em questão prevê requisitos mínimos para que o procedimento possa ter valor probatório, destacando-se, entre eles, a necessidade de serem apresentados alguns indivíduos com características similares para reconhecimento pela testemunha ou pela vítima e a necessidade de se formular um relatório detalhado do ato. Da simples leitura do artigo, percebe-se que não se trata de procedimento complexo. Ainda assim, a jurisprudência no Brasil trata a formalidade como mera recomendação¹⁴¹, sendo valorados como prova reconhecimentos duvidosos e passíveis de influências por uma série de fatores externos, além de vieses implícitos (DAVIDSON, 2001; KAHNEMAN, 2012; HOLROYD and KELLY, 2016; ZHENG, 2016) que afetam aquele que é chamado a reconhecer.

Não há, ainda, pesquisa empírica com levantamento dos índices de condenações equivocadas por reconhecimento de pessoas no Brasil. É possível, contudo, tomar de empréstimo os dados levantados pelo Projeto Inocência (*Innocence Project*) norte-americano¹⁴² – cerca de setenta por cento das condenações equivocadas que foram apuradas partiram de reconhecimento de pessoas. A estatística é alarmante e, considerando que no Brasil o cumprimento do procedimento previsto em lei é exceção e não regra, nossos dados não devem ser menos dramáticos.

2. Reconhecimento facial por IA no Brasil para fins de segurança pública - nosso Cavalo de Troia

No contexto de procedimentos realizados confortavelmente em dissonância com a lei, a adoção irrestrita de reconhecimento facial por inteligência artificial se mostra problemática, por ser potencial reprodutora de vícios e opressões comuns e de senso comum do reconhecimento de pessoas previsto na legislação processual.

No que diz respeito ao reconhecimento entre humanos, dois vícios tornam absolutamente afetada a tarefa de reconhecer: *a*) a apresentação de somente um potencial suspeito (reconhecimento *show-up*) e *b*) a apresentação de um catálogo de potenciais suspeitos (“*book* de suspeitos” ou “*mug-book*”) à testemunha ou vítima chamada a participar do procedimento. No primeiro caso, a entrega de uma única opção à vítima equipara a tarefa a um teste de verdadeiro ou falso (STEIN, et. al, 2015), com altíssimas chances de indução. No

141 Representando jurisprudência dominante sobre o tema: AgRg no AREsp 1665453/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020.

142 How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison. Innocence Project, 2020. Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em: 14 set. 2021.

último caso, a apresentação de uma série de indivíduos pode favorecer o reconhecimento por um viés de conforto, já que se sabe que todos os apresentados foram ou são suspeitos da prática de algum delito. Além disso, gera-se sobrecarga cognitiva na testemunha ou vítima responsável por apontar o autor do crime em apuração, o que aumenta a chance de erro (CECCONELLO, STEIN, 2020). Cabe destacar que a forma como se obtêm e se armazenam os arquivos que compõem esse catálogo de suspeitos não é declarada nem passível de fiscalização, o que traz sérias questões acerca da constitucionalidade da formação desse banco de dados clandestino (esse ponto será aprofundado mais adiante).

O reconhecimento facial utilizado para fins de policiamento preditivo, que é o objeto deste artigo, equipara-se ao “*book* de suspeitos”, acrescido da perversidade da atribuição de legitimidade e fiabilidade *a priori* ao ato por se tratar de procedimento (em tese) intocado pela falibilidade humana. Nesse ponto, a opressão analógica encontra a opressão tecnológica ante a patente influência de vieses implícitos no reconhecimento realizado por meio de algoritmos. Os mecanismos adotados pela inteligência artificial dependem de padrão para reproduzir, indutivamente, alguma situação do mundo real - um banco de dados, tal como o “*book* de suspeitos”. Os programadores selecionam as informações fornecidas ao sistema para que, a partir delas, sejam realizadas previsões. A questão é que essas escolhas não contornam os pontos cegos dos algoritmos, os quais refletirão prioridades e concepções do criador, ou seja, a subjetividade do desenvolvedor (O’NEIL, 2020). Se o sistema parte da realidade não como contraponto, mas como paradigma, é evidente que a novidade não constitui nada além de repetição do idêntico, porém desta vez de forma ainda mais dramática, porque com um verniz de neutralidade tecnológica. Já se têm estudado os problemas dos vieses algorítmicos, em razão sobretudo de uma série de denúncias a *softwares* norte-americanos de predição delitiva¹⁴³.

No que diz respeito ao reconhecimento facial para auxílio na atividade investigativa policial, além dos vieses algorítmicos, soma-se o problema da baixa acurácia dos *softwares* dados a reconhecer, porque a identificação biométrica demanda condições específicas, como posicionamento do agente, iluminação e outros (DUARTE, Renata, et. al, 2021) que não podem ser esperados de câmeras instaladas em via pública. Há, ainda, a questão racial: estudos apontam que a acurácia de *softwares* de reconhecimento facial é consideravelmente reduzida quando se trata de faces miscigenadas e negras (CAVAZOS, J., et. al., 2021). Cumpre-nos identificar a natureza desse presente se nos entregue com a promessa milagreira de vencer a luta contra a criminalidade. Até o momento, todas as tentativas tiveram como consequência perpetuação do

143 Exemplo disso é o *Northpointe*, *software* acusado de rotular duas vezes mais negros do que brancos como potenciais reincidentes criminosos, ainda que seus crimes fossem menos graves (ANGWIN, J. et al., 2016), em evidente reprodução de racismo estrutural verificado naquela sociedade (assim como o que ocorre nesta sociedade).

massacre dos desvalidos como mero efeito colateral de uma guerra perdida.

3. Problemas a serem enfrentados com o reconhecimento facial por inteligência artificial

O procedimento dos artigos 226 a 228 do CPP para reconhecimento de pessoas e coisas data de 1941, ano de promulgação do CPP em meio à ditadura do Estado Novo. Desde então, não sofreu qualquer reforma. Como apontado por DE LUCA-NORONHA, MONTEIRO DE BARROS E MACHADO (2021), são três os graves entraves epistêmicos à legitimidade democrática do procedimento de reconhecimento de pessoas no atual quadro normativo do processo penal brasileiro: (1) a ausência de critérios procedimentais e legais suficientes a balizar o reconhecimento, somada ao descumprimento corriqueiro dos poucos existentes pelo agir inquisitório dos sujeitos processuais; (2) a incontrolabilidade subjetiva dos vieses implícitos que não raramente comandam o ato de reconhecimento pela vítima ou por testemunhas; (3) a opacidade sistêmica dos algoritmos, nos quais ingenuamente se aposta como fatores de correção dos erros comumente praticados por humanos e como elementos cibernéticos (“inteligência artificial”) dotados de maior acurácia para o reconhecimento de pessoas. Chamamos o entrave um (1) de problema legal, o entrave dois (2) de problema cognitivo e o entrave três (3) de problema tecnológico. Todos eles precisam ser enfrentados por uma filtragem epistemológica para que se promova compatibilidade do instituto em questão com a lógica da processualidade democrática (LEAL, 2010, P. 251-270; GRESTA, 2014).

Antes de se propor um novo procedimento legal de reconhecimento de pessoas (problema 1), é necessário indagar como se dá o processo cognitivo no reconhecimento de pessoas (problema 2). E, se se pretende incluir o apoio da inteligência artificial no procedimento legal, também é indispensável suscitar preliminarmente o problema de como os sistemas algorítmicos operam (problema 3). Quanto ao problema cognitivo, assoma a importância do estudo dos vieses implícitos, como elementos da mente situados aquém do nível da consciência, que resultam de associações estereotipadas. Frequentemente, vieses implícitos determinam comportamentos sem que os próprios agentes se deem conta disso, portanto nem sempre podem ser controlados. Ainda que o sujeito – a vítima ou a testemunha que fará o reconhecimento – se esforce e concentre, consciente e honestamente, para controlar os vieses implícitos, nenhuma segurança há de que consiga fazê-lo (KAHNEMAN, 2012, p. 38-39). Muitas são as razões pelas quais as tentativas de autocontrole sobre vieses fracassam. Sabe-se por certo que não é possível apostar num autocontrole do reconhecedor para evitar os próprios juízos enviesados.

Em primeiro lugar, não é certo que os conteúdos do pensamento estejam direta e imediatamente disponíveis à consciência do agente (CARRUTHERS, 2017, P. 228-52). Temos acesso consciente aos conteúdos de nossos

pensamentos da mesma maneira como temos acesso aos conteúdos dos pensamentos alheios, por meio da linguagem – simbólica ou não – carregada de sentidos não interrogados, isto é, parcialmente opacos. Assim, toda sorte de estímulos para reconhecimento de pessoas (fotos, tentativas prévias de descrição das pessoas, “retratos falados”, sugestões, preconceitos raciais, socioeconômicos e políticos, entre outros) tem o potencial de formatar juízos espúrios e estereotipados na mente do reconhecedor (vítima ou testemunha), aquém de sua consciência, portanto sem que ele se dê conta.

Em segundo lugar, mesmo que essa formatação de juízos estereotipados e espúrios estivesse disponível à consciência do reconhecedor, não é certo que essa disponibilidade possa inibir o efeito de vieses sobre o comportamento, exigindo-se do reconhecedor uma enorme força de vontade para efetivar o controle de vieses (FRANKISH, 2016, P. 23-46). Essa enorme força de vontade para controle dos próprios vieses é algo não propriamente exigível de testemunhas, menos ainda de vítimas diretamente impactadas por um delito.

Em terceiro lugar, mesmo que os conteúdos da mente estivessem imediatamente disponíveis à consciência do reconhecedor e ele se empenhasse em controlá-los com enorme força de vontade, o esgotamento do ego (*ego depletion*)¹⁴⁴, descrito por Baumeister e colegas (1998), constituiria um óbice epistêmico mais uma vez frustrante da expectativa de autocontrole de vieses. Toda essa dificuldade presente no problema cognitivo pode parecer solucionável ou ao menos reduzível pelo suporte da tecnologia de inteligência artificial. Mas ocorre o oposto (problema 3). Esclarece O’Neil (2020, p. 84) que algoritmo é “uma opinião formalizada em código de programação”. Se o algoritmo é uma opinião (*doxa ou endoxa*), ainda que formalizada, rege-se pela lógica tópico-retórica, e não epistêmica, portanto não tem compromisso com a busca da verdade pelo afastamento das falsidades inerentes ao saber teórico-científico (MILLER, 2006, p. 67-68¹⁴⁵). Em explicação didática sobre *machine learning* (2020, p. 120-123), O’Neil informa que, “em certo sentido, ele, o algoritmo, aprende” (2020, p. 121), mas o faz de forma indutivista, na crença pré-implantada ou pré-programada em padrões pela coletânea de repetições. E, ainda assim, o algoritmo possui enorme dificuldade com a linguagem natural¹⁴⁶.

144 Por *ego depletion* se entende o fenômeno segundo o qual o engajamento, mesmo prerreflexivo, em uma atividade de autocontrole tende a esgotar as capacidades internas, de tal modo que os agentes tendem a se dispersar ao longo do tempo. Assim, embora existam casos de sucesso de autorregulação prática, não é certo que essa atividade possa persistir em um dado curso temporal, porque a força de vontade implica alto custo cognitivo.

145 MILLER, 2006. P. 67-68: “The story of rhetoric (...) is valuable just on this account, in the same way as is the study of disease. We need to be able to recognize it when it arises, and to be on our guard against it. Arguments can be used to persuade and kitchen knives can be used to kill”. Sobre a influência da tópica e da retórica no direito dogmático, cujo sentido normativo é entregue ao monopólio inquisitorial da autoridade decisória, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito, confere também ATIENZA, 2014. P. 21-29, 40-54 e 93-98; e VIEHWEG, 2008, p. 23-31 e 54-57.

146 O’NEIL, 2020, P. 121-122: “a complexidade de uma língua é o pesadelo de um progra-

Como a indução, base do *machine learning*, não pode transferir verdades da premissa à conclusão (POPPER, 1999, p. 13-41)¹⁴⁷, a crítica como método (POPPER, 1999, p. 72-85), compatível com o crescimento do conhecimento científico e a democratização do sentido normativo, não está sequer no horizonte da “inteligência artificial”. O que a adoção de algoritmos tem gerado no âmbito do processo penal estadunidense, por exemplo, é o reforço de estereótipos, concepções enviesadas e preconceitos espúrios, que são inoculados pelos programadores nos algoritmos. Um dos resultados concretos consta, também por exemplo, da política “parar-e-revisitar”, baseada em algoritmos e adotada em Nova Iorque, sob o prefeito Michael Bloomberg. Policiais estavam autorizados a parar quem lhes parecesse suspeito. A maioria expressiva dos parados era inocente. 85% dos parados eram jovens afro-americanos ou latinos. Apenas 0,1% dos parados ou um em cada mil tinha ligação anterior com crime violento. No processo penal, a opção algorítmica é sempre por sacrificar o princípio da inocência e outros direitos fundamentais do processo, imprescindíveis na democracia, em nome de uma promessa de eficiência punitiva e sensação de segurança (O’NEIL, 2020, p. 145-150).

O problema jurídico da falta de democraticidade no reconhecimento de pessoas segundo o CPP brasileiro é grave, porque se coloca para o direito a necessidade de criar um procedimento legal que auxilie os sujeitos processuais a controlar vieses implícitos. Mas os artigos 226 e 228 do CPP, hoje em vigor, fazem exatamente o contrário: criam espaços vários para a realização de reconhecimentos enviesados. Além disso, a solução do problema legal em torno dos reconhecimentos enviesados de pessoas não pode contar com o auxílio dos algoritmos, pois, “mesmo que um modelo não enxergue a cor da pele, o resultado o faz” (O’NEIL, 2020, p. 137-138). Os algoritmos agravam o enviesamento de seus programadores, “aprendendo” a repetir e reforçar seus estereótipos, com ares de cientificidade. Logo, o problema tecnológico (3) piora o problema cognitivo (2).

Mesmo que se anuncie uma máquina (ou algoritmo) que “aprenda por si só”, o erro lógico do indutivismo na base algorítmica não apenas permanece, como tem ainda maior potencial de agravamento. É o que noticia O’Neil sobre um recente programa da Google, que processou imagens de um trio de jovens afro-americanos felizes e, na marcação de fotos, os identificou como gorilas. Apesar do pedido de desculpas da empresa e do esclarecimento de que o *software* se concentrara em tudo (incluindo tonalidades de cor, distância entre os olhos e formato da orelha), tais erros são inevitáveis (O’NEIL, 2020, p. 240). Trata-se de erro inerente ao suposto aprendizado algorítmico por repetição, indução, mediante criação e recriação de modelos matemáticos

mador. No fim das contas, a programação é inútil”

147 Cf. igualmente ALBERT, 1976, P. 39-40: “Observação, cálculo e experimentação são, sem dúvida, componentes importantes do procedimento científico, mas não como meios de alcançar um fundamento seguro para obtenção indutiva e a fundamentação de teorias, ou seja, como fonte de verdades garantidas, e sim para a crítica e, portanto, para o controle de concepções teóricas”.

“pseudocientíficos, arbitrários, que não respondem a ninguém, desregulados e muitas vezes injustos” (O’NEIL, 2020, p. 222). E a regra de ouro da aprendizagem algorítmica é um erro descortinado por Hume no século XVIII: presumir que o futuro seja igual ao passado, extraindo uma proposição nomológica do somatório de ocorrências monológicas¹⁴⁸.

Apesar de a mente humana estar repleta de vieses, preconceitos, associações espúrias, é pior e mais antidemocrático entregar a decidibilidade, incluindo o reconhecimento pessoal, para algoritmos, sobretudo na lógica de “mercado, que prioriza eficácia, crescimento e fluxo de caixa (enquanto tolera um certo grau de erros)” (O’NEIL, 2020, p. 242). Resta, então, na seara jurídica a hipótese de recriar por completo o procedimento legal de reconhecimento de pessoas do CPP, para que se torne enfim compatível com o Estado Democrático de Direito constitucionalmente instituído desde 1988 (artigo 1.º da CRFB). Para tanto, novos procedimentos legais precisam ser estruturados de forma a colaborar, na perspectiva externista (PERINI-SANTOS, 2021; ABATH, 2014), com a tentativa de controle de vieses implícitos, e sem a participação de algoritmos. Como regente dos novos procedimentos deve-se estabelecer o processo, uma metalinguagem autocrítica e objetiva, que opere como interpretante da lei democrática (LEAL, 2010), desde fora do sujeito (re)conhecedor, a partir dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (artigo 5.º, *caput*, LIV e LV, da CRFB).

3.1. O problema legal em foco - inexistência de regulação

Apesar dos notáveis problemas envolvendo o uso de reconhecimento facial por inteligência artificial para fins policiais, tal prática tem se tornado corriqueira no Brasil. Algumas capitais estão fazendo uso de reconhecimento facial algorítmico como grande promessa de auxílio à atividade investigativa da polícia, como em Salvador (NUNES, 2019). Até o momento, já foram realizadas mais de duzentas prisões em flagrante decorrentes do reconhecimento facial algorítmico, conforme dados da própria Secretaria de Segurança Pública¹⁴⁹ e, apesar disso, foram pouquíssimas as abordagens consideradas relevantes para fins criminais. O que mais chama atenção é que, conforme se verifica de Pesquisa da Rede de Observatórios da Segurança, 90,5% das pes-

148 Quando sistemas automáticos analisam nossos dados para nos medir e dar um *e-score*, eles naturalmente projetam o passado no futuro. Como vimos nos modelos de sentenças por reincidência e nos algoritmos de empréstimos predatórios, é esperado que os pobres permaneçam pobres para sempre e são tratados de acordo com isso – são-lhes negadas oportunidades, são detidos com maior frequência, e extorquidos por serviços e empréstimos. É inexorável, muitas vezes oculto, para além de contestação e injusto. [...] Mesmo com seu poder surpreendente, as máquinas não conseguem ainda se ajustar por mais justiça, ao menos não sozinhas. Analisar dados e julgar o que é justo é absolutamente estranho e enormemente complicado para elas. Apenas seres humanos podem impor essa restrição. (O’NEIL, 2020, P. 241).

149 Traficante é o 220º criminoso flagrado por tecnologia. Governo da Bahia, 2021. Disponível em <http://www.ssp.ba.gov.br/2021/10/10960/Traficante-e-o-220o-criminoso-flagrado-por-tecnologia.html>. Acesso em 02 nov. 2021

soas reconhecidas com utilização de reconhecimento facial em cinco capitais do Brasil eram negras (NUNES, 2019). E tudo isso ocorre sem disposições legais que regulamentem o uso de reconhecimento facial algorítmico para fins de policiamento preditivo no Brasil, vez que a Lei n.º 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados)¹⁵⁰ não tem aplicabilidade quanto a questões de segurança pública.

A falta de regulamentação do uso de reconhecimento facial algorítmico é passível de críticas, porque não há qualquer fiscalidade sobre o banco de dados utilizado como parâmetro para o confronto biométrico. Também não se sabe por quanto tempo os dados dos indivíduos podem permanecer disponíveis para uso das instituições responsáveis pela persecução penal, bem como se é possível obter acesso a esses dados. Aqui, tem-se o problema da privacidade e, além disso, a autorizada e incentivada inobservância do princípio constitucional da inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB). Iniciativas tímidas como o Projeto de Lei n.º 824/2021, da Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, são propostas incipientes e irrisórias perto do avanço desmedido do uso de reconhecimento facial algorítmico para fins de persecução penal. Por outro lado, na contramão das críticas formuladas por especialistas, o Ministério da Justiça editou Portaria regulamentando o incentivo financeiro por meio do uso de dinheiro do Fundo Nacional de Segurança Pública para fomento de soluções tecnológicas para o “Enfrentamento à Criminalidade”, dentre elas o reconhecimento facial (Portaria n.º 793/2019). Não só não se enfrentam os problemas decorrentes da adoção acrítica de novos mecanismos de vigilância e punição como se incentiva o uso de tais recursos, por meio de ações paulatinas do Executivo.

Enquanto isso, todos permanecem vigiados sob o sedutor argumento de garantia da segurança. Foucault, em *Vigiar e Punir*, demonstra a importância do cárcere e das disciplinas para a manutenção do controle do campo social (FOUCAULT, 2014). Faz-se a gestão das ilegalidades, com auxílio do cárcere, para a implantação de um panoptismo que permite a gestão dos comportamentos de toda uma sociedade fruto de um pacto social apócrifo que implica a todos, selecionando quem deve fazer parte dela e quem deve ser extirpado. O reforço da tecnologia, nesse domínio, parece aperfeiçoar a técnica penitenciária que, quanto à vigilância e à disciplina, dilui-se por todo o corpo social, formando (e, nesse caso, aprimorando) um arquipélago carcerário (FOUCAULT, 2014, p. 294). A diferença é que agora as paredes desse complexo carcerário não se adstringem aos muros que cercam os estabelecimentos em que se enjaulam pessoas – o novo panoptismo permite, com maior sucesso, vigilância incessante e controle das ilegalidades de forma ainda mais silenciosa e eficaz.

150 Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: (...)

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

3.2. Procedimentos punitivos modernos e o princípio da inocência

Com Benjamin (2013), Foucault (2014), Agamben (2008, 2010) e Derida (2010) se aprende que os modernos ofertaram ao conhecimento criminológico e penológico uma mera reengenharia do poder de punir estatal e de procedimentos penais e condutas penalizadoras que não implantam humanidade, tampouco democraticidade, como oposição à violência ou ao poder. A Modernidade limitou-se a redefinir ou retraçar as fronteiras à violência ou ao poder inevitáveis na organização jurídica da sociedade civil. Para esses autores, os iluministas reformistas aderiram à escatologia da violência e do poder. Foucault afirma que os reis encontravam problemas com o judiciário durante o século XVIII, porque vendiam os cargos de juiz. Por conseguinte, os juízes proprietários dos cargos eram indóceis, ignorantes, interesseiros e prontos ao compromisso. Aquinhoados os juízes pelo rei com um poder quase discricionário para o exercício das funções próprias do cargo, multiplicavam-se os conflitos na magistratura. “Não são tanto (...) ou só os privilégios da justiça, suas arbitrariedades, sua arrogância arcaica, seus direitos sem controle que são criticados; mas antes a mistura entre suas fraquezas e seus excessos, exageros e lacunas”, decorrentes todos do superpoder monárquico (FOUCAULT, 2014, P. 76-80).

Segue atual a crítica de Foucault se se tem em conta que o “superpoder monárquico” nada mais é do que a forma de época (século XVIII) do poder soberano, instituinte do estado de exceção permanente (AGAMBEN, 2008), que se perpetua no século XXI, apesar das vestes do liberalismo ou republicanismo e sob a bandeira da democracia. Trata-se de uma economia do poder de punir, preparada e desenvolvida de dentro da estrutura judiciária, que estrategicamente insere no corpo social, de maneira profunda, o horror e a admiração (sacralização) pela pena, qualificando-a como mal necessário e inevitável. A diferença está, hoje, em que a leitura da jurisdição como manifestação do poder soberano (violento) do Estado não aponta um monarca ou déspota específico. Se jurisdição é, em concepções arcaicas (BÜLOW, 2005), a atividade monopolizadora de resolver os conflitos interpessoais mediante decisões soberanas, ou protegidas por um manto dogmático de soberania (coisa julgada no sentido dogmático), qualquer bacharel em direito pode aspirar a ser um soberano mediante aprovação em concurso público. A violência estruturante desse direito apoiado em poder, violência e disciplinas, mas certamente não democrático, persiste.

Não se trata aqui de focar a crítica na figura do juiz, mas sim no chamado sistema jurídico-penal, tal qual compreendido e operado em matrizes não processualizadas, como sucede precisamente com o instituto do reconhecimento de pessoas no CPP brasileiro. O campo político-econômico em que mergulhado o corpo do investigado ou acusado (assujeitado), para ser tornado útil e produtivo, desde que submisso, constrói-se sobre uma tecnologia (conjunto de dispositivos legais e institucionais) “difusa, raramente formula-

da em discursos contínuos e sistemáticos”, que pode ser sutil, não ostensiva do terror, mas ainda assim física e psiquicamente violenta. Instituições não defendem, em aberto, essa tecnologia, muitas vezes por próprio desconhecimento de seus operadores, porém “recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir”, como microfísica do poder (FOUCAULT, 2014, p. 29-30). Dentre essas instituições guardiãs da disciplina por dispositivos jurídicos destacam-se as judiciariformes (judiciário, ministério público, defensoria pública, advocacia, polícia judiciária) e não é surpreendente que as críticas ao procedimento de reconhecimento de pessoas no Brasil sejam recentes.

A respeito dos procedimentos penais, em *Vigiar e Punir* Foucault reconstrói a relação antagônica entre o “mais poder” do rei (Estado soberano) e o “menos poder” do acusado ou condenado (FOUCAULT, 2014, p. 31-32). Esse confronto entre rei (Estado) e acusado ou culpado é supostamente mediado pela lei (princípio da legalidade), mas a lei, no caso, não passa de alegoria, porque oriunda, à míngua de crítica epistemológica, de uma violência estrutural na construção de seus conteúdos (BENJAMIN, 2013). Qualquer semelhança com o formal procedimento de reconhecimento de pessoas no CPP brasileiro não é mera coincidência. Em consequência, os conteúdos da estrutura normativa ficam entregues à fala nua de autoridades presumidamente capazes de legislar, administrar e judicar (LEAL, 2010, P. 123-130). “Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças ativas da vindita”; “o suplício não restabelece a justiça, reativa o poder”; “a cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei” (FOUCAULT, 2014, P. 50-52). No caso do Brasil, o procedimento de reconhecimento de pessoas dos artigos 226 e seguintes do CPP destacadamente reafirma a dissimetria entre o soberano e os súditos, reproduzindo as estruturas racistas, aporofóbicas, homofóbicas e misóginas secularmente implantadas nas relações sociais quotidianas.

Para contrapor-se a esse cenário legal, cognitivo, tecnológico, político e social excludente e secularmente implantado, é preciso veicular em ampla defesa e contraditório, mediante o devido processo, a interrogação crítica sobre o caráter delinquencial da interpretação dogmática e autoritária (ciência dogmática) da lei, do direito e dos procedimentos penais, a serviço de que todos eles estão, antes de se indagar sobre a delinquência de determinado sujeito e, sobretudo, antes de se atirar o sujeito no cárcere. Enfim, a que serve o procedimento de reconhecimento de pessoas num país estruturalmente racista, aporofóbico e sexista?

Semelhante interrogação, oportunizada pelo princípio da *inocência* (artigo 5.º, LVII, da Constituição), não só se contrapõe a um procedimento de reconhecimento facial que reproduz a exclusão perpétua dos já marginalizados e indesejados – pobres, negros, indivíduos em situação de rua, minorias étnicas, mulheres – a partir de juízos ideológicos dos juizes, como pode abrir espaço epistemológico à discussão de contribuições da Filosofia da Mente, da

Psicologia Cognitiva (estudo de vieses) e da Tecnologia da Informação (“inteligência artificial”) aos procedimentos penais, sobretudo o de reconhecimento facial. A **proposição teórico-processual à instituição de um direito democrático**, ou teoria processual neoinstitucionalista do direito (LEAL, 2013) não pode dispensar o princípio da **isonomia**, que, quanto à procedimentalidade penal, é integrada pelo princípio da *inocência*. É precisamente o princípio da inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB) e seu conteúdo lógico (MONTEIRO DE BARROS, 2020) que impedem a continuidade do procedimento de reconhecimento de pessoas tal como delineado nos artigos 226 e seguintes do CPP brasileiro e, pior ainda, tal como praticado nos tribunais brasileiros, a reduzir o sujeito de direitos fundamentais a mero objeto de investigação ou acusação, sem dignidade isotópica, isomênica e isocrítica (WOLFF, 1996).

4. Reconhecimento facial por IA em outros países

As estatísticas apontam para uma baixa acurácia do reconhecimento facial, mesmo em países com população menos miscigenada que o Brasil¹⁵¹. O uso da tecnologia, contudo, é uma realidade em todos os continentes, especialmente o europeu e o norte-americano, como se verifica do Mapa da tecnologia de Reconhecimento Facial no mundo¹⁵². Algumas cidades e estados têm se posicionado contrariamente ao uso da tecnologia, como Minneapolis, em Minnesota, local que protagonizou o bárbaro homicídio de George Floyd por um policial no ano de 2020 e que decidiu por banir o uso de inteligência artificial pela polícia ante a opressão praticada contra negros¹⁵³. O parlamento europeu também se posicionou contrariamente ao uso de reconhecimento facial para fins de policiamento preditivo¹⁵⁴. Contudo, das pesquisas realizadas a respeito do tema o que se extrai é que a empolgação do uso dessa tecnologia supera consideravelmente a crítica. Resta saber se, mesmo com toda a crítica, cidades em todo o mundo seguirão adotando de forma desmedida o reconhecimento facial algorítmico, considerando as prisões ilegais e abusivas mero efeito inerente a um fim maior, seja ele o declarado, combate à crimina-

151 “Na Europa, alguns números comprovam o que disse acima. A taxa de erro de um sistema inglês foi de 96% dos casos, o que mostra que o Big Brother monitora muito mais quem nunca cometeu um crime, do que quem de fato é um criminoso procurado” em O mapa da tecnologia de Reconhecimento Facial no mundo, Direito Digital Cast. Disponível em <https://direitodigitalcast.com/o-mapa-da-tecnologia-de-reconhecimento-facial-no-mundo/>. Acesso em 02 nov. 2021.

152 O mapa da tecnologia de Reconhecimento Facial no mundo, Direito Digital Cast. Disponível em <https://direitodigitalcast.com/o-mapa-da-tecnologia-de-reconhecimento-facial-no-mundo/>. Acesso em 02 nov. 2021.

153 CODE OF ORDINANCES City of MINNEAPOLIS, MINNESOTA Codified through Ordinance No. 2021-048, adopted October 22, 2021. Disponível em: https://library.municode.com/mn/minneapolis/codes/code_of_ordinances?nodeId=COOR_TTT2AD_CH41INGO_ARTIIFARETE_41.130EX. Acesso em 02 de nov. de 2021.

154 EUROPEAN PARLIAMENT. **On artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_EN.html? Acesso em 20 de nov. de 2021.

lidade, ou o inconfesso, vigilância irrestrita do corpo social, com menosprezo a direitos humanos e fundamentais do processo.

5. Considerações finais

Por todo o exposto, a conclusão provisória que se obtém é a de que o reconhecimento facial realizado por meio de “inteligência artificial” não só não se presta a resolver problemas estruturais de criminalidade na sociedade, como rebusca formas de exclusão secularmente praticadas contra a parcela mais vulnerabilizada da população – o *potus*, (sempre) alvo da seletividade penal (e de todo experimento tipo de experimento social). A impressão que se tem é que o homem desistiu de se melhorar e resolveu se substituir pela máquina, para que esta exerça o controle social de forma mais pulverizada e blindada à crítica. Ao substituir os humanos em tarefas que requerem um intelecto que a máquina jamais será capaz de reproduzir, porque opera a partir de uma lógica indutiva e, portanto, imprestável ao crescimento científico, o único comprometimento que se tem é com a repetição do mundo e jamais com a redução das cargas de sofrimento humano. Contudo, ainda que se insista em uma lógica dogmática que opera por meio de atalhos, dando soluções simplórias a questões complexas, ou, em outras palavras, ainda que neste caso se abra mão da correção de ordem constitucional e epistemológica, *ao menos* a questão legal deveria ser enfrentada com algum cuidado. Nesse caso, seria imperativo que o reconhecimento fosse previsto em lei, sendo ofertado aos afetados o acesso aos seus dados (que não poderiam permanecer armazenados indefinidamente) como forma do exercício de um mínimo de controle e fiscalidade.

Referências

ABATH, André. **Nem tão racional assim: externismo, psicologia e razões para agir**. SKÉPSIS, ANO VII, N° 10, 2014. P. 214-224.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Coleção Estado de Sítio. Tradução de Iraci D.Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua**. 2ª. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010. (A)ANGWIN, J. et al. **There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks**. ProPublica, 2016.

ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva e outros. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 2ª. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)**. Org. de Jeanne Marie Gagnebin, Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2013. P. 121-156.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm Acesso em: 02. nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República, Ministério da Saúde. **Portaria Nº 793, de 24 de outubro de 2019**. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-793-de-24-de-outubro-de-2019-223853575>>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp 1665453/SP**, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CARRUTHERS, Peter. **The Illusion of Conscious Thought**. *In Journal of Consciousness Studies*, 24, n. 9-10, 2017, P. 228-52.

CAVAZOS, J.; PHILLIPS, J.; CASTILLO, C.; O'TOOLE, A. **Accuracy comparison across face recognition algorithms: Where are we on measuring race bias?** *IEE Trans Biom. Behavior Identity Science*; 3(1): 101-11., 2021.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. *Avances en Psicología Latinoamericana*, v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020.

CODE OF ORDINANCES City of MINNEAPOLIS, MINNESOTA Codified through Ordinance No. 2021-048, adopted October 22, 2021. Disponível em: https://library.municode.com/mn/minneapolis/codes/code_of_ordinances?no-deId=COOR_TIT2AD_CH41INGO_ARTIIFARETE_41.130EX. Acesso em 02 de nov. de 2021.

Davidson, Donald. (1991). Three Varieties of Knowledge, in: Subjective, Intersubjective, Objective. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 205-220. Tradução: Herivelto de Souza para o Centro de Estudos em Filosofia Americana (CEFA)

DE LUCA-NORONHA, Daniel; MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz; MACHADO, Gabriela Mendes. **Problemas do reconhecimento facial algorítmico para o processo penal**. 2021. 25 p. *Revista de Direito Público (IDP)* [pendente de análise e publicação].

DERRIDA, Jacques. **Força-de-Lei – o “fundamento místico da autoridade”**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EUROPEAN PARLIAMENT. **On artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_EN.html? Acesso em 20 de nov. de 2021. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison. Innocence Project, 2020. Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em: 14 set. 2021.

FRANKISH, Keith. **Playing Double – Implicit Bias, Dual Levels, and Self-Control.** In BROWNSTEIN, Michael and SAUL, Jennifer. **Implicit Bias and Philosophy.** Vol. 1. Metaphysics and Epistemology. P. 23-46.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GRESTA, Roberta. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HOLROYD, Jules; KELLY, Daniel. *Implicit Bias, Character, and Control.* In MASSALA, Alberto; WEBBER, Jonathan. *From Personality to Virtue – Essays on the Philosophy of Character.* Oxford: 2016, Oxford University Press. P. 106-33.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Forum, 2010.

MILLER, David. **Out of Error – Further Essays on Critical Rationalism.** Aldershot (UK): Ashgate, 2006.

NUNES, Pablo. **Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil.** CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA; REDE DE OBSERVATÓRIO DA SEGURANÇA. Relatos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. São Paulo: Universidade Candido Mendes, 2019.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa.** – como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

PERINI-SANTOS, Ernesto. **Externalizando a reflexão.** Trans/Form/Ação, Marília, v. 44, p. 127-150, 2021. Dossier “Ernest Sosa”.

O mapa da tecnologia de Reconhecimento Facial no mundo. Direito Digital Cast. Disponível em <https://direitodigitalcast.com/o-mapa-da-tecnologia-de-reconhecimento-facial-no-mundo/>. Acesso em 02 nov. 2021.

Renata Duarte, Pérez Baldasso, R., Beux, L., Fafrelidines Albert, A. C., Cortelletti dos Santos, N., & Marques Fernandes, M. (2021). **Application of Biometric Facial Recognition Systems in Public Security.** Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics, 11(1), 1–21.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.** Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015.

Traficante é o 220º criminoso flagrado por tecnologia. Governo da Bahia, 2021. Disponível em <http://www.ssp.ba.gov.br/2021/10/10960/Traficante-e-o-220o-criminoso-flagrado-por-tecnologia.html>. Acesso em 02 nov. 2021.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. 5ª. ed. Tradução de Kelly Susane Alflen da

Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WOLFF, Francis. **Nascimento da razão, origem da crise.** *In* NOVAES, Adauto (org.). **A crise da razão.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996. P. 67-82.

ZHENG, Robin. **Attributability, Accountability, and Implicit Bias.** *In* **Implicit Bias and Philosophy – Moral Responsibility, Structural Injustice, and Ethics.** Volume 2. Oxford: 2016, Oxford University Press. P. 62-89.

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL E A OBSERVANCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mário Simões Barata

Mário Simões Barata

Politécnico de Leiria. Doutor em Direito

Resumo:

Um dos objetivos da União Europeia é proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça. Este objetivo é densificado no Artigo 82º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia relativamente à cooperação judiciária em matéria penal. Nos termos do nº 1 daquele preceito, a União adotou a Diretiva nº 2014/41/UE que cria e regula a Decisão Europeia de Investigação. Esta é uma “decisão judicial emitida e validada por uma autoridade judicial de um Estado-membro para que sejam executadas noutro Estado-membro uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova”. Contudo, a execução de uma DEI pode ser recusada com base nas obrigações do Estado de execução nos termos do Artigo 6º do Tratado da União Europeia e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este trabalho visa analisar a fase da execução de uma decisão europeia de investigação à luz dos Artigos 47º e 48º da Carta.

Palavras-chave: Decisão Europeia de Investigação; Execução; Direitos Fundamentais.

1. Introdução

Um dos objetivos da União Europeia (UE) enunciados no artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE) é proporcionar aos seus cidadãos “um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como da prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”. Este objetivo é posteriormente densificado no Artigo 82º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) relativamente à cooperação judiciária em matéria penal. Nos termos do nº 1 daquele preceito, a UE adotou a Diretiva nº 2014/41/UE que cria e regula a Decisão Europeia de Investigação (DEI).

A DEI é uma “decisão judicial emitida e validada por uma autoridade

judicial de um Estado-membro para que sejam executadas noutro Estado-membro uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova”. A Diretiva que cria este mecanismo de cooperação judiciária estabelece ainda disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação, nomeadamente informações sobre contas bancárias e outras contas financeiras; recolha de elementos de prova em tempo real; interceção de telecomunicações com ou sem assistência técnica de outro Estado membro com vista “a fortalecer e consolidar a segurança no espaço da UE” (Triunfante, 2019, 175). Porém, a execução de uma DEI pode ser recusada com base num dos fundamentos constantes da diretiva. Em concreto, o Estado de execução pode invocar obrigações decorrentes da observância do Artigo 6º do Tratado da União Europeia e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) para não executar uma decisão europeia de investigação emitida pelo Estado membro de emissão.

Este trabalho visa analisar a fase da execução de uma decisão europeia de investigação à luz dos direitos fundamentais, designadamente os Artigos 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagram um direito a ação e a um tribunal imparcial bem como as garantias em processo criminal. Para tanto, recorre à doutrina e à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. A Diretiva DEI

Em Portugal, a Lei nº 88/2017 transpôs a Diretiva 2014/41/UE para a ordem jurídica interna. O referido ato normativo foi aprovado pela Assembleia da República e publicado no *Diário da República* em 21 de agosto de 2017. A Diretiva DEI não foi implementada no prazo previsto pela União. Pelo contrário, a legislação nacional que implementou a DEI entrou em vigor três meses após o prazo estabelecido pela Diretiva (ou seja, 22 de maio de 2017) e nenhuma razão oficial foi dada para o atraso.

De acordo com a doutrina é possível recortar cinco fases no ciclo de vida de uma DEI. Assim, o ciclo de vida de uma decisão abarca as etapas seguintes: emissão; transmissão; reconhecimento; execução; transferência.

A primeira fase do ciclo de vida de uma DEI prende-se com a emissão. Em função da legislação nacional, a autoridade emissora nestas matérias pode ser um juiz, um tribunal, um juiz de instrução ou um procurador público. A autoridade judiciária nacional emite uma DEI a fim de executar uma ou mais medidas de investigação noutro Estado-Membro da UE.¹⁵⁵ Para tanto, a DEI deve incluir as informações relativas à autoridade emissora e às pessoas em

¹⁵⁵ A propósito da competência do magistrado do Ministério Público para emitir uma DEI em Portugal ver as considerações da Ana Paula Guimarães, Daniela Castilhos e Mário Simões Barata em “O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal”. *Revista Jurídica Portucalense*, (28), 2020, 4–29. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21638>.

causa, ao objeto e à razão do mesmo, à descrição do ato criminoso e às medidas de investigação solicitadas, bem como aos elementos de prova a obter. Todavia, a DEI só pode ser emitida nas seguintes condições: tem de ser necessária e proporcional ao objetivo prosseguido; as medidas de investigação indicadas na decisão devem ser suscetíveis de ser ordenadas num caso interno semelhante.¹⁵⁶

De seguida, a DEI é transmitida pela autoridade judicial do Estado-Membro de emissão para a autoridade judiciária do Estado-Membro de execução de acordo com os meios e as condições previstas na Diretiva e na legislação nacional que transpôs a mesma.¹⁵⁷

Uma vez recebida a DEI, a autoridade judiciária do Estado de execução deve reconhecer a mesma. No entanto, a diretiva e a legislação nacional de implementação disciplinam um conjunto limitado de exceções que fundamentam o não reconhecimento ou não execução de uma DEI. Uma das razões impeditivas ou fundamentos prende-se com a observância dos direitos fundamentais. Para além deste fundamento, a Diretiva e a legislação nacional que transpôs a mesma DEI aludem a outras causas que obstam ao não reconhecimento ou a não execução da decisão de emissão.¹⁵⁸

A quarta fase do ciclo de vida de uma DEI refere-se à execução deste instrumento de cooperação judiciária em matéria penal no Estado de execução. A fase da execução acontece após o reconhecimento e diz respeito ao cumprimento do solicitado pelo Estado de emissão com base no princípio do reconhecimento mútuo e “nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade nacional”.¹⁵⁹

A última fase do ciclo de vida de uma DEI prende-se com a transferência. Nesta, o Estado de execução transfere para o Estado de emissão as provas que foram recolhidas ao abrigo da DEI ou já na sua posse.¹⁶⁰

Para além destas cinco fases, a Diretiva DEI e a legislação portuguesa que implementou aquele ato legislativo da União estabelecem disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação e regulam a interceção de telecomunicações.¹⁶¹

3. Execução de uma DEI

A execução de uma DEI diz respeito ao cumprimento do solicitado pelo Estado de emissão com base no princípio do reconhecimento mútuo e “nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade nacional”.¹⁶²

156 Ver os Artigos 5º, 6º e 11º da Lei nº 88/2017.

157 Ver o Artigo 13º da Lei nº 88/2017.

158 Ver o Artigo 22º da Lei nº 88/2017.

159 Ver o Artigo 18º da Lei nº 88/2017.

160 Ver o Artigo 23º da Lei nº 88/2017.

161 Ver o Artigo 32º e seguintes da Lei nº 88/2017.

162 Ver o Artigo 18º da Lei nº 88/2017.

O artigo 19º da Lei nº 88/2017 regula a questão da autoridade nacional de execução. A regra geral encontra-se no nº 1 do artigo 19º e o preceito estabelece que a DEI é executada pela autoridade judicial nacional com a competência para ordenar a medida de investigação em território português, de acordo com as leis que regem o processo penal (i.e., o Código de Processo Penal), as leis relativas à organização do sistema judicial e a lei que regula o Ministério Público. Em certas circunstâncias, uma entidade administrativa também pode executar uma DEI. Por último, o membro nacional da EUROJUST pode executar uma DEI em determinadas circunstâncias.

Contudo, a execução de uma DEI pode ser recusada com base numa das razões estabelecidas na diretiva. O elenco de fundamentos de recusa é taxativo e um deles prende-se com as obrigações do Estado de execução nos termos do Artigo 6º do Tratado da União Europeia (TUE) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). O legislador português aplicou todos os fundamentos de não reconhecimento e de não execução de uma DEI previstos no artigo 11º da Diretiva DEI. Assim, a autoridade de execução pode não reconhecer/ não executar uma DEI nas situações referidas nas alíneas a) a h) do artigo 22º da Lei nº 88/2017. Estas referem-se a:

- a) Comportamento que não seja classificado como crime no Estado de execução;
- b) Imunidade, privilégio ou normas legais que reduzam a responsabilidade penal no domínio da liberdade de imprensa;
- c) Um pedido que possa prejudicar interesses essenciais relativos à segurança nacional;
- d) A medida de investigação não é permitida em processos nacionais de natureza semelhante;
- e) O princípio *ne bis in idem*;
- f) A extraterritorialidade da infração;
- g) Incompatibilidade com deveres decorrentes da observância do artigo 6º do Tratado da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;
- h) A medida de investigação só é admissível no Estado de execução para determinados crimes ou penas com determinados limites.

4. A observância dos direitos fundamentais

Como já referimos, o respeito pelos direitos fundamentais constitui fundamento para o não reconhecimento ou a não execução de uma DEI. Assim, a ação das autoridades encarregues do reconhecimento ou da execução de uma DEI encontra-se limitada pelo dever de observar o Artigo 6º do TUE e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Este limite é particularmente importante no quadro de um instrumento de cooperação

judicial em matéria penal que pretende recolher elementos de prova conexos com a prática de crimes quando as autoridades recorrem a meios tecnológicos. Assim, concordamos com a análise de Miguel João Costa e António Manuel Abrantes (2019, 206) quando alertam para a possibilidade de os novos meios tecnológicos (i.e., a inteligência artificial) apresentarem um potencial de ofensa para vários direitos fundamentais, designadamente direitos de defesa e o direito a um processo justo e equitativo bem como a presunção de inocência.

Em concreto, o artigo 6º do TUE estabelece que há três fontes de direitos fundamentais na UE: os princípios gerais de direito da União baseados nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros; a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No quadro da Carta, consideramos que a observância do direito à ação e as garantias de processo criminal é especialmente importante nas fases referentes ao reconhecimento e a execução de uma DEI. Assim, urge analisar esta matéria à luz dos artigos 47º e 48º da CDFUE, dado a conexão material com a DEI.

4.1. O Artigo 47º da Carta

A problemática conexa com o direito de ação está no cerne da primeira decisão do TJUE relativamente à DEI. O processo C-324/17, Ivan Gavanzov, de 24 de outubro de 2019, tem origem num caso de associação criminosa e de evasão fiscal na Bulgária. No decurso do mesmo, o Tribunal Criminal Especial búlgaro ordenou, no quadro de uma DEI, um conjunto de buscas e apreensões na sede de uma empresa e no domicílio do seu representante na República Checa, bem como a inquirição de uma testemunha através de vídeo conferência. Contudo, o Tribunal sentiu algumas dificuldades no preenchimento da secção J do formulário constante do anexo à Diretiva DEI, no que toca à obrigação de informar acerca da existência de uma via de recurso contra as medidas de investigação solicitadas pela autoridade judicial do Estado de emissão, dado que a mesma não existia no quadro do direito processual penal búlgaro. Perante a inexistência de um recurso, o Tribunal formulou um pedido de reenvio prejudicial ao abrigo do Artigo 267º do TFUE.

O TJUE concluiu que não recai nenhuma obrigação sobre a autoridade judicial do Estado de emissão de fornecer, na secção J do formulário constante do anexo A da Diretiva 2014/41/UE, informação acerca das vias de recursos existentes para impugnar as medidas de investigação solicitadas na DEI.¹⁶³

Porém, o aspeto mais interessante do processo não se prende com a decisão nem com a fundamentação apresentada pelo TJUE, mas com as conclusões apresentadas pelo Advogado Geral (AG) da União Yves Bot no âmbito do mesmo. De acordo com o AG Bot, a redação dos Artigos 13º e 14º da Diretiva DEI aponta para uma interpretação que assenta na existência de

¹⁶³ ECLI:EU:C:2019:892.

uma via de recurso contra os fundamentos materiais subjacentes à emissão de uma decisão europeia de investigação que tem por objeto a realização de uma busca, a apreensão de determinados objetos e a inquirição de uma testemunha. Consequentemente, o AG sustenta “ainda que o artigo 14º, nº 1, desta diretiva não obrigue os Estados-Membros a prever vias de recurso adicionais em relação às existentes em processos nacionais semelhantes, esta disposição obriga-os, pelo menos e por um «jogo de espelhos», a introduzir vias de recurso aplicáveis às medidas de investigação indicadas na decisão europeia de investigação equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes”.

164

O AG justifica esta leitura ou interpretação da Diretiva DEI tendo em consideração os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Considera que “no âmbito de uma investigação penal, as medidas de investigação, decretadas pelas autoridades competentes com o objetivo legítimo de recolher elementos de prova, podem ser intrusivas e prejudicar os direitos fundamentais das pessoas em causa reconhecidos, nomeadamente, pela Carta. De resto, tendo em conta as especificidades das sanções penais, o processo que dá origem a essas sanções deve, na sua totalidade, ser necessariamente acompanhado de garantias específicas para assegurar que os direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo são respeitados”.¹⁶⁵

O AG notou que o direito búlgaro não prevê nenhuma via de recurso que permita uma testemunha impugnar os fundamentos materiais das medidas de investigação no âmbito de processos nacionais, tais como a busca e a apreensão. Essa constatação levou o AG a retirar duas conclusões. Assim, em primeiro lugar, o AG considera que as pessoas visadas numa investigação criminal têm o direito de se defenderem de qualquer abuso ou intromissão por parte do Estado. No entanto, constata que na Bulgária as pessoas (singulares ou coletivas) quando revestem a qualidade de testemunhas não têm a possibilidade de se defenderem de qualquer abuso ou intromissão por parte do Estado para proteger a sua privacidade e outros direitos fundamentais, o que está em desconformidade com o Artigo 14º da Diretiva. Consequentemente, na falta dessas garantias, o AG conclui, em segundo lugar, que a DEI não pode ser iniciada sob pena de violar o primeiro parágrafo do Artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que consagra um direito à ação e a um tribunal imparcial.¹⁶⁶

O primeiro parágrafo do artigo 47º da CDFUE dispõe que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidas pelo direito da União tenham sido violadas tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo”. A norma consagra, nas palavras de Maria José Rangel de Mesquita (2013, p. 538), um “direito a um “recurso jurisdicional efetivo”, ou

164 Conclusões do AG Yves Bot no Processo C-324/2017, paragrafo nº 55.

165 Conclusões do AG Yves Bot no Processo C-324/2017, paragrafo nº 56.

166 Conclusões do AG Yves Bot no Processo C-324/2017, paragrafo nº 68 e 69.

direito à ação, no sentido de os particulares poderem fazer valer judicialmente os direitos conferidos pelo direito comunitário e correspondente direito ao controlo jurisdicional”. Esse direito foi recortado pelo Tribunal de Justiça pela primeira vez no Acórdão *Johnston* onde entendeu o mesmo como a “expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”.¹⁶⁷ Em concreto, esse princípio geral de direito estava consagrado no Artigo 6º e 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e de acordo com Mesquita (2013, p. 538) cabia aos “Estados assegurar tal controlo jurisdicional efetivo do respeito das disposições aplicáveis de direito comunitário e da legislação nacional que lhe dá cumprimento”. Posteriormente, o Tribunal de Justiça reiterou o princípio em duas decisões: os Acórdãos *Heylens e Borelli*.

Esta posição em torno dos direitos fundamentais leva o AG a considerar a interpretação a dar à Secção J do formulário do Anexo A da Diretiva onde defende que a impossibilidade de preencher a referida secção obsta à emissão da DEI. Em concreto, o AG afirma que “na falta de recursos previstos no Estado de emissão, o formulário que consta do anexo A da referida diretiva não pode ser preenchido, o quadro global da decisão europeia de investigação não pode ser fornecido e essa decisão não pode ser formulada nem, *a fortiori*, executada”.¹⁶⁸

Em suma, o AG considera que “o legislador da União rodeou a aplicação da decisão europeia de investigação de garantias destinadas a proteger os direitos das pessoas afetadas pelas medidas de investigação. Portanto, se um Estado-Membro optar, a este respeito, por não transpor a Diretiva 2014/41/UE, não adotar essas garantias e, por conseguinte, não respeitar o equilíbrio decorrente desta diretiva entre o caráter intrusivo das medidas de investigação e a possibilidade de as impugnar, não pode beneficiar do mecanismo da decisão europeia de investigação”.¹⁶⁹ Consequentemente, o Estado de emissão terá de garantir um direito à ação, de modo a permitir que uma pessoa visada por uma DEI possa impugnar as medidas de investigação solicitadas, com especial destaque para aquelas que assentam em meios tecnológicos altamente sofisticados e intrusivos.

4.2. O Artigo 48º da Carta

Para além disso, o Estado deve presumir que o arguido é inocente e garantir os direitos de defesa. Assim, consideramos que a observância de as garantias de processo criminal é especialmente importante nas fases referentes ao reconhecimento e a execução de uma DEI. Assim, urge analisar esta matéria à luz do artigo 48º da CDFUE, dado a conexão material com a DEI.

As garantias de processo criminal encontram-se no Artigo 48º da Carta

167 Ver os parágrafos nºs 18 e 19 do Acórdão no Processo 224/84, de 15 de maio de 1986.

168 Conclusões do AG Yves Bot no Processo C-324/2017, paragrafo nº 77.

169 Conclusões do AG Yves Bot no Processo C-324/2017, paragrafo nº 89.

que regula a presunção de inocência e os direitos de defesa. O nº 1 dispõe que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provado a sua culpa” e o nº 2 estabelece que “é garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”. De acordo com Flávia Loureiro e André Piton (2012, 545) “estão vertidos neste artigo dois princípios essenciais de garantia do individuo face ao exercício de determinado poder repressivo: a presunção de inocência e o respeito pelos direitos de defesa”.

Apesar da Carta não concretizar os “direitos de defesa”, Flávia Loureiro e André Piton (2012, 549) sustentam que o preceito deve ser lido tendo em conta o estatuído no terceiro paragrafo do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Assim, a expressão “direitos de defesa” abarca, de acordo com aqueles autores, os seguintes direitos: o direito de ser notificado da acusação em idioma que o acusado/arguido compreenda no mais curto tempo possível; o direito a dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da defesa; o direito a ter assistência de um defensor e no caso de insuficiência económica o direito de ser assistido, gratuitamente, por um defensor oficioso; o direito de interrogar as testemunhas da acusação, assim como convocar e interrogar as testemunhas apresentadas pela defesa nas mesmas condições que as testemunhas da acusação. Por último, o arguido tem o direito de ser assistido, gratuitamente, por um intérprete se não compreender ou não falar a língua usado no processo.

5. Conclusão

Em conclusão, as leituras opostas deste novel instrumento de cooperação judiciária refletem interesses claramente diferentes (Simonato, 2020). Por um lado, o Tribunal de Justiça da União Europeia optou por uma interpretação da Diretiva DEI no Processo Gavanozov que visa agilizar e facilitar a cooperação judiciária em matéria penal assente no princípio do reconhecimento mútuo (Pacheco, Castilhos & Barata, 2020, p. 30 e ss). Por outro lado, o Advogado Geral da União defende uma interpretação da DEI em linha com os direitos fundamentais, o que dificulta a referida cooperação. Assim, cabe ao legislador da União acompanhar este “equilíbrio instável” e eventualmente intervir se entender que não há uma proteção efetiva dos direitos fundamentais no quadro da decisão europeia de investigação. Para além desta questão, as autoridades judiciárias nacionais bem como os órgãos de polícia criminal estão vinculados à Constituição e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na medida em que todos os atos praticados ao abrigo do ato normativo que transpôs a Diretiva 2014/41/UE para o ordenamento jurídico português (i.e., a Lei nº 88/2017) devem observar os direitos fundamentais em geral e as garantias de processo criminal em particular aquando da tomada de decisão em matéria de execução deste mecanismo de cooperação judicial em matéria penal.

Referências

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHOS, Daniela, PACHECO, Fátima & BARATA, Mário Simões. Comentário ao Processo C-324/17, Gavanzov, 24 de outubro de 2019: O princípio do reconhecimento mútuo versus Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica Portucalese**, (28), 2020, 30–58. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21652>

COSTA, Miguel João & ABRANTES, António Manuel. Os Desafios da Inteligência Artificial da Perspetiva Transnacional: A Jurisdição e a Cooperação Judiciária. Em Anabela Miranda Rodrigues (ccord.), **A Inteligência Artificial no Direito Penal** (163-218). Coimbra. Almedina, 2019.

GUIMARÃES, Ana Paula, CASTILHOS; Daniela & BARATA, Mário Simões. O conceito de “autoridade judiciária de emissão” a partir dos Processos apensos C-508/18 e C-82/19 PPU (Caso Parquet de Lübeck) e eventuais ecos na Decisão Europeia de Investigação em Portugal. **Revista Jurídica Portucalese**, (28), 2020, 4–29. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21638>

LOUREIRO, Flávia Norversa & PITON, André. Artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa. Em A Silveira & M. Canotilho (coord.), **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada** (545-552). Coimbra: Almedina, 2013.

MESQUITA, Maria José Rangel. Artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial. Em A. Silveira & M. Canotilho (coord.), **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada** (545-552). Coimbra: Almedina, 2013.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMOS, Vania Costa. Meios Processuais de Impugnação da Directiva Europeia de Investigação – Subsídios para a Interpretação do Artigo 14º da Directiva com uma Perspectiva Portuguesa. **Revista Anatomia do Crime**, 7, 2018, 113-173.

SIMONATO, Michele. Mutual recognition in criminal matters and legal remedies: The first CJEU judgment on the European Investigation Order. **European Law Blog**, 1 April 2020. Mutual recognition in criminal matters and legal remedies: The first CJEU judgment on the European Investigation Order – European Law Blog

TRIUNFANTE, Luis de Lemos. **Manual de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**. Coimbra: Almedina, 2019.

TRIUNFANTE, Luis de Lemos. Admissibilidade e Validade da Prova na Decisão Europeia de Investigação. **Julgar Online**, Abril, 2018, 1-34.

NOVAS TECNOLOGIAS E JUSTIÇA CRIMINAL: A MESCLAGEM DE BANCO DE DADOS GERIDOS PELO EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO EM PROL DO BANCO MULTIBIOMÉTRICO

Raissa de Cavassin Milanezi

Raissa de Cavassin Milanezi

Bacharela em Direito na Faculdade de Direito de Curitiba, pós-graduada em Ciências Criminais, pós-graduada em Direito, Tecnologia com ênfase em proteção de dados. Presidente da Comissão da Advocacia Criminal da OAB-Colombo/PR.

Resumo:

O trabalho terá como objeto de pesquisa o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais (BNMID) que fora criado para coleta de dados de íris, face, voz e impressão digital para subsidiar investigações criminais e promover a identificação criminal. Esse Banco além de coletar novas informações mesclará dados do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Tribunal Superior Eleitoral e dos Institutos de Identificação. O objetivo da pesquisa analisar o BNMID, apurando se é possível a mesclagem de dados coletados com finalidade diversa da informada ao usuário, disso se extrai a relevância temática. A metodologia utilizada será a análise bibliográfica. Como hipótese tem-se que a referida mesclagem é inconstitucional e viola a presunção de inocência, a não autoincriminação, os direitos de personalidade, especialmente os direitos de liberdade e privacidade. A mesclagem de dados do TRE é contraproducente, vez que o fornecimento de dados biométricos é condição para o voto no Brasil.

Palavras-chave: Banco de perfil multibiométrico e de impressões digitais; Proteção de dados em âmbito penal; LGPD Penal.

Ensaio iniciais

O Pacote Anticrime aprovado pelo presidente da República Jair Messias Bolsonaro é fruto de um Estado de maximização do Direito Penal, do movimento Lei e Ordem, que acredita que a lógica punitivista constitui meio adequado para o combate à criminalidade. Entretanto, de acordo com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDD), o conjunto legislativo não cumpre a promessa de enfrentar a questão da criminalidade e ainda tende a agravar pro-

blemas como o superencarceramento.

O Pacote de medidas Anticrime é fruto de uma elaboração antidemocrática, na medida em que fora feito e promulgado sem discussão da comunidade jurídica, acadêmica, de especialistas na área da segurança pública e da política criminal. O conjunto de alterações não se preocupou com questões elementares que importunam a comunidade, como por exemplo, com a superlotação do sistema carcerário brasileiro - que já foi reconhecido por um estado de coisa inconstitucional, nos termos da ADPF n.º 347/STF.

A criação do Banco Multibiométrico e de Impressões Digitais (BPG-MID) é fruto de tal Pacote, feito pelo ex-ministro Sérgio Moro. Com a promulgação e vigência das alterações legislativas, desde o ano de 2019 o Ministério da Justiça e Segurança Pública brasileiro está autorizado a criar o referido banco de dados, nos termos do art. 7º-C, da Lei n.º 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal) para coleta e mesclagem de informações da população brasileira, sob a pífia justificativa de que tais dados auxiliarão na taxa de elucidação dos crimes.

A legislação que prevê o novo Banco de dados anuncia que o objetivo dele é o de armazenar informações de registros biométricos e, quando possível, dados de íris, face e voz, para (i) subsidiar investigações criminais federais, estaduais, distritais e (ii) identificação criminal, nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei ora analisada. Além da coleta, dados do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive dados do Tribunal Superior Eleitoral e dos Institutos de Identificação Civil poderão integrar o Banco supracitado mediante convênio.

A referida legislação apenas se preocupou em mencionar que é vedada a comercialização de dados e que os materiais coletados terão caráter sigiloso, sendo que aquele que permitir ou promover a utilização do Banco para fins diversos dos previstos na Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LVIII já dispunha que o civilmente não identificado será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei – que são restritas. Entretanto, a novidade introduzida com o pacote Moro é a regra da coleta de dados para presos provisórios ou definitivos além da identificação criminal. Assim, na prática, uma pessoa que foi alvo de uma investigação criminal, ou seja, que não é considerada culpada, poderá ter seus dados coletados em prol do BPGMID e tais dados poderão ser utilizados para subsidiar uma investigação criminal.

De tudo isso se extrai a violação ao princípio da presunção de inocência, ao direito da não autoincriminação, aos direitos de personalidade, a outros princípios e direitos conquistados ao longo da secularização, em claro prejuízo ao princípio da vedação do retrocesso. O armazenamento de dados de pessoas inocentes e de qualquer potencial eleitor é alvo de crítica pela doutrina, exceto por alguns membros da academia, normalmente de Promotores de Justiça ou outros agentes ligados ao aparato de persecução criminal, que defendem a utilização dessa política sob a justificativa de que é salutar para o

combate à criminalidade.

Na prática, tem-se que qualquer pessoa com cadastro eleitoral ou no instituto de identificação poderá ter sua impressão digital e outros dados compartilhados em prol do BPGMID para subsidiar investigações criminais. Assim, em que pese a legislação tenha alterado a Lei de Identificação Criminal, o texto legal prevê a utilização desses dados em prol da persecução criminal, deixando evidente que a finalidade da Lei n.º 12.037/2009 não tem por escopo apenas o de identificar civilmente outrem.

O uso cada vez maior da tecnologia preocupa o mundo, no Brasil, isso não é diferente, vivemos a era da tecnologia da vigilância em que fornecemos nossos dados diariamente para empresas e para o próprio Estado, já que até mesmo para exercer o direito ao voto precisamos fornecer nossos dados biométricos durante o período de cadastramento eleitoral.

Para o Estado a manutenção e coleta dos dados anunciados é importante do ponto de vista do controle social, pois o importante é saber absolutamente tudo sobre a vida privada, “*onde vamos, com quem falamos que livros lemos, que filmes e peças de teatros assistimos, com que banco operamos*”,¹⁷⁰ tanto é que a legislação editada com o Pacote Anticrime é fruto disso, da vigilância através do controle extremo, já que até mesmo a imagem da face de outrem será armazenada para o combate ao crime. Entretanto, no Brasil e em nível infraconstitucional o que preocupa o Estado é a proteção dos consumidores, ou seja, daqueles que fazem a economia “girar”, eis que recentemente fora aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD Cível), que excluiu a aplicação dela para matéria criminal, dando proteção apenas ao mercado de consumo – não se olvida a importância disso, apenas se destaca a ausência de preocupação do Estado em relação a população carcerária.

No cenário Constitucional existe uma proposta de emenda à Constituição Federal, que fora aprovada pelo Senado para reconhecer de maneira explícita a proteção de dados como direito fundamental, já que segundo o professor Ingo Sarlet tal direito é reconhecido de maneira implícita pela Carta Magna de 1988.

O estudo em tela se preocupa com a coleta desses dados e a proteção deles, eis que se tratam de dados sensíveis e porquanto cresce exponencialmente no Brasil e no mundo os casos de vazamento de dados. O uso de tecnologia de vigilância já está sendo implementado na persecução criminal no Brasil e mundo afora, a título exemplificado, tem-se o uso de reconhecimento facial utilizado pela polícia de Washington durante o movimento Black Lives Matter, em que a polícia logrou êxito em identificar um manifestante que agrediu um policial graças ao reconhecimento facial feito em um vídeo compartilhado no Twitter – a base de dados utilizada para localizar o suspeito foi a disponível em um sistema de reconhecimento facial da polícia local. O episódio gerou discussão nos EUA, na medida em que o uso desse tipo de

170 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão Criminal: la palabra de los muertos**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 269.

tecnologia é historicamente ligado com viés de preconceito racial e de gênero – e esse não é o único episódio de software que possui viés discriminatório, tal qual como ocorreu no caso Eric Loomis, programa COMPAS. Em que pese tais tecnologias já tenham sido utilizadas no Brasil, elas ainda não são massivas, mas as alterações legislativas descritas também foram introduzidas com tal escopo, sendo evidente a importância de estudos como o presente, na medida em que tal temática precisa ser discutida pela academia.

Na sociedade tecnológica se faz necessário pensar e efetivar a proteção de dados pessoais, sob pena de inobservância aos direitos fundamentais e retrocesso na pauta dos direitos humanos. Frisa-se que o Estado também se submete aos Direitos Humanos e constitui o principal ator para proteção do direito subjetivo à proteção de dados, mormente porque, como exposto, ainda que de maneira implícita ou explícita, a proteção de dados constitui um direito fundamental previsto na Carta Magna brasileira.

Coleta de dados e Lei Geral de Proteção de Dados

O Banco de dados Multibiométrico e de Impressões Digitais segundo enunciado no art. 7º, C, da Lei de Identificação Criminal, tem por escopo o de auxiliar na (i) identificação criminal e (ii) subsidiar investigação criminal federal, estadual ou distrital. Em relação a investigação criminal, a justificativa dada pelo Governo é o de que tais dados são essenciais para condução de uma investigação mais técnica e científica,¹⁷¹ já no que concerne à identificação criminal, seu objetivo anunciado é tão somente o de identificar civilmente outrem, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal.

Em relação a pura identificação criminal, a doutrina não tece muitas críticas, porque o rol para tal ato é taxativo e tem previsão constitucional, mas especialmente porque tal material não será utilizado como prova para condenar outrem, servindo apenas, como o nome já diz, para identificar civilmente aquele sujeito. No entanto, a utilização de dados de íris, face, voz e digital coletada de presos provisórios ou definitivos, quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal é alvo de críticas, eis que conduz a identificação daquele que já é civilmente identificado, tornando a coleta dos dados citados a regra no sistema criminal de justiça. Além disso, outra crítica feita pela doutrina é a de que tal coleta e utilização do material em desfavor do próprio titular dos dados viola o princípio do *non tenetur se deterege* quando utilizado em desfavor do acusado da prática de ilícito penal, já que constitui direito do processado a não produção de provas em seu desfavor.

No que concerne a coleta de dados de presos provisórios, uma das críticas feitas pela doutrina é a de que tal previsão viola a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), justamente porque se extrairá e armazenará dados hu-

171 BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime adequada legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-1549284631.06>>. Acesso em 19 nov. 2021.

manos com a dispensa do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Além da violação ao princípio da presunção de inocência, a mesclagem de dados dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo TSE e pelos Institutos de Identificação é inconstitucional, tendo em vista o direito à privacidade, sem olvidar que a alteração legislativa promovida na Lei de Identificação Criminal fora indevida ao tratar de matéria da investigação, quando o objeto daquela lei não é a investigação criminal, mas tão somente a identificação criminal – que não se confundem.

Denota-se como alarmante a mesclagem de dados do TSE e dos Institutos de Identificação para fins de investigação criminal, já que aqueles que disponibilizaram seus dados para exercer o direito ao sufrágio e ter acesso à vida civil não autorizaram a mesclagem de suas informações. A disponibilização de dados de impressão digital e de face são condicionantes para que qualquer brasileiro vote e tenha acesso à cidadania¹⁷² mínima, já que no Brasil para que uma pessoa consiga se matricular em uma Escola, por exemplo, ela precisa fornecer seus dados de identificação civil, o que ocorre, dentre diversas vias, através da apresentação do registro geral (RG). Ora, o cidadão não pode ficar refém do Estado, que se apropria de dados pessoais sem autorização legal e claramente viola os limites da razoabilidade, necessidade e da privacidade.

A coleta dos referidos dados será e está sendo feita para implementação de políticas públicas duvidosas que resultarão em (mais) vigilância através do uso de novas tecnologias. Assim como as pessoas são dotadas de dogmas e vieses, a tecnologia não é neutra, haja vista que ela é alimentada por pessoas e reflete o contexto histórico, social e institucional de um país e em razão disso que discutir acerca da captação de novos dados é salutar para o fortalecimento social, haja vista que tecnologias estão e serão implementadas na persecução criminal brasileira.

A frase de Clive Humby de que “dados são o novo petróleo” é profetizada como um mantra, afinal de contas, segundo dados da Forbes/2020, as marcas mais valiosas do mundo são do ramo da tecnologia, quais seja, Apple, Google e Microsoft. Nesse sentido, o Pacote Anticrime anuncia que os dados são relevantes não somente para as empresas, pois é nítido por legislações como a editada pelo ex-ministro Moro a de que os governos também querem coletar, armazenar e tratar dados de sua população para a persecução penal.

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, o uso de dados colhidos no passado fere o princípio da autodeterminação informativa¹⁷³,

172 Entendida como uma condição de quem possui direitos políticos, sociais e civis.

173 “O direito à autodeterminação informativa surge como um desmembramento do direito à privacidade, com o escopo de tutelar de forma mais efetiva o conjunto de dados considerados pessoais dos cidadãos, garantindo-lhes o controle.” MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo Direito fundamental para proteção de dados pessoais no Brasil**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11702/1571>>.

já que tais dados poderão ser pleiteados pela autoridade policial e pelo Ministério Público no caso de inquérito ou ação penal instaurados, nos termos do art. 7, § 11. Em apertada síntese, do princípio da autodeterminação informativa decorre o poder de autodeterminar-se sobre a revelação e utilização de seus (próprios) dados pessoais. A utilização de dados (pessoais) de cidadãos à revelia de seu consentimento/conhecimento expresso viola o direito fundamental à proteção de dados pessoais e ao princípio da autodeterminação informativa.¹⁷⁴

Ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n.º 13.709/2018, não se aplique para (a) segurança pública; (b) defesa nacional; (c) segurança do Estado; ou (d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, é certo que ela trouxe um novo paradigma no cenário moderno, na medida em que passou a reconhecer de forma positivada o direito à privacidade. O direito à proteção de dados é de extrema importância, não porque protege dados, mas sim porque protege as pessoas às quais aqueles dados se relacionam.

Na legislação brasileira o direito à proteção de dados armazenados pelo Estado é deficiente se comparada com a União Europeia, que dá guarida aos cidadãos quanto a possíveis violações feitas pelo próprio Estado – o que é salutar para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, qual seja, o de limitar o poder do Estado contra ações que violem os (próprios) direitos humanos – função negativa ou defensiva.¹⁷⁵ Em que pese não exista legislação específica em relação a proteção de dados utilizadas pelo Estado na persecução penal, alguns advogam pela inconstitucionalidade do art. 4º, III, a, b e b, da LGPD Cível. Outros, entendem que é salutar uma legislação específica para tratar das matérias que foram excluídas pela lei¹⁷⁶. Entretanto, tal discussão não afasta a necessidade de proteção aos dados pessoais, especialmente a dados humanos sensíveis, como é o caso da face, íris, digital, DNA e outros.

Como cerne da questão tem-se o regime de vigilância constante, eis que os tais dados poderão ser utilizados para motivos não declarados, notoriamente com o fito discriminatório, o que é típico do Direito Penal, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, a aprovação da LGPD Penal é importante para a proteção efetiva dos dados pessoais utilizados pela administração pública na condução da persecução penal. Se faz necessário estabelecer limitações ao Poder do Estado, criando obrigações ao controlador dos dados pessoais sensíveis, tendo em vista que quanto maior a

174 Nesse sentido, oportuno destacar que o STF já reconheceu que a proteção de dados e o princípio da autodeterminação informativa são direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira, sendo que tais direitos servem para reforçar o cidadão contra a intervenção do Estado, conforme entendimento proferido na Adin 6993, Relatoria da Ministra Rosa Weber, julgamento realizado em 07/05/2020, publicado no diário eletrônico 270.

175 HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alana. **O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável.** Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1787/591>>. Acesso em 10 nov. 2021.

176 Nesse sentido, tem-se o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio.

coleta de informações, armazenamento e tratamento de dados, maior será a responsabilidade do controlador.

Por fim, importante mencionar que existem no Brasil outros bancos de dados que auxiliam na persecução criminal, como por exemplo o Banco de Perfil Genético, que coleta dados de DNA, nos termos da Lei de Execuções Penais. Tal Banco já é alvo de pedido judicial para reconhecimento de sua inconstitucionalidade, dentre às diversas críticas feita ao banco de dados citado acima é o de que ele viola os direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar. Em um paralelo com o BPGMID tem-se as mesmas violações, conforme já exposto. Entretanto, em relação a coleta de DNA, em três anos o crescimento do número de cadastramento de material genético cresceu 14 vezes, o que demonstra que o Estado, por meio da Secretaria de Segurança Pública acredita que tal Banco auxiliará em investigações criminais, mormente porque o Ministério já investiu cerca de 150 milhões para coleta desses dados.

Considerações finais

O Direito Penal precisa acompanhar as novas tecnologias, porém, a condicionante é que a Constituição Federal seja respeitada. A referida legislação nos moldes em que se encontra é inconstitucional e demonstra o ambiente punitivista que estamos vivendo, em que o Estado quer controlar através da constante vigilância a população.

A LGPD em vigor não se aplica para persecução criminal e o conjunto de alterações legislativas advindas com o Pacote Anticrime não se preocupou com a proteção de dados, conforme demonstrado ao longo da presente análise. Entretanto, isso não exime a responsabilidade do Estado pelo armazenamento de dados.

O armazenamento de informações de qualquer pessoa que passa pela malha punitivista não pode conduzir a automática coleta de informações humanas, especialmente o armazenamento de informações de face, justamente porque é uma das partes do corpo mais expostas e sabemos que diversos crimes são imputados a base do reconhecimento fotográfico – mesmo após mudança jurisprudencial do STF.

Se dados que armazenam o propenso mercado de consumo são sensíveis, dados de pessoas que são atingidas pela malha seletiva do Direito Penal são mais ainda, dada a vulnerabilidade dessas pessoas, já que segundo informação do Fórum de Segurança Pública de 2021, grande parte das pessoas atingidas pelo sistema carcerário são de pessoas pretas (66,3%)¹⁷⁷ e com baixo grau de escolaridade.

Em razão da análise feita, conclui-se que o cotejo de alterações legislativas viola o direito à privacidade, a autodeterminação e os direitos de personalidade, sem olvidar da violação ao princípio da presunção de inocência

¹⁷⁷ Relatório do Fórum de Segurança Pública do ano de 2021.

pela coleta de dados de presos provisórios e a violação ao princípio da não autoincriminação ao utilizar contra o titular seus próprios dados durante a persecução criminal.

A mesclagem de Banco de Dados, especialmente de dados eleitorais, é incompatível com a Constituição Federal quando utilizados para persecução penal como fonte de prova, já que o cadastramento biométrico é obrigatório para que o brasileiro exerça seu direito ao voto. Da mesma forma, entende-se como patente a violação ao princípio da autodeterminação e do direito à privacidade a mesclagem de dados dos Institutos de Identificação e dos Poderes do Estado, justamente porque não houve consentimento do titular daqueles dados para que o Estado realize a mesclagem em prol da persecução.

Referências

BRASIL. Gov.br. **Bancos de perfis genéricos de condenados chega à marca de 100 mil registros**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2021/11/banco-de-perfis-genericos-de-condenados-chega-a-marca>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. **A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/74454>>. Acesso em: 31 ago. 2021. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v66i2.74454>>.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime adequa legislação à realidade atual e torna o cumprimento de penas mais eficiente**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/collective-nitf-content-1549284631.06>>. Acesso em 19 nov. 2021.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2021.

GUADAGNIN, Renata; JUNG, Luã. **Internet, Direito e Filosofia: leituras interdisciplinares**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alana. **O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável**. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1787/591>>. Acesso em 19. nov. 2021.

INSIDER, **Police used facial recognition tech on a Twitter vídeo to find and charge a Lafayette Square protester with assault**. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/police-facial-recognition-twitter-video-protester-lafayette-square-assault-2020-11#:~:text=Police%20used%20facial%20recognition%20tech,Lafayette%20Square%20protester%20with%20assault&text=Court%20documents%20spotted%20by%20the,at%20Lafayette%20Square%20in%20June>>. Acesso em 19. nov. 2021.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Pacote Anticrime não é capaz de cumprir promessa de enfrentar a criminalidade.** Disponível em: < <https://iddd.org.br/pacote-anticrime-nao-e-capaz-de-cumprir-promessa-de-enfrentar-a-criminalidade-e-ainda-tende-a-agravar-problemas-como-superencarceramento/>>. Acesso em 19. nov. 2021.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Livro eletrônico. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo Direito fundamental para proteção de dados pessoais no Brasil.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/acad-net/anais/index.php/sidspp/article/view/11702/1571>>. Acesso em 19. nov. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime:** Tripartido em três Projetos conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodivm, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão Criminal: la palabra de los muertos.** Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 269.

O CRIME NA FAIXA DE FRONTEIRA

Silmara Cosme Cravo

Silmara Cosme Cravo

Doutoranda em Geografia Humana na Universidade de São Paulo. Advogada. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Engenheira Eletrônica pela Faculdade de Engenharia Industrial. Teóloga pelo Centro Universitário Assunção.

Resumo:

Território é um dos elementos do Estado e categoria geográfica associada à divisão política dos países no mundo. Fronteira é uma área, comporta trocas entre os países. Limite é conceito jurídico, aí termina a soberania do Estado. Faixa de fronteira é a largura de 150 quilômetros que corre ao longo da fronteira terrestre do Brasil por 16.866 quilômetros. Problema da fronteira é o crime. Num extremo, a vocação ao crime surge do cerceamento ao desenvolvimento na faixa de fronteira que alicia os vulneráveis às espécies delituosas; noutro extremo, quem não é privado de condições e adere ao crime, o faz num exercício de liberdade de escolha. Organizações criminosas são engendradas aos moldes empresariais e a demanda do comércio ilícito transcende da fronteira para ser consumido nos centros urbanos. Problema de ordem escalar é a concertação entre os níveis político, estratégico, tático e operacional que envolve órgãos – aí as Forças Armadas - na atuação interagências de combate ao crime.

Palavras-chave: Faixa de fronteira; Crime; Comércio ilícito; Forças Armadas; Interagências.

Justificativa: interesse por temas multidisciplinares.

Objetivo: entender o valor geopolítico da fronteira; e o mecanismo do crime aí cometido.

Metodologia: qualitativa, quanto à abordagem; explicativa, quanto ao resultado. Método indutivo, quando do início da investigação, cuja conclusão não estava presente na premissa maior. Da geografia, tem-se a análise integrada de fatores e variáveis no tempo e no espaço. Pesquisa bibliográfica. Esteio na Lei Maior, normas atuais e de outrora.

Importância do tema: o Brasil é um país que optou por instituir e manter o conceito de faixa de fronteira como medida a salvaguardar seu enorme território confinante aos dez países vizinhos da América do Sul, com os

quais faz fronteira. É o território um dos elementos do Estado (DALLARI, 2016) e categoria geográfica associada à distribuição política dos países ao redor do mundo. A teoria da regionalização se consubstanciou na divisão do Brasil em regiões; dentro de cada região, mais de um estado compõem-na. Ao longo da extensão fronteiriça brasileira têm-se dez países vizinhos: Uruguai, Argentina, Paraguai, Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa *vis-à-vis* a onze estados brasileiros: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá. Na América do Sul, o Brasil faz fronteira com todos os países aí, exceto com o Equador e Chile (Figura 1). A fronteira terrestre brasileira é a terceira maior do mundo, quase 17.000 quilômetros de extensão, somente em posição inferior às fronteiras terrestres da China e da Rússia.

Figura 1 – Mapa político do Brasil elaborado pela autora



Fronteira é uma área onde há trocas entre os países. Limite é imposto pelo Estado, aí termina sua soberania. A manutenção do conceito de faixa de fronteira tem sentido em vigor no tempo devido à importância do número de países com os quais o Brasil se avizinha e devido à massa territorial que o país possui. Inviável a aplicação do conceito faixa de fronteira para países cuja geografia seja análoga àquela do Chile, ou de Portugal.

Faixa de fronteira e amparo normativo:

o conceito de faixa de fronteira nasce no período do Brasil Imperial. A Lei de Terras do Império, Lei n° 601, de 20-09-1850, dispunha:

Art. 1º. - Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente (BRASIL, 1850).

Uma légua terrestre antiga equivalia a 6,6 quilômetros. A primeira entre as faixas de fronteira disciplinadas no ordenamento jurídico correspondia à grandeza de 66 quilômetros.

A primeira Constituição da República, de 24-02-1891, (BRASIL, 1891), recepcionou a Lei de Terras. Em 1934, o texto do artigo 166 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 16-07-1934, foi o seguinte:

Art.166 - Dentro de uma faixa de cem quilômetros ao longo das fronteiras, nenhuma concessão de terras ou de vias de comunicação e a abertura destas se efetuarão sem audiência do Conselho Superior da Segurança Nacional, estabelecendo este o predomínio de capitais e trabalhadores nacionais e determinando as ligações interiores necessárias à defesa das zonas servidas pelas estradas de penetração (BRASIL, 1934).

Essa redação abriu possibilidade para duas interpretações distintas: i) a Constituição de 1934, no art. 166, havia criado a faixa de segurança nacional de 100 quilômetros que coexistia com a faixa de fronteira, de 66 quilômetros; ou ii) a faixa de fronteira a qual aludiu a Lei n° 601, de 1850, fora alterada em sua dimensão. Portanto, consoante a interpretação dada por alguns à época, a segunda entre as diferentes faixas de fronteira regidas pelo ordenamento jurídico correspondia à largura de 100 quilômetros.

Em 1937, com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10-11-1937, com a redação dada pelo seu artigo 165, tem-se a faixa de segurança nacional ampliada para 150 quilômetros. Por seu turno, a faixa de fronteira permanecia com a dimensão primitiva, ou seja, 66 quilômetros. Ei-lo:

Art. 165 - Dentro de uma faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo das fronteiras, nenhuma concessão de terras ou de vias de comunicação poderá efetivar-se sem audiência do Conselho Superior de Segurança Nacional, e a lei providenciará para que nas indústrias situadas no interior da referida faixa predominem os capitais e trabalhadores de origem nacional.

Parágrafo único - As indústrias que interessem à segurança nacional só poderão estabelecer-se na faixa de cento e cinquenta quilô-

metros ao longo das fronteiras, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, que organizará a relação das mesmas, podendo a todo tempo revê-la e modificá-la (BRASIL,1937).

Continuou a coexistência das duas faixas, a saber, a faixa de fronteira de largura de 66 quilômetros, bem como a faixa de segurança nacional, outrora de 100 quilômetros, mas daquele momento em diante correspondente a 150 quilômetros.

A Lei nº 2.597, de 12-09-1955, estipulava no artigo 2º:

Art. 2º- É considerada zona indispensável à defesa do país a faixa interna de 150 (cento e cinquenta) quilômetros de largura, paralela à linha divisória do território nacional, cabendo à União sua demarcação (BRASIL, 1955).

Mérito seja dado à redação da Lei nº 6.634, de 02-05-1979, que espancou qualquer dúvida a respeito da faixa de segurança nacional e da faixa de fronteira.

Art. 1º. - É considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira (BRASIL, 1979).

Portanto, a última entre as faixas de fronteira disciplinadas no ordenamento jurídico corresponde aos 150 quilômetros de largura. Combinam-se à Lei nº 6.634, de 02-05-1979, o Decreto nº 85.064, de 26-08-1980, que dispõe sobre o Conselho de Segurança Nacional (BRASIL, 1980) e a Constituição da República, de 05-10-1988. Reza o artigo 20 da Constituição da República, de 05-10-1988, *caput*; e § 2º:

Art. 20. São bens da União:

§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei (BRASIL, 2020).

A faixa de fronteira recentemente recebeu tratamento diferenciado que beneficia os estados e os municípios assentados ao longo dela; trata-se da Política Nacional de Desenvolvimento Regional PNDR, disciplinada pelo Decreto nº 9.810, de 30-05-2019, cujo art. 5º, § 1º, inc. I dispõe a respeito (BRASIL, 2019a). Outras disposições normativas surgem para promover o desenvolvimento econômico. O Decreto nº 6.047, de 22-02-2007, refere-se expressamente à faixa de fronteira (BRASIL, 2007), bem como documentos do Ministério da Integração Nacional (BRASIL, 2005; BRASIL, 2009).

O crime na faixa de fronteira:

A despeito das políticas de fomento econômico às áreas fronteiriças, o crime subsiste. “Para os criminosos, as fronteiras criam oportunidades de negócio e escudos convenientes; no entanto, para os funcionários do governo que os caçam, as fronteiras são frequentemente obstáculos intransponíveis” (NAÍM, 2006, p. 18). A prática dos delitos fronteiriços é agravada se houver repetição das condições propícias a ela - além do Brasil - também no país vizinho. A correspondência dessa realidade no país confrontante promove a recidiva criminal na fronteira dos dois ou três lados, conforme seja dúplice ou tríplice fronteira, ao mesmo tempo em que é ingrediente catalisador do crime como “business”. Organizações são engendradas aos moldes de empresas e têm no crime o objeto. Os tipos penais da fronteira são o abigeato, tráfico de arma de fogo, acessórios e munições; de drogas, e de pessoas. Crimes ambientais. Tráfico internacional de plantas e de animais. Pirataria, biopirataria. Homicídio. Furto de veículo automotor e carga. Contrabando, descaminho. Evasão de divisas.

No presente momento, não vislumbramos que haja ameaça externa que convoque as Forças Armadas à Defesa do país, por isso somos da opinião que o maior problema na fronteira é o crime, esse fato típico e antijurídico cuja definição não está contemplada no Código Penal Brasileiro. O produto do crime não se limita à fronteira: ele irradia - a partir da dela - fatos que serão consumados nos grandes centros urbanos (Rio de Janeiro, São Paulo, Campo Grande etc.), locais estes de consumo do ilícito que obteve sucesso em vencer a resistência exercida nas fronteiras brasileiras.

O crime é um grande negócio sujeito aos ditames da gestão empresarial. Essa constatação mitiga nosso entendimento determinista de outrora de concebiam o crime como consequência da mazela social, tão somente. Quem não é privado de condições e adere ao crime, o faz num exercício de liberdade de escolha. O crime organizado, o modo de gestão que o impulsiona e promove o fomento ao negócio ilícito são fenômenos disruptivos. A dimensão jurídica se sobrepõe a dimensão econômica do crime. Algures, há uma crescente demanda para os produtos advindos do mercado ilícito.

O combate à criminalidade na fronteira e a concertação interagências:

A política aplicada à prevenção ao crime na faixa de fronteira do Brasil passa por altos e baixos ao sabor dos expoentes do Poder Executivo que assumem o cargo. Assim, não raro é que haja uma reviravolta na percepção do crime e de como o enfrentar, sob o ponto de vista político. O tema é tratado como Política de Governo quando deveria ser tratado com foros de Política de Estado. Dessa forma, ter-se-ia posicionamentos menos efêmeros no combate à ilicitude transfronteiriça.

A envergadura da problemática é de ordem escalar entre os níveis po-

lítico, estratégico, tático e operacional. Político, criticamo-lo acima. Difícil é assegurar que haja decisão estratégica perene que venha do alto escalão àqueles inferiores. A harmonização entre o tático e o operacional, no entanto, flui com bastante consonância entre eles.

Disso decorre a falta de coordenação e integração entre as diversas instituições que agem na fronteira. Dito de outra maneira, ainda que o diálogo entre o tático e o operacional seja bom e permaneça mantido, há uma ausência de interlocução interagência no patamar mais elevado, seja no nível estratégico, seja naquele outro acima dele – o político. A atuação interagências não prescinde da participação das Forças Armadas no esforço de combate ao crime. Combina-se a atuação conjunta entre as Forças Armadas, a Polícia, a Receita Federal e os demais órgãos do naipe da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Aviação Civil, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente etc.

Integrar a faixa ao todo inteiriço que é o imenso território brasileiro é propósito das Forças Armadas. O Exército Brasileiro promoveu programas como o Calha Norte e projetos como o SIVAM – Sistema de Vigilância da Amazônia - como medidas para alcançar a vivificação, ocupação, integração, monitoramento e vigilância da fronteira brasileira. Trata-se de característica do Estado desenvolvimentista quando do reingresso do país ao Estado Democrático de Direito (depois que findou o regime militar que durou de 1964 a 1985).

Posiciona-se o governo para combater a criminalidade na fronteira: são iniciativas a do Ministério da Justiça e Segurança Pública que criou a Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras, na gestão Rousseff (BRASIL, 2011); outra no governo Temer, o Decreto nº 8.903, de 16-11-2016, que criou o Programa de Proteção Integrada de Fronteira (BRASIL, 2016); e na administração Bolsonaro, o Decreto nº 9.818, de 03-06-2019, que organiza a administração pública federal para atuar na fronteira (BRASIL, 2019b).

O poder de polícia das Forças Armadas na fronteira tem fundamento não em lei ordinária: trata-se de Lei Complementar à Constituição da República, a Lei nº 97. Ela dispõe:

Art. 16 A:

(...) cabe às Forças Armadas (...) na faixa de fronteira (...) agirem com poder de polícia para reprimirem delitos transfronteiriços (BRASIL, 1999).

Locais na faixa de fronteira nos quais nenhum outro órgão de segurança pública chega, cabe às Forças Armadas atuarem coercitivamente, com poder de polícia, na repressão dos crimes transfronteiriços.

Conclusão

As correlações entre geopolítica, geoestratégica e os sistemas de poder

defrontam as forças socioinstitucionais entre miséria, pobreza, desenvolvimento, criminalidade e o poder nacional sobre o território responsável por formular estratégias políticas de segurança pública e defesa.

Se num extremo, a vocação ao crime surge por cerceamento às opções de modo de vida lícito, à escassez de desenvolvimento na faixa de fronteira que alicia os mais vulneráveis à traficância e outras espécies delituosas; no outro extremo, quem não é privado de condições de se desenvolver, que tem acesso ao engajamento em atividades lícitas e ainda assim se inclina ao crime, demonstra que aderir a ele é possibilidade, uma forma de liberdade de escolha. Organizações criminosas são concebidas e mantidas aos moldes de pessoas jurídicas, extremamente organizadas para fazer vingar o crime como seu objeto. Da fronteira, o ilícito irradia para ser consumido em lugares remotos, grandes centros urbanos que demandam cada vez mais da engenhosidade criminoso pronta para transgredir os controles fronteiriços e alcançar seu propósito. No embate entre licitude e ilicitude, não há que se negar que o crime está entranhado – cada vez mais e mais - na trama, na tecitura social brasileira. As interações, em concertação umas com as outras, cerceiam a atuação criminosa. E assim vai num crescendo, numa escalada de agressividade tanto na ação do crime, quanto na repressão dele, na faixa de fronteira brasileira.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Apresentação da ENAFRON**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/audiencias-publicas/2011/acompanhar-e-esclarecer-as-aco-es-e-dificuldades-encontradas-para-prover-a-devi-da-protecao-as-fronteiras-brasileiras-1/apresentacao-enafron>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 106/2020. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.047, de 22 de fevereiro de 2007**. Institui a política nacional de desenvolvimento regional - PNDR e dá outras providências. Decreto do Executivo, Brasília, DF, 22 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6047.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 8.903, de 16 de novembro de 2016.** Institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras, assinado a 16 de novembro de 2016. Decreto do Presidente da República, Brasília, 16 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8903.htm#art9>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.810, de 30 de maio de 2019.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Regional. Decreto do Presidente da República, Brasília, 30 mai. 2019a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9810.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.818, de 03 de junho de 2019.** Altera o Decreto nº 8.903, de 16 de novembro de 2016, que institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras e organiza a atuação de unidades da administração pública federal para sua execução. Decreto do Presidente da República, Brasília, 03 jun. 2019b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9818.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 85.064, de 26 de agosto de 1980.** Regulamenta a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, que dispõe sobre a Faixa de Fronteira. Decreto do Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 1980. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d85064.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999.** Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, 09 jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 601 de 20 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, 20 set. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim601.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 2.597 de 5 de julho de 1955.** Dispõe sobre zonas indispensáveis à defesa do país e dá outras providências. Decreto do Executivo, 5 jul. 1955. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2597impresao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.634 de 2 de maio de 1979.** Dispõe sobre a Faixa de Fronteira, altera o Decreto-lei nº 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e dá outras providências. Decreto do Executivo, Brasília, DF, 2 mai. 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6634.htm#art12>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira. **Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira.** Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005. Disponível em: <<http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2005-livro-PDF.pdf>>. Acesso em 29 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. **Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira PDF.** Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2009. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/publicacoes/2970-2/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NAÍM, Moisés. **Ílícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2006.

A CRIMINALIZAÇÃO DAS VIOLAÇÕES A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS EXPRESSOS, IMPLÍCITOS E DECORRENTES

José Cláudio Pavão Santana

José Cláudio Pavão Santana

Professor dos cursos de graduação e mestrado da Universidade Federal do Maranhão. Pós-doutoramento no “*Tus Gentium Conimbrigae*” – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco

Resumo:

Trata de proposta legislativa de proteção aos direitos humanos e fundamentais diante a reincidência de práticas dos Poderes da República que desalinham a estrutura dos direitos fundamentais com o descumprimento de previsões constitucionais, enfraquecendo a natureza compromissória da Constituição. A primeira, proposta de Emenda à Constituição para inserção disposição assecuratória de preservação da integridade dos direitos fundamentais expressos, implícitos e decorrentes, como cláusula de reserva democrática da Constituição, posto o descumprimento ser tipificado como crime contra o Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais. A segunda, no plano infraconstitucional, consubstanciado em norma procedimental específica que assegure o devido processo legal com suas garantias específicas.

Palavras-chave: Direitos humanos; Crimes; Estado democrático.

Introdução

O presente artigo aborda a proposta legislativa de criação de normas penais que criminalizem a violação a preceitos constitucionais expressos, implícitos e decorrentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A proposta possui berço na constatação empírica de reiteradas violações a normas (princípios, regras e postulados) que ganham, na certeza de impunidade pela autoproclamação de autoridade constituída, dimensões inaceitáveis no constitucionalismo contemporâneo. É preciso um freio aos excessos que se traduzem em descompromissos constitucionais.

É inaceitável que direitos e garantias sejam afastados sem cerimônia, sob

a aleatória releitura constitucional, alheia às decisões políticas da Assembleia Nacional Constituinte, gerando um fenômeno que (não seria excessivo afirmar) se configura no “constitucionalismo ocasional”, repleto de subjetivismo.

Impõe-se compreender a indispensável formatação de um sentimento constitucional, moldado na consciência da necessidade de vinculação e comprometimento que traduza os valores simbólicos que permeiam o texto constitucional não como figuras alegóricas, mas como tradução de identidade singular no universo em que gravitam tantas soberanias.

Não se pretende com a afirmação a imposição de um juízo indiferente às necessidades de transformações e mudanças, afinal as Constituições devem guardar o máximo de proximidade com a história de seu povo. Contudo, a sutileza com que muitas vezes o intérprete se pronuncia, a desdenhar de decisões legislativas, inclusive, outro resultado não produz senão a inegável insegurança jurídica, desafiando conquistas que se encontram integrando já o patrimônio de todos.

O discurso constitucional não deve ser abrigo a conformações edificadas em juízos ideológicos derrotados pela história, muito menos um cenário de autoritarismos em nome de vocações traduzidas em proposições semânticas falaciosas. É uma imposição a responsabilidade institucional, o que exige atenção, prudência, compreensão, compromissos com o quadro que dá vida à obra constitucional.

O universo constitucional se compõe por elementos pertencentes e pertinentes, categorias que podem até ser reunidas no mesmo espaço, mas com destinações diversas. Onde identificá-los? É o que se pretende responder.

Pois bem, dentre as tarefas de mediação entre texto e contexto, o que anuncia a Constituição e sua aplicação adequada e eficaz, reside a hipótese de absorção de normas que integram o texto constitucional por contingências que só a histórica pode explicar, mas, seguramente, encontram espaço nas dimensões formal e material atribuídas quase unanimemente às classificações da Constituição.

Majoritariamente a Constituição é composta por normas revestidas das qualidades de pertencer e serem pertinentes. É assim nas denominadas normas institutivas e orgânicas, as quais contêm e contemplam decisões fundamentais para o documento. É quando se fala em normas formal e materialmente constitucionais.

Contudo, pela multiplicidade de enunciados presentes em documentos de natureza analítica, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Sua extensão, no universo de 190 Constituições analisadas, confere-lhe o título de terceira mais “palavrosa”, sendo vencida apenas pelas Constituições da Nigéria e da Índia¹⁷⁸ - é inevitável que a composição das forças antagônicas para elaborar as teses majoritárias produza a inserção de previsões que são constitucionais acidentalmente, posto não importarem

178 RECONDO, Felipe et ali – **Os onze: O stf, seus bastidores e suas crises**, 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 79.

em comandos substancialmente indissociáveis das decisões políticas tidas por fundamentais. Aí estão as normas apenas formalmente constitucionais.

Assim, pertencer à Constituição nem sempre se traduz em ser a ela pertinente, portanto, norma destituída de essencialidade constitucional.

Já as normas sem as quais o Estado ou o sistema de governo se desfiguram são as normas de natureza essencial à Constituição, que podem ser denominadas como normas próprias, típicas, peculiares etc., porque materialmente constitucionais. Retiradas, destrói-se a Constituição.

Conquanto essa compreensão possa bem revelar as duas dimensões das normas muita das vezes o próprio enunciado proposto reveste-se de plurissignificância. Por vezes traduz uma redação infeliz, por vezes traduz a confissão da impropriedade conceptiva idealizada.

O papel, portanto, do agente que intermediará a compreensão é de ordem fundamental, pois não se pode esperar que a Constituição seja acompanhada de um manual hermenêutico como apêndice, considerando que as decisões políticas nela expressas são inspiradas em proposições expressamente enunciadas ou dedutíveis como, v.g., é o caso dos princípios sensíveis. Impõe-se, portanto, uma leitura ou releitura atenta, às vezes, inclusive, com a imposição de ressignificações.

Ressignificar não importa inserir em textos o que a imaginação produz; antes é reler com fidelidade, avaliar as categorias eventualmente plurissignificâncias, o que exige, ainda assim, observação a um catálogo de postulados que não se constrói aleatoriamente.

É com esta preocupação de preservar estabilidade ao vínculo sentimental e compromissório que deve ser reservado, com vigor, à Constituição que se sustenta as ideias a seguir.

Constituição e compromisso

A Constituição como elemento orgânico do Estado de Direito não deve ser divorciada de sua dimensão compromissória. Sim, a ruptura com o passado em que se traduz o advento de uma Constituição traz consigo, também, a decisão de comprometimento com os meios democráticos que assegurem à sociedade a concretização das expectativas que alimentaram a ruptura com a ordem anterior.

É indispensável, portanto, que não apenas o documento possua conotação simbólica superior como norma de Direito, mas a compreensão e o comprometimento com os seus preceitos, princípios, valores e expressões inspiradoras sejam embalados com a consciência sentimental compromissória indispensáveis para a sedimentação da consciência constitucional. Fora disso o que se tem é a disrupção constitucional.

O vocábulo tem, aqui, o significado de algo que interrompe o seguimento normal de alguma coisa ou de alguma situação. Aquilo que tem capacidade de romper ou interromper, alterar uma situação em desconformidade com o

que se tem como o instituído¹⁷⁹.

Afirma-se, portanto, que a interpretação disruptiva é aquela que rompe com cláusulas constitucionais expressas, ou delas se afasta sob o argumento de que ao fazê-lo o faz em benefício da Constituição.

É pálida a ideia de composição formal das Constituições se na consciência do intérprete não possua morada a conjugação de fatores que elevem à condição de carga jurídica inafastável a dignidade da pessoa humana que, no caso da República Federativa do Brasil, encontra “status” de fundamento constitucional – art. 1º, inciso III.

Com este pressuposto, não é legítimo que se estabeleçam critérios que se distanciem do compromisso político. Não foram promessas constituídas em palanques eleitorais. São compromissos, portanto, não se adequam à ideia de promessa, mas de efetivo comprometimento, pois a “...efetivação constitucional reside em apreender, compreender, desejar, cumprir e exigir o cumprimento da Constituição...”¹⁸⁰.

É indispensável a atenção à autenticidade constitucional, tradução que se alcança a partir da compreensão de vontade política declarada e efetivação dos direitos e garantias previstos. Autenticidade não é imutabilidade, mas é obediência às definições demarcatórias sobre o passo civilizatório dado por determinada comunidade política em dado momento histórico.

Com este convencimento, afirma-se que qualquer desvio das decisões originárias que desemboque em frustração a direitos fundamentais, rompe não apenas o núcleo básico de direito individual no caso concreto sob avaliação do intérprete, como, sobretudo, uma declaração do próprio Estado Democrático de Direito que assim se anunciou ao mundo, mas encontra em seu agente uma via de contrafeitor da vontade majoritária, por isso merecendo ser punido.

Dos compromissos ao comprometimento

A história do constitucionalismo recente do Brasil trouxe consigo rancores, expectativas, frustrações e, atualmente, temor.

Um Documento Fundamental, não é necessário discorrer detidamente sobre isto, não se realiza sem sua aplicação. Não se fala de aplicação formal, posto esta ser a própria finalidade da norma jurídica, ao ser aplicada. Mas quando a norma integra a moldura constitucional tudo o que se espera é que em seus quadrantes existam soluções que, se não alcançadas pelos instrumen-

179 SANTANA, José Cláudio Pavão, **Juízo de adequação: a autenticidade constitucional e a interpretação disruptiva**, in Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021, p. 476.

180 SANTANA, José Cláudio Pavão, **Constituição, sentimento e consciência**, in **Estado democrático de direito e direitos humanos**, Antonio José de Matos Netto (organizador). São Paulo: Saraiva, 2021, p. 34.

tos hermenêuticos disponíveis, certamente serão através de exercícios lógicos, filosóficos ou de todos os outros ramos do conhecimento que possam importar, afinal, o Direito é uma ciência cultural.

Sucede que o equacionamento de situacionalidade fáticas que se apresentam, embora exigidas pelo compromisso da ordem constitucional, necessita de comprometimento do intérprete, e eis que surge a possibilidade de ocorrer as frustrações já mencionadas, ou as traições reveladas, estas configuradas pelo desvio do compromisso assumido de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis.

Portanto, não basta assentar que a Constituição não é uma norma de etiqueta, como se pudesse deixar ao critério do intérprete reinstaurar uma espécie de “assembleia constituinte minoritária” com o requinte de impor, a todo modo, o que a vontade majoritária não contratou, não aquiesceu.

Ao ser investido no “munus” público o agente reveste-se de autoridade e por isso mesmo, com a compreensão de suas atribuições, deve exercê-las com responsabilidade e consciência de que seus atos e seu comportamento devem refletir o paradigma de exemplo a merecer respeito e obediência, jamais temor. Quem o temor impõe o terror alimenta, o que é dissonante da sociedade democrática contemporânea.

A Constituição necessita de sentimento, não como adorno emblemático que aluda simplesmente à nacionalidade e traduza a identidade de um povo, mas requer que seja ampliada e amplificada a dimensão de consciência, a partir da compreensão de que é necessário haver compromisso que seja traduzido pela dimensão da apreensão, compreensão, comprometimento e aplicação vigorosa de seu texto como condição indissociável do Estado de Direito, preferencialmente democrático, necessariamente republicano, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil.

O comprometimento constitucional exige muito mais do que a discussão de quem deva ser guardião da Constituição, afinal, a traição é um ato presente na humanidade, e por humanos o Direito é construído. Desse modo, é indispensável refletir sobre os mecanismos de transformação constitucional, uma vez que a reconstrução constitucional, sob o politicamente correto discurso de mutação constitucional como meio de reforma, desamparado de limites, desafia a própria civilização, retrocedendo à barbárie, sem o uso do tacape.

Uma das maiores conquistas do constitucionalismo foi exatamente a limitação do poder. Nesse contexto incluem-se, desse modo, todos os órgãos e instituições que integram e compõem o Estado. Portanto, o poder posto no plano dinâmico, em que as ações se concretizam, não pode se divorciar do plano estático, onde a concepção é toda a obra de criação.

Comprometer-se com a Constituição é, precisamente, aplicá-la, defendê-la, relê-la, sem que a atividade sirva de instrumento de negação dos fundamentos de inspiração da norma que se põe sobre todo o conjunto normativo do ordenamento.

Não se pode desconhecer que o binômio “direito vigente e realidade subjacente” exige que haja compatibilidade entre plano de concepção e enunciado, tangenciado pelas circunstâncias factuais envolvidas. Isto, todavia, não torna lícito ao intérprete modular enunciados dedutivos que subvertam a proposição normativa.

O debate remonta a histórica discussão entre interpretativistas e não-interpretativistas do presente no Direito Americano, sendo prudente, aqui, limitar o assunto a saber se deve haver observação ao documento original ou a suas razões fundantes ou se, ao contrário, não há determinantes hermenêuticas que subsumam no tempo futuras gerações que, por isso, devem oxigenar a Constituição consoante a época em que interpretada.

Nesse patamar seja fixado que não se está fechando os olhos à possibilidade de efetivação de releituras constitucionais, pois o processo constituinte é contínuo enquanto elemento que observe as fontes determinantes da Norma Fundamental. Entretanto, revigorar o Direito não é processo que despreze a suas bases fundamentais, de modo a atribuir um enunciado que só mesmo o subjetivismo ativista é capaz de produzir. E nunca é demais lembrar que a honestidade do intérprete é o requisito básico para a interpretação. A fidelidade à norma possibilita leituras e releituras, mas não suporta criativismos.

Observadas estas ponderações, o comprometimento necessita ser linha central de ação do intérprete, mormente quando se põe diante da interpretação que envolva as normas de direitos fundamentais, expressas ou implícitas, ou de direitos humanos, quando adotadas nos moldes da cláusula constitucional de abertura, como é exemplo o artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

É pressuposto lógico na tarefa de interpretação, portanto, esse compromisso constitucional como fator de convencimento com a fonte primária de validade ou legitimidade das normas em geral. Mas o comprometimento exige o dever ético e jurídico de tentar efetivar a concretização de direitos sem flexibilizações que tornem o intérprete feitor de normas que só mesmo em sua mais subjetiva concepção se tornem produtoras de suas ideologias. É, nesta hipótese, quando entra em cena o mote deste breve artigo.

A criminalização das violações a preceitos constitucionais expressos, implícitos e decorrentes

É impositivo acentuar que a criminalização proposta neste artigo se afasta de qualquer natureza de censura ao poder de interpretação da Constituição. Não se deseja, por óbvio, uma censura hermenêutica, o que seria contraditório com o convencimento da liberdade de concepção, entendimento e manifestação. Mas o assunto não se apresenta no espectro particular de direitos. Está-se, aqui, a falar de direitos de assentamento constitucional sendo apreciados por representantes do Estado, portanto, sendo de conteúdo indisponível para a tarefa hermenêutica.

O que o intérprete acha, porque sua convicção pessoal assim sugere na atividade de interpretação, deve ser rechaçado pelo desvio de observação e atenção a decisões políticas expressas na Constituição. É fato que não há elemento neutral ou vazio de concepção. Basta que se observe que interpretar importa em adotar um entendimento final. Não há espaços para elucubração na Norma Fundamental.

Posto que a Constituição se edifique com base em preceitos que são valorados e passem a ocupar espaços como fundamentos, princípios, regras etc. é desse conjunto que deve ser pinçada a diligência pelo compromisso assumido quando da assunção da função pública – o termo é aqui usado em sentido amplo – e exercida a atividade com o comprometimento de preservação da integridade e autenticidade da fonte que legitima todos os poderes do intérprete.

E a compreensão é simples. Não há norma que atribua legitimidade a autoridade que, com base nela investida, pudesse desafiar o próprio fundamento de sua legitimidade. Seria contraditório e, para argumentar, como se fosse plausível que uma Constituição previsse como processo de alteração: a emenda constitucional, a emenda de revisão e a revolução ou o golpe.

A Constituição, por inaugurar uma nova dimensão jurídica, rompendo com o passado, ao menos formalmente, é a matriz de onde são retiradas todas as linhas de condução do ordenamento jurídico e de seus intérpretes. Ou isto ganha a compreensão e o comprometimento e observância ou jamais alcançaremos estabilidade institucional e, por conseguinte, a sedimentação de um sentimento constitucional que proteja a própria sociedade política.

É necessário, então, que haja um cenário que possibilite a defesa dos direitos e garantias fundamentais que se inserem no catálogo constitucional em nome do compromisso político assumido diante das teses vitoriosas nascidas na Assembleia Nacional Constituinte – 1987-1988.

Por mais que se possa estabelecer uma crítica vigorosa sobre a história da Constituição da República de 1988, e razões há para isso, como, por exemplo, a convocação constituinte ter sido feita pelo processo de emenda no corpo da Constituição vigente, como, também, ter sido alterado o procedimento legislativo passando a ser flexibilizado à época, ou, finalmente, restar evidente tratar-se de um Congresso Nacional Ordinário, com poderes constituintes, nada disso é óbice a que se defenda e preserve o documento que contempla os direitos e garantias reiteradamente mencionados.

Portanto, o propósito aqui contido no tópico em epígrafe é estabelecer um instrumento de garantia e preservação do próprio Estado Democrático de Direito, sempre quando a negativa de vigência de dispositivo que, literalmente, se traduziria em suprimir (ou em hipótese mais branda) sobrestar, direitos fundamentais enunciados ou dedutíveis do texto constitucional.

Não se deve suportar na dimensão democrática que deve presidir a concepção da ordem jurídica aparelhamentos estatais (por quaisquer de seus órgãos) que subtraíam ou inibam a concretização da Constituição. E sempre

quando há o exercício de poder transcendendo os limites que observância geral aí estará a subtração de direitos.

Já se afirmou que Constituição não é norma de etiqueta. Mas também não é mecanismo de instrumentalização de vontades subjetivas, a despeito da argumentação de ser relido o documento com novo olhar em busca de novos significados. Não há espaço para tergiversações que a si arroguem o poder de impulsionar o “iluminismo de ocasião”, imergindo no oceano das incertezas e inseguranças reveladas pelo humor do intérprete. São necessárias medidas. São indispensáveis limites. É o que se busca com estas ideias.

A tipificação proposta (não poderia ser diferente) envolve qualquer processo interpretativo que infundada e desafiadoramente negue eficácia a disposição constitucional expressa, v.g., no que se refere ao devido processo legal. Portanto, a forma legal observada contempla não apenas o instrumento procedimental judicial, mas, também, qualquer ato administrativo ou político que se debruce sobre a Constituição e que dela iniba, omita, impeça ou suprima a concretização de norma (em sentido amplo) direcionada à proteção dos indivíduos.

Atualmente há em curso investigações perante o Supremo Tribunal Federal que desafiam todas as normas mínimas de garantias de um processo judicial com sanidade legal. É o que destacam diversos juristas¹⁸¹. A este propósito é útil refletir sobre a possibilidade de instauração, impulso, produção de provas e julgamento sob a condução da mesma autoridade. Em síntese, o ofendido investiga, conduz o procedimento e julga matéria de seu interesse próprio.

Não é impositivo rememorar o Caso Dreyfus, ou mesmo o julgamento de Jesus Cristo e tantos outros exemplos, inclusive na literatura como O Processo de Kafka, para ratificar o exótico e teratológico procedimento que desdoa de todos os postulados internacionais, princípios constitucionais e regras legais existentes na civilização para considerar a hipótese de tipificação penal. Mormente quando o ato supressório de direitos fundamentais decorra de autoridade pública.

Nunca é demais lembrar que a ousadia de abusar dos limites do poder quase sempre vem adornada de categorias que seduzem pela linguagem. Mas também é previdente estar atento porque a mesma proposição pode, com sutileza, conter em sua coordenada composição semântica autoproclamações que subtraem com astúcia, regras que mereceram contratação da representação constituída, permitindo prevalecer, no caso, a decisão minoritária, o que subverte toda a estrutura substancial do processo democrático.

Conquanto a Constituição da República reserve ao Supremo Tribunal, de forma precípua a sua guarda – é o que estabelece o art. 102 – a preserva-

181 PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes, (organizadora) **Inquérito do fim do mundo – O apagar das luzes do direito brasileiro**. 1ª. ed., Londrina, PR. Editora E. D. A. – Edições Direito e Alta Cultural, 2020. Na apresentação da obra a organizadora informa sobre o inquérito policial 4.781 decorrente de portaria do presidente do STF.

ção e zelo de sua defesa é entregue como competência comum aos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme prevê de modo expresso o artigo 23.

A proposição de tipificação penal incidiria sobre qualquer autoridade dos três Poderes, desde que, de forma inequívoca, violem a Constituição da República, no que se refere aos direitos fundamentais, sejam eles expressos, implícitos ou decorrentes.

O inequívoco, aqui, recebe a categoria de certeza, uma vez que o dispositivo violado não pode ter a sua proposição gramatical ou teleológica frustradas. Isto, entretanto, não se confunde com o abrandamento de efeitos quando concorrerem bases principiológica sobre direitos que, eventualmente possam concorrer entre si.

Há equívocos que todos cometem, mas há erros que só o intérprete pode cometer, sob o pressuposto de que seu entendimento seja o melhor ou o único. Por isso, a boa fé do intérprete é sempre um destaque a merecer consideração, pois nele se inaugura a elaboração do caminho a ser percorrido no processo de interpretação.

Discrepando do conflito antinômico das regras que é resolvido por graus ou por fatores naturais, a anteposição de princípios deve ser solucionada com liberdade pelo intérprete, o que não lhe outorga a atribuição de definir o que suas convicções subjetivas elejam. O espaço de operação a ele assegurado está condicionado pela moldura constitucional, sem que desse limite possa fugir ao argumento de que está a reforçar o que a Constituição contempla, embora não contenha como direito fundamental. Tal entendimento, afirma-se categoricamente, é equivocado.

Construir também significa edificar. Edificar exige observação a preceitos, princípios, regras, todos elementos que contêm base informativa para a composição da obra, no caso, a complementação dos enunciados constitucionais. Não se pode pretender com fidelidade a Constituição se forem ignoradas as suas bases fundamentais, pois a natureza delas é de alicerce para toda a edificação constitucional. A ênfase, aí, revela a dimensão sentimental e compromissória que a Constituição, vale enfatizar.

A Constituição de 1988 revela-se vocacionada a efetivamente valer quando estabelece como norma originária a aplicabilidade imediata das normas que reúnem os direitos e garantias fundamentais. É o que enuncia imperativamente o § 1º, do artigo 5º, do documento.

Mais adiante, com o retoque de identidade e enunciado de ratificação de singularidade, prevê no artigo 13 os símbolos nacionais, dispondo, já no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – artigo 64 – sobre a difusão do documento, o que configura notório propósito de que o conhecimento geral propicie discernimento aos cidadãos em geral.

A difusão proposta é uma via de conhecimento, acesso e, mais do que tudo, juízo de pertencimento a uma sociedade de diversidade e distorções significativas, distribuídas em um território que desafia, encanta e serve de muita cobiça.

Mas há uma distância significativa entre falar-se em aplicabilidade e a efetivação. É preciso oxigênio à Constituição de modo a que seja instrumento do projeto constituinte. Não sobrevida, como se os projetos já não tão ocultos sejam concretizados por vias tortuosas. Vida com saúde, vigor, força e observância.

E isto constitui-se em cenário das mais diversificadas intenções que transitam desde a aplicação acrítica até o criticismo protagonista com que se configura a tentação contemporânea dos governos: a juristocracia.

A juristocracia é um estágio que transpõe o ativismo judicial. Constitui-se em modelo de governança em que o Judiciário assume atribuições que histórica e politicamente lhe são estranhas.

Essa prática ignora limites, invade a liberdade, deforma a realidade política, subverte preceitos e comandos com releituras temerárias, posto terem pressupostos disformes dos postulados constitucionais, deformando a segurança jurídica e enfraquecendo o texto constitucional.

Sob o mantra da “interpretação conforme” é estabelecido que o juízo de conformidade se traduz como força de construções subjetivas, frutos de convencimentos ideológicos que passam a ser traduzidos como princípios, o que possibilita, sem cerimônias, a invocação de catálogos de valores circunstancialmente anunciados.

O documento formal, com a prática desordenada estimulada, põe em destaque um espectro artificial de feições ordinárias, pois a cada decisão uma reformulação conceitual. Sob o mantra de que é benvinda a “Constituição Viva” o intérprete estimula uma espécie de teratologia constitucional proposital, voltada a interesses circunstanciais.

Ora, considerando-se que as normas originárias da Constituição são imunes ao processo de avaliação pelo controle de constitucionalidade, é dedução lógica que não se pode conceber que nenhuma autoridade se invista da pretensão de afastar a eficácia de qualquer norma que preveja os direitos fundamentais, em quaisquer das espécies que são anunciadas na epígrafe do presente tópico.

A considerar uma possibilidade dessas seria admitir que a própria Constituição, sob o pálio de passar por uma filtragem material, não se impusesse ao seu próprio intérprete, o que seria de todo inaceitável.

Entre os Poderes não reside qualquer superioridade. Há conformidades, até porque o que se reparte são atribuições. Não há, portanto, como ser submetida a um único Poder uma sociedade cuja Constituição se preanuncia como um Estado Democrático de Direito.

Eis quando surge a proposta aqui apresentada que, basicamente, se conforma em duas etapas legislativas. A primeira, por proposta de Emenda à Constituição em que seja inserida disposição assecuratória de preservação da integridade dos direitos fundamentais expressos, implícitos e decorrentes, como cláusula de reserva democrática da Constituição, posto o descumprimento ser tipificado como crime contra o Estado Democrático de Direito e

os Direitos Fundamentais. A segunda, no plano infraconstitucional, consubstanciado em norma procedimental específica que assegure o devido processo legal com suas garantias específicas.

Sendo, como de fato e de direito, são os intérpretes e aplicadores da Constituição os intermediadores das declarações políticas firmadas e juradas cumprirem, não deve haver espaço para o discurso de protagonismos que reduzam qualquer dimensão dos direitos e garantias fundamentais.

De certo que a realidade como categoria dinâmica, ao ser objetivada formalmente pelas categorias jurídicas, são como que fotografias do tempo, o que implica em composições de hipóteses jurídicas colhidas de um plano dinâmico que se desenvolve hora revolucionando-se, hora convulsionando-se, o que impõe toda atenção, a fim de que não se reinstale a desobediência que tem como destino o caos. É quando se exige o uso do arsenal disposto a dar intermediação entre a proposição legislativa anunciada e a situacionalidade que se manifestou em suas mais diversas possibilidades.

Nunca é demais lembrar que no caso da Constituição de 1988 existe vedação material expressa nas cláusulas pétreas para o exercício do processo legislativo – artigo 60, § 4º.

É digno de registro, aliás, que no caso da Constituição da República Federativa do Brasil a ênfase da rigidez é tamanha que o próprio artigo 60 já mencionado estabelece com clareza quem, o que, quando e como o texto constitucional pode ser alterado, consignando o que a doutrina nomeou de limitações ao poder de reforma: materiais, formais e temporais.

Assim sendo, a mais emblemática via do poder de reforma – a emenda constitucional – encontra limites, do mesmo modo é de se concluir que qualquer autoridade, individual ou coletivamente, também não o possa. Não há autoridade acima da lei.

Sopesar a base principiológica da Constituição, ignorando postulados e fundamentos eleitos como alicerce de afirmação de seus propósitos, frustrando, assim, a sua eficácia material, como tal compreendida a sua concretização em atenção aos destinatários, é o mesmo que suprimir, de forma minoritária, a vontade geral irrevogável.

Então é necessário que seja de uma vez por todas instaurada uma nova cultura sobre as bases normativas institucionais. Não se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito a criatividade orgânica, através de práticas que não encontram sanidade no Direito, pois em descompasso com seus princípios e postulados mais remotos.

E porque são autoridades pública não apenas a tipificação penal é de providência impositiva para efeito de longevidade, estabilidade e durabilidade constitucional, mas as circunstâncias de agravante de responsabilidade sempre quando a autoridade proceder a exame jurídico que negue quaisquer dos direitos previstos no catálogo expresso, ou dele dedutíveis, ou, ainda, pela via decorrente originada nos instrumentos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Conclusões

Postas, assim, com a brevidade imposta pelo evento, são, a seguir, de forma tópica objetiva, apresentadas as seguintes conclusões.

1. Os direitos e garantias fundamentais em face da Constituição da República Federativa do Brasil possuem três dimensões de identificação: expressos, implícitos e decorrentes;

2. O catálogo expresso, e o que dele for gerado como exercício dedutivo, serão consideradas normas imunes ao controle de constitucionalidade: judicial ou legislativa;

3. A Constituição merece ser observada em duas dimensões essenciais para sua estabilidade, longevidade e segurança ao cidadão (vocábulo em sentido sociológico) tanto como norma de compromisso, quando investe as autoridades, como norma de comprometimento, o que reside na dimensão cognitiva cogente do intérprete e aplicador do documento fundamental;

4. A violação ao conjunto de normas que envolvem direitos e garantias fundamentais constitui-se em verdadeiro crime contra o Estado Democrático de Direito.

5. A tipificação penal sobre violações a preceitos constitucionais expressos, implícitos e decorrentes importa em maior zelo com o núcleo fundamental da ordem jurídica, assegurando segurança, legitimidade e observância.

Referências

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – organização de Alexandre Pereira Pinto Ormonde e Luiz Roberto Carboni Sozua, 28ª edição. São Paulo: Ridel, 2021.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes, (organizadora) **Inquérito do fim do mundo** – O apagar das luzes do direito brasileiro. 1ª. ed., Londrina, PR. Editora E. D. A. – Edições Direito e Alta Cultural, 2020. Na apresentação da obra a organizadora informa sobre o inquérito policial 4.781 decorrente de portaria do presidente do STF.

HIRSCHL, Ran, **Rumo à juristocracia** – As origens e consequências do novo constitucionalismo; Trad. Amauri Feres Saad. 1ª edição. Londrina, PR. Editora E. D. A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

SANTANA, José Cláudio Pavão – **Juízo de adequação**: a autenticidade constitucional e a interpretação disruptiva, in Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021.

SANTANA, José Cláudio Pavão – **Preâmbulo constitucional** – inspiração construtiva de identidade ou declaração adornatória da constituição?, in Justiça federal: estudos em homenagem ao desembargador federal Leomar Amorim, org. Reynaldo Soares da Fonseca e Roberto Veloso. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2016.

SANTANA, José Cláudio Pavão – **A constituição reinventada**, in Estudos em

teoria do estado e constituição, org. Luis Fernando Sgarbossa e Gesiela Inensue. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 1ª ed., 2018.

SANTANA, José Cláudio Pavão, **Constituição, sentimento e consciência**, in Estado democrático de direito e direitos humanos, Antonio José de Matos Netto (organizador). São Paulo: Saraiva, 2021.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA DIMENSÃO PSÍQUICA: INTERSEÇÃO CRIMINOLÓGICA ENTRE DIALÉTICA FREUDIANA E FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha e Lara Carrera Arrabal Klein

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Membro da Comissão de Crimes e Criminologia Crítica da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica/ES.

Lara Carrera Arrabal Klein

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (FDV). Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Resumo:

O artigo enfrenta a temática da violência contra a mulher no âmbito da criminologia psicanalítica, com ênfase no trabalho de Sigmund Freud intitulado *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*, bem como sob o enfoque da dimensão psíquica do poder do agressor na teoria da sujeição de Judith Butler. Ao identificar as causas psíquicas do comportamento desviante do autor de violência contra a mulher, mantém um diálogo entre o Direito Penal, a Psiquiatria e a Psicologia, com o objetivo de analisar se os usos estratégicos do Direito Penal têm funcionado como reforço da prática delitiva ou caminham ao lado da perspectiva neurocientífica para adequar o comportamento.

Palavras-chave: Violência contra a mulher; Criminologia psicanalítica; Função Social do Direito Penal.

Introdução: diálogo entre criminologia, psiquiatria e psicanálise

O latente fenômeno da violência contra a mulher demanda olhar aprofundado acerca dos motivos que o alicerçam, por vezes obscuros ao público e sequer conhecidos pelo próprio agressor. Indaga-se, em diálogo entre Cri-

minologia, Psiquiatria e Psicanálise, como a personalidade do agressor pode explicar a criminalidade, a partir das teorias desenvolvidas por Sigmund Freud e Judith Butler alinhadas ao pensamento criminológico de Alessandro Baratta e Frank Schmallegger, e o alcance dessa perspectiva subjetiva comportamental para eficácia dos instrumentos e meios de política criminal.

O trabalho psicanalítico de Sigmund Freud, em especial no artigo intitulado *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa* (FREUD, 1996, p. 347-348), desvela a tensão psíquica que fundamenta a relação entre agressor e vítima.

Nesse contexto, o artigo se propõe, como primeiro objetivo, a enfrentar a temática da violência contra a mulher em correlação com a análise crítica da criminalidade e a percepção da sujeição da mulher vítima em decorrência das forças socioinstitucionais traçadas pelo modelo patriarcal na sociedade. Destaca-se, como segundo objetivo, identificar causas psíquicas do comportamento desviante e a transdisciplinariedade entre Psiquiatria e Psicologia com a relação dialógica da função social do Direito Penal, como instrumento necessário para romper o ciclo de violência contra mulheres. Pontua-se, como terceiro objetivo, analisar se os usos estratégicos do Direito Penal têm funcionado como reforço da prática delitiva ou caminham ao lado da perspectiva neurocientífica para adequar o comportamento.

A pesquisa utilizará a abordagem quantitativa dos dados estatísticos sobre o fenômeno da violência contra a mulher, interpretando-o sobre a ótica da teoria psicanalítica freudiana e da teoria do sujeito de Judith Butler, e será desenvolvida por método essencialmente dedutivo, que “[...] é aquele cujo antecedente é constitutivo de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um conseqüente menos universal. Deduzir é tirar como conseqüência, é inferir, concluir [...]” (FINCATO; GILLET, 2018, p. 43), recorrendo-se às técnicas de pesquisa teórica e análise de conteúdo.

A abordagem da temática apresenta relevância, posto que a compreensão da patologia psíquica do agressor, além de repercutir em uma chance de cessar o comportamento transgressor, é ponto de questionamento acerca do desempenho real de produção legislativa e medidas previstas no ordenamento. As descobertas do inconsciente desvelam condições psíquicas, sociais, históricas e religiosas do comportamento humano e devem, como resultado, direcionar políticas públicas para transformação de crenças, imaginário e comportamento social.

1. Violência contra a mulher na dialética freudiana: dimensão psíquica do poder do agressor

Frank Schmallegger (2017, p. 139) afirma que a psiquiatria experimenta um contemporâneo interesse pela psicologia freudiana, uma vez que os neurocientistas estão ocupados em criar um mapa químico da mente que aparentemente valida o esboço traçado por Freud há cerca de um século. Citando o

Dr. Eric R. Kandel, pesquisador da Universidade de Colúmbia e ganhador do prêmio Nobel de fisiologia e medicina em 2000, Schmallegger (2017, p. 139) destaca que a psicanálise “ainda é a visão da mente mais coerente e intelectualmente satisfatória”.

Em seu trabalho psicanalítico, Sigmund Freud revelou o inconsciente como causa mais poderosa da vida psíquica, desvelando a representação da personalidade dividida em três instâncias, na qual o Id representa a instância inferior, inteiramente inconsciente, instintiva, irracional e caótica, regulada pelo desejo; o Superego representa a instância mais superior, repressora, introjetando a figura de autoridade (paterna ou dos educadores), operando como inibidor da pulsão instintiva do Id; por fim, o Ego atua como um mediador entre as pulsões instintivas do Id na busca pelo prazer e os ditames morais e castradores do Superego, correspondendo ao plano da realidade. Para tanto, o Ego modela os impulsos irracionais do Id em moldes aceitáveis pelo Superego através da sublimação ou da repressão, “Repressão que, em se tratando de um *Superego* hiper-moral ou tirânico, pode dar origem a situações patológicas de conflito ou a sentimentos de culpa.” (DIAS, 1997, p. 189).

Em 1916, Sigmund Freud publicou o artigo *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*, registrando que alguns de seus pacientes continuavam a praticar más ações na fase adulta, sendo realizadas, principalmente, por serem proibidas, provocando no paciente o alívio mental a um sentimento de culpa que o oprimia (FREUD, 1996, p. 347).

A perspectiva freudiana revelou, naquele estudo analítico, que a culpa não era a consequência, mas sim a causa do crime. A origem do sentimento de culpa provinha do Complexo de Édipo, ou seja, da atração libidínica pelo progenitor do outro sexo, ocultando duas universais intenções criminosas, quais sejam de matar o pai (parricídio) e de ter relações sexuais com a mãe (incesto).

A partir do conceito nuclear da psicanálise, foram desenvolvidas, no campo da Criminologia, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, por autores como Theodor Reik, Franz Alexander e Hugo Staub (BARATTA, 2020, p. 51-53). Representaram o germe da crítica ao pensamento criminológico tradicional, pautado na seletividade dos bens jurídicos protegidos pelo sistema penal, bem como assentado na estigmatização do indivíduo criminoso e na perpetuação das relações de desigualdade na sociedade repressora.

Efetando um recorte da criminalidade para a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível vislumbrar uma relação dialógica entre as disfuncionalidades da repressão hipermoral ou tirânica do Superego contidas no trabalho analítico de Freud e a forma de dominação criminosa representada pelo mal-estar dos laços afetivos e familiares vivenciados pela mulher vítima de violência.

Conforme dados coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2021, p. 04) a partir de pesquisa de campo realizada em unidades

judiciais ao longo do ano de 2018 no Brasil, os autores de violência contra as mulheres não possuem um perfil socioeconômico comum, sendo detectados como principais fatores da violência aspectos emocionais e o abuso de álcool e outras drogas.

Nessa perspectiva, a violência contra a mulher se desvela a partir de fatores inconscientes adormecidos na dimensão psíquica do agressor e que, impulsionados por certos gatilhos, como o abuso de álcool e outras drogas, emergem de maneira descontrolada, sem as censuras do Superego, obtendo na violência a expiação do sentimento de culpa que afligia o autor da violência. A culpa do agressor antecede a violência, revelando as dualidades e incoerências ínsitas a todos. Essas são características que, para os autores da violência contra a mulher, operam sob uma lógica diferente, cunhada historicamente pela dominação do homem sobre a mulher, o patriarcado. Assumindo papéis historicamente desenhados, a mulher carrega em si a marca da vulnerabilidade, o que justifica, no inconsciente do agressor, a realização de seus atos, a expiação da culpa revelada nos estudos criminológicos cunhados da teoria psicanalítica.

De igual modo, a lógica patriarcal também é incutida no inconsciente da vítima, buscando justificativas para o comportamento do autor da violência, muitas vezes culpando-se pelos atos de seu carrasco, haja vista a multiplicidade de fatores sociais, econômicos, psicológicos, morais, religiosos, entre outros que norteiam a compreensão da violência contra a mulher e fogem do recorte desta pesquisa. Perpetua-se, assim, o ciclo da violência, termo cunhado pela pesquisadora norte-americana Lenore Walker em 1979, a partir de um estudo com 1.500 mulheres em situação de violência doméstica e familiar, identificando um padrão de condutas violentas dentro do relacionamento conjugal (SANTOS, 2020, p. 46).

Compreende-se, por um lado, a permanência da mulher no ciclo da violência por uma pluralidade de questões, como de ordem moral, religiosa, por dependência econômica, afetiva, pela subjetivação de si mesma mediada por um homem que a domina e tantos outros fatores. A vítima, nessa condição subjugada, se isola cada vez mais em um relacionamento abusivo e fora do alcance de uma esperada rede de proteção que lhe dê guarida. Lado outro, o agressor está igualmente preso ao relacionamento que controla, como na perspectiva freudiana do criminoso que retorna à cena do crime, na busca insistente pelo castigo esperado e aliviador de sua culpa inconsciente (PAIM FILHO, 2017, p. 01).

Além do aprisionamento por um sentimento de culpa como causa subjacente que conduz o agressor ao retorno à cena do crime (seu relacionamento com a vítima), a repetição dos atos de violência, no mesmo ambiente doméstico e familiar, se mantém por uma relação de subordinação.

Ao pensar na dimensão psíquica que mantém o sujeito preso àquele que controla o poder, Judith Butler traz uma importante reflexão a partir da teoria da sujeição. Identifica que, por uma vontade inconsciente, o sujeito (leia-se

vítima) deseja manter sua condição de subordinado:

A insistência em que o sujeito tem um apego apaixonado por sua própria subordinação tem sido evocada cinicamente por quem tenta descreditar as reivindicações dos subordinados. A ideia é que se for possível mostrar que o sujeito leva adiante ou sustenta sua condição de subordinado, talvez a responsabilidade final dessa subordinação seja do próprio sujeito. Em oposição a essa ideia, eu diria que o apego à sujeição é gerado pelo poder, e parte dessa operação do poder se esclarece nesse efeito psíquico, uma de suas produções mais insidiosas. Se, num sentido nietzschiano, o sujeito é formado por uma vontade que se volta sobre si e assume uma forma reflexiva, então o sujeito é a modalidade de poder que volta sobre si; o sujeito é o efeito do poder em recuo. (BUTLER, 2020, p. 15)

Deslocando a perspectiva psicológica do agressor para a perspectiva psíquica da vítima, é possível imprimir, na abordagem de Judith Butler, a vontade inconsciente da vítima de se manter subordinada a uma relação como um reflexo psíquico e insidioso do próprio poder. A autora critica a ideia de atribuir a responsabilidade final da subordinação ao próprio sujeito, no caso, a mulher vítima de violência, como se fosse uma escolha livre e consciente.

Nos termos acima referidos, a escolha do sujeito subordinado (mulher vítima da violência) de se manter na relação de subordinação (ao agressor) ocorre por um agir inconsciente. A autora identifica que o poder introjeta na própria pessoa como parte do próprio ser, seu reflexo. No recorte da violência doméstica e familiar, identifica-se a busca inconsciente da vítima de romper a relação de subordinação ou manter-se subordinada, esta última hipótese caso queira continuar sendo ela mesma, porque a vítima somente se percebe nessa condição primitiva.

Observando o fenômeno da violência contra a mulher, em um sentimento de humilhação, a mulher vítima é ameaçada “[...] por essa negação, pela busca inconsciente de sua própria dissolução através de repetições neuróticas que remontam cenários primários que [...] se recusa a ver, mas que também não pode ver caso queira continuar sendo [...]” ela mesma (BUTLER, 2020, p. 18).

Seja qual for a motivação psíquica que deflagra as tensões dos relacionamentos e culmina na explosão da violência contra a mulher, ressoa latente a intercessão do Direito Penal com a Psiquiatria e Psicanálise para fins de melhor compreensão do sistema de justiça criminal, refinando as medidas legislativas e judiciais destinadas ao trato de autores de violência contra a mulher, sob a perspectiva de sua psique, como também da dimensão psíquica dos demais envolvidos, tais como a vítima e a própria sociedade criminógena.

2 **Transdisciplinariedade e a função social do Direito Penal no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher: críticas a partir da experiência brasileira**

Compartilhando um olhar transdisciplinar dos traços da personalidade do agressor de acordo com os fundamentos psicológicos e psiquiátricos do comportamento criminoso, Frank Schmalleger (2017, p. 143) considera que o comportamento desviante é o resultado de personalidades disfuncionais ou da má adaptação ao ambiente social, apresentando uma síntese das teorias psicológicas e psiquiátricas sobre a causalidade do crime.

As teorias apresentadas por Schmalleger são sinalizadoras de que não há como identificar uma única causa que potencialize o sujeito à prática delitiva.

Acessar as teorias psicanalíticas rompendo a distância entre o sistema de justiça criminal e as áreas de conhecimento da Psiquiatria e Psicologia representa uma busca da compreensão dos fenômenos criminais sob novos matizes científicos, bem como aquisição de conhecimentos em uma perspectiva científica mais ampla. A esta transdisciplinaridade, Alessandro Baratta (2020) delinea as bases das teorias psicanalíticas da criminalidade e sociedade punitiva, evocando a negação do princípio da legitimidade do sistema penal.

Explica o autor, citando Tilman Moser (apud BARATTA, 2020, p. 49), que a partir da teoria freudiana extraída do trabalho analítico *Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa*, firma-se uma virada no pensamento criminológico com o surgimento das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva. Para essa corrente, a reação penal não tem a função de eliminar ou reduzir a criminalidade. Afirma, pois, segundo os criminologistas de matriz psicanalítica, que o comportamento desviante é inato à sociedade (BARATTA, 2020, p. 50).

Amparado nos conceitos psicanalíticos de Freud sobre Id, Ego e Superego, Baratta compreende que a finalidade da pena, nos termos posteriormente desenvolvidos por Franz Alexander e Hugo Staub, representa uma defesa e um reforço do Superego. Contudo, se as autoridades falham e desautorizam o Superego, “[...] não existe mais nenhuma ajuda contra o assalto das tendências antissociais. O impulso para a punição é, pois, uma reação defensiva do *ego* contra os próprios impulsos, com a finalidade de repressão [...]” (BARATTA, 2020, p. 52).

Sob o enfoque da violência contra a mulher, as descobertas do inconsciente do agressor não imprimem, por si só, o controle dos seus impulsos. É necessária a mudança no contexto social, porquanto deixar para o passado os signos e significados requer transformação na cultura, na linguagem, no comportamento e na reação.

O instrumento de repressão (aplicação da pena), pelo prisma das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, revela-se ineficaz para mudanças profundas na psique do autor da violência contra a mulher, caso o sujeito permaneça no mesmo contexto social e familiar, imerso em uma co-

munidade que reage com violência aos dissabores da vida, que é ultrajante em relação à mulher e que não respeita o lugar feminino, sua fala, sua vida, sua identidade, sua privacidade, sua liberdade.

O ponto de desencontro do sistema penal com as áreas da Psicologia, Psiquiatria, Sociologia, dentro outras, tem desvelado a ausência da resposta estatal adequada à temática. Não é incomum o agressor, embora preso, condenado e livrado solto, retornar à cena do crime, qual seja, o mesmo ambiente familiar e doméstico onde se encontra a vítima. Conforme dados oficiais disponibilizados pelo IPEA (2021, p. 01), no Brasil foram registrados “[...] em 2018, uma mulher foi morta a cada duas horas, totalizando 4519 vítimas. 30,4% das mortes de mulheres em 2018, isto é, 1,373, foram dentro de casa. Entre 2013 e 2018, houve alta de 25% nos homicídios de mulheres por arma de fogo dentro das residências”.

A partir da imersão nesses dados, que revelam números alarmantes de violência doméstica e familiar no país, questiona-se: qual é a função social do Direito Penal em face do fenômeno da violência contra a mulher? Uma resposta a essa proposição é extraída dos ensinamentos de Claus Roxin:

[...] em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídicas-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma”. (ROXIN, 2009, p. 15-16)

Um sistema penal destinado a cumprir sua função social nos termos da proposição acima conduz a (re)pensar a resposta penal ofertada ao autor da violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto implicações do tratamento a partir da compreensão psicológica e social da criminalidade. A pena aplicada como punição, direcionando ao autor a aplicação de medida de prisão ou penas alternativas, não tem cumprido o mister de conter o avanço alarmante do número de violência praticada no âmbito das relações de afeto, conforme pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2021). O caminho possível parece ceder espaço ao tratamento multidisciplinar, metodologicamente pluralista do autor da violência, da vítima e conscientização social, sendo objeto de análise do capítulo subsequente.

Refletindo a temática à luz do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que em 07 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei nº 11.340, denominada Lei Maria da Penha, após a condenação sofrida pelo Estado Brasileiro, em 2001, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da omissão

e negligência em relação à violência doméstica cometida contra a brasileira Maria da Penha Fernandes.

Representando um avanço no plexo normativo de proteção à mulher vítima, a legislação brasileira delineou expressamente formas de violência no ordenamento jurídico, como a violência psicológica e a violência moral contra a mulher, previstas no artigo 7º da Lei Maria da Penha. Introduziu mecanismos jurídicos de repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher, como a possibilidade de deferimento judicial de medida protetiva de urgência, e a criação do tipo penal autônomo de descumprimento de medida protetiva de urgência, nos termos dos artigos 22 e 24-A da Lei Maria da Penha, respectivamente. Vale ressaltar que no ano de 2020, o artigo 22 da Lei Maria da Penha ampliou o rol de medidas protetivas que se obrigam ao agressor, acrescentando o dever de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, bem como o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Para além de medidas repressivas, inovou também na perspectiva preventiva do tratamento dispensado à violência contra a mulher, uma das principais formas de violação de direitos humanos. Estabeleceu, como política pública, o tratamento prioritário na assistência à mulher em situação de violência, a partir de um conjunto articulado de ações entre entes federados e ações não governamentais: implementação de Delegacias de Atendimento à Mulher (política existente desde 1985); integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com áreas estratégicas como de segurança pública, assistência social, saúde, trabalho e habitação; criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de equipe multidisciplinar nos juízos, entre outros.

Percebe-se, portanto, um cuidado legislativo com a dimensão psíquica de vítima e agressor, haja vista que a raiz desse modal de violência finca-se no inconsciente individual do agressor e da vítima, bem como no inconsciente coletivo da sociedade criminógena.

3. Considerações finais

O reconhecimento da base neurocientífica como matizes e potências que desencadeiam ou mantêm o comportamento criminoso não exaure todas as causas que se relacionam com a criminalidade, menos ainda a violência contra a mulher. Entrementes, é um vértice que interliga a Criminologia moderna e a absoluta necessidade da transdisciplinaridade do Direito Penal com a Psiquiatria e a Psicologia.

Volta-se a pesquisa à importância do sistema de justiça criminal em uma perspectiva científica transversal, na qual a dogmática criminal interpenetra-se com outras áreas científicas, devendo valer-se dos conhecimentos científicos exógenos para alcançar a tão esperada transformação social. É possível que se desconheça, dentro do próprio ambiente doméstico e familiar, aspectos

da personalidade do agressor ocultados no início do relacionamento e que se afloram com o tempo, despertados por determinados gatilhos inconscientemente adormecidos. Todavia, não somente o comportamento do agressor, como também o comportamento da vítima alimenta o ciclo de violência, permeando efusões inconscientes de uma relação de subordinação.

Sob a crítica do modelo patriarcal à luz do pensamento freudiano, é possível encontrar respostas para a origem do problema, já que o agressor, em muitos casos, busca personificar na vítima o alívio para a sua culpa inconsciente, em uma inversão da lógica crime-castigo para castigo-crime. A incorporação dessa ideia se assenta no fato de que a maioria dos casos de violência doméstica e familiar no Brasil ocorrem por problemas psicológicos ou pelo uso abusivo de álcool e outras drogas.

A análise da dimensão inconsciente como um dos principais fatores causais do delito deve direcionar as políticas públicas na temática da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como buscar transformar crenças, ideias, imaginário e comportamento social distorcidos pela equivocada percepção do gênero da vítima, equações a serem consideradas como limites à intervenção jurídico-penal a partir da função social do Direito Penal.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 7. reimp. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

_____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

BUTLER, Judith. **A vida psíquica do poder: teorias da sujeição**. Trad. Rogério Bettoni. 1. ed. 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 1. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍAZ ARANDA, Enrique; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; JÄGER, Christian; ROXIN, Claus. **Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal**. 2. reimp. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México,

2012.

FREUD, Sigmund. **A História do Movimento Psicanalítico, Artigos sobre a Metapsicologia e outros trabalhos**. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu e Cristiano Moreira Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 24.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). O Judiciário no enfrentamento à violência contra as mulheres. **Revista Em Questão** – Evidências para políticas públicas, n. 1, mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5376-pb1ipeadivulgacao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

PAIM FILHO, Ignácio Alves. **Criminosos em Consequência de um Sentimento de Culpa**. Comemoração ao centenário do trabalho ALGUNS TIPOS DE CARÁTER ENCONTRADOS NO TRABALHO PSICANALÍTICO, de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Febrapsi, 2017. Disponível em: <https://www.febrapsi.org/wp-content/uploads/2017/02/criminosos-por-sentimento-de-culpa-ignacio-paim-filho.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHMALLEGER, Frank. **Criminology Today: An Integrative Introduction**. 8th ed. United States of America: Pearson, 2017.

SANTOS, Milton. **O Espaço Dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos**. Trad. Myrna T. Rego Viana. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018.

SANTOS, Poliana Ribeiro dos. Barreiras de Acesso à Justiça. In: SOMMARIVA, Salette Silva; HUGILL, Michelle de Souza Gomes [Org.]. **Gênero bate à porta do Judiciário: aplicando o Formulário Nacional de Avaliação de Risco** [recurso eletrônico]. Florianópolis: CEJUR, 2020.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIOLENCIA, SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS EN CRISIS MIGRATORIAS ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS

Stella Méndez Sepassipour

Stella Méndez Sepassipour

Estudiante de Ciencias Políticas, Psicología y Human Security and Geospatial Intelligence en University of Southern California, Los Angeles, EEUU.

Abstracto:

Marruecos y España son dos localizaciones importantes en el mundo de las crisis migratorias en las últimas décadas. Dichos países tienen el control y la responsabilidad del flujo migratorio y de las condiciones humanitarias de las personas que migran. La falta de vías legales para inmigrar hace que sus vidas estén constantemente puestas en peligro. El reciente conflicto en el que Marruecos abre sus fronteras hacia España, demuestra el gran control que tienen estos países y las dificultades políticas que conlleva la inmigración irregular. Los dilemas legales incluyen: las violaciones de derechos humanos básicos, la gestión de los menores migrantes no acompañados y la seguridad de los ciudadanos del país destinatario. ¿Qué países son responsables de las condiciones en las que las personas migran? ¿Hasta qué punto debería la Unión Europea ayudar a países como España en tiempos de crisis migratorias? ¿Cómo puede Europa protegerse sin poner en riesgo los derechos de los inmigrantes?

Palabras clave: Inmigración; Derechos Humanos; Unión Europea; Marruecos y seguridad social.

Introducción

Durante las pasadas décadas, Europa ha estado recibiendo a millones de inmigrantes de los cuales la mayoría vienen de países con origen Africano. España y Marruecos son dos localizaciones cruciales cuando se trata del flujo migratorio, ya que los dos tienen control sobre la cantidad de gente que inmigra; sobretodo cuando se trata de inmigración por tierra, sobre las condiciones en las cuales estas personas abandonan un país para llegar al otro. España actúa como la frontera de la Unión Europea y Marruecos, reuniendo a ciudadanos de diferentes países del África Sub-Sahariana, como el país de transición del continente Africano al continente Europeo. Las vidas de estas personas están en riesgo constantemente ya que la falta de métodos legales

para inmigrar, conlleva a un incremento en maneras de desplazarse irregulares; por ejemplo, por agua en patera. Esta falta de protección legal durante el trayecto de los inmigrantes exacerba la probabilidad de que estos sean víctimas de engaños, que sufran de grandes pérdidas monetarias y por lo tanto víctimas de la falta de apoyo de sus países de origen. Por ejemplo, la pérdida de nacionalidad, hogar, trabajo e identidad. El problema no solo se encuentra en las violaciones de derechos humanos si no que también en la gran cantidad de menores inmigrantes no acompañados por adultos o tutores que les representen. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento creado bajo la Organización de las Naciones Unidas reúne 30 artículos considerados como derechos fundamentales que todo ser humano debe disfrutar. Los artículos 15 y 16 por ejemplo, especifican que todas las personas tienen derecho a una nacionalidad sin importar la raza, sexo u origen. Adicionalmente, el artículo 25 de la DUDH indica que el derecho a una vida digna (la vivienda siendo uno de los elementos para una vida decente), es un derecho fundamental (United Nations).

La frontera de Europa en África es una de las fronteras más fortificadas de la Unión Europea ubicada en Melilla (BBC News Mundo). España tiene dos ciudades autónomas; Ceuta y Melilla ubicadas al norte de Marruecos. Las fronteras en estas localizaciones son muy estrictas ya que se encuentran en África pero son el terreno más aproximado a la Unión Europea. En Melilla, la valla que rodea la costa de Marruecos es cada vez más segura para la Unión Europea y más peligrosa para África por el incremento de la inmigración en las últimas décadas. En los años 90, cuando incrementó la inmigración, se creó el espacio Schengen, para proteger a Europa de la alta tasa migratoria. Comparado con los años 70, cuando las fronteras de Melilla estaban prácticamente abiertas, este lugar se ha convertido en una zona militar y de alta seguridad donde muchas personas han llegado a perder sus vidas. Los intereses políticos entre países de la Unión Europea con África también afectan a la dinámica migratoria. Los inmigrantes se utilizan a menudo como peones para mejorar, atacar o empeorar a países receptores, deshumanizándoles y privándoles de sus derechos como ciudadanos en el mundo sin importar su nacionalidad. A menudo, hay países que reciben a más inmigrantes por beneficio propio ya que pueden servir como mano de obra más económica. Otras veces, como en el conflicto del pasado mayo entre Marruecos y España, se utilizan como armas políticas para atacar la seguridad social de cada país. En este conflicto se permitió la entrada de más de 8000 inmigrantes y como contra ataque, se les devolvía en caliente.

¿Debería la Unión Europea responsabilizarse más y ayudar a países como España en tiempos de crisis migratorias? En el caso del conflicto entre Marruecos y España, ¿qué país tiene responsabilidad sobre los inmigrantes? ¿Qué roles juegan las Naciones Unidas para mejorar las condiciones de vida en los países de origen para disminuir las tasas migratorias? ¿Hasta qué punto España o el país receptor debe protegerse del peligro ciudadano y social que

puede causar la llegada de inmigrantes, sin excluirlos o dejar de darles ayudas básicas?

Migración irregular

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la migración irregular es el movimiento de personas que ocurre al margen de las leyes o acuerdos internacionales que establecen las normas de entrada o salida del país de origen, de tránsito o de destino. Sin embargo, el hecho de que estas personas migren de forma irregular, no da la libertad a los estados de no cumplir con la obligación de proteger a dichas personas de sus derechos. Hay que tener en cuenta, que la migración irregular no es lo mismo que la inmigración en busca de refugio o asilo. Los inmigrantes refugiados están protegidos contra sanciones relacionadas con su entrada y estancia en el país, ya que se les clasifica como personas que son perseguidas de manera injusta en sus países de origen por su raza, religión u opiniones políticas, careciendo de nacionalidad. Adicionalmente, los solicitantes de asilo son las personas que buscan protección internacional, ya que pueden haber conflictos de guerra en sus países de origen. No todos los solicitantes de asilo son refugiados, pero todos los refugiados son solicitantes de asilo y estos no son clasificados como inmigrantes ilegales (Organización Internacional para la Migración).

Estadísticas:

Origen

Desde el 2018 el origen de los inmigrantes son principalmente de Marruecos, Guinea, Mali, la Costa de Marfil, Argelia, Senegal Gambia, Camerún, Mauritania y de las Islas Comores. Esto demuestra que Marruecos no solo reúne a sus propios ciudadanos pero a miles de personas que llevan un trayecto más largo desde África Sub-Sahariana. Marruecos ejerce como el país intermediario y también sufre de problemas sobre el control de las personas que entran al país. Esto conlleva al debate del grado de responsabilidad que muestran los países de origen. También, el dilema sobre el país que tiene la responsabilidad de los inmigrantes que llegan de forma irregular. La mayoría de veces atraviesan las fronteras con heridas o problemas de salud graves por culpa del trayecto, sin ningún tipo de documentación por miedo a ser repatriados y sin recursos económicos.

Edades

Fijándonos en la variable de género, podemos comprobar como las edades varían entre los factores de dicha variable (hombre y mujer). Las edades de los inmigrantes varían entre dos factores: hombres y mujeres, y el año de inmigración. La mayoría de inmigrantes suelen ser varones con una media de 32,33 años (INE). No obstante, uno de los dilemas más graves de derechos

humanos de inmigrantes irregulares relacionada con la edad, es la llegada de Menores Extranjeros No Acompañados (MENAS). Cuando los MENAS llegan a sus destinos, la mayoría de veces son trasladados a centros donde se les proporciona con hogar, educación y alimentos. Es difícil concretar el origen y la edad de ellos ya que llegan sin documentación, sin conocer el idioma y con miedo. Las estadísticas indican que la entrada de MENAS en Cayuco incrementa un 3,050% en 2018 comparado con años anteriores. La mayoría (97%) de ellos son varones; 56,3% son de Marruecos, 20% de Argelia, 7,5% de Costa de Marfil y 2,9% de Gambia. Según la Fiscalía General del Estado (FGE), la cifra de MENAS ha disminuido un 34,27% durante la pandemia simultáneamente que la tasa de inmigración también se redujo (EpData). Los países en la Unión Europea son los que más tienen en consideración el reconocimiento y la aplicación de los derechos del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño (ACNUDH), se aplica a todos los niños menores de 18 años sin importar la raza, género, discapacidad, nacionalidad o religión del niño. (ACNUDH). En artículos como el 20§1, 28§2, 32 y 33 indican que la educación es un derecho fundamental que todos los niños deben acceder durante su infancia. En específico los artículos 20§1 y 28§2 dicen:

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. (CDN Artículos 20§1 y 28§2).

Adicionalmente, derechos sobre el hogar, también están indicados como en los artículos 21 § b, o 40 § 4.

Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. (CDN Artículos 21§B y 40 §4).

Finalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) contiene en el artículo 25 § 2, que “[...] la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, [...] tienen derecho a igual protección social”.

Tasa migratoria, métodos de transporte y derechos humanos

Según el Ministerio de Interior, el pico de inmigración ocurre en Marzo del 2018 con cifras desde 1.000 hasta 11.000 personas en cuestión de seis meses. La tendencia durante los años ha ido fluctuando, actualmente en 2021 la cantidad de inmigrantes ha permanecido estable excepto en Mayo que supero los 8.000 inmigrantes de origen Africano sólo en la frontera de Ceuta. Los avances migratorios que se han logrado durante los años, como ofrecer servicios en los que se incluye sanidad inmediata u hogar y educación para los menores de edad, han sido amenazados por la pandemia de la COVID-19. La inmigración durante el cierre de fronteras disminuyó. Esta caída junto con fronteras mas estrictas de lo normal, afecto a los solicitantes de asilo. En 2020, la unión Europea registro un descenso de un 33% en estas solicitudes y la tasa de cruces irregulares disminuyo un 12% en comparación con 2019, el cual fue el mas bajo en siete años (Comisión Europea). Sin embargo, la reapertura de fronteras creó un repunte en la inmigración irregular; sobre todo por rutas marítimas. Las rutas marítimas son cada vez mas comunes ya que por la pandemia, estas no requieren de documentación como pruebas de COVID-19 o vacunación. Frontex, la agencia fronteriza de la UE, muestra que en el 2021, se ha producido un aumento de un 64% de la inmigración irregular; la ruta del Mediterráneo siendo la más traficada y mortal con más muertos y desaparecidos a mitades de año comparado con 2020 (Deutsche Welle, 2021).

La inflexibilidad legal en el mundo de la migración es uno de los factores por los cuales las personas tienen que desplazarse de manera irregular. Las rutas por vías marítimas han incrementado durante las pasadas décadas ya que acuerdos como los de Schengen adaptados por la Unión Europea han impuesto más control sobre el movimiento migratorio. La “lucha contra la inmigración ilegal”, choca con el disfrute de los derechos humanos fundamentales que toda persona debe poder acceder. Por ello, cabe la duda de qué organización gubernamental es responsable de la pérdida de dichos derechos básicos y esenciales. ¿Qué país tiene la jurisdicción sobre estas personas? La jurisdicción no depende del territorio donde el individuo se encuentre (Cerni Cernadas, Pablo). Por lo tanto, la obligación de procurar que los derechos humanos no sean violados, cae en varios agentes. En el país de origen; por el hecho de que estas personas son ciudadanas con sus derechos de protección a cualquier inseguridad, el país intermediario; ya que actúan como rutas comunes en las cuales los inmigrantes se encuentran en estados críticos de salud y economía, y estos se someten a tratos con mafias que se aprovechan de la vulnerabilidad de las personas las cuales no disfrutaban de dignidad como derecho básico. Finalmente, los países destinatarios deben obedecer ciertas obligaciones que tienen al recibir la llegada de cientos de inmigrantes con condiciones pésimas. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), los artículos ordenan a los países receptores, la prohibición de devoluciones “en caliente”. En concordancia con la Corte Internacional de Justicia, la prohibición

de devolución al país de origen es imprescindible sobretodo cuando se trata de personas sufriendo de su estado físico. Por lo cual, aquí entra el debate sobre la seguridad social que los ciudadanos de España y/o la Unión Europea tienen derecho a adquirir mediante el control de las fronteras tanto como en tierra, como fronteras marítimas.

Durante los trayectos irregulares, muchos se encuentran con mafias que se aprovechan de personas con escasez de recursos económicos y en estados de desesperación ya que su objetivo principal es entrar al continente Europeo. Las llegadas en patera en la península española y en las Islas Canarias son mayoritariamente procedentes de Marruecos y organizadas por mafias marroquíes. Estos ofrecen alojamiento para antes de cruzar a España cobrando entre 1000 y 2000 euros por persona. No solo estas trafican con humanos, pero también les utilizan para transportar droga a través de las *narcobombas* (RUIZ ESPINO, 2021). La Guardia Civil española, para proteger la seguridad social de los ciudadanos, toma acción mediante patrullajes por la costa y por aire de Senegal y Mauritania. (Dolz, Patricia Ortega).

En 2020 se dió uno de los grandes acontecimientos de llegada masiva de inmigrantes a las Islas Canarias en toda su historia. Las Islas Canarias recibieron un total de 23.023 personas llegadas por vía marítima. Siendo el pico en octubre, de 5.328 llegadas. La inmigración por vía marítima, según el ministerio de interior (MIR), ha sido continua desde 2020; con un total de 27.434 sin contar a los desaparecidos o fallecidos, los cuales son una gran cantidad porque esta es una de las vías más mortíferas (González Morales, C.). Organizaciones como la Cruz Roja reúnen a más de 2000 voluntarios que reciben a los inmigrantes que llegan a las costas españolas con ayudas de atención humanitaria básica (agua, cura de heridas, kits de higiene básica, alimentos y mantas) (Cruz Roja). La Cruz Roja ayudó a acoger a los inmigrantes en hoteles de las zonas turísticas de las Islas. Debido al paro turístico por la pandemia, las instalaciones disponían de espacio suficiente para alojar a los miles de inmigrantes que llegaron en masa. Esta solución proporcionó a estas personas con ayudas básicas, pero creó un efecto llamada que resultó en un incremento de llegadas en patera (González Morales, C.).

Caso de estudio: conflicto entre Marruecos y España

En el pasado Mayo de 2021 se creó un conflicto de cien días entre Marruecos y España por conflictos socio-políticos. El gobierno español acogió en el hospital de San Pedro de Logroño al secretario general del Frente Polisario, Brahim Ghali bajo una identidad falsa. El Frente Polisario Saharaui y Marruecos ha estado en conflicto desde la década de los años 70. La ONU puso en pausa en 1991 los 16 años de violencia, defendiendo la independencia del territorio Saharaui. (BBC News Mundo). El gobierno de Ghali ha estado durante años acusado por genocidio por Marruecos y varias organizaciones como la Asociación Saharaui para la Defensa de los Derechos Humanos

(ASADEDH). A Ghali se le acusa de genocidio mediante torturas, asesinatos, terrorismo y de delitos de lesa o contra la humanidad. La ASADEDH pedía investigar el trato sufrido por los prisioneros de guerra y el trato hacia los ciudadanos saharauis.

Como ataque a España por acoger a Ghali, Marruecos abrió las fronteras de Ceuta y dejaron cruzar a más de 8000 inmigrantes irregulares. Dos cuestiones centrales en este caso son: el uso de personas como táctica para una amenaza política, y con qué fin España ha protegido a Ghali. En este caso se puede apreciar la cantidad de poder que tienen los países en ubicaciones críticas en este caso España y Marruecos sobre el flujo migratorio. Conflictos políticos entre los dos países ha conllevado a que muchas personas se vean con altos riesgos de peligro en su salud tanto física como mental. Los dos países podrían estar denunciados por la falta de obediencia hacia los derechos fundamentales de estas personas. Al ser inmigrantes ilegales, se les ve como estadísticas y obstáculos en la sociedad, pero no dejan de ser humanos. En este caso reciente, el desespero por obtener una vida mejor mediante recursos escasos se ha implementado como arma política. Sabiendo que España no puede devolver a personas en caliente, esto no solo ha afectado a los miles de inmigrantes, pero también a los ciudadanos de Ceuta. De hecho, España ha sido previamente condenada, en 2017 por el TEDH por la violación de los artículos 4 y 13 del Convenio Europeo los cuales especifican la prohibición de devoluciones en caliente. Adicionalmente, organizaciones como Amnistía Internacional siguen denunciando dichas devoluciones. Finalmente, en un caso como este, la responsabilidad sobre los inmigrantes puede fácilmente recaer en ambos países ya que ha sido un conflicto de ataques bilaterales en el cual el uso de ellos ha sido como respuesta a la protección de Ghali quien es perseguido.

Roles: Unión Europea, España y Marruecos

La Unión Europea juega un rol importante en crisis migratorias, ya que los países más afectados incluyendo a España forman parte de la Unión y emplean una barrera hacia el resto de países Europeos. Desde el 2001, el consejo Europeo se ha concentrado en frenar la inmigración clandestina. Una de las soluciones fue el desarrollo del espacio Schengen, EUROSUR y FRONTEX aunque no han sido medidas lo suficientemente efectivas como para frenar la inmigración ilegal. También, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se les da derechos a aquellos ciudadanos de terceros países; es decir, que según la Unión Europea uno es permitido a disfrutar de derechos fundamentales sin importar de donde venga. En la comisión del 2005, el programa de

La Haya propuso un nuevo impulso hacia la integración de los inmigrantes. El acercamiento a una integración más fácil, resulta en menos violaciones de derechos por parte de los países receptores de inmigrantes. Asi-

mismo, la Comisión Europea, impone objetivos ante la migración incluyendo: reducir los incentivos para la migración; mediante la mejoría socio-política de países en estados críticos, salvar vidas y hacer fronteras exteriores seguras (Parlamento Europeo).

¿Hasta qué punto España debe protegerse del peligro ciudadano y social que puede causar la llegada de inmigrantes, sin excluirlos o dejar de darles ayudas básicas? España es uno de los países más tolerantes a la inmigración de toda la Unión Europea. España ofrece protección social y cobertura de población extranjera ya que el Sistema de bienestar español es uno de los más inclusivos y no se sustenta en criterios de nacionalidad, se sustenta en la posible contribución económica o en residencia. Finalmente, da acceso a servicios de educación, sanidad y/o servicios sociales a pesar de que España como país tiene graves problemas de desempleo, falta de personal en sanidad y educación, bajas pensiones entre muchas otras crisis sociales dentro del país. España se debe proteger de dichas dificultades y proporcionar a sus ciudadanos sus derechos como españoles. España protege a la Unión Europea de llegadas de olas de inmigrantes, esta debe de ser más ayudada por la U.E.; no solo España pero también países como Portugal o Italia.

Finalmente, Marruecos es un socio importante de España en “la lucha contra la inmigración irregular”. El reino de Marruecos se encuentra trabajando en la construcción de una valla de hierro ubicada al norte de Marruecos, cerca de Ceuta con el fin de hacer la inmigración irregular terrestre más compleja. Además la policía marroquí se encarga de desplazar a inmigrantes lejos de la frontera; al monte Gurugú (BBC News Mundo). Desafortunadamente, Marruecos no solo tiene el poder sobre la cantidad de inmigrantes que pueden cruzar a España, sino también tiene el poder sobre como esta llegada de inmigrantes afecta a la Unión Europea ya que España es parte de ella. Marruecos utiliza este poder para conseguir mejores acuerdos comerciales. Se podría describir el uso de inmigrantes como arma para una guerra social que en gran parte, culpabilizaría a España y a la Unión Europea por la violación de derechos humanos que resulta al intentar manejar a los inmigrantes llegados y disminuir la cantidad de ellos que se quedarían en el país.

Conclusión

La inmigración irregular va a seguir siendo un grave problema global ya que hace falta imponer soluciones mucho más efectivas y sostenibles que realmente se enfoquen en la raíz de las crisis migratorias. Las posibles soluciones como el incremento a la regularización de los inmigrantes no son la clave para acabar con esta crisis humanitaria. Las regularizaciones en todo caso, crean un efecto llamada ya que hace la inmigración irregular más sencilla dando más oportunidades a los inmigrantes. Los inmigrantes como seres humanos, deben de tener oportunidades para encontrar una vida mejor con la libertad de disfrutar de derechos básicos como el hogar, el empleo y la edu-

cación. Aun así, ellos deberían de disfrutar de estos derechos básicos en sus países de origen como ciudadanos. Por lo tanto, solucionar el problema desde su origen, resultaría en una frenada de la inmigración irregular. Los gobiernos, organizaciones y otras agencias deben de trabajar en unión para crear soluciones democráticas en las cuales todas estén de acuerdo y vayan a cumplir. Para frenar la inmigración irregular, la raíz del problema está en los países de origen; en este caso, en los países Africanos. Estos deben de realizar cambios políticos, económicos, sociales y ambientales para que la inmigración se reduzca drásticamente. Colaborando junto a organizaciones como las Naciones Unidas, las soluciones sostenibles se pueden conseguir. En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la ONU se está centrando en crear cambios que requieran menos costes y mas beneficios. Objetivos como: 1 - Fin de la pobreza, 2 - Poner fin al hambre, 4 y 8 - Educación y empleo o 6 y 11 - Agua limpia y ciudades sostenibles; crear espacios donde los derechos humanos ya están cumplidos y los ciudadanos no deban ir en busca de ellos a otros países; de forma que su dignidad como humanos este constantemente puesta en riesgo (Naciones Unidas).

Bibliografía

ACNUDH **“Acnudh: Convención Sobre Los Derechos Del Niño”**. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

BBC News Mundo. ***Valla De Melilla: La Peligrosa Frontera Que Separa la UE de África***. 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=ntc0kC9II6A>.

Ceriani Cernadas, Pablo. **Control Migratorio Europeo en Territorio Africano: La Omisión del Carácter Extraterritorial de las Obligaciones de Derechos Humanos - Scielo.br**. 2009, <https://www.scielo.br/j/sur/a/MbpLzn86cccpSx-5FXFVxGLv/?format=pdf>.

Comisión Europea. **“Estadísticas Sobre La Migración a Europa.”** *European Commission*, 29 Sept. 2021, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_es#illegalbordercrossings.

Cruz Roja. **“El Viaje De La Esperanza.”** *Cruz Roja España: Ahora*, <https://www2.cruzroja.es/web/ahora/inmigracion-canarias>.

Dolz, Patricia Ortega. **“Tras La Pista De Las Mafias Que Organizan Las Pateras a Canarias.”** *El País*, 29 Nov. 2020, https://elpais.com/espana/2020-11-29/tras-la-pista-de-las-mafias-que-organizan-las-pateras-a-canarias.html?rel=buscador_noticias.

Deutsche Welle. **“La Influencia De Covid En La Migración a Europa: DW: 06.10.2021.”** www.dw.com/es/la-influencia-de-covid-en-la-migraci%C3%B3n-a-europa/a-59429584.

EpData. ***Menores Extranjeros No Acompañados En España, Datos y Estadísticas***, EpData - La Actualidad Informativa En Datos Estadísticos De Europa Press, 31 Dec. 2020, www.epdata.es/datos/menores-extranjeros-no-acompana

dos-espana-datos-estadisticas/621.

González Morales, C. (2021). En busca de la oportunidad. Un reportaje sobre la segunda crisis migratoria más importante en la historia de las Islas Canarias. (Trabajo Fin de Grado Inédito). Universidad de Sevilla, Sevilla.

INE. **“Edad Media De Los Inmigrantes Procedentes Del Extranjero Por Provincia Según Sexo.”** www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=29421#!tabs-tabla.

Naciones Unidas. **“La Asamblea General Adopta La Agenda 2030 Para El Desarrollo Sostenible.”** www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/.

Organización Internacional para la Migración. **“Términos Fundamentales Sobre Migración.”** *International Organization for Migration*, www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion.

Parlamento Europeo. **“La Política De Inmigración: Fichas Temáticas Sobre La Unión Europea: Parlamento Europeo.”** *Fichas Temáticas Sobre La Unión Europea*, www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/152/la-politica-de-inmigracion.

RUIZ ESPINO, Clara. **Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros: Inmigración irregular. Las mafias del Estrecho.** Universitat Jaume I. 2021.

BBC News Mundo. **“Sahara Occidental: 5 Claves Para Entender Este Conflicto Olvidado.”** 27 diciembre 2020 www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55350989.

United Nations. **“La Declaración Universal De Derechos Humanos | Naciones Unidas.”** <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

CONCILIAÇÃO PENAL VIA NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS: A PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE UMA ANÁLISE SISTÊMICA DAS COMUNICAÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS

Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa

Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa

Doutorando em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Penal e Processual Penal

Resumo:

A imperatividade, a hierarquia e a centralidade do magistrado na decisão jurídica têm sido reduzidas não só com os Juizados Especiais Criminais, com penas alternativas e transação penal, mas também com os estímulos à conciliação, mediação e arbitragem como, inclusive, presentes no Código de Processo Civil em vigor no Brasil. Ainda que o tema não seja totalmente novo, este trabalho tem por diferencial analisar a realização de conciliações em âmbito policial através de Núcleos de Conciliação, tais como os Núcleos Especiais Criminais que existem no Estado de São Paulo desde 2010, com o objetivo de identificar vantagens e entraves políticos e jurídicos para implementação ampla e institucionalizada desses Núcleos, bem como sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro frente à vedação expressa da Lei nº 9.099/95 daqueles que exercem funções na administração da Justiça Criminal, ou seja, dos delegados de polícia, como conciliadores no auxílio à Justiça. Para tanto, aplicaremos a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, da qual exploraremos elementos do sistema político e do jurídico, partiremos de elementos da teoria sociedade como sistema de comunicação, na qual constam a política e o direito como sistemas sociais. Neste sentido, nossas análises partirão da premissa de que a sociedade é um sistema social e que a sociedade não é formada pelos indivíduos, mas pela comunicação entre eles, ou seja, o homem não detém a linguagem, ela é que o detém, com a perspectiva de, ao final, virmos a contrapor ao ineficiente modelo clássico de justiça penal punitivista adotado no Brasil a alternativa da justiça restaurativa através da implementação de Núcleos de Conciliação, como mecanismo de promoção de direitos humanos por aqueles que estão na linha de frente da persecução penal, que são os profissionais de segurança pública, antes mesmo dos Juizados Especiais Criminais, consi-

derando o dado que, em média, o número de Termos Circunstanciados de Ocorrências lavrados pelas autoridades policiais nas delegacias é pelo menos 25% superior ao número de inquéritos policiais abertos, conseqüentemente, uma parcela relevante da mão-de-obra da polícia é direcionada ao tratamento dos chamados crimes de menor potencial ofensivo.

Palavras-chave: Mediação policial; Conciliação; Núcleo especial criminal; Sistemas sociais; Niklas Luhmann.

1. Primeiras palavras

A pena de prisão como política retributiva faz parte de um modelo de justiça criminal baseado em vingança, cujos ideais de reação ao delito se apresentam de forma binária: prisão/medida de segurança. Assim, para compensar o “mal” causado com um outro “mal”, adotou-se o cerceamento de liberdade (LEAL E PIEDADE JR., 2001). Ocorre que esse modelo tem sua eficácia questionada desde a origem, quando da substituição dos suplícios corporais explícitos por restrição de liberdade (ANITUA, 2017). Neste sentido, Foucault (2014) chama atenção para o fato de que a abolição dos castigos físicos não passou de uma falácia, tendo em vista que, na prática, as violações à integridade física dos condenados apenas deixaram de ser praticadas em formato de espetáculos em praça pública e foram transferidas para dentro dos muros das prisões, potencializando a pena.

A ineficiência em responsabilizar exclusivamente o infrator por suas ações falha em pelo menos dois sentidos: não traz contentamento à vítima, tampouco promove a ressocialização do transgressor. Se por um lado, a vítima não vivencia um processo restaurador, ou seja, não lhe é promovido o sentimento de justiça, no máximo o de vingança, pois o modelo punitivista retributivo envolve apenas o Estado e o agressor na solução do conflito, deixando um vácuo lógico, a vítima, por outro lado, o agressor, muitas vezes, não compreende o sentido da pena sofrida, tendo em vista que, as sanções produzidas por esse modelo agem apenas como uma reação do Estado ao desrespeito à norma por ele criada e imposta, desconsiderando o a gênese do conflito intersubjetivo (ZAPPAROLI, 2013).

O resultado mais frequente é o excesso na punição de uma determinada classe social, com a intensificação das penas aplicadas à delinquência comum, fruto da expansão do Direito Penal, que, embora demonstre uma tendência de tipificação de novas condutas, finda por concentrar esforços no agravamento das sanções de crimes comuns já tipificados (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015), tonificando o processo de exclusão e perseguição de determinada parcela da população que é despossuída, vive à margem da sociedade, e termina se envolvendo com a criminalidade de rua.

Destarte, o que se percebe no atual sistema acusatório é a inadequação

às demandas contemporâneas de repreensão às ações transgressoras das normas vigentes, em face à desproporcionalidade na operacionalização da justiça, à medida que, ao tratar de crimes graves demonstra ineficácia e impunidade, enquanto nos crimes mais leves, excede rigor (GOMES *in* LEAL e PIEDADE, 2001). Essa ineficiência tem levado à decadência um sistema que rotula e exclui os infratores dentro de um processo ritualizado de estigmatização que segrega a sociedade, tolhe oportunidades e dá origem a uma subcultura da delinquência (BECKER, 2008).

No Brasil, de acordo com o *caput* do artigo 59 de Código Penal, percebe-se que legisladores optaram por um modelo retributivo não puro – retribuição e prevenção –, ou seja, consideraram outros fatores para a fixação da pena-base além da proporcionalidade entre o mal provocado (crime) e o mal recebido (pena). No que diz respeito à dosimetria da pena, é realizada de maneira trifásica, obedecendo a sequência estabelecida no artigo 68: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940)

Em contraponto a esse modelo clássico de Justiça Penal Retributiva, Roxin (1992) apresenta o que ele chamou de *terceira via*, um modelo de justiça baseado na ideia de reparação do dano em favor da vítima, princípio da Justiça Restaurativa:

Trata-se da ideia de reparação, que pode contribuir muitíssimo para o cumprimento da pena, daí sua importância político criminal; ela está a serviço do restabelecimento da paz jurídica (pois tanto a vítima como a sociedade, em virtude da reparação do dano social provocado, sentem realizadas suas expectativas de reparação, de ser desculpada etc.), bem como de uma “eficaz ressocialização” (na medida em que obriga o infrator a suportar as consequências do seu ato, assim como a perceber e considerar os interesses da vítima, o que é impossível por meio da simples pena-castigo, além de fomentar o reconhecimento e o respeito da norma e do direito, sem contar que pode ainda produzir uma “reconciliação” entre o autor e a vítima e com isso facilitar a re-inserção social) (1992, p. 28).

Embora os ideais da Justiça Restaurativa tenham origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítimas, de acordo com SICA,

no seu atual estágio não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor, nem deve instrumentalizar se como meio de canalizar sentimentos de vingança ou retaliação. Muito pelo contrário, a contenção desses sentimentos e a neutralização do caráter retributivo da reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa (2007, p. 15).

Mesmo conscientes de que “a Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente

nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários” (SALIBA, 2009, p. 146), na sociedade contemporânea, consideramos que o movimento de Justiça Restaurativa surge em oposição à Política Criminal de Lei e Ordem (*Law and Order*) desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos a partir da década de 1970, na qual a premissa é a máxima repressão e os objetivos são “a pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas” (NOGUEIRA NETO, 2005, p. 33), dividindo a sociedade em dois grupos: o primeiro, formado pelos ditos *homens bons*, portanto, mercedores de todo amparo estatal e proteção legal e, o segundo, composto pelos *homens maus*, criminosos, cujos direitos humanos e fundamentais não devem ser respeitados e sob os quais o Estado deve fazer valer toda severidade e dureza da norma penal. Essa ideologia fomentou e ainda fomenta a expansão do Direito Penal, que adquire *status* de *salvador* e único capaz de solucionar os conflitos da sociedade resguardando os *homens bons* de todos os males, mitigando o Princípio da Intervenção Mínima.

Assim, a Justiça Restaurativa traz a concepção de que o delito não é meramente um conflito entre o ofensor e o Estado, como é interpretado no modelo clássico, mas um conflito entre o ofensor, a vítima e a comunidade envolvida, afastando o monopólio do estatal na resolução dos conflitos, e privilegiando a criatividade e a sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas (ZEHR, 2012).

No que diz respeito a política criminal nacional, podemos considerar que a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é um marco no ordenamento jurídico pátrio, pois introduz neste medidas despenalizadoras, com resolução de conflitos de maneira consensual e assim oficializa a adoção da Justiça Restaurativa no Brasil:

Para GOMES,

a Lei 9.099/95, sob o influxo das reivindicações da Criminologia e particularmente da Vitimologia, veio promover uma mudança radical na clássica postura reativa fundada primordialmente na pena-castigo. Seu artigo 2º, com efeito, fala em “conciliação” e “transação”. No artigo 62, de outro lado, estabeleceu os objetivos centrais do processo perante o Juizado Especial: “reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade”. Com isso se decretou o fim da concepção “paleorrepressiva”, ao menos no que concerne as infrações de menor potencial ofensivo. O sistema consensual já não tem a preocupação exclusiva de atender a pretensão punitiva do Estado (somente castigar) (*in* LEAL e PIEDADE JR., 2001, p. 202).

Esclarecendo que, de acordo com o artigo 61 da referida Lei, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo: as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995).

Assim, a Lei 9.099/95 prevê a criação dos JECrims, órgãos do Poder Judiciário brasileiro no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados, cuja principal competência é promover a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como traz no bojo de seu texto, elementos característicos da Justiça Restaurativa, tais quais: a composição civil dos; a transação penal; e a suspensão condicional do processo.

No que tange à aplicação de métodos restaurativos no âmbito policial, não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Esse vácuo legal quanto à possibilidade de a autoridade policial exercer o papel de conciliador ou mediador de conflitos tem gerado divergências doutrinárias a respeito de sua viabilidade e, sobretudo, legalidade, tendo em vista que, *o parágrafo único* do artigo 73 da Lei 9.099/95 exclui expressamente os delegados de polícia do rol de possíveis conciliadores: “os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal”.

Assim, no Brasil, segundo Menezes (2020), ocorre uma espécie de *bis in idem* das demandas ao Estado no caso de crimes de menor potencial ofensivo, tendo em vista que o mesmo fato provoca o Poder Público em dois momentos da persecução penal: delegacia e Judiciário.

A insegurança jurídica em torno da temática mitiga princípios de direitos humanos como dignidade e liberdade, tendo em vista que um programa de Justiça Restaurativa aplicado em sede policial tem função de garantir direitos fundamentais através da prevenção da violência e da criminalidade.

Portanto, é relevante mencionar que a possível mediação ou conciliação realizada pela autoridade policial não elimina qualquer procedimento legal ao qual a polícia esteja submetida e mais, é condição *sine qua non* que sejam respeitados princípios como voluntariedade, dignidade humana, boa-fé, poder de decisão das partes, imparcialidade e neutralidade do mediador, capacitação do mediador, confidencialidade e gratuidade, dentre outros (MELO, 2008).

Como exemplo de aplicação de métodos de restaurativos em delegacias de polícia, podemos citar o trabalho realizado pelos Núcleos Especiais Criminais (NECrims) no Estado de São Paulo, que correspondem, de acordo com o manual sobre a conciliação utilizado no treinamento dos Delegados dirigentes dos NECrims, “a uma postura conciliadora, dentro das Delegacias de Polícia, realizada no momento da feitura do Termo Circunstancial de Ocorrência (TCO), por Delegados de Polícia treinados para mediar relações conflituosas, na presença de um membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)” (LIMA FILHO e QUARESMA, 2016, p. 03).

Ainda conforme o documento,

produz-se um Termo de Composição Preliminar em caso de acordos entre as partes, esse é encaminhado junto com o TCO para varas dos JECRIM e, após análise por parte do membro do Ministério Público (MP), é homologado pelo juiz adquirindo, assim, legalidade e um títu-

No entanto, se não houver acordo em sede policial, adota-se o procedimento padrão, ou seja, o TCO é encaminhado para o juiz competente e o processo segue seu rito normalmente.

2. Conciliação no Brasil e a experiência de São Paulo

No Brasil, segundo os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016), 25% de todas as novas ações criminais que ingressam na justiça são iniciadas através dos JECrims. Um percentual expressivo que mostra a importância desses juizados como canal de acesso à justiça, onde os cidadãos podem pleitear soluções para suas lides de maneira mais rápida, partindo da premissa que são regidos, conforme o artigo 62 da Lei 9.099/95, pelos princípios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

No que diz respeito à estrutura do Judiciário brasileiro, ainda conforme relatório produzido pelo CNJ (2020), em 2019, o 1º grau do Poder Judiciário possui 14.792 unidades, destas, 9,7% são juizados especiais, o que representa um total de 1435 unidades. Com relação aos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), a Justiça Estadual contabilizou 1.284 unidades, que foram responsáveis pela homologação de 3,9 milhões de sentenças, ou seja, 12,5% dos processos judiciais foram solucionados via conciliação.

Afastando-se da esfera jurisdicional, no âmbito policial, quando se trata de conciliação, o primeiro Núcleo Especial Criminal (NECrim) da Polícia Civil foi criado em São Paulo, na cidade de Lins, região de Bauru, em 11 de março de 2010, somente 15 anos após a promulgação da Lei 9.099/95. Atualmente, existem 50 unidades em funcionamento no Estado: uma na Capital, cinco na Grande São Paulo e 44 no Interior. De acordo com os dados apresentados pela PCSP (2019), entre 2010 e 2018, os NECrims promoveram 126.027 audiências, sendo realizadas 111.072 conciliações, o que representa um aproveitamento de 88%. Considerando apenas o ano de 2017, foram realizadas 18.750 audiências, com 16.323 conciliações rendendo um coeficiente de 87%. Já em 2018, foram realizadas 18.977 audiências e 15.895 conciliações, ou seja, 84% de aproveitamento. Tais números se mostram consoantes aos resultados alcançados por unidades de mediação policial em outros países, como é o caso de Vila-Real, na Espanha, que segundo informações disponibilizadas pela Ajuntament de Vila-Real (2016), a Unidade de Mediação Policial realizou, em 2019, mais de 300 conciliações, com uma taxa de resoluções positivas de 80%.

A realidade da polícia judiciária brasileira chama atenção para o número de TCOs lavrados pelas autoridades policiais nas delegacias. Segundo o autor, é no mínimo 25% superior ao número de inquéritos policiais instaurados

(BARBOSA, 2020). O que pode explicar o a vultosa quantidade de audiências realizadas nos NECrims de São Paulo. Nesse contexto, podemos dizer que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para tratar os crimes de menor potencial ofensivo demanda uma alocação elevada de mão-de-obra policial para lidar com infrações consideradas mais brandas, além de sobrecarregar o Judiciário com ações de baixa complexidade.

Assim, para a PCSP (2018), os NECrims surgem com o objetivo de “incentivar a cultura de pacificação, do entendimento, por meio da conciliação entre as partes. Visando ainda desafogar os trabalhos do Poder Judiciário, Ministério Público e da Polícia Civil, que poderá se concentrar na investigação de crimes mais graves”.

A experiência exitosa de São Paulo tem repercutido nacionalmente e os ideais de Justiça Restaurativa no âmbito policial têm ganhado força, provocando a discussão sobre o modelo paulista em vários Estados como Ceará, Bahia, Pernambuco e o Distrito Federal, como explica BARBOSA:

A mediação policial, como derivação de filosofia comunitária de policiamento e de práticas restaurativas de administração de conflitos, vem ganhando espaço nas agendas políticas de instituições policiais e impulsionando iniciativas como a da Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF (...) o projeto dos Núcleos Especiais Criminais – NECrims da Polícia Civil de São Paulo como modelo base para criação do Centro de Polícia Restaurativa da PCDF (2020, p. 230-231).

Porém, o debate não tem evoluído para a prática e não há perspectiva de institucionalização de núcleos de conciliação em sede policial no Brasil mesmo diante dos números positivos expostos pelos NECrims de São Paulo e as experiências bem-sucedidas relatadas por organizações policiais de países europeus e latino-americanos, como Espanha e Colômbia.

3. NECrims: instrumentos de promoção de direitos humanos

Considerando a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a adoção de programas de justiça restaurativa em processos penais, tais como mediação e conciliação, inclusive como medidas de redução de prisões preventivas, somos provocados a reflexão sobre as barreiras políticas e jurídicas para a implementação de Núcleos de Conciliação Policial em todo território nacional.

No aspecto jurídico, a partir da redemocratização do Brasil na década de 1980, podemos identificar alguns avanços no que diz respeito à dignidade humana, com a positivação de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, por exemplo, a vedação da prisão em flagrante em crimes de menor potencial ofensivo incluída na Lei 9.099/95 pela Lei 10.455/02 e a implementação das audiências de custódia que ocorreu a partir de 2015, mas que já estavam previstas há muito tempo em pactos e tratados internacionais de di-

reitos humanos nos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para CNJ (2015), nas audiências de custódias os magistrados devem analisar as prisões “sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares”, bem como tentar identificar “eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades”

Essas medidas se apresentam como esforços no sentido de garantir a proteção do direito à liberdade e frear o crescimento da população carcerária do Brasil. No entanto, ainda se mostram insuficientes, tendo em vista que, de acordo com o *software* de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN, 2019), a população carcerária do Brasil é terceira maior do mundo, com 773.151 pessoas em restrição de liberdade, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, e, 34% desse montante é composto por presos provisórios, ou seja, sem condenação transitada em julgado.

Neste contexto, o Poder Judiciário tem buscado soluções para melhorar o cenário brasileiro e despendido recursos para a promoção de ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social, a exemplo da implantação do Movimento pela Conciliação, com a intenção de “alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos” (CNJ, 2006) e edição a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário.

Outrossim, entendemos que, também no âmbito policial, deve-se buscar alternativas definitivas por meio das conciliações, tendo em vista a posição dessas organizações na arquitetura da persecução penal no Brasil, conforme ressalta NUCCI: “Os órgãos estatais, primeiros e principais, a agir em nome do Estado para executar sua política criminal de segurança pública são as polícias, particularmente, a civil e a militar, nos termos do art. 144 da Constituição Federal” (2016, p. 73). Consequentemente, têm “o potencial de ser o mais marcante promotor dos Direitos Humanos, revertendo o quadro de descrédito social e qualificando-se como um personagem central da democracia (BALESTRERI, 1998, p. 13).

Destarte, buscamos que, com base nos princípios de polícia comunitária e mecanismos de Justiça Restaurativa, aplique-se nacionalmente, no âmbito policial, ferramentas garantistas frente ao modelo clássico punitivista de justiça penal, como o exemplo das conciliações promovidas nos NECrims de São Paulo.

4. Conciliação policial: mecanismo de um sistema de comunicação

No intuito de identificarmos alternativas ao modelo de justiça penal

clássico, partimos da premissa que a sociedade é um sistema social, mais especificamente, admitimos os princípios da Teoria da Sociedade de Luhmann, na qual sociedade é um sistema de comunicação

que observa a si mesma ao mesmo tempo que observa seu ambiente. Sociedade é um sistema que aprende, aprende com seus próprios elementos (autoreferência), bem como aprende com elementos de seu ambiente (heteroreferência). Sociedade é um sistema do tipo auto-organizado (*self-organizing system*)” (SILVA, 2021, p. 102).

Portanto, Luhmann, diferentemente de outros autores, como Durkheim, Hobbes, Locke, Rousseau, Weber, Rawls e Marx, ao criar sua Teoria da Sociedade, não adota como epicentro teórico o ser humano concreto (Silva, 2016). Ou seja, de acordo com o pensamento luhmanniano, “a sociedade se compõe unicamente de comunicação” (LUHMANN *apud* SILVA, 2016, p. 51), sendo ela “o sistema de comunicação que abarca todos os sistemas sociais, todas as comunicações sociais possíveis” (LUHMANN, 2006, p. 55) e a comunicação, por sua vez, um elemento social, circular reflexivo, policontextual, ou seja, relacional e não uma unidade em si mesma, assim, a comunicação só se reproduz por comunicação (LUHMANN, 2006).

Desta forma, obtemos o corolário de que “a sociedade não é formada pelos indivíduos, mas pela comunicação deles. O homem não detém a linguagem como ferramenta de comunicação, ela é que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento. Ele é sua ferramenta” (TRINDADE, 2008, p. 35).

Na sociedade, por sua vez, formam-se sistemas como o Direito, a Arte, a Economia, a Política e a Religião, conforme explica SILVA: “no interior do sistema da sociedade, meios de comunicação se tornaram, evolutivamente, hipercomplexos ao ponto de assumirem Forma de sistema” (2016, p. 103).

Na teoria luhmanniana, os sistemas são descritos como autopoieticos, ou seja, fechados operativamente e abertos comunicativamente, os quais são capazes de observar e aprender através da observação dos outros sistemas, pois

no plano das operações próprias de um sistema social não há qualquer contato com o seu entorno, bem como aqueles sistemas situados no entorno não intervêm nos processos autopoieticos do próprio sistema; ou seja, na sua operação interna, afinal, o sistema é fechado operacionalmente. Como afirma Luhmann, esse fechamento implica a observação do sistema sobre seu entorno se realizar como atividade interna, no próprio sistema, com a ajuda de distinções próprias, para as quais não existe no entorno nenhuma correspondência. Contudo, toda observação do entorno pressupõe a distinção que se pode realizar exclusivamente no próprio sistema, ou seja, pressupõe a distinção entre autorreferência e heteroreferência. É, pois, devido ao fechamento operacional que o sistema é determinado por sua auto-organização, por seus próprios elementos (SILVA, 2016, p. 101-102).

Na mesma lógica, temos:

Os mecanismos evolutivos independentes uns dos outros no interior de sistemas jurídicos, autopoéticos do direito, da economia e da política, da educação e da ciência, se influenciam mutuamente e obrigam as diferentes instituições envolvidas num regime de produção a assegurar só um caminho de evolução idiossincrática (ARNAUD e LO-PES JR., 2004, p. 121).

Neste íterim, é importante ressaltar que a *autopoiesis* dos sistemas não significa isolamento, ao contrário, os sistemas precisam uns dos outros para existirem. O processamento das comunicações é que são realizados internamente no sistema com base em sua própria referência:

Ser estruturalmente fechado não se confunde com ser isolado, mas sim que as influências (irritações) provenientes do entorno do sistema de comunicação selecionado (meio ambiente e dos outros sistemas) são processadas segundo significações internas do sistema de comunicação selecionado (SILVA, 2016, p. 93-94).

Destarte, os sistemas da sociedade se diferenciam uns dos outros exatamente por suas unidades internas de comunicação, que são próprias, invariáveis e binárias. Por exemplo: para arte – belo/feio –; para o Direito – lícito/ilícito –; para Economia – ter/não ter propriedade e; para Política – governo/oposição.

Portanto, “ao conversar sobre se algo é lícito ou ilícito, pomos em operação o sistema do direito, único sistema que observa os elementos jurídicos a serem selecionados para se qualificar algo como lícito ou ilícito” (SILVA, 2016, p. 107), embora existam teóricos que rejeitem a distinção entre o sistema jurídico e o político, tendo em vista a relação próxima entre os dois (Luhmann, 2016).

Na teoria luhmanniana, essa relação entre os sistemas ocorre através de irritação, sendo mantida a *autopoiesis* de cada um, assim,

uma teoria do sistema do direito autopoietico, que é um sistema operativamente fechado, pressupõe esse sistema como capaz de esboçar uma distinção entre si mesmo e os outros sistemas em funcionamento na sociedade. Portanto, se houver qualquer observador externo do sistema que queira observá-lo e descrevê-lo apropriadamente, ele acabará por deparar com essa disposição, produzida no próprio sistema. Por mais que, de modo muito geral, tal conceito possa parecer plausível, ele apresenta dificuldades quanto à relação entre política e direito. Por uma longa tradição, que remonta ao início dos tempos modernos, somos motivados a ver apenas um sistema político-jurídico unificado, o que é evocado em ampla medida pelo conceito de Estado, que é a um só tempo jurídico e político (LUHMANN, 2016, p. 545-546).

Dentre os aspectos que caracterizam o Direito como sistema de comu-

nicação, Luhmann (2016) tratou além da relação entre Direito e Política, do lugar dos tribunais no sistema jurídico brasileiro. Temas que, especialmente nos interessam, tendo em vista que faz parte do escopo dessa pesquisa identificar as barreiras políticas e jurídicas que impedem a implementação de NECrims no Brasil e o lugar que esses órgãos ocupariam no sistema jurídico brasileiro.

Assim, com base no código binário de referência do Direito, analisamos a licitude dos NECrims, dos processos e procedimentos neles realizados, frente à proibição de mediação policial expressa na Lei 9.099/95, haja vista que, o “direito não se reduz a um ato, um fato, uma legislação, uma opinião, uma decisão judicial, uma jurisprudência, o que são elementos do sistema, mas não o próprio sistema” (Silva, 2016, p. 108).

Não são legislações que fazem o Sistema Jurídico, nem os precedentes, tampouco a políticos e juristas, mas a memória semântica do direito. Ao observar, o direito opera sua construção de sentido por meio de sua de sua própria experiência, ou ainda, o direito responde às irritações do ambiente mesmo quando não há legislação vigente nem precedente (SILVA, 2021, p. 92).

E, por fim, analisamos especificamente do conceito de conciliação e de sua realização no âmbito policial através da mediação, como alternativa ao modelo punitivista atual, apropriamo-nos, por analogia, do conceito de decisão jurídica, apresentado por SILVA: “decisão jurídica não é o que o julgador quiser. Decisão jurídica é comunicação e, com tal, não tem dono, não tem autoria, não tem criador, ainda que tenha ser humano referenciado” (2020, p. 11), para dizer que a conciliação é, antes de tudo, comunicação, e que o princípio fundamental da autocomposição é exatamente o diálogo. Assim, partimos da premissa que “comunicação é a realização simultânea de informar, partilhar e compreender. Tanto quanto informar e partilhar, compreender é uma seleção” (Silva, 2016, p. 52), para afirmar que, assim como na comunicação, o êxito na conciliação é o acoplamento bem-sucedido de seleções.

5. Últimas palavras

A criação de unidades de conciliação ou mediação de conflitos nas polícias civis, como os NECrims, embora tenha legitimidade nos princípios dos direitos humanos, esteja consoante com a diretriz política de constituição de novos espaços alternativos de resolução de conflitos, conforme prevê a política de diversificação e ampliação das formas de acesso à justiça prevista no Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH – 3, aprovado pelo Decreto no 7.037/2009 e na Resolução no 125/2010 do Conselho Nacional de justiça, bem como com a Teoria Reflexiva da Decisão Jurídica, conforme conceitua Silva (2020), auxiliando na compreensão dos movimentos de construção de sentido do Direito a partir de situações sociais não previstas

em legislação, parece-nos que a ausência de legislação regulatória da mediação policial pesa negativamente na decisão política de implementação de unidades semelhantes aos NECrims em outros Estados brasileiros, pois exige dos Estados uma ação proativa por meio de Decreto, como foi o caso do Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016, que criou, no âmbito dos Departamentos de Polícia Judiciária do Estado de São Paulo, os Núcleos Especiais Criminais - NECrims e a Central de Núcleos Especiais Criminais – NECrims.

Assim, mesmo que os espaços conciliatórios em âmbito policial representem uma materialização das orientações internacionais de direitos humanos e, como relatou a Comunicação Social da Polícia Civil de São Paulo, promovam um desassoberbamento do Poder Judiciário, a cessão de competência deste para esfera administrativa parece significar, para o Direito, uma mitigação da *autopoiesis* do sistema judicial penal e, conseqüentemente, perda de poder.

Outro problema surgiu quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela interpretação expansiva da expressão “autoridade policial”, constante no artigo 69 da Lei 9.099/95, de forma a alcançar outros órgãos de Segurança Pública como Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal. Desta forma, esses órgãos estão autorizados a lavrar TCOs que não precisarão ser submetidos à Polícia Judiciária, devendo ser encaminhados diretamente aos JECrims, com a indicação do autor do fato, da vítima e providenciando as requisições dos exames periciais, caso sejam necessários, sob a égide dos princípios da efetividade, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Não obstante, para entidades estaduais oficiais como a Ordem dos Advogados do Brasil, secção Pernambuco, é inconstitucional que tal procedimento seja realizado pela Polícia Militar, pois entende tratar-se de uma atribuição da Polícia Judiciária, tanto o CNJ quanto o Tribunais de Justiça Estaduais, como o TJ-PE, decidiram pela confirmação da competência da Polícia Militar para a lavratura do TCOs. No caso de Pernambuco, a atribuição foi regulamentada através da Resolução nº 432 de 2020, que autorizou os magistrados de 1º grau a recepcionarem TCOs lavrados por Policiais Militares, Rodoviários Federais e Ferroviários Federais, colocando Pernambuco, segundo a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, no rol dos 12 Estados brasileiros nos quais os policiais militares podem lavrar TCOs e os encaminhar diretamente para a Justiça. Assim, a decisão jurídica de adotar um modelo descentralizado de lavratura de TCOs pelas polícias indica que o pensamento político-jurídico nacional não coaduna com os ideais de mediação ou conciliação no âmbito policial, aparentemente apontando para o sentido oposto.

Por fim, a finalidade dessa pesquisa é contribuir com a discussão de modelos alternativos ao modelo clássico de justiça penal e fortalecer o trabalho de justiça restaurativa que já tem sido desenvolvido através de capacitações, formações e rodas de diálogos com profissionais do Poder Judiciário e das polícias, sob a égide da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann.

O trabalho se mostrou relevante em pelo menos dois aspectos: primeiro no sentido acadêmico, pelo caráter original na abordagem do problema sob a ótica da Teoria da Sociedade luhmanniana; segundo, no sentido jurídico-social, tendo em vista que trouxe a liça a discussão de alternativas à resolução de conflitos frente à ineficácia do atual modelo de justiça penal, evidenciada pelo círculo vicioso da subcultura da delinquência e prisão, no qual o processo indenitário estabelecido entre o cidadão e a vítima de violência, mediante a possibilidade real de ser a próxima vítima, tem feito com que parte da sociedade chame a expansão penal através da ampliação e enrijecimento de normas, criando rótulos que fomentam a exclusão social.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARBOSA, Emerson Silva. **Mediação policial: da produção de culpadas à produção de consenso nas delegacias de polícia**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, v. 11, nº 1, p. 227-271, jan/abr 2020.

BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Rio Grande do Sul: Paster Editora, 1998.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luísa X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: vozes, 2014.

LEAL, César Barros; PIEDADE JR., Heitor (Org.) **Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate, bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla. 1ª ed. en español. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MELO, Anderson Alcântara Silva. **A construção de uma polícia democrática no Brasil: Reflexões e Desafios**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano VIII, n. 48, fev./março, 2008.

NOGUEIRA NETO, João Batista. **A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal

do Paraná. Paraná, p. 177, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**. Tradução de Bustos Ramírez e Hormazábal. Barcelona: PPU, 1992.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Paraná: Juruá, 2009.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

SILVA, Artur Stamford da. **Decisão Jurídica na comunicativação**. São Paulo: Almedina, 2021.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Mediação de conflitos de gênero e família, em contextos de violências e crime processados pelas leis nº 11.340/2006 e 9.099/95. A experiência desenvolvida no projeto íntegra de 2001 a 2011. In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da(org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

Online

Ajuntament de Vila-Real. **La Unidad de Mediación Policial recibe más de 300 solicitudes en 2019 con cerca de un 80% de resolución positiva**. Disponível em: https://www.vila-real.es/portal/p_20_contenedor1.jsp?seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&contenido=55283&tipo=8&nivel=1400&layout=p_20_contenedor1.jsp&codResi=1&language=es&fbclid=IwAR0yvIYWcwFo7fnGqkIo52Uk3zPz7JgtK-mjPl2jR8xjPSud0j4TP9wm3bEE. Acesso em: 10/08/2021.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848** (Código Penal), Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11/08/2021.

BRASIL. **LEI Nº 9.099**, Brasília, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 05/09/2021.

CNJ (2006). **Movimento pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 30/08/2021.

CNJ (2015). **Audiências de Custódia**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 10/09/2021.

CNJ (2016). **Justiça em números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento/>. Acesso em: 10/09/2021.

CNJ (2019). **Justiça em números**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10/09/2021.

CNJ (2020). **Justiça em números**. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/08/CNJ_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 10/09/2021.

INFOPEN (2019). **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 15/08/2021.

LIMA FILHO, Eduardo Neves; QUARESMA, Gisany Pantoja. **Conciliação pré-processual nas infrações de menor potencial ofensivo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. V. 43. N° 02. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1347>. Acesso em: 06/08/2021.

MENEZES, Andrea Tambone. **A justiça restaurativa e a polícia judiciária**. Disponível em: <http://www.adpeb.com.br/v18/wp/wp-content/uploads/2020/03/A-JUSTIÇA-RESTAURATIVA-E-A-POLÍCIA-JUDICIÁRIA.pdf>. Acesso em: 07/08/2021.

PCSP (2018). **NECrim realiza mais de 106 mil audiências**. Disponível em: https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticias-Detalhes?contentId=UCM_037774&collectionId=358412565221025582&ras-cunhoNoticia=0&_afzLoop=1824424783777414&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=null#!%40%40%3F_afzWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221025582%26_afzLoop%3D1824424783777414%26contentId%3DUCM_037774%26ras-cunhoNoticia%3D0%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dlhj2o3r4_29. Acesso em: 15/09/2021.

PCSP (2019). **NECrim da Polícia Civil completa 9 anos com mais de 111 mil conciliações**. Disponível em: https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221033245&contentId=UCM_044536&ras-cunhoNoticia=0&_adf.ctrl-state=1dk7xgcpk5_4&_afzLoop=2316435421421324&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=1dk7xgcpk5_181#!. Acesso em: 15/09/2021.

SILVA, Artur Stamford. **O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito**. Revista Direito Mackenzie, V. 14, N. 3, P. 1-32, 2020. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/14231/10848>. Acesso em: 09/01/2021.

VIOLÊNCIA E LETALIDADE POLICIAL EM SÃO PAULO: A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (1985-2020)

Luís Antônio Francisco de Souza e Thaís Battibugli

Luís Antônio Francisco de Souza

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Campus de Marília. Doutor em Sociologia – Universidade de São Paulo

Thaís Battibugli

Centro Universitário Padre Anchieta. Centro Universitário Campo Limpo Paulista. Doutora em Ciência Política – Universidade de São Paulo

Resumo:

A luta em prol dos direitos humanos é por excelência a luta contra o poder como arbítrio e violência ilegal. Apesar dos instrumentos de exigibilidade das declarações e dos pactos de direitos humanos, a plena efetivação destas garantias é conquista a ser obtida no mundo atual. A persistência de altos níveis de letalidade em ações da polícia constitui um dos grandes desafios à consolidação democrática no Brasil contemporâneo. Políticas efetivas de controle do uso da força policial ainda não foram implantadas. A violência policial é parte integrante da incapacidade do estado brasileiro em exercer o monopólio da força legítima, em país de cultura política autoritária e excludente. Apesar da instauração de nova ordem constitucional em 1988, o modelo policial permaneceu praticamente inalterado e sem mecanismos efetivos de *accountability*, o que se reflete na persistência de alto padrão de letalidade policial no Brasil e, mais especificamente, em São Paulo.

Palavras-chave: Violência; Segurança pública; Letalidade policial; São Paulo; Direitos Humanos.

Introdução:

A filosofia política dos direitos humanos se funda no racionalismo e no combate às arbitrariedades pelo primado da lei. Contraditoriamente, o Estado ao ser a principal instituição a defender declarações e convenções de direitos humanos, é o primeiro a cometer violações, principalmente contra mais vulneráveis, mais necessitados de sua proteção e auxílio e contra opositores político. Apesar dos instrumentos de exigibilidade das declarações e dos pac-

tos de direitos humanos, a plena efetivação destas garantias é conquista a ser obtida no mundo atual. Após a Declaração de Viena de 1993, nenhum Estado pode justificar por meio de suas tradições locais as graves violações de direitos humanos praticadas por seus policiais. A persistência de altos níveis de letalidade em ações da polícia constitui um dos grandes desafios à consolidação democrática no Brasil contemporâneo. Políticas efetivas de controle do uso da força policial ainda não foram implantadas. A violência policial é parte integrante da incapacidade do estado brasileiro em exercer o monopólio da força legítima, em país de cultura política autoritária e excludente.

Durante as décadas de 1980 e 1990, a Polícia Militar brasileira se tornou o centro das discussões em torno da necessidade de reformas institucionais, ao ter sido utilizada como instrumento de repressão política nos Estados regionais durante a ditadura civil-militar (1964-1985). Apesar da nova ordem constitucional, implantada em 1988, o lobbies corporativos obstaram reformas estruturais no sistema (Beato Filho, 2016). Assim, o modelo policial permaneceu praticamente inalterado e sem mecanismos efetivos de accountability. As pesquisas sobre uso da força no Brasil vêm apontando a persistência de alto padrão de letalidade. A falta confiabilidade nas estatísticas policiais brasileiras é notória, ainda mais em relação aos números de letalidade policial, já que esses casos geralmente são classificados para não comprometer os pares e, assim, perpetuar a impunidade. O governo de Jair Bolsonaro (2019-) representa um passo além no regresso colocado em prática por Michel Temer (2016-2019) na área social e na segurança pública. Com um caráter explicitamente militarista e armamentista, o projeto político bolsonarista aprofunda, dentre outros fatores, a vulnerabilidade social e que dá aval à violência policial que nega própria dignidade da pessoa humana.

1. Militarização da Segurança Pública

A militarização na segurança pública paulista se refere a um conjunto de poderes que ampliam os dispositivos de controle e as possibilidades do uso legal da força, mesmo diante da formalidade democrática.

A militarização é facilitada pela concepção tradicional de policiamento preventivo existente no país. Segundo esse modelo, a manutenção da ordem pública é exercida em “atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública”, conforme dispõe o Regulamento das Polícias Militares ainda em vigor, pelo decreto nº 88.778/1983. É notória a relação entre prevenção e patrulhamento ostensivo reativo, exercido pela PM.

A tendência de militarização se apresenta fortemente consolidada nas polícias militares (PM), que permanecem subordinadas às Forças Armadas. O efetivo de policiais armados vem crescendo, acompanhando a pressão por segurança e pelo crescimento exponencial do mercado privado de segurança. Os crimes cometidos pelos policiais militares, em funções de policiamen-

to, ainda são definidos como crimes militares e, portanto, como transgressões disciplinares, submetidas a um código, processo e justiça militar própria (Aguilar, 2012; Zaverucha, 2005; 2010; Serra; Souza, 2018).

O Brasil mantém um modelo de polícia híbrido no qual convivem a polícia investigativa de caráter civil e a polícia ostensiva de caráter militar. A militarização e as frequentes intervenções das FA na segurança pública apontam para a persistência de casos de violência, intolerância à diversidade e à pluralidade, bem como resistência a mecanismos de avaliação e controle civil (Santos, 2011; Cardoso, 2012; Zaverucha, 2005).

2. Persistência da violência policial

A linha que separa o uso justificado do uso excessivo da força é tênue, e precisa ser permanentemente problematizada. Há três parâmetros convenencionados nos EUA para a distinção entre o uso arbitrário ou não da força no trabalho policial: 1) a relação entre civis mortos e feridos em ação policial; 2) a relação entre civis e policiais mortos; 3) o percentual de mortes provocadas pela polícia em relação ao total de homicídios dolosos (Loche, 2010).

As pesquisas sobre uso da força no Brasil vêm apontando a persistência de alto padrão de letalidade considerando esses três métodos de aferição, pois o total de pessoas mortas pela polícia é muito superior ao de policiais mortos em serviço; a ação policial produz mais mortes do que feridos; e as mortes cometidas pela polícia correspondem a um elevado percentual do total de homicídios (Cano, 1997, 2002; Mesquita Neto, 1999; Carneiro & Oliveira Jr, 2002; Loche, 2010; Lima, 2011; Nunes, 2014; Lima; Bueno; Mingardi, 2016)¹⁸².

Em 2015 no Brasil, o percentual de Morte Decorrente de Intervenções Policiais (MDIP), ou seja, a letalidade policial considerando situações em que os agentes estavam em serviço e fora de serviço, em relação às Mortes Violentas Intencionais (MVI), homicídios, foi de 5,7%. Já em 2016 esse número saltou para 6,9%. No estado de São Paulo a taxa foi de incríveis 16% em 2015, e chegou a 19,7% em 2018, taxa superada apenas pelo Rio de Janeiro, cuja taxa foi de 22,8% em 2018. Ou seja, de cada 100 MVIs quase 18 foram perpetrados por policiais (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017, 2019).

Falta confiabilidade nas estatísticas policiais brasileiras, ainda mais em relação aos números da letalidade policial, já que esses casos geralmente são classificados com características que desconfiguram a conduta excessiva dos agentes, para não comprometer os pares e perpetuar a impunidade (Lima, 2008). A ação letal é método recorrente empregado pela polícia brasileira e conta com o apoio de parcela da classe política e da opinião pública (Chevig-

¹⁸² Evidentemente, outros indicadores podem ser usados para a discussão sobre o uso justificado da violência letal pela polícia: quantidade de tiros identificados nos corpos das vítimas, posição e ângulo dos tiros, disposição da cena do crime, correlação entre o número de policiais e de criminosos presentes à ação, local e horário, antecedentes criminais das vítimas etc.

ny, 1995; Mesquita Neto, 1999; Lima, 2011).

Os dados a seguir, coletados em bancos de dados de órgãos estatais e não-estatais, representam os números de policiais mortos, de não-policiais mortos e a razão entre as mortes de policiais e não-policiais em São Paulo. A tabela traz dados sobre a letalidade policial registradas nas últimas quatro décadas:

Tabela: Letalidade e vitimização nas ações da polícia. Estado de São Paulo. PM e PC. 1982-2020.

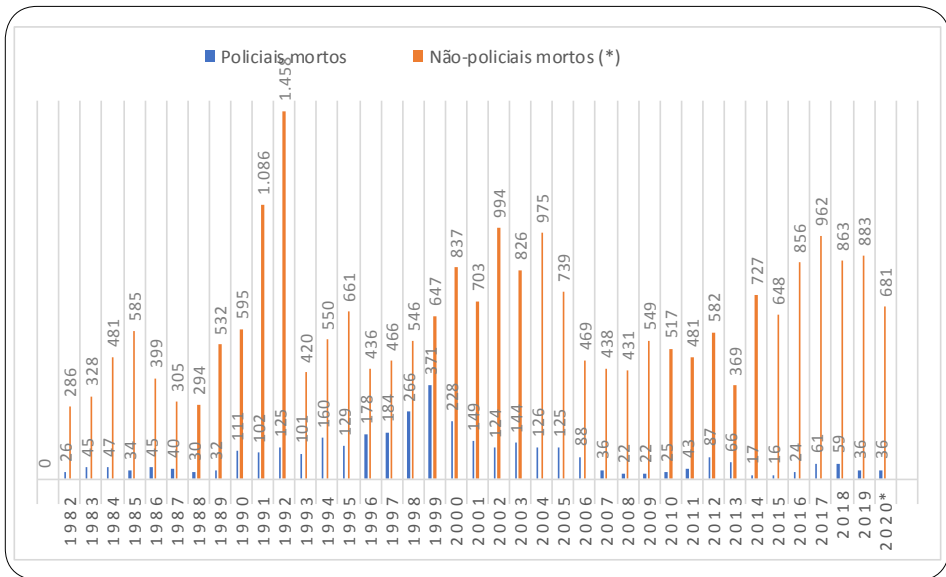
Ano das Ocorrências	Policiais mortos (PM e PC)	Não-policiais mortos (*)	Razão entre mortes de policiais e não-policiais
1982	26	286	11,00
1983	45	328	7,28
1984	47	481	10,23
1985	34	585	17,21
1986	45	399	8,86
1987	40	305	7,62
1988	30	294	9,80
1989	32	532	16,62
1990	111	595	5,36
1991	102	1.086	10,65
1992	125	1.458	11,66
1993	101	420	4,15
1994	160	550	3,43
1995	129	661	5,12
1996	178	436	2,44
1997	184	466	2,53
1998	266	546	2,05
1999	371	647	1,74
2000	228	837	3,67
2001	149	703	4,71
2002	124	994	8,01
2003	144	826	5,76
2004	126	975	7,73
2005	125	739	5,92
2006	88	469	5,32
2007	36	438	12,16
2008	22	431	19,59
2009	22	549	24,95
2010	25	517	20,68
2011	43	481	11,18
2012	87	582	6,69
2013	66	369	5,59
2014	17	727	42,76

Ano das Ocorrências	Policiais mortos (PM e PC)	Não-policiais mortos (*)	Razão entre mortes de policiais e não-policiais
2015	16	648	40,50
2016	24	856	35,66
2017	61	962	15,77
2018	59	863	14,62
2019	36	883	24,52
2020*	36	681	18,91
Total	3535	24438	6,91

Fonte: Para os anos de 1982-2016 e 2020: Secretaria de Segurança Pública/SP, NEV -USP e Lima (2011). Entre 2006 e 2010 os dados oficiais não apresentam as mortes de policiais fora de serviço. Para os anos de 2017-2020: Sou da Paz Analisa.

*Primeiros 3 trimestres de 2020 (janeiro a setembro).

Gráfico: Letalidade e vitimização nas ações da polícia. Estado de São Paulo. PM e PC. 1982-2020.



Fonte: mesmos dados da tabela anterior.

Como podemos observar, há uma tendência de crescimento de mortes de não-policiais e relativa redução do número de policiais mortos, desde 2014. Ainda que não tenha alcançado os índices registrados em 1991 e 1992, a tendência da letalidade em ações policiais vem atingindo os patamares altíssimos do começo dos anos 2000. Em 2018, uma a cada três mortes violentas intencionais foi cometida por um policial na cidade de São Paulo, sendo que as forças policiais mataram 2,4 pessoas por dia no estado. A letalidade não acom-

panhou a redução das mortes de policiais, nem a redução das taxas de crimes violentos no estado (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017, 2019; Souza Paz, 2018, 2019, 2020; Souza; Romero; Januário; Pereira, 2017).

As mortes de policiais ocorrem em sua maioria em situação de folga do trabalho, enquanto a morte de não-policiais ocorre quando o policial está em serviço. A estimativa mais confiável aponta que 2/3 dos policiais mortos estariam em folga (Souza; Romero; Januário; Pereira, 2017).

O debate sobre a letalidade policial ganhou renovado interesse nos anos 2000, com destaque para o caráter militarizado do policiamento (Bicudo, 2000; Belli, 2004; Soares, 2006; Souza; Battibugli, 2014). As práticas e as estratégias policiais, orientadas por discursos de “combate” ao crime, “eliminação” do criminoso e “guerra” ao tráfico de drogas, serviram de justificativas ao modelo militar de intervenção e ocupação territorial de favelas e morros, com frequente uso desproporcional e ilegal da força (Battibugli, 2007; Borges, 2003; Stephan A., 1975; Stephan C., 2016).

O governo federal optou por regulamentar a utilização direta das Forças Armadas na segurança pública em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), para a realização de atividade de polícia ostensiva, de natureza preventiva ou repressiva e reforçou ainda mais a militarização da segurança pública nacional, pelo decreto nº 3.897 (2001).

O governo de Jair Bolsonaro (2019-) representa um passo além no regresso colocado em prática por Michel Temer na área social e na segurança pública. Com um caráter explicitamente militarista e armamentista, o projeto político bolsonarista aprofunda, dentre outros fatores, a vulnerabilidade social e que dá aval à violência policial contra populações marginalizadas e seus opositores políticos (Costa, 2018, p. 522-523; Souza; Serra, 2020).

O pacote anticrime do governo federal sancionado no final de 2019 pela lei nº 13.964 (2019) representa mais um dos marcos na orientação antidemocrática das políticas estatais de segurança pública. Tal quadro ainda se agudiza quando a chefia do executivo dos estados regionais, liderada por governadores como João Doria (SP, 2019-) e Wilson Witzel (RJ, 2019-2020), reiteram a violência e letalidade policial como estratégia de combate à criminalidade (Adorno, 2020; Santos; Souza; Carvalho, 2020).

Em 2020, a polícia de São Paulo nunca foi tão letal no primeiro semestre quanto na gestão Doria, para levantamento iniciado em 2002 (Adorno, 2020). Já no Rio de Janeiro, em 2019, houve aumento de 56% na letalidade em ações policiais em relação à 2018 (Rede de Observatórios da Segurança, 2019).

3. Letalidade como mecanismo de gestão de corpos periféricos

A letalidade não tem geografia aleatória. É fenômeno majoritariamente urbano e suburbano. Entre 1980 e 2006, as regiões paulistas com os piores indicadores de vida e o menor poder econômico registraram maior número de casos de violência letal. O principal estopim do uso de força excessiva é o

crime contra o patrimônio (Souza; Romero; Januário, Pereira, 2017).

A discricionariedade do poder policial compete impor aos direitos individuais as restrições necessárias à manutenção da ordem. Por um lado, a possibilidade de ocorrência de condutas ofensivas e injustas a alguém é inerente à profissão, pois a conjugação entre o agir rápido e o uso de coerção física pode facilmente levar a arbitrariedades involuntárias. Por outro lado, a decisão sobre a conduta mais apropriada para cada caso é tomada por estereótipos sobre a situação ou pessoa suspeita, perigosa, com forte clivagem racial (Adorno, 1998; Bittner, 2003; Sinhoreto; Silvestre, Schlittler, 2014).

No Brasil, a instituição policial reflete ainda hoje as limitações da atual ordem democrática na administração do uso legal da força estatal (Caldeira, 2011). Sob esta ótica, a violência policial deve ser analisada mais sob o aspecto de uma cultura política autoritária discriminatória, presente na sociedade brasileira e na própria polícia, do que por arbitrariedades involuntárias cometidas pelo policial (Pinheiro, 2001, p. 263).

Dessa forma, a polícia pode ser vista como o ponto cego da democracia brasileira e americana, bem como de toda a América Latina, pois as forças policiais não foram adaptadas para a vivência no Estado de Direito após viverem períodos ditatoriais (Pinheiro, 2001; Battibugli, 2007, Campagnani, 2017; Gonzáles, 2019).

Conclusão

Nas sociedades democráticas, de uma forma geral, as polícias militarizadas crescem significativamente em efetivo, recursos, custos e capacidade de intervenção. As modernas democracias planetárias não podem renunciar a suas polícias, e com isto, reforçam suas estratégias securitárias de gestão de riscos, ao mesmo tempo em que militarizam a relação com imigrantes, refugiados e suspeitos de terrorismo, dentro de uma lógica de estado de exceção permanente (Agamben, 2004). Neste sentido, pode-se ressaltar dois aspectos emblemáticos que ocorrem na contemporaneidade: a militarização que passa distintas formações sociais e a produção intensa das exceções permanentes.

Estamos diante de um dilema no quesito “segurança”, cuja análise e propostas de controle não-violento da criminalidade são imprescindíveis ao fortalecimento do Estado de Direito.

É necessário fortalecer as regras democráticas, a tolerância na formação de uma polícia cidadã que não reifique a letalidade estatal; e igualmente, problematizar a continuidade e o recrudescimento do modelo vigente que potencializa o encarceramento em massa e, como sintoma desta lógica, continua a operar sob a ótica da militarização da segurança pública, implicando concretamente na reprodução incessante dos paradigmas da guerra e construção incessante do inimigo.

Este desafio precisa ser devidamente considerado, pois é inconcebível

que em plena vigência do Estado de Direito, não obstante suas contradições, tenhamos uma letalidade muito alta da polícia, a “que mais mata”, e que ao mesmo tempo, em face das incongruências do Estado de Direito, este produza também bastante letalidade. Vale dizer, portanto, que a letalidade policial e a letalidade estatal se imbricam. É desta interface que procuramos compreender como o dispositivo da militarização opera no Estado de Direito pois o que estamos a verificar é o aumento da letalidade do Estado assim como da policial. Este aumento se configura precisamente, na nossa interpretação, na formulação e no exercício da ótica bélica e da lógica do inimigo.

Em outras palavras, queremos sustentar que a militarização das polícias e dos dispositivos de segurança e controle punitivo atua intensamente sob este binômio: guerra e inimigo. Há, portanto, uma fabricação incessante de “inimigos” que sob a ótica da guerra precisam ser executados. As exceções permanentes também se fusionam na militarização das polícias e da própria vida.

É mister desnaturalizar a letalidade estatal como prática de segurança, em conformidade com os próprios mecanismos legais de controle social. Também é imprescindível consolidar os mecanismos internos e externos de controle do uso da força pelas agências policiais, o que por um lado contribuiria certamente para evitar os excessos e, por outro, assegurar a *accountability* da atividade policial. Isso, muito provavelmente, já será um bom começo na tentativa de se desconstruir todo este aparato militarizado tão presente, forte e letal no país.

Cabe salientar que a permanência histórica do reforço do uso da força letal contra “inimigos sociais” é uma política estatal característica do autoritarismo que marca a formação da República brasileira, porque inscreve-se desde o processo de implantação da ordem burguesa. Na conjuntura atual, através do Estado de Direito é produzido um estado de exceção permanente (Agamben, 2004).

Referências

ADORNO, L. S. P: Homicídios sobe e letalidade policial bate recorde. **Uol Notícias**, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/07/24/sob-joao-doria-homicidios-sobem-e-letalidade-policial-bate-recorde-em-sp.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ADORNO, S. Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea. In: Miceli, S. (org.), **O que ler na ciência social brasileira (1970-2002)**, São Paulo, SP: Editora Sumaré, 2002.

ADORNO, S. Consolidação Democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades. In: Zaverucha, J. (org.) **Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX**. Recife, PE: Bagaço, 1998.

AGAMBEN, G., **Estado de exceção**. São Paulo, SP: Boitempo, 2004.

AGUILAR, S. L. C., Segurança pública e as operações de construção da paz pós-

conflitos armados. **Estudos de Sociologia**, 17(33), 429-445, 2012.

BATTIBUGLI T. **Democracia e Segurança Pública em São Paulo (1946-1964)**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2007.

BELLI, B. **Tolerância Zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo, SP: Perspectiva, 2004.

BICUDO, H. A unificação das polícias no Brasil. **Estudos Avançados**, 14(40), 91-106, 2000.

BITTNER, E. **Aspectos do Trabalho Policial**. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

BORGES, N. A doutrina de Segurança Nacional e os governos militares. In: Ferreira, J; DELGADO, L. (org.). **O Brasil Republicano: o tempo da ditadura -regime militar e movimentos sociais em fins do século XX**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2003.

CALDEIRA, T. P. do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo/Editora 34, 2001.

CAMPAGNANI, M. A polícia é o ponto cego da Democracia – Mães de Maio lançam livro no Rio. **Justiça Global**, 2017. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/policia-e-o-ponto-cego-da-democracia-maes-de-maio-lancam-livro-no-rio-sobre-mulheres-que-foram-do-luto-luta/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

CANO, I. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ: Instituto de Estudos da Religião, 1997.

CANO, I. O controle da atividade policial: o uso da força letal. In Benedito, D. M. **Primeira Conferência Internacional sobre controle externo da polícia**, Osasco, SP: JM Edições, 2002.

CARNEIRO, L. P.; OLIVEIRA Jr, E. Estratégias de controle da violência policial. Notas de pesquisa In Zaverucha, J. & Barros, M. R. N (orgs.). **Políticas de segurança pública: dimensão da formação e impactos sociais**, Recife, PE: Fundação Joaquim Nabuco, 2002.

CHEVIGNY, P. **The Edge of the knife: Police violence in the Americas**. New York, USA: New York Press, 1995.

COSTA, S. Estrutura Social e Crise Política no Brasil. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, RJ: 61(4), 499-533, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, SP: FBSP, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, SP: FBSP, 2019.

GONZÁLES, Y. M. The Swinging Pendulum of Police Reform in the Americas. **Current History**. University of California Press, 118(811), 291-297, 2019. Disponível em: <https://online.ucpress.edu/currenthistory/issue/118/811>. Acesso em: 20 nov. 2020.

LIMA, R. S. **A produção da opacidade**. Estatísticas criminais e segurança pública

no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*, 80, mar., p. 65-69, 2008.

LIMA, R. S.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, 12(1), 2016.

LIMA, R. K. de. Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 4(10), 1989.

LIMA, J. M. M. de. **Democracia e accountability. Violência policial e prática de controle sobre a Polícia Militar do Estado de São Paulo.** Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista, Marília, SP, 2011.

LOCHE, A. A letalidade da ação policial: parâmetros para análise. **Tomó**. São Cristóvão, SE; 17, 39-56, 2010.

MACEDO, H. de L. dos S. **Confrontos de Rota: a intervenção policial com “resultado morte” no Estado de São Paulo.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2015.

MESQUITA NETO, P. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. *In*: PANDOLFI, D. C.; PIQUET, L.; CARVALHO, J. M. (orgs.). **Cidadania, justiça e violência.** Rio de Janeiro, RJ: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MINGARDI, G. **Tiras, gansos e trutas. Cotidiano e reforma na polícia civil.** São Paulo, Escrita Editorial, 1992.

MORAES, B. B. (Org.). **O papel da polícia no regime democrático.** São Paulo, Mageart, 1996.

OLIVEIRA JR, E. N. **Letalidade da ação policial e teoria interacional: análise integrada do sistema paulista de segurança pública.** Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PINHEIRO, P. S. Transição Política e Não-Estado de Direito na República. *In*: Sachs, I., Wilhelm, J. e Pinheiro, P. S. (Orgs.). **Brasil: um século de transformações.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PINHEIRO, P. S. Autoritarismo e transição. **Tempo Social.** Revista de Sociologia da USP, 45: 45-56, 1991.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. **Retratos da Violência. Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas.** Rio de Janeiro, RJ: CESEC, 2019.

SANTOS, A.; SOUZA, L; CARVALHO, T. Aspectos simbólicos, políticos e práticos da letalidade policial no Rio de Janeiro e em São Paulo durante o Governo Bolsonaro. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade.** 8(2), 2020.

SERRA, C. H. A.; SOUZA, L. F. de. Estado de exceção, gestão militarizada dos ilegalismos e as novas configurações da infâmia no Brasil contemporâneo. **Revista NEP**, UFPR, 4, 141-163, 2018.

SINHORETO, J.; SILVESTRE, G.; SCHLITTLER, M. C. **A produção da desigualdade racial na Segurança Pública de São Paulo.** Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, Natal, RN, 2014.

- SOARES, L. E. **Meu casaco de general**: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2000.
- SOARES, L. E. Segurança Pública: Presente e Futuro. **Estudos Avançados**. 20(56), 91-106, 2006.
- SOU DA PAZ. **Sou da Paz Analisa**. Estatísticas criminais do Estado de São Paulo. 2020 – 1º Semestre. Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#4476>. Acesso em: 06 dez. 2020.
- SOU DA PAZ. **Sou da Paz Analisa**. Estatísticas criminais do Estado de São Paulo. 2020 – 1º Semestre. Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#3936>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- SOU DA PAZ. **Sou da Paz Analisa**. Estatísticas criminais do Estado de São Paulo 2019 – Panorama. Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2019. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#3695>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- SOU DA PAZ. **Sou da Paz Analisa**. Estatísticas criminais do Estado de São Paulo. 2018 – Panorama. Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2018. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/analises-e-estudos/analises-e-estatisticas/boletim-sou-da-paz-analisa/?show=documentos#2272>. Acesso em: 09 nov. 2020.
- SOUZA, LUÍS A. F. de; BATTIBUGLI, T.). Os Desafios da Reforma da Polícia no Brasil. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, 35(126), 49-60, jan.-jun. 2014.
- SOUZA, L. A. F. Militarização da segurança pública no Brasil. *In*: Martins; H. T., Lourenço, L. C. (orgs.), **Criminalidade, direitos humanos e segurança pública na Bahia**. Salvador, BA: Editora da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, 2014.
- SOUZA, L. A. F; ROMERO, G. DE S.; JANUÁRIO, E. M. PEREIRA, J. F. S. O poder de morte da PM-SP: Parte I: Mandato policial. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2017. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-poder-de-morte-da-pm-sp-parte-i-mandato-policial/>
- SOUZA, LUÍS A. F. DE; SERRA, C. H. A. Quando o Estado de exceção se torna permanente. Reflexões sobre a militarização da segurança pública no Brasil. **Tempo Social**. Revista de Sociologia da USP. 32(2), 205-227, 2020.
- STEPHAN, A. **Os militares na política**. Rio de Janeiro, RJ: Arte Nova, 1975.
- STEPHAN, C. A Doutrina da Segurança Nacional de Contenção na Guerra Fria: fatores que contribuíram para a participação dos militares na política brasileira (1947- 1969). **Conjuntura Global**, 5(3), 537-565, set./dez. 2016.
- ZAVERUCHA, J. **FHC, Forças Armadas e Polícia**: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002. Rio de Janeiro, RJ: Editora Record, 2005.

ZAVERUCHA, J. A doutrina da garantia da lei e da ordem e o crescente envolvimento das Forças Armadas. *In*: Lima, R. K. et. al., **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada**. vol. 2, Rio de Janeiro, RJ: Garamond, 2010.

¿LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INSIGNIA? UNA DESCRIPCIÓN COMPARATIVA DE LA TENSIÓN PARADÓJICA ENTRE LA BRUTALIDAD DE LOS AGENTES DEL ORDEN PÚBLICO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN ESTADOS UNIDOS Y BRASIL

Pablo Sartorio

Pablo Sartorio

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen:

Durante casi 10 minutos, Derek Chauvin, policía de Minneapolis, eliminó la vida de George Floyd mientras presentes suplicaban que prestara ayuda, pero todo fue inútil. Su muerte dio a relucir la relación entre el uso de fuerza policial, la seguridad pública y las comunidades que estos sirven. Desde 2015, tres personas diarias han muerto a manos de la policía en Estados Unidos (EE. UU.). La situación es mucho peor en Brasil con cifras cinco veces mayores y cuyo número ha aumentado sin parar desde 1998. Según Beatriz Magaloni, la policía mató al menos cinco personas a diario en Río de Janeiro en 2019. Muchos son niños e inocentes, lo que dilata la desconfianza en la policía como protectores. Tanto en EE. UU. Como en Brasil, la violencia policial en Brasil tiene un componente racial innegable. Dadas las similitudes, ¿cuál es el lugar y la cobertura de los derechos humanos en este contexto? Este papel compara la violencia policial en EE. UU. y Brasil, explora la tensión del uso policíaco de la fuerza letal y los derechos humanos en contactos con policías, discutiendo los casos de George Floyd y de João Matos Pinto, y sus efectos en reforma.

Palabras Claves: Violencia policial; Derechos Humanos; Brasil; Fuerza letal; Reforma.

Introducción

Muchos se preguntaron por qué Floyd tuvo que morir de esta manera, la comprensión de los puntos en común de estos encuentros expone el contraste entre la dignidad humana y la indiferencia por la vida dentro del concepto

del otro, el extraño. Como lo explicó el fallecido sobreviviente del Holocausto y Nobel de la Paz Elie Wiesel, el otro surge de la reducción de una persona a una abstracción a través de la indiferencia, haciendo que su existencia carezca de relevancia. Esta indiferencia afecta la percepción del otro alejándola de un ser humano haciendo posible inexplicables brutalidades.

El concepto del otro descrito por Wiesel prevalece en Estados Unidos y Brasil con una relación intrínseca con la raza dentro del contexto de los asesinatos policiales. La evidencia muestra un número desproporcionado de personas de color asesinadas a manos de la policía en comparación con blancos en circunstancias similares. Según el Anuario Brasileño de Seguridad Pública, más del 78% de las víctimas de intervenciones policiales fueron negros en 2021, constante en años anteriores. Del mismo modo, en Estados Unidos, un estudio de la violencia policial entre 2003 y 2017 encontró que los afroamericanos son asesinados por la policía 323% más veces que sus contrapartes blancas. Instrumentos internacionales de derechos humanos cubren actividades policiales y describen las garantías que las mismas deben ofrecer a quienes tienen contacto con ellos y las prohibiciones diseñadas para proteger sus respectivos derechos humanos.

I. Derechos Humanos, normas y orientaciones

Instrumentos internacionales de derechos humanos establecen límites y pautas para políticas policiales con respecto al uso de fuerza y la realización de investigaciones penales mientras se garantiza la seguridad pública. En consecuencia, las acciones policiales deberán estar sustentadas por la ley (principio de legalidad), vulnerando los derechos humanos de las personas solo en la medida que sea necesario (principio de necesidad) sin tener un efecto desproporcionado con respecto al objetivo de la acción (principio de proporcionalidad) y estableciendo responsabilidad en la policía por sus acciones (principio de rendición de cuentas). Agentes deben utilizar recursos sin letalidad antes de contemplar el uso de la fuerza. Si es necesario usar la fuerza, esta debe ser circunscrita y proporcional al objetivo de la operación para limitar lesiones y ante todo, preservar la vida. Los operativos policiales deben garantizar asistencia médica y establecer contingencias para notificar a los familiares de los heridos lo antes posible. La denuncia sin retrasos y completa, junto con una investigación adecuada y el enjuiciamiento de aquellos que hacen uso arbitrario de la fuerza, debe ser el mínimo estándar en todas las muertes relacionadas con la policía.

Los parámetros de derechos humanos rigen las detenciones e interrogatorios y exigen expresamente que todo detenido sea informado sin demora de sus derechos y tratado con humanidad, prohibiendo el daño físico o psicológico, la tortura o los tratos degradantes. La policía debe mantener un registro copioso de los detenidos entrevistados, preferiblemente en audio y video, tomando nota del comienzo y el final, los presentes y todas solicitudes que de-

tenidos hagan durante interrogatorios bajo custodia. Protocolos estrictos de mantenimiento de registros protegen contra malos tratos hacia los detenidos y la integridad de cualquier investigación. Los mismos deben proporcionar pautas con respecto a la duración permitida de los interrogatorios, períodos de descanso, ubicación, incluso si los detenidos deben permanecer sentados, parados o esposados durante el curso del interrogatorio. Por último, debe existir un mecanismo independiente para evaluar las quejas de los detenidos bajo custodia como parte fundamental del cumplimiento de los derechos humanos por parte de la policía.

Investigaciones policiales deben ser rápidas, completas, imparciales, transparentes y legales. Los Estados tienen el deber de defender el derecho a la vida investigando todas las posibles muertes relacionadas con la policía o las presuntas desapariciones forzadas, que surgen cuando conocen o deberían haber sabido de su existencia, no únicamente tras una denuncia. Las investigaciones de muertes causadas por las agentes policiales requieren los más altos estándares profesionales. En consecuencia, las investigaciones deben recolectar, asegurar y contrastar con diligencia evidencias que verifiquen su valor probatorio, determinen violaciones al derecho a la vida, identifiquen a todos los involucrados, y estén respaldadas por la ley. Investigaciones deben ser libres de influencias indebidas, conflictos de intereses, buscando pruebas que exoneren e incriminen por igual, y permitir escrutinio público. Actividades policiales que no se adhieran a estos protocolos pueden tener la apariencia de estar comprometidas, teniendo un efecto perjudicial sobre el estado de derecho y la confianza de la comunidad en el sistema de justicia. El derecho fundamental a la vida, la seguridad y la igualdad de trato ante la ley son fundamentales para defender el ideal rector de la policía de proteger y servir.

II. Policía en Estados Unidos: el caso de Minneapolis

La mayoría de las investigaciones sobre muertes relacionadas con la policía muestran que el número de incidentes es sumamente subestimado, lo que hace que la recopilación de datos adecuados sea cada vez más importante. Al comparar los datos del Sistema Nacional de Estadísticas Vitales de Estados Unidos (NVSS) y tres bases de datos no gubernamentales de código abierto sobre violencia policial, se encontró que entre 1980 y 2018, el NVSS reportó muertes relacionadas con la policía en un 55,5%. Un estudio reciente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago reveló que de 20 de las ciudades¹⁸³ más grandes departamentos de policía locales en Estados Unidos entre 2017 y 2018, ninguna cumplió con los estándares mínimos de derechos humanos. El estudio evaluó la legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad, y las dos principales ciudades, Chicago y Los Ángeles, no

¹⁸³Nueva York, Los Ángeles, Chicago, Houston, Phoenix, Filadelfia, San Antonio, San Diego, Dallas, San José, Austin, Jacksonville, San Francisco, Columbus, Indianápolis, Fort Worth, Charlotte, Seattle, Denver y El Paso.

cumplieron con tres de estas cuatro protecciones básicas en la ley. Carecen de legislación que establezca normas sobre el uso de fuerza (legalidad), solo 12 requieren que la amenaza enfrentada sea inmediata antes de usar fuerza como último recurso, y ocho proporcionan varias excepciones a estos requisitos (necesidad). Aunque 17 ciudades exigen el uso proporcional de la fuerza, algunas consideran que la fuerza letal es permisible en casos de defensa propia (proporcionalidad). Solo Chicago y Los Ángeles tienen mecanismos de denuncias externas obligatorias en cada uso de fuerza letal (responsabilidad).

A. George Floyd

Detenido por presuntamente usar un billete falso de \$ 20.00, George Floyd, de 46 años, fue esposado por policías del departamento de policía de Minneapolis (MPD) Lane y Kueng el 25 de mayo de 2020. Cuando los policías intentaron poner a Floyd quien ya estaba angustiado al ser claustrofóbico en una patrulla, ocurrió una trifulca. Al llegar los policías Chauvin y Thao, Chauvin arrastró a Floyd al pavimento boca abajo y se arrodilló sobre su cuello y espalda. Aunque Floyd dijo que no podía respirar más de 16 veces, Chauvin no se levantó por casi 10 minutos. El video del asesinato de Floyd llegó a todos los rincones del mundo, destacando el papel paradójico de la policía y la realidad de la brutalidad policial. Estallaron protestas en al menos 140 ciudades y muchas se volvieron violentas. El juicio puso bajo escrutinio el uso autorizado de fuerza y, el 20 de abril de 2021, Chauvin fue declarado culpable de asesinato en segundo grado y condenado a 22,5 años. La sentencia representó 10 años sobre las pautas ordinarias, citando abuso de una posición de confianza y autoridad, crueldad hacia Floyd, acto en la presencia de niños y participación conjunta de otros policías. Las políticas del MPD fueron modificadas después del juicio, requiriendo que policías intervengan cuando otro aplica fuerza prohibida o irrazonable y castigando la inacción tan severamente como la acción. También prohibió el uso de sujeciones del cuello y llaves estranguladoras.

B. Iniciativas para la reforma policial

Entre las iniciativas que agregan responsabilidad y transparencia a acciones policiales, vale la pena mencionar la Ley de Confianza e Integridad Policiaca George Floyd y la eliminación de fondos para la policía. La legislación de George Floyd propone codificar estándares de conducta policial, estableciendo un registro de policías con mala conducta y obligar la utilización de cámaras corporales como condición para la financiación estatal. Además, otorga al Departamento de Justicia (DOJ) supervisión sobre investigación de pautas o prácticas de departamentos policiales, prohíbe el uso de llaves de estrangulamiento ú órdenes de arresto sin aviso y restringe el uso de fuerza solo cuando sea necesario para evitar la muerte o lesiones corporales graves. Además, la legislación restringe la transferencia de equipo militar a departa-

mentos policiales. Aunque estas son medidas razonables, la legislación aún no ha recibido la aprobación del Senado debido a la falta de apoyo bipartidista.

La disminución de fondos de la policía ha ganado popularidad respecto al establecimiento de responsabilidad policial. Algunos argumentan que las responsabilidades policiales han aumentado incluyendo en materia fuera de la prevención del delito. Por ejemplo, la policía actualmente se ocupa de circunstancias sin violencia, salud mental, desahuciados y problemas relacionados con la dependencia de drogas y vivienda, que en su lugar podrían ser manejados por agencias de servicios sociales con experiencia en estos problemas. Gobiernos locales han tomado iniciativa, como en Nuevo México, donde agregaron a sus despachadores de emergencia del 911 un departamento de seguridad comunitaria, para enviar trabajadores sociales o profesionales capacitados a tratar esos mismos problemas, enfocándose la desaceleración de hostilidades y sin hacer arrestos en lugar de enviar policía, con resultados exitosos. Desfinanciar a la policía no implica su eliminación, aunque ha habido casos en los que marcó la diferencia, como en Camden, Nueva Jersey en 2002 donde la ciudad eliminó a todos los policías y empezó desde cero. Un elemento central de este argumento es eliminar el equipo militar en los departamentos de policía, lo que fomenta violencia innecesaria ya que existen agencias especializadas, como Armas y Tácticas Especiales (SWAT) o escuadrones de bombas, que están capacitados para lidiar con este tipo de circunstancias. Otros defienden con vehemencia la necesidad de preservar a la policía debido al temor de que al disminuir los fondos el crimen aumentará o que llamadas de auxilio no serán atendidas. Según Brookings, existe una brecha considerable entre la percepción de las comunidades sobre la efectividad de la policía y la realidad. Más de 1/3 de los asesinatos, 2/3 de las violaciones y menos de la mitad de las agresiones agravadas quedan sin resolver anualmente. En consecuencia, seguir adelante sin hacer mejoras no tiene sentido.

III. Policía en Rio de Janeiro

Con solo el 3,6% de la población mundial, Brasil representa el 18% de sus asesinatos. Muertes relacionadas con la policía son rutina y a una escala alarmante de conflictos armados, con aproximadamente seis muertos diarios en 2013, triplicándose en 2020. Investigaciones muestran que la mayoría de las operaciones policiales son casi 99% ineficientes y se consideran desastrosas 12,5% de las veces, lo que implica muertos y heridos, sin detenciones o incautaciones, realizados arbitrariamente y sin control judicial. La efectividad de estas operaciones, precisamente en las favelas, ha sido cuestionada ya que continúan dejando gran número de víctimas inocentes, incluyendo niños. Según el Instituto Fogo Cruzado, un niño recibe un disparo cada siete días.

A. João Pedro Matos Pinto

El 18 de mayo de 2020, helicópteros comenzaron a rodear su barrio de

São Gonçalo en Río de Janeiro, mientras que João Pedro Matos Pinto, de 14 años, visitaba a sus primos cuando agentes policiales irrumpieron en persecución de un sospechoso disparando e hiriendo a Matos Pinto en la espalda. Con apoyo aéreo, la policía allanó la casa utilizando granadas y disparando más de 70 veces. Matos Pinto fue trasladado por helicóptero policial sin revelar su destino ni permitir que sus familiares lo acompañaran. Después de buscarlo en hospitales y comisarías cercanas durante más de 17 horas, la familia lo localizó en la morgue. De acuerdo con la investigación, la operación policial que mató a Matos Pinto no resultó en arrestos y fue desastrosamente ineficaz. Detalles salieron a relucir mostrando que los policías no mencionaron que abrieron fuego desde el aire aproximadamente 29 veces y 35 más al aterrizar. Además, los policías retiraron casquillos de la escena antes de que llegara el equipo forense y adaptaron sus informes reflejando menos disparos. Tres policías fueron acusados al presuntamente actuar con la creencia errónea de una amenaza inminente. Mauro José Gonçalves y Maxwell Gomes Pereira, cuyo calibre en sus armas coincidía con la bala fatal, fueron acusados de homicidio involuntario. Un tercer policía, Fernando de Brito Meister, quien usó un arma diferente, fue acusado de intento de homicidio involuntario por su papel en crear un riesgo sustancial de daño corporal. Sin embargo, la pena máxima por homicidio involuntario es de tres años.

B. Lo que ha funcionado

Varias iniciativas lograron disminuir las muertes relacionadas con la policía al tiempo que mejoraron levemente la relación con las comunidades. Comprender lo que se atribuye a sus éxitos y fracasos es fundamental para una reforma eficaz. Entre estas iniciativas, se encuentran la Unidad de Policía de Pacificación (UPP) y la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 635).

Unidades de Policía Pacificadora (UPPs)

Las UPPs fueron una iniciativa conjunta entre la policía y los servicios sociales iniciada en 2008 para recuperar el control de las favelas en manos del crimen organizado a través de policía comunitaria en lugar del uso de fuerza militarizada. Las redadas policiales e incursiones fuertemente armadas se han caracterizado principalmente el inicio de un ciclo recurrente para frustrar operaciones criminales en control de las favelas, que ocasionan en numerosas muertes de inocentes y producen resultados marginales para justificar su existencia. Sin embargo, la iniciativa no fue únicamente altruista, sino que se adoptó para mejorar la imagen de Río en anticipación a la Copa Mundial de la FIFA 2014 y los Juegos Olímpicos de verano de 2016. En consecuencia, las UPPs solo se implementaron en las favelas aledañas a las zonas turísticas y acomodadas, lo que tendría un impacto más significativo en sus esfuerzos de rehabilitación.

Uno de los problemas con las UPPs fue que su estrategia trataba a todas las favelas como si tuvieran problemas similares y de la misma magnitud, lo que creaba disparidades en la forma en que los habitantes percibieron su presencia afectando su efectividad. Las favelas donde el crimen organizado mantenía a raya la criminalidad mostraron menos receptividad a las UPPs. Magaloni argumenta que otro problema con el enfoque conjunto de las UPPs fue que su implementación no fue apoyada por la infraestructura social necesaria para hacer frente a estos desafíos que enfrentaría, dejando a la policía a cargo de estas áreas sin ninguna experiencia. Las UPPs estaban integradas por agentes jóvenes con poca experiencia policial, con la esperanza de poder reestablecer relaciones con las comunidades como se suponía que lo harían los agentes superiores que tendrían un enfoque más áspero y menos productivo. El efecto más inmediato de las UPPs fue dispersar el crimen organizado hacia áreas con menos control policial, regresando al concluir la amenaza. Las UPPs redujeron las muertes relacionadas con la policía 68% hasta el 2013 y una disminución de seis veces en las muertes de policías durante el mismo período. Debido a una combinación de factores, como la corrupción, aumento de la violencia policial y mala conducta, los avances logrados gracias a la implementación de las UPPs desaparecieron rápidamente. De manera rutinaria, policías preferían aceptar sobornos y evitar enfrentamientos con el crimen organizado, eligiendo el camino de menor resistencia. No todas las relaciones entre la policía y el crimen organizado eran simbióticas, y los académicos reconocen que la volatilidad de los operativos que se llevan a cabo para reprimir a este último tiende a generar violencia. Los incidentes de mala conducta socavaron materialmente la credibilidad de las UPPs. Por ejemplo, un video que mostró a policías colocando armas de fuego en las manos de jóvenes muertos para justificar sus acciones. Según un estudio entre 2015-2016, los habitantes de las favelas reconocieron los avances logrados por las UPPs, independientemente de que no logran sus objetivos iniciales, preferían que fueran mejoradas en lugar de ser eliminadas. Desde el desmantelamiento de las UPPs en 2013, el número de muertes se ha triplicado, poniendo en duda su eliminación fue un error. Hasta el 2018, las fuerzas militares asumieron funciones policiales en Río según fuera necesario para combatir el crimen organizado. Esta estrategia ha costado muchas vidas.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 635)

En 2020, el Tribunal Supremo Federal (STF) ordenó la restricción de las operaciones policiales durante el COVID-19 a circunstancias excepcionales. La decisión del tribunal superior disminuyó históricamente dichas operaciones en un 59% y, en consecuencia, redujo las muertes causadas por la policía en más de un tercio, todo en solo un año, lo que demuestra que la supervisión y la reducción de las operaciones policiales funcionan. Sin embargo, desde

octubre 2020, dicha orden ha encontrado mayor resistencia y hasta su desafío, causando una regresión en la reducción de muertes relacionadas con la policía y, en general, los crímenes contra la vida.

Esta investigación también ha demostrado que supervisión es fundamental. En un estudio de cámaras corporales en la Favela da Rocinha que involucró a 470 policías, investigadores encontraron que la minoría de los policías encendió sus cámaras, lo que se atribuyó a la desconfianza y el miedo a las represalias, junto con la falta de responsabilidad por incumplimiento. Además, los policías que sabían que las cámaras corporales los monitoreaban usaron 5% menos de municiones que los que eran monitoreados intermitente. El estudio concluyó que las cámaras corporales redujeron las muertes relacionadas con la policía, el uso de armas de fuego e inhibieron acciones policiales. Los investigadores agregaron que las consecuencias de este último pueden mejorar las relaciones comunitarias, pero se preguntaron su efecto en disuadir el crimen. Hirata y otros respondieron la interrogante recientemente. Contrariamente a la creencia de que restringir las operaciones policiales aumentaría la delincuencia, redujo al menos un 60% y 15% las lesiones y muertes y la delincuencia general, respectivamente. El estudio encontró una relación directamente proporcional entre las operaciones policiales y el crimen en lugar de lo contrario. Los datos muestran que el respeto por los derechos humanos, la dignidad de la vida humana y el enfrentamiento de muertes relacionadas con la policía no se oponen al control del crimen. También se identificaron deficiencias en capacitación y la impunidad como los dos factores principales responsables por el alto número de muertes relacionadas con la policía. La combinación de entrenamiento inadecuado para lidiar con las situaciones de alto estrés es negligencia en el nivel más básico y criminal cuando se produce la muerte, junto con la falta de responsabilidad por el impropio manejo de circunstancias en las que vidas están en juego es un abandono del deber policial, que erosiona el tejido de la democracia y el estado de derecho. Existe una gran cantidad de datos que respaldan una valiosa oportunidad para que el STF y las comunidades que sufren directamente los resultados de la brutalidad policial para marcar el comienzo de un camino hacia una solución viable. La determinación y el coraje para tomar decisiones aparentemente impopulares son fundamentales en su éxito.

IV. Conclusiones

Las muertes relacionadas con la policía en Brasil superan cuatro veces a las de Estados Unidos a pesar de tener menos del 5% de sus habitantes. Aunque comparar estas naciones en este sentido puede resultar inviable inicialmente, se pueden aprender lecciones de sus enfoques a problemas similares y destacar cómo sus diferencias afectan las soluciones propuestas. La desconfianza de la comunidad hacia la policía está justificada en ambas naciones. Desde el asesinato de Floyd, las comunidades se organizaron en apoyo de las

personas de color, exigiendo rendición de cuentas argumentando que Black Lives Matter. Asimismo, con el asesinato de Matos Pinto, las comunidades hicieron oír su voz por primera vez en el STF, lo cual es un paso en la dirección correcta. Exponer la corrupción, las investigaciones ficticias y la impunidad no ha dado resultados tangibles hasta el momento, pero aún está por verse si el apoyo del tribunal superior puede cambiar esta realidad.

Hay varias similitudes entre la policía de Estados Unidos y Brasil. Las comunidades de color, particularmente las negras, la desconfianza y el miedo a la policía están arraigados y difundidos. Estos sentimientos están respaldados por los datos, con un número desproporcionado de negros que son víctimas de muertes relacionadas con la policía en comparación con blancos y una diferencia sorprendente entre la forma en que los policías tratan a blancos y negros cuando son sospechosos del mismo delito. La responsabilidad penal de policías es la excepción y no la norma. En Estados Unidos, El periodismo investigativo y las organizaciones no gubernamentales (ONG) tienden estar al frente demandando transparencia, exponiendo la corrupción y las prácticas dudosas. Las acciones derivadas de los descubrimientos tienden a ser significativamente más lentas, si es que ocurren, debido a la resistencia de los sindicatos policiales, grupos de presión con intereses especiales y la legislación. Académicos en Brasil han destacado problemas para obtener datos al investigar prácticas policiales y encontrando rechazo o ausencia de los mismos. Incluso en casos donde los datos existen y prueban inequívocamente irregularidades o ineficacias, el cambio tarda en materializarse.

No existe una fórmula única que pueda reducir las muertes a manos de la policía, sino una combinación de medidas junto con la rendición de cuentas y transparencia. Las investigaciones muestran que la militarización de la policía o el uso de fuerzas militares para estos fines tiene el efecto contrario y aumenta exponencialmente la probabilidad de violencia. En consecuencia, soluciones como la policía orientada a la comunidad reduciría particularmente las muertes mientras desarrolla relaciones con aquellos a quienes sirven. Su plan debe ser individualizado y con aportes de estas comunidades. La rendición de cuentas en cualquier modelo policíaco debe comenzar por exigir un alto nivel en el desempeño de sus funciones, respetando y protegiendo la dignidad humana de todos. Si bien el reclutamiento y la capacitación de agentes son cruciales, la adhesión de sus líderes a un estricto código de conducta es fundamental. Aunque la mayoría de los incidentes relacionados con la corrupción y el uso excesivo de fuerza se pueden atribuir a un grupo de manzanas podridas, su efecto aumenta la mala conducta en departamentos policiales en al menos un 8%. Quispe-Torreblanca y Stewart argumentan que “mediante el proceso de socialización, los oficiales pueden aprender a aceptar prácticas ilegales”. Una cultura basada en un juramento de silencio tiene efectos devastadores sobre la credibilidad y la confianza. Establecer una agencia de supervisión policial independiente aislada de toda influencia puede ayudar a investigar mala conducta, minimizar las muertes relacionadas con la policía,

construir un caso convincente para rendición de cuentas y eliminar las manzanas podridas en los departamentos policiales.

Los debates sobre enfoques adecuados para mejorar las relaciones entre la policía y sus comunidades involucran la efectividad de cámaras corporales, la policía comunitaria, las agencias de intervención en crisis, la eliminación del equipo militar y la mejora de las prácticas de contratación y capacitación orientadas a reconocer los prejuicios implícitos y fomentar la diversidad. Ambas naciones han tenido la desgracia de observar y sentir el peligro de líderes que siembran la disensión entre comunidades, propagando racismo y teorías conspirativas, bloqueando cualquier intento de rendir cuentas como noticias falsas o fake news, rechazando la realidad sin importar su precio humano. El efecto de líderes que no respetan el estado de derecho y abogan abiertamente por la violencia contra sectores de personas citando el nacionalismo, ha envuelto a la policía a usar la fuerza en nombre de la ley y el orden, no solo ha hecho retroceder muchos de los esfuerzos para mejorar la relación entre la policía y sus comunidades, sino que tienen consecuencias duraderas en las instituciones democráticas. Es necesario participar en el proceso democrático, postularse para cargos públicos y elegir o convertirse en líderes capaces de generar cambios tangibles en las muertes relacionadas con la policía, como lo demostraron los participantes en la audiencia del STF que materializó el ADPF 635.

Referencias

- ALFONSECA, Kiara. **Body Cam Footage Shows Minneapolis Police Allegedly ‘hunting’ Anti-Police Brutality Protesters.** ABC News, 2021.
- ARTHUR, Rob et al., **Police Shoot Far More People than Anyone Realized, a VICE News Investigation Reveals.** Vice News, 2017.
- BARBON, Júlia. **Polícia do RJ não consegue identificar quem matou João Pedro e indiciou agentes por tentativa de homicídio.** Folha de S. Paulo, 2021,
- BARKER, Kim y KOVALESKI, Serge F. **Officer Who Pressed His Knee on George Floyd’s Neck Drew Scrutiny Long Before.** The New York Times, 2020.
- CALDWELL, Travis. **Prosecutors Push to Rearrest Kyle Rittenhouse. Here’s How the Case Has Unfolded since He Posted Bail.** CNN, 2021.
- CARDI, Julía. **15 Months into Denver’s STAR Program, No Calls Directed to Civilian-Led Teams Have Led to Arrests.** Denver Gazette, 2021.
- CASAS, Kevin, GONZÁLEZ, Paola y MESÍAS, Liliana. **Police Transformation in Latin America by 2030.** Inter-American Development Bank (IDB) and Inter-American Dialogue’s Peter D. Bell Rule of Law Program. Washington D.C., 2018.
- CITY OF MINNEAPOLIS, The Minneapolis Police Department Policy and Procedure Manual (Minneapolis, MN, 2012 and 2021 editions).
- CORDEIRO, Monivette. **Orlando Officials: Sending Mental Health Workers to Nonviolent 911 Calls a Success.** Orlando Sentinel, 2021.

- DANLEY, Stephen. **Camden Police Reboot Is Being Misused in the Debate over Police Reform.** Washington Post, 2020.
- EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT). **General Report.** Council of Europe. France, 1992, 2001, 2011, 2019.
- FORTIN, Jacey. **Minnesota Troopers Deleted Texts and Emails After Floyd Protests,** Major Testifies. The New York Times, 2021.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** Brasil, 2019-2021.
- GLOBAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Deadly Discretion: The Failure of Police Use of Force Policies to Meet Fundamental International Human Rights Law and Standards.** University of Chicago Law School, 2020.
- HEFFERMAN, Erin. **Jones, Bush Turn to Denver for Public Safety Reforms That Could Work for St. Louis.** St. Louis Post-Dispatch, 2021.
- HIRATA, Daniel Veloso et al., **Medindo a eficiência das operações policiais: Avaliação e monitoramento.** Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos, Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF). Brasil, 2021
- _____. **Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro: Os impactos da ADPF 635 na defesa da vida.** Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos, Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF). Brasil, 2021
- HIRATA, Daniel Veloso, GRILLO, Carolina Christoph, y DIRK, Renato. **Operaciones Policiales en Rio de Janeiro (2006-2020).** RUNA, archivo para las ciencias del hombre. 42, no. 1. Brasil, 2021.
- MAGALONI et al., **Favela's Residents Perceptions About Public Security and Policing in Rio de Janeiro.** Poverty, Violence, and Governance Lab. Stanford, CA., 2020.
- MAGALONI et al., **How Body-Worn Cameras Affect the Use of Gunshots, Stop-and Searches and Other Forms of Police Behavior: A Randomized Control Trial in Rio de Janeiro.** Stanford Center on Democracy, Development and the Rule of Law (CDDRL). Stanford, CA., 2019.
- MAGALONI, Beatriz, FRANCO-VIVANCO, Edgar, MELO, Vanessa. **Killing in the Slums: Social Order, Criminal Governance, and Police Violence in Rio de Janeiro.** American Political Science Review. 114, no. 2, 2020.
- _____. **Cracking Down on Police Violence.** World Class. Stanford, CA., 2020.
- MURDOCH, Jim y ROCHE, Ralph. The European Convention on Human Rights and Policing. Council of Europe. France, 2015.
- NIX, Justin. **On the Challenges Associated with the Study of Police Use of Deadly Force in the United States: A Response to Schwartz & Jahn.** PLOS ONE 15, 2020.
- OLIVEIRA, Cecília. **Fogo Cruzado na Audiência Pública: 1 criança baleada a cada 17 dias no Grande Rio.** Instituto Fogo Cruzado. Brasil, 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), **Convención Americana Sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica**, 1969.

PERRY Andres et al., **To Add Value to Black Communities, We Must Defund the Police and Prison Systems**. Brookings, 2020.

PHILLIPS, Tom. **Black lives shattered: outrage as boy, 14, is Brazil police's latest victim**. The Guardian, 2020.

QUISPE-TORREBLANCA, Edika G. y STEWART, Neil. **Causal Peer Effects in Police Misconduct**. Nature Human Behaviour, No. 8, 2019.

RODRIGUES, Matheus y COELHO, Henrique. **Pretos e pardos são 78% dos mortos em ações policiais no RJ em 2019: 'É o negro que sofre essa insegurança', diz mãe de Ágatha**. G1, 2020.

SCHWARTZ, Gabriel y JAHN, Jaquelyn. **Mapping Fatal Police Violence across U.S. Metropolitan Areas: Overall Rates and Racial/Ethnic Inequities, 2013-2017**. PLOS ONE 15, 2020.

SOARES, Rafael. **Caso João Pedro: delegado indicia três policiais civis por homicídio culposo**. O Globo, 2021.

_____. **João Pedro: policiais investigados mudaram versão sobre tiros disparados do helicóptero**. O Globo, 2020.

State of Minnesota v. Derek Michael Chauvin, Fourth Judicial District Court, 2021.

TAYLOR, Derrick Bryson. **George Floyd Protests: A Timeline**. The New York Times, 2021.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, 1948.

_____. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, 1966.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights**, 1966.

_____. **Code of Conduct for Law Enforcement Officials**, 1979.

_____. **Res 39/46. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, 1984.

_____. **Basic Principles for the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials**, 1990.

_____. **Human Rights Standards and Practice for the Police**, 2004.

_____. **Human Rights Standards and Practice for the Police: Expanded Pocket Book on Human Rights for the Police**, 2004.

_____. **The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death**, 2016.

WARREN, Christopher. **Report of the Independent Commission on the Los Angeles Police Department**. DIANE Publishing, 1991.

WEINER, Rachel. **D.C. to Divert Some Mental Health Calls Away from Poli-**

ce. Washington Post, 2021.

WIESEL, Elie. **The Perils of Indifference**. AmericanRhetoric.com. Washington D.C., 1999.

WITTE, Griff. **In New Mexico, a Bold Experiment Aims to Take Police out of the Equation for Mental Health Calls**. Washington Post, 2021.

A LETALIDADE POLICIAL NO BRASIL NA CONTRAMÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: NECESSÁRIOS DIÁLOGOS COM O CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA V. BRASIL

Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak

Melina Girardi Fachin

Professora associada da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH-UFPR) com pós-doutorado pelo Instituto de Direitos Humanos e Democracia da Universidade de Coimbra.

Bruna Nowak

Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), membra do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH-UFPR).

Resumo:

Em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o Caso Favela Nova Brasília v. Brasil sobre o tema da letalidade policial e violência estatal. O contexto de violência policial no Brasil foi destacado com respeito à vulnerabilidade das vítimas, em sua grande maioria pobres e periféricos. Pouco deste cenário mudou. Em 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) restringiu as operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro a situações de excepcionalidade enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia. O precedente interamericano contra o Brasil foi multicitado no contexto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635. Neste sentido, o objeto do presente trabalho é explorar os possíveis diálogos entre Corte Interamericana e STF, mormente entre o Caso da Favela Nova Brasília e a ADPF citada, partindo da premissa metodológica dos diálogos sistemáticos e pautados pela ideia de complementaridade.

Palavras-chave: Diálogos; Letalidade policial; Sistema Interamericano – Brasil.

Introdução: o contexto de desproteção

Em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

julgou o Caso Favela Nova Brasília v. Brasil¹⁸⁴, em que se abordou o tema da letalidade policial e violência estatal. Nos fatos do caso, passados em meados da década de 90 no Rio de Janeiro, uma incursão policial realizada na Favela Nova Brasília, por policiais civis e militares, teve como resultado 13 homens mortos, cujos corpos foram exibidos em praça pública, e atos de violência sexual cometidos contra três jovens. A conjuntura de violência policial no Brasil foi destacada com respeito à vulnerabilidade das vítimas, em sua grande maioria residentes de comunidades, pobres, negras e negros.

Infelizmente, duas décadas após, pouco deste cenário mudou. Muitas mortes violentas são, ainda, contabilizadas após intervenções policiais em comunidades, sobretudo no Estado do Rio de Janeiro, onde se constata verdadeira epidemia. Segundo levantamento dos veículos de imprensa brasileiros a violência sistemática e estrutural somou quase que mil vítimas da letalidade policial nas comunidades, a sua maioria em contextos de operações policiais.¹⁸⁵ O último caso noticiado, em novembro de 2021, foi o de 8 vítimas, com sinais de tortura, cujos corpos foram retirados de um manguezal em São Gonçalo no Rio de Janeiro; moradores denunciam chacina policial por parte do destacamento policial especializado (Bope).¹⁸⁶

A pandemia corrobora para empiorar essa situação já que agudiza as vulnerabilidades daqueles mais vulneráveis. Por esta razão, no contexto pandêmico, em liminar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁸⁷ restringiu as operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro a

184 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf.

185 Dados do veículo de comunicação O Globo, disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/07/rj-teve-ao-menos-944-mortos-em-acao-policial-desde-que-stf-restringiu-operacoes-em-favelas.ghtml>, acesso em 26 de novembro de 2021.

186 Dados do veículo de comunicação O Globo, disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/22/corpos-sao-goncalo.ghtml>, acesso em 26 de novembro de 2021.

187 REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA. 1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamento que empresa plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial. 2. A permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores, fundamentam o receio de que a medida, caso concedida apenas ao fim do processo, seja ineficaz. 3. Medida cautelar deferida para deter-

situações de excepcionalidade enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia. Nesta mesma ação, conduziu-se audiência pública, com participação de mais de meia centena de participantes para tratar da temática da letalidade policial no Brasil, que continua a vitimar os hipervulneráveis e marginalizados.

No contexto da ADPF 635, o precedente interamericano contra o Brasil foi trazido várias vezes na audiência, sobretudo as medidas de reparação determinadas pela Corte IDH. Para definir o conceito de “absoluta excepcionalidade” foram trazidos os parâmetros dispostos nos *Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*, adotados pelas Nações Unidas e reconhecidos pela Comissão Interamericana no Caso Favela Nova Brasília. Assim sendo, tanto na decisão liminar, referendada pelo plenário, quanto na audiência pública o estándares interamericanos foram multicitados na ocasião em verdadeiro diálogo, contemplando os múltiplos níveis da proteção dos direitos humanos.¹⁸⁸

Por diálogos se entendem as trocas argumentativas entre diferentes esferas jurisdicionais. Por se tratar de comunicações entre uma corte internacional e um tribunal doméstico, estes diálogos podem ser compreendidos como verticais, vez que fundamentados em tratado internacional. Tais diálogos possuem diferentes graus de intensidade a depender da receptividade das ordens jurídicas internas e operam para robustecer os parâmetros de proteção e promoção dos direitos humanos, além de impulsionar o cumprimento de decisões internacionais.

Os diálogos jurisdicionais possibilitam a retroalimentação e os intercâmbios entre diferentes ordens jurídicas. Impera averiguar se podem contribuir para a efetivação das garantias de não-repetição voltadas à reparação das violações de direitos humanos.

Neste contexto, o objeto do presente trabalho é explorar os possíveis diálogos entre Corte IDH e STF, mormente entre o Caso da Favela Nova Brasília e a ADPF citada, partindo da premissa metodológica dos diálogos sistêmicos e pautados pela ideia de complementaridade. Problematicando em especial a efetividade e permeabilidade de tais diálogos como pano de fundo

minar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 05/08/2021.

188 FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, 1(1), 53–68. Obtido de <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em novembro de 2021.

de tais reflexões, menciona-se a “Chacina do Jacarezinho”, operação policial de 06 de maio de 2021 que resultou na morte de 27 pessoas, episódio de uso da força por agentes estatais mais letal do Rio de Janeiro, superando aquela do caso Favela Nova Brasília v. Brasil.

Hipervulnerabilidades: a raça como marcador de violações

A condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *caso Favela Nova Brasília*, em 2017, assinalou a demora injustificada na investigação e punição dos responsáveis envolvidos na execução extrajudicial de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro, por parte de agentes policiais, na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro. Neste caso, o Estado foi condenado às medidas necessárias para que o estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial.

O lamentável episódio em Jacarezinho corrobora os dados de truculência da violência marcada pelas razões de raça no Brasil, situação que já foi reconhecida pela comunidade internacional. Em diversos casos envolvendo o Estado Brasileiro, as vítimas foram vulneradas pela desigualdade da realidade brasileira, marcada pela pobreza, desigualdades regionais e restrição de acesso ao emprego¹⁸⁹. A abolição da escravidão no Brasil, sem a adoção de medidas positivas que permitissem a sua inserção econômica e social, produziu desigualdades e pobreza, tornando esse grupo de pessoas vítimas de outras formas de escravidão contemporâneas e do racismo estrutural.

O racismo estrutural fortalece a naturalização das violências a que a população negra está submetida, por ter de viver sem saneamento básico, altos índices de desemprego, falta de moradia digna, precário sistema educacional ou de saúde e elevados índices de insegurança e criminalidade, incluindo altos índices de homicídios. A pandemia da Covid-19 atingiu desproporcionalmente os mais vulneráveis com o impacto desigual do vírus, que matou mais as pessoas pobres e negras.¹⁹⁰

Apesar de negros e negras serem a maioria da população brasileira, não é coincidência que a menor parte deles ocupa posições de poder no Estado e na sociedade.¹⁹¹ Tal situação pode ser explicada, em alguma medida, pela desigualdade estrutural que estrutura a sociedade brasileira. Os dados pioram quando adicionamos marcadores de gênero e idade. A atuação policial, em especial em alguns centros urbanos, é marcada por casos reveladores do uso excessivo da força¹⁹² e por violências em prejuízo da população mais vulne-

189 Cite-se, a título de exemplo: O caso da fazenda Brasil Verde versus Brasil, o caso dos trabalhadores da fábrica de fogos Santo Antônio de Jesus versus Brasil, ambos da Corte IDH; os casos Simone André Diniz e Márcia Barbosa e Souza da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

190 Neste sentido, ver reportagem da BBC Brasil: *Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em 26 de novembro de 2021.

191 GONZALEZ, Lelia. *Por um feminismo afrolatinoamericano*. São Paulo: Zahar, 2020.

192 SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas*

rável. Para essa parcela da população negra, normalmente das camadas mais pobres da sociedade, o Estado se torna um risco e não proteção que atua na lógica da economia da destruição e com uma linha de produção de mortos-vivos. O *apartheid* social que segrega a população mais humilde, moradores das periferias e integrantes de grupos hipervulneráveis dos direitos humanos mais básicos, seja por negligência ou omissão do Estado, seja pela existência de políticas públicas limitadas e precárias, deixa-os ainda mais vulneráveis às intempéries promovidas pelas atuações policiais.

Entre os anos de 2015 e 2016, 75% das pessoas assassinadas em intervenções realizadas por agentes das forças de segurança do Estado eram afrodescendentes, crimes que, na sua maioria, permanecem impunes¹⁹³. Ao contrário do que os números sugerem, tal situação induz a movimentos que reclamam o endurecimento da aplicação das leis penais, o armamento da população civil e a atuação ainda mais rígida da polícia na repressão dos crimes. Tal levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a afirmar que: “(...) *esses assassinatos não podem ser considerados atos isolados de violência, mas sim um processo sistemático e generalizado conduzido por instituições de segurança e órgãos judiciais do Estado direcionados a exterminar pessoas afrodescendentes com requintes de extrema crueldade. Isso, na opinião da CIDH, poderia se aproximar, perigosamente, de processos que buscam extinguir, no todo ou em parte, as pessoas dessa origem étnico-racial*”¹⁹⁴.

A violência policial é discriminatória, pois atinge, em maior número e intensidade, pessoas afrodescendentes, de mais baixa renda e que vivem em favelas e zonas periféricas. No caso de Wallace de Almeida, apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁹⁵, concluiu-se pela existência de violação do direito à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais, à igualdade e à proteção judicial (arts. 4, 5, 8, 24 e 25 da Convenção Americana). Dentre as medidas a serem adotadas, a CIDH recomendou que o Brasil realizasse investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, por órgãos judiciais independentes do foro policial civil/militar, a fim de estabelecer e punir a responsabilidade pelos atos relacionados com o assassinato de Wallace de Almeida e os impedimentos que impossibilitaram a realização tanto de uma investigação quanto de um julgamento efetivos, bem como a plena reparação aos familiares de Wallace de Almeida, incluindo tanto o aspecto moral quanto o material, pelas violações de seus direitos humanos.

As evidências indicam que o Estado Brasileiro não aprendeu com estes precedentes relevantes acerca da necessidade de proteção dos direitos humanos das pessoas afrodescendentes. Este deve incluir o combate à *necropolítica*

de endurecimento penal. Revista brasileira de Ciências Criminais, vol. 51, nov.-dez./2004, p. 253-288.

193 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Cit. p. 22.

194 Idem, p. 23.

195 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 26/09. Caso Wallace de Almeida*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brazil12440.b.port.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

(política da morte), conceito desenvolvido por Achille Mbembe¹⁹⁶. A negação do negro como outro, em relação ao branco, é uma forma racista de não reconhecer a sua existência como um ser igual¹⁹⁷. A *necropolítica* ressalta o *apartheid* social que separa e segrega grupos hipervulneráveis. Esta forma de poder dá ensejo ao *racismo estrutural*, caracterizado pela existência de políticas sistêmicas, práticas e estruturas econômicas que inserem os vulneráveis em desvantagem em relação à dominância branca.

Comprovação do que se alega foi a chacina de Jacarezinho que, em termos de letalidade policial, superou o caso da Favela Nova Brasília. O lamentável episódio em Jacarezinho corrobora os dados de truculência da violência policial no Brasil, situação que já foi reconhecida pelo sistema. Eis a razão pela qual, instando o diálogo, os representantes das vítimas apresentaram uma solicitação de medida provisória perante a Corte IDH; sustentaram, além do mais, que o fato de as investigações sobre a Chacina serem conduzidas pelas mesmas forças públicas envolvidas no incidente viola ponto resolutivo da sentença internacional.

Diálogos: o Brasil e o Sistema Interamericano

Na contemporaneidade, falar em diálogo não é mais nenhuma novidade. É uma condição que o atual estado da arte do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos coloca. Resta saber como preencher de sentido a atitude de dialogar.

Diálogos podem ser entendidos como a prática de tribunais em utilizar as razões de decidir de outras cortes a fim de elaborar uma melhor interpretação acerca de uma norma jurídica. Especificamente quanto aos direitos humanos, os diálogos “objetivam promover a fertilização cruzada de padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos entre cortes de diferentes jurisdições”¹⁹⁸.

Os diálogos têm múltiplos sentidos e podem ser desempenhados por múltiplos atores. Aqueles judiciais, focados na proteção dos direitos humanos, almejam a interpretação mais favorável à proteção da pessoa humana, à luz do princípio *pro persona*, bem como a tomar a corte à qual se recorre como referência normativa, jurisprudencial e de operacionalização. Os diálogos podem acarretar tanto o cumprimento de decisões (*enforcement*) quanto a harmonização entre pronunciamentos de diferentes tribunais.¹⁹⁹

Como exemplo de diálogo entre Cortes, a ADPF n° 635/RJ, de relatoria

196 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

197 KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação. Episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. p. 78.

198 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. v. 30, 2017. p. 91.

199 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.p. 19-20.

do Min. Edson Fachin, julgada em agosto de 2020, valeu-se dos fundamentos do *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que restou reconhecida a omissão no Estado do Rio de Janeiro, em relação à violência e letalidade das ações decorrentes de operações dos agentes de segurança pública na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro. Foi reconhecida a violência generalizada, sobretudo quanto à omissão estrutural do Poder Público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial, suscitando a necessidade de limitação das operações policiais nos perímetros próximos às escolas, além do dever de investigação em casos de suspeita de ilícitos praticados por agentes de segurança pública²⁰⁰.

Na referida ADPF há análise de importantes precedentes internacionais relativos à letalidade de agentes da segurança pública. O STF, traçando um diálogo entre Cortes, referenciou Casos como *Yasa vs. Turquia*, da Corte Europeia de Direitos Humanos, *Las Palmeras vs. Colômbia*, *Zambrano Vélez et. al. vs. Equador*, “*Massacre de Mapiripán*” *vs. Colômbia*, *Almonacid Arellano vs. Chile* e *Sétimo Garibaldi vs. Brasil*— todos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estes casos têm em comum a omissão estatal decorrente da violência e letalidade das forças armadas ou policiais. Adicionalmente, uma das maiores e mais impactantes audiências públicas no STF, a audiência para a redução da letalidade policial, foi conduzida no contexto dessa ADPF, em abril de 2020, e conferiu oportunidade histórica de manifestação da sociedade e das instituições sobre as causas e consequências da letalidade policial.

Mesmo com as condenações internas e internacionais, o excessivo uso da força pelo Estado brasileiro, reproduzido em operações policiais sangrentas, deixa o sentimento de frustração e impunidade, que reclama o maior diálogo entre os direitos humanos e a segurança pública. Prova do que se alega foi a já citada chacina de Jacarezinho, reconhecida pela CIDH como a ação policial mais letal da história do Rio de Janeiro. Justamente em função desse massacre, o STF foi novamente instado a se manifestar a fim de determinar o conceito de excepcionalidade a justificar as operações policiais nas comunidades – e, aqui, o nome dado à operação em Jacarezinho, *Exceptis*, parece ser desrespeito à institucionalidade do decidido pelo plenário do STF – e, além disto, cobrar a investigação e responsabilidade sobre o ocorrido.

Em voto de 21 de maio de 2021, o Relator Edson Fachin circunscreveu os requisitos de excepcionalidade para fins de operação policial: número suficiente de agentes para minimizar as chances de se utilizar a força indevidamente, acompanhamento de equipe pericial e número adequado de agentes para assegurar a realização da perícia. Nos termos da decisão do Tribunal brasileiro: “*A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre*

200 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro*. Relator Min. Edson Fachin. Plenário. j. 18.08.2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754168293>>. Acesso em: 8 dez. 2020. p. 3.

*suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de Direitos Humanos. A omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado, por isso, é necessário demonstrar não apenas a omissão, mas também o nexo. A necessidade de solução complexa pode ser apreendida de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente se dela for parte o Estado brasileiro”.*²⁰¹

Além dos diálogos jurisdicionais, há também impactos em diálogos entre órgãos de natureza distintas. Os sentidos dos diálogos aqui tomados são, portanto, mais amplos; marcados pelas trocas e integração argumentativa livre entre os intérpretes e aplicadores do direito, pautados nos compartilhamentos constitucionais, assumindo contornos mais abertos e, portanto, mais democráticos porque não dependem apenas de um espaço estatal-institucional. Não se restringem apenas ao campo normativo e também ao âmbito jurisprudencial. Portanto, não se trata apenas de um diálogo entre juízes ou Cortes como aponta parte da doutrina e grande parte da produção teórica neste sentido.²⁰²

Nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019, com o objetivo de se adequar às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo no que tange aos *standards* firmados em sede da decisão do *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, julgada pela Corte IDH. A resolução comporta uma série de mudanças envolvendo as regras mínimas de atuação do Ministério Público no controle externo de investigações e de processos criminais, ampliando o acesso à justiça das vítimas e familiares²⁰³.

É fundamental que o controle – sobretudo de ângulo externo – sobre a atividade policial seja efetivamente desempenhado. A atuação do Ministério Público e de todos os envolvidos no sistema de justiça criminal deve assegurar investigações imparciais e possibilitar o exercício do direito de defesa durante o procedimento investigatório criminal que deve ser autônoma e independente, não subordinado ao órgão do qual os suspeitos façam parte. No caso *Favela Nova Brasília*, a Corte IDH destacou justamente a falta de independência na condução das investigações realizadas pela Polícia Civil, o que resultou em parcialidade na apuração e identificação dos responsáveis pelas

201 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 05/08/2021.

202 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

203 Art. 2º: O artigo 4º da Resolução nº 129, de 22 de setembro de 2015, passa a vigorar acrescido dos incisos VI e VII, com a seguinte redação: “Art. 4º (...). VI – Em caso de promoção de arquivamento das investigações criminais indique as diligências adotadas/requisitadas e os motivos da impossibilidade de seu cumprimento; VII – nos casos de arquivamento das investigações criminais, notifique a vítima e/ou seus familiares sobre o pronunciamento do Ministério Público” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019. Altera as Resoluções nº 129/2015 e nº 181/2017, ambas do CNMP, com o objetivo de adequá-las às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente à decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-n-201.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020).

violações cometidas, com as seguintes medidas de reparação que se destacam:

17. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença.

321. Com respeito à criação de comissões de redução da letalidade em ações em âmbito estadual, a Corte reconhece que a competência do Ministério Público para realizar o controle externo da atividade policial implica possíveis análises do uso excessivo da força por policiais. Além disso, considera que as medidas adotadas pelo Estado nos últimos anos buscam uniformizar normas de uso da força policial. Por exemplo, a Portaria Interministerial No 4.226/2010, que determina que o uso da força por policiais deve estar de acordo com o previsto nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e com os princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da moderação e da conveniência; e o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que prevê, na Diretriz 14, o combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial.

322. Não obstante isso, ante a gravidade dos dados apresentados pelas partes no presente processo, sobre a alta letalidade da ação da polícia no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, a Corte determina que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial. A Corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos dessa medida, ou seja, a redução da letalidade policial, não sejam comprovados.²⁰⁴

No âmbito da supervisão de cumprimento, em agosto de 2021, houve, ainda, audiência de acompanhamento do caso Favela Nova Brasília pela Corte IDH com participação de diversos atores do sistema de justiça brasileiro, além dos representantes estatais. Na oportunidade, a Corte IDH enfocou as medidas de reparação ordenadas e a falta de divulgação informações sobre letalidade policial, bem como sobre andamento e conclusão das investigações. A partir desse diálogo, inclusive, surgiu a proposta de, no âmbito da ADPF 635, criar um observatório judicial sobre polícia cidadã, que deve ser formado por representantes do STF, pesquisadores e pesquisadoras, representantes das polícias e de entidades da sociedade civil. Nenhuma ação, até o momento, foi tomada neste sentido.

A jurisprudência do sistema interamericano é clara no sentido de que o Estado é responsável pela apuração de crimes, inclusive quando se suspeita do envolvimento de agentes públicos, de modo que o autor possa ser identificado e responsabilizado e as vítimas reparadas. Nos termos da sentença da

204 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Par. 321-322.

Corte no já mencionado caso da Favela Nova Brasília, o Ministério Público tem papel central, pois a apuração deve ser feita de forma independente e imparcial, assegurando às vítimas e aos seus familiares os direitos à proteção e às garantias judiciais, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Deste cotejo, resta, portanto, claro como os diálogos com o sistema interamericano não tem permeado a prática da segurança pública no Brasil, em que pese diversos precedentes. Infelizmente a chacina de Jacarezinho é evidência a comprovar o que se alega que o Brasil está na contramão dos parâmetros interamericanos.

Conclusão: desdobramentos da ausência de diálogo

A CIDH reconheceu a chacina de Jacarezinho como a ação policial mais letal da história do Rio de Janeiro e a reprovou publicamente em seus comunicados de imprensa.

Como consequência da ação policial em questão, os peticionários, no dia 10 de maio de 2021, fizeram solicitação de medidas provisórias perante a Corte IDH, onde pende o cumprimento de sentença no caso da Favela Nova Brasília. Pediram em especial:

- 1) Que seja garantida uma investigação independente, célere, transparente e imparcial, conduzida por órgão independente, alheio às forças de segurança e instituições públicas responsáveis pela operação, nos termos do ponto resolutivo 16 da Sentença do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil; 2) Que seja determinada a realização de perícia por órgão independente, que garanta a imparcialidade e transparência para investigar os assassinatos, observando-se os termos do Protocolo de Minnesota; 3) Que garanta que as testemunhas possam prestar suas declarações em segurança e sem sofrer qualquer tipo de ameaça ou represália.

Alegou-se o descumprimento da sentença no caso julgado pela Corte no cumprimento dos deveres estatais para que haja a apuração de responsabilidade por órgãos imparciais e independentes; o que infelizmente até o presente momento não ocorreu. Tudo, ainda, conturbado pelo contexto de desdemocratização brasileira fomentado com o uso e abuso da legalidade autoritária de imposição de sigilo aos documentos da operação. O referido pedido foi negado pela Corte já que diz respeito a fatos e circunstâncias temporal e contextualmente distintos daquele do caso sob supervisão de cumprimento, que é da Favela Nova Brasília.

Nota-se, portanto, uma negativa de diálogo de ambos os lados: da estatalidade brasileira em considerar os parâmetros interamericanos aos quais está diretamente obrigado e do sistema que, dentro de uma ótica estritamente formal e em desacordo com o potencial transformador, recusou-se a apreciar o mérito da cautelar solicitada. Fica assim, como conclusão da presente contribuição, o ponto crítico para reflexão: Considerando, principalmente, o

descumprimento tanto da decisão da Corte IDH quanto da própria ADPF pelo Estado Brasileiro, é possível mensurar os efeitos concretos deste diálogo entre jurisdições em matéria de contenção da letalidade policial contra os mais vulneráveis?

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro*. Relator Min. Edson Fachin. Plenário. j. 18.08.2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 26/09. Caso Wallace de Almeida*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm>>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019. Altera as Resoluções nº 129/2015 e nº 181/2017, ambas do CNMP, com o objetivo de adequá-las às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente à decisão do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm>>.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica Do Direito*, 1(1), 53–68. Obtido de <https://www.revistaiberica-dodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em novembro de 2021.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

GONZALEZ, Lelia. *Por um feminismo afrolatinoamericano*. São Paulo: Zahar, 2020.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação. Episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. v. 30, 2017.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Segurança pública, polícia e violência policial. Perspectivas de endurecimento penal*. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, vol. 51, nov.-dez./2004, p. 253-288.

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, VIOLÊNCIA POLICIAL E TORTURA NO ÂMBITO DO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO JUVENIL BRASILEIRO

Ana Paula Motta Costa e Victória Hoff da Cunha

Ana Paula Motta Costa

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Doutora pela Universidade de Berkeley, Califórnia. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Victória Hoff da Cunha

Mestranda em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Observatório de Violência na Juventude (Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

Resumo:

A violência policial constitui atualmente um dos principais entraves à efetivação de direitos humanos no Brasil, não apenas por atingir números cada vez maiores, mas também em razão de adquirir um perfil mais gravoso e letal, mesmo durante a pandemia de covid-19. Neste cenário, a juventude negra e habitante de contextos periféricos constitui o segmento mais atingido. Assim, a pesquisa busca compreender em que medida as audiências de custódia respondem ao problema da violência policial e a tortura relatada pelos adolescentes criminalizados no âmbito do processo de responsabilização juvenil brasileiro. Trata-se, assim, de uma primeira aproximação com proposta de pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Violência na Juventude, grupo de pesquisa vinculado ao Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CNPq) e à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Palavras-chave: Violência policial; Tortura; Juventude; Adolescência; Processo penal.

Introdução

A violência policial constitui atualmente um dos principais entraves a efetivação de direitos humanos no Brasil, não apenas por atingir números cada vez maiores, mas também em razão de adquirir um perfil mais gravoso e letal, mesmo durante a pandemia de covid-19. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), apenas no primeiro semestre de 2020 foram

registradas 3.203 mortes decorrentes de intervenção policial, dentre as quais 73,8% das vítimas tinham entre 15 e 29 anos. Além do marcador geracional, a variável de cor e raça desempenha um fator determinante na distribuição da violência: neste mesmo período, a mortalidade entre pessoas negras corresponde a 79,1% do total de ocorrências, taxa 183,2% superior àquela verificada entre pessoas brancas. Jovens negros são, atualmente, as principais vítimas de homicídio no Brasil, e um dos motivos relevantes parece ser a violência policial.

Diante deste cenário, a pesquisa busca compreender em que medida as audiências de custódia respondem ao problema da violência policial e a tortura relatada pelos adolescentes criminalizados no âmbito do processo de responsabilização juvenil. Neste aspecto, é importante ressaltar que o presente trabalho é a primeira aproximação da proposta de pesquisa desenvolvida no âmbito do Observatório de Violência na Juventude, grupo de pesquisa vinculado ao Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CNPq) e à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

A pesquisa está sendo desenvolvida em parceria com instituições do poder público²⁰⁵ especializadas em demandas da justiça juvenil, que tem por objetivo implementar um formulário de fluxo contínuo, no qual instituições e órgãos do poder público especializados em demandas de justiça juvenil participantes da pesquisa possam noticiar casos de violência policial e tortura cometidas contra jovens e adolescentes na cidade de Porto Alegre. Neste momento, contudo, propõe-se a discussão de natureza teórica a respeito do papel desempenhado pelas audiências de custódia nos processos de responsabilização juvenil.

Violência policial e tortura: recortes da juventude vítima de violência

Não existe um consenso sobre a definição de violência policial, no entanto, a origem das definições pode estar vinculada a concepção de Weber (1999) de que o Estado moderno, tal como é constituído, é responsável pelo monopólio legítimo da violência da força física. Levando isto consideração, percebe-se nas forças policiais o estabelecimento de um dos “braços” ostensivos do Estado. No Brasil existem duas principais forças policiais: a Polícia Civil e a Militar. Enquanto à Polícia Civil incumbe o papel de polícia judiciária, relacionada com a apuração das infrações penais (exceto as cometidas por

205 O projeto desenvolve parcerias junto à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, responsável pelo atendimento de adolescentes e jovens apreendidos e encaminhados ao Departamento Estadual da Criança e do Adolescente (DECA) por autoridades policiais; além disso, com o 3º Juizado da Infância e da Adolescência do Tribunal de Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, que atua na fase de execução dos processos de responsabilização de adolescente e jovens condenados ao cumprimento de medidas socioeducativas. Este último é responsável pela condução das audiências de custódia nos processos de execução, em razão do cumprimento de mandados de busca e apreensão.

militares), a Polícia Militar tem a missão de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública (BRASIL, 1988, Art. 144).

Grande parte dos agentes públicos responsáveis pela prática de violência policial e tortura pertencem à Polícia Militar. Nesse contexto, há diversos fatores propiciadores de que os policiais excedam o uso legitimado da violência. Dentre eles, destacam-se a militarização, bem como a precarização dos segmentos mais baixos da polícia: ambos estes fatores têm impacto direto no incremento da violência policial, considerando que são justamente os agentes públicos de patentes mais rasas que exercem o policiamento ostensivo junto à população (SILVEIRA, 2013). Além disso, Schultz (2015) relaciona aspectos do processo de transição (incompleta) da ditadura civil-militar (1964-1988) à recorrência no uso da tortura na prática institucional – alguns destes elementos são a permanência do aparato repressivo do Estado, bem como a impunidade dos torturadores da ditadura no Brasil.

Ainda sobre a produção teórica a respeito do tema, Cubas, Natal e Teixeira (2015) realizam uma proposta de quatro “tipos ideais” de abordagem na literatura acadêmica sobre violência policial: (1) Abordagens históricas e socioculturais - abordam o fenômeno a partir de uma abordagem panorâmica enfatizando o uso político da polícia como instrumento de manutenção da ordem social; (2) Abordagens situacionais – que focalizam a dinâmica e o contexto em que a violência policial ocorre com mais frequência; (3) Abordagens institucionais e organizacionais – que destacam os perfis dos governos, o posicionamento dos gestores da segurança pública e a cultura policial; (4) Abordagens individuais - apresentam características pessoais dos policiais para explicar o uso abusivo da força (teorias ao estilo “maçã podre”)

Chiapetti (2018, p. 54), em sua revisão bibliográfica sobre violência policial, identifica ainda os seguintes direcionamentos: (a) a violência policial possui dimensão legítima e ilegítima, a primeira balizada no planejamento e técnicas e a segunda não planejada e arbitrária; (b) a violência policial é oriunda das práticas autoritárias conforme a história do próprio país de dominação das elites e de manutenção da ordem social existente; (c) as vítimas desse fenômeno são indivíduos de grupos não hegemônico; (d) o uso da força letal pode se dar como um “método pedagógico perverso”, podendo ser remetido à ideologia higienista da segurança social de eliminação dos criminosos; (e) a violência policial atenua a legitimidade das polícias e degrada as instituições públicas; (f) a violência policial é condicionada pelo contexto cultural da sociedade, uma vez que ela não pode ser explicada como um fenômeno originário de estímulos individuais, mas sim de estruturas sociais que coíbem ou incentivam determinados comportamentos; (g) a violência policial ocorre quando uma violência é cometida por policiais no desempenho das suas funções, na incapacidade de fazer cumprir o dever policial através das normas legais; em contra respaldo em determinados segmentos da população que entendem que para combater a criminalidade ela é justificável.

No tocante à legislação brasileira, a violência policial está prevista ao

artigo 9º do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) - ainda que não nomeada desta forma. O dispositivo estabelece que podem ser considerados crimes militares todos os crimes previstos no Código Militar e na legislação penal, quando praticados por militar em serviço ou atuando em razão da função, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil. Assim:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
[...] II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei no 13.491, de 2017)
[...]
c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

Além das possibilidades de enquadramento de policial militar em serviço pela prática de crimes previstos na legislação penal e legislação penal especial, o Código Militar prevê expressamente os crimes de lesão corporal²⁰⁶ (BRASIL, 1969, art. 209 e § 1º e 2º), constrangimento ilegal²⁰⁷ (BRASIL, 1969, art. 222) e ameaça²⁰⁸ (BRASIL, 1969, art. 223).

O crime de tortura está previsto na Lei 9.455 de 7 de abril de 1977; a primeira definição identifica esta como a prática “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental” com a finalidade de obter informação ou confissão da vítima, provocar a prática de um crime, ou ainda em razão de discriminação de natureza racial ou religiosa (BRASIL, 1977, Art. 1º, inciso I). Este cenário corresponde à concepção histórica de tortura judicial, último recurso utilizado no modelo de prova tarifada do processo penal inquisitorial pelo juiz na averiguação da autoria do delito²⁰⁹. Neste aspecto, outra particularidade é o caráter secreto da

206 Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 1º Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias: Pena - reclusão, até cinco anos.

§ 2º Se se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura: Pena - reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL, 1969).

207 Art. 222. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer ou a tolerar que se faça, o que ela não manda: Pena - detenção, até um ano, se o fato não constitui crime mais grave. (BRASIL, 1969).

208 Art. 223. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de lhe causar mal injusto e grave: Pena - detenção, até seis meses, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. Se a ameaça é motivada por fato referente a serviço de natureza militar, a pena é aumentada de um terço. (BRASIL, 1969)

209 Além disso, o seu uso era admitido em casos de delitos considerados graves, castigados com pena corporal ou de morte. A tortura era utilizada “no momento em que o juiz tinha em seu poder uma ‘meia prova’, ele podia avaliar a viabilidade do uso da tortura” (SABADELL, 2002, p. 23).

utilização desta, mesmo no modelo inquisitivo – bem diferente dos casos de pena de morte ou pena corporal, todas aplicadas publicamente (SABADELL, 2002, p. 23).

Além destas hipóteses, a legislação brasileira também considera tortura a prática de “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (BRASIL, 1977, Art. 1º, inciso II). Este é um cenário em que a violência se dirige contra um inimigo público comum, conjuntura na qual justifica-se todo o excesso de força institucionalizado e os abusos cometidos pelos agentes do sistema (BUENO, 2014). Gonçalves (2011), neste aspecto, identifica que a formação histórica brasileira, caracterizada pelas relações centradas no patrimonialismo, no racismo, e no controle social violento dos “descartáveis”, está diretamente relacionada com a disseminação da tortura.

Flauzina (2006), neste aspecto, é uma das autoras que melhor descreve o racismo como variável substantiva na constituição do sistema penal brasileiro, e na criação de inimigos públicos: ela refere a existência de uma plataforma genocida de Estado, dirigida à eliminação física e simbólica da população negra, calcada no processo de escravização, bem como na matriz tradicional e de distribuição do poder. Diante disso, a grande maioria dos violentados pela polícia fazem parte da população negra e pobre, tratados como alvo de necessário controle produzido mediante essa violência (SINHORETTO, 2014).

Assim, contra toda esta população, e especialmente a juventude negra e periférica, “toda violência e arbitrariedade são permitidas visando à obtenção de resultados na atividade policial e o controle social por meio da intimidação” (GONÇALVES, 2014, p. 147, apud GONÇALVES, 2015, p. 235). Aprisionamento ou extermínio: estes parecem ser os projetos disponibilizados pelo poder público e sociedade para este segmento da juventude. Costa (2020) entende a mortalidade violenta na juventude como uma expressão da necropolítica do Estado brasileiro, praticada em contextos em que o poder protetivo do Estado é ausente; em contrapartida, a violência de Estado e a violência da guerra do tráfico faz parte do cotidiano. Neste aspecto, trata-se de uma conjuntura de vulnerabilização que existe em evidente contradição com o marco normativo nacional e internacional que prevê a efetividade de direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes com prioridade absoluta.

Audiências de custódia no âmbito do processo de responsabilização penal juvenil

A audiência de custódia foi regulamentada no processo penal brasileiro no ano de 2015, através do Projeto “Audiência de Custódia” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Contudo, mesmo antes da inclusão no Código de Processo Penal a partir da Lei n. 13.964/2019, a necessidade de apresenta-

ção pessoal do indivíduo preso já estava presente em tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil. A audiência de custódia é o momento de comparecimento da pessoa presa diante da autoridade judiciária, ato processual onde também são ouvidos Ministério Público e Defensoria Pública. O objetivo da audiência é analisar a prisão sob o aspecto da legalidade e da regularidade do flagrante, bem como da necessidade, adequação e continuidade da prisão. Mais importante, a audiência cria a possibilidade de controle imediato e efetivo da violência policial, no que diz respeito à prática de violência, maus tratos e tortura (ALBUQUERQUE, 2021).

No caso do processo de responsabilização penal juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990) regula a atuação da autoridade policial e do Ministério Público na apreensão de adolescentes em flagrante aos artigos 172 e seguintes. Neste caso, não existe previsão expressa em relação a realização da audiência de custódia na legislação. Contudo, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no enfrentamento do tema da audiência de custódia, declarou a constitucionalidade e a legalidade da implementação em atenção às previsões Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos – o qual dispõe ao artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”²¹⁰. Isto fortaleceu a discussão acerca da possibilidade de aplicação da audiência de custódia no âmbito da justiça juvenil, em relação aos adolescentes apreendidos em flagrante pela prática de atos infracionais.

Ainda assim, a utilização do procedimento da audiência de custódia não tem recebido uma ampla aceitação da comunidade jurista. Segundo o magistrado Alexandre (2020) “não existem as preocupações que motivaram a regulamentação da audiência de custódia no âmbito processual penal”, considerando que o adolescente apreendido passa pelo “crivo da autoridade policial, do promotor de Justiça e do Juiz, no dia de sua apreensão”: este momento referido pelo autor, é importante ressaltar, diz respeito à realização das audiências de apresentação.

A audiência de apresentação é realizada no momento do flagrante, momento em que o adolescente acusado do cometimento de ato infracional é interrogado com o objetivo de decidir acerca da decretação ou manutenção de uma prisão (internação) provisória. Isto decorre de uma interpretação conjunta conferida pela doutrina e jurisprudência ao teor do caput do art. 184 e 186 do ECA²¹¹ (BRASIL, 1990). Neste aspecto, é possível que surjam inúmeras

210 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240. Ministro Luiz Fux. Julgado em 20/08/2015, publicado em 01/02/2016.

211 Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo. § 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado. § 2º Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. § 3º Não sendo

ras dificuldades relativas à apuração da ocorrência da violência policial, já que este não é um ato processual desenvolvido em torno do objetivo de identificar ilegalidades da prisão e ocorrência de violências, mas sim, aferir a respeito da materialidade e autoria do ato infracional.

No mais, a audiência de apresentação não abrange as hipóteses de realização de audiências de custódia no âmbito do processo de execução de medidas socioeducativas em curso. E neste ponto, é importante destacar que existem muitos momentos em que adolescentes podem ser vítimas de violência policial durante a execução das medidas. Uma destas situações é durante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão, nos casos de adolescentes que evadem o sistema; também os casos de adolescentes que deixam de se apresentar à instituição de atendimento socioeducativo, durante o cumprimento de medidas de semiliberdade, ou de medidas de internação nas quais é prevista a realização de atividades externas; finalmente, nos casos em que os adolescentes deixam de comparecer em locais e horários determinados pelo juiz. Neste aspecto, importante considerar que muitos casos de violência policial e tortura são cometidos contra jovens e adolescentes que têm histórico infracional ou estão cumprindo medidas socioeducativas, como forma de punição e castigo.

No Brasil, a Constituição Federal do Brasil de 1988 assegura a proteção integral da criança e do adolescente com absoluta prioridade, por intermédio de um sistema de garantias e direitos fundamentais, regulamentados, à nível infraconstitucional, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei Federal nº 8.069/1990) pela Lei do SINASE (Lei Federal nº 12.594/2012). A Doutrina da Proteção Integral, cristalizada aos artigos 227 e 228 da Constituição Federal, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a todas as crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, bem como a proteção contra todas as formas de violência e discriminação. Por isso, a proteção contra a

localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

§ 4º Estando o adolescente internado, será requisitada a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável.

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado. § 1º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão. § 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. § 3º O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas. § 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

violência policial e a tortura é um dever a ser cumprido com urgência.

Neste aspecto, é importante considerar que os índices de violência policial no Brasil mostram-se em escala crescente. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021) apresenta em 2020, um ano atípico em decorrência da pandemia de *Sars-Cov-2*, um aumento da letalidade policial de 0,3%, o que equivale a 6.416 indivíduos mortos devido intervenções policiais. O Anuário (2021) apresenta o perfil destas vítimas que consiste em maioria de negros (78,9%), de adolescentes ou jovens (76,2%) e do sexo masculino (98,4%). Assim, jovens e adolescentes encontram-se cada vez mais sujeitos a processos de vulnerabilização e violência, em especial, aquela cometida pela polícia; esta vem assumindo um perfil cada vez mais grave, o que vem a ser demonstrado pelo número cada vez maior de intervenções letais. Trata-se de uma realidade que deve ser enfrentada com urgência.

Conclusões

Durante a audiência de custódia são sopesados aspectos de ordem pessoal e factual, estabelecendo-se o contraditório, bem como a possibilidade de controle da arbitrariedade e da ilegalidade das prisões. Isto inclui o uso de força excessiva por policiais civis e militares, atribuídos do dever de efetuar prisões em flagrante e cumprir mandados de prisão, inclusive com o uso da força física, desde que esta não exceda o necessário para controlar a situação em questão. Contudo, como visto, violência, maus tratos e tortura deixaram de ser exceção, tornando-se a regra em muitos procedimentos de apuração, prisões em flagrante, rondas ostensivas, entre outros.

Neste aspecto, faz-se cada vez mais necessário o desenvolvimento de estratégias institucionais capazes de prevenir, detectar e dar encaminhamento aos casos em que se verifica violência policial. A implementação das audiências de custódia no âmbito do processo de responsabilização juvenil (ou ao menos realizar audiências que atendam a estas finalidades e objetivos) pode ser uma destas estratégias, considerando que: (i) as audiências de apresentação não são atos processuais construídos em torno do objetivo de apurar a ocorrência de violência policial e tortura; pelo contrário, na prática institucional, elas servem para decidir acerca da decretação ou manutenção de uma prisão (internação) provisória nos casos de flagrante, em que o adolescente é tratado unicamente como possível autor do ato infracional; (ii) as audiências de custódia servem para averiguação da ocorrência de violência policial nos processos de execução das medidas socioeducativas, em especial, na hipótese de cumprimento de mandato de busca e apreensão.

Referências

ALEXANDRE, Márcio da Silva. **Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes**. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/im-prensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/ilegalidade-da-audiencia-de>

custodia-para-adolescentes-juiz-marcio-da-silva-alexandre. Acesso em: 20 jan. 2020.

ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **Audiência de custódia: (in)efetividade no controle da violência policial**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

BRASIL. Constituição. Lei no 144, de 5 de outubro de 1988. **Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Brasília, 5 out. 1988. (1988a). Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constfed.nsf/fc6218b1b-94b8701032568f50066f926/5_4a5143aa246be_25032565610056c224?OpenDocument>. Acesso em: 25 ago. 2015

BRASIL. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015

BRASIL. Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1977. **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em 21 ago 2021.

BUENO, S. Lima, R.S. **Anuário da Segurança Pública 2021**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Rio de Janeiro, 2021.

CHIAPETTI, Camila B. **Representações Sociais Sobre a Violência Policial e o Controle no Campo do Controle do Crime**. 2018. 141f (Mestrado em Sociologia).

COLLINS, P. H. **Intersectionality as Critical Social Theory**. Durham: Duke University Press, 2019.

COSTA, Ana Paula Motta. **Juvenicídio: a expressão da necropolítica na morte de jovens no Brasil**. Direito e Práxis, [S. l.], v. XX, p. 1–34, 2021. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/54377.

CUBAS, V. O.; NATAL, A. L.; TEIXEIRA, F. C. B. **Violência Policial: abordagens da literatura. Bala perdida - A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 103-109.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído No Chão: O Sistema Penal E O Projeto Genocida Do Estado Brasileiro**. Brasília: Dissertação de Mestrado, UNB, 2006.

GONÇALVES, Vanessa C. A repressão penal no Brasil contemporâneo pelo olhar da criminologia radical. **Revista REDES** - ISSN 2318-8081. Canoas, Vol. 3, n. 1, mai 2015.

SABADELL, Ana Lúcia. Evoluções e rupturas no Processo Penal: a pesquisa historiográfica-jurídica sobre a tortura. In: SABADELL, Ana Lúcia et. at (org.) **Verso e Reverso do Controle Penal**. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2002.

SCHULTZ, Sabrina. **Terrorismo de Estado: a tortura como uma das formas de sua expressão**. 2015. 127f (Mestrado em Sociologia Política).

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A continuidade da tortura no Brasil e a herança autoritária: o papel da ditadura civil-militar e do processo transicional brasileiro na perpetuação da violência nas estruturas das forças policiais**. Memória, Verdade e Justiça de Transição. 1 ed. São Paulo: Conpedi, 2013.

SINHORETTO, Jaqueline. et al. **Desigualdade Racial e Segurança Pública no Estado de São Paulo: Letalidade Policial e Prisões em Flagrantes**. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo v. 10, n. 1, 10-35, 2016.

WEBER, M. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1999.

MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: UMA ALTERNATIVA PARA O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA²¹²

Mariana Chini e Milena Cereser da Rosa

Mariana Chini

Doutoranda em Direitos Humanos. Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista do Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses (PROCAD-CAPES). Brasil.
E-mail: mar.chini@hotmail.com

Milena Cereser da Rosa

Mestranda em Direitos Humanos. Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista do Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses (PROCAD-CAPES). Brasil.
E-mail: milenacereser@outlook.com

Resumo:

A pesquisa tem por objeto a problemática envolvendo a (im)possibilidade de utilização de monitoração eletrônica de pessoas em medidas protetivas de urgência no Brasil. Como hipótese inicial, compreende-se a alternativa como viável, devido à alteração a Lei Federal nº 12.403/2011. A mudança veio a complementar as possibilidades de monitoração eletrônica, anteriormente previstas na Lei Federal 12.258/2010. Com as alterações a esta lei, ampliou-se a aplicação do instituto para medidas cautelares e também para o controle de medidas protetivas de urgência, como no escopo da Lei nº 11.340/2006. À vista disso, a partir de uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, com análise bibliográfica e legislativa, objetivou-se, em um momento inicial, delinear considerações acerca da monitoração eletrônica de pessoas no Brasil para, em seguida, tratar do dispositivo em sede de medidas protetivas de urgência vinculadas, em especial, à Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Medidas protetivas de urgência; Monitoração eletrônica.

212 Pesquisa realizada no âmbito do Projeto “Rede de Cooperação Acadêmica e de Pesquisa: Eficiência, Efetividade e Economicidade nas Políticas de Segurança Pública com Utilização de Monitoração Eletrônica e Integração de Bancos de Dados”, mediante financiamento do Edital PROCAD/CAPES nº 16/2020 – Segurança Pública e Ciências Forenses.

Considerações iniciais

Este artigo pretende avaliar a (im)possibilidade de utilização da monitoração eletrônica de pessoas em medidas protetivas de urgência no Brasil, principalmente nos casos de violência doméstica e familiar, visando o efetivo cumprimento da medida para preservar a vida da vítima em situação de vulnerabilidade. Como hipótese inicial, compreende-se a alternativa como viável, devido à alteração a Lei Federal nº 12. 403/2011.

Visando, por conseguinte, analisar se a hipótese restará confirmada, em um momento inicial, serão delineados alguns aspectos sobre a gênese da tecnologia, observando-se seu surgimento em nível internacional, bem como sua posterior adoção no sistema penal brasileiro. Em seguida, tratar-se-á do dispositivo em sede de medidas protetivas de urgência vinculadas, em especial, à Lei Maria da Penha.

Tudo isso será feito a partir de uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, com análise bibliográfica e legislativa, objetivando elucidar a problemática inicial e contribuir, ainda que de modo singelo, com o campo das pesquisas em monitoração eletrônica no país.

1. Delineamentos iniciais sobre a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas

Para tratar da monitoração eletrônica de pessoas em âmbito penal no Brasil é antes interessante examinar os contornos iniciais da medida em nível geral: seu surgimento, suas formas e sua finalidade inicial.

Em 1964, dois irmãos - Ralph e Robert Schwitzgebel²¹³ - pesquisadores do Comitê Científico de Experimentação Psicológica da Universidade de Harvard, iniciaram a investigação de um sistema, com funcionamento à distância, que fosse capaz de detectar sinais físicos e neurológicos de pessoas tidas como socialmente inadaptadas. Tal sistema era baseado em “um conjunto de tecnologias de transmissão de dados resultante da interconexão entre os recursos disponibilizados pelas telecomunicações, a informática e a engenharia eletrônica, mediante o que foi posteriormente denominado de *comunicação telemática*”. (CAMPELLO, 2019a, p. 17).

As referidas tecnologias foram sistematizadas em um aparelho chamado “Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R)”²¹⁴, que possuía duas partes: uma em formato de cinto, na qual ficavam a bateria e um transmissor, e outra no formato de pulseira, funcionando enquanto sensor. A partir disso, o aparelho mandava sinais a um laboratório e eram produzidos gráficos com a localização do portador do dispositivo. (AZEVEDO E SOUZA, 2016).

Os criadores do sistema o entendiam como uma alternativa para muitos problemas, podendo servir tanto para diminuir o encarceramento em massa,

²¹³ Em 1983, o sobrenome “Schwitzgebel” foi encurtado para “Gable” (GABLE, 2015, p. 4).

²¹⁴ “Transmissor-Ratificador de Comportamento [...]” (tradução nossa).

como para monitorar pessoas com doenças cardíacas e problemas mentais. No entanto, os pesquisadores já alertavam, desde aquela época, para o fato de que, se mal empregada, a tecnologia poderia causar inúmeros prejuízos, em especial para as liberdades, tanto de infratores quanto da sociedade em geral (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 597-598).

Uma das possíveis consequências indesejadas da medida pode ser observada no âmbito da invasão de privacidade, dado que esta não se restringe ao cárcere, mas se estende para todos os espaços da vida do indivíduo monitorado, bem como de seus familiares (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 606-607).

Essa realidade pode-se perceber na situação contemporânea da monitoração eletrônica de pessoas no Brasil, pois, de acordo com Campello (2019b, p. 93), esta tem sido “aplicada de maneira complementar ao cárcere, *ampliando e intensificando* os controles penais”.

Outro grande problema está relacionado com a dimensão estigmatizante da medida. De acordo com Carvalho (2016, p. 138-139), “a tornazeleira é um símbolo do cárcere e retoma o corpo como eixo da ação penal. E como símbolo ligado ao cárcere o porte do equipamento imputa ao monitorado um estigma”.

Todavia, o equipamento também pode ser pensado desde uma perspectiva benéfica, no sentido de que pode ser utilizado como forma de proteger possíveis vítimas, evitando crimes. A própria inspiração para a criação da tecnologia foi baseada nisso.

The inspiration for the system came when the head of the research project, Ralph Kirkland Schwitzgebel, was watching the film, *West Side Story*, in which the hero is killed by an opposing gang member. Schwitzgebel had the idea that if the hero could have received help or a warning, his life would have been saved. (BURRELL; GABLE, 2008, p. 102-103)²¹⁵

As pesquisas iniciais dos irmãos Gable, porém, passaram muito tempo ignoradas e só retornaram aos holofortes em 1977, quando um Juiz americano – Jack L. Love – passou a pensar em soluções para a superlotação carcerária e para as fugas de prisioneiros, e teve um *insight* ao ler um artigo no jornal, recordando-se, a partir dele, de uma série em quadrinhos do Homem-Aranha, na qual “the villain attaches an ‘oversized I.D. bracelet’ on Spiderman that allows the villain to locate, by radar, Spiderman’s location at any time”²¹⁶. (GABLE, 2015, p. 5).

Em 1982, o Juiz Love começou a tentar vender suas ideias sobre um

215 “A inspiração para o sistema veio quando o chefe do projeto de pesquisa, Ralph Kirkland Schwitzgebel, estava assistindo ao filme *West Side Story*, no qual o herói é morto por um membro de uma gangue adversária. Schwitzgebel teve a ideia de que se o herói pudesse receber ajuda ou um aviso, sua vida teria sido salva” (tradução nossa).

216 “[...] o vilão anexa um ‘bracelete de identificação de grandes dimensões’ ao Homem-Aranha, o qual permite que o vilão localize, por radar, a localização do Homem-Aranha a qualquer tempo” (tradução nossa).

dispositivo de rastreamento, tendo estas sido bem recebidas por um representante de vendas, chamado Michael T. Gross, o qual fundou a “National Incarceration Monitor and Control Services, Inc. (NIMCOS)”²¹⁷ e, em 1983, passou a prestar serviços na comarca do Juiz Love, realizando-se um experimento com três detentos em liberdade condicional ao longo de três meses. (GABLE, 2015, p. 5).

One unexpected, but not necessarily undesirable, consequence was the stigma associated with wearing the device. Criminal associates of the first offender, a heroin user, did not want to be around him because they feared that the device was capable of transmitting conversations²¹⁸ (GABLE, 2015, p. 5).

Nesse constante paradoxo entre condições indesejadas *versus* condições benéficas, há, de um lado, críticas sobre o aspecto Orwelliano da medida e, de outro, o entendimento de que o conhecimento técnico e as ferramentas existentes podem ser capazes de modificar os procedimentos tradicionais de punição e detenção (GABLE; GABLE, 2016, p. 15).

A proposta inicial dos irmãos Gable era a de que a monitoração eletrônica fosse utilizada por infratores que se voluntariassem à sua utilização e, para eles, os monitorados não eram “*experimental subjects*”²¹⁹, mas sim “*research assistants*”²²⁰, tendo a possibilidade de aconselhar os diretores do projeto, sendo ouvidos e respeitados (DUNCOMBE, 1967, p. 116).

Em suma, o objetivo dos pesquisadores Gable era o de que certos comportamentos ofensivos pudessem ser previstos ou regulamentados, de forma que as prisões não fossem mais necessárias. Conforme os pesquisadores: “The ball and chain have given way to the prison courtyard, and the prison courtyard is now giving way to the half-way house. Someday prisons may become museums or monuments to the inhumanity and ineffectiveness of social retribution”²²¹ (SCHWITZGEBEL, 1969, p. 598).

Na mesma perspectiva, o Projeto de Lei sobre a monitoração eletrônica de pessoas em âmbito penal no Brasil (PL nº 175/2007) foi permeado por uma visão benéfica do dispositivo, na qual se advogava uma solução para a superpopulação carcerária, bem como uma maior reinserção social e manutenção de vínculos familiares, sociais e empregatícios aos monitorados. (BRASIL, 2007, p. 1).

217 “Serviço Nacional de Monitoramento e Controle de Encarceramento [...]” (tradução nossa).

218 “Uma inesperada, mas não necessariamente indesejável, consequência foi o estigma associado ao uso do dispositivo. Criminosos associados ao primeiro infrator, um usuário de heroína, não queriam estar perto dele porque temiam que o dispositivo fosse capaz de transmitir conversas” (tradução nossa).

219 “sujeitos experimentais” (tradução nossa).

220 “assistentes de pesquisa” (tradução nossa).

221 “A bola e a corrente deram lugar ao pátio da prisão, e o pátio da prisão agora está dando lugar à casa de reabilitação. Algum dia as prisões podem se tornar museus ou monumentos à desumanidade e ineficácia da retribuição social” (tradução nossa).

No entanto, há muitas condições dessa proposta que não se consolidam na prática, sendo que o sistema de monitoração eletrônica sofre com o mesmo tipo de inconstitucionalidade apresentado no restante do sistema prisional brasileiro, conforme declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2015).

A implementação da tecnologia de monitoração eletrônica em âmbito penal no Brasil se dá a partir da Lei Federal nº 12.258/2010 – que alterou o Código Penal e a Lei de Execução Penal, incluindo a possibilidade de monitoração eletrônica à legislação brasileira, mas apenas em casos de prisão domiciliar e saída temporária no regime semiaberto (BRASIL, 2010).

Após isso, houve a alteração da Lei Federal nº 12.403/2011, que modificou o artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), passando a complementar as possibilidades de monitoração eletrônica.

Tendo em vista as referidas alterações à Lei nº 12.403/2011 ampliou-se a aplicação do instituto para medidas cautelares e também para o controle de medidas protetivas de urgência, como no escopo da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha - (CAMPELLO, 2019, p. 18). Aliado a isso, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.278/2019 que altera a Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha - para determinar o uso de instrumentos tecnológicos aos agressores, objetivando o eficaz cumprimento das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2019). E é, especificamente, essa última possibilidade que a seção a seguir pretende abordar.

2. As medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e a monitoração eletrônica

Ao Estado se impõe um dever maior do que meramente se abster de afetar a esfera patrimonial das pessoas as quais estão sob sua autoridade, sendo o reconhecimento dos direitos fundamentais uma exigência da dignidade da pessoa humana. Diante disso, exige-se do Estado ações positivas para resguardar e assegurar a dignidade humana e dentre estas ações está o dever de proteção que garante ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja (ALEXY, 2011).

Nesse sentido, o Estado possui o dever de proteger todas as pessoas que estão sob sua guarda, ou seja, “incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares” (MENDES, 2017, p. 205).

Desta forma, o dever de proteção encontra-se concretizado com a promulgação da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha – a qual cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em conformidade com a Constituição Federal brasileira.

Importante ressaltar o avanço obtido com a efetivação da Lei Maria da

Penha tendo em vista que o Brasil é um país formado em sua maioria por mulheres. De acordo com os dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²²² referente ao ano de 2019, a população residente no Brasil é composta por 48,2% de homens e 51,8% de mulheres.

Todavia, vivenciamos um violento cenário brasileiro contra as mulheres. Nos termos do Atlas da Violência 2020²²³, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2018 uma mulher foi assassinada no Brasil a cada duas horas, totalizando 4.519 vítimas. Ainda, no Brasil a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres, sendo a quinta maior no mundo de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS)²²⁴.

Diante deste alto índice de violência contra as mulheres no Brasil que a Lei Maria da Penha possui dispositivos muito importantes chamados medidas protetivas de urgência, as quais são tanto para obrigar o agressor, quanto as que protegem a ofendida nas situações em que seja verificada a existência de indícios da prática de violência doméstica.

Uma das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor está prevista no artigo 22 da Lei Maria da Penha, a qual determina o afastamento físico entre agressor, vítima e testemunhas, visando evitar, com o distanciamento obrigatório do autor, que este continue a praticar atos de violência (física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual) contra a vítima.

De acordo com o Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência (BNMPU)²²⁵, os Tribunais Brasileiros, somente no ano de 2021, já obtiveram 1.195.980 (75,68%) decisões que concederam medidas protetivas de urgência, 102.426 (6,48%) decisões concedidas em parte, 137.562 (8,7%) decisões que não foram concedidas e 143.991 (9,11%) decisões revogadas.

Em que pese a obrigatoriedade no cumprimento das medidas protetivas de urgências contidas da Lei Maria da Penha, muitos agressores descumpriam as determinações judiciais, motivo o qual, através da Lei nº13.641, de 3 de abril de 2018, foi inserida na Lei Maria da Penha o artigo 24-A, que prevê o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, estabelecendo pena de detenção de três meses a dois anos caso ocorra a violação da medida protetiva.

Todavia, percebeu-se a difícil fiscalização do efetivo cumprimento dessas medidas protetivas de urgência, motivo o qual, o Conselho Nacional de Justiça²²⁶ e o Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e

222 Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

223 Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

224 Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

225 Disponível em: <https://bnmpu.cnj.jus.br/s/violencia-domestica/app/dashboards#/view/6bb01ed0-c597-11eb-86f4-450bcc52eb23?_g=h@2463b39&_a=h@8ce8ee0>. Acesso em: 20 nov. 2021.

226 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/violencia-domestica-tornezeleiras-garantem-cumprimento-de-medidas-protetivas/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Familiar contra a Mulher (Fonavid), passaram a recomendar o monitoramento eletrônico nos casos de violência doméstica, visando o cumprimento de maneira eficaz e com precisão da medida protetiva de urgência.

Porém, apesar da existência das referidas recomendações, a utilização da monitoração eletrônica para efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar ainda não é totalmente aplicada devido a ausência de legislação sobre o tema. Nesse sentido, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.278/2019 que altera a Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha - para determinar o uso de instrumentos tecnológicos (monitoração eletrônica) dos homens agressores, visando o eficaz cumprimento das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2019).

Diante do alto índice de decisões dos Tribunais brasileiros que concedem medidas protetivas de urgência as vítimas de violência doméstica e familiar, faz-se necessário o aprimoramento de políticas públicas para efetivo cumprimento da Lei Maria da Penha.

Portanto, tendo em vista que as decisões de mero afastamento do agressor têm apresentado falhas na medida em que muitos agressores descumprem a ordem e se aproximam da vítima, independentemente da promessa de punição futura, torna-se relevante repensar as legislações brasileiras para que o direito de proteção seja efetivamente aplicado, podendo a tecnologia da monitoração eletrônica ser uma alternativa para fiscalizar e concretizar o cumprimento das medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar.

Considerações finais

A partir da presente pesquisa puderam-se observar alguns delineamentos iniciais acerca da medida de monitoração eletrônica de pessoas em âmbito penal no Brasil, focalizando-se em sua utilização nas medidas protetivas de urgência ligadas à Lei Maria da Penha.

Observou-se que a tecnologia apresenta tanto aspectos positivos - como a possibilidade de substituição do cárcere usual, além de possibilidade de prevenção de crimes no escopo da violência doméstica -, quanto aspectos negativos - como a invasão de privacidade e a estigmatização.

Não obstante, em que pese a constante dicotomia que permeia o dispositivo da monitoração eletrônica de pessoas, ainda assim há que se centrar nas possibilidades benéficas presentes no horizonte de utilização da medida, sendo essencial trabalhar para que a tecnologia se torne cada vez mais eficaz, desde que alinhada com os direitos humanos e sua real efetivação.

Para tanto, percebe-se a monitoração eletrônica como sendo uma alternativa para o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha visando a proteção das vítimas nos casos de violência doméstica e familiar. Todavia, para que se concretize essa alternativa faz-se necessária a regulamentação para a aplicação desta tecnologia em todos os estados

brasileiros.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. As origens do monitoramento eletrônico. *In: Canal Ciências Criminais*, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-origens-do-monitoramento-eletronico/> - Acesso em: 07/06/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Violência doméstica: tornozeleiras garantem cumprimento de medidas protetivas**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/violencia-domestica-tornozeleiras-garantem-cumprimento-de-medidas-protetivas/>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência**. Disponível em: https://bnmpu.cnj.jus.br/s/violencia-domestica/app/dashboards#/view/6bb01ed0-c597-11eb-86f4-450bcc52eb23?_g=h@2463b39&_a=h@8ce8ee0. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011**. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm – Acesso em: 25/05/2021.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12258.htm - Acesso em: 25/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 2011b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm - Acesso em: 25/05/2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2020**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 175, de 2007**. Altera o Decreto-Lei nº

2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) para dispor sobre o monitoramento eletrônico. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/projeto_lei_senado__175_2007_pulseira_semi.pdf - Acesso em: 24/05/2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.278, de 30 de setembro de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha) para determinar o uso de instrumentos tecnológicos na aplicação de medidas protetivas, a fim de garantir o monitoramento do seu cumprimento. Brasília, 2019. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139030> - Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347) (Informativo 798)**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> - Acesso em: 25/05/2021.

BURREL, William D.; GABLE, Robert S. From B. F. Skinner to Spiderman to Martha Stewart: The Past, Present and Future of Electronic Monitoring of Offenders. *In: Journal of Offender Rehabilitation*, vol. 46, nº 3/4, 2008. Disponível em: <https://rgable.files.wordpress.com/2012/02/j-offender-rehabilitation-pdf.pdf> - Acesso em: 06/06/2021.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal: o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil / Ricardo Urquiza Campello; orientador Marcos César Alvarez**. – São Paulo, 2019a. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16122019-185040/publico/2019_RicardoUrquizaCampello_VCorr.pdf – Acesso em: 20/11/2021.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. O carcereiro de si mesmo. *In: Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 31, n. 3, p. 81-97, Set-Dez, 2019b. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/7BwG3knGMGFZMbqCRFVGkFH/?lang=pt> – Acesso em: 08/06/2021.

CARVALHO, Maria Luiza Lacerda. **Histórias de vida, prisão e estigma: o uso da tornozeleira eletrônica por mulheres no estado do Rio de Janeiro**. – Campos do Goytacazes, RJ, 2016.

DUNCOMBE, David C. **Review of Religious Research**, vol. 8, no. 2, 1967, p. 115–116. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3510725 - Acesso em: 06/06/2021.

GABLE, Robert S. The Ankle Bracelet Is History: An Informal Review of the Birth and Death of a Monitoring Technology. *In: The Journal of Offender Monitoring*. Civic Research Institute, 2015. Disponível em: <https://www.civicrosearchinstitute.com/online/PDF/The%20Ankle%20Bracelet%20Is%20History.pdf> - Acesso em: 06/06/2021.

GABLE, Robert S.; GABLE, Ralph Kirkland. Remaking the Eletronic Tracking of Offenders into a “Persuasive Technology”. *In: Journal of Technology in Human Services*, vol. 34, nº 1, 13-31, 2016. Disponível em: <http://www.rgable.net/wp-content/uploads/2018/07/Journal-Technology-Human-Services-2016-2.pdf> - Acesso em: 06/06/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2019**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 27 set. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-femicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo-diretrizes-nacionais-buscam>>. Acesso em: 27 set. 2021.

SCHWITZGEBEL, Ralph K. Issues in the use of an electronic rehabilitation system with chronic recidivists. *In: Law and Society Review*, v. 3, n. 4, p. 597-611. 1969. Disponível em: www.jstor.org/stable/3052751 - Acesso em: 06/06/2021.

QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS, SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS

Rafael Siqueira Lima Rabelo e Quésia Pereira Cabral

Rafael Siqueira Lima Rabelo

Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Oficial de Justiça do Tribunal de
Justiça do Estado do Ceará

Quésia Pereira Cabral

Mestra e doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).
Delegada de Polícia do Estado do Pará

Resumo:

O presente artigo tem por objeto a “quebra de sigilo de dados em massa”, requisitada na investigação acerca do homicídio da vereadora Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes. A partir do questionamento: em que medida a necessidade da investigação pode mitigar o direito à intimidade, permitindo-se acesso a dados de uma coletividade que não tem indícios de participação em atividade delitiva? Busca-se contextualizar os direitos na era da informação; debater sobre os limites a atividade de segurança pública na era da proteção de dados. Para alcançar os objetivos estabelecidos, far-se-á apresentação do caso, destacando a problemática da solicitação realizada pelo órgão de investigação. Finalmente debater-se-á acerca dos limites a atividade de segurança pública na era da proteção de dados. A hipótese inicial representa a possibilidade de se estabelecer parâmetros mínimos de identificação e delimitação de indivíduos que serão alcançados pela mitigação do direito a intimidade.

Palavras-chave: Quebra de sigilo telemático; Marielle Franco; Inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Considerações iniciais

No Brasil não é possível adentrar às discussões sobre inviolabilidade da intimidade e da vida privada sem analisar o marco fundamental colocado pela Constituição Federal de 1988 que, ao discorrer sobre tal direito, estabeleceu em seu texto, no inciso X do artigo 5º que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL,

1988). Muito se discutiu acerca desse marco fundamental, principalmente sobre a característica importante e inafastável que é ausência de caráter absoluto de tais direitos, na medida em que mesmo quando abarcados por pactos, convenções, constituições ou tratados internacionais, ainda assim não podem ser vistos como direitos ilimitados, sob pena de não permitir que o ordenamento jurídico cumpra sua missão essencial que é a de acomodar a vida em sociedade.

Nesse contexto dialético, várias leis extravagantes surgem como formas de limitar o direito à intimidade, tanto no âmbito civil, como no contexto do Direito Penal e Processual Penal, a exemplo da Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/1996), Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e, mais recentemente, Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). As regulamentações advindas com os marcos legislativos posteriores à constituição de 1988 não vieram por acaso, mas sim como resposta às mudanças sociais decorrentes da intensificação e aprofundamento das características da sociedade da informação. Segundo Esteves (2000), o favorecimento da sociedade da informação está estritamente ligado ao consumo, ou seja, às características do capitalismo e da globalização.

Nesse contexto, é imperioso dar especial atenção à colheita, armazenamento e tratamento de dados, tornando-se relevante o reavivamento de conceitos como privacidade e intimidade, para assim traçar os limites de sua inviolabilidade. Tal como assevera Bulos (2014, p. 571), “a vida privada e a intimidade (...) salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rizervatezza* e os americanos, *privacy*)”. Para o autor em comento, a ideia de vida privada está adstrita a um nível ainda mais secreto e pessoal do âmbito da existência do indivíduo.

Assim, analisando o uso da tecnologia para produzir enormes quantidades de informação como fato jurídico, verificamos o surgimento de leis que trazem regulamentações e limites. É o caso, por exemplo, da lei de Interceptação Telefônica, que foi veiculada pelo diploma de nº 9.296/1996 e que buscou, primordialmente, regulamentar os casos em que a investigação processual penal interage com a inviolabilidade do direito insculpido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal que estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

No âmbito não penal, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), ao buscar dar resposta à problemas mais urgentes relacionados à sociedade da informação, indica que oito anos após a lei de interceptação telefônica, o legislador pátrio encontrou uma realidade impossível de ignorar que é a assustadora produção de dados eletrônicos e o uso que se faz dele para as mais diversas finalidades. Levando em consideração estes aspectos, Gonçalves

(2016, p. 8) corrobora que “o Marco Civil gastou tintas e tintas para reeditar princípios e regulamentações já existentes no ordenamento jurídico e que, invariavelmente, já eram utilizadas para resolver questões e problemas de internet (...)”. Na visão do autor, a simples postura de replicar modelos prontos e deveras desgastados não atende a necessidades reais, relacionadas, sobretudo a “crimes informáticos, manipulação de dados, uso indiscriminado de banco de dados, infrações de direitos autorais, produção de provas, devido processo legal, criptografia de dados etc.” (GONÇALVES, 2016).

Mais recentemente, temos a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), tendo como pano de fundo graves denúncias de espionagem internacional, vazamento de dados em massa, fakenews e um processo político-eleitoral intrinsecamente ligado ao infinito fervilhar de postagens nas redes sociais. Neste sentido, entender os limites e idiosincrasias dos bens tutelados em comento, significa investigar para achar respostas, pois é no momento em que direitos fundamentais são violados que surge a dúvida sobre em que medida a necessidade de uma investigação e a imperatividade da resposta estatal frente ao crime, podem mitigar o direito à intimidade, permitindo-se acesso a dados de uma coletividade que não tem indícios de participação em atividade delitativa?

Tomados os parâmetros acima elencados e sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente artigo tem o escopo de refletir sobre a questão alhures exposta a partir de um caso concreto, a saber: trecho da investigação criminal envolvendo a morte da vereadora Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes. Para tanto, inicialmente faremos um resumo dos fatos envolvendo a referida investigação criminal. Em seguida, abordaremos o ponto sensível da discussão, no que concerne ao pedido questionado pelo provedor de aplicação google, no sentido de fornecer dados telemáticos de uma coletividade não individualizada. Finalmente, apresenta-se uma proposta de como fornecer os dados para investigação e minimamente individualizar os sujeitos de quem se está pedindo os dados. Por fim, fazemos uma reflexão a título de considerações finais, sobretudo pautada nos desafios que a era da informação traz consigo.

Morte da vereadora “Marielle Franco”, investigação criminal e decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros na celeuma envolvendo o Ministério Público do Rio de Janeiro e o provedor Google Inc.

Marielle Franco, vereadora no município do Rio de Janeiro, e seu motorista Anderson Gomes, após concluírem a participação em um evento na “Casa das Pretas” - ONG de mulheres negras feministas - em 14 de março de 2018, foram vítimas do crime de homicídio. Este fato foi noticiado em diversos veículos de comunicação, sendo que em sua grande maioria destacaram de pronto a possibilidade de se tratar de uma morte por encomenda, senão vejamos:

O crime aconteceu nesta quarta-feira, 14 de março, na rua Joaquim Palhares, no Estácio, e o motorista que estava com ela, identificado como Anderson Pedro Gomes, também foi assassinado a tiros. De acordo com a imprensa carioca, a vereadora estava acompanhada ainda da assessora Fernanda Chaves, que sobreviveu. Segundo o jornal *Extra*, a Polícia Civil encontrou pelo menos oito cápsulas no local. Os relatos preliminares dão conta de que os criminosos abriram fogo contra o carro. Nenhum objeto foi levado. “Há sinais de execução”, disse, emocionado, o deputado estadual Marcelo Freixo, de quem **Marielle Franco** foi correligionária no PSOL e assessora, no *Jornal da Globo*. Segundo o mesmo telejornal, crime de mando ou execução é também a principal hipótese com a qual a polícia trabalha neste momento (El País: Brasil, São Paulo, 15 de março de 2018, 16:37 BRT).

Diante da grande repercussão acerca desse fato, a 4ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, por requerimento do Ministério Público do mesmo estado, ordenou que o provedor de aplicação GOOGLE identificasse protocolos de internet (IPs) de dispositivos que tenham usado a plataforma de buscas entre 10 e 14 de março daquele ano. As consultas verificariam termos de pesquisa como “Marielle Franco” e “Vereadora Marielle”, além de “Casa das Pretas” e “Rua dos Inválidos” — lugares onde ela esteve pouco antes da morte.

O pedido era de identificação dos *IPs* ou *Device IDs* de usuários que tenham aberto o Google Maps ou Waze entre 10 e 14 de março de 2018 para pesquisar o endereço da Rua dos Inválidos, onde Marielle participou de evento na noite em que foi vítima de homicídio e também pedia identificação de quem, no mesmo período, pesquisou uma série de termos relacionados ao caso como o nome da vereadora, sua agenda etc.

A ordem em comento vem sendo combatida ferrenhamente nos tribunais brasileiros, sob a alegação do GOOGLE de que o ato seria genérico e aleatório, além de carente de base constitucional e legal, violando direitos constitucionais e legais, mais especificamente os previstos no artigo 5.º, incisos X, XII, LVII e LIV, da Constituição da República. O Google ainda abre interessante discussão ao dizer que a quebra de sigilo seria medida excepcional que só poderia ser decretada em decisão judicial fundamentada quando existirem indícios concretos de atividade ilícita sobre alvo determinado, apontando como fundamento legal, principalmente, a Lei de Interceptação telefônica (Lei 9.929/96) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

O grande provedor de aplicações argumenta que a decisão atinge pessoas inocentes, pois os termos indicados são comuns e envolvem pessoa pública, projeto social e o nome de uma rua popular na cidade do Rio de Janeiro, além de indicar lapso temporal demasiadamente longo - noventa e seis horas -, aumentando a possibilidade de lesar os direitos de grande número de pessoas inocentes. O provedor ainda se insurge contra a ordem, alegando que foi expedida sem indicação concreta dos motivos pelos quais essa diligência seria indispensável para o esclarecimento dos envolvidos na prática criminosa

de forma a se caracterizar como decisão genérica que poderia ser inserida em qualquer outra de quebra de sigilo, sobre qualquer tema.

A Justiça brasileira, por outro lado, através do TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro -, e STJ – Superior Tribunal de Justiça -, tem mantido o entendimento da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro consubstanciando posição importante para o caso concreto no sentido de que o direito à privacidade e ao sigilo de dados, por não serem absolutos, podem ser relativizados em hipóteses excepcionais como esse relacionado à investigação criminal sobre o assassinato da vereadora Marielle Franco em que há relevante interesse público.

Tem prevalecido os argumentos no sentido de que os dispositivos legais que se referem à interceptação das comunicações não se aplicam ao referido caso onde o objeto da ordem judicial é a obtenção de dados e registros informáticos estáticos, já coletados e armazenados em servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet. O voto vencedor no STJ ainda consignou que a ordem foi dirigida a um provedor de serviço de conexão através de procedimento regular, previsto no Marco Civil da Internet.

Inconformada o provedor GOOGLE apresentou Recurso Extraordinário (RE 1301254 RG) ao STF – Supremo Tribunal Federal que aceitou a repercussão geral com a seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS PESSOAIS. REGISTROS DE ACESSO À INTERNET E FORNECIMENTO DE IP. DECISÃO GENÉRICA. NÃO INDICAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA IDENTIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS. NÃO DELIMITAÇÃO, ADEMAIS, DO ESPAÇO TERRITORIAL EM QUE VEICULADA A ORDEM. PROTEÇÃO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE DADOS (ART. 5º, X e XII, CF). QUESTÃO CONSTITUCIONAL. POTENCIAL MULTIPLICADOR DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Possui índole constitucional e repercussão geral a controvérsia relativa aos limites e ao alcance de decisões judiciais de quebra de sigilo de dados pessoais, nas quais determinado o fornecimento de registros de acesso à internet e de IPs (internet protocol address), circunscritos a um lapso temporal demarcado, sem, contudo, a indicação de qualquer elemento concreto apto a identificar os usuários. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 1301250 RG, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2021 PUBLIC 08-06-2021)”.

Com isso, o caso ganha dimensões nacionais devendo o Supremo Tribunal Federal repercutir de maneira significativa nos contornos do princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sem perder de vista as necessidades e interesses da investigação e dos problemas inerentes a atividade de segurança pública.

Quebra de sigilo telemático em massa e a violabilidade técnica de mínima individualização dos investigados

Atribuir autoria delitiva em contextos como os que envolveram o homicídio de Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes demanda caminhos mais complexos do que a simples oitiva de testemunhas, exames periciais ou a realização de medidas de busca e apreensão. Ora, tendo em vista as características já demonstradas da era informacional na qual o mundo está atualmente inserido, a interceptação telemática e a quebra de sigilo de dados telemáticos se apresentam como alternativa de técnica especializada para obtenção de prova. Assim, as abordagens investigativas passaram a levar em consideração a existência de evidências no ambiente informático, abrangendo metadados e máximo de conteúdo produzido pelo investigado (BARRETO; KUFA; SILVA, 2021).

Neste sentido, fala-se em um primeiro momento do acesso a dados não comunicacionais, tais como registros vinculados a utilização de aplicações na internet, com informações de data, hora e protocolo da internet gerado; dados cadastrados pelos usuários; informações de agenda de contatos do investigado e até mesmo geolocalização. Eis que, como se pode depreender dos exemplos elencados os mencionados dados “não estão atrelados a qualquer tráfego de conteúdo” (BARRETO; KUFA; SILVA, 2021, p. 235), justamente por este fato poderiam ser obtidos para formação de conjunto probatório, fundamentando-se esta premissa no que dispõe o art. 22 do Marco Civil da Internet. Observe:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

(BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)

A partir da leitura do artigo algumas conclusões importantes saltam aos olhos, sendo a primeira delas o fato de que as informações devem ser solicitadas ao juiz, devendo ele ordenar ao responsável o fornecimento dos registros tanto de conexão quanto de aplicação. Outra questão importante refere-se à necessidade do preenchimento de requisitos para admissibilidade do pedido, resvalando-se a exigência de demonstrar fortes indícios da existência de um ilícito, demonstração justificada da utilidade que essas informações terão para a investigação e, ainda, a delimitação do período ao qual se referem os

dados solicitados. Mas, a questão é: seriam essas informações escopo da Lei 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da Constituição Federal do Brasil?

O entendimento predominante é o de que “a proteção constitucional é exclusiva da comunicação e não dos dados em si” (BARRETO; KUFA; SILVA, 2021, p. 237). Exatamente nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recurso em sede de habeas corpus nº 75.800 – PR (2016/0239483-8. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em 15 de setembro de 2016) asseverou que a lei de interceptação telefônica (Lei 9.296/96) tinha como foco a fluência da comunicação em andamento, chegando a afirmar que nem mesmo as conversas realizadas por meio de aplicativos de mensagens armazenadas nos aparelhos de telefone celular estariam subordinadas aos regramentos estabelecidos pelo diploma legal em comento. Dessa forma, para a obtenção de dados não comunicacionais, as autoridades de investigação no Brasil precisariam cumprir tão somente com o estabelecido no art. 22 do Marco Civil da Internet.

Especificamente no âmbito das informações armazenadas pelo provedor GOOGLE, segundo Júnior e Jorge (2021), poderiam ser solicitados os seguintes dados: linha do tempo no google maps e outras informações de localização; históricos de pesquisa (termos pesquisados) e de navegação, contatos, exibição, curtidas e comentários proferidos no youtube; imagens armazenadas no google fotos; armazenamento de google drive (incluindo nessa possibilidade backup de aplicativos de mensagens instantâneas que realizam este backup por meio do google); acesso ao conteúdo do gmail (caixa de entrada, mensagens enviadas, rascunhos e lixeira), bem como dos dados nele cadastrados, registros de acesso (incluindo dados de data, hora e endereçamento de protocolo da internet). Além disso, de acordo com os autores em comento, também seria possível obter dados de pessoas com quem o investigado se comunicou ou compartilhou conteúdo.

Tais dados, segundo a definição legal dada pelo artigo 5º da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018), podem ser considerados como dados pessoais, ou seja, aqueles que contém informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e devem ficar sob a responsabilidade dos agentes de tratamento como o GOOGLE.

No intuito de ter acesso aos elementos acima descritos, a autoridade de investigação deve possuir alguns parâmetros de delimitação, para que a partir deles o provedor forneça os dados. Assim é que, minimamente, será necessário apontar uma das seguintes informações: a conta google do investigado; IMEI (Identificação Internacional de Equipamento Móvel); ou MEID (identificador de equipamento móvel); número CSSN (número de série); número de série com fabricante e modelo; ID do Android (JÚNIOR; JORGE, 2021). Outra possibilidade seria “oficiar a empresa de aplicações para que informe os dados de seus clientes que estiveram até certa distância (...) do local onde ocorreu o crime, considerando o possível horário” (JÚNIOR; JORGE, 2021, p. 152).

É justamente neste cenário que está inserida a investigação do caso Marielle Franco, na medida em que foram solicitados dados massificados de pessoas, sem a indicação de qualquer elemento concreto apto a identificar os usuários. Logo, não restam dúvidas de que tecnicamente a informação está armazenada junto ao provedor, bem como, por conseguinte, de que ele pode fornecer tais dados. A problemática está inserida em como indicar mínimos parâmetros de indicação a usuários concretos que estejam sendo investigados no bojo do processo em discussão. Uma vez que foram obedecidos os requisitos estipulados pelo marco civil da internet, não se pode eclipsar o precedente que esta decisão pode trazer consigo, no sentido de permitir acesso irrestrito e sem maiores delimitações a dados de pessoas que não guardam relação com o crime investigado. Seria possível atender a essa exigência?

Para responder a esta indagação, para além da leitura de leis e obras relacionadas ao tema, foram realizadas consultas a profissionais que atuam diretamente com o ambiente cibernético e a ciberprova. Assim, a partir do caso concreto foram efetuadas entrevistas com os analistas do Laboratório de Operações Cibernéticas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Ciberlab-MJSP-Brasil), sob a coordenação do delegado de polícia Alesandro Barreto, autor inclusive de diversas obras relacionadas ao tema. Foi a junção da leitura e oitiva de especialistas que nos fez acreditar ser plenamente possível atender as exigências do provedor, de maneira a não abrir precedentes para uma quebra de sigilo telemático em massa, que para nós seria como concordar com o cumprimento de medida de busca e apreensão em uma comunidade inteira, sem a mínima delimitação ou identificação de suspeitos.

Com ressalva das devidas peculiaridades, o caso em comento se assemelha ao “mandado de busca e apreensão coletivo” em casas indeterminadas das favelas da capital fluminense, deferido em 2017, por decisão de juiz de primeiro grau no Rio de Janeiro. Assim como no caso “Marielle”, o mandado judicial genérico não citava nomes de pessoas, muito menos endereços específicos, mas tão somente autorizava a entrada nas residências da comunidade de “Jacarezinho” e no “Conjunto Habitacional Morar Carioca”.

Importante salientar, nessa esteira de raciocínio, que não tivemos acesso ao inquérito ou ao processo em si, mas tão somente àquilo que se publicizou sobre o tema, bem como ao que veio à tona por meio do debate da matéria nos tribunais superiores. De tal sorte que, por prudência, a sugestão que iremos apresentar reflete uma possibilidade técnica que não venha a ferir direitos e garantias individuais. Para tanto, o ponto de partida será a prisão do policial militar (PM) reformado Ronnie Lessa e do Ex-PM Elcio Vieira de Queiroz, os quais, segundo amplamente divulgado na mídia, teriam participado efetivamente do homicídio, sendo o primeiro autor de cerca de 13 (treze) disparos e o segundo a pessoa que teria dirigido um dos veículos que seguiram o carro da vítima, respectivamente²²⁷.

227 Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/12/policia-prende-suspeitos-pelos-assassinatos-da-vereadora-marielle-franco-e-anderson-gomes>>.

Ora, estamos diante da identificação de dois indivíduos que estavam efetivamente na cena do crime e podem oferecer os elementos necessários a delimitação do pedido de quebra de sigilo telemático. Acontece que os provedores de aplicação da internet enxergam seus usuários por meio de números de identificação internos, os quais são designados como ID. Este ID representa uma nomenclatura geral que serve de referência para delimitar o usuário (aparelho), tal como o número de série ou conta google. Logo, como houve a qualificação e prisão de dois indivíduos que sabidamente estavam no dia e hora do crime, tem-se também, por conseguinte dois códigos de ID que servirão de parâmetro para a quebra do sigilo, senão vejamos.

A autoridade de investigação poderia requerer, no lugar de todos os dados de todos os indivíduos que estiveram na data e horário do crime no perímetro que o mesmo ocorreu, os códigos ID para data, hora e local delimitados. Tais códigos, reitera-se, nada dizem sobre os dados cadastrais ou de comunicação dos usuários, representando tão somente a identificação interna (como o provedor os “enxerga”, numa linguagem mais clara). A partir dessa resposta, verificar-se-ia os códigos ID que coincidem com as mesmas referências de latitude e longitude dos investigados já identificados. Logo, de um universo infundável e não delimitado, estaríamos agora diante de pouquíssimos códigos ID que estariam ao lado dos suspeitos qualificados, devendo-se fazer novo pedido ao provedor de aplicação, desta vez, solicitando os dados referentes aos ID selecionados e plenamente delimitados, os quais possuem as mesmas referências dos indivíduos presos.

Considerações finais

A sociedade pós-industrial pode ser compreendida como a sociedade da informação ou sociedade em rede (CASTELLS, 2019). Para o autor, trata-se de um novo paradigma orientado por cinco eixos centrais: a informação como matéria-prima; a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias; a lógica de redes; a flexibilidade e, ainda, a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado (CASTELLS, 2019, p. 124,125). Ao se admitir que a informação é a matéria-prima - primeiro aspecto deste modelo de sociedade - corrobora-se que o desenvolvimento tecnológico existe para permitir que o homem atue sobre a informação e não o inverso.

O segundo eixo, por sua vez, está relacionado ao fato de que a informação é inerente a toda atividade humana. Dessa forma, tanto a existência individual quanto a coletiva passam a ser moldadas diretamente pelo novo ambiente tecnológico. A lógica das redes estrutura o não estruturado, mantém a flexibilidade e pode ser implementada materialmente em qualquer processo. A manutenção da flexibilidade se coaduna perfeitamente com a capacidade de reconfiguração do sistema, aspecto este inerente à fluidez organizacional e à constante mudança, típicas da sociedade informacional. A integração do

ghtml> Acesso em 10 de out. de 2021.

sistema, como último eixo mencionado, refere-se, em síntese, ao fato de que o paradigma da informação não irá caminhar para o fechamento como um sistema em si, mas traçará o rumo de uma rede com acessos múltiplos, adaptável e aberta, na qual diversos ramos do saber se interligam.

A partir dos eixos centrais da sociedade informacional descritos por Castells (2019), faz-se necessário refletir sobre as questões relacionadas ao novo paradigma tecnológico. Passada a fase de especulação exagerada em relação aos benefícios que seriam obtidos com a nova era da sociedade informacional, é importante reconhecer que muitas promessas foram cumpridas, sobretudo no que se refere a área educacional (WERTHEIN, 2000). O modelo de educação à distância, intensificado inclusive em tempos de pandemia por COVID-19, é exemplo recente de aplicações positivas da tecnologia, tal como as redes de comércio eletrônico, conhecidas como *e-commerce* que também passaram a ser amplamente utilizadas em decorrência das condições de isolamento social, permitindo que as pessoas pudessem efetuar compras das mais variadas espécies.

Dessa forma, é possível afirmar que a tecnologia faz parte da vida diária da grande maioria dos centros urbanos (WERTHEIN, 2000), de tal maneira que parcela significativa da população mundial está diuturnamente atrelada a dispositivos como smartphones, vinculados por meio deles à rede mundial de computadores. Neste cenário a cibercultura ganha espaço, movida pela “sinergia entre a vida social e os dispositivos eletrônicos e suas redes telemáticas” (LEMOS, 2013, p. 10). Fala-se, nesta senda, em democratização do acesso aos meios digitais, forjando uma dinâmica social tão intrigante que não é difícil se deparar com uma cena em que pessoas localizadas no mesmo espaço físico e temporal, ao invés de se comunicarem pessoalmente, escolham trocar mensagens em aplicativos de mensagem instantânea instalados em seus dispositivos de telefone móvel.

Todavia, uma advertência precisa ser feita, pois a satisfação trazida pelos avanços tecnológicos não deve eclipsar a necessidade de reconhecer diversos pontos que inspiram cautela e preocupação (WERTHEIN, 2000). Assim é que o novo paradigma da era informacional também faz emergir significativas questões éticas e legais, chegando a ser objeto de estudos que elencam verdadeiros desafios a serem vencidos pela sociedade da informação, dentre os quais a questão do direito a privacidade trazidos de maneira propedêutica no presente artigo. Não apenas a publicidade, mas também as atividades de segurança pública têm voltado seu olhar para o mundo de possibilidades oriundo do fato de que grande parcela da população mundial está vinculada a dispositivos que podem dizer muito de suas vidas, de seus gostos, de tudo aquilo que fazem ou deixam de fazer.

Referências

BARRETO, Alesandro Gonçalves; KUFA, Karina; SILVA, Marcelo Mesquita. Ci-

bercrimes e seus reflexos no Direito Brasileiro. Salvador: JusPoDIVM, 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011.

BULOS, Uadi, Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado.** 1. ed. – São Paulo: Atlas. 2016

JÚNIOR, Hélio Molina Jorge; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Ferramentas disponíveis na internet para investigação em fontes abertas.** In: Tratado de investigação criminal tecnológica. Salvador: JusPoDIVM, 2021.

LEMONS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea.** Porto Alegre: Sulina, 2013.

MARREIRO, Flávia: EL PAÍS - Brasil. **Marielle Franco, vereadora do PSOL, é assassinada no centro do Rio após evento com ativistas negras.** São Paulo, 15 de março de 2018, 16:37 BRT. Acesso em 03.10.2021. Link: Marielle Franco, vereadora do PSOL, é assassinada no centro do Rio após evento com ativistas negras | Brasil | EL PAÍS Brasil (elpais.com)

_____, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura.** Vol 1. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

SOUZA, Erisvaldo. A Renovação da Teoria da Indústria Cultural em Prokop. In: **Indústria cultural e cultura mercantil.** MARQUES, Edmilson; SOUZA, Erisvaldo; SANTOS, Jean I. dos; VIANA, Nildo (organizadores). Rio de Janeiro: Corifeu, 2007.

TEIXEIRA, Patrícia. **Sociedade do Risco na Sociedade da Informação: Gestão e Gerenciamento de crise nas redes sociais.** São Paulo: V Congresso Abra-corp 2011.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios.** Cia. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

CONTROLANDO A LIBERDADE E LIBERANDO O CONTROLE: MONITORAMENTO ELETRÔNICO E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

André Giovane de Castro

André Giovane de Castro

Doutorando, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Resumo:

O monitoramento eletrônico de acusados e condenados tem sido concebido como uma condição de possibilidade à superação ou minimização do “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro. A tornozeleira eletrônica suscita inúmeras narrativas, ora convergentes e ora divergentes, entre o controle e a liberdade à luz dos direitos humanos. Problematisa-se a relação entre os interesses manifestos ou ocultos em torno dessa ferramenta com o objetivo de analisar as sinuosidades jurídico-políticas vinculadas à sua adoção como política criminal. A hipótese, ao fim corroborada, considera a monitoração eletrônica como instrumento destinado tanto a efetivar como a violar direitos humanos, a depender da (as) sincronia entre os interesses relacionados ao controle e/ou à liberdade. A metodologia observa o método fenomenológico-hermenêutico, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Controle; Direitos Humanos; Liberdade; Monitoramento eletrônico; Segurança Pública.

Considerações iniciais

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. A decisão cautelar, exarada em 9 de setembro de 2015, trouxe a lume as falhas estruturais do Estado frente à (in)efetivação dos direitos humanos dos custodiados e o desafio de unir esforços dos atores jurídico-políticos envolvidos com o intuito de superar ou minimizar os atentados à dignidade da pessoa humana. Passados mais de seis anos desde o referido *decisum*, o STF ainda não resolveu o mérito da demanda e o Brasil notabiliza o encarceramento em massa como política

criminal e a afronta aos preceitos fundamentais como resultado de opção jurídico-política. A partir das mazelas históricas e atuais dos estabelecimentos de custódia, a idealização de alternativas foi reivindicada neste século XXI; entre elas, situa-se o monitoramento eletrônico de acusados e condenados no âmbito do sistema de justiça penal. Trata-se, com efeito, da temática abordada neste trabalho acadêmico.

Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm estabelecido várias narrativas sobre a monitoração eletrônica, revestindo-a de críticas e louvores acerca da sua adoção e utilização. A tornozeleira eletrônica é vista, assim, sob três narrativas, quais sejam: a) como instrumento humanizador às investidas cautelar e sancionatória; b) como recurso intensificador do controle estatal; e c) como benesse (ou mesmo privilégio) aos usuários. Este estudo, justificado devido à recente inserção dessa tecnologia na normatividade nacional, à diminuta, embora crescente, reflexão acadêmica sobre o tema e à inevitabilidade de conceber os direitos humanos como horizontes da atuação estatal em face da violência, assume a tarefa de responder ao seguinte problema: como as aludidas narrativas se relacionam, seja de forma antagônica, seja de modo complementar, seja na tentativa de encobrir os interesses velados, ou nem tanto, do Estado e da sociedade? Para isso, o arcabouço metodológico reúne o método fenomenológico-hermenêutico, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental.

A partir disso, com o objetivo de analisar as sinuosidades jurídico-políticas vinculadas à adoção da monitoração eletrônica como política criminal adicional, alternativa ou substitutiva à inconstitucionalidade do “estado de coisas” dos estabelecimentos de custódia, a investigação científica considera a desterritorialização da vigilância, ao sair dos muros institucionais e alastrar-se às rotinas sociais, isto é, na casa, no trabalho e na comunidade, como situação de convivência, convergente ou divergente, da liberdade e do controle, ocasionando a efervescência de novos modos de ser no mundo com a utilização da sobredita tecnologia. Com efeito, a restrição de liberdade, tanto no cárcere como fora dele, serviria à conformação de um ambiente de segurança e insegurança pública em virtude de, ao mesmo tempo, assumir a missão formal de enfrentar a criminalidade e, logo, reduzir a sensação de medo, mas, também, de fomentar este sentimento devido à difusão do controle em liberdade, retroalimentando o Estado securitário. Essa hipótese será, por fim, corroborada ou refutada.

Entre controle e liberdade: o monitoramento eletrônico e suas narrativas como condição de (im)possibilidade ao enfrentamento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro

O Brasil ocupa, atualmente, o terceiro lugar no *ranking* mundial de pessoas privadas de liberdade. A colocação somente é inferior à dos Estados

Unidos da América (EUA) e da China²²⁸. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020 – indica a existência de 702.069 custodiados²²⁹, cujo perfil abarca as seguintes características: 97,01% são homens²³⁰; 41,91% são jovens²³¹; 66,31% são pardos e pretos²³²; 60,65% têm até ensino fundamental incompleto²³³; e 71,04% das incidências de infrações criminais são atinentes ao patrimônio e às drogas²³⁴ (BRASIL, 2021). A cifra nacional de reclusos denuncia a adoção do encarceramento em massa como medida de enfrentamento à criminalidade. O aprisionamento constitui-se como uma política criminal envolvendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O resultado tem sido a violação substancial de direitos humanos nos estabelecimentos de custódia devido à dicotomia entre o *dever ser* das leis e o *ser* das cadeias e o necessário desafio de reorientar a atuação do sistema de justiça penal.

Trata-se de um fenômeno não somente local, mas mundial. Prevalece hodiernamente, na lição de David Garland (2014, p. 59), a convicção de que “a prisão funciona”, embora “não como um mecanismo de reforma ou de reabilitação” e, sim, “como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras”. Por isso, os estabelecimentos de custódia tornaram-se, na esteira de Garland (2014, p. 60), “um maciço e aparentemente indispensável pilar da ordem social contemporânea”. O efeito disso tem sido tão só mais e mais violência. Com o encarceramento em massa, a prisão, na leitura de Camila Caldeira Nu-

228 Os EUA e a China contabilizam, respectivamente, em torno de 2 e 1,6 milhões de reclusos.

229 A população prisional brasileira aumenta continuamente. Em 1990, havia 90 mil presos; em 1992, 114,3 mil; em 1993, 126,2 mil; em 1994, 129,2 mil; em 1995, 148,8 mil; em 1997, 170,6 mil; em 1999, 194,1 mil; em 2000, 232,7 mil; em 2001, 233,8 mil; em 2002, 239,3 mil; em 2003, 308,3 mil; em 2004, 336,3 mil; em 2005, 361,4 mil; em 2006, 401,2 mil; em 2007, 422,3 mil; em 2008, 451,4 mil; em 2009, 473,6 mil; em 2010, 496,2 mil; em 2011, 514,5 mil; em 2012, 549,7 mil; em 2013, 581,5 mil; em 2014, 622,2 mil; em 2015, 698,6 mil; em 2016, 722,1 mil; em 2017, 722,7 mil; em 2018, 744,2 mil; e, em 2019, 755,2 mil (BRASIL, 2021).

230 A cifra de mulheres custodiadas refere-se a 2,99% (BRASIL, 2021).

231 As faixas etárias da população carcerária são: 18 a 24 anos (21,22%), 25 a 29 anos (20,69%), 30 a 34 anos (16,70%), 35 a 45 anos (19,28%), 46 a 60 anos (7,06%), mais de 60 anos (1,26%) e sem informação (13,79%) (BRASIL, 2021).

232 A distribuição acerca de cor/etnia/raça no sistema carcerário brasileiro observa os números a seguir: amarela (0,98%), branca (32,52%), indígena (0,19%), parda (50,28%) e preta (16,03%) (BRASIL, 2021).

233 Esse dado refere-se ao Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – Junho de 2017 em virtude da ausência desta informação nas estatísticas atuais. A escolaridade dos reclusos é evidenciada com 3,45% de analfabetos; 5,85% de alfabetizados; 51,35% com ensino fundamental incompleto; 13,15% com ensino fundamental completo; 14,98% com ensino médio incompleto; 9,65% com ensino médio completo; 0,95% com ensino superior incompleto; 0,56% com ensino superior completo; e 0,04% com ensino acima de superior completo (BRASIL, 2019).

234 A incidência de tipos penais é: contra a Administração Pública (0,17%), contra a dignidade sexual (5,06%), contra a fé pública (0,53%), contra a paz pública (1,67%), contra a pessoa (15,17%), contra o patrimônio (38,65%), drogas (32,39%), legislação específica/ outros (6,19%) e particular contra a Administração Pública (0,18%) (BRASIL, 2021).

nes Dias (2017, p. 18), alcançou centralidade e tornou-se o “epicentro das mais graves crises na segurança pública brasileira”. Nesse sentido, mantém-se acesa a histórica chama da violência colocada em marcha, nos termos de João Ricardo Dornelles (2008), em face das camadas subalternizadas do tecido social. A ordem social é obtida mediante a cesura entre os incluídos e os excluídos, sejam da liberdade, sejam da sua restrição.

O mundo das letras, com efeito, caminha inversamente ao mundo dos fatos. O sistema de justiça penal, a teor de Nilo Batista (2017), é formalmente definido como igualitário, justo e digno, mas é materialmente identificado como seletivo, repressivo e estigmatizante. Essa situação é clarividente no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Se, de um lado, a sanção, conforme Miguel Tedesco Wedy (2016), deveria afirmar a condição do ser humano, e não a reduzir; de outro lado, os estabelecimentos de custódia notabilizam a estratificação entre mercedores, ou não, de direitos humanos, o que, de acordo com Lenice Kelner (2018) e Salo de Carvalho (2001), não decorre da falta de normatividade, mas, sim, da falta de interesse evidenciada com a carência de investimento. É como se houvesse a necessidade, consoante Nils Christie (1998), de uma medida de dor com a sanção correlata à medida de dor ocasionada com o delito. Isso invalida, no entanto, na esteira de Luigi Ferrajoli (2002) e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2015), a *razão de ser* do *jus puniendi* nas mãos do Estado. O ente estatal torna-se criminoso ao não observar a lei.

A partir da realidade vivenciada no sistema carcerário nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 com o intuito de reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” dos estabelecimentos de custódia. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a demanda utilizando-se do instituto do “estado de coisas inconstitucional” idealizado e desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC). A referida técnica tem como fundamento a existência de situações de violação abrupta, contínua e sistemática de direitos humanos, como é o caso das prisões tanto brasileiras como colombianas. O referido método foi criado em 1997 e adotado em inúmeros casos até o momento, mas foi trazido ao Brasil somente com a ADPF nº 347. Com efeito, o STF reconheceu, em sede de medida cautelar, no dia 9 de setembro de 2015, o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro²³⁵. A resolução de mérito ainda não ocorreu (BRASIL, 2015).

O PSOL imputou a inconstitucionalidade do “estado de coisas” das pri-

235 Extrai-se, assim, trecho da ementa: “[...] SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. [...]” (BRASIL, 2015, p. 3).

sões como a culminância das ações e omissões da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário. Os seguintes valores inscritos no texto constitucional e nos documentos internacionais foram suscitados no caso *sub judice*: a dignidade da pessoa humana; a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante; as sanções cruéis; o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o respeito à integridade física e moral; e a presunção de não-culpabilidade, bem como os direitos humanos relacionados ao acesso à justiça, à alimentação, à educação e à saúde. Para enfrentar a afronta substancial de direitos humanos, a exordial elenca oito medidas cautelares²³⁶ e dez pedidos definitivos²³⁷. As

236 As medidas cautelares são as seguintes: a) determinar aos juízes e aos tribunais a necessidade de motivarem, expressamente, nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, as razões que obstam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP); b) reconhecer a aplicabilidade imediata dos artigos 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos com a determinação de todos os juízes e tribunais realizarem, em até 90 (noventa) dias, as audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do segregado diante da autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas, contadas do momento da prisão; c) determinar a consideração, pelos juízes e pelos tribunais, do cenário dramático do sistema carcerário brasileiro no instante de conceder as medidas cautelares, bem como de aplicar e executar a pena; d) reconhecer, devido ao cumprimento da pena em condições mais severas do que as admitidas pelos diplomas jurídicos, a relevância dos juízes aplicarem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão; e) afirmar o poder-dever do juízo da execução penal de abrandar os requisitos temporais à fruição de benefícios e direitos dos custodiados, a exemplo da progressão de regime, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena, se o cumprimento da sanção for evidenciado em condições mais severas em comparação à previsão normativa e à determinação judicial; f) reconhecer o poder-dever do juízo da execução penal de abater o tempo de prisão da pena a ser cumprida, caso as condições de cumprimento da sanção forem consideradas mais severas em comparação à previsão normativa e à determinação judicial; g) determinar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a coordenação de um ou mais mutirões carcerários com o intuito de revisar todos os processos de privação de liberdade em curso no país, observando-se as medidas solicitadas nas alíneas “e” e “f”; e h) impor o imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e vedar à União, até o reconhecimento de superação do “estado de coisas inconstitucional”, a realização de novos contingenciamentos (BRASIL, 2015).

237 Os pedidos definitivos são os seguintes: a) declarar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro; b) confirmar as medidas cautelares; c) determinar ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao STF, em até 3 (três) meses, de um plano nacional de superação do “estado de coisas inconstitucional” das prisões nacionais, em até 3 (três) anos; d) submeter o plano nacional à análise do CNJ, da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Defensoria-Geral da União (DPU), do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de outros órgãos ou instituições interessados, além de ouvir a sociedade civil, mediante a realização de uma ou mais audiências públicas; e) deliberar sobre o plano nacional a fim de homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares à superação do “estado de coisas inconstitucional”, com o auxílio, se for o caso, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ); f) determinar, após a deliberação do plano nacional, ao governo dos Estados-membros e do Distrito Federal a formulação e a apresentação ao STF, em até 3 (três) meses, de um

solicitações, alinhando-se às idiossincrasias da técnica do “estado de coisas inconstitucional”, abarcam a atuação (ou falta dela) administrativa, legislativa e judicial (BRASIL, 2015)²³⁸.

Com um cenário assim delineado, mas antes mesmo do reconhecimento do aludido “estado de coisas inconstitucional”, a necessária elaboração de alternativas ao caos do sistema de justiça penal, notadamente das prisões, foi suscitada no Brasil. O emprego da tecnologia, seguindo a orientação globalizada das tecnologias de informação e comunicação, bem como a centralidade da internet, tornou-se um dos mais contundentes caminhos a ser adotado jurídica e politicamente. Apesar do uso ocorrer nos anos iniciais do século XXI em comarcas e situações isoladas, o monitoramento eletrônico de acusados e condenados foi normatizado com a Lei nº 12.258, em 2010, com relação aos condenados, e a Lei nº 12.403, em 2011, com relação aos acusados (BRASIL, 2010; 2011). A inserção dessa ferramenta levantou uma série de narrativas, entre elas, definindo-a como: a) instrumento humanizador às investidas cautelar e sancionatória; b) recurso intensificador do controle estatal; e c) benesse (ou mesmo privilégio) aos usuários. Tais discursos circunscrevem-se às suas críticas e aos seus louvores.

A defesa do monitoramento eletrônico sustenta-se em vários motivos, tanto acerca da tecnologia como acerca dos seus impactos na realidade brasileira. A tecnologia, na esteira de Christiany Pegorari Conte (2010), tem oferecido inúmeras alternativas à dinâmica da custódia no mundo e, nesse sentido, no Brasil ela não deve ser desconsiderada, senão, isto sim, vista como instrumento viável à superação ou minimização de dilemas, como o encarceramento em massa. A tornozeleira eletrônica tem o condão de servir, na identificação de Bruno César Azevedo Isidro (2015, p. 26), como “ferramenta de gestão, auxiliando o controle e aferindo a disciplina daqueles que ainda estão submetidos à pena”, bem como “substituir o cumprimento de penas privativas de liberdade ou prisões cautelares no decorrer do processo, impondo-lhes

plano estadual ou distrital em harmonia com o plano nacional homologado e com metas e propostas específicas à superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, em até 2 (dois) anos; g) submeter os planos estaduais e distrital à análise do CNJ, da PGR, do Ministério Público (MP) da respectiva unidade federativa, da DPU, da Defensoria Pública do Estado (DPE), do Conselho Seccional da OAB da respectiva unidade federativa e de outros órgãos e instituições interessados, bem como à sociedade civil, mediante a realização de audiências públicas nas capitais das respectivas unidades federativas; h) deliberar sobre cada plano estadual e distrital a fim de homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares à superação do “estado de coisas inconstitucional” da respectiva unidade federativa, com o auxílio, se for o caso, do DMF/CNJ; i) monitorar a implementação do plano nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do DMF/CNJ, por meio de processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até ser considerada a superação do “estado de coisas inconstitucional”; e j) requerer a produção de todas as provas, a requisição de informações adicionais e a designação de perito ou comissão de peritos necessárias ao deslinde da ADPF nº 347 (BRASIL, 2015).

238 Para uma discussão mais detalhada sobre o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro no *decisum* do Supremo Tribunal Federal (STF), consultar André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2021).

limitações e aferindo a disciplina”. Além disso, consoante Alceu Corrêa Junior (2012, p. 267), tem-se como vislumbrar a monitoração eletrônica como uma “solução pragmática e eficaz para resolver parte do problema penitenciário”, mas é inevitável compatibilizá-la com os direitos humanos.

A contrariedade à monitoração eletrônica tem como base o dispositivo propriamente dito e a sua funcionalidade frente à desterritorialização da medida, à estigmatização e ao reforço do controle. A vigilância, na lição de Ricardo Urquiza Campello (2013), sai dos muros dos estabelecimentos de custódia e difunde-se na casa, no trabalho, na comunidade, transformando-se em uma constância à existência do indivíduo. A tornozeleira eletrônica tem ocasionado danos físicos e mentais, limitado a inserção social e vulnerado o senso de responsabilização (BRASIL, 2020b). O ambicionado desencarceramento não se constata nas cifras de reclusos e monitorados, cujos índices aumentam continuamente²³⁹, o que, na esteira de Cristina Zackseski (2021) e Izabella Lacerda Pimenta (2015), denuncia o uso complementar e não alternativo ou substitutivo dessa tecnologia diante da prisão e inviabiliza a redução de custos. Mas, ilusoriamente, a monitoração eletrônica oferece a sensação, a teor de Janaina Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2011), da retomada de controle total do Estado sobre os criminosos.

A tecnologia encontra-se incutida à realidade contemporânea, conformando o mundo globalizado de relativização das distâncias, mas, também, de intensificação dos riscos. Tudo é constantemente novo, retroalimentando os sentimentos, seja para o bem, seja para o mal. Para Shoshana Zuboff (2021), os indivíduos têm aceitado o avanço tecnológico se ele for identificado como necessário ao desenvolvimento. É como se fosse um determinismo tecnológico. Já em Martin Heidegger (2000, p. 13) se verificava essa leitura: “os equipamentos, aparelhos e máquinas do mundo técnico são hoje imprescindíveis, para uns em maior e para outros em menor grau”, e, neste sentido, a crítica ao mundo técnico não deve ser feita indiscriminadamente, embora o louvor não deva ser feito, simultaneamente, sem considerar os seus efeitos colaterais, pois, notando ou não, a vinculação tão veemente dos seres humanos com a técnica tem o condão de torná-los seus escravos. Faz-se crucial, assim, a teor de Heidegger (2000), usar a técnica com liberdade, dizendo ora “sim” e ora “não”. O indivíduo carece absorvê-la e não ser absorvido.

A partir disso, o emprego da tecnologia como ferramenta de vigilância não prescinde de reflexões acerca da sua *razão de ser*. O monitoramento eletrônico é uma delas e insere-se em uma rede de outras técnicas adotadas com a ambição de acalmar o sentimento de medo frente à criminalidade, como são os casos de câmeras residenciais e comerciais, bem como em locais comunitários, forjando, simbólica ou realisticamente, uma sensação de segurança

239 Os dados atinentes ao sistema carcerário brasileiro foram noticiados anteriormente. A respeito do monitoramento eletrônico, há 51.897 pessoas monitoradas no Brasil, das quais 3.471 em regime fechado, 28.617 em regime semiaberto, 5.632 em regime aberto, 14.167 em prisão provisória e 10 em medida de segurança (BRASIL, 2021).

(BRASIL, 2020a). “Todo e qualquer tipo de vigilância serve ao mesmo propósito”, qual seja, na visão de Zygmunt Bauman (2014, p. 64): “identificar os alvos, localizá-los e/ou concentrar-se neles”. Com essa mesma funcionalidade, introduziu-se a monitoração eletrônica no sistema de justiça penal brasileiro. Uma política criminal destinada a vigiar o acusado ou condenado. O aludido cenário ratifica a assertiva de Gilles Deleuze (2008, p. 215) sobre a fundação e o exercício da “sociedade de controle”, cujo foco não é mais “confinamento”, mas, sim, “controle contínuo e comunicação instantânea”.

O monitoramento eletrônico constitui-se como uma tecnologia. Como uma técnica, foi (e continua sendo) construído com vistas a satisfazer aos interesses dos seus idealizadores ou das instituições utilizadoras dessa ferramenta. Trata-se de um mecanismo de poder, seja econômico, seja político. “A tecnologia é uma das maiores fontes de poder nas sociedades modernas”, na visão de Andrew Feenberg (2013, p. 69), conferindo a deliberação e a decisão sobre assuntos relevantes, eventual ou costumeiramente, aos “senhores dos sistemas técnicos” em detrimento do Estado e de suas instituições administrativas, legislativas e judiciais. Não obstante essa situação, tem-se estabelecido institucional e socialmente a ideia de neutralidade dos instrumentos técnicos como se fossem formatados sem a intenção de atender às vontades dos seus criadores ou utilizadores. Com a monitoração eletrônica, não é diferente. De acordo com Zuboff (2021, p. 273), “a tornazeleira eletrônica não monitora o prisioneiro; quem o faz é o sistema de justiça”. Logo, os seres humanos administram a técnica.

No Brasil, o monitoramento eletrônico ocorre mediante a utilização da tornazeleira eletrônica. Esse objeto é implantado no indivíduo e envia informações sobre a sua localização, assim como de danos ou falhas, a uma central de monitoração. Os servidores acompanham a movimentação em telas de televisão. Tal relacionamento entre ser humano e máquina, seja no tocante ao monitorado com o dispositivo, seja no tocante à ferramenta com os funcionários, evidencia, na visão de Campello (2019, p. 41), o imbricamento da monitoração eletrônica à monitoração humana, pois “requer o trabalho de agentes, públicos e privados, encarregados de sua supervisão”. A tornazeleira eletrônica não funciona, inexoravelmente, *per se*. Ela carece da leitura dos dados, o que se efetua humanamente, constituindo-se como verdades jurídico-criminais. O equipamento não é, na esteira de Helena Patini Lancellotti (2018, p. 151), “um objeto neutro”, mas “tem em si projetos políticos e formas de governar as pessoas”. Por isso, a sua existência técnica é colocada lado a lado com os acertos e erros humanos.

A monitoração eletrônica, conforme Pimenta (2015, p. 44), abarca discursos e ações de valorização da liberdade em virtude da noção de o monitorado estar “praticamente livre”, não obstante sob o controle estatal. Essa constatação ancora-se no fato de haver uma inversão de fatores em relação ao tradicional estabelecimento de custódia, pois, a teor de Campello (2019, p. 46), “ao invés de inserir o corpo do indivíduo em um dispositivo de controle,

instala-se o dispositivo de controle no corpo do indivíduo”, o que clarifica a saída do corpo da prisão, mas, simultaneamente, a inserção da prisão no corpo. O direito tem papel fundamental em virtude de ser, na esteira de Campello (2013, p. 215), “uma máquina de calcular liberdades, de projetar permissividades, a serviço da razão econômica de governo e de produção de condutas”. Uma vez mais, a política e a economia caminham juntas. Logo, nos termos de Campello (2019, p. 45-46), “mais do que o sequestro das liberdades, o que está em jogo aqui é a produção, a concessão e o gerenciamento de liberdades sob medida”.

A monitoração eletrônica caracteriza-se como uma política criminal. Trata-se, a bem da verdade, de uma política pública penal e não de uma política de segurança pública. Impera-se, com efeito, reconhecer o indivíduo, e não a sociedade, na sua centralidade, razão pela qual os direitos humanos se tornam fulcrais nessa tecnologia. Assim, a utilização do monitoramento eletrônico deve ocorrer subsidiária e residualmente frente às outras modalidades cautelares ou sancionatórias com vistas a torná-la, formal e materialmente, uma alternativa ao cárcere e não uma alternativa à liberdade (BRASIL, 2020b). Apesar ou além disso, faz-se imprescindível a observação de Zackseski (2019, p. 11) sobre a adoção da tornozeleira eletrônica com o intuito de enfrentar as mazelas do sistema carcerário brasileiro: “não se pode pretender resolver um problema de política criminal com uma ‘solução’ técnica”, pois a violência característica dos estabelecimentos de custódia não tem o condão de ser, inexoravelmente, arrostada em virtude da monitoração eletrônica. É inevitável, portanto, avaliar as suas narrativas.

Considerações finais

O encarceramento em massa e a violação de direitos humanos nos estabelecimentos de custódia no Brasil resultaram na assunção do monitoramento eletrônico como alternativa ao caos do sistema carcerário nacional. A Lei nº 12.258/2010 e a Lei nº 12.403/2011 são os construtos normativos dessa recente técnica. A monitoração eletrônica calca-se no controle e na liberdade. Se, de um lado, confere a liberdade, reduzindo, simbólica ou realisticamente, a cifra de reclusos; de outro lado, viabiliza o controle além das celas, das grades e dos muros. Este artigo ascendeu com o objetivo de problematizar três narrativas relacionadas à referida tecnologia, quais sejam: a primeira narrativa considera o dispositivo como uma ferramenta de humanização para as medidas cautelar e sancionatória; a segunda narrativa identifica o dispositivo como um mecanismo de intensificação do controle estatal; e a terceira narrativa vislumbra o dispositivo como se fosse uma benesse ou, especificamente, um privilégio aos acusados ou condenados, colocando lado a lado as relações entre o controle e a liberdade.

O monitoramento eletrônico estabelece-se como um instrumento de normalização dos indivíduos. Os monitorados são selecionados no âmbito da

atuação das instituições de controle e têm a sua liberdade administrada. Não há, contudo, a eliminação da liberdade; pelo contrário, a tornozeleira eletrônica oferece a sensação de liberdade tanto aos usuários como à sociedade. O Estado define a extensão da liberdade do custodiado, o que ocasiona as três narrativas, seja para enfrentar a prisão, seja para maximizar o controle, seja para criar a ideia de benefício em virtude da noção de insuficiência da ferramenta como medida cautelar ou sancionatória frente ao delito. O dispositivo, como uma tecnologia, contudo, envolve uma miríade de interesses circunscritos ao Estado e à sociedade com os seus valores jurídico-políticos e – por que não dizer – econômicos. A tecnologia *per se* é neutra, mas o seu funcionamento atende às mais variadas ambições dos seus idealizadores ou utilizadores. Esse mecanismo, com efeito, não é colocado em marcha sozinho; ele se efetiva com as ações e os discursos dos seres humanos.

A tornozeleira eletrônica tem o condão de ser concebida, assim, ora como alternativa à restrição de liberdade, reduzindo o encarceramento em massa, observando os malefícios da inserção no sistema carcerário nacional e atendo-se à melhor medida a ser tomada frente ao caso concreto; ora como adicional à prisão, maximizando o Estado repressivo-punitivo e contrastando com os fundamentos da inserção da monitoração eletrônica no Brasil; e ora como privilégio ao usuário, vislumbrando-a como medida cautelar ou sancionatória insuficiente. Cada Estado e cada sociedade definem e redefinem as suas diretrizes em relação à monitoração eletrônica. Não há uma fundamentação única em torno da sua adoção neste ou outro território, bem como neste ou outro momento da história. Logo, as intencionalidades, veladas ou nem tanto, variam geográfica e temporalmente. Portanto, o monitoramento eletrônico tem a condição de possibilidade de servir como meio de efetivação ou de violação dos direitos humanos, a depender de como se estrutura e se manifesta a (as) sincronia entre o controle e a liberdade.

Referências

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Da desigualdade à indiferença, o samba de uma nota só nas penitenciárias brasileiras. Entrevista a Leslie Chaves e Ricardo Machado. **IHU On-line – Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, ano XV, n. 471, p. 30-36, 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao471.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. 3. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

ato2007-2010/2010/lei/112258.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Atualização – Junho de 2017. Organização de Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Período de Janeiro a Junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. **Modelo de gestão para monitoração eletrônica de pessoas.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020a.

BRASIL. **Monitoração eletrônica de pessoas:** informativo para o sistema de justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerida: União. Origem: Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 9 set. 2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 21 set. 2020.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal:** o monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil. 2019. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. **Política, direitos e novos controles punitivos.** 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias:** uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, André Giovane de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de coisas inconstitucional:** a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro. São Paulo: Dialética, 2021.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos Gulags em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de presos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 894, p. 401-442, 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov>.

br/handle/11037/26351. Acesso em: 5 maio 2021.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)**. Tradução de Peter Pál Pelbart. 7. reimp. São Paulo: Editora 34, 2008.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político**. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung. Análise nº 28/2017. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

DORNELLES, João Ricardo. **Conflito e segurança: entre pombos e falcões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FEENBERG, Andrew. Racionalização subversiva: tecnologia, poder e democracia. *In*: NEDER, Ricardo T. (Org.) **A teoria crítica de Andrew Feenberg: racionalização democrática, poder e democracia**. 2. ed. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina, Universidade de Brasília e Escola de Altos Estudos da Capes, 2013. p. 69-95.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Tradução de Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto urbano: nova política de contenção da modernidade a partir da visão da microfísica do poder e da sociedade de controle**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Sociais – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2015.

KELNER, Lenice. **A inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia crítica à voz dos encarcerados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LANCELLOTTI, Helena Patini. Tecnologias de governo, vigilância e transgressão: um estudo etnográfico sobre as tornozeleiras eletrônicas. **Revista Mediações**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 141-169, 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/32346/pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

OLIVEIRA, Janaina Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de apenados no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 100-119, ago./set. 2011. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/100/97>. Acesso em: 4 maio 2021.

PIMENTA, Izabella Lacerda. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**: análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

ZACKSESKI, Cristina. Política criminal e tecnologia: a monitoração eletrônica no Brasil e na Argentina em perspectiva comparada. **Oñati Socio-Legal Series**, Oñati, p. 1-35, 2021. Disponível em: <https://onatifirstonline.wordpress.com/2021/01/13/politica-criminal-e-tecnologia-a-monitoracao-eletronica-no-brasil-e-na-argentina-em-perspectiva-comparada-criminal-policy-and-technology-electronic-monitoring-in-brazil-and-argentina-in-a-comparati/>. Acesso em: 5 maio 2021.

ZACKSESKI, Cristina Maria. Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 160, p. 363-387, 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/54>. Acesso em: 4 maio 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tânia Regina Silva Reckziegel

Tânia Regina Silva Reckziegel

Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (Brasil)

Resumo:

O presente estudo tem por objetivo analisar algumas inovações tecnológicas promovidas e implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário brasileiro com vistas a promover e concretizar os direitos humanos. Por consequência de seu objetivo e como norteador deste artigo, questiona-se: qual a importância e relevância do Conselho Nacional de Justiça na propositura de inovações tecnológicas no judiciário brasileiro na promoção dos direitos humanos? Como mecanismo de construção do estudo, utiliza-se: I) como método de abordagem o dedutivo, estrutura de pensamento lógico que permite testar a validade de informações já existentes; II) como método de procedimento o monográfico, que consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações e; III) como técnica de pesquisa a documental e a bibliográfica.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça; Direitos Humanos; Inovações tecnológicas; Pandemia.

Considerações iniciais

A pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, novo coronavírus identificado como agente etiológico da doença mundialmente conhecida como Covid-19, trouxe inúmeros reflexos para as sociedades, além daqueles no campo dos protocolos sanitários e de saúde, pode-se verificar adaptações, adequações e modernizações na atuação e na organização das ações promovidas pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo analisar algumas inovações tecnológicas promovidas e implantadas pelo Conselho

Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário brasileiro com vistas a promover e concretizar os direitos humanos.

O Conselho Nacional de Justiça, identificado sob a sigla CNJ, foi criado no contexto brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, sendo uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário, promovendo, por meio de políticas públicas e através da sua missão, o desenvolvimento do Poder Judiciário em benefício da sociedade. Assentadas as bases delimitativas e conceituais iniciais, questiona-se: qual a importância e relevância do Conselho Nacional de Justiça na propositura de inovações tecnológicas no judiciário brasileiro na promoção dos direitos humanos?

Entre as inovações tecnológicas desenvolvidas pelo CNJ está a estruturação de uma nova rotina permanente de emissão de documentação civil gratuita a pessoas egressas do sistema carcerário. Somente essa inovação mobiliza mais de 120 instituições em todo o país para promover mais dignidade e cidadania na vida fora do cárcere. No Brasil, são emitidos mais de 400 mil alvarás de soltura por ano, sendo que a maioria das pessoas postas em liberdade não têm documentos em seus prontuários. Em razão disso, a emissão da documentação civil é realizada a partir de um novo fluxo automático possibilitado com a implantação nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU).

Como mecanismo de construção do estudo, utiliza-se: I) como método de abordagem o dedutivo, estrutura de pensamento lógico que permite testar a validade de informações já existentes; II) como método de procedimento o monográfico, que consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações e; III) como técnica de pesquisa a documental, obtidas a partir de fontes primárias, e a bibliográfica, obtidas a partir de fontes secundárias.

O CNJ na promoção dos Direitos Humanos e na prevenção de violências: o caso das inovações tecnológicas

O sistema judicial de muitos países latino-americanos, como europeus, africanos e asiáticos passaram por reformas, se tornando protagonistas do contexto sócio jurídico. No entanto, mesmo com a criação de outras políticas de gestão, como no caso do Brasil que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para modernizar o Judiciário e se tornar uma justiça de proximidade, dialogando com a comunidade e qualificando a sua prestação de serviço, ainda carece de modernidade, eficácia e eficiência nas suas políticas públicas de tratamento de conflitos.

Nessa seara, cabe destacar que, de acordo com Orsini, Souza e Silva (2020, p. 220), “A promoção da justiça e da efetivação de direitos só será possível quando se propiciar àquele que não detêm os saberes e meios essenciais à condução ativa em relação à própria vida, especialmente em conflitos nos quais exista uma disparidade de conhecimento entre os envolvidos, como na

relação entre cidadão e Estado em suas variadas formas”.

Nesse âmbito, o Estado Democrático de Direito exalta a efetivação dos direitos fundamentais, que tem a dignidade da pessoa humana e a valorização social como ponto central de alicerce. Portanto, considerando que os direitos fundamentais são o ponto inicial do Estado Democrático de Direito, a democracia material (substantiva) demonstra-se a ferramenta de concretização, no âmbito jurisdicional, de tais direitos (SCHNEIDER, 2015).

Segundo Santos (2007), o protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política havendo a necessidade de ruptura do neoliberalismo europeu para o liberalismo americano. Entre outras circunstâncias, mister um Judiciário eficaz, rápido e independente. Nesse contexto de necessárias mudanças, está a precarização dos direitos econômicos e sociais passando a ser um motivo de procura do Judiciário. “O que significa que a litigância tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação” (SANTOS, 2007, p. 17).

De outra banda, pode-se dizer que a crise do Judiciário é decorrente de uma crise maior, a crise do Estado contemporâneo, aliada à crise do Direito e do processo, pois não funciona mais o sistema processual tradicional, com a morosidade da prestação jurisdicional, com o seu formalismo exacerbado, oriundo do positivismo jurídico. Embora as diversas medidas adotadas pelo Judiciário no sentido de solucionar os problemas apresentados, elas ainda são insuficientes. Contudo, o Judiciário brasileiro está acompanhando o movimento de reformas adotadas por outros países, visando solucionar os obstáculos que inviabilizam o acesso à justiça (AMARAL, 2009).

Sabe-se que o conflito é bastante comum entre os seres humanos, tendo em vista a disputa pelos bens da vida, sendo poucos os bens e muitos os interesses. Assim, pode-se dizer que, o conflito, tem-se tornado cada vez mais complexo e multifacetado devido às relações humanas existentes atualmente e que se encontram muito frágeis no que diz respeito, principalmente a capacidade humana de produção de diálogo e de entendimento. Isso se deve, em boa medida, a forma como o conflito é tomado pelos sujeitos conflitantes, ou seja, de se uma perspectiva positiva, construtiva ou de uma perspectiva negativa, destrutiva.

Desse modo, há três diferentes formas de se obter a solução de um conflito de interesses: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição. A autotutela é a solução violenta do conflito, na qual os litigantes tentam impor sua pretensão através da força. A autocomposição é a solução pacífica do conflito de interesses por meio dos próprios interessados e muitas vezes mediante a contribuição de um terceiro. Por fim, a heterocomposição ocorre quando a solução do litígio é atribuída exclusivamente a terceiros, estranhos ao objeto da controvérsia.

Outrossim, não se pode perder de vista, também, que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas ve-

zes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida. Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não extrapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos (SPENGLER, 2010).

Para enfrentar a questão apresentada, referente à inúmera litigiosidade, bem como em relação aos códigos e instrumentos adotados pela Justiça Tradicional e que por muitas vezes são ultrapassados, buscando ainda, a solução do problema dos inúmeros casos de violências na sociedade. A democratização do acesso à justiça não pode ser confundida com a mera busca pela inclusão dos segmentos sociais ao processo judicial. Antes disso, cabe conferir condições para que a população tenha conhecimento e apropriação dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais para sua inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, assistência social, etc., bem como para melhor harmonização da convivência social.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Orsini e Lara (2015, p. 196) mencionam que “o princípio constitucional do acesso à justiça pressupõe a possibilidade de que as pessoas possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação”, bem como o direito básico em comento, “possuiu uma dimensão mais ampla que o já citado acesso formal ao Poder Judiciário. Esta dimensão maior da disciplina significa o acesso a uma ordem jurídica justa ou acesso material à justiça”.

A ineficiência na reivindicação de novos direitos ocorre pela deficiência de técnica em áreas não jurídicas, pois tais direitos exigem solução governamental para este problema, muitos grupos formaram sociedades que variam muito em tamanho e especialidades temáticas a que atendem o tipo mais comum da população em uma organização sem fins lucrativos, mantida pelo governo proporcionando aconselhamento jurídico especializado e constante supervisão em relação a interesses não representados e não organizados, crescente concepção de Justiça, basta de reducionismo na visão do servo e aplicador inerte da lei. Essa concepção está em conflito com um enfoque moderno do Direito e da interpretação jurídica, aliás, em geral com a teoria moderna da hermenêutica: a interpretação sempre deixa algum espaço para opções, e, portanto, para a responsabilidade.

De acordo com Santos (2007), mister uma “revolução democrática da justiça”, que exige uma outra cultura jurídica, a partir de um olhar reflexivo, que perpassa na mudança no ensino jurídico das faculdades de direito, e por efeito na formação dos magistrados e dos demais operadores jurídicos.

Cappelletti e Garth (2002) estabeleceram uma subdivisão cronológica dos movimentos de acesso à justiça, ou seja, de tentativas de soluções para se garantir a efetividade do acesso à justiça, e cada movimento foi chamado

pelos autores de “onda”. A primeira “onda” teria sido a assistência judiciária; a segunda referia-se à representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor e, finalmente, a terceira “onda” que seria o “enfoque de acesso à justiça”, a qual compreendia os posicionamentos anteriores e tinha como objetivo enfrentar contundente e articuladamente, as barreiras ao acesso efetivo à justiça.

A partir de então, afirma-se que o acesso à justiça é um direito fundamental de todo o cidadão que busca dentro do seu Estado e da sua sociedade respaldo jurídico para assegurar a proteção e as garantias dos seus direitos, assim como, a prevenção e a repressão a toda a forma de violência. Abordar sobre este direito não é tarefa simples, no atual cenário político, econômico e jurídico brasileiro. Porém, é relevante tratar e lembrar o quanto ter reconhecido como um direito fundamental a pessoa representou uma conquista, pois algumas barreiras foram ultrapassadas.

O Conselho Nacional de Justiça, é um órgão de suma importância para a implementação de políticas públicas em âmbito Brasileiro, da mesma forma por exemplo, que o próprio Poder Judiciário, uma vez que a formulação das políticas públicas precisa ser uma ação muito bem articulada e transparente, demonstrando à sociedade, na pessoa do cidadão, o fim a que se destinam. O Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito, deve-se estar sempre voltado às necessidades da coletividade, visando o bem comum de toda a sociedade. Cada política pública compreende uma espécie de teoria de transformações sociais, teoria esta que significa regras e ações públicas, a partir das quais se constata os efeitos e impactos causados ao tecido social (FEBBRAJO; SPINA; RAITERI, 2006).

Assim, mister conceituar inicialmente a palavra políticas públicas, para posteriormente à essa compreensão, trazer as principais adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça e por todo o país, relacionados às diversas formas de prevenção à violência. Pode-se conceituar políticas públicas, como sendo “o conjunto de ações coletivas que garantem direitos sociais, por meio das quais são distribuídos ou redistribuídos bens e recursos públicos, em resposta às diversas demandas da sociedade” (BUCCI, 2013, p. 37). As políticas públicas são, desse modo, de caráter fundamental pelo direito coletivo, e de competência do Estado, abrangendo relações de reciprocidade e antagonismo entre o Estado e a sociedade civil. Elas não podem então, ser encaradas somente sob o viés jurídico, pois dispõem dos mais diversos elementos que associados, podem dar uma ideia do seu sentido prático no meio comunitário ou voltado ao interesse coletivo.

Dessa forma, as políticas públicas de modo geral são compreendidas como um programa ou quadro de ação governamental, “porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito” (BUCCI, 2013, p. 37). Na dimensão das políticas públicas, a abordagem teórica é

aplicada à noção de arranjos institucionais. Coaduna-se ainda, o termo institucionalizar, que significa estruturar e organizar, de maneira despersonalizada, pelo Poder Público, não apenas os seus próprios órgãos e serviços, mas também a atividade privada, quando ligada com programas de ação governamental.

Sendo assim, a política pública não se trata apenas de uma conjuntura de atos, estes se conectam de acordo com o patamar que ocupam. No plano micro institucional, o elemento processo, admite visualizar as diversas etapas de produção e a implementação da ação governamental e no plano institucional, localizam-se os arranjos institucionais, eis a noção de instituição. É importante destacar que as instituições são o resultado e a institucionalização alude ao processo pelo qual se alcança esse resultado dentro da política pública (ZAREMBERG, 2013).

Em sentido geral, as Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos estabelecem para atingir o bem-estar da sociedade e o interesse público. Na esteira, pode-se afirmar que a política pública é um fluxo que comporta um sistema de decisões públicas, constituída por objetivos, estratégias e alocação de recursos desejados pelo grupo que participa do processo decisório, que compõem determinada política, com o objetivo de manter o equilíbrio social e sobremaneira consolidar a democracia e a justiça nas relações sociais. O termo política pública então, é utilizado com significados distintos, com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa (SCHMIDT, 2008).

Mister salientar que, é de conhecimento geral, que o sistema de justiça vem passando por uma crise tanto quantitativa como qualitativa, a qual tende a ser piorada gradativamente com a pandemia sofrida pelo Brasil, porém “apesar das crises, o Judiciário ainda possui o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade” (SPENGLER, 2018, p. 58).

Desse modo, é que “novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na justiça” (SPENGLER, 2018, p. 58), apresentando-se assim, o Conselho Nacional de Justiça, como uma ferramenta de apoio e possível protagonista destas novas formas de auxiliar a população em busca de seus direitos, de forma especial também aos grupos vulneráveis. Assim, cabe analisar a atuação do CNJ, de forma especial, pela aplicação de suas políticas públicas.

Schneider (2015) refere que “a atitude dos juízes de se anteciparem à ação do legislador, ocupando-se da concretização da constituição, de sua aplicação direta, é o grande elemento do neoconstitucionalismo na medida em que provocou um incremento no protagonismo da atividade judicial”. Essa nova postura proativa do Judiciário para assegurar dos preceitos constitucionais é realizada, especialmente, pelos institutos denominados de ativismo judicial e de judicialização política.

Não se pode olvidar de que o Estado é unitário e de que a separação de poderes objetiva assegurar o sistema democrático, que, em sua essência, presuppõe a exaltação dos direitos fundamentais e, em especial para a presente análise, dos sociais. Logo, havendo omissão na asseguaração de tais direitos pelos demais poderes, não deve existir óbice para que o Judiciário, componente da figura do Estado, preencha a lacuna existente e cumpra a função político-institucional para que serve, tornando efetivos os direitos que asseguram as necessidades humanas básicas (MIRANDA, 2013).

É fato que o Poder Judiciário vem utilizando, há décadas, a tecnologia, com resultados cada vez mais satisfatórios na medida em que ocorre sua ampliação no dia a dia da prática forense. O relatório Justiça em Números, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, em sua 15ª edição, informa que a política de incentivo à virtualização dos processos judiciais, por exemplo, tem registrado enormes avanços na informatização dos tribunais a cada ano. Dentre as políticas públicas discutidas no âmbito do Conselho, tem-se aquelas voltadas às inovações tecnológicas no campo da estruturação de uma nova rotina permanente de emissão de documentação civil gratuita a pessoas egressas do sistema carcerário.

Somente essa inovação mobiliza mais de 120 instituições em todo o país para promover mais dignidade e cidadania na vida fora do cárcere. No Brasil, são emitidos mais de 400 mil alvarás de soltura por ano, sendo que a maioria das pessoas postas em liberdade não têm documentos em seus prontuários. Em razão disso, a emissão da documentação civil é realizada a partir de um novo fluxo automático possibilitado com a implantação nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU).

Esse avanço no cenário brasileiro foi possível graças as inovações tecnológicas incluídas no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). O referido sistema pode ser compreendido como uma ferramenta que centraliza e uniformiza a gestão de processos de execução penal em todo o país. O sistema foi adotado como política nacional pelo CNJ no ano 2016 e é regido pela Resolução n. 223/2016 e pela Resolução n. 280/2019, com a finalidade de estabelecer a obrigatoriedade e a unicidade do SEEU, sob a governança de Comitê Gestor especializado (CNJ, *online*).

De acordo com informações fornecidas pelo próprio Conselho (CNJ, *online*), o sistema permite, além de um trâmite processual mais eficiente, proporcionar a gestão confiável dos dados da população carcerária do Brasil. A partir de 2019, a melhoria e expansão do SEEU tornou-se parte das ações do Programa Justiça Presente²⁴⁰, parceria inédita entre o Conselho Nacional de Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, com apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Entre os benefícios trazidos pela implantação do SEEU, tem-se:

240 Trata-se de uma parceria inédita com o PNUD que coloca o Judiciário como protagonista no enfrentamento do estado de coisas inconstitucional apontado pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 (ADPF nº 347/DF).

- Alerta automático aos juízes de benefícios que estão vencendo ou estão por vencer por meio de cálculo automático da pena;
- Acesso simultâneo concedido a diferentes atores (promotores de justiça, defensores públicos, advogados, gestores prisionais e outros) por meio de computador ou telefone conectado à internet
- Visualização em uma única tela de informações como: processo, parte, movimentações e condenações;
- Acompanhamento eletrônico dos prazos de progressão, oferecendo em tempo real o quadro das execuções penais em curso;
- Pesquisa com indicativos gráficos para demonstrar a situação do sentenciado e;
- Produção de relatórios estatísticos (CNJ, *online*).

Ademais dos benefícios elencados acima, talvez o mais recente no campo da efetivação de uma política pública de prevenção a todas as formas de violências e (re)violências dentro do SEEU tem-se a possibilidade de geração automatizada de lista com pendências de documentação de pessoas egressas ou que ganharão a liberdade ou mudança de regime nos próximos seis meses. A listagem permite aos gestores penitenciários locais identificar os documentos necessários para essa nova fase, como Certidão de Nascimento, Documento de Identidade (RG) e Cadastro de Pessoa Física (CPF) (CNJ, 2021).

Os vinte e seis estados brasileiros que utilizam o SEEU – à exceção do Estado de São Paulo – firmaram ação cooperada com o CNJ para a emissão de documentação civil a pessoas egressas e pré-egressas do sistema prisional a partir desse fluxo automatizado. A pactuação teve início em 2020 e foi concluída em maio deste ano, mobilizando dezenas de instituições e convênios em todo o país. Atualmente, treze estados já iniciaram o fluxo de emissão de documentos na porta de saída do sistema prisional, são eles: Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe. (CNJ, 2021). Dentre os resultados concretos que se pode retirar dessa inovação tecnológica é a emissão de mais de 2,3 mil documentos desde o início do processo – entre novas expedições, segundas vias e atualizações.

Considerações finais

Com o advento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais foram consagrados como ponto central do ordenamento jurídico pátrio, e a concretização destes fixou-se como o escopo maior do projeto constitucional desse modelo de Estado. E assim, imersos na era digital e em meio à pandemia de Covid-19, mais do que nunca, foi necessário fazer uso de todas as ferramentas tecnológicas disponíveis, aperfeiçoar as existentes e lançar mão de inovações. Não foi diferente com as instituições ligadas à justiça. Para continuar garantindo o acesso à justiça, esforços foram somados com o intuito de

dar continuidade à prestação jurisdicional ainda que de forma remota. Num país de dimensões continentais como o Brasil, a tarefa foi ainda mais difícil. Não fosse o uso das ferramentas tecnológicas, não teria sido possível dar continuidade ao trabalho da Justiça na garantia de direitos de toda a sociedade.

Com o objetivo de analisar algumas inovações tecnológicas promovidas e implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário brasileiro com vistas a promover e concretizar os direitos humanos, o presente estudo centrou-se na possibilidade do Conselho Nacional de Justiça, dentre de seu âmbito de competência, auxiliar na estruturação de políticas públicas que visem a eliminação de toda e qualquer forma de violência.

Em razão disso, pode-se concluir que inovações tecnológicas promovidas pelo CNJ e aceleradas pela adoção dos protocolos de distanciamento social ocasionados pela pandemia da Covid-19, tem contribuído de forma decisiva para o aperfeiçoamento dos mecanismos de promoção e de concretização dos direitos humanos no Brasil. Dentre elas, aquelas voltadas a possibilidade de emissão de documentos oficiais – novas expedições, segundas vias e atualizações, de pessoas egressas do sistema prisional ou que ganharão a liberdade ou mudança de regime nos próximos seis meses, auxiliando na prevenção de novas violações de direitos.

Portanto, se verifica que a implementação de políticas públicas ou inovações tecnológicas que possibilitem a concretização de direitos mais básicos, como é o caso da emissão de documentos oficiais, requer o envolvimento do Estado e de seus órgãos enquanto agentes fomentadores. Contudo, essa nova estruturação somente é possível quando ocorre em parceria com a sociedade, visto que o objetivo de qualquer legislação ou normativa somente se concretiza dentro da realidade social das pessoas quando essas buscam a sua proteção e o seu acolhimento, diante de um contexto de risco e de vulnerabilidade social, e obtenham retorno positivo.

Deve-se considerar que o uso das ferramentas tecnológicas, por si só, não garante o alcance do objetivo de manutenção dos serviços pelo Judiciário. Durante a pandemia, foi necessária a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editando atos normativos para uniformizar os procedimentos, ainda mais em um país como o Brasil, de dimensões continentais. Assim, o CNJ cumpriu sua missão de contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência, efetividade e respeito aos direitos humanos em benefício da sociedade

Referências

AMARAL, M. T. G. **O Direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Estados organizam dinâmicas permanentes de emissão de documentos a pessoas egressas**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estados-organizam-dinamicas-permanentes-de-emissao-de-documentos-a-egressos/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)**. Online. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/sistema-eletronico-de-execucao-unificado-seeu/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

FEBBRAJO, A.; SPINA, A.; RAITERI, M. *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*. Milano: Giuffrè, 2006.

MIRANDA, A. S. **Ativismo judicial na promoção de direitos sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

ORSINI, A. G. S.; LARA, C. A. S. O desafio da efetivação dos direitos humanos no século XXI: a justiça restaurativa como via de acesso à justiça. In: *Conpedi Law Review*. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid. Madrid: v. 1, n. 3, 2015.

ORSINI, A. G. S.; SOUZA, C. A.; SILVA, N. F. A pedagogia da mediação na nova ordem processual civil: participação e autonomia na abordagem dos conflitos. In: GUSTIN, M. B. S.; LOPES, M. S.; NICÁCIO, C. S. (Orgs.). **Eficiência, eficácia e efetividade**: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

SANTOS, B. S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHMIDT, J. P. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In.: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SCHNEIDER, P. H. **A concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional**: análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego. São Paulo: LTr, 2015.

SPENGLER, F. M. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social. In: SPENGLER, F. M. **Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros**. Essere nel Mondo: Santa Cruz do Sul, 2018.

SPENGLER, F. M. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

ZAREMBERG, G. *El género en las políticas públicas*: redes, reglas y recursos. México: FLACSO México, 2013.

O VIDEOMONITORAMENTO NA SEGURANÇA PÚBLICA E OS PERIGOS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA NOVA ESTRATÉGIA DE SEGURANÇA PÚBLICA (NESP)

Matheus da Silva

Matheus da Silva

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo discutir as transformações trazidas ao mundo contemporâneo com o advento das novas tecnologias de vigilância, principalmente no setor público com o desenvolvimento de políticas de combate a criminalidade. Demonstra-se como essas novas tecnologias, por mais que tenham muitos pontos positivos, configuram-se como uma afronta a princípios constitucionais, como da liberdade e da livre manifestação, sendo um perigo a concretização dos direitos fundamentais. O objetivo é analisar a Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp) do estado do Ceará, bem como as implicações desse sistema de vigilância, sua relação com a LGPD e com a proteção dos direitos humanos. O estudo foi realizado por intermédio da metodologia do estudo comparativo e hipotético-dedutivo, averiguando a evolução histórica e social dos direitos fundamentais e as ameaças que essa nova política de segurança pode trazer, além de uma visão interdisciplinar entre direitos humanos e tecnologia.

Palavras-chave: Dado pessoal; Gerações de direitos; LGPD; Segurança Pública; Vigilância.

I – Introdução

A violência no Brasil é um problema estrutural de nossa sociedade que gera pânico na população, perdas financeiras para o país e que reduz a qualidade de vida do povo brasileiro. O problema da violência no Brasil está relacionado à falência e corrupção das instituições públicas, principalmente a educação e a segurança.

Também enfrentamos problemas relacionados à falha do sistema judiciário, que não consegue manter um sistema rígido de punição aos crimes violentos. Na esteira desses problemas, temos uma formação estatal estrutu-

ralmente racista, que mantém a população negra à margem da sociedade e no cerne dos crimes violentos.

Assim, nasce a necessidade de novas políticas de segurança pública, sendo a tecnologia por muitos considerada a solução. A pesquisa visa trazer à tona a Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp) do estado do Ceará e os perigos frente aos direitos fundamentais.

II – Das gerações de direitos

Os direitos fundamentais são todos aqueles inerentes ao ser humano, que possui positivação seja em um código ou em lei. Estes direitos também chamados de garantias surgiram para proteger o homem da arbitrariedade do Estado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, expõe que os direitos fundamentais devem garantir o mínimo necessário para que o cidadão tenha uma vida digna.

Os direitos fundamentais surgiram em períodos distintos, conforme a demanda de cada época, de maneira progressiva e sequencial nos textos constitucionais, dado origem à classificação em gerações. Porém devemos salientar que com o passar das gerações surgiu na realidade uma soma de direitos, ou seja, o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores. Por isso, a nomenclatura dimensões aparenta ser a mais correta.

Direitos de primeira dimensão: dos direitos civis e políticos

Os direitos humanos de primeira dimensão dizem respeito essencialmente à liberdade e à participação na vida política.

Os direitos de primeira dimensão incluem, entre outras coisas, o direito à vida, igualdade perante a lei, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de circulação, direitos de propriedade, o direito a um julgamento justo e direito de voto. São fundamentalmente de natureza civil e política e servem negativamente para proteger o indivíduo dos excessos do Estado.

Direitos de segunda dimensão: dos direitos econômicos, sociais e culturais

Os direitos humanos de segunda dimensão estão relacionados com a igualdade e começaram a ser reconhecidos pelos governos após a Segunda Guerra Mundial.

São fundamentalmente econômicos, sociais e culturais por natureza e servem como direitos positivos, ou seja, o dever do governo respeitá-los, promovê-los e cumpri-los, mas isso depende da disponibilidade de recursos.

Os direitos de segunda geração incluem, entre outras coisas, o direito de ser empregado em condições justas e favoráveis, direitos à alimentação, moradia, educação e assistência médica, bem como seguridade social e proteção no

desemprego.

Como os direitos de primeira geração, estes também foram cobertos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e posteriormente incorporados nos Artigos 22.º a 28.º da Declaração Universal e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Direitos de terceira dimensão: dos direitos de solidariedade

Os direitos humanos de terceira dimensão, surgidos no século XX, estão relacionados com a solidariedade e são aqueles que vão além do mero civil e social, conforme expresso em muitos documentos progressistas do direito internacional, incluindo a Declaração de Estocolmo de 1972 da Conferência das Nações Unidas.

São unificados pela sua incidência na vida de todos, numa escala universal, por isso requerem uma série de esforços e cooperação a nível planetário para a sua realização. Normalmente inclui direitos heterogêneos como o direito à paz, à qualidade de vida, o direito ao desenvolvimento, o direito de comunicação, o direito de autodeterminação dos povos, o direito à defesa de ameaça de purificação racial e genocídio, entre outras. É a verdadeira manifestação dos direitos difusos.

São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Em caráter de humanismo e universalidade, os direitos fundamentais de terceira dimensão direcionam-se para a preservação da qualidade de vida, tendo em vista que a globalização a tornou necessária.

Direitos de quarta dimensão: da nova geração - os direitos na Era Tecnológica e no Mundo Digital.

A existência de uma quarta dimensão de direitos humanos é um assunto ainda divergente entre os mais diversos teóricos.

Norberto Bobbio²⁴¹ previu a necessidade de uma nova geração de direitos, para que assim os anseios da sociedade fossem acompanhados:

O campo dos direitos sociais, finalmente, está em continuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que até hoje não somos capazes nem de prever.

Para os que defendem sua existência, a quarta dimensão se desenvolve em torno de dois eixos: os direitos da bioética e os direitos da informática. Essa geração é concebida no século XX como resultado da globalização dos direitos políticos, onde passam a ser preocupação os direitos à participação democrática, ao pluralismo e à informação, todos esses fundados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas, sejam elas por

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

parte do Estado ou de particulares.

No eixo dos direitos da informática e das complexas formas de comunicação, aparecem preocupações com a transmissão de dados através de meios eletrônicos e interativos e a solução de problemas que envolvem o comércio virtual, a pirataria, a invasão de privacidade, direitos autorais e propriedade industrial.

Com o advento da globalização e os impactos das tecnologias no século XXI, principalmente após a primeira década, os dados pessoais bem como o uso dessas informações para a implementação de políticas de segurança pública vêm sendo amplamente discutidos.

E é aqui que encontramos o emblemático direito digital, a LGPD bem como as tecnologias de monitoramento, reconhecimento fácil e coletas de dados pessoais, sendo o passo inicial de nossa pesquisa.

III - Da evolução das legislações sobre proteção de dados

Ao analisar a LGPD e a sua aplicação em nossa sociedade vemos os desdobramentos práticos dos chamados direitos de quarta dimensão.

Por mais que seja, uma norma recente, nascendo através dos inúmeros escândalos de coleta de dados pessoais e espionagem da última década, a LGPD evolui com o decorrer do tempo, de acordo com a evolução da sociedade e com o surgimento de novas demandas sociais, sendo que podemos separar sua evolução em gerações de acordo com o tempo, assim como os direitos fundamentais.

1ª geração: Ocorreu com a coleta e processamento massivo de dados dos cidadãos e uso dessas informações para benefícios particulares do Estado, sendo necessária por parte do governo estabelecer normas a fim de “domesticar” /controlar a tecnologia.

a esfera governamental, aumentou a quantidade de atores e o número de bancos de dados a serem regulados-autorizados. Esse novo cenário exigiu uma nova estrutura normativa. (BIONI, 2019, p. 114)

2ª geração: Nesse novo cenário, a tecnologia desenvolvida passou a ser utilizada também pelos particulares e pelas grandes empresas. As normas se flexibilizaram e se estendeu para regularizar o setor privado da sociedade. Isso, pois antes o controle de dados pessoais estava concentrado no Estado (1ª geração), agora esse controle começa a ser difundido para os setores privados.

Figura do grande irmão (uma única e centralizada base de dados - Estado) é diluída pela de pequenos irmãos (bancos de dados dispersos no plano estatal e privado, setor privado) (BIONI, 2019, p. 115).

O Estado perdeu seu monopólio do controle de dados para fornecer

maior autonomia e protagonismo para outras entidades como empresas privadas e até mesmo para o próprio indivíduo detentor dos próprios dados pessoais.

Cabe ao cidadão permitir o uso de seus dados pessoais por meio do consentimento, estabelecendo o uso e o compartilhamento dos seus dados pessoais (BIONI, 2019, p. 115).

3ª geração: Aqui o protagonismo do cidadão frente aos seus dados pessoais alcança seu auge visto que as normas dessa categoria asseguraram a participação do titular em todas as movimentações de seus dados pessoais.

Porém, era comum que o fornecimento desses dados acontecesse por meio da coerção social, pois caso a pessoa não fornecesse, estaria suscetível a não participar socialmente da vida civil. Assim, o fornecimento de dados pessoais vinha se tornando um requisito indispensável para a sua efetiva participação social, bem como não existia uma clareza sobre o tratamento desses dados.

4ª geração: A quarta geração veio com o objetivo de superar as deficiências das gerações anteriores, mantendo o protagonismo do indivíduo e tendo o consentimento como a chave para a autorização do uso de dados do titular.

O consentimento continua sendo o traço marcante dos regulamentos, mas começa a sofrer limites e condições de forma a se adequar à autonomia do titular nesse contexto. Passa a ser, então, tomado como um consentimento “livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico”. Aqui só o consentimento não basta, pois estamos falando de uma proteção jurídica canalizada para o desenvolvimento da pessoa humana, sendo que os entes que coletam esses dados precisam preservar as informações que estão sobre seus bancos.

IV – Da Segurança Pública

Na última década, a questão da segurança pública passou a ser considerada problema fundamental e principal desafio ao estado de direito no Brasil. A segurança ganhou enorme visibilidade pública e jamais, em nossa história recente, esteve tão presente nos debates tanto de especialistas como do público em geral.

Os problemas relacionados com o aumento das taxas de criminalidade, o aumento da sensação de insegurança, sobretudo nos grandes centros urbanos, a degradação do espaço público, as dificuldades relacionadas à reforma das instituições da administração da justiça criminal, a violência policial, a ineficiência preventiva de nossas instituições, a superpopulação nos presídios, rebeliões, fugas, degradação das condições de internação de jovens em conflito com a lei, corrupção, aumento dos custos operacionais do sistema, problema relacionados à eficiência da investigação criminal e das perícias policiais e morosidade judicial, entre tantos outros, representam desafios para o sucesso do

processo de consolidação política da democracia no Brasil.

A amplitude dos temas e problemas afetos à segurança pública alerta para a necessidade de qualificação do debate sobre segurança e para a incorporação de novos atores, cenários e paradigmas às políticas públicas.

O problema da segurança, portanto, não pode mais estar apenas subordinado ao repertório tradicional do direito e das instituições da justiça, particularmente, da justiça criminal, presídios e polícia. Evidentemente, as soluções devem passar pelo fortalecimento da capacidade do Estado em gerir a violência, pela retomada da capacidade gerencial no âmbito das políticas públicas de segurança, mas também devem passar pelo alongamento dos pontos de contato das instituições públicas com a sociedade civil e com a produção acadêmica mais relevante à área.

Em síntese, os novos gestores da segurança pública (não apenas policiais, promotores, juízes e burocratas da administração pública) devem enfrentar estes desafios além de fazer com que o amplo debate nacional sobre o tema se transforme em real controle sobre as políticas de segurança pública e, mais ainda, estimule a parceria entre órgãos do poder público e sociedade civil na luta por segurança e qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

Trata-se na verdade de ampliar a sensibilidade de todo o complexo sistema da segurança aos influxos de novas ideias e energias provenientes da sociedade e de criar um novo referencial que veja na segurança espaço importante para a consolidação democrática e para o exercício de um controle social da segurança.

É nesse espeque que nasce o videomonitoramento e as tecnologias de reconhecimento facial, como vimos anteriormente a tecnologia e a evolução da coleta e tratamento de dados pessoais, abriram caminho para uma nova utilização da tecnologia, principalmente para coibir a criminalidade, sendo o videomonitoramento considerado, por muitos, uma eficiente política pública ao combate à violência.

V – Do videomonitoramento

O mercado de segurança eletrônica tem crescido no Brasil em decorrência da maior demanda privada e pública para inibir violações de segurança. Entre as tendências nesse cenário destaca-se o sistema de videomonitoramento com reconhecimento facial.

A Associação Brasileira das Empresas de Sistemas Eletrônicos de Segurança (Abese) estima que o mercado de segurança eletrônica brasileiro faturou R\$ 7,17 bilhões em 2019 e estimativa grande aumento nos próximos anos.

O sistema de reconhecimento facial consiste em um software que utiliza inteligência artificial para avaliar o rosto das pessoas, analisar linhas e expressões faciais e, a partir disso, identificar um indivíduo.

A tecnologia que une sistema de videomonitoramento com reconhecimento facial já foi usada em diversas situações, como no carnaval de São Pau-

lo, para identificar pessoas foragidas e desaparecidas.

Destaca-se que o uso da solução deve seguir as recomendações no que se refere à privacidade e proteção de dados, sendo que a Lei Geral de Proteção de Dados estipula regras para esse tipo de sistema de segurança.

Apesar dessas ponderações, o sistema de videomonitoramento com reconhecimento facial é uma possibilidade de ampliar a segurança em diversos segmentos.

A empresa de transportes SPTrans, em São Paulo, é outro exemplo. Ela utiliza a tecnologia para verificar se a identidade do usuário corresponde ao responsável pelo cartão.

O sistema de reconhecimento facial, também chamado de biometria facial, que consiste na verificação ou identificação de indivíduos a partir de uma imagem digital, funciona por diferentes etapas. São elas:

- detecção do rosto, em que o software dotado de inteligência artificial (IA) identifica a parte do vídeo ou imagem que representa a face;
- pré-processamento, que consiste na padronização de resolução, níveis de zoom e brilho, também chamado de normalização de recursos; e
- extração de recursos, etapa que identifica os dados mais relevantes e executa a codificação.

A partir daí a biometria facial é finalizada e pessoas podem ser identificadas com os mais diversos objetivos. Isso pode ser feito tanto em tempo real quanto por meio da gravação das imagens.

Assim, por meio dessa tecnologia e da necessidade de movimentação da máquina estatal para o combate à violência, nasce a Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp), do Governo do Estado do Ceará.

VI- Da Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp) e os Direitos Fundamentais

De acordo com informações governamentais a nova estratégia de combate à violência que está sendo desenvolvida no Ceará se baseiam em “integração, coordenação, cooperação e responsabilização em diferentes níveis”. Foram feitos investimentos em tecnologia da informação, em sistemas e dispositivos que favoreçam um trabalho com efetividade e segurança.

Tendo como base a experiência da Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança – CIOPS, que unifica vários serviços numa plataforma única de atendimento e resposta, o Centro Integrado de Inteligência fortalece as redes de inteligência das forças de segurança. Com os dados da CIOPS e de outras fontes de pesquisas, foi concebido um sistema de troca de informações baseado em Big Data, que permite um melhor planejamento, produção de conhecimentos e elaboração de estratégias para o combate à violência.

A Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp), integra vigilância por câmera com sistemas de inteligência artificial, bancos de dados e biometria facial, com o objetivo de coibir a criminalidade, bem como de proteger a população e punir os transgressores da lei.

São mais de três mil câmeras de videomonitoramento atuando na prevenção de crimes em Fortaleza e nas principais cidades do interior do estado.

- 3.304 câmeras instaladas
- 2.543 instaladas na capital
- 43 municípios

Ademais, a Superintendência De Pesquisa e Estratégica De Segurança Pública – SUPESP realiza estudos, a partir de pesquisas, estatísticas de geoprocessamento e indicadores sociais, para ajudar a elaborar as políticas públicas do Pacto por um Ceará Pacífico. Todos os dados são agrupados ao Big Data da Segurança Pública do Ceará, ficando disponíveis para o Sistema de Segurança Pública. Sendo a Nesp um programa que consiste em captar o máximo de dados sensíveis e armazená-los em banco de dados.

O Governo do Estado do Ceará apresentou, por meio de mensagem à Assembleia Legislativa, um Projeto de Lei que “dispõe sobre o uso compartilhado, em tempo real, com o sistema de videomonitoramento da segurança pública estadual de imagens de câmeras privadas captadas do ambiente externo a imóveis, públicos e privados, situados no estado do Ceará, e dá outras providências”.

O governo justifica a proposta alegando que, “através do compartilhamento de imagens, os órgãos estaduais de segurança pública terão a serviço do cidadão mais uma importante ferramenta para a prevenção e elucidação de crimes”, sendo parte do Programa “Zoom: cidade + segurança”, que tem investido na “instalação de milhares de câmeras de videomonitoramento por diversos municípios cearenses”.

Pela proposta, imagens de movimentação em calçadas, ruas e demais logradouros públicos serão permanentemente capturados e compartilhados com órgãos de segurança de outras esferas do governo, desde que autorizado pelo órgão estadual competente.

A LGPD é um marco na afirmação do direito à proteção de dados em nosso país. De acordo com o artigo 6º da Lei, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e dez princípios explicitados no texto, entre os quais destaco a) finalidade – tratamento dos dados para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; b) necessidade – limitação do tratamento ao mínimo necessário; c) livre acesso – garantia de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; e d) segurança – utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados e contra situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. A proposta do governo do

Ceará não aborda de forma apropriada nenhum desses princípios.

Além disso, de acordo com o texto, a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a auto-determinação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A proteção de dados deve ser ainda maior quando se trata de dados sensíveis. Ora, a imagem de um indivíduo é um dado biométrico, considerado dado sensível pela LGPD. Seu tratamento exige um maior cuidado por parte de quem se propõe a fazer seu processamento, por conter informações muito pessoais e íntimas de uma pessoa. Diferente de senhas, números de telefone e outros dados que podem mudar, a imagem de alguém, seu rosto e suas características físicas são únicas: o tratamento mal feito e o armazenamento não assegurado podem trazer enormes prejuízos irreparáveis.

É fato que a LGPD prevê que tratamento de dados para segurança pública deverá ser abordado em lei específica, que deverá “prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”. Atualmente uma comissão de juristas formada pela Câmara dos Deputados se debruça sobre o tema, que é da maior complexidade. Não obstante, a Lei deixa claro que esses setores não podem se eximir das garantias por ela previstas, inclusive da observação da proporcionalidade, da necessidade e do devido processo, o que não parece orientar o Projeto de Lei em discussão na Assembleia do Ceará. Além disso, em decisões recentes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a proteção de dados como direito fundamental ao lado das proteções associadas à privacidade, o que informa a atuação do legislador e demanda a consideração dos princípios e fundamentos relativos à disciplina de proteção de dados pelo poder público em suas diferentes esferas.

O projeto estabelece a prática permanente de captura de informações sobre toda e qualquer movimentação na cidade, ferindo a intimidade, a presunção de inocência, bem como as liberdades de reunião e de associação das pessoas. Cria, ademais, um verdadeiro regime de vigilância permanente e desproporcional, sem sequer informar aos cidadãos qual o órgão responsável por essa ação, a forma, a duração e a finalidade da guarda dos dados; os caminhos para que a população possa saber quais dados estão sendo guardados; políticas ou medidas de transparência que permitam exercer e observar direitos, tais como a já referida proteção de dados e outros, como a privacidade.

Não se trata, aqui, de negar a possibilidade de acesso a determinadas imagens. No ordenamento jurídico e na prática, já existem previsões de compartilhamento de informações em investigações de casos concretos. O que se

questiona é a naturalização e mesmo imposição – inclusive sem que seja ouvido o contratante do serviço que está, desta maneira, sendo obrigado a financiar um serviço estatal – desse tipo de prática de vigilância ampla, por órgãos não diretamente ligados à prevenção de crimes naquela região. O argumento de que ela pode contribuir com investigações é, portanto, frágil e desproporcional: em casos necessários e informados, a partir de pedidos à Justiça, tem sido recorrente o acesso a imagens, inclusive privadas. Esse caminho parece mais adequado aos princípios da finalidade e da necessidade, listados na LGPD, e da proporcionalidade entre direitos.

O texto é também bastante genérico. Por exemplo, o artigo 5o informa que as imagens não poderão ser repassadas a pessoas estranhas à Administração. Mas toda a Administração terá acesso a elas? O texto deixa a entender que sim, o que não parece ser cuidadoso com informações tão importantes, que poderão acabar sendo vazadas caso o compartilhamento e a guarda não ocorram de forma adequada. Ademais, embora informe que as imagens não serão divulgadas em mídias sociais, abre brecha para isso ao permitir “se o exigir o interesse da segurança pública, mediante devida motivação”. São termos abertos e que não apontam a existência de devido processo ou de tomada coletiva de decisão sobre tal interesse.

A proposta deve ser lida à luz do crescente vigilantismo e da situação da segurança pública no Brasil. Sabemos de problemas como falta de transparência e de controle social, bem como de práticas que se voltam à criminalização de determinados grupos sociais e territórios, a exemplo da juventude negra e de moradores de bairros periféricos, que em geral já são alvos de abordagens que violam direitos, inclusive de ir e vir na cidade. Também são esses grupos e territórios os monitorados por torres e câmeras em Fortaleza, em uma política que fortalece estigmas e não tem reduzido os números alarmantes da violência na capital cearense. As tecnologias não são neutras e podem reforçar preconceitos, como os de raça e classe.

Nesse sentido, é importante destacar o relatório “Discriminação racial e tecnologias digitais emergentes: uma análise dos direitos humanos”, publicado recentemente por E. Tendayi Achiume, Relatora Especial das Nações Unidas sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância relacionada. Em nota assinada por mais de 80 entidades de defesa de direitos humanos e diversos especialistas de diferentes partes do globo, destaca-se “o apelo da Relatora Especial Achiume para que avaliações obrigatórias de impacto nos direitos humanos sejam pré-requisito para a adoção de novas tecnologias. Acreditasse que, caso essas avaliações revelem que uma tecnologia tem alta probabilidade de impactos raciais díspares e prejudiciais, os Estados devem impedir seu uso por meio de proibição ou suspensão.

Em várias cidades de todo o mundo, têm sido questionadas políticas com o mesmo teor e até mesmo de menor extensão, como a adoção do reconhecimento facial, o uso de câmeras em lojas e a captura de informações no transporte público. Há, inclusive, pedidos de moratória na adoção de tecno-

logias voltadas à vigilância, tendo em vista a necessidade de toda a sociedade debater mais seus impactos e os contornos de tais ações. Exemplo disso, em junho de 2020, a IBM anunciou que deixará de pesquisar, desenvolver e oferecer tecnologia de reconhecimento facial, em posicionamento contrário ao monitoramento em massa, à criação de perfis raciais e a violações de direitos humanos. As potenciais consequências danosas e discriminatórias do monitoramento por reconhecimento facial levou a cidade de São Francisco, nos EUA, e mais três outras do Estado da Califórnia, a banirem o uso da tecnologia para fins de vigilância. Tais medidas municipais também tiveram o apoio da relatora Achiume em seu relatório. Desse modo, é preocupante notar que a postura do Governo do Ceará é diametralmente oposta às boas práticas adotadas por algumas empresas e governantes de outras regiões do globo.

VII – Conclusão

É notório que as políticas de segurança pública no Brasil se mostram insuficientes para proteger a sociedade do avanço da criminalidade e que mudanças são necessárias, porém é preciso que estas mudanças sejam feitas com cuidado e zelo, para que a suposta solução não se torne um problema.

As tecnologias possuem seus benefícios e garantias, porém podem servir como forma de opressão e criminalização, ferindo princípios constitucionais e universais, como o da liberdade, de ir e vir, da livre manifestação, da liberdade de expressão, do devido processo legal e do anonimato.

O videomonitoramento e o armazenamento de dados sensíveis em massa se mostra extremamente prejudicial a sociedade, percebe-se que por mais que a Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp) do estado do Ceará, tenha nascido para tentar reduzir a criminalidade, pode criar o efeito contrário, com a marginalização de minorias. Ainda, pode-se criar um sistema de vigilância em massa, onde a liberdade e os direitos são restritos, sendo uma verdadeira personificação do mundo descrito no livro 1984 de George Orwell.

O estado do Ceará ao tentar implementar esse sistema, vai contra uma onda global que visa coibir a coleta de dados pessoais bem como a vigilância em massa.

Por fim, a proteção de dados pessoais hoje é considerada por muitos um direito fundamental, direito esse que deve ser respeitado, assim como os demais, logo, é evidente que a Nova Estratégia de Segurança Pública (Nesp) vai contra esse direito, ao criar margem para o autoritarismo e segregação.

Referências

ADORNO, S.F; PINHEIRO, P. S. **“Violência Contra Crianças e Adolescentes, Violência Social e Estado de Direito”**. São Paulo em Perspectiva, vol. 7, nº 1, p. 106-118, 1993.

ADORNO, Sérgio. **“Consolidação Democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades.”** In Zaverucha, Jorge (org.) Demo-

cracia e instituições políticas Brasileiras no final do século XX. Recife. Bagaço. 1998.

ARENDRT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SISTEMAS ELETRÔNICOS DE SEGURANÇA (ABESE). **Com a aprovação do Estatuto da Segurança Provida e retomada da economia, setor crescerá neste ano.** Disponível em: <https://abese.org.br/mercado-de-seguranca-eletronica-no-brasil-faturou-r-717-bilhoes-em-2019-abese-preve-crescimento-de-12-em-2020/>. Acesso em 15 nov.2021

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo do princípio da igualdade** São Paulo: Malheiros, 2009

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais a Função e os Limites do Consentimento,** São Paulo: Gen, 2019.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia de direito.** São Paulo: Atlas, 2008.

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

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ. **Nova Estratégia de Segurança Pública (NESP).** Disponível em: <https://nesp.ceara.gov.br/>. Acesso em 15 nov.2021

OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **A segurança pública no Brasil.** Disponível em: <https://www.observatoriodeseguranca.org/a-seguranca-publica-no-brasil/> Acesso em 15 nov.2021.

PAIXÃO, Antonio Luiz. **“Crime, controle social e consolidação da Democracia”** in REIS, Fábio Wanderley & O’DONNEL, Guilherme. **A Democracia no Brasil. Dilemas e perspectivas.** São Paulo. Vértice/Revista dos Tribunais. 1988.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO FUNDAMENTO PARA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM QUESTÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL

Camila Savaris Cornelius

Camila Savaris Cornelius

Doutoranda em Ciência Jurídicas Privatísticas na Universidade do Minho-Portugal. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, na área de Concentração em Fundamentos do Direito Positivo.

Resumo:

A busca pela vida digna muitas vezes resta perdido por omissões do Estado, falhando com seu dever de proteção. A atenção se volta em especial aos direitos sociais, pois são aqueles que possibilitam ao indivíduo a liberdade de buscar uma vida digna. Assim, é necessário que haja uma atuação suficiente para que os direitos fundamentais sejam protegidos, confirmando ao Estado a função de garantidor. E, uma vez que o Judiciário vislumbra omissões na atuação de outros poderes do Estado, cabe a intervenção, pautada no Princípio da proteção suficiente. Assim, o objetivo da pesquisa é analisar se este princípio possibilita que o Poder Judiciário intervenha nos outros poderes e determine sua atuação positiva. O tema é relevante vez que a Proteção social importa em preocupação transnacional, possibilitando o alcance da vida digna. A hipótese inicial é de que o princípio pode dar ao judiciário o poder de determinar que os outros poderes preencham as lacunas para efetivar esses direitos.

Palavras-chave: Princípio da proibição da proteção insuficiente; Direitos sociais; Estado; Poder Judiciário; Vida digna

Introdução

A busca pela vida digna sempre foi um grande desafio para o Estado, haja vista ser o valor máximo consagrado pela Constituição Federal brasileira, repassado aos mais diversos diplomas normativos infraconstitucionais. A atenção se volta, principalmente, aos direitos fundamentais sociais, considerados os principais direitos que devem ser efetivados para esse fim, mas, mais do que isso, por serem os direitos responsáveis pelo desenvolvimento da per-

sonalidade e devida inclusão social do cidadão.

Ocorre que, para a efetividade desses direitos, é necessário que o Estado atue ativamente, a partir de Políticas Públicas, com o fim de garantir a liberdade ao acesso dos cidadãos a esses direitos, visto sua essencialidade.

Esta responsabilidade também pode ser vislumbrada da mesma forma a partir Princípio da proporcionalidade, mais especificamente pelo conteúdo trazido pela faceta do princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, que realça esta responsabilidade de o Estado atuar minimamente para efetivar os direitos fundamentais.

Ocorre que, a realidade demonstra que muitas das vezes há entreses ao acesso a esses direitos, em especial advindos da omissão ou atuação insuficiente dos Poderes Legislativo e Executivo. Prova disso, estão nas inúmeras demandas ao Poder Judiciário tratando dessas omissões, seguidas pela ânsia de alguma posição positiva para possibilitar que estes direitos requeridos possam ser exercidos.

Dessa forma, o objetivo da pesquisa é analisar o princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, que gera um poder-dever do Poder Judiciário para intervir nos outros poderes do Estado e determinar a atuação positiva.

O tema é relevante vez que a Proteção social importa em preocupação nacional e internacional, possibilitando o tratamento necessário à todas as classes, alcançando a vida digna. As hipóteses iniciais são de que o Princípio da proteção insuficiente pode dar ao judiciário a legitimidade para tomar decisões e determinar que o Poder executivo e legislativo preencham as lacunas no que tangem a direitos essenciais.

A atuação do Poder Judiciário, pautada no princípio da proteção insuficiente, não pode ser confundida como ativismo judicial, mas sim como obediência as premissas determinadas pela Constituição Federal. O resultado final obtido confirma as hipóteses trazidas e que, apesar de não poder ser interpretado como ativismo judicial, pode sofrer entreses pautadas na reserva econômica e mínimo existencial.

Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, racionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais, quando necessário. Outros instrumentos de pesquisa poderão ser acionados, se necessário, para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor

1. A importância dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas

A efetividade dos direitos sociais no Brasil é uma preocupação que se solidifica desde a Carta Magna brasileira, ao prever um capítulo destinado à Seguridade social, repassando a importância destes direitos às leis 8.212/91 e 8.213/91, bem como outros instrumentos normativos acessórios.

Essa importância se dá especialmente por tratarem-se de direitos nucleares para a busca da dignidade da pessoa humana, bem como possibilitarem que o indivíduo desenvolva sua personalidade e liberdade individual.

Na seara internacional, da mesma forma pode-se verificar a atenção voltada a esses direitos ao longo da história, como por exemplo com a Declaração do Milênio de 2005, que tinha 8 objetivos específicos para com a sociedade, mas que intrinsecamente envolvia este maior enfoque aos direitos sociais,²⁴² em especial os direitos à alimentação, saúde e habitação.

Esses movimentos para com os direitos fundamentais sociais se deve com sua relação direta com os direitos humanos, além de demonstrarem o nível de desenvolvimento de uma nação.²⁴³

Sua importância também pode ser observada no disposto em instrumentos internacionais, formados para conscientizar, bem como fazer com que houvesse compromisso dos Estados-membros para adotarem medidas afim de efetivar direitos sociais. Exemplos São o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de São José da Costa Rica entre outros.²⁴⁴

Dessa forma, resta ao Poder Estatal o compromisso de efetivar tais direitos, conforme menciona Canotilho²⁴⁵ são direitos ligados ao desenvolvimento da personalidade, dignidade da pessoa humana e diminuição das desigualdades sociais.

Essa preocupação fez com que surgisse a ideia de um mínimo social, ou seja, “ a necessidade de promoção de um mínimo de prestações fáticas”²⁴⁶, impedindo uma atuação deficitária do Estado para com esses direitos.

Isso ocorre principalmente porque esses direitos estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, exigindo do Estado comprometimento para que este a garantisse a proteção e o exercício desses direitos, ao menos num patamar mínimo.²⁴⁷

242 A Declaração do Milênio de 2005 foi resultado de um encontro ocorrido na ONU em Nova Iorque que tinha oito objetivos específicos até 2015, quais sejam: Reduzir para metade a pobreza extrema e a fome; Alcançar o ensino primário universal; Promover Igualdade entre os sexos; Reduzir em dois terços a mortalidade infantil; Reduzir em três quartos a taxa de mortalidade materna; Combater o VIH/SIDA, a malária e outras doenças graves; Garantir a sustentabilidade ambiental; Criar uma parceria mundial para o desenvolvimento. In: COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. **Direitos Básicos: Alimentação, Saúde e Habitação**. João do Estoril: Príncipia Editora, 2008, p. 55

243 COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. **Direitos Básicos: Alimentação, Saúde e Habitação**. João do Estoril: Príncipia Editora, 2008, p. 56

244 COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. **Direitos Básicos: Alimentação, Saúde e Habitação**. João do Estoril: Príncipia Editora, 2008, p. 58

245 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 247

246 NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da pessoa humana. Volume I- dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015, p. 186

247 NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da pessoa humana. Volume I- dignidade e direi-**

Isso ocorre mediante os deveres que o Estado possui para com seus cidadãos, que segundo Novais são três: respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais²⁴⁸, que podem ser vistos em prática a partir de políticas públicas, em que o Estado vai promover esse devido acesso e devida fruição dos direitos fundamentais sociais. Trata-se, portanto, de um posicionamento que se identifica com a noção de solidariedade, visto que promove o interesse coletivo.²⁴⁹

É claro que este posicionamento ativo estatal frente aos direitos sociais nem sempre ocorreu. Essa promoção ocorreu com o surgimento do Estado Social, que tinha como base acabar com as desigualdades sociais, possibilitando que a parcela da população que não tinha recursos pudesse ter acesso à bens básicos que pudessem lhes possibilitar uma vida digna.²⁵⁰ Ou, nas palavras de Carvalho, o Estado Social possuía os seguintes objetivos: “(a) a segurança econômica e social; (b) a redução das diversas desigualdades; e (c) a redução da pobreza”²⁵¹, que podem ser vislumbrados até os dias atuais. E, conforme pode-se depreender ao longo da história, para concretização desses objetivos, eram necessárias medidas concretas. Diante disso, as políticas públicas foram o instrumento criado para a promoção desses direitos, definidos como programas do Estado, propostos para alcançar uma finalidade determinada pelo ordenamento jurídico²⁵².

Essas ações governamentais são demasiadamente importantes, pois reafirmam a importância dos direitos sociais, não como provedores de igualdade entre os cidadãos, mas sim de buscar um “equilíbrio entre desiguais”, também conhecido como igualdade substancial.²⁵³

Assim, tendo em vista os direitos fundamentais sociais estarem intimamente ligados ao Estado social, bem como estarem previstos na Carta Magna, impõem-se ao Estado obrigações. No tocante aos direitos sociais Carvalho destaca algumas dessas iniciativas de efetivação possíveis, tais como “criar instituições dirigidas à ajuda de grupos sociais que se encontrem em situações de desigualdade estrutural” entre outras.²⁵⁴

tos fundamentais. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015, p. 187.

248 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** 1 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 261

249 PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Almedina. p. 111

250 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, N.º. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 776

251 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, N.º. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 776

252 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais.** Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N.º. 2, 2011, p. 184.

253 PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Almedina. p. 113

254 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos**

Cabe ainda mencionar o papel do poder legislativo, resumido a determinar regras de procedimento e realizar normas afim de balancear as relações contratuais. Porém, esse papel discricionário do legislativo vai depender se o Estado esta com plano de implementação de políticas públicas.²⁵⁵ Isso é possível porque, conforme menciona Giménez, é o Estado “que tem capacidade e legitimação para tomar as medidas políticas, econômicas e jurídicas necessárias”²⁵⁶

Essas ações, portanto, são um auxílio para que os que necessitam venham a se desenvolver de forma adequada na sociedade. Isso ocorre porque diferente do indivíduo que se autogoverna, tendo condições para exercer uma vida plena, outros não possuem esse aparato financeiro, esperando do Estado meios de se desenvolver.²⁵⁷

Assim, o Estado, com o intuito de transparecer seu dever de proteção para com o direito da sociedade, passa a desenvolver a função essencial de desenvolver políticas públicas para concretizar direitos fundamentais sociais. Isso a partir de um aparato normativo predeterminado e aprovado realizado pelo legislativo. Mas, para além disso, é uma forma também de promover os direitos fundamentais sociais, permitindo que esses sejam devidamente efetivados. Resumindo-se portanto os objetivos do Estado social.²⁵⁸

2. O princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais e seus fundamentos

A história da sociedade sempre esteve marcada com a luta pela conquista e, conseqüente, observância e efetividade de direitos fundamentais, a partir de uma faixa de atuação estatal que contribua para isso, vez que é ele o protagonista “equilibrador das relações”²⁵⁹ e o principal encarregado pelo dever de proteção desses direitos a partir de seus três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Porém, a atuação do Estado nunca fora constante, conforme explicou

direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, Nº. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 779

255 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, Nº. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 778

256 GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales.* València: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67

257 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, Nº. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 779.

258 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, Nº. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), p. 779.

259 MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano.** Curitiba: Alteridade, 2021.

Meirinho, teve uma atuação pendular ao longo da história²⁶⁰. Exemplo disso é o Estado absolutista, caracterizado por uma atuação abusiva e de excesso de poder, que gerou resultados catastróficos no que tange a observância desses direitos, pois realizava ingerências desnecessárias nas liberdades e direitos individuais dos cidadãos. Diante disso, a reação da sociedade foi de uma não intervenção Estatal, ou como pontua Alice Monteiro de Barros, de um “simples observador dos acontecimentos”²⁶¹.

Esta realidade só reforçou a importância de uma atuação através das lentes do Princípio da Proporcionalidade, que teve seu conteúdo aperfeiçoado no Segundo Pós-Guerra quando passou a ser reconhecido expressamente na Lei Fundamental de Bonn de 1949, como princípio constitucional.²⁶²

Sua aplicação na jurisprudência alemã estava essencialmente vinculada à proteção dos direitos fundamentais e liberdades individuais, ganhando espaço contínuo como fundamento nas decisões proferidas pelo TCF²⁶³, passando, posteriormente, a ser aplicado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁶⁴, pois passou a ser visto como complementar de diversos princípios que fundamentavam o Estado de Direito.²⁶⁵

Em relação a seu significado, tradicionalmente, ele foi percebido como uma ferramenta a ser observada principalmente pelo Estado face os cidadãos, proibindo-o de realizar ingerências desnecessárias nos direitos fundamentais e liberdades dos particulares, passando com a evolução da matéria, a ser considerado como um limite as ingerências também advindas da esfera particular,

260 MERINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano**. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 19.

261 BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p.65. In: MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano**. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 65.

262 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146

263 Em 1952, na decisão de proibir o partido SRP (extrema direita), o TCF aplico este princípio, e mostrou presente a obrigação da polícia de executar a sentença que declarou inconstitucional com medidas “adequadas” [...] dois anos depois, o TCF, ao analisar a constitucionalidade de uma lei eleitoral, estendeu ao legislador o princípio da “proporcionalidade da finalidade da ação da medida usada”. [...] Mais tarde, em 1958, o Tribunal explica dogmaticamente o significado deste princípio na famosa sentença sobre admissão limitada de farmácias, conhecida como Apothekenurteil (de 11 de junho de 1958). (Tradução livre). In: ARNOLD, Rainer; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio y ZUNIGA URBINA, Francisco. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. **Estudios constitucionales**. 2012, vol. 10, n. 1, p. 65-116. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003>.

264 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146

265 ARNOLD, Rainer; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; ZUNIGA URBINA, Francisco. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 10, n. 1, p. 65-116, 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 04.jul.2021.

evidenciando a faceta de princípio da proibição do excesso.

Essa nova faceta pode ser vislumbrada com mais afinco com o surgimento do Estado Democrático (Social) de Direito, em que o Estado passou a ser cobrado por uma posição mais ativa em relação a proteção dos direitos fundamentais, não limitando sua atuação a abstenção, mas sim a “guardião dos direitos fundamentais de todas as gerações”.²⁶⁶

Corroborando com isso o aumento da importância dada aos direitos fundamentais, em se tratando de seu reconhecimento, observância e efetividade, passando-se a perceber que o princípio da proporcionalidade deveria ultrapassar o entendimento limitado de proibição de excesso, visto que todos os direitos fundamentais exigem para sua efetividade uma intervenção estatal mínima, para que possam ser devidamente exercidos pelos cidadãos.

Surge assim uma nova faceta ao princípio da proporcionalidade, também desenvolvida pelo Direito Alemão, denominada princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

Ou seja, conforme destaca Renck “qualquer meio de intervenção sobre um direito fundamental deve curvar-se à proporcionalidade”²⁶⁷, que vincula a atuação positiva do Estado, afim de que esteja dentro de um limite que proteja, o núcleo desses direitos, a dignidade da pessoa humana, demonstrando, nos dizeres da própria doutrinadora “como indicativo de legitimidade do modelo político e social do Estado”²⁶⁸.

Dessa forma, ainda que não expresso na Constituição Federal, este conteúdo valorativo no núcleo dos direitos fundamentais acaba sendo determinante para concessão de poder normativo ao princípio da proporcionalidade, possibilitando que o Judiciário, através dele, gere obrigações aos outros poderes estaduais, visando a efetividade desses direitos fundamentais.

A partir disso, essa dupla faceta deu ao princípio da proporcionalidade o status de princípio dos princípios, representando a essência do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, uma garantia fundamental para que outros direitos fundamentais sejam devidamente exercidos.

Isso demonstra que todos os poderes do Estados tem o dever de observar quais são os valores que devem ser buscados em sua atuação. Em outras palavras, a partir do momento que a Constituição impõe um dever de prestação, o legislador está automaticamente vinculado ao princípio da proibição da proteção insuficiente ao implementar esse dever, visto que conforme entendimento de Ingo Sarlet²⁶⁹, “[...]Os níveis de proteção (portanto, as medidas es-

266 GAVIAO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 61, maio/out./2008, p. 94.

267 RENCK, Maria Helena Pinheiro. **A limitação temporal do conceito de pessoa com deficiência**: restrição ao direito fundamental ao benefício assistencial. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 64.

268 RENCK, Maria Helena Pinheiro. **A limitação temporal do conceito de pessoa com deficiência**: restrição ao direito fundamental ao benefício assistencial. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 65.

269 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos

tabelecidas pelo legislador), deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigidos.”

Ou seja, ficou reconhecida a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, os deveres de proteção do Estado em relação a esses direitos, sendo portanto um dos indícios que fundamentam o surgimento do princípio objetivo do presente item. Dessa forma, o Estado passa a ter uma nova função, qual seja, de protetor e garantidor da cidadania. E, como colocado por Streck, tal transformação acaba também por alterar conseqüentemente o direito, não sendo mais ordenador ou simplesmente promovedor, mas sim transformador, a partir dos ditames da Constituição.²⁷⁰

É a partir da compreensão dessa efetividade da Constituição, bem como a necessidade dos direitos fundamentais serem realizados, e não apenas contemplados de maneira simbólica, que ocorreu o reconhecimento constitucional do princípio da proibição da proteção insuficiente como norma impositiva.

Importa mencionar que essa proteção não é ilimitada, pois apesar de o conteúdo do princípio demandar uma atuação positiva, dele também pode-se extrair as restrições possíveis de serem realizadas, desde que não configure, por um lado, um excesso advindo do Estado, mas por outro, uma atuação mínima para possibilitar que o indivíduo alcance a vida digna.²⁷¹

Dessa forma, a partir do conteúdo do princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, não se pode admitir que não haja uma atuação mínima do Estado, demonstrando que não há alternativa ao Estado deixar de vislumbrar esses direitos.

Assim, não restam dúvidas que o Estado deve agir para efetivar esses direitos, por serem direitos de prestações positivas, deixando a dúvida com relação ao dever ou não intervir o Judiciário nessas causas, especialmente por dependerem de reserva orçamentária para a sua concretização, conforme será tratado no próximo item.

3. O princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais como legitimador da intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas

A importância de efetivar direitos fundamentais sociais foi consagrado desde a Constituição Federal e repassado aos diversos diplomas normativos infraconstitucionais, haja vista sua centralidade em proporcionar ao cidadão

fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 86 e segs. Acesso em 04.jul.2021.

270 STRECK, Lenio Luiz (org.). Direito Penal em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102.

271 RENCK, Maria Helena Pinheiro. **A limitação temporal do conceito de pessoa com deficiência:** restrição ao direito fundamental ao benefício assistencial. Curitiba: Alteridade, 2019

uma vida digna, compromisso e valor máximo da Carta Magna.

Para que possa ocorrer este devido dever de proteção, o Princípio da Proporcionalidade, a partir da Faceta da Proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais demonstra a necessidade de uma atuação estatal mínima, para que esses direitos possam ser devidamente usufruídos pelos cidadãos. Isso porque, no que tange aos direitos fundamentais sociais, e à proteção social, além de estarem ligados ao mínimo existencial, eles também possuem o objetivo, conforme explica Daniel Machado e José Antonio Savaris, de “oferecer proteção à vida humana que se encontra em contingência social adversa”.²⁷²

Isto decorre, porque o labor é reconhecido como direito essencial ao indivíduo e, uma vez que o indivíduo esteja impossibilitado de exercer o labor devidamente, ele conta com as iniciativas Estatais para, a partir das políticas públicas, possibilitar a manutenção da vida digna.²⁷³

Nesse mesmo sentido, destaca Renck ao apontar que especialmente os direitos sociais exigem uma conduta positiva para permitir o exercício da liberdade efetiva, além de possuírem relação com o mínimo existencial.²⁷⁴ Dessa forma, fica evidente a importância quanto a busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, possibilitando que os valores pregados na Constituição Federal, sejam alcançados.

Ocorre que, ainda se observa omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange ao alcance da realização de Políticas Públicas. Consequência disso, são as inúmeras demandas ao Poder Judiciário visando este alcance, e uma atuação positiva do Poder Judiciário para efetivação de um direito que lhe é devido.

Por óbvio que existem entraves para essa situação, em especial a reserva financeira, pois conforme destaca Canotilho, “os direitos sociais são caros”²⁷⁵, sendo por esta razão que acabam sendo deficitárias as ações com o fim de efetivação.

Ocorre que, a partir do princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, a ausência de uma ação positiva para com esses direitos, visa em violação aos ditames da Constituição Federal brasileira, em especial a dignidade da pessoa humana.

Nesses casos, o papel Judiciário como poder do Estado, é legítimo para intervir, especialmente quando colocado diante de sua alçada para apreciação,

272 ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Direito Previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação**. 2 ed. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 112.

273 MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano**. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 25.

274 RENCK, Maria Helena Pinheiro. **A limitação temporal do conceito de pessoa com deficiência: restrição ao direito fundamental ao benefício assistencial**. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 70-71

275 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 253.

havendo portanto, margem para intervenção, podendo impor obrigações aos outros poderes do Estado por conta de sua omissão.²⁷⁶ Isso por que, trata-se de uma inconstitucionalidade a falta de atuação, em caso de o Estado não atuar de forma positiva a possibilitar que os cidadãos tenham acesso a esses direitos.

Essa legitimidade pode ser embasada porque os três Poderes do Estado possuem atuações individuais e conjuntas, sendo por essa razão que possuem funções típicas e atípicas.²⁷⁷ E o princípio da proibição da proteção insuficiente resgataria essa função atípica do Judiciário.

Cabe ainda mencionar, a responsabilidade quanto ao “mínimo existencial”, que reforça a ideia de condições mínimas para que o cidadão possa viver de forma digna, sendo portanto mais uma razão para o Judiciário intervir em causas dessa natureza.²⁷⁸ Trata-se conforme menciona Novais, de reconhecimento do “caráter jusfundamental” desses direitos.

Importante também as previsões no ordenamento jurídico de que o juiz pode apreciar o mérito administrativo, a partir do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição. Além de ser reconhecido como o poder que realiza a Justiça social, justamente por estar diretamente ligado ao cidadão e suas demandas²⁷⁹. Ou seja, o fato de o cidadão recorrer ao Judiciário já demonstra que de alguma forma os outros poderes do Estado já falharam.

Porém, importa mencionar que ainda que fundamentado no Princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, são necessários alguns limites para o juiz no momento de apreciar os atos do administrativo, especialmente quando ocorre alguma omissão ou atuação débil em matéria de políticas públicas envolvendo efetivação de direitos fundamentais sociais.²⁸⁰

Nesse sentido, pode-se dizer que os controles judiciais podem ser feitos de diversas formas. Em sentido estrito, para a análise de legalidade do ato administrativo, que envolvem competência, forma e licitude do objeto. Mas, por outro lado, pode-se verificar uma atuação mais ampla e ousada do Judiciário, em que pode ter uma atuação plena e impor medidas de efetivação.²⁸¹

276 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais**. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N° 2, 2011, p. 187.

277 FREIRE, Mariana Belchior Ribeiro; RIBEIRO, Gabrielle Carvalho. **Direito de exceção: os riscos de um mal necessário**. Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. 01. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010, p. 227.

278 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais**. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N° 2, 2011, p. 188.

279 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais**. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N° 2, 2011, p. 183

280 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais**. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N° 2, 2011, p. 184

281 GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de polí-**

Outro limite de uma atuação judicial diferenciada é quanto a esses direitos dependerem de reserva financeira para serem concretizados, bem como não possuírem um conteúdo pré-determinado, justamente por dependerem do que necessita cada cidadão para o alcance de uma vida digna.²⁸² Sendo portanto necessário que as demandas sejam acompanhadas de certa razoabilidade.

Dessa forma, conclui-se que a atuação do juiz-Estado pode ser ampla com relação aos direitos fundamentais sociais, visto que é o responsável pela Justiça Social, desde que com razoabilidade, bem como tomando os devidos cuidados com as limitações previstas em lei.. Ademais, sabe-se que os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, bem como corrobora com a luta contra desigualdades sociais tão prezada nacional e internacionalmente.

Considerações finais

O papel humanitário deixado pelo Estado Social, com o intuito de diminuir as desigualdades sociais, possibilitando o alcance de uma vida digna aos cidadãos deixa marcas até os dias atuais.

Prova disso é o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais para o alcance desses objetivos, visto que essenciais para o desenvolvimento da personalidade, possibilitando a inclusão dos cidadãos e participação na vida pública.

No entanto, não basta o reconhecimento sem a adoção de medidas suficientes e necessárias para possibilitar a liberdade dos cidadãos a buscar e alcançar o que entendem necessários para o alcance de uma vida digna.

Para isso, cabe ao Estado, a partir da atuação conjunta de seus poderes, agir de forma ativa, para que esses direitos sejam protegidos de forma mínima. Tal assertiva advém do entendimento do Princípio da Proporcionalidade, mais precisamente a partir da faceta da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, que de maneira geral, retira o Estado de uma posição de abstenção, para uma posição de guardião e garantidor de Direitos Fundamentais, exigindo uma atuação suficiente para efetivação desses direitos fundamentais.

Na prática, essa atuação estatal se dá com a implementação de políticas públicas, entendidas como ações governamentais que visam concretizar os valores constitucionalmente definidos, visto serem de relevância social, pois são meios para o alcance da vida digna.

Ocorre que, frente a estes pressupostos pode-se enfrentar omissões advindas do poder legislativo, ou ainda, uma atuação insuficiente, impossibilitando que o mínimo existencial, constitucionalmente previsto, seja garantido.

ticas públicas em direitos sociais. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, Nº. 2, 2011, p. 187

282 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: **teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 87

Nessa tenda, a princípio o Poder Judiciário é legítimo para declarar omissão que acarretou na atuação insuficiente dos direitos fundamentais, mas sem qualquer tipo de imposição judicial aos outros poderes, vez que é limitado pela reserva orçamentária para tais fins. E, no que tange aos casos de violação por ação, o Poder Judiciário tem a possibilidade de condenar as entidades públicas por atuar de forma insuficiente.

Diante do exposto, a hipótese levantada pode ser confirmada, uma vez que fundamentadas as decisões no princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, o Juiz- Estado pode estar tomando medidas que visem efetivar direitos fundamentais sociais, desde que realizado com razoabilidade, ou seja, sempre vislumbrando os limites e, cuidando para que as decisões sejam de caráter coletivo, contribuindo com as determinações de um Estado Democrático de Direito.

Referências

ARNOLD, Rainer; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; ZUNIGA URBINA, Francisco. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 10, n. 1, p. 65-116, 2012. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 04.jul.2021.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 65. In: MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano**. Curitiba: Alteridade, 2021, p. 65.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 247

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, ISSN-e 2359-5639, Vol. 6, Nº. 3, 2019 (Exemplar dedicado a: setembro/dezembro), páginas 776

COMISSAO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. Direitos Básicos: **Alimentação, Saúde e Habitação**. João do Estoril: Príncipe Editora, 2008

FREIRE, Mariana Belchior Ribeiro; RIBEIRO, Gabrielle Carvalho. Direito de exceção: **os riscos de um mal necessário**. Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. 01. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2010, p. 227.

GAVIAO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 61, maio/out./2008, p. 94.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Crítica aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas em direitos sociais**. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN

1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 12, N° 2, 2011, páginas 184.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano.** Curitiba: Alteridade, 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** 1 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 261

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da pessoa humana. Volume I- dignidade e direitos fundamentais.** Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais: Proteção Internacional e perspectivas do constitucionalismo latino-americano.** In: SAVARIS, José Antonio (coord). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano.** Curitiba: Alteridade, 2012, p. 230.

PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Almedina.

RENCK, Maria Helena Pinheiro. **A limitação temporal do conceito de pessoa com deficiência: restrição ao direito fundamental ao benefício assistencial.** Curitiba: Alteridade, 2019, p. 64.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Direito Previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação.** 2 ed. Curitiba: Alteridade, 2019; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Trabalho decente e seguridade social: o efeito cliquet e a construção do mínimo existencial beveridgiano.** Curitiba: Alteridade, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, p. 86 e segs. Acesso em 04.jul.2021.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, n° 97, marco/2005, p. 180.

LITÍGIOS JUDICIAIS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS, MULTIPOLARIDADE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Marcos Vinicius Sales dos Santos e Vivian Leinz

Marcos Vinicius Sales dos Santos

Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Município de São Paulo.

Vivian Leinz

Doutoranda e Mestra em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora da Fazenda Nacional.

Resumo:

A multipolaridade é uma característica dos litígios judiciais que versam sobre políticas públicas para a efetivação de Direitos Humanos. Nessas demandas estão em jogo interesses potencialmente legítimos e conflitantes entre si. A multipolaridade aumenta a complexidade dessas lides e torna imperativo ouvir as diversas posições dos sujeitos interessados. Tendo como problema a necessidade de melhorar qualitativamente o debate judicial nessas ações, faz-se a seguinte pergunta: de quais modos o *amicus curiae* e as audiências públicas podem fornecer elementos para a (re)formulação de políticas públicas em demandas complexas que versam sobre Direitos Humanos? A hipótese adotada foi o incremento gerado com a participação direta da sociedade como forma de exercício qualificado da cidadania ativa. Aplicou-se o método hipotético-dedutivo. Concluiu-se que as audiências públicas e o *amicus curiae* devem ser utilizados como instrumentos hábeis a aumentar a legitimidade democrática das decisões judiciais que versam sobre Direitos Humanos e mitigar a conflituosidade multipolar inata à discussão judicial de políticas públicas que demandem mudanças estruturais.

Palavras-chave: Intervenção judicial; Ações coletivas; Amicus Curiae; Audiências públicas; Cidadania.

Introdução

A intervenção do Poder Judiciário em políticas governamentais para garantir a efetivação de Direitos Humanos é fenômeno que se verifica em vários

países e em diferentes intensidades²⁸³.

Como sabido, alguns autores²⁸⁴ apontam que o Estado-juiz tem assumido indevidamente o protagonismo – que deveria ser do Poder Executivo e do Poder Legislativo – no enfrentamento do problema alusivo ao baixo grau de satisfação de tais direitos. Nesse sentido, já foram suscitados variados óbices ao controle judicial de políticas públicas, como a defesa de uma rígida separação de poderes²⁸⁵, a ausência de legitimidade democrática do juiz para a tomada de decisões que deveriam ficar a cargo das instâncias de deliberações majoritárias, o apontado caráter programático de normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais e os limites orçamentários (reserva do possível).

Mesmo assim, tem prevalecido a tese, já sedimentada no Brasil no âmbito do Supremo Tribunal Federal²⁸⁶, de que a intervenção judicial para a concretização de direitos fundamentais não ofende o princípio da separação de poderes, dada a inexistência de normas constitucionais destituídas de eficácia e a necessidade de salvaguarda do mínimo existencial.

Nesse contexto, o presente trabalho não questiona se o Judiciário deveria ou não intervir em políticas públicas ou em qual grau isso deveria ocorrer;

283 SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 19-32. Exemplificativamente, para análise da litigiosidade relativa a políticas públicas no Estados Unidos, ver VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de conflitos policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Para análise da situação na Argentina, conferir VERBIC, Francisco. *El Remedio Estructural de la Causa ‘Mendoza’*. Antecedentes, Principales Características, y Algunas Cuestiones Planteadas Durante los Primeros Tres Años de su Implementación. Revista ANALES n° 43, **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP**, p. 267/286, 2013. Para análise de caso da África do Sul, conferir STRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. *Direitos Fundamentais Sociais em Cortes Constitucionais: o Caso Grootboom – Tradução e Comentários*. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 1, p. 285-330, 1 jun. 2016. Para análise de caso da Colômbia, ver RODRÍGUEZ-GARAVITO; César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

284 Por todos, RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: alguns parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

285 Em contraponto a essa ideia, válido apontar que, para Clarisse Seixas Duarte, “dizer que ao Judiciário não cabe determinar a execução de políticas públicas sob o argumento genérico de usurpação de competência do Legislativo e do Executivo traduz uma visão estanque do conceito de separação de poderes que nem Montesquieu defendeu” (DUARTE, Clarisse Seixas. *O Ciclo das Políticas Públicas*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 28).

286 A título meramente exemplificativo, mas esclarecedor, pode-se mencionar a decisão proferida pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n° 592581 (repercussão geral), Relator Ministro Ricardo Lewandowski. No referido julgado, o Plenário decidiu, por unanimidade de votos, que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

a investigação parte do pressuposto de que tal atuação judicial é uma realidade e, como tal, deve ser analisada criticamente para ser aprimorada. Com isso, a pergunta central para esta pesquisa é: de quais modos o exercício da cidadania ativa (por suas múltiplas formas de manifestação) pode fornecer elementos para a (re)formulação de políticas públicas em demandas judiciais complexas que tenham como objeto de discussão políticas públicas para a efetivação de Direitos Humanos?

Este estudo tem como hipótese a participação direta da sociedade em processos judiciais como forma enriquecedora do contraditório, convergindo para o aprimoramento de tutela jurisdicional efetiva, justa e permeada pela cidadania ativa.

Adotando o método hipotético-dedutivo, mediante a análise bibliográfica, primeiramente as ações judiciais que discutem políticas públicas foram identificados como casos multipolares e complexos que, como tais, exigem a participação social para tornar o contraditório efetivo. Em seguida, analisam-se as potencialidades da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas para aumentar a densidade democrática da intervenção judicial nas ações coletivas que debatem tais temas.

Multipolaridade das ações judiciais que discutem a implementação de políticas públicas

Em grande parte dos litígios judiciais é possível identificar com clareza dois polos de interesses bem demarcados: autor e réu disputam para si determinado bem da vida, e a vitória de um significará, em igual medida, a derrota do outro. É isso o que ocorre, por exemplo, quando o credor pede que o Estado-juiz, coercitivamente, transfira-lhe parte do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação de pagar fixada em dado negócio jurídico quando houver pretensão resistida, ou quando as partes disputam a propriedade de dado bem imóvel.

É possível reconhecer que o Direito Processual Civil de matriz liberal foi desenvolvido para solucionar disputas relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se do típico processo de caráter bipolar em que há dois centros de interesses definidos e identificáveis, com base na ideia de “lide” desenvolvida por Carnelutti²⁸⁷, ainda que admitida a participação de terceiros, os quais buscam interferir na decisão judicial para a tutela, em última análise, de interesse próprios²⁸⁸. Em geral, essas ações também apresentam clara feição retrospectiva, pois discutem-se fatos ocorridos no passado para que o juiz,

287 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. I, p. 93.

288 FISS, Owen. **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Cord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós, São Paulo: RT, 2004, p. 48-50. TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador, JusPodivm, 2020, p. 29-48.

mediante aprofundada análise das provas, obtenha compreensão sobre tempos pretéritos e construa a norma aplicável ao caso concreto, pondo fim à controvérsia mediante a formação da coisa julgada, a qual não poderá atingir a esfera jurídica de terceiros²⁸⁹.

No entanto, com a crescente intervenção judicial em políticas públicas para a concretização de Direito Humanos, os conflitos deixaram de ter relevância apenas para dois sujeitos em polos opostos de uma ação; o debate – e, conseqüentemente, a providência do Judiciário – passa a ter a capacidade de afetar um número indefinido de pessoas que, na maior parte das ocasiões, não está representada na ação judicial, situação que demanda um novo dimensionamento da noção de contraditório.

Para ilustrar esse pensamento, vejam-se as notas de uma ação judicial proposta pelo Ministério Público contra determinado município objetivando a ampliação do número de vagas em creches para crianças de uma região da cidade para a tutela do direito à educação. Neste caso, é possível verificar que podem existir vários centros de interesses diferentes, todos legítimos, porém conflitantes entre si: a) grupo de pessoas que desejam a ampliação do número de vagas em dada região, exatamente como postulado pela parte autora da ação; b) grupo que entende que as vagas deveriam ser total ou parcialmente alocadas em outra região; c) grupo de pessoas que não querem que o aumento de vagas seja feito com o simples aumento da quantidade de crianças por sala de aula, enquanto outros entendem que tal solução seria razoável; d) grupo de pessoas que não querem a ampliação do número de vagas, pois entendem que seria necessária a majoração da carga horária para as crianças já matriculadas, defendendo o ensino em período integral, ou até mesmo a alocação de recursos para a satisfação de outros direitos sociais; e) a posição do município, que aponta a impossibilidade de expandir o número de vagas em creche sem que isso afete o orçamento destinado à implementação de outros direitos humanos de igual relevância etc.

Como se vê do exemplo acima, dentre tantos outros que poderiam ser mencionados, não há apenas a contraposição de interesses do autor e do réu; o litígio apresenta uma complexa nota multipolar ou policêntrica em razão da variedade de posições que precisam ser efetivamente consideradas tanto pelo Poder Executivo quando formula a política pública quanto pelo Poder Judiciário ao interferir na situação apresentada. Simplesmente ignorar essa realidade, supondo que todos os membros do grupo almejam a mesma solução e que o Ministério Público seria capaz de captar perfeitamente toda a “vontade coletiva”, é correr o risco antidemocrático de conferir ao caso solução manifestamente deficiente.

Sobre esse aspecto, acertadamente, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim destacam que, “supor que todos esses interesses possam estar agrupados no processo apenas em dois núcleos (um ativo e um

289 CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. In: **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, 1976, p. 1282-1283.

passivo) é não apenas ingenuidade gritante, mas, sobretudo, um enorme erro, capaz de deslegitimar a resposta jurisdicional ali obtida²⁹⁰. E isso pode afetar tanto a apresentação da causa (delineamento da causa de pedir e do pedido) quanto a cognição do juiz a respeito do tema controvertido.

Fuller explicou a multipolaridade (ou o caráter policêntrico da disputa) usando como metáfora a teia de uma aranha: puxar um único fio faz a tensão se espalhar por toda a teia modificando todo o seu padrão²⁹¹. Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim indicam que a multipolaridade (ou policentrismo) se fará presente quando estiver evidenciado que há sujeitos com interesses próprios que não podem ser aglutinados simplesmente em dois polos da relação processual, enfatizando ser possível que “diversas soluções sejam esperadas por distintas pessoas, a depender daquilo que a tutela de seus direitos específicos exija²⁹². Como notado por Violin, a complexidade de um litígio policêntrico faz com que a decisão judicial esteja mais propensa a erros do que nos litígios bipolares, pois o julgador pode não ter elementos bastantes para proferir uma decisão amplamente informada quanto a suas consequências²⁹³ para toda a sociedade, o que torna necessária uma postura dialógica de todos os interessados, trazendo uma nova dimensão para o direito de participação.

A multipolaridade dos processos que versam sobre a judicialização de políticas públicas agrega-se outra complexidade: o seu traço prospectivo²⁹⁴, em contraposição à nota retrospectiva dos litígios bipolares tradicionais que envolvem direitos individuais. Isso porque nos casos que versam sobre o controle judicial de políticas governamentais o pedido volta-se à modificação progressiva do *status quo*, vale dizer, busca-se uma série articulada de medidas positivas a serem levadas a cabo pelo Estado para a efetiva garantia dos Direitos Humanos, fato que torna a tarefa do Poder Judiciário ainda mais complexa. Com isso, o provimento judicial não se limita a analisar fatos passados, mas volta-se a projetar uma situação desejada.

Apesar de tudo isso, os litígios (multipolares, prospectivos e complexos) que versam sobre a efetivação de Direitos Humanos acabam sendo tratados costumeiramente com a mesma racionalidade dos processos tradicionais (bi-

290 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 75.

291 FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**. V. 92, n. 2, dez. 1978, p. 395. O desaparecimento da estrutura bipolar nos conflitos que versam sobre direitos transindividuais também foi ressaltado por Abram Chayes, op. cit., p. 1289-1292

292 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Op. cit.**, p. 73.

293 VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de conflitos policêntricos*, p. 54.

294 CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation, p. 1296-1299. No mesmo sentido: FISS, Owen M. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 135-140; PUGA, Mariela. **Litígio estrutural**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p. 55.

laterais, retrospectivos e relativamente simples, quando cotejados com aqueles)²⁹⁵. Dessa forma, as múltiplas visões e pretensões a respeito do problema acabam não sendo debatidas adequadamente na via judicial, restando patente o risco de que ocorra um desencontro entre os anseios da sociedade e os pedidos apresentados pelo autor da ação coletiva²⁹⁶.

Como pontuado por Antônio do Passo Cabral, se é assim, o ordenamento deve “criar mecanismos para permitir a formulação de *inputs* políticos para a inserção do indivíduo nesses círculos de debate”²⁹⁷, acarretando, por outro lado, o ônus argumentativo aos poderes constituídos²⁹⁸ que, se não ficam vinculados às sugestões colhidas nas audiências públicas ou trazidas pelos *amici curiae*, precisam analisá-las seriamente²⁹⁹.

Necessidade e potencialidades da participação social

A participação da sociedade nas demandas complexas que versam sobre Direitos Humanos é essencial, justamente por se tratar de processos que fogem à racionalidade inerente aos litígios tradicionais, possuindo características próprias. Em muitas situações os titulares dos direitos são alijados das questões discutidas em âmbito processual, sendo representados de forma inadequada ou insuficiente por substitutos processuais que não tem condições de conhecer a multiplicidade de demandas sociais envolvidas³⁰⁰. Por outro lado, os titulares desses direitos podem ser diretamente atingidos por decisões judiciais proferidas por quem não conhece a fundo as questões submetidas a julgamento, causando-lhes revezes na proteção de seus direitos. Diante desses fatores, torna-se imperativa a participação social nos litígios que tem por objeto a concretização de Direitos Humanos, trazendo maior legitimidade e justiça às decisões judiciais³⁰¹.

A audiência pública e o *amicus curiae* são formas de participação da sociedade em litígios de natureza coletiva e que têm muito a contribuir. Constituído-se em mecanismos de participação democrática, aproximam a sociedade

295 MEDEIROS JUNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 79-80; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 54.

296 ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 802-804

297 CABRAL, Antônio do Passo. Efeito processuais da audiência pública, p. 42.

298 ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 56-63.

299 CABRAL, Antônio do Passo. Efeito processuais da audiência pública, p. 50. Apesar disso, existem pesquisas empíricas que apontam para a ausência de uma consideração mais efetiva, por parte dos julgadores, dos argumentos trazidos pelos *amici curiae*, como exemplifica aquela realizada por FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?*. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, p. 169-185, 2017.

300 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Op. cit.**, p. 104-106.

301 FISS, Owen M. As formas de justiça, p. 119-130.

de questões complexas que lhe afetam diretamente, dando voz ao povo, que passa a exercer uma cidadania ativa³⁰². Sobre o ponto, válido conferir o registro de Jacques Chevallier:

A crise do sistema representativo demonstra que essa concepção tomou-se doravante caduca: a exigência democrática parece exigir que seja reconhecida aos cidadãos uma influência sobre as escolhas coletivas; a cidadania tende assim a se tomar uma cidadania ativa, incompatível com qualquer ideia de desapossamento. Os direitos políticos da cidadania não poderiam ser reduzidos à simples designação de representantes encarregados em gerir os negócios da Cidade; eles implicam num direito de opinião sobre as escolhas coletivas: a democracia “de eleição” é substituída por uma democracia “de expressão” (pela tomada da palavra), por uma democracia “de implicação” (pelo debate) e por uma democracia “de intervenção” (pela ação coletiva)³⁰³.

Dadas as dificuldades fáticas que impediriam, na prática, a participação direta de cada membro da sociedade em determinada ação judicial, os mecanismos mais adequados para potencializar a manifestação da cidadania ativa em tais lides são a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas. A respeito do tema, vale o registro da posição de Sérgio Cruz Arenhart:

De regra, em todo caso, a participação desses grupos de pessoas pode fazer-se por meio da figura do *amicus curiae*. Seja por se viés de especialista em certo tema, seja na acepção que representa certo interesse, esse é sem dúvida um importante veículo para trazer para o processo – pessoalmente – certos interesses e certas posições. Também não se pode esquecer do papel fundamental desempenhado pelas audiências públicas. Embora o instituto não esteja regulado nem pelo atual CPC, nem pelas leis processuais nacionais que tratam de processos coletivos – o que chega a ser curioso – não há dúvida de sua importância e utilidade. Com certeza, o emprego dessas audiências pode constituir importante meio de diálogo entre a sociedade e o Poder Judiciário em oportunidade multifacetada de debate e apresentação de distintas posições e de diversos interesses³⁰⁴.

Mas quais as vantagens que essa participação via audiências públicas ou *amicus curiae*, como manifestações da cidadania ativa pela via processual, proporcionam para a sociedade, especialmente no campo dos debates judiciais sobre a efetivação dos Direitos Humanos?

O primeiro ponto que deve ser considerado é o contraditório efetivo. Nas ações comuns há um binômio autor/réu, havendo apenas duas figuras

302 GISMONTI, Rodrigo. **Processo civil de interesse Público & Medidas Estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018, p. 99-101.

303 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 258.

304 ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes, **op. cit.**, p. 809.

contrapostas, cujos interesses serão dirimidos por um órgão julgador que colocará fim à crise de incerteza. Todavia, nas ações que envolvem questões complexas, como aquelas relacionadas a demandas estruturais relacionadas a Direitos Humanos, o contraditório deve ser revisto e adequado a essa nova situação, garantindo-se a efetividade do direito ao devido processo legal³⁰⁵. Já não mais existe uma simples contraposição de interesses entre duas pessoas; há uma multiplicidade de pessoas que terão suas vidas afetadas pela decisão judicial e que muitas vezes possuem interesses conflitantes, ainda que ocupem o mesmo polo da ação judicial.

Nessas demandas que versam sobre direitos transindividuais, a sociedade deve ter a efetiva oportunidade de participar, aplicando-se a “noção contemporânea de contraditório, que aponta para o direito que o indivíduo possui de influenciar na formação da convicção do magistrado em relação a uma decisão que poderá lhe afetar negativamente”³⁰⁶. Além disso, a sociedade deve ter o direito de oferecer ao autor da ação subsídios para melhor defesa de seus interesses, fornecendo informações precisas das quais somente ela tem conhecimento por vivenciar na prática aquela situação. A participação social viabilizada pela audiência pública ou pelo *amicus curiae* possibilita tanto ao órgão julgador quanto ao substituto processual uma visão geral do problema levado à discussão judicial e, portanto, uma melhor solução para a sociedade que será diretamente atingida pelo resultado do processo.

Um segundo ponto, de certa forma ligado ao primeiro, diz respeito à maior clareza acerca dos fatos que a participação social pode viabilizar. Os membros de um determinado grupo social, ao serem chamados a participar de uma demanda judicial envolvendo Direitos Humanos, podem promover uma discussão mais madura, permitindo aos envolvidos na lide um conhecimento mais profundo dos fatos que originaram a demanda, conhecimento esse muitas vezes não alcançado de maneira isolada pela prova pericial. Voltando ao exemplo da creche, sem a participação social a identificar todas as necessidades do envolvidos, a dilação probatória seria inútil e restaria mitigada a qualidade do debate. No entanto, demonstrados os interesses dos vários grupos, a dilação probatória poderá explorar todos esses diferentes anseios, abarcando todas as nuances do problema e trazendo subsídios sólidos para a tomada de decisão pelo magistrado.

Importante também trazer à baila a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais. Conforme ponderam Luciana de Toledo Temer Lulia e Diego Sígoli Domingues, os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos pelo povo, diferentemente do que ocorre com os membros do Poder Judiciário, que ingressam na carreira por meio de concurso público

305 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Op. cit.**, p. 75-78.

306 No trecho destacado Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontam para a necessidade de respeito à noção de contraditório contemporâneo na esfera das demandas repetitivas, mas essa mesma ideia pode ser transposta às demandas estruturais que versam sobre direitos humanos (Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. **Civil Procedure Review**. v.10, n. 1, jan-abril 2019. p. 56).

ou são indicados pelo chefe do Executivo, o que acarreta discussões sobre a legitimidade democrática das decisões oriundas do Poder Judiciário.³⁰⁷ A participação social exerce um papel fundamental no aplacamento dessa falta de legitimidade das decisões ocasionada pela forma prevista constitucionalmente para escolha dos integrantes dos órgão julgadores.

No entanto, a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais vai além e abarca a interpretação das normas jurídicas. Segundo Häberle, a interpretação do texto normativo não é adstrita aos entes estatais, cabendo a todos grupos sociais e cidadãos³⁰⁸. A participação social nesse processo, via audiências públicas e *amicus curiae*, amplia o caráter democrático das decisões, permitindo a outros atores participar da interpretação constitucional, o que é especialmente importante em se tratando de normas voltadas à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

A possibilidade de realização de bons acordos é mais uma das vantagens decorrentes da participação social nas demandas estruturais³⁰⁹. A população não tem amplo acesso e conhecimento de como se processam e desenvolvem as questões coletivas e pode criar expectativas quanto aos resultados. Como nem sempre o Poder Judiciário responde de forma favorável a esses anseios, a solução negociada é extremamente vantajosa. E havendo a participação dos sujeitos diretamente interessados, esses podem indicar os melhores caminhos a seguir, auxiliando no diagnóstico dos problemas e na definição das estratégias e alternativas para um acordo que atenda a todos os envolvidos.

Utilizando mais uma vez o exemplo da creche. A ação ajuizada pelo Ministério Público contra determinado município, com vistas ao aumento do número de vagas em creches a fim de assegurar o direito constitucional à educação, certamente não resultará em uma decisão judicial que atenda de forma satisfatória a todos atingidos pelo problema, dada a multiplicidade de interesses diferentes. No entanto, uma solução amplamente negociada entre representantes de todos os interessados poderá atingir esse escopo, uma vez que serão consideradas todas as nuances e possíveis alternativas, optando-se por aquelas que, em conjunto ou isoladamente, favoreçam um resultado que satisfaça a todos os envolvidos na maior extensão possível.

Por fim, importante ressaltar uma característica presente unicamente nas audiências públicas, e que é de suma importância nas ações que visam a tutelar os Direitos Humanos: seu caráter informativo e de prestação de con-

307 DOMINGUES, Diego Sígoli. LULIA, Luciana de Toledo Temer. O papel do *amicus curiae* e das audiências públicas como instrumentos de aperfeiçoamento e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Quaestio Juris**, v. 11, n. 4, Rio de Janeiro, 2018. p. 2478-2479.

308 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 13.

309 BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira, p. 99; TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação, p. 382.

tas à sociedade. Por meio delas a população interessada toma conhecimento dos processos em curso e de seus desdobramentos, além das providências que vêm sendo tomadas, aumentando a transparência e a publicidade. Edilson Vitorelli traz como exemplo o famoso “Caso Mendoza”, que versou sobre a contaminação do Rio Riachuelo, situado em Buenos Aires. Nessa ação judicial, a Suprema Corta da Argentina realizou uma série de audiências públicas “promovendo um sistema de *accountability* vertical e horizontal com o propósito de fazer mais que impor uma decisão”³¹⁰, o que caracterizou a condução dialógica do processo. Na medida em que as informações são veiculadas por meios mais acessíveis do que a publicação de editais pelo Poder Judiciário, elas circulam de forma mais efetiva e alcançam os extratos menos favorecidos da sociedade.

Conclusão

Como visto, o processo tradicional foi estruturado para a solução de conflitos entre dois sujeitos com posições claramente identificáveis. O litígio tradicional é bilateral (autor contra réu), retrospectivo (volta-se a solucionar conflito sobre fatos passados, o que orienta a produção e a análise das provas) e a decisão judicial não prejudicará direitos de terceiros.

Todavia, o surgimento de ações judiciais que voltam-se à (re)estruturação de políticas públicas para a implementação progressiva de Direitos Humanos demonstrou que o raciocínio clássico é inadequado para fazer frente às perplexidades emergentes das disputas que versam sobre a distribuição coletiva de bens escassos. Ainda assim, tais conflitos são levados cotidianamente ao Poder Judiciário. Esses novos conflitos são multipolares (ou policêntricos), dada a gama de interesses envolvidos, todos potencialmente legítimos e conflitantes entre si. Eles também apresentam destacada feição prospectiva, porquanto as soluções perseguidas não se voltam apenas a acabar a “crise de certeza” sobre fatos passados, mas sim, pretendem a modificação de uma situação de fato com a criação ou com o aprimoramento de políticas públicas.

Nesse contexto, a participação social no processo, notadamente por meio de audiências públicas e pelo *amicus curiae*, devem ser utilizadas e incentivadas como instrumentos capazes de aumentar a legitimidade democrática das decisões judiciais que versam sobre Direitos Humanos e mitigar a conflituosidade multipolar inerente à discussão judicial de políticas públicas que demandem mudanças estruturais. Tais formas de participação social têm aptidão para proporcionar o adequado diagnóstico dos problemas a serem enfrenta-

310 VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 297. O autor destaca a importância da participação social na fase de execução – diferentemente do que ocorre, em regra, nos processos tradicionais, nos quais a “intervenção de terceiros” se quase que inteiramente no processo de conhecimento –, quando podem se revelar problemas que sequer foram cogitados no módulo processual de conhecimento (p. 304-310).

dos, a busca realista por possíveis soluções negociadas, assim como colaborar com a ampliação da publicidade e da transparência necessárias para a concretização de um contraditório efetivo.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. Efeito processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 6 – n. 24/25, p. 41-65 – jul./dez. 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004

CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. In: **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, 1976.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: **Civil Procedure Review**, v.10, n. 1, jan-abril 2019.

DOMINGUES, Diego Sígoli. LULIA, Luciana de Toledo Temer. O papel do *amicus curiae* e das audiências públicas como instrumentos de aperfeiçoamento e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Quaestio Juris**, v. 11., n.4., Rio de Janeiro, 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, p. 169-185, 2017

FISS, Owen. **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Cord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós, São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen M. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). **O processo para solução de**

conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 119-173.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review.** V. 92, n. 2, dez. 1978.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse Público & Medidas Estruturantes:** da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

MEDEIROS JUNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista:** a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PUGA, Mariela. **Litigio estructural.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** alguns parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRÍGUEZ-GARAVITO; César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social:** como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

S'TRAPAZZON, Carlos Luiz; TRAMONTINA, Robison. Direitos Fundamentais Sociais em Cortes Constitucionais: o Caso Grootboom – Tradução e Comentários. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 17, n. 1, p. 285-330, 1 jun. 2016

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil:** repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador, JusPodivm, 2020.

VERBIC, Francisco. El Remedio Estructural de la Causa 'Mendoza'. Antecedentes, Principales Características, y Algunas Cuestiones Planteadas Durante los Primeros Tres Años de su Implementación. Revista ANALES n° 43, **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP**, p. 267/286, 2013.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada:** a experiência norte-americana na resolução de conflitos policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITTORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). **Processos estruturais.** 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2019.

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Luana Perissinotto Alves

Luana Perissinotto Alves

Graduanda em direito 6º semestre, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas
– São Paulo

Resumo:

O direito à moradia firmado como pressuposto da dignidade da pessoa humana, foi recepcionado pela Constituição Federal em 1988. Todavia, mesmo sendo um direito fundamental a sua concretização possui entraves. A inércia dos Poderes Executivo e Legislativo frente a sustentação de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais, faz com que a sociedade se socorra do Poder Judiciário, na expectativa de suprir suas necessidades. O presente trabalho, visa analisar a atuação do Poder Judiciário diante da problemática daqueles que não possuem moradia e as ponderações que precisa realizar para proferir decisões justas. A metodologia utilizada na construção da pesquisa foi a análise de decisões e materiais que retratam o tema. A relevância da pesquisa pauta-se em demonstrar que o trabalho do Poder Judiciário na garantia do direito à moradia é desafiador em face das complexidades existentes na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito à moradia; Dignidade da pessoa humana; Atuação do Poder Judiciário; Ponderações;

Breve análise histórica do direito à moradia

Para superar as atrocidades contra a humanidade que marcaram o período do Holocausto e Segunda Guerra Mundial, houve a necessidade de fortalecer a concepção de Estado de Bem-Estar Social e instaurar medidas que protegessem ainda mais os direitos essenciais para a garantia de uma vida digna.

Nada obstante, a Declaração dos Direitos Humanos surgiu neste período histórico no ano de 1.948 com 30 artigos que abordam questões relativas aos direitos básicos de todos os seres humanos. E foi somente em seu artigo 25º que a ordem internacional reconheceu o direito à moradia:

“Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, ves-

tuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

Desde então, o direito à moradia é considerado um direito humano universal. Mas somente na Constituição Federal de 1.988 foi positivado no Brasil, por advento da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, em seu artigo 6º, caput.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Devidamente constitucionalizado, é um direito integrante da segunda geração que compreende, direitos sociais, econômicos e culturais e, impõe ao Estado uma prestação positiva, ou seja, cabe a ele a concretização desses direitos.

Direito à moradia como mínimo existencial

O mínimo existencial, é um conceito, instituído pelo direito alemão por meio de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo que determinou que o Estado deveria dar auxílio material aos indivíduos carentes. Sua doutrina possui como pilares dignidade da pessoa humana, os direitos referentes à liberdade e a existência de um Estado Social.

Sustenta-se que seja um quesito inviolável, como observa Sarlet (2001) que mesmo que os direitos fundamentais estejam atrelados a garantia da dignidade da pessoa humana, é possível que exista uma ponderação entre princípios, desde que não sejam aqueles concernentes ao mínimo existencial, pois possuem caráter absoluto.

Nesta perspectiva, tem-se o pressuposto de que o direito à moradia é componente do mínimo existencial, pois este representa diretamente um requisito que afeta a qualidade de vida da sociedade e resguarda muitos outros direitos, como a intimidade, a saúde, a segurança, a alimentação e o lazer. Portanto, a sua garantia efetiva está intimamente ligada a concepção da dignidade da pessoa humana, ou seja, também se caracteriza como uma garantia inviolável.

Prerrogativas para atuação do Poder Judiciário

A Constituição Federal em seu Artigo 23 Incisos IX e X atribui a União, Estados e Municípios a elaboração de políticas públicas para enfrentar problemas de moradia e pobreza.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

No entanto, apesar da existência de políticas públicas, como o programa “Casa Verde e Amarela” criado com o objetivo de proporcionar aos cidadãos brasileiros condições de acesso à moradia própria, os impasses enfrentados ainda persistem e, partem da raiz de que o Estado não tem sido capaz de proporcionar a garantia efetiva de moradia digna a todos.

De acordo com os dados revisados pela Fundação João Pinheiro, publicado no site do Governo Federal, ano base de 2019, o déficit habitacional em todo o Brasil está em 5,8 milhões de moradias e o estudo apresenta uma tendência de aumento nos próximos anos. Nesta perspectiva, percebe-se que o problema está longe de ser superado e, diante da insuficiência das ações realizadas pelos poderes Legislativo e Executivo é pertinente a busca pela efetividade do direito em questão, perante o Poder Judiciário.

Neste viés, o Brasil adota o sistema inglês de controle jurisdicional, que aduz o fato de que todos os litígios são sujeitos a apreciação mediante órgão jurisdicional. Esse sistema, é uma forte prerrogativa para que a sociedade se socorra do Poder Judiciário, na expectativa de suprir suas necessidades essenciais, para a garantia de uma vida digna. As ideologias deste sistema foram positivadas na Constituição Federal de 1.988, que prevê no rol dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos os cidadãos direito de buscar proteção estatal objetivando reprimir ameaças ou assegurar direitos.

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Esse direito de acesso à justiça é um dos pilares do que chamamos de Estado Democrático de Direito e supera uma garantia constitucional, pois também está previsto no artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica da qual o Brasil é signatário.

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Portanto, resta indubitável a força dessa prerrogativa de Direitos Humanos, por intermédio da qual todos os cidadãos que obtiverem interesse poderão invocar seu direito ou ver cessada a ameaça empregada contra seu direito. Assim como versa o Ministro Luiz Fux (2004, p. 41) “o direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária [...] na própria Magna Carta”.

Desafios para atuação do Poder Judiciário

Contudo, há de se compreender que é um grande desafio, a efetivação de garantias fundamentais pelo Poder Judiciário, em face das limitações e complexidades existentes na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro. Há de ser analisado primeiramente o princípio da separação dos poderes e a harmonia entre os três poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O sistema tripartite é a divisão mais aceita atualmente e, tem como base a tese da tripartição ou sistema de freios e contrapesos, criada pelo filósofo Montesquieu, com a preocupação de impedir que os poderes políticos de uma sociedade se concentrassem demais em uma única figura de autoridade, como ocorria nos regimes absolutistas.

Por tal razão, ele expôs em sua obra “O Espírito das Leis”, que deveriam existir três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, para que houvesse um equilíbrio entre autoridade e autonomia, ou seja, os poderes seriam independentes a ponto de não interferir nas atribuições dos demais, mas ao mesmo tempo, quando um deles se mostrava excessivamente autoritário ou extrapolava suas designações, os demais poderes teriam o direito de intervir contra abusos de poder.

Outro princípio de extrema relevância que deve ser observado objetivando proferir justas decisões, é o da supremacia do interesse público, que diante de um conflito faz prevalecer o interesse da coletividade frente ao interesse particular. Conforme lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 99) “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade”.

Consequentemente, mesmo que seja possível a interferência de um poder na esfera de atribuição do outro, deve-se realizá-la com extrema cautela, realizando ponderações e obedecendo os mandamentos e princípios do sistema jurídico pátrio, para evitar decisões arbitrárias e injustas.

Assim como, defende Robert Alexy que, no caso concreto, deve ser feita uma ponderação, entre os princípios contrapostos para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais. E que o Poder Judiciário tem legitimidade para efetivar os direitos sociais, desde que diga respeito ao

mínimo para garantia da dignidade da pessoa humana.

De um lado, haveria o indivíduo tendo cerceado sua liberdade, de outro, o argumento democrático ou outro direito que pode sofrer restrição no caso de desenvolvimento e efetivação de direitos a prestações materiais. A ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos, como a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível médio de assistência (ALEXY, 2005, p. 340, traduzido).

Judicialização e ativismo judicial

Mesmo enfrentando desafios, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel cada vez mais ativo na vida institucional brasileira, proferindo decisões em algumas questões que seriam de competência das instâncias tradicionais, ou seja, o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Essa maior interferência do órgão jurisdicional, têm algumas consequências. A primeira delas é o fenômeno denominado judicialização, que podemos adotar a compreensão de que seja a transferência de poder para que o Judiciário possa decidir questões de grande repercussão. Conforme compreensão de Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional Brasileiro. (BARROSO, p. 3).

A judicialização tem entre suas principais causas a redemocratização do país, marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1.988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça da sociedade brasileira. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

E a última causa, de extrema relevância para fortalecer esse fenômeno, é o sistema de controle de constitucionalidade, que possibilita que qualquer tribunal deixe de aplicar uma lei em um caso concreto, se a considerar inconstitucional e que determinadas matérias sejam levadas imediatamente para análise do Supremo Tribunal Federal. Percebemos, portanto, que a Judicialização ocorre em decorrência do modelo constitucional adotado no Brasil e não

como uma vontade política, ou seja, o judiciário decide porque era o que lhe cabia fazer.

Diferente é o ativismo judicial, que busca a concretização de direitos constitucionais realizando uma participação muito mais intensa e com uma maior interferência no espaço de atuação dos poderes Executivo e Legislativo. A doutrina do direito brasileiro, entre as diversas definições, aduz que essa ação mais ativa do magistrado visa buscar através de uma interpretação jurídica mais expansiva explorar o verdadeiro valor normativo constitucional para a efetivação mais célere de direitos.

O ativismo recebe muitas críticas, com o viés de que é um fenômeno que ultrapassa os limites existentes no ordenamento jurídico. Assim como na visão de William Marshall (2002, vol. 73, traduzido) “concebe como principal indicador do ativismo judicial a recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício dos seus poderes. Dessa forma, no exercício de suas funções, expandem a competência concedida pela Constituição Federal”.

Não obstante, essa crescente ação mais ativa do judiciário é um tema bastante debatido na atualidade por estudiosos e doutrinadores. Há argumentos alegando que o ativismo judicial extrapola limites e afeta o constitucionalismo democrático. As discussões são pautadas no fato de que os agentes que exercem o poder jurisdicional não são eleitos por voto popular, ou seja, não possuem a aprovação da sociedade. Nesse diapasão, é questionado se não seria um risco para a legitimidade democrática, o fato desses tribunais exercerem um poder político interferindo e invalidando atos de representantes eleitos em questões que envolvem direitos fundamentais.

Já os juízes são selecionados mediante concurso de provas e títulos, ou seja, sem a participação popular, o que levanta críticas acerca da legitimidade do judiciário em interpretar demasiadamente as leis, até mesmo atingindo níveis de criação do direito sem, no entanto, representar a vontade do povo. (CUNHA, 2013, p. 89).

As opiniões existentes não são unânimes, diante de uma perspectiva antagonista, as que favorecem o ativismo judicial, defendem que esse fenômeno se consagrou como a expressão de uma filosofia que concretiza direitos, diante da insuficiência ou omissão dos outros poderes. Neste sentido pronuncia-se Ronald Dworkin (2006, p. 1-2) “é o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública”.

Direito à moradia e reserva do possível no Brasil

Para compreender este ponto, é necessário realizar uma breve análise da origem da Teoria da Reserva do Possível, que se deu em 1972 no julgamento do caso “*numerus clausus*” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Tratou-se de uma reivindicação realizada por um grupo de candidatos

que não obteve êxito ao ingressar nas instituições públicas de medicina, por conta dos critérios de admissão que limitava o número de vagas.

Os estudantes basearam-se no artigo 12º da Lei Fundamental Alemã, que garantia a liberdade de escolha da profissão, para contestar algumas regras legais que restringiam o acesso ao curso superior, com o argumento de que o Estado deveria garantir que eles realizassem o curso de sua escolha por ser um direito fundamental.

Para resolver este impasse o Tribunal Alemão criou a Teoria da Reserva do Possível, pois verificou a necessidade de questionar a razoabilidade dos pleitos em desfavor do Estado. Ou seja, neste caso, foi questionada a razoabilidade de destinar uma alta quantia dos recursos para favorecer interesses que não representavam a maioria da sociedade.

Portanto, compreendemos que a Teoria da Reserva do Possível, foi criada com o objetivo limitar a atuação do Estado no que diz respeito a efetivação de direitos sociais e fundamentais, para que não ocorra a satisfação de interesses privados prezando pelo interesse da maioria.

No Brasil, verifica-se a utilização dessa teoria com uma diferente vertente no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a efetivação dos direitos reclamados, dependem da suficiência dos recursos públicos, denominada pelos doutrinadores por “reserva do financeiramente possível”. Assim como foi adotada pelo Ministro Celso Mello no julgamento de Medida Cautelar em ADPF nº45:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (STF – ADPF: 45, Relator: Min CELSO MELLO, Data do Julgamento: 29/04/2004, Data da Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

Posicionamento, que recebe críticas assim como a de Ricardo Lobo Torres com o argumento de que o viés apresentado pelo Ministro desvirtua o real objetivo da “Teoria da Reserva do Possível”, já que o Estado pode sempre extrair mais recursos da sociedade:

A reserva do possível, passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade finan-

ceira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática! (TORRES, 2009, p. 110).

Verifica-se, portanto, que existem muitos posicionamentos diversos na via judicial, inclusive no que diz respeito ao direito à moradia que exige uma disponibilidade orçamentária alta para a sua efetivação. Temos de um lado posições como a do Tribunal da Justiça do Estado de São Paulo, que acata o argumento da reserva do possível e que não reconhecem interferência do Poder Judiciário na Esfera da política habitacional:

Apelação. Direito à moradia (art. 6º, CF). Pretensão de obtenção de moradia do Município de Guararema após desocupação de imóvel localizado em área de risco. Ausência de nexo de causalidade entre ação ou omissão do Município e a situação de risco do imóvel desocupado. Desate pela análise do direito ou não à moradia. Embora as normas constitucionais imponham ao Estado a obrigação de adotar políticas públicas voltadas ao efetivo exercício do direito à moradia, não conferem a cada cidadão, isoladamente, o poder de exigir do Poder Público uma residência. Aplicação da reserva do possível. Impossibilidade de invasão do Poder Judiciário na esfera discricionária da política habitacional e social da Administração Municipal. Dado provimento ao recurso. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. (TJ-SP – APL: 00016961620118260219 SP 000169616.2011.8.26.0219, Relator: Heloisa, Data do Julgamento: 23/03/2015, 5ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 25/03/2015).

Por outro lado, temos Tribunais como o do Rio Grande do Sul que admite o controle judicial de políticas públicas quando ausente ou insuficiente a prestação por parte do serviço público.

DIREITO À MORADIA. PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”. DEMHAB.1. O Poder Judiciário tem admitido o controle judicial de políticas públicas, mormente quando ausente ou insuficiente a prestação por parte do poder público. Todavia, havendo política pública implementada, em princípio, não cabe ao Poder Judiciário interferir na gestão dos programas sociais. 2. A concessão de moradia no Programa “Minha Casa, Minha Vida” está condicionada à indicação ou seleção por sorteio do cidadão, observados os requisitos e procedimentos designados na Portaria n.º 140/2010 do Ministério das Cidades. Assim, a solução dos conflitos não se reduz ao reconhecimento abstrato do direito à moradia e do dever correlato de prestação do Estado, independentemente da relação com os demais membros da coletividade. Negado seguimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70048782247, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rela-

Análise decisões judiciais

Após análise de decisões judiciais sobre algumas ações que foram pleiteadas com o objetivo de dar efetividade ao direito à moradia, exigindo prestações positivas do Poder Público, conclui-se que as decisões não são unânimes, algumas pessoas conseguem a efetivação de seu direito e, outras esbarrarem no indeferimento do pedido.

Grande parte dos pedidos analisados, foram julgados improcedentes e, fundamentados nas questões orçamentárias e na doutrina da separação dos três poderes. Essas decisões discorrem que o Judiciário não poderia determinar a condenação do Poder Público, para a criação e a implementação de políticas habitacionais ou concessão do direito à moradia, pois implicaria em obrigações novas e interferiria na liberdade de atuação administrativa. Portanto, seria de escolha discricionária do Executivo e dependendo dos critérios de oportunidade e conveniência. Como versa, por exemplo, uma Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Capital. Área de preservação permanente. Favela do Córrego da Gamelinha, junto à Avenida Oswaldo do Vale Cordeiro, em Itaquera. Ocupação clandestina. Desocupação. Direito à moradia. Inclusão das famílias em programa de habitação social. 1. Defensoria Pública. Capacidade postulatória. Os defensores públicos estão sujeitos à inscrição na OAB, por exercerem a advocacia e por decorrência natural do art. 26 da LCF nº 80/94, dispensados apenas da apresentação de instrumento procuratório. Análise integrativa dos art. 4º § 6º e 26 da lei complementar. Inviabilidade do defensor público não inscrito na OAB. Hipótese concreta em que o Defensor Público é inscrito na OAB, o que permite considerar válido os atos processuais praticados. 2. Inclusão das famílias em programas de habitação social. O Município destinou às famílias que ocupavam o local uma verba para o atendimento habitacional. A condenação do Município a incluir os ocupantes em programa de financiamento habitacional implica em obrigação nova e interfere na liberdade de atuação administrativa, atribuindo ao juiz interferência injustificada sobre o restante da população. É hipótese que configura intervenção do juiz na política administrativa, sem respaldo justificado. Improcedência. Recurso da Defensoria desprovido. (TJ-SP – APL: 01134472620088260053 SP 0113447-26.2008.8.26.0053, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 13/05/2013, 10ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 14/05/2013).

Neste sentido, também caminha o Supremo Tribunal Federal, que entende que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais, sem que configure a violação ao princípio da separação de poderes. Mas, não considera, ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, somente a forma de

realizá-la.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA URBANA. APLICABILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. (STF – AgR ARE: 913304 DF- DISTRITO FEDERAL 0064652-03.2013.8.07.0001, Relator: Min EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/10/2019, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe-227 18 -10-2019).

Conclusão

Com as análises realizadas, conclui-se que apesar de existirem algumas políticas públicas, que visam diminuir o alto déficit habitacional existente no Brasil, as ações do Poder Público ainda são insuficientes para impactar significativamente na problemática do direito à moradia. Diante desta insuficiência, a população procura cada vez mais o Poder Judiciário, para resolver questões que seriam de competência das instâncias tradicionais, buscando suprir suas necessidades essenciais, com a prerrogativa do princípio da inafastabilidade da jurisdição. No entanto, a grande questão é que a instância jurisdicional enfrenta muitos limites de atuação, impostos pela legislação brasileira com objetivo de evitar interferências abusivas na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Neste sentido, o objetivo do trabalho, foi verificar como o Poder Judiciário se comporta diante desses limites em decisões que tratam da efetivação do direito à moradia. Verificou-se, após a análise e revisão documental e bibliográfica, que os tribunais brasileiros apresentam pouca interferência no que diz respeito à efetivação do direito à moradia e, não há uma pacificação nas decisões, algumas pessoas conseguem ter o seu direito garantido, outras esbarram no indeferimento do pedido, sob a justificativa de se tratar de uma

prerrogativa do Poder Executivo, respeitando principalmente o princípio da separação de poderes.

Apesar disso, essa atuação judicial ativa é necessária, e percebe-se que existem muitos esforços na tentativa de efetivar direitos fundamentais, e que por este motivo também, caracteriza-se o ativismo judicial. No entanto, conforme análises, não são suficientes para sanarem o problema da falta de moradia, pois mesmo que procedam aos pedidos, beneficiarão apenas a parte que litigou e os demais cidadãos que possuem da mesma garantia constitucional ainda não terão seu direito efetivado.

Portanto, o combate ao impasse apresentado, depende muito mais dos esforços do Poder Executivo, através de políticas públicas, organização orçamentária, criação de empregos, pois assim atingirá uma esfera maior da sociedade.

Referências

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado, n. 24. São Paulo, 2005, p. 340 e ss.

ANJOS, Írlen. **Ativismo Judicial e o risco à Legitimidade Democrática**. Jusbrasil. 2019. Disponível em: < <https://irlenn.jusbrasil.com.br/artigos/702976703/ativismo-judicial-e-o-risco-a-legitimidade-democratica> >. Acesso em: 13 de out. de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Artigo Científico**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743> > Acesso em: 08 out. de 2021.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, jurisprudência. 2019. disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772744763/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-913304-df-distrito-federal-0064652-0320138070001/inteiro-teor-772746063>>. Acesso em 02 de out. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, jurisprudência. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45**. Brasília, DF. 2004. disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf> >. Acesso em 02 de out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça, jurisprudência. São Paulo, SP. 2015. disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178375484/apelacao-apl-16961620118260219-sp-0001696-1620118260219>>. Acesso em 22 de ago. 2021.

BRASIL. Tribunal da Justiça, jurisprudência. Rio Grande do Sul, RS. 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219937525/apelacao-civel-ac-70064783335-rs>>. Acesso em 22 de ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça, jurisprudência. São Paulo, SP. 2013. disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116117120/apelacao-apl->

1134472620088260053-sp-0113447-2620088260053>. Acesso em 02 de out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça, jurisprudência. São Paulo, SP. 2013. disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113909040/apelacao-apl-136439152007826>

0053-sp-0136439-1520078260053>. Acesso em 02 de out. 2021.

DADOS REVISADOS DO DÉFICIT HABITACIONAL E INADEQUAÇÃO DE MORADIAS NORTEARÃO POLÍTICAS PÚBLICAS. Governo Federal, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/dados-revisados-do-deficit-habitacional-e-inadequacao-de-moradias-nortearao-politicas-publicas>>. Acesso em: 04 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes.** Massachusetts: Harvard University, 2006, p. 1-2.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** Âmbito Jurídico. 01 de dez. de 2013. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/amp/>> Acesso em: 27 de jun. de 2021.

LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 22 nov. 2021.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism.** In: University of Colorado Law Review. Forthcoming, vol. 73, September, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p 41.

MELLO, Celso de. **Defende ativismo judicial do STF. Direito do Estado.** 24/04/2008. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: 15 de ago. de 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MORÉ, João Batista da Cunha Ocampo. **Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais no Brasil.** Dissertação (mestrado), 2013. Universidade do Vale do Itajaí. Santa Catarina, p. 89.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 04 out. 2021.

REIS, Reisson R. dos; Izabelle. **A evolução histórico-jurídica do acesso à moradia no Brasil independente.** Revista Jus Navigandi. Julho de 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/66833/a-evolucao-historico-juridica-do-acesso-a-mo>

radia-no-brasil-independente> Acesso: em 18 de ago. de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Juliana Maria. **Direito à Moradia e Reserva do Possível: Como o Poder Judiciário Pode Solucionar Este Conflito**. Âmbito Jurídico. 08 de jul. de 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/outros/direito-a-moradia-e-reserva-do-possivelcomo-o-poder-judiciario-pode-solucionar-este-conflito/>> Acesso em 25 de set. de 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110

HABITAÇÃO ADEQUADA COMO FATOR DE DESINVISIBILIZAÇÃO SOCIAL

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória, Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela Faculdade Vale do Cricaré, Tabelião de Notas e Registrador Civil no município de São Mateus-ES, Registrador de Imóveis por 3 anos na cidade de Pacaraima-RR, e-mail: carlosmafj@gmail.com;

Resumo:

Este estudo propõe analisar, numa abordagem descritiva, o contexto em que a habitação adequada se torna um fator de desinvisibilização social. Inegável a contribuição deste tema no campo de gestão de políticas públicas, pois fomenta o debate da aplicação da justiça social via habitação adequada, aos que tem esse direito negado e, conseqüentemente, se tornam os invisíveis da cidade. Para fins metodológicos, propôs-se como caminho precursor desta pesquisa o método dedutivo, partindo-se da pesquisa bibliográfica, objetivando: conceituar a Invisibilidade Social, a Habitação Adequada, trazendo as principais mudanças ocorridas no Direito à Habitação no Brasil, analisando as políticas públicas brasileiras que visam garantir o direito à habitação após 1988, e a implementação do direito à habitação adequada após a REURB-S, verificando sua caracterização como uma política de desinvisibilidade social. Destacando, a questão do déficit habitacional, tanto pela falta ou pela inadequação, agravada pela inércia do poder público em adaptar as legislações, fazendo com que, cada vez mais as populações vulneráveis residam em áreas periféricas, adquiridas geralmente informalmente/ilegalmente, ocasionando uma segregação social, pois a falta de uma habitação adequada leva a diminuição da dignidade da pessoa humana, levando a invisibilidade desta parcela da população, segregada no espaço da cidade.

Palavras-chave: Habitação adequada; Invisibilidade social; Direito fundamental; Segregação.

Introdução

Numa perspectiva de que a habitação inadequada gera uma invisibilidade social, e se considerando que há um quase total desconhecimento das

peculiaridades das regiões irregulares no Brasil, com habitações em condições precárias, onde, muitas vezes às especificidades das políticas de urbanização regionais impossibilitam um total conhecimento da realidade, e onde existe uma luta cotidiana pela apropriação do espaço urbano que também afeta dimensões políticas, econômicas e sociais.

É, portanto, inegável que o tema da habitação ainda é, na dimensão da desigualdade e da exclusão social, motivo de preocupação para toda a sociedade. Justificando a curiosidade e constituindo-se matéria de ser motivo de constantes processos de pesquisa.

Se considerarmos que na ocupação do espaço urbano a exclusão de uma parcela da sociedade é fruto da hierarquização do capitalismo em relação ao poder social de cada família. Fazendo insurgir pela cidade ocupações irregulares e, esse fenômeno tem sido objeto da devida atenção por parte do Poder Público, que se utiliza das mais variadas estratégias para apresentar solução ao problema do déficit habitacional. Pois insurgem pelas cidades ocupações irregulares e, esse fenômeno carece da devida atenção, sendo, portanto, objeto dessa pesquisa.

Sabedores de que os conflitos ocorrem, principalmente, devido à disputa de interesses sobre um determinado bem, espera-se que este artigo possa contribuir com a disseminação densa e crítica de uma reflexão sobre esse segmento da sociedade, os invisíveis nos planejamentos urbanos.

Diante do conflito existente devido à falta de habitação para uma parcela da população brasileira, faz-se necessário compreender de que forma o direito à habitação adequada constitui um instrumento de desinvisibilização social?

Para a realização desse trabalho, utilizou-se princípios próprios da pesquisa bibliográfica, a partir do método dedutivo, que consiste na estruturação de ideias pré-existentes para compor um novo pensamento lógico. E, dentre os teóricos pesquisados, aponta-se um destaque para as obras de Abbé Pierre (1958) “O drama da habitação popular” e Boaventura de Sousa Santos, em “Poderá o direito ser emancipatório” publicada na Revista Crítica de Ciências Sociais (2003), e A gramática do tempo: para uma nova cultura política (2010), ao realizar a etapa de fichamento. E, de forma complementar outros pesquisadores sociais do direito, acrescido das legislações irão compor o texto a seguir. Tendo como objetivo geral descrever de que forma o direito à habitação adequada constitui um instrumento de desinvisibilização social. Propondo a seguinte organização do texto: iniciar com as noções introdutórias da pesquisa, passando para a conceitualização da expressão ‘Invisibilidade Social’ sob o contexto da Habitação Adequada; trazendo a seguir, uma síntese das principais políticas públicas brasileiras implementadas no Direito brasileiro sobre a Habitação, analisando as políticas públicas instituídas após a Constituição de 1988; e, o último capítulo aborda a questão da habitação adequada e a política de desinvisibilidade social.

Invisibilidade social

A invisibilidade social caracteriza-se pela queda vertical na oferta de bens coletivos, a determinados grupos/pessoas, entre os quais Santos (2010, p. 287), aponta: saúde, o ensino e a habitação. A habitação, em especial, devido a abrangência do tema escolhido, nivela as pessoas, enquanto segmento básica da integração da pessoa aos direitos fundamentais, assim como sua integração social.

Pierre (1958) afirma que “muito mais da metade dos habitantes do globo – isto consta dos relatórios científicos das Nações Unidas – não têm casa? E casa, neste relatório, é apenas o local em que dois esposos podem recolher, sozinhos, na sua dignidade de seres humanos, e não animais num estábulo”.

Faz jus aqui as palavras de Dom Helder Câmara, parte do livro do Abbé Pierre (1958), “que a beleza de uma cidade não está em seus edifícios soberbos, em suas praças magníficas, nem mesmo em suas bibliotecas e em seus Templos, mas em não ter sem-teto em não ter favelas” Se, por não ter favelas, entendemos as ocupações irregulares nos espaços das cidades, que decorrem do conflito social que é a falta de habitação e moradia, fator de invisibilização social de parcela da população.

Ao propor tratar do conceito de invisibilidade social neste capítulo, é interessante citar Fernando Braga da Costa (2008), que ao falar de invisibilidade pública em seu doutoramento, trouxe ao debate acadêmico uma já existente preocupação social que é o tema da justiça social, trazendo à tona questões de desigualdade e exclusão. E, nesse ponto, abrir-se-á um parêntese para os dizeres de Gili (2016), que, não somente na academia, o tema da invisibilidade das margens tem ocupado a atenção de programas sociais e veículos de comunicação há algumas décadas.

E, em se tratando do conceito de invisibilidade social, inicia-se este estudo a partir do pensamento crítico de Boaventura de Sousa Santos (2003), onde essa injustiça social acometida contra o cidadão que não tem seus direitos sociais garantidos pelo Estado, é entendida como um projeto cultural político e social de que apenas existem manifestações embrionárias. Para Santos (2010, p. 130) “há em cada cultura aspectos demasiado centrais para poderem ser postos em risco pelo confronto que a zona de contato pode representar ou aspectos que se consideram serem inerentemente intraduzíveis noutra cultura”. Como exemplo, o próprio Santos (2010) destaca que a desigualdade e a exclusão, dois sistemas de pertença hierarquizada.

E, se, a miséria é o juiz do mundo, como afirma Pierre (1958), pensando nos invisíveis que existem nas cidades, em decorrência dessa notória desigualdade, com perspectivas de se tornar abissal, cada vez mais, surgem grupos vulneráveis, a exemplo das pessoas sem moradia e habitação adequada, com tendência a se cristalizarem nessa condição até que efetivamente se tornem invisíveis sociais em loteamentos clandestinos, favelas e todo tipo de ocupação irregular. Em outras palavras, há tendência para um novo modelo de re-

gulação social que, “[...] por um lado, produz a desigualdade e a exclusão e, por outro, procura mantê-las dentro de limites funcionais, está hoje em crise” (SANTOS, 2010, p. 285). Há, hoje, políticas que representam o máximo da consciência possível da modernidade capitalista, como afirma Santos (2010), que são as políticas de desinvisibilização social, contra a desigualdade e exclusão.

Para fins deste estudo, o que vamos chamar de processo de invisibilização onde a vulnerabilidade tem o significado de tornar grupos sociais passíveis de desrespeito aos direitos fundamentais pertinentes a qualquer pessoa, tais como a vida, a liberdade, a alimentação, a educação, o trabalho, a moradia, enfim, ao de usufruir das condições básicas para uma vida digna (NONATO; RAIOL, 2016, p. 92). E, portanto, a pessoa que está nessa situação torna-se um “excluído”, um “invisível”, impossibilitado de partilhar moradias com o mínimo de habitabilidade, resultando em verdadeiras favelas³¹¹ urbanas que, certamente, ocasionarão outros sérios prejuízos à sociedade.

Desde a Constituição de 1988 o direito à moradia está classificado como um direito fundamental dos cidadãos, no entanto, somente no ano 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26 (EC26), declara Nascimento (2013, p. 26) “houve a consagração do direito à moradia como um direito constitucional brasileiro”.

Verdadeiramente, a emenda nº 26/2000, que trouxe explicitamente a inclusão do direito à moradia, nada significou de mudança real nos projetos de habitação popular, todavia, chamou a atenção de todos para tal assunto, pois a partir de tal, qualquer um que lesse o texto da constituição veria este “novo” direito.

Habitação adequada e a política da desinvisibilidade social

O direito à habitação adequada vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões jurídicas, sociais e acadêmicas, em face dos altos índices de déficit habitacional nas cidades brasileiras.

Segundo a Fundação João Pinheiro (2018) sob uma perspectiva sociológica, o problema da falta de moradia revela o dinamismo e a complexidade de determinada realidade socioeconômica. E, pela primeira vez na história, afirma Santos (2010), a igualdade, a liberdade e a cidadania são reconhecidas como princípios emancipatório da vida social, há pois que se buscar alternativas de gestão das cidades mais democrática.

Adentrando na questão de habitações irregulares, o IBGE aponta a existência de aproximadamente 56,7 milhões de domicílios urbano, sendo 18 milhões de domicílios urbanos irregulares. Segundo dados divulgados pela Fundação João Pinheiro (2018) as características que colocam os domicílios na condição de irregular englobam a deficiência nas moradias, que muitas vezes,

311 Áreas periféricas onde um grande número de pessoas se aglomera, na maioria das vezes áreas ilegais (Nonato & Raiol, 2016, p. 82).

não estão em condições de serem habitadas em razão da precariedade das construções ou do desgaste da estrutura física.

Os dados da Fundação João Pinheiro trazem à tona características dos processos informais de ocupação do solo urbano nas cidades do Brasil, e “o déficit habitacional estimado para o Brasil, em 2016, foi da ordem de 5,657 milhões de domicílios, dos quais 4,849 milhões estão localizados em área urbana e 808 mil em área rural. Em termos relativos, o número total representa 8,1% do estoque total nacional de domicílios particulares permanentes e improvisados do país” (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2021, p. 14). E, que por consequência produzem um impacto negativo sobre as cidades e sobre a população urbana como um todo.

Por isso, ao tratarmos do direito à habitação, este, não pode ser compreendido apenas como o direito de viver em um local com paredes e teto, e que o conceito de habitação adequada, abrange além de construções adequadas de habitação, uma urbanização que ofereça infraestrutura dos serviços básicos, água, transporte público, assistência de saúde, educação, lazer, dentre outros. Com base nesses princípios, a Fundação João Pinheiro (2018) aponta que a inadequação das habitações está relacionada às especificidades dos domicílios que prejudicam a qualidade de vida de seus moradores.

O Estatuto da Cidade reafirma os princípios básicos estabelecidos pela Constituição da União, preservando o caráter municipalista, a centralidade do plano diretor como instrumento básico da política urbana e a ênfase na gestão democrática (CARVALHO, 2001). Mas, segundo Santos (2010, p. 338) o primeiro princípio é que não basta pensar alternativas, como dito no início deste capítulo, já que o pensamento moderno de alternativas tem se mostrado extremamente vulnerável à inanição, que porque as alternativas são irrealistas e caem no descrédito.

Assim, somam-se os desafios das áreas urbanas: transporte público de qualidade, necessidade de construção de habitações populares adequadas a preço acessível, de urbanização de favelas, de melhorias nas residências precárias, de ampliação dos serviços de infraestrutura e de regularização fundiária nos bairros populares (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2018). Nesse contexto, é imperioso refletir se as políticas que regularizam e buscam efetivar os espaços irregulares das cidades, são ferramentas capazes de desinvisibilizar os cidadãos que estavam à margem no quesito inserção social urbana.

A título de exemplo das políticas de habitação que no Brasil foram implementadas, temos a Lei nº 11.977/09 – conhecida pela criação do Programa Minha Casa Minha Vida, que tinha como foco financiar a aquisição, produção ou reforma de imóveis urbanos ou rurais por população de baixa renda – foi marco na política de desinvisibilidade social instaurada no país. No entanto, tal qual aponta a Fundação João Pinheiro (2018, p. 17) “[...] em função da interdependência da moradia com outras esferas nem sempre um simples incremento dos programas de habitação é a solução mais indicada para melhorar as condições habitacionais da população pobre”. Com isso, ainda é muito ne-

cessário e relevante discutir a heterogeneidade e desigualdade social de nosso país, para criarmos, como diria Santos (2010, p. 338) “um pensamento alternativo de alternativas”.

Ainda, nesse contexto de planejamento e organização que desinvisibiliza essa parcela da população sem habitação ou em moradias inadequadas, surge o Plano Diretor, que visa o planejamento de ações futuras, quanto à organização da cidade, fixando as diretrizes da política urbana de um município.

E se faz, igualmente importante ressaltar que, “[...] a dignidade da pessoa eleva o homem à condição de fim último de concretização do direito” (SCHERER, 2015, p. 58). Assim, o que se espera é que o direito fundamental à moradia tenha efetivação, seja ela por meio do Estado ou de particulares, na medida em que passe a garantir aos cidadãos as condições mínimas para a sua existência e dignidade.

Conclusões

Doravante a legislação do país seguir avançando sobre os princípios e conceitos do que seja uma habitação adequada, sempre e ainda, são muitas as habitações consideradas inadequadas. Assim, observa-se, nos dados da pesquisa que o processo de urbanização do país tem contribuído para a proliferação de processos informais de ocupação do solo e, nestes, a construção de habitações inadequadas produzem um impacto negativo sobre as cidades e sobre a população urbana como um todo, aumentando índices de pobreza e um processo de invisibilidade social.

E, por invisibilidade social, entende-se uma política vertical de oferta dos bens coletivos, sendo a habitação um destes bens, e está garantida no rol dos direitos sociais e tem por objetivo garantir ao indivíduo um lugar de morada. Nesse contexto, esta pesquisa cumpriu seu objetivo inicial de refletir se as políticas que regularizam e buscam efetivar os espaços irregulares das cidades são ferramentas capazes de desinvisibilizar os cidadãos que estavam à margem no quesito inserção social urbana.

Na pesquisa destaca-se que foi a partir da CRFB/88 que pela primeira vez na história do país, a igualdade, a liberdade e a cidadania passaram a serem reconhecidos como princípios emancipatórios da vida social. E, também, marco regulatório das políticas públicas que objetivam a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. A partir deste período as políticas públicas de habitação surgem, no Brasil, como instrumentalidade a favor de mais acessos a habitação, a exemplo do Estatuto da Cidade, que instituiu uma regulação federal para a política de urbanização.

No que tange ao enfrentamento da situação de desinvisibilidade social, a pesquisa traz à tona que ainda são muitos os desafios a serem enfrentados pela gestão pública no processo de urbanização das cidades brasileiras no enfrentamento das desigualdades sociais. E, observa-se que as legislação e políticas públicas implementadas ainda não foram capazes de superar o fenômeno

socioeconômico e sociocultural que ainda colocam muitos cidadãos às margens, nos espaços urbanos, fazendo-os ou mantendo-os segregados.

E, de modo até simplório, devido a inescotabilidade do tema, conclui-se que as políticas e os programas de habitação de interesse social brasileiros devem estar em sintonia com outras estratégias de gestão pública, só assim será possível criar novos mecanismos legislativos e políticos que, pelo menos, impeçam o aumento da desigualdade e exclusão dessa parcela da população, efetivando ações de desinvisibilidade social.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília, 2001.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de Julho de 2009**. Brasília, 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Brasília, 2017.

CARVALHO, S. N. de. **Estatuto da cidade: aspectos políticos e técnicos do plano diretor**. São Paulo Perspec. 15 (4)Dez 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000400014>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

COSTA, F. B. da. **Moisés e Nilce: retratos biográficos de dois garis. Um estudo de psicologia social a partir de observação participante e entrevistas**. Tese apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Psicologia. São Paulo. 2008.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2015**. Belo Horizonte: FJP. 2018. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/verDocumento.php?iCodigo=76871&codUsuario=0>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Metodologia do deficit habitacional e da inadequação de domicílios no Brasil – 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/RelatorioMetodologiadoDeficitHabitacionaledaInadequacaodeDomiciliosnoBrasil20162019v1.0.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

GILI, S.. **Invisíveis na cidade: invisibilidade social nos livros ilustrados contemporâneos**. Caderno de Letras, nº 27, Jul-Dez – 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/cadernodeletras/article/view/8816/0>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

NASCIMENTO, M. C. G.. **Regularização fundiária urbana de interesse social brasileiro**. Dissertação apresentada ao departamento de direito do Estado como exigência para obtenção do título de mestre. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

NONATO, D. do N. RAIÃO, R. W. G.. **Invisíveis sociais: a negação do direito à cidade à população em situação de rua**. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade | e-ISSN: 2525-989X | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 81-101 | Jul/Dez 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322594801_Invisi

veis_Sociais_A_Negacao_do_Direito_a_Cidade_a_Populacao_em_Situacao_de_Rua>. Acesso: 16 jul. 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, ISBN 978-85-309-7426-8

PIERRE, A.. **O drama da habitação popular**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livaria Agir Editora. 1958.

ROLNIK, R.. **O que é cidade**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

ROLNIK, R.. **Regulamentação urbanística no Brasil: conquistas e desafios de um modelo em construção**. 2000. Disponível em: <<https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/10/regulacao-urbanistica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. de 2021.

SANTOS, B. de S. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3 ed. São Paulo: Cortez. 2010.

SANTOS, B. de S. **Poderá o direito ser emancipatório**. Revista Crítica de Ciências Sociais. 65. Maio. p. 3-76. 2003. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/1180>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SAULE JÚNIOR, Nels. ROLNIK, R.. **Estatuto da Cidade: novos horizontes para a reforma urbana**. (Cadernos Pólis, 4). São Paulo: Pólis. 2001.

SCHERER, M. D. **Regularização fundiária: propriedade, moradia e desenvolvimento sustentável**. Dissertação submetida ao curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí – SC. 2015..

UNITED NATIONS. Committe on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment N° 04: **The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1)**. Geneva, 1991. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Aceso em: 26 ago. 2021.

O ENFRAQUECIMENTO DE POLÍTICAS ESTATAIS PARA A MANUTENÇÃO DO DIREITO À MORADIA NA AMERICA LATINA FRENTE À PANDEMIA DO NOVO CORONA VIRUS

Carlos Magno Sousa de Lima Freitas

Carlos Magno Sousa de Lima Freitas

Filiação Acadêmica: Associação Caruaruense de Ensino Superior e Projeto Justiça Internacional e Direitos Humanos LAPRI ASCES-UNITA.

Resumo:

O presente artigo versa o debate da necessidade da garantia legal do direito fundamental à moradia na América Latina em um contexto de pandemia, pois a crise sanitária pôs em relevância problemas no sistema de distribuição de moradias e superlotação de casas neste continente, além da necessidade de políticas públicas. A resolução 1/2020 promulgada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos trouxe uma atualização sobre o tema moradia na região latino-americana, e o que se destaca dentre outros temas é a diminuição de políticas de subsídio por parte do Estado com a população desprovida de recursos materiais para a “aquisição” ou dignidade de moradia e saneamento. Como consequência do déficit habitacional somado a inadequação de moradias já existentes, pessoas de vários países do continente foram às ruas em plena pandemia a protestar, favorecendo o aumento nas chances de contágios pelo Covid-19, causando um alarme global.

Palavras-chave: Diretos humanos; Políticas públicas; Direito à moradia; Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

Diante de um cenário de calamidade pública e a necessidade de que toda a população se ponha em quarentena isolando-se em suas residências, a garantia do direito à moradia se demonstrou um direito básico que muitas vezes não é prestado pelo Estado em alguns lugares da América Latina; sendo assim iremos abordar os países Argentina, Brasil, Colômbia e Chile; devido a sua relevância socioeconômica e política onde se encontram. Baseando-se em pesquisas bibliográficas com referencial teórico em direitos humanos e políticas públicas, além de pesquisas documentais fundamentadas; o objetivo deste

estudo é reforçar o direito fundamental a moradia e apresentar de forma superficial os processos de distribuição de moradias e seus déficits habitacionais na América Latina, correlacionando com sua análise histórica, e em continuação desenvolver um debate sobre a dignidade dessas moradias para auxiliar no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus e como este princípio se perpetua ou não na América Latina, estruturando-o com problemáticas evidenciadas na América Latina e possíveis soluções, baseando-se em princípios fundamentais dos direitos humanos.

1. O real direito à moradia na América Latina

Os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo Estado ligado ao princípio republicano e constitucional que garante a liberdade e igualdade do indivíduo, trazendo como meio para tanto, a possibilidade de o próprio Estado intervir na vida do indivíduo para garantir tais direitos. (MAYORGA, 1988)

Entre estes, nomeadamente, encontra-se o direito à habitação, ligado à ideia da dignidade das pessoas, pelo que se pode deduzir que para a sua concretização é necessária uma ação do Estado. (MEDEIROS; KRÜNGER, 2021). Assim como o Brasil, outros países da América Latina como o Chile, Argentina e Colômbia no final do século XIX, a grande parte da população se direcionou aos grandes centros urbanos em busca de novas e diversas oportunidades, devido a construções de fábricas, indústrias etc. Isso desencadeou uma melhor qualidade de vida, e assim como no Brasil, esses centros urbanos passaram a ter um grande fluxo de pessoas e um grande número da população teve que migrar para áreas periféricas das cidades devido também aos altos custos de manutenção da moradia básica. Vale citar como exemplo a população do Chile, que em muitos casos essas pessoas tiveram seus direitos e oportunidades advindos com modernidade tolhidos e passaram a viver em condições rústicas para muitas vezes terem um teto para morar. (SALAZAR, 1985).

A consequência desse “êxodo rural”, foi o aumento nos números de favelas, segundo o Ministério da habitação chileno identificou-se 822 favelas no país, que em sua maior parte carecem também de acesso à serviços mínimos e básicos, como água, saneamento e eletricidade – um aumento de 78 por cento em relação a 2011; ademais, neste mesmo comunicado, revelou-se que estas favelas representam um total de 46.423 casas, das quais só 10 por cento têm acesso a água potável. (DE LA JARA, 2018). Em síntese essa situação alarmante se estende a grande maioria dos países da América Latina e é importante também tratar desse assunto porque na maioria das vezes as pessoas que vivem em determinada área periférica das cidades sofrem mais com o descaído do poder público; dito isso, vamos explanar os números de mais 3 deles (Brasil, Colômbia e Argentina). Na Colômbia mais precisamente, no oeste de Medellín, encontra-se a mais popularmente conhecida “La Comuna 13”, já

considerada uma das mais perigosas da América Latina, se encontram famílias de baixa captação econômica e por causa de sua fama muitos, moradores se encontram em situações desumanas, para ilustrar algumas situações que ocorreram nesta localidade foram, mal funcionando no tratamento de esgoto em algumas moradias por falha de filtração, o que resultou em dejetos de fezes encontrados na água dessas casas. Além disso, a falta de planejamento para comportar o elevado número de pessoas que vivem ali, o que se percebe são muitas casas em situações precárias. (ORTIZ,2015).

Na Argentina, segundo dados da UCA (UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA, 2014), devido a diversos fatores políticos e econômicos a porcentagem da pobreza neste país é maior de 30%. O resultado destes dados consequentemente traz como reflexo a qualidade das moradias, pois com um país em crise política e com grande percentual da inflação, as formas de investimento em áreas básicas da sociedade e principalmente em áreas de pouco retorno financeiro para os investidores são muito afetados, ao passo esses fatores desencadeiam a difusão de lugares com níveis oscilações de pobreza, pois esta população deve vincular o baixo salário com a alimentação saúde e vestimenta. Vale salientar que o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-Habitat) estima que um quarto da população urbana mundial ainda vive em favelas e a mesma porcentagem se aplica à América Latina (REBOSSIO, 2020).

No Brasil, por se tratar do maior território da América Latina se concentra o maior número de favelas, de acordo com o IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010) existem cerca de 6,3 mil favelas espalhadas pelo país, e como já foi exposto anteriormente, o que chama atenção nessas localidades são a quantidade precária ao acesso a moradias. Para se ter noção o IBGE, nos anos de 1950 decidiram incluir pela primeira vez a contagem da população da favela do distrito federal na contagem da população; posteriormente, desta vez adotou-se um parâmetro diferente para contagem da população nas favelas em São Paulo, e como um dos parâmetros de contagem utilizou-se critérios específicos como as condições precárias das casas e saneamento. (IBGE,1953)

Hoje, o mesmo instituto adotou a expressão “aglomeração subnormal” como parâmetro de classificação; conforme o Manual de Delimitação dos Setores, o Censo 2010, classifica como aglomerado subnormal “[...] cada conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais carentes, em sua maioria, de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e densa.” (IBGE, 2010).

Ainda no Brasil, a crise econômica enfrentada por longos períodos teve influência até mesmo nos preços dos aluguéis pois se tornaram mais caros segundo a Fundação Getúlio Vargas (FGV,2020). Aliado a falta de oferta de moradias para a população de baixa renda são os principais motivos para o crescimento sistemático das favelas, seja com novas ocupações, seja a partir

da verticalização ou densidades crescentes da população, a soma de todos esses fatores facilita para a criação de outro problema social, pessoas em situação de rua; de acordo com um levantamento feito em setembro de 2021 pelo projeto Incontáveis, do Programa Transdisciplinar Polos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) cerca de 160 mil pessoas vivem em situação de rua no Brasil (BAND NEWS, 2021), isso nos permite pensar, como manter um isolamento social nestas condições?

2. Políticas públicas realizadas por Brasil, Argentina, Colômbia e Chile para satisfação do direito à moradia

No que é de respeito às ações públicas até então realizadas em 2008 no Brasil, para atendimento dessas pessoas em situação de rua, a pesquisa nacional apontou que as atuações são estritas a atenção apenas superficiais, e que não investem no desenvolvimento pessoal e independência dos indivíduos, o que se faz necessário o reconhecimento da complexidade da problemática, o planejamento integrado e sua priorização enquanto intervenção realizada a partir de um conjunto articulado de políticas públicas de Estado (BRASIL, MUNDO SEM POBREZA 2008). A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua entende que para o enfrentamento dos processos de “rualização” são necessárias ações integradas de saúde, assistência, cultura, educação etc., buscando contemplar a integralidade, isso abarca não somente os princípios e diretrizes dos documentos da própria pesquisa, mas também ações concretas a serem realizadas por cada área, incluindo processos de participação da população usuária, com vistas a estimular o seu protagonismo. (BRASIL, MUNDO SEM POBREZA, 2008)

Tanto no Brasil quanto na Colômbia, ambos têm um processo muito semelhante para solicitar algum subsídio ou ajuda do governo para financiar ou comprar casa própria. O Chile com essa perspectiva, foi criado em 1936 o Fundo Popular de Habitação, por meio do qual foram aperfeiçoados os padrões e critérios para a construção de empreendimentos habitacionais públicos. No Brasil, o programa pioneiro para implementação de direitos fundamentais foi o PAC (PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO), criado em 2007 e dentro desse planejamento se destacaram obras de infraestrutura social e Urbana no Brasil onde incluía o programa Minha casa minha vida, atual casa verde amarela. Segundo um balanço feito pelo Ministério de Planejamento em 2012, o número de moradias entregues por meio do programa Minha Casa Minha vida soma-se 934,8 mil desde sua criação. (CORREIO BRAZILIENSE, 2012) De acordo com o balanço do PAC 2 (PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO 2), foram concluídos 826 empreendimentos do Programa de Urbanização de Assentamentos Precários. O valor contratado chegou a R\$27,8 bilhões. Desse total, R\$ 18,9 bilhões se referia à primeira etapa do PAC, entre 2007 e 2009, e R\$ 8,9 bilhões à segunda etapa, que englobou projetos aprovados entre 2011 e 2014.

(PEDRUZZI; CRUZ e MÁXIMO, 2012). Em 2020 o novo programa Minha Casa Minha vida ,agora, casa verde amarela houve uma diminuição no repasse do governo para a investidora em moradias segundo relatório produzido pela SECAP (Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria), vinculada ao Ministério da Economia, mostrou-se que o subsídio do governo federal ao programa Minha Casa Minha Vida (atual Casa Verde e Amarela) caiu 45,1% em 2020, na comparação com 2019, foram R\$ 2,1 bilhões a menos repassados ao programa.(SECAP, 2020). No caso da Argentina, o programa de acesso à moradia atende quase que os mesmos moldes do antigo programa brasileiro Minha Casa Minha Vida. (REDE BRASIL ATUAL, 2012).

No entanto, vale ressaltar a Colômbia, neste um dos principais auxílio é o “Colsubsídio”, no qual gere a contribuição monetária de que necessita para a sua casa própria esse auxílio em dinheiro que é entregue apenas uma vez como beneficiário numa das três modalidades (Aquisição, Melhoria ou Construção de Moradia Própria), para que possa adquirir, construir ou melhorar a sua casa. Até 2015 o Colsubsídio beneficiava as modalidades de subsídio familiar de moradia para mais de 13 mil famílias de trabalhadores afiliados ao programa com salário médio, de acordo com o Estudo da população filiada é de um salário-mínimo mensal de um a dois salários-mínimos mensais vigentes “SMMLV, Salários Mínimos Mensuales Legales Vigentes” que estão na categoria de população vulnerável. (Flujograma Divulgacion Subsídio De Vivienda, Colômbia, 2015)

A Coordenação de Divulgação e Solicitação do Auxílio Habitação Familiar é o órgão que está encarregado de publicar e transparecer os requisitos e condições para requerimento do subsídio familiar de habitação (SFH), receber aplicações, verificar, digitar, arquivar no sistema de informação de habitação (SIH), pedidos de subsídio e acompanhamento das habilitações para as inconsistências relatadas em cada corte ou alocação de subsídios com uma periodicidade por mês (PARRA,2016). A respeito dessas informações de solicitação Parra demonstra em seu artigo:

Em média em 2016, 1.700 pedidos de auxílio-moradia familiar são protocolados durante o mês, correspondendo às três modalidades: Aquisição de Casa, Melhoria de moradia e Construção em Terreno Próprio, são feitos entre 400 e 500 pedidos de ajustes ao novo valor do subsídio, conforme decreto 412 de 07 de março de 2016 e manter de duas a três salas de concessão por ano, dependendo do cumprimento das colocação e metas orçamentárias para alocação de FHIS (Fundo de Habitação de Interesse Social), com atendimento de 6.000 a 8.000 pessoas.(PARRA, 2016).

Nesses vinte anos, as cidades colombianas cresceram seguindo processos de metropolização e compactação, nos quais os assentamentos de baixa qualidade tiveram uma importante participação. Uma última pesquisa feita em 2011 afirmou que, 3.828.055 famílias estão com déficit em nível nacional:

1.307.757 têm um déficit habitacional quantitativo, enquanto 2.520.298 têm um déficit qualitativo. “No caso de Bogotá, de 369.874 famílias com déficit, 282.678 têm déficit habitacional quantitativo e 87.197 têm déficit qualitativo.” (SAMPER, 2011).

Identifica-se alguns problemas do setor habitacional na Colômbia que podem ser descritos como as ausências e divergências entre os atores vinculados à gestão, insuficiência, inflexibilidade, pouca permanência e baixa qualidade da moradia oferecida, e os erros e desigualdades na aplicação dos recursos. Tudo isso impacta negativamente a construção de um habitat de qualidade. A realidade pode ser diferente se o progresso for feito em uma direção abrangente e alguns esforços e iniciativas positivas forem revisados, que se adotados em escala maciça mudariam significativamente o rumo e as condições da dinâmica habitacional no país. É evidente que o desafio é grande e o momento de pandemia pode não ser o mais oportuno, mas é necessário rever ações e gerar inovações, que se propõem enquadrar alguns princípios gerais que podem servir de exemplo para toda América Latina como um referencial para o planejamento e execução nos planos de moradia como (Moradia diversificada e flexível e moradia suficiente e de qualidade). (SAMPER,2011).

3. A falta de moradia digna na América Latina e a ploriferação do coronavírus

Percebemos que os governos da América Latina enfrentam vários problemas em efetivar os direitos dos cidadãos para garantir tanto ao direito da moradia quanto ao direito da moradia digna. entretanto em tempos de pandemia estes direitos que já eram difíceis de serem promovidos ou garantidos nestes países ocuparam quase que um lugar “backstage” no que se trata de direitos fundamentais. Isso se deve como já foi mencionado à pandemia do novo coronavírus; A atual crise sanitária e econômica que se gerou a partir da difusão da COVID-19 no Brasil, Colômbia, Chile e Argentina e no mundo, revelou uma multiplicidade de conflitos que ficaram na sombra das preocupações das agendas públicas dos governos federais. Particularmente em alguns países da América Latina, a pandemia afetou todas as áreas da vida diária: economia, educação, trabalho e saúde, apenas para citar alguns. Consequentemente, esse processo tem evidenciado a coexistência de uma variedade de demandas, necessidades e preocupações latentes que não foram tratadas de forma integral pelos governos federais ao longo dos anos, e que hoje se tornam mais agudas pelo fato de uma das medidas para combater o coronavírus é o confinamento. Assim, no que diz respeito ao acesso à habitação e às condições mínimas de habitabilidade no espaço, tem assumido uma importante centralidade.

Vale ilustrar o caso do Chile, neste país, o déficit habitacional em 2017 atingiu 2,2 milhões de pessoas, porém, desconsiderando a situação dos inquilinos e sub-inquilinos, nem a situação dos migrantes nem das pessoas que

vivem na rua; apenas familiares e habitantes de casas degradadas, podemos dizer que o número real excede em muito o que está estipulado em seu plano nacional. Além disso é mister considerar dois fatores distintos no que se trata em moradia, de um lado, a quantitativa e, de outro, a qualitativa. (CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, 2019) O primeiro, de acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Família do Chile, contempla o número total de domicílios necessários para atender as necessidades das pessoas que vivem em domicílios próximos, aglomerados superlotados e ou domicílios irrecuperáveis (SANTIAGO, 2019.)

Enquanto o segundo contempla as condições materiais, propriedades espaciais e funcionais do parque habitacional existente e que, portanto, requerem reparação ou reconstrução. A CIDH (COMISSAO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) 1/2020 em sua visita à América Latina denunciou a miséria que muitas pessoas estão enfrentando como a falta de água potável e saneamento. (CIDH,2020).

As Américas são região mais desiguais do planeta, caracterizada por profundas disparidades sociais em que a pobreza e a pobreza extrema constituem um problema transversal a todos os Estados da região, bem como pela falta ou precariedade no acesso a água potável e saneamento, insegurança alimentar, situações de contaminação ambiental e falta de moradia ou de habitat adequado. A isso somam-se altas taxas de informalidade do trabalho e renda precária que afetam grande número de pessoas na região e tornam ainda mais preocupante o impacto socioeconômico da COVID-19. Tudo isto dificulta ou impede que milhões de pessoas tomem medidas básicas de prevenção contra a doença, em particular quando afeta grupos em situação de especial vulnerabilidade (CIDH, 2020).

Ainda em relação à moradia e a qualidade destas, no Chile, de acordo com os dados apresentados pela Pesquisa CASEN ou “Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional” no de 2015, cerca de 391.546 famílias chilenas não tinham sua própria residência, isso significa que fazem parte do quantitativo do déficit habitacional. Na mesma pesquisa, constatou-se que cerca de 90% de 100% desse déficit corresponde a famílias que moram próximas umas das outras e, por fim, que mais de 400 mil pessoas vivem aglomeradas, sem um espaço digno para recebê-las. Em relação ao déficit qualitativo (domicílios que possuem alguma exigência qualitativa, ou seja, necessitam de obras de ampliação, benfeitorias ou conservação de material, acesso a serviços básicos), registra-se que essa situação atinge 1.217.801 famílias chilenas. (SANTIAGO, 2019.)

Ainda em consonância com a mesma instituição de pesquisa, no panorama geral do déficit habitacional, trazendo uma evolução de 2017 em relação a 2015, foi apontado um crescimento de 13% do déficit habitacional total; um aumento de 35% no déficit habitacional devido a denúncia e; uma redução de 7% no déficit habitacional devido à deterioração. Com esse cálculo, foi registrado um déficit habitacional total do país de 739.603 moradias para

2.218.809 milhões de pessoas, que desagregadas nas variáveis citadas são, de um lado, 425.660 moradias para finalizar a alegação e, de outro, 313.943 moradias para substituir as unidades deterioradas. (FUNDACIÓN VIVIENDA CHILE, 2019.)

Todos estes dados nos levam a mais questionamentos a respeito da política ou a falta dela para a manutenção da moradia em plena pandemia: como os governos latino-americanos pretendem evitar a propagação da pandemia com estas condições ofertadas de isolamento pensando num contexto atual e futuro? Será que essas condições de vida são plenamente ou minimamente dignas e condizentes com os direitos humanos?

De acordo com o jornal El País, a crise na saúde na pandemia revelou mais problemas na produção e distribuição de moradia popular na América Latina devido ao tamanho reduzido e a má qualidade das casas (EL PAÍS, 2020). A pesquisa também apontou que muitas famílias não estão conseguindo respeitar as recomendações de isolamento da OMS (Organização Mundial da Saúde) devido às condições muitas vezes indignas de suas casas, muitas dessas casas não têm água, esgoto, ventilação, transporte, eletricidade ou acesso à Internet; deficiências que podem causar problemas ocupacionais e de saúde durante longos períodos de confinamento. Além disso, algumas dessas populações vivem em periferias distantes do restante da população, em bairros sem acesso a serviços básicos, áreas verdes, escolas ou hospitais, somando-se assim mais problemas junto com a própria pandemia global do Covid-19, ressalta o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). De acordo com o jornal El País, “[...] ainda há casas nos países como México, Brasil ou Colômbia que não medem mais de 40 metros quadrados e onde não cabem móveis básicos.” (EL PAÍS, 2020).

Comparando o Brasil com os demais países mencionados, o Brasil sofreu e ainda sofre com o descaso político em relação a moradia e sua dignidade, quando as autoridades sanitárias internacionais defendem para a necessidade do isolamento social para dar início no impedimento da proliferação em massa do Covid-19, e destacando a importância de hábitos adequados de limpeza, muitas populações que não tiveram garantido seus direitos a saneamento e moradia digna e permanecem em locais com precariedade urbana, sendo impedidos de se proteger adequadamente contra o Covid-19.(CIDH,2020). São milhares os assentamentos irregulares em que esses grupos sofrem por conta da quantidade populacional, espaços que não possuem abastecimento de água potável. (IBGE,2011).

Não foram produzidas informações oficiais atualizadas a respeito das condições de moradia no Brasil. Entretanto no mais recente Censo Demográfico realizado em 2010 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) estimou que:

[...] o país possuía 6.329 aglomerados subnormais (assentamentos irregulares conhecidos como favelas, invasões, grotas, baixadas, comu-

nidades, vilas, ressacas, mocambos, palafitas, entre outros) em 323 dos 5.565 municípios brasileiros. Eles concentravam 6,0% da população brasileira (11.425.644 pessoas), distribuídos em 3.224.529 domicílios particulares ocupados (5,6% do total). Vinte regiões metropolitanas concentravam 88,6% desses domicílios, e quase metade (49,8%) dos domicílios de aglomerados estavam na Região Sudeste.” (IBGE, 2010).

No entanto, um levantamento preliminar IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgado em maio de 2020 mostra que o país tem mais de 5,1 milhões de moradias sem regulamentação adequada ou subnormais. (IBGE, 2020). Diante do exposto não foi inesperado o desenvolvimento quase que instantâneo do vírus Covid-19 no Brasil nas classes mais desfavorecidas. Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, demonstrouse que a maior parte dos casos de contaminação pela Covid-19 se localizam nas regiões Nordeste, Norte e Sudeste do país. além disso, de acordo com informações estimadas de 2019, fornecidos pelo IBGE, também são nessas localidades onde se encontram a maior concentração de aglomerações subnormais (IBGE,2020).

Vale acrescentar outros questionamentos aos feitos anteriormente: como o Estado vai controlar a pandemia do Covid-19 nessa situação exposta? Será que a garantia de direitos fundamentais merece ser postos em espera nestes momentos tão assustadores?

Muitos movimentos sociais em favor de moradias dignas presenciariam de perto a situação de pessoas que migram das cidades para as periferias como forma de terem apenas um teto e nada mais. Em vista dessa situação, vale destacar uma proposta de produção auto gestonária dos movimentos sociais na América Latina (COLETIVO USINA, 2012). Essa proposta influenciada pela FUCVAM (Federação Uruguaia de Cooperativas de Habitação por Ajuda Mútua), se desenvolveria por meio do acesso desses movimentos aos fundos públicos, assistência técnica, projeto e planejamento das obras (COLETIVO USINA, 2012). Essa proposta de intervenção compactua com os princípios outrora desenvolvidos no corpo deste artigo, pois pessoas do próprio povo são os autores principais para perpetuarem o direcionamento correto ao desenvolvimento de uma sociedade saudável, tudo isso atendendo-se aos princípios básicos dos direitos fundamentais; entretanto este planejamento está muito distante de se concretizar, vale citar “[...] a utopia do direito à cidade não se realiza pelo Estado, mas pela contestação de seu poder, que é também fundamentalmente a destruição do poder do capital” (ALVES; ALVAREZ, 2017). A dignidade das moradias deve compactuar com a situação individual de pessoas em determinadas situações e localidades, para que estas não enfrentem atrasos no desenvolvimento social.

Considerações finais

Como foi explanado no artigo muitas, pessoas vivem em condições desfavoráveis para se desenvolverem dignamente devido a inobservâncias governamentais, e isto trouxe como resultado a inoperância do isolamento social em determinadas áreas e conseqüentemente maior facilidade na proliferação do vírus mortal Covid-19. Este trabalho se abateu em demonstrar ligeiramente as políticas públicas para distribuição de moradias na América Latina e pôr em destaque a difusão do princípio da dignidade à moradia nas residências pela perspectiva dos direitos humanos pois a maioria dos países da América Latina são signatários da declaração universal de direitos humanos. Ainda se atendo a uma moradia digna, desenvolve-se este princípio como um direito intrínseco ao da moradia para que a sociedade possa exercer suas funções sociais na cidade e ter acesso ao saneamento básico e ao meio ambiente, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer; sendo mister ao governo de cada país da América Latina proporcionar isso, adequando-se a cada particularidade e situação de cada localidade em específico, isso definirá uma garantia desses direitos da presente e futura geração.

Referências

ALVAREZ, I. P. **Produção do espaço em tempos de crise**. In: CARLOS, A. F. A. et al (org.). Justiça espacial e o direito à cidade. São Paulo: Contexto, 2017, 191 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**, 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 27 de agosto de 2021.

BRASIL. **Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena**. 27 de mar. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acessado em 20 de março. 2021.

BAND NEWS FM. **Mais de 160 mil pessoas estão em situação de rua no Brasil**. 14 set. 2021. Disponível em: [Mais de 160 mil pessoas estão em situação de rua no Brasil | Rádio BandNews FM \(uol.com.br\)](https://www.bandnewsfm.com.br/mais-de-160-mil-pessoas-estao-em-situacao-de-rua-no-brasil) Acesso em: 22 de setembro de 2021.

CHILE. **Cámara Chilena de la Construcción. Déficit habitacional: um desafio pendente. Chile: Santiago**, 2019. Disponível em: <https://www.cchc.cl/2019/deficit-habitacional>. Acesso em: 28 de agosto de 2021

CORTES, Agathe. **O que a pandemia nos ensina sobre a luta por habitação social digna na América Latina**. El País Brasil. 29 de out. 2020. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2021-02-17/o-que-a-pandemia-nos-ensina-sobre-a-luta-por-habitacao-social-digna-na-america-latina.html>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 1/2020 – Pandemia e Direitos Humanos nas Américas**. 27 mai. 2020. Dis-

ponível em: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) | Covid 19 | Terra de Direitos. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

FUNDACIÓN VIVIENDA. **Habitar é viver com dignidade**. Chile: Santiago, 2019. Disponível em: <https://www.fundacionvivienda.cl/nos-moviliza/#contexto> Acesso em: 2 de setembro de 2021

GABRIEL, Salazar, **“Labradores, peones y proletarios”**, Santiago de Chile: **Edição SUR**, setembro de 1989; 2ª Edição Sur. 1989.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA) (2010). Existem 6,3 mil favelas espalhadas pelo Brasil. **Censo Demográfico 2010**. -Rio de Janeiro, IBGE.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA) (2011). Aglomerados Subnormais. Primeiros Resultados. **Censo Demográfico 2010**. - Rio de Janeiro, IBGE.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA) (1953). As favelas do Distrito federal e o Censo demográfico de 1950. **Documentos censitários, Série C, n. 9**. Rio de Janeiro, IBGE.

IBGE. **O IBGE adotou inovações em 2010 para atualizar e aprimorar a identificação dos aglomerados subnormais**. 15 dez. 2011. Disponível em: Censo 2010 aprimorou a identificação dos aglomerados subnormais | Agência de Notícias | IBGE. Acesso em: 22 de setembro 2021.

KRÜGER, Nino Rafael Medeiros; KRÜGER, Caroline e FERREIRA, Gustavo. **Para Ficar Em Casa é Preciso Ter Casa: A COVID-19 e o Direito à Moradia no Brasil**, Repositório Ipea. 24 maio de 2021. Disponível em: [Brua_n.24_art_9.pdf](https://ipea.gov.br/brua_n.24_art_9.pdf) (ipea.gov.br). Acesso em: 10 de Agosto de 2021

ORTIZ, David. En la comuna 13, por fallas de alcantarillado se filtra materia fecal a viviendas. **El Palpitar**. 13 out. 2015. Disponível em: <http://www.elpalpitar.com/medellin-2/2015/10/en-la-comuna-13-por-fallas-de-alcantarillado-se-filtra-materia-fecal-a-viviendas/> Acesso em: 18 de março de 2021.

PARRA, Luz. **Mejora en la solicitud y gestión para la obtención del subsidio familiar de vivienda y el servicio como factor diferenciador en “Colsubsidio”**, mai. 2016 Universidade Militar Nova Granada. Disponível em: [GarciaParra-Luz Angela2016.pdf](https://www.unimilitar.edu.co/angela2016.pdf) (unimilitar.edu.co). Acesso em: 01 de setembro de 2021.

PRATES, Jane C.; PRATES, Flavio C e ARAÚJO, Simone M. **Populações em situação de rua: os processos de exclusão e inclusão precária vivenciados por esse segmento**. Temporalis, Brasília (DF), ano 11, n.22, p. 191-215, jul./dez. 2011.

ROBERTO, Mayorga, **Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988.

REDE BRASIL ATUAL. **Argentina Segue Brasil E Lança Minha Casa, Minha Vida Como Arma Contra Crise**. 13 de jun. de 2012. Disponível em: Argentina segue Brasil e lança Minha Casa, Minha Vida como arma contra a crise | Direito à moradia (usp.br) Acesso em: 22 de agosto de 2021.

SECAP, **Orçamento de Subsídios da União** 5 edição. 26 jul. 2021. Disponível em: Orçamento de Subsídios da União – 5ª edição — Português (Brasil) (www.gov.

br). Acesso em: 22 de setembro de 2021.

SAMPER Germán, **Casa+ Casa+ Casa ¿Ciudad? Una investigación en vivienda. Bogotá D.C.**, Colombia, Universidad de los Andes, Departamento de Arquitectura, abril de 2012. Disponível em: Casa + casa + casa = ¿ciudad? Germán Samper: una investigación en vivienda - Instituto de Estudios Urbanos (unal.edu.co) Acesso em: 28 de agosto de 2021

USINA. **Luta por moradia e autogestão na América Latina: uma breve reflexão sobre os casos do Uruguai, Brasil, Argentina e Venezuela.** Uberlândia/ Minas Gerais: Navegando Publicações, 2017.

A ATIVIDADE DE FOMENTO NO PROGRAMA HABITACIONAL MINHA CASA, MINHA VIDA

Andrei Meneses Lorenzetto e Joyce Finato Pires

Andrei Meneses Lorenzetto

Mestre e Doutorando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil/PR. Membro do núcleo de pesquisa em Direito Constitucional do Programa de Pós-graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Joyce Finato Pires

Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares, da CAPES.

Resumo:

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a atividade administrativa de fomento, especificamente o programa habitacional Minha Casa, Minha Vida. O procedimento da pesquisa utiliza o método dedutivo-analítico, por meio de análise bibliográfica. A pesquisa delimita a noção do direito fundamental à moradia e a forma aplicada para tal garantia se desenvolve por meio de políticas públicas elaboradas pela administração pública a fim de procedimentalizar a aplicação das normas vigentes. A principal política pública do Brasil para o atendimento do direito à moradia, o programa habitacional fomentador mencionado, teria entre suas finalidades incentivar a produção e a aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias de baixa renda. Averiguou-se, ao final, o controle de gestão deste programa, que constatou, dentre outros problemas, a insuficiência da focalização igualitarista do programa pelo Estado.

Palavras-chave: Moradia; Fomento; Programa habitacional.

1. Direito fundamental à moradia e políticas públicas

O direito fundamental da moradia³¹² e pertence ao rol de direitos huma-

312 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

nos³¹³, abrange a necessidade de se garantir uma moradia adequada à toda a população. Ainda que tais assertivas sejam genéricas, pois deixam de determinar com exatidão a forma como decorreria a sua execução positiva pelo Estado, ao menos já destacam a relevância desse direito ante seu rol normativo.

O direito a ter sua própria moradia seria entendido como um direito personalíssimo, irrenunciável, desprovido de valor monetário. O Estado brasileiro estaria revestido na responsabilidade, em virtude dos tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição Federal, de proteger o direito à moradia adequada³¹⁴.

Ademais, um dos pontos a se observar na questão da moradia no Brasil é o seu déficit habitacional de 7,78 milhões de moradias em 2017³¹⁵, com o levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas em conjunto com a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC)³¹⁶ e 84% desse déficit corresponde a pessoas restritas a uma faixa salarial de até 3 salários-mínimos³¹⁷. Assim, percebe-se que o maior número de habitações adequadas se concentra com as pessoas de maior renda.

Nesse espeque, aplica-se a dimensão objetiva do direito fundamental à moradia, que finalisticamente irá orientar a formulação das políticas públicas. Efetivamente o que se defende ao debater o dever prestacional do Estado do direito à moradia, não corresponde a sua materialização universal, uma vez que não se concebe a existência de qualquer necessidade de auxílio para pessoas que detenham a condição de efetivá-lo autonomamente. O ponto rele-

313 Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXV, item 1: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. Disponível em: <https://bit.ly/2Z8d7YD>. Acesso em: 13 out. 2021.

314 A conceituação para moradia adequada pode seguir a construção do Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UNHABITAT): “Moradia adequada é mais do que um teto sobre a cabeça. Também significa privacidade adequada; espaço adequado; acessibilidade física; segurança adequada; segurança da posse; estabilidade estrutural e durabilidade; iluminação, aquecimento e ventilação adequados; infraestrutura básica adequada, como equipamentos de água, esgoto e coleta de lixo; qualidade ambiental e fatores relacionados à saúde apropriados; bem como localização adequada e acessibilidade ao trabalho e outros equipamentos básicos: tudo isso deve estar disponível a custos acessíveis. A adequação deve ser determinada conjuntamente com a população em questão, tendo em mente a perspectiva para o desenvolvimento gradual”. Agenda Habitat, parágrafo 60. Disponível em: <https://bit.ly/3peuK3B>. Acesso em: 13 out. 2021.

315 ABRAINC. **Déficit habitacional é recorde no País**. Disponível em <https://bit.ly/3jg-gZ0t>. Acesso em: 13 out. 2021.

316 Tantos os dados da ABRAINC, como os dados oficiais do governo federal progressos de 2015 que apontavam um déficit habitacional de 7,757 milhões de moradias e os da Fundação João Pinheiro que pertence ao governo do Estado de Minas Gerais não revelam uma discrepância a ser considerada. (RAMOS, Jefferson da Silva; NOIA, Angye Cássia. **A construção de políticas públicas em habitação e o enfrentamento do déficit habitacional no Brasil**: uma análise do programa Minha Casa, Minha Vida. Revista Desenvolvimento em Questão, Ijuí, v. 14, n. 33, p. 70-73, 2016).

317 Idem.

vante concerne ao fato que a prestação estatal deve involucrar-se no princípio da proporcionalidade, para assegurar o direito nas situações onde as pessoas não têm o condão de alcançá-lo de sem tal auxílio. Não incidir-se-ia em uma restrição do direito à moradia, mas sim acerca do alcance da atuação do Estado, que tem o dever de priorizar o atendimento das pessoas que não têm a possibilidade de efetivar esse direito. O objetivo estaria consubstanciado em que o Estado oportunize o acesso à moradia principalmente quando o indivíduo não logre o direito sem a sua assistência e que isso reflita diretamente na dignidade da pessoa humana³¹⁸.

Isto em virtude do fato que sem o auxílio do Estado – por meio de políticas públicas – o acesso à moradia adequada não será possível para a grande parte da população brasileira. As ações afirmativas estatais são imperativas para criar uma igualdade material no país. A Política Nacional de Habitação, responsabilidade do Governo Federal, deve engendrar e estabelecer as políticas públicas nesse campo, determinando uma distinção entre grupos sociais -econômicos para criar uma igualdade concreta e propiciar o alcance de toda a população a uma moradia adequada³¹⁹.

Diante desse contexto, é possível aferir que o direito à moradia pode sim ser entendido como um direito negativo, ao ser entabulado como um direito de defesa, mas a sua compreensão como um direito positivo³²⁰³²¹, por congrega a natureza de um direito a prestações³²², é que tem relevância para seu viés igualitarista.

Na dimensão prestacional o direito à moradia se enquadra na categoria

318 SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à moradia e políticas públicas habitacionais**: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental. Dissertação em Direito. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte, 2016, p. 46.

319 MACHADO, Claudiomar Luiz. **Direito fundamental à moradia**: uma abordagem teórica e prática. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, p. 90-91.

320 A positividade do direito fundamental à moradia, toma aqui como parâmetro o conceito estabelecido por Robert Alexy: “Quando se fala em ‘direitos a prestações’ faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direito a prestações em sentido estrito. Mas além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 202-203).

321 Ingo Wolfgang Sarlet entende que: “Os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, igualmente conforme tal tradição, seriam direitos cuja satisfação depende não mais de uma abstenção, mas sim, de uma atuação positiva de um conjunto de prestações estatais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. 13. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018, p. 222).

322 SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 20, p. 01-46, dez./jan. 2009/2010, p. 23.

das normas constitucionais programáticas³²³, e, finalmente, impõe ao Estado o dever de atuar em sua promoção para assegurar para as pessoas uma moradia que siga os parâmetros demandados pela dignidade da pessoa humana.

Emerson Gabardo e Lígia Maria Silva Melo de Casimiro entendem que sob um viés de eficiência econômica, a moradia termina por ser um bem que não é acessível para todos que efetivamente dele necessitam. Dessa maneira o Estado precisa ter uma norma própria para tentar reduzir essa escassez. Ainda que a insuficiência de moradia atinja majoritariamente aos hipossuficientes economicamente, termina por onerar toda a sociedade, e a solução do problema perpassa pelo Estado atuar de forma racional e adequada, com ações instituindo mecanismos jurídicos e técnicos, seguros e eficazes, objetivando resolver o problema da falta de eficiência da previsão constitucional do direito à moradia e a sua materialização³²⁴.

A equidade material proposta, que conjugaria uma vida melhor para a parcela da população economicamente mais pobre, pode ocorrer pela formulação de políticas públicas que determinem o fomento como seu instrumento para efetivação do direito à moradia. Assim, o fomento seria uma ferramenta eleita pelo Estado para ampliar a capacidade das pessoas de alcançarem o seu próprio bem-estar ao elegerem como prioridade em suas vidas a consecução de uma moradia digna.

Maria Paula Dallari Bucci expõe que políticas públicas estariam substanciadas em programas de ação do governo, com prazo determinado, para a efetivação prática de finalidades específicas. Além disso, se caracterizariam como a escolha de prioridades governamentais, que se constituem por meio de planos públicos, que demandam a produção de atos normativos e executórios³²⁵.

Ademais para inserir as políticas públicas dentro de um prisma social, cumpre destacar a lição de Caroline Müller Bitencourt, que denota a necessidade de o discurso político adotar as demandas sociais. Segundo a autora, o Direito seria a forma de organizar a atuação do Estado, com participação da sociedade para decidir suas prioridades, executar os programas escolhidos, e, finalmente, perseguir a alteração da sociedade³²⁶.

323 Daniel Sarmento entende que: “Conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas”. (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16).

324 GABARDO, Emerson; CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Uma análise econômica do direito à moradia. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, a. IV, n. 11, p. 65-70, 2015.

325 BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**, n. 13. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 140-141.

326 BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2013, p. 58.

Para tanto deve ser observado o ciclo de formação das políticas públicas, que compreende, de acordo com Vanice Regina Lírio do Valle, XXX fases: i) o reconhecimento do problema; (ii) a definição da agenda pública; iii) a formulação das políticas públicas; iv) escolha das políticas públicas; v) a implementação pelo órgão competente; e vi) a avaliação por diferentes mecanismos previstos na Constituição Federal e nas leis. A autora agrega ainda que esse ciclo teria uma conotação temporal, onde se utilizaria os acontecimentos passados para entender o problema, e o futuro restaria inculcado nos aspectos das finalidades pretendidas³²⁷.

Ante o fato de aqui se buscar um posicionamento da sociedade com caráter liberal-igualitário, onde se busque a extinção da pobreza e da marginalização, diminuição das desigualdades sociais e regionais, se infere que cabalmente a atuação estatal deve preconizar tais objetivos. Essas finalidades impelem o embasamento das decisões sobre as políticas públicas por parte da administração pública, para aprimorar o bem-estar da sociedade, com o que conseqüentemente retiraria da situação de miserabilidade preponderante parcela da população brasileira. Os determinismos encontrados na Constituição Federal do Brasil se tornam marcos jurídicos de cunho imperativo, que obrigam o legislador, o juiz e a Administração Pública a concretizar esse viés igualitário³²⁸.

2. A expansão das capacidades e a atividade administrativa de fomento como instrumento de políticas públicas

As ideias delineadas pelo liberal-igualitarista Amartya Sen coadunam com a forma como o combate à desigualdade pode ocorrer no Brasil: pela implementação de políticas públicas que possam expandir as capacidades dos indivíduos.

Para Sen a capacidade estaria fundada em acordos variáveis acerca das oportunidades de funcionamentos distintos e possíveis para as pessoas. Seria a liberdade substantiva de fazer escolhas autonomamente, das pessoas terem independência para elegerem a forma como querem viver suas próprias vidas. Quanto às combinações de capacidades, Amartya Sen define: “A ‘capacidade’ [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela”³²⁹.

As capacidades distinguem a liberdade pretendida, essa liberdade substantiva estaria voltada a beneficiar as pessoas da sociedade por meio da li-

327 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 40-45.

328 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 133-168, jan./mar. 2003, p. 155.

329 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2013, p. 105.

berdade de escolha. Assim, observando as premissas propostas, a capacidade poderia ser a escolha das pessoas em se tornarem proprietárias de uma moradia digna. Todavia, se essas pessoas que seriam beneficiadas considerarem que não teriam vantagens satisfatórias frente os problemas decorrentes dessa escolha, teriam a oportunidade de buscar uma alternativa para exercerem seu próprio bem-estar. Deste modo, caberia ao Estado implementar as condições necessárias para que essa capacidade de escolha tenha a possibilidade de ser efetivada.

Contudo, se faz necessário realizar uma ressalva, posto que o incremento econômico resultante da política pública habitacional deve estar obrigatoriamente vinculado a ampliação da capacidade humana para uma vida mais digna. A melhoria em fatores como a educação, saúde, habitação, interferem diretamente na liberdade substantiva das pessoas. O capital humano retratado pelo autor, ainda que possa ser colocado como parâmetro de análise macroeconômica e que a eventual riqueza que se possa produzir auxilie no aprimoramento das capacidades sociais individuais, não pode olvidar o fato que a intenção finalística é a melhoria da vida dos seres humanos³³⁰. Dessa maneira que se daria a dimensão onde a necessidade de promoção do direito à moradia digna teria contornos que teriam condição para serem compreendidos a partir das concepções de Amartya Sen.

Adentrando no ponto onde Amartya Sen trata da atuação do Estado, isso decorreria com o intuito de auxiliar a redução da desigualdade real. Desta feita a implementação de políticas públicas incentivadoras seguiria o princípio sob o qual o seu embasamento derivaria de realizações com fulcro na realidade e não em virtude de realizações imateriais. Atuaria ante um prisma de plausibilidade, adentrando na seara restrita do que o Estado efetivamente pode concretizar, sem olvidar da imperatividade que sua atuação deve estar revestida de uma gama informacional que não se limite exclusivamente na análise da renda das pessoas³³¹.

Ademais Amartya Sen vislumbra duas motivações possíveis para os administradores públicos se adequarem a esses conceitos ao elaborarem políticas públicas. Inicialmente a mais direta disporia que a justiça deve ser o conceito fundamental para idealizar as finalidades das políticas públicas, bem como sobre a decisão acerca da maneira pela qual essa política será implementada. Posteriormente, o segundo motivo, que seria mais indireto, teria como se alicerce o juízo de que todas as políticas públicas restariam estariam de forma inerente sujeitas à conduta dos indivíduos e da sociedade³³². Percebe-se, ante o ideário seniano, uma compreensão que o desenvolvimento não dever ter um fim em si mesmo, mas ser formulado para a materialização dos direitos fundamentais e finalisticamente para que possa se abranger o progresso da sociedade em um âmbito mais amplo.

330 Ibidem, p. 190.

331 Ibidem, p. 175-176.

332 Ibidem, p. 349.

Assim, o sistema de parcerias seria a forma que o governo brasileiro utilizou para instrumentalizar a política pública habitacional. Desta feita impinge explanar que o fomento passa a ter ainda mais importância no Brasil a partir do Plano Diretor de 1995³³³ do Governo de Fernando Henrique Cardoso, onde foi promulgada uma reforma do aparelho estatal. Com isso o fomento que contém disposição expressa na Constituição Federal de 1988³³⁴ passou a ser a forma preferencialmente adotada para instrumentalizar a execução das políticas públicas.

Assim, de acordo com Jorge Reis Novais, os particulares e o Estado devem erigir parcerias, uma vez que as pessoas possuem uma dependência direta do Estado na sociedade moderna³³⁵. Seguindo as concepções do autor, os direitos sociais poderiam ser considerados como compromissos constitutivos da comunidade política, pois estão formalmente dispostos na constituição. Portanto, ao se materializar os direitos sociais, conseqüentemente se reforçaria a articulação entre socialidade, cidadania e democracia³³⁶.

Adriana da Costa Ricardo Schier concebe o fomento, colocando-o no campo das parcerias do Estado com a sociedade, como um instrumento para alcançar do desenvolvimento nacional, sob a perspectiva de um Direito Administrativo Social. Assim, em sua atividade intervencionista o Estado teria que prestar serviços públicos, a exercer a função de polícia e materializar as atividades de incentivo para que o particular volitivamente execute ações de interesse público³³⁷.

Lucas Ramiro Vedoin, destaca as características mais importantes do fomento são: (i) a participação volitiva do particular, (ii) não se caracteriza

333 O fomento no Brasil não surgiu com a reforma administrativa estatal de 1995, e para exemplificar pode ser apontada uma das primeiras normas de fomento no Brasil, a Lei 91/1935, que autorizava a outorga de títulos de utilidade pública à sociedade civis, associações e fundações que servissem à coletividade. A criação do BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social) que ocorreu em 1952, idealizado com o intuito de distribuir verbas para subvenções e concessões de empréstimos com juros mais baixos que os de mercado. Em 1942, foi criado o SFH (Sistema Financeiro de Habitação), em 1964, o FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial), em 1965. Não se pode olvidar a relevância do fomento destinado ao setor industrial, por exemplo, com a criação do Senai (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, de 1942), do Sesi (Serviço Social da Indústria), de 1946, e do Senac (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, de 1946). No tocante à educação, sobressai o CNPq (Conselho Nacional de Pesquisa), de 1951, criação da CAPES (Comissão de Aperfeiçoamento do Ensino Superior), de 1951.

334 Constituição Federal do Brasil. Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

335 Jorge Reis Novais diz que: “O homem moderno, a quem foi subtraído o controle da sua existência, não vive apenas no Estado, mas sobretudo do Estado”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 197).

336 *Ibidem*, p. 75.

337 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019, p. 112-113.

como uma doação simples estatal ao agente fomentado, (iii) não desrespeita o princípio da isonomia, ainda que eventualmente não se destine à totalidade da população, (iv) o controle cabe ao Estado, e (v) distingue-se por sua transitoriedade³³⁸.

Note-se, não há uma vedação ao lucro como parte da atividade fomentadora. O objeto do fomento não pode ser o lucro individual, pois a sua finalidade é parte fundamental para a sua regularidade, e nesse ponto Marçal Justen Filho ressalta que essa vertente se caracterizaria como um desvio ilegal, um vício do ato administrativo, e, portanto, poderia ser anulado³³⁹.

Portanto, prosseguindo na compreensão em que o prisma liberal igualitarista aplica-se nas noções da atividade administrativa de fomento passar-se-á para a pesquisa sobre o programa habitacional Minha Casa, Minha Vida. O programa habitacional instituiu-se como uma política pública fomentadora, seguindo um sistema de parcerias entre o Estado e particulares, com a finalidade de reduzir o déficit habitacional existente no Brasil, e, consequentemente, atender o direito fundamental à moradia.

3. O programa Minha Casa, Minha Vida

Uma vez que havia uma dificuldade fática de exigir judicialmente do Estado para que construísse casas para toda a população, inclusive porque isso seria orçamentariamente inviável, a solução encontrada pelo governo federal foi auxiliar as pessoas pelo programa habitacional Minha Casa, Minha Vida. Assim, respeitando o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à moradia adequada pôde ser instituído através de uma formulação onde o governo viabilizava a habitação pelo fomento, o que é uma proposta diametralmente distinta da concepção que determina esse provimento por meio de serviços públicos. Com isso, o Estado incentivaria os particulares para que estes atendessem os beneficiários na produção e na melhoria das habitações³⁴⁰.

A Lei n. 11.977/2009, instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida: Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR). O PNHU, era dividido em três faixas de renda das famílias em um primeiro momento, e em quatro a partir da segunda fase do programa.

O programa habitacional Minha Casa, Minha Vida possuía diferentes possibilidades de atendimento a distintas classes econômicas no Brasil, contudo, para essa pesquisa, o ponto de maior interesse eram as faixas de renda

338 VEDOIN, Lucas Ramiro. Fomento público e desenvolvimento nacional à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Rio de Janeiro, a. 03, v. 01, n. 01, p. 01-43, jan./jun. 2019, p. 11.

339 JUSTEN FILHO Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 863.

340 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p. 16.

1 e 1,5, que correspondem pela concessão de benefícios àqueles considerados economicamente como os mais pobres. Criado para combater uma crise econômica mundial nos anos de 2008 e 2009, foi inspirado em políticas públicas testadas previamente no Chile e no México. O programa foi engendrado por grandes empresas que representavam os anseios do setor de construção civil em conjunto com membros do Ministério da Fazenda do governo federal³⁴¹.

Ademais a Lei 11.977/09, que instituiu o programa, delimitou o atendimento dos interesses financeiros-privados nas faixas de renda 2 e 3. Ainda se observa a determinação legislativa para a articulação e coordenação entre os poderes Federais, Estaduais e Municipais, bem como os Trabalhos Técnicos Sociais de pós-ocupação dos imóveis desenvolvidos pela Caixa Econômica Federal que era o órgão encarregado de fazer o financiamento aos beneficiários³⁴².

Para demonstrar a razão pela qual o programa compreendia o atendimento da população mais pobre, tem-se que cerca de 44% dos seus gastos correspondiam em aluguel antes do início da política pública, e quanto menor a renda maior a porcentagem dos gastos com moradia incidiam sobre ela. Com o desenrolar do programa habitacional tal gasto foi reduzido para 21%, além de ter como resultado final para os beneficiários sua própria moradia³⁴³.

Ademais na faixa de renda 1 o governo pagaria 90% do valor do imóvel e o beneficiário ficaria responsabilizado pelos 10% restantes. Já na faixa 1,5 (instaurada a partir da fase 2) que assim como a faixa 1 também tem características igualitarista. A seu turno as faixas de renda 2 e 3, que atendiam aos interesses do mercado de construção civil, garantiam juros inferiores aos praticados no mercado financeiro. A fase 1 durou de 2009 a 2011³⁴⁴.

Na segunda etapa do programa que ocorreu entre 2011 a 2014, transcorreram alterações, tais como a ampliação da quantidade e da qualidade das moradias, o atendimento de municípios entre cem e cinquenta mil habitantes, a melhoria das especificações das unidades que passaram a ter a possibilidade de contar com energia solar, e maior proteção à mulher, dando-lhe preferência ao dispor o contrato em seu nome e, no caso de dissolução do relacionamento, a moradia ficaria com a mulher³⁴⁵.

341 CHILVARQUER, Marcelo. **Aplicando o quadro de referência para análise jurídica de políticas públicas:** a implementação do programa Minha Casa, Minha Vida, faixa 1, no município de São Paulo. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1116-1141, set./dez. 2019, p. 1121.

342 MOREIRA, Camilla Fernandes. **Direito à moradia:** um estudo do Programa Minha Casa, Minha Vida em Brasília sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica. Teses de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p. 92-93.

343 Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2456/2016, p. 37. Disponível em: <https://bit.ly/3BymtKu>. Acesso em: 06 nov. 2020.

344 Ministério do Desenvolvimento Regional. Disponível em: <https://bit.ly/3EqO4iu>. Acesso em: 21 set. 2020.

345 Lei nº 11.977/2009. Artigo 2º. § 1º A aplicação das condições previstas no inciso III do caput dar-se-á sem prejuízo da possibilidade de atendimento aos Municípios com população entre 20.000 (vinte mil) e 50.000 (cinquenta mil) habitantes por outras formas admissíveis no âmbito do PMCMV, nos termos do regulamento.

A terceira fase do programa durante os anos de 2014 a 2019, teve uma correção monetária dos valores limítrofes para cada faixa de renda aplicável, contudo não teve grandes mudanças em seus demais aspectos fundamentais, promovendo a rigor uma tentativa de modernização e especificação no cadastro dos beneficiários como a grande alteração perpetrada³⁴⁶.

Ainda que de forma sucinta, cabe aqui realizar uma análise do programa habitacional Minha Casa, Minha Vida, acerca dos seus resultados sociais e, especialmente, se a finalidade igualitarista pretendida foi atingida. Assim, o estudo a questões que podem apontar a insuficiências da política pública fomentadora.

Nesse esboço o primeiro ponto a se analisar é o entendimento de Henri Lefebvre, em sua obra *Direito à cidade*, onde expõe que os defensores de políticas habitacionais pertencentes ao Estado, embasam-se em evidências científicas que se pretendem sintéticas e negligenciam o “fator humano”. Sob sua concepção o estudo das políticas urbanas utilizaria uma técnica fragmentária, destinando-se a um urbanismo tecnocrático e sistematizado. Deste modo, as formas escolhidas para tal sistemática desvaneceriam a cidade sob um prisma social³⁴⁷.

Portanto, pode se depreender que o programa Minha Casa, Minha Vida tem uma condição paradigmática pois as moradias do campo igualitarista foram construídas nos locais onde a exígua destinação orçamentária possibilitava, usualmente, nas piores localizações das cidades, robustecendo a segregação socioespacial e seguindo um mantra que coloca a casa de pobre para pobre, lugar de pobre para pobre³⁴⁸.

Outro aspecto desse problema está consubstanciado no custo para o Estado dessa segregação socioespacial, pois ao construir as habitações afastadas do centro das cidades há um incremento exponencial imanente para o

Art. 35. Os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher. Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS.

Art. 82. Fica autorizado o custeio, no âmbito do PMCMV, da aquisição e instalação de equipamentos de energia solar ou que contribuam para a redução do consumo de água em moradias.

346 Eventualmente por ter sido lançado em meio a um processo político conturbado, qual seja o impeachment da então presidenta do Brasil, a fase 3 não tenha seguido o viés modernizador e inclusivo da fase 2, pois a prioridade foi encontrar meios de financiar o programa. Disponível em: <https://bit.ly/2Y3W5u6>. Acesso em: 05 out. 2020. (MATOSO, Felipe. Governo lança terceira fase do programa Minha Casa, Minha Vida. G1. Disponível em: <https://glo.bo/3mAL3pP>. Acesso em: 05 out. 2020).

347 LEFEBVRE, Henri. **O Direito à cidade**. São Paulo: Documentos, 1969, p. 31.

348 RIZEK, Cibele Saliba; AMORE, Caio Santo; CAMARGO, Camila Moreno de. Política social, gestão e negócio na produção das cidades: o programa Minha Casa, Minha Vida “entidades”. **Caderno CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, p. 531-546, set./dez. 2014, p. 543-544.

próprio Estado. Isso decorre ante a obrigatoriedade do Estado em levar sua infraestrutura (creche, escola, posto policial e unidade básica de saúde são alguns exemplos) para a população que foi trasladada para a periferia. Para parametrizar estima-se que não haveria nenhum custo para o Estado dessas infraestruturas de uma habitação construída no centro uma vez que elas já existiriam, enquanto na periferia esse custo seria de R\$ 10.075,00 reais por unidade habitacional construída³⁴⁹.

Ainda no campo da periferização, mas sob outro parâmetro, ter-se-ia a gentrificação que segundo Víctor Delgadillo Polanco é um fenômeno econômico, cultural, político e social, consistente na revalorização de bairros centrais deteriorados e habitados por pessoas com baixa renda, que, uma vez reabilitados, se destinam às residências de pessoas classe de renda média. O ponto essencial para sua diferenciação é por não se tratar de um processo harmônico, mas sim, conflitivo³⁵⁰.

Segundo Polanco, os financiamentos para a classe média em certas localidades resultariam em um novo urbanismo fundado em uma moral invasora. Observa-se que a argumentação tanto dos empresários promotores das invasões, como por vezes dos próprios servidores públicos encarregados da promoção e concretização dos deslocamentos, fica restrito a conclamar o interesse social de uma política de desenvolvimento urbano, além de distanciar-se de assuntos relacionados as desigualdades, o racismo e a pobreza urbana³⁵¹.

Nessa linha, para relacionar o problema diretamente com o programa habitacional em estudo Raquel Rolnik relata que na cidade do Rio de Janeiro, utilizando as Olimpíadas de 2016 como argumento justificador, foi conduzido um processo de gentrificação urbana³⁵². Ainda, tal correlação restou clara em cidades como Rio de Janeiro, São Paulo, Brasília, Curitiba, Porto Alegre, Fortaleza, Natal e Recife onde o argumento balizador para o ato violento eram os eventos mundiais sediados no Brasil, respectivamente Copa do Mundo em 2018 e os já mencionados Jogos Olímpicos em 2016³⁵³.

Um dos maiores problemas evidenciados pela pesquisa no tocante ao programa habitacional Minha Casa, Minha Vida, foi o desinvestimento do Estado. Como destacou Claudiomar Luiz Machado a soma dos valores investidos entre 2009 e 2016, resultou em 93,02 bilhões de reais, contudo constatou

349 Artemisia. Disponível em: <https://bit.ly/3jXWS7w>. Acesso em: 20 dez. 2020.

350 POLANCO, Víctor Delgadillo. Reseña de “Gentrificación” de Loreta Lees, Tom Saltar y Elvin Willy. **Revista Economía, Sociedad y Territorio**, Toluca, v. X, n. 34, p. 835-846, 2010, p. 836.

351 Ibidem, p. 842-843.

352 ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. São Paulo: Editora Boitempo, 2019, p. 360-365.

353 LAURIANO, Carolina. **Remoção de famílias para obras da Copa e das Olimpíadas gera polêmica**. Disponível em: <https://glo.bo/3w1ZhTH>. Acesso em: 15 dez. 2020; Redação da Revista Exame. **ONU denuncia remoção de famílias para obras da Copa de 2014**. Disponível em: <https://bit.ly/3nPJIQy>. Acesso em: 15 dez. 2020; **Remoções forçadas: richa assina decreto para desapropriação de áreas no entorno do Afonso Pena**. Disponível em: <https://bit.ly/31eIwcp>. Acesso em: 15 dez. 2020.

que o volume do investimento público foi reduzido. O auge no aporte de recursos teria ocorrido em 2013, com 30 bilhões de reais. O valor decaiu para 11 bilhões de reais em 2014, 1,8 bilhões de reais em 2015 e passou a 2,5 bilhões de reais em 2016³⁵⁴. Consequentemente os recursos destinados ao viés igualitarista do programa habitacional também foram reduzidos, aplicando-se uma equação proporcional sobre as faixas de renda 1 e 1,5, onde estas corresponderiam a 8% do investimento estatal³⁵⁵, ter-se-ia, respectivamente, 112 milhões de reais em 2015 e 160 milhões em 2016, que poderiam ser considerados patentemente insuficiente para a resolução do problema do direito fundamental da moradia.

Portanto, sob uma análise crítica acerca do programa habitacional Minha Casa, Minha Vida, infere-se que em sua faceta fomentadora, teve problemas quando da execução da política pública sob um prisma igualitarista, posto que o governo federal equilibrou o investimento aos que já eram desiguais anteriormente. A partir do momento em que o Estado concedeu as verbas públicas em idêntico patamar para as pessoas que já possuíam condições para ter sua moradia adequada, e que objetivavam exclusivamente a acumulação de renda, como as que se encontravam nas faixas de renda 2 e 3 do programa, com as pessoas que realmente necessitavam do auxílio estatal e que atenderiam o viés igualitarista da política pública, que estariam nas faixas de renda 1 e 1,5, definitivamente a sua finalidade igualitarista não pôde ser atingida, pois grande parte dessas pessoas seguiram sem o auxílio estatal, demonstrando, nesse espeque, a insuficiência do programa.

Conclusão

Assim, pode se concluir que o dever estatal congrega uma obrigatoriedade em destinar uma maior quantidade das verbas públicas para as faixas de renda mais baixas da sociedade. Isto em virtude da responsabilidade do Estado ao direito fundamental à moradia, uma vez que durante os nove anos de duração do programa habitacional Minha Casa, Minha Vida foram suprimidos por volta de 18% do que seria o déficit habitacional atual de 7,7 milhões de habitações. Com o intuito de fornecer um liame para mesurar essa medida de eficiência, o Brasil tardaria cerca de 49 anos para extinguir o déficit habitacional atual, deixando de lado, obviamente, uma eventual progressão desse déficit.

Por fim, é factível concluir diante dos fatos elencados por essa pesquisa, que independentemente do programa habitacional Minha Casa, Minha Vida não ter logrado perfazer integralmente a sua finalidade na concepção liberal igualitarista, seguramente pode se constatar que em virtude de sua materialização foi vislumbrado o avanço na ampliação das capacidades dos mais pobres.

354 MACHADO, Claudiomar Luiz. Op. cit., p. 120-122.

355 Relatório de gestão FGTS exercício de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Eu9qva>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Referências

- ABRAINC. **Déficit habitacional é recorde no País**. Disponível em <https://bit.ly/3jggZ0t>. Acesso em: 13 out. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.
- Artemisia. Disponível em: <https://bit.ly/3jXWS7w>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**, n. 13. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.
- Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – UNHABITAT. Disponível em: <https://bit.ly/3peuK3B>. Acesso em: 13 out. 2021.
- CHILVARQUER, Marcelo. **Aplicando o quadro de referência para análise jurídica de políticas públicas**: a implementação do programa Minha Casa, Minha Vida, faixa 1, no município de São Paulo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1116-1141, set./dez. 2019.
- GABARDO, Emerson; CASIMIRO, Lúgia Maria Silva Melo de. Uma análise econômica do direito à moradia. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, a. IV, n. 11, p. 65-70, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 133-168, jan./mar. 2003.
- JUSTEN FILHO Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- LAURIANO, Carolina. **Remoção de famílias para obras da Copa e das Olimpíadas gera polêmica**. Disponível em: <https://glo.bo/3w1ZhTH>. Acesso em: 15 dez. 2020. Redação da Revista Exame. ONU denuncia remoção de famílias para obras da Copa de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3nPJlQy>. Acesso em: 15 dez. 2020. **Remoções forçadas**: richa assina decreto para desapropriação de áreas no entorno do Afonso Pena. Disponível em: <https://bit.ly/31eIwcp>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- LEFEBVRE, Henri. **O Direito à cidade**. São Paulo: Documentos, 1969.
- MACHADO, Claudiomar Luiz. **Direito fundamental à moradia**: uma abordagem teórica e prática. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.
- Ministério do Desenvolvimento Regional. Disponível em: <https://bit.ly/3EqO4iu>. Acesso em: 21 set. 2020.
- MOREIRA, Camilla Fernandes. **Direito à moradia**: um estudo do Programa Minha Casa, Minha Vida em Brasília sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica. Teses de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p. 92-93.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

POLANCO, Víctor Delgadillo. Reseña de “Gentrificación” de Loreta Lees, Tom Saltear y Elvin Willy. **Revista Economía, Sociedad y Territorio**, Toluca, v. X, n. 34, p. 835-846, 2010.

RAMOS, Jefferson da Silva; NOIA, Angye Cássia. **A construção de políticas públicas em habitação e o enfrentamento do déficit habitacional no Brasil**: uma análise do programa Minha Casa, Minha Vida. *Revista Desenvolvimento em Questão*, Ijuí, v. 14, n. 33, p. 70-73, 2016.

Relatório de gestão FGTS exercício de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Eu9qva>. Acesso em: 10 dez. 2020.

RIZEK, Cibele Saliba; AMORE, Caio Santo; CAMARGO, Camila Moreno de. Política social, gestão e negócio na produção das cidades: o programa Minha Casa, Minha Vida “entidades”. **Caderno CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, p. 531-546, set./dez. 2014.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Editora Boitempo, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. 13. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 20, p. 01-46, dez./jan. 2009/2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2013.

SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à moradia e políticas públicas habitacionais**: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental. Dissertação em Direito. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VEDOIN, Lucas Ramiro. Fomento público e desenvolvimento nacional à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Rio de Janeiro, a. 03, v. 01, n. 01, p. 01-43, jan./jun. 2019.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 5 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

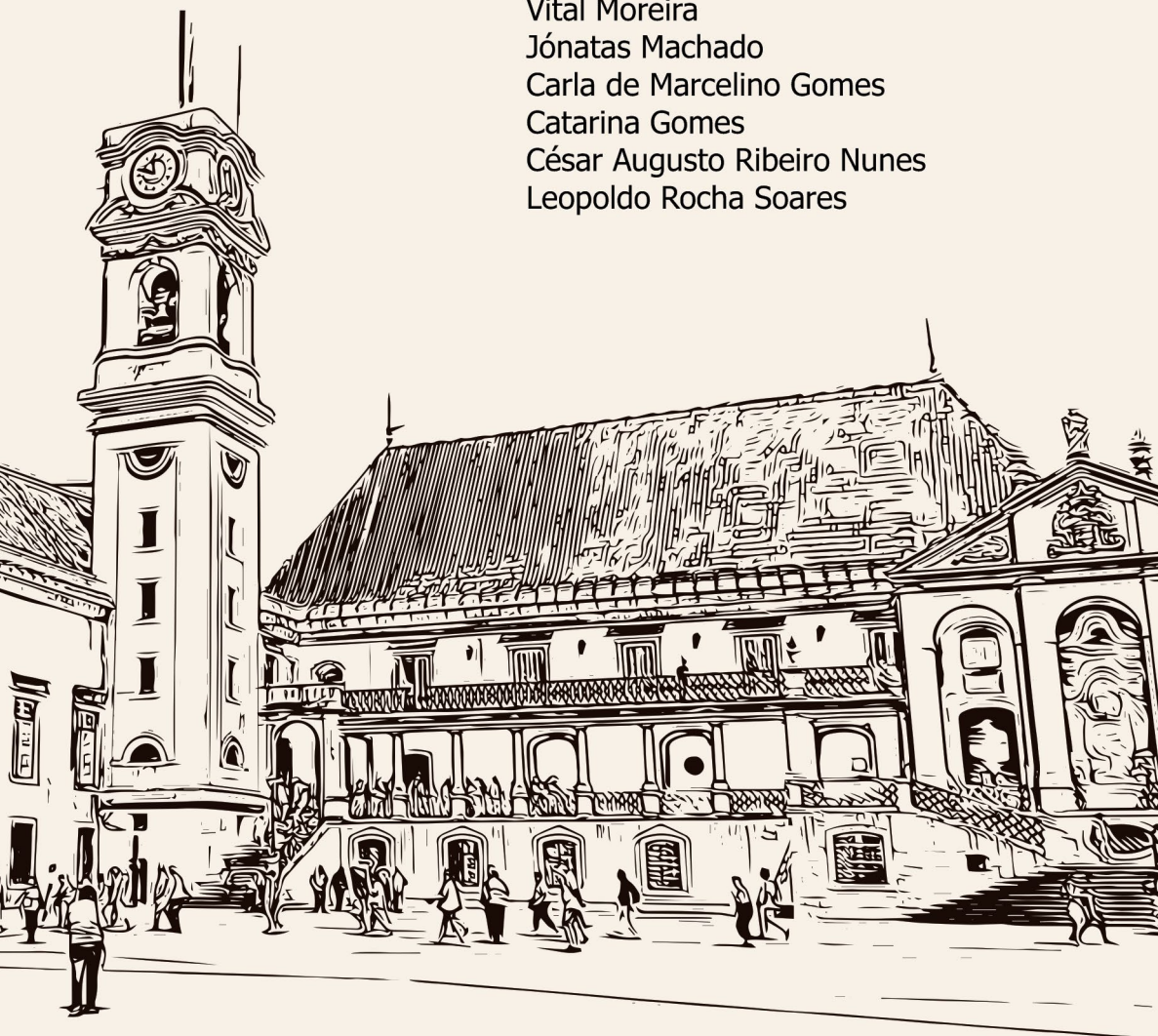
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-20-5



9 786589 537205

