

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO, DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA
NAIARA FERREIRA MARTINS

ORGANIZAÇÃO

GUSTAVO CARVALHO CHEHAB
CAMILA NASCIMENTO DE SOUZA
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Coordenação

**Lilian Rose Rocha Lemos
Naiara Ferreira Martins**

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

Organização:

Gustavo Carvalho Chehab

Camila Nascimento de Souza

Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva

José Ramalho Brasileiro Junior

**Brasília
2021**

CEUB

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

CEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: trabalho, direito e contemporaneidade. /
coordenadores, Lilian Rose Rocha Lemos *et al.* [...]. – Brasília: CEUB:
ICPD, 2021.

160 p.

ISBN 978-65-87823-95-9

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do CEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o CEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/CEUB.

APRESENTAÇÃO

O mundo do trabalho está sempre em evolução, acompanhando a transformação do tempo e da sociedade. Cabe ao Direito atualizar-se para responder aos novos problemas e as novas dinâmicas que a História impõe.

Durante o primeiro semestre de 2021, em plena pandemia da Covid-19, um grupo valioso de alunos da pós-graduação *lato sensu* do Centro de Ensino Unificado de Brasília (Uniceub/DF) aceitou o desafio de estudar e de pensar o Trabalho, o Direito e a Contemporaneidade. O fruto das pesquisas de primorosa qualidade rendeu diversos artigos que, pela contribuição à pesquisa acadêmica, merecem ser publicados e divulgados. O difícil foi selecionar uma pequena amostra entre tantos estudos valiosos, que também merecem divulgação.

Os artigos aqui reunidos pautam-se pela provocação, pelo desafio, pelo potencial de gerar novas discussões, novas pesquisas. A academia deve instigar, questionar e refletir, pois é, assim, que surgem as luzes que podem iluminar o caminho para a superação das dificuldades desse tempo.

Amanda Valério Olsen brinda-nos com seu trabalho sobre o dano existencial *in re ipsa* pela excessiva prestação habitual de horas extras. Ainda em processo de formulação pela dogmática jurídica, o polêmico dano existencial pode ocorrer quando há violação corriqueira e extrema do direito à desconexão ao trabalho? Nesse caso é necessário comprovar o efetivo dano extrapatrimonial sofrido pelo trabalhador vítima de tal exposição ou basta demonstrar a sobrejornada abusiva e continuada para haver o direito à sua reparação?

Trata-se, portanto, de tema atual e envolvente, que procura levar a reflexão sobre essa nova espécie de dano a bens imateriais em um contexto cada vez mais presente de intensificação do trabalho, sob as mais diversas formas e modalidades.

Em tempos de expansão e defesa dos direitos fundamentais, especialmente das minorias e dos grupos sociais menos favorecidos, Hugo de Oliveira Nascimento toca em uma ferida milenar, em uma realidade social que sobrevive, marginalizada, ao longo da História: o trabalho na prostituição e o desamparo do Poder Público.

A tradicional corrente – que ignora, nega direitos trabalhistas a quem tira sua subsistência da disposição de seus próprios corpos – é desafiada pela reflexão proposta nesse estudo. O Direito do Trabalho, fruto de lutas civilizatórias, pode dar respostas de dignidade, de saúde e de proteção a quem hoje sobrevive de tais práticas ou deve permanecer apático diante da exploração e da marginalização em razão dessa prática do trabalho? A resposta, obviamente, leva a refletir a nossa própria sociedade, nossos valores, nossa cultura e nossas convicções mais profundas.

Por falar em contemporaneidade, Maycon Douglas de Miranda Silva escreve sobre a uberização e o uso de plataformas digitais como formas de precarização das relações de trabalho. Debate super atual em grande parte do mundo e que tem ocupado a academia em diversas áreas do conhecimento.

A forma de trabalho tradicional está em transformação, tendo como protagonista as novas tecnologias da informação e da comunicação. A economia do compartilhamento, através de aplicativos informáticos, traz novos desafios, inclusive para o Direito e, em particular, para o Direito do Trabalho. Como a ciência jurídica responde a esse novo fenômeno?

Por fim e não menos importante, Patrícia Ferreira Lopes Pimentel Telles de Vasconcellos toca em um tema que já aparece em trabalhos de doutorados: o definhamento judicial, ou melhor, o ativismo judicial às avessas, em que os direitos fundamentais sociais vêm sendo desconstruídos por decisões judiciais de altas instâncias da Justiça brasileira.

No caso, a pesquisadora debruça-se sobre a jurisprudência que, reconhecendo a constitucionalidade do art. 522 da CLT, fere a autonomia sindical e limita as garantias asseguradas aos dirigentes sindicais. Trata-se de uma reflexão oportuna em tempos de pulverização sindical, de enfraquecimento das disputas coletivas e de ampliação da flexibilização e da precarização do trabalho.

Essas breves reflexões revelam o esforço dos discentes da disciplina Direito do Trabalho Contemporâneo que, em alto nível, procuraram discutir o hoje para melhorar o amanhã. Elas são apenas aperitivos da qualidade das pesquisas feitas no Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento e do esforço empreendido por sua

direção e pela Professora Doutora Lilian Rose Lemos Rocha na especialização em Direito.

Sem mais, resta desejar excelentes reflexões a todos! Que novas luzes iluminem o Trabalho, o Direito e a Contemporaneidade nessa sociedade em transformação!

..... Brasília, 1º de agosto de 2021.

Gustavo Carvalho Chehab

Professor doutor colaborador

A (IM) POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DANO EXISTENCIAL *IN RE IPSA* EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS EXCESSIVAS.....9

Amanda Valério Olsen

AS FALHAS DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....20

Cléofanny Souza Silva

VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM ATIVIDADES ILÍCITAS: O DESAMPARO ESTATAL ÀQUELAS QUE EXERCEM ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO...38

Hugo de Oliveira Nascimento

A APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA PRIMEIRA FASE DO TRIBUNAL DO JÚRI.....50

João Victor Loiola Pio de Santana

UBERIZAÇÃO E PLATAFORMIZAÇÃO COMO FORMAS DE PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....78

Maycon Douglas de Miranda Silva

O BANCO DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE DIRIMIR O ERRO DO JUDICIÁRIO.....99

Nathan Vinagre Augusto dos Santos

AUTONOMIA SINDICAL E A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ARTIGO 522 DO TEXTO CONSOLIDADO: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA E O ATIVISMO JUDICIAL PARA REDUZIR GARANTIAS.....121

Patrícia Ferreira Lope Pimentel Telles de Vasconcellos

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E ERRO
JUDICIÁRIO NA REGRESSÃO FORÇADA DE REGIME AOS
REEDUCANDOS DO REGIME SEMIABERTO EM TEMPOS DE
PANDEMIA.....145**
Thaissa Lorena Gomes de Moraes

A (IM) POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DANO EXISTENCIAL *IN RE IPSA* EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS EXCESSIVAS

Amanda Valério Olsen¹

RESUMO

Importante questão a ser discutida atualmente na seara trabalhista diz respeito à possibilidade de reconhecimento de danos existenciais *in re ipsa* em relações empregatícias com prestações de horas extras recorrentes e extenuantes. A controvérsia intrínseca ao tema reside, precipuamente, em analisar se a prestação de jornada excessiva, por si só, é capaz de gerar o direito à reparação por dano existencial ou se faz necessária a correspondente comprovação do dano extrapatrimonial. O presente artigo busca por meio da análise jurisprudencial, dos direitos fundamentais e dos fundamentos normativos do direito laboral, elucidar os principais aspectos desta matéria, que até o presente momento, têm movimentado efervescentes precedentes da Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Sobrejornada Habitual. Dano Existencial. Forma de Configuração.

ABSTRACT

An important issue currently being discussed in the labor field concerns the possibility of recognizing existential damages *in re ipsa* in employment relationships with recurring and strenuous overtime payments. The controversy inherent to the theme resides, above all, in analyzing whether the provision of excessive working hours, by itself, is capable of generating the right to compensation for existential moral damage or whether the corresponding proof of damage is necessary. This article seeks, through the jurisprudential analysis, of fundamental rights and the normative foundations of labor law, to elucidate the main aspects of this matter, which until now, have stirred up effervescent precedents in the Labor Court.

Keywords: Usual Overtime. Existential Damage. Form of Configuration.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogada. Aluna do curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Endereço eletrônico: olsenamanda75@gmail.com.

O debate acerca da configuração dos danos existenciais, espécie do gênero danos extrapatrimoniais, foi substancialmente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do cenário jurisprudencial da Justiça do Trabalho.

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho nas quais, inobstante não sejam necessariamente violados os direitos de personalidade do trabalhador, vislumbra-se o atentado ao direito do empregado à fruição de direitos sociais mínimos, dentre eles o direito ao lazer, à saúde e ao convívio familiar, todos igualmente consubstanciados no direito à desconexão do trabalho.

Pois bem.

É o enfoque no direito à desconexão do trabalho, respaldado em diversos outros direitos fundamentais, ou mais precisamente, o enfoque na sua violação – materializada na prestação habitual de horas extras extenuantes - que conduz o viés sob o qual os danos existenciais serão analisados no presente artigo.

Como sabido, o direito à limitação da jornada de trabalho é basilar e estruturante da lógica de proteção do direito trabalhista. A busca pela duração razoável do trabalho é emblemática e sempre protagonizou a pauta dos trabalhadores, visto que a relação empregatícia funda-se primordialmente na premissa de que o tempo do empregado à disposição do seu empregador deve ser compatível com a saúde e segurança do primeiro.

Nesse sentido, o instituto do labor extraordinário é excepcional. A disposição insculpida no artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ao prever o ressarcimento pelo labor extraordinário mais dispendioso do que a hora comum, sinaliza o desincentivo à sobrejornada, cuja realização deveria escapar do cotidiano natural da relação empregatícia.

Por essa razão, a prestação de horas extras excessivas e reiteradas não enseja tão somente o respectivo pagamento do seu adicional, mas também revela uma conduta patronal ilícita por abuso do seu poder diretivo a ponto de desencadear o direito do obreiro à indenização por danos existenciais.

O reconhecimento da necessidade da prova material do prejuízo existencial, no entanto, é bastante divergente nos tribunais trabalhistas. Considerando, assim, a

notável relevância e a ebulição dessa matéria pelo recorrente descumprimento das normas jurídicas, com a prolação de recentes julgados, faz-se necessária análise mais minuciosa da doutrina e da jurisprudência pelos operadores do Direito.

2 DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA

O marco temporal bastante utilizado para corresponder ao surgimento do Direito do Trabalho é o *Peel's Act*, diploma inglês elaborado no período da Revolução Industrial que visou, sobretudo, oferecer proteção às crianças aprendizes que trabalhavam em condições subumanas, além de estabelecer normas relativas à educação e higiene no ambiente de trabalho. Nesse sentido, a partir da publicação da “*Moral and Health Act*”, ou seja, Lei de Saúde e Moral de Aprendizes, em 1802, o trabalho noturno de crianças foi proibido, fixando-se a sua jornada máxima diurna de trabalho em 12 horas.

Facilmente se observa que a gênese do Direito do Trabalho está cabalmente relacionada a regulação de matérias intrínsecas à jornada de trabalho, eis que há mais de duzentos anos o *Peel's Act* já havia tornado clarividente a ligação entre limite da jornada de trabalho e saúde do trabalhador.

Atualmente, ao se deparar com a exaltação do intenso ritmo de trabalho, incentivado pelo consumismo desenfreado capitalista, verifica-se, a rigor, a separação do supramencionado binômio e a desconstrução da própria essência do direito laboral, posto que em 1802 já se reconhecia a íntima relação entre limitação de jornada e saúde do trabalho.

A todo momento, a Constituição Federal reconhece a ampla responsabilidade da sociedade e do empregador pelo implemento de condições inclinadas a melhorar as condições de trabalho, iniciando pelo próprio artigo 1º, que no inciso IV, já enuncia que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o valor social do trabalho. Esse compromisso, inclusive, é confirmado pela fixação constitucional da jornada máxima de 8 horas diárias com carga semanal de 44 horas.

Os fundamentos justificantes da tamanha preocupação do legislador, tanto originário quanto derivado, com a extensão da jornada de trabalho residem na

essencialidade de garantir tempo livre apto à recuperação de esforços físicos e mentais empreendidos no trabalho e à oportunização mínima da inserção familiar e social do obreiro, o que representa o mínimo existencial, para não se adentrar no direito ao tempo livre para autoaprimoramento e autoconhecimento².

A imprescindibilidade de atentar para a pertinência ao respeito aos limites constitucionais e legais da limitação da jornada de trabalho reside, *prima facie*, no grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, que nos desafia, diariamente, e que assim se enuncia: enquanto o Brasil atravessa índices elevadíssimos de desemprego – fato que desagua consequências nas mais diversificadas searas como a retração da economia, o significativo aumento do número de trabalhos informais e a preocupante transferência de grande parcela da população para a linha da pobreza –, uma outra parcela, não menos considerável, está se submetendo cotidianamente à prestação desmedida de horas extras, assentindo com a privação da sua autonomia de usufruir de tempo livre.

A título de comprovação, cumpre registrar que a última pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE aponta que no primeiro trimestre móvel de 2021 a taxa de desemprego no país é de 14,7% da população³. Em paralelo, estudos revelam que 76% dos brasileiros extrapolam a duração normal da jornada e que “nosso país é o que tem maior acúmulo de horas extras no mundo”⁴. O contexto fático denota que as pessoas que permanecem empregadas precisam, em contrapartida, trabalhar mais para compensar as perdas de postos de trabalho.

Nessa linha de crítica, Ricardo Antunes⁵, ao analisar a reestruturação dos direitos trabalhistas em um contexto global, indica que o novo mundo do trabalho

² SOUZA JÚNIOR, A. U. S. et al. **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Riddel, 2017.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 30 de jun. de 2021.

⁴ TRINDADE, Rodrigo. **Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios do Direito Empresarial do Trabalho**. In: MARANHÃO, Ney, TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Cordenadores). *O Mundo do Trabalho no Contexto das Reformas: Análise Crítica – Homenagem aos 40 anos da AMATRA 8*. São Paulo: LTr, 2017, p. 87 - 102.

⁵ ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2018.

não oportuniza o cumprimento de quaisquer discursos ou promessas de um futuro melhor para o trabalhador.

A razão do desmantelamento dos limites de jornada laboral há muito tempo já era compreendida por Karl Marx, que ponderava ser a jornada de trabalho “o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou do trabalhador”, razão pela qual se o trabalhador goza do seu tempo livre para descanso e lazer “ele furta o capitalista”⁶.

A situação de normalidade do mundo jurídico foi invertida no mundo fático, a prestação de horas extras se tornou tão corriqueira nas relações de trabalho que hoje a convocação para o labor suplementar é presumida.

A cultura da produtividade exacerbada acarreta a promiscuidade da vida profissional e da vida privada. Aos poucos, o trabalho vai ocupando e minando todas as reservas pessoais, em clarividente desprezo ao direito do trabalhador à desconexão da esfera laboral.

Ocorre que há uma união indissolúvel entre a sobrecarga habitual de trabalho e a deterioração da qualidade de vida do trabalhador. Os reflexos são os mais vastos possíveis: crise conjugal, visto que o trabalhador não dispõe de tempo para compartilhar experiências com a(o) companheira(o) nem celebrar datas comemorativas; dificuldade de acompanhamento dos filhos em idade escolar; alienação cultural oriunda do desprovimento de momentos de lazer; abandono dos estudos pela dificuldade de conciliação de horários, o que compromete a possibilidade de uma incrementação de renda futura e ascensão funcional; descomprometimento com a realização de atividades desportivas e alterações nos padrões de sono, fatos cuja comprovação científica correlaciona com o aumento de irritabilidade, depressão, risco de doenças cardiovasculares e derrame.

Com todas essas privações e com a incerteza do tempo livre, para não se falar em certeza da ausência de tempo disponível, a consequência que se tem, a rigor, é o efetivo dano à realização do projeto de vida e o prejuízo às relações afetivas, isto é, o

⁶ MARX, Karl. **O Capital**. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 307-308.

próprio dano existencial. Nesse ponto, primorosa a conceituação exarada por Júlio Bebber, *in verbis*:

por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital⁷

Ainda segundo preceitua José Affonso Dallegrave Neto, o dano existencial, no conceito elaborado por Amaro Almeida Neto, equivale a:

violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindido de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.⁸

Nessa linha, tem-se que a limitação da jornada é condição indispensável do exercício do direito à desconexão. Conforme se extrai da doutrina, a renúncia compulsória aos próprios hábitos da vida e a anulação do direito à autodeterminação pela imposição ilícita do empregador ensejam hipóteses caracterizadores dos danos existenciais.

Em síntese merecedora de destaque, afirma Volia Bomfim de forma categórica:

O trabalhador tem direito à desconexão. Isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.⁹

3 DANOS EXISTENCIAIS: CONFIGURAÇÃO *IN RE IPSA* OU MEDIANTE A COMPROVAÇÃO MATERIAL DO PREJUÍZO

⁷ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estéticos, biológicos e existencial) – breves considerações. **São Paulo: Revista LTr**, vol. 73 – janeiro de 2009.

⁸ NETO, José Affonso Dallegrave, **Responsabilidade civil no direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: Ltr, 2017.

⁹ CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012, fl. 660.

A consagração dos direitos dos trabalhadores à limitação da jornada de trabalho e ao submetimento ao labor extra, tão somente na forma não rotineira na Constituição Federal e na CLT, coaduna a com a afirmação de que a ausência da desconexão ao trabalho fere a dignidade humana do trabalhador, por retirar-lhe a oportunidade de gozar da convivência familiar/social e da própria realização de outros projetos pessoais.

A despeito disso, percebe-se que os nossos tribunais, ao interpretarem a ocorrência do dano existencial como indenizável, por vezes o classificam como dano *in re ipsa*, mas por outras transferem para o trabalhador o ônus de provar que o trabalho exaustivo desenvolvido lhe causou danos de ordem familiar ou psicológico, o que, embora seja presumível, é transformado em um fato que deve ser provado.

Em uma decisão sobre a realização de jornada extenuante como fato gerador do dano existencial, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu esse direito atrelando-o à figura da configuração *in re ipsa*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. DIREITO À DESCONEXÃO. HORAS DE SOBREAVISO. PLANTÕES HABITUAIS LONGOS E DESGASTANTES. DIREITO AO LAZER ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO E EM NORMAS INTERNACIONAIS. COMPROMETIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DESCONEXÃO DO TRABALHO. (...) **O direito à desconexão certamente ficará comprometido, com a permanente vinculação ao trabalho, se não houver critérios definidos quanto aos limites diários, os quais ficam atrelados à permanente necessidade do serviço. Resultaria, enfim, em descumprimento de direito fundamental e no comprometimento do princípio da máxima efetividade da Carta Maior.** Finalmente, a proteção não se limita ao direito interno (...) **Os danos causados, pela sua natureza in re ipsa, derivam na própria natureza do ato e independem de prova. Presente o nexo de causalidade entre este último e a conduta patronal, está configurado o dever de indenizar.** Agravo de instrumento a que se nega provimento”. (grifos meus) (TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, Data de Julgamento: 18/08/2017, Relator Ministro: Cláudio Brandão, 7ª Turma. Grifou-se)

Em outra demanda, a Egrégia Corte Trabalhista se manifestou no sentido de que a prestação de jornada de horas extras, por si só, não caracteriza dano

existencial, não sendo possível presumir, em regra, a ocorrência do pela mera prestação habitual de horas extras. *In litteris*:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA EXCESSIVA. PREJUÍZO AO CONVÍVIO FAMILIAR E À SAÚDE DO TRABALHADOR NÃO VERIFICADOS. Infere-se da jurisprudência desta Corte que **a jornada excessiva de per si não caracteriza a existência de dano existencial que, para ser deferido, deve ser devidamente provado**. O dano moral nesta hipótese não é presumível. Ou seja, **o trabalhador deve provar que a jornada de trabalho acarretou a deterioração das relações sociais ou o comprometeu de eventual projeto de vida**. Consignou o eg. Tribunal do Trabalho a ausência de elementos caracterizadores de prejuízo às relações sociais ou à moral do trabalhador, razão pela qual não há falar em indenização decorrente de jornada excessiva. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido”. (grifos meus) (TST - RR - 10472-40.2014.5.15.0030, Data de Julgamento: 31/05/2017, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017. Grifou-se)

Ademais dos julgados colacionados, há uma infinidade de precedentes os quais igualmente apontam para soluções diametralmente opostas no tocante a presunção de existência do dano existencial no contexto de submissão à jornada de trabalho extenuante.

O TST, por fim, em acórdão prolatado em novembro de 2020 pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR-402-61.2014.5.15.0030, repisou o entendimento no sentido de que o dano existencial não seria presumível em razão do fato – sobrejornada corriqueira -, corroborando com a preocupante tese da imprescindibilidade da comprovação da existência e extensão do dano. No referido caso em tela a SDI-1 excluiu da condenação imposta à Tropical Transportes Ipiranga Ltda. o pagamento de indenização no montante de quinze mil reais a título de dano existencial a um motorista de caminhão, cuja jornada laboral era comprovadamente 15 (quinze) horas diárias, com 30 (trinta) minutos de intervalo intrajornada, inclusive nos fins de semana e feriado¹⁰. O referido julgado fundamentou que o empregado

¹⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Pesquisa Processual**. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consesjt=&numeroTst=402&digitoTst=61&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0030&submit=Consultar>>. Acesso em: 30 de jun. de 2021.

não conseguiu comprovar prejuízo familiar ou social em razão da prestação das horas extras.

Nesse sentido, a tese firmada pela SDI parece passível de reavaliação. Isso porque: (i) as consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituem fatos notórios, dispensando a prova, visto ser nítido que um homem médio submetido a um regime de horas extras contínuo não tem disponibilidade física, psíquica, tampouco temporal para se dedicar ao usufruto de quaisquer outros direitos sociais mínimos; (ii) a exigência de prova material se apresenta ao trabalhador explorado como uma situação processual impraticável, uma verdadeira “prova diabólica”¹¹.

Exemplificando, como provar em juízo que, não obstante não tenha findado em divórcio, o trabalhador sofreu uma séria crise no seu relacionamento em razão da sua constante indisponibilidade? Como comprovar que o obreiro abandonou a ideia de iniciar um curso superior, pois não tinha tempo hábil? Ou que ele tornou-se depressivo em razão do isolamento social causado pela dedicação praticamente integral ao trabalho? Ora, uma jornada habitual de 15 horas diárias de segunda-feira a segunda-feira, como a ocorrida no julgamento exarado pela SDI, efetivamente possibilita o exercício da liberdade pessoal do ser humano?

Cumprido frisar que se trata de emprego cuja jornada diária corresponde a praticamente 2/3 das horas que compõem 1 (um) dia. Nesse caso, tendo em vista a recomendação médico-científica de destinar 8 horas diárias, isto é, 1/3 do tempo diário, para o sono, é incoerente uma linha de raciocínio na qual uma jornada laboral de 15 horas diárias durante os 7 dias da semana coexista com o despojamento factível de horas livres para a família e lazer.

Nesse diapasão, é válido reproduzir a reflexão de André Molina:

“O prejuízo pessoal, familiar ou social específico, poderá agravar a indenização, mas não é requisito para a sua configuração. Disso segue que, tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos, quanto o solteiro sem filhos, sofrem danos

¹¹MOLINA, André Araújo. **Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração.** Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0129_0166.pdf>. Acesso em 1 de jul. de 2021.

existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada”¹².

Dessa forma, apresenta-se mais razoável e condizente com o arcabouço jurídico trabalhista a repercussão dos danos existenciais pela mera violação do direito fundamental dos empregados de exercitar seus demais direitos constitucionais sociais, de modo que a realização não espontânea de horas extras reiteradamente – sobretudo quando superior a 2 (duas) horas diárias - não venha a ser tolhida tão somente pelas repercussões patrimoniais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à desconexão certamente ficará comprometido com a permanente demanda de prestação de horas extras excessivas. O dano existencial concretiza-se na medida em que, o sobrecarregamento no trabalho afeta as estruturas de relacionamento do trabalhador e aniquila a possibilidade de desfrutar do descanso, lazer, convívio familiar e recomposição física e mental.

O que parece seguro afirmar é que tese firmada no E-RR-402-61.2014.5.15.0030 não é a solução jurídica adequada para ser pacificada, sob pena de não neutralizar o fenômeno da inobservância às normas legais e constitucionais garantidoras da limitação da jornada de trabalho, ao revés, ser um meio de incentivar a perpetuação desse tipo de abuso patronal. Estipular a condicionante da comprovação do dano, nesse caso específico, reafirma a predição do empregador de ser mais vantajoso economicamente exigir a extrapolação de jornadas não episódicas a custear a contratação de mais funcionários.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2018.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estéticos, biológicos e existencial) – breves considerações**. São Paulo: Revista LTr, vol. 73 – janeiro de 2009.

¹²MOLINA, André Araújo. **Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração**. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0129_0166.pdf>. Acesso em 1 de jul. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Pesquisa Processual**. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=402&digitoTst=61&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0030&submit=Consultar>>. Acesso em: 30 de jun. de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 30 de jun. de 2021.

MARX, Karl. **O Capital. Livro 1**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MOLINA, André Araújo. **Dano existencial por jornada de trabalho excessiva. Critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração**. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0129_0166.pdf> Acesso em 1. jul.2021.

NETO, José Affonso Dallegrave, **Responsabilidade civil no direito do trabalho**, 6ª ed., São Paulo: Ltr, 2017. CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012.

SOUZA JÚNIOR, A. U. S. et al. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: Riddel, 2017.

TRINDADE, Rodrigo. **Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios do Direito Empresarial do Trabalho**. In: MARANHÃO, Ney, TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Cordenadores). **O Mundo do Trabalho no Contexto das Reformas: Análise Crítica – Homenagem aos 40 anos da AMATRA 8**. São Paulo: LTr, 2017

AS FALHAS DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cléofanny Souza Silva

RESUMO

O presente artigo busca analisar os erros judiciais quanto ao reconhecimento de pessoas por testemunhas e vítimas como meio de prova para se atribuir alguém a autoria de um delito. Ocorre que o reconhecimento de pessoas se mostra demasiadamente falho e fragilizado diante de um Estado que diz ter um sistema acusatório, mas, na prática, visualizamos um modelo inquisitorial, principalmente no que tange o manejo das provas. Dessa forma, o reconhecimento de pessoas por testemunhas e vítimas vem se mostrando perigoso, em especial os reconhecimentos feitos por fotografias, que apesar de ser meio de prova válido e bastante usado pelas autoridades policiais, sequer tem requisitos procedimentais no nosso ordenamento jurídico. Decerto, os erros cometidos no reconhecimento de pessoas não se atribuem exclusivamente à maneira que as autoridades policiais apresentam o famoso álbum de suspeitos, mas também pode-se atribuir tais erros às memórias deturpadas que a vítima ou testemunha podem ter sobre os fatos e possível suspeito. Assim, se faz necessária uma análise dos critérios utilizados para alguém compor o álbum de suspeitos e as condições das vítimas e testemunhas no ato do reconhecimento e, por fim, as consequências do peso dessa categoria de prova na ação penal, mesmo não existindo rainha das provas no processo penal.

Palavras-chaves: Reconhecimento de pessoas. Arbitrariedade no manejo da prova. Falta de critérios. Erros judiciais.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the judicial errors regarding the recognition of people by witnesses and victims as a means of proof to attribute someone to the authorship of a crime. It turns out that the recognition of people is too weak in the face of a State that claims to be have an accusatory system, but, in practice, we see an inquisitorial model, especially with regard to the handling of evidence. Thus, the recognition of people by witnesses and victims has been proving dangerous, especially the recognition made by photographs that, despite being a valid means of evidence and widely used by police authorities, even have procedural requirements in our legal system. Of course, the mistakes made in recognizing people are not exclusively attributed to the way police authorities present the famous suspect album, but such mistakes can also be attributed to the distorted memories that the victim or witness may have about the facts and possible suspect. Thus, it is necessary to analyze the criteria used for someone to compose the album of suspects and the conditions of victims and witnesses in the act of recognition and finally the

consequences of the weight of this category of evidence in criminal proceedings, even though there is no queen of evidence in the criminal proceedings.

Key words: Recognition of people. Arbitrariness in handling the evidence. Lack of criteria. Judicial errors.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal, nele se encontram diretrizes a serem seguidas.¹

A lei traz requisitos para dar mais segurança e veracidade a esse meio de prova, afinal, o reconhecimento de pessoas é uma prova muito importante, que na grande maioria das vezes é utilizada para se chegar até a autoria de um fato criminoso. Por esse motivo, desde a fase de investigação até a fase de instrução processual, essa prova acaba tendo um peso maior do que demais provas contidas na ação penal, isso porque o fato da vítima ou testemunha apontar determinada pessoa como autora de um delito cria a ideia de uma rainha das provas imaginária.

Certamente, a indicação de um suposto agente delitivo pela testemunha ou vítima por si só não é suficiente para condenar alguém, devendo sempre o aplicador da lei considerar as demais provas que cercam o processo criminal. Na prática, infelizmente, apesar dos diversos debates doutrinários e pelos tribunais superiores, a realidade é bem diferente.²

¹ BRASIL. Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: **I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.** Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável. Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 27 de junho de 2021.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 598.886**. Paciente: Vanio da Silva Gazola; Igor Tartari Felacio. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schiatti Cruz. Brasília, 27 de outubro de 2020.

Os problemas acerca dessa modalidade de prova estão presentes no reconhecimento pessoal (prova direta), bem como no reconhecimento por fotografia ou vídeo (prova indireta).

Apesar do reconhecimento pessoal acarretar falhas, conseguimos visualizar maiores problemas quanto ao reconhecimento de pessoa por fotografia através do famoso álbum dos suspeitos apresentado pelas autoridades policiais a testemunhas e vítimas em busca de chegar até o autor do delito. Essa forma de reconhecimento é bastante comum por ser um meio mais célere e prático para se identificar um suposto criminoso.

Todavia, apesar da celeridade e vantagens econômicas que esse meio de prova tem, não se pode descartar os perigos e falhas que levam a erros e consequências inimagináveis para aqueles que se vêm diante de uma acusação, sabendo ser inocente. Ressalta-se que não é só o reconhecimento fotográfico que gera grandes problemas, visto que a memória da vítima e testemunha é o pilar desse meio de prova e a memória do ser humano pode ser bastante traiçoeira.

Portanto, é extremamente importante buscar soluções para que esse meio de prova não seja um meio arbitrário de se condenar inocentes, mas sim um caminho eficaz pela busca da verdade real, direcionando a culpa para de fato quem é culpado.

2 A MEMÓRIA COMO MECANISMO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, é importante entender o papel da testemunha em um processo. De maneira bastante singela, Vincenzo Manzini se reporta à testemunha como sendo a pessoa que tenha “percepção sensorial” a respeito de um fato passado e dirigido aos fins da prova, ou seja, à comprovação da verdade. Em um aspecto geral, a função processual da testemunha está ligada ao conceito de prova, porquanto, seja prestando depoimento ou firmando documento, como presente ao ato que neles se materializa, a testemunha está exercendo ato ou diligência probatória, isto é, está compondo uma prova, a prova testemunhal.³

³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso Completo**. Barueri – São Paulo. Editora Manole. 2010. Disponível em:<

Dessa forma, se considera testemunha aquela pessoa que tenha presenciado os fatos ou acontecimentos derivados desses fatos. Destaca-se que não se pode confundir testemunha com vítima.

A vítima é a pessoa que sofreu lesão em seu bem jurídico. Diferente da testemunha, a vítima não tem obrigação legal de falar a verdade, mas em determinados crimes a palavra da vítima se torna o principal meio de prova.⁴

Assim, podemos entender o porquê de considerar tanto o que a testemunha e vítima relatam sobre os acontecimentos de um fato. Afinal, os relatos extraídos da memória de quem presenciou uma determinada situação é meio de se chegar à verdade real dos fatos. Assim, no processo penal, a extração de lembranças vividas por essas pessoas é de suma importância.⁵

Portanto, é inquestionável que a base para o reconhecimento de pessoas é a memória daquele que presenciou os fatos. Conseqüentemente, acredita-se que aquele que presenciou um evento criminoso não teria problema em narrar precisamente os fatos, tampouco reconhecer certos elementos importantes para a investigação.⁶

Segundo Caio Badaró:

O testemunho desempenha um papel fundamental na aquisição de conhecimento. Parte considerável de nossas crenças está justificada como base nas palavras de outras pessoas e não em nossas próprias observações. Os exemplos mais claros são aquelas relativos às informações sobre eventos que ocorreram antes ou logo após o nosso nascimento. Mas é possível pensar em outros exemplos menos claros: as teorias científicas, por exemplo, são aceitas por nós geralmente a partir de que outras pessoas nos dizem; sabemos da existência de lugares distantes em que nunca fomos. Em muitos casos possuímos crenças testemunhais, como plena confiança, sem sequer imaginarmos os meios pelos quais tais crenças possam ser justificadas.⁷

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446423/pageid/371>>.

Acesso em 27 de jun. de 2021.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ MASSENA, Caio Badaró. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 156. Ano 27. São Paulo. Edição RT, junho 2019.

De fato, a memória é uma grande aliada para os esclarecimentos dos fatos. Porém, não se pode esquecer que a memória do ser humano é falha e pode sofrer diversas alterações por diversos motivos internos e externos.

Ao falar da memória, o primeiro ponto a ser esclarecido é que a memória não é um aparelho capaz de registrar e armazenar de forma completa todos os acontecimentos, como um gravador de vídeo a oferecer um registro pretensamente objetivo, imutável e completo.⁸

Assim, é necessário considerar que a memória pode sofrer alterações de forma imperceptível àquele que está revivendo mentalmente determinada situação, vejamos.

Cada pessoa interpreta o evento presenciado de acordo com uma série de elementos, como o nível educacional, posição social, valores, sentimentos e até mesmo informações posteriores à experiência, que influem no processo de codificação e geram consequências ao recordar as informações “arquivadas” na memória. Todos esses fatores operam como uma espécie de filtro, através do qual interpretamos as informações.⁹

Portanto, a memória tem uma dinâmica com fatores internos e externos, que podem levar a variações significantes para um processo judicial e para os fatos vivenciados.

Assim, é importante destacar que a memória se divide em dois grupos. O primeiro se refere a memória funcional, aquela de curto prazo que serve para armazenar informações passageiras e que por consequência se confundem. O segundo grupo de memórias é o das memórias de trabalho, aquela que armazena informações a longo prazo. Ocorre que, até a sua consolidação, a memória pode sofrer diversas influências.¹⁰

Dessa forma, para reviver fatos pretéritos, a mente percorre um caminho de variações que influencia significativamente a realidade vivida pelo indivíduo. Assim,

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ KANPLAN, Harold I.; SADOCK, Bejamim J.; JAC, A. Greb. **Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1997.

é inquestionável que o testemunho de alguém que presenciou os fatos é de extrema importância para visualizar a realidade fática de fatos. Porém, apesar de o testemunho ser meio de prova em busca da verdade real, não se pode esquecer que a memória é o ponto central dessa prova.¹¹

Diante disso, é importante destacar que a testemunha ou vítima possuidoras de boa-fé, que tenham a intenção de relatar fielmente os fatos vivenciados, podem incorrer em erro.¹²

Segundo Damásio:

As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [...]. Todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original. Mais ainda, à medida que a idade e experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem. [...]. Essas imagens evocadas tendem a ser retidas na consciência apenas de forma passageira e, embora possam parecer boas réplicas, são frequentemente imprecisas ou incompletas.¹³

A falsa memória é exemplo bem comum das armadilhas que nossa mente nos coloca. As falsas memórias se resumem a lembranças de um determinado evento que não ocorreu ou que não foi presenciado por aquela pessoa que narra os fatos, bem como ter também memórias distorcidas da realidade vivenciada.¹⁴

As falsas memórias podem ser divididas em falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas. A primeira se refere a lembranças alteradas internamente sem interferências externas. Aqui ocorre a substituição da memória original por uma memória falsa. A memória sugerida surge com falsas informações acerca de

¹¹ MASSENA, Caio Badaró. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 156. Ano 27. São Paulo. Edição RT, junho 2019.

¹² Idem.

¹³ DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo. Editora Cia das Letras, 2012.

¹⁴ Idem.

determinado fato, a pessoa aceita a informação trazida incorporando a inverdade na memória original.¹⁵

Ressalta-se que as falsas memórias nada tem a ver com mentiras, pois a pessoa que passa por esse evento acredita fielmente que vivenciou determinado fato, porém, está sendo enganada por suas percepções.¹⁶

Assim, a prova testemunhal ou o colhimento dos relatos vivenciados pela vítima podem ser contaminados em fração de segundos. Por esse motivo, esse meio de prova requer mais cuidado na hora de ser produzida.

Com efeito, um dos grandes problemas da prova está na contaminação da reconstrução dos fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo, ou seja, a procura desmedida por uma “verdade real” – impossível de ser novamente retratada no presente resquício do sistema inquisitivo – acaba por influenciar a memória das pessoas que depõe no processo e até mesmo antes dele. Os constrangimentos sofridos pela prova, muito embora influenciem na produção desta, são a garantia do cumprimento das regras do jogo, ou seja, à observância ao devido processo legal. Atuam como verdadeiro filtro processual, não permitindo a utilização de provas ilícitas ou ilegítimas, o que jamais poderia ser tido como um fator negativo.¹⁷

Dessa forma, essa análise singela sobre a importância do relato dos fatos por aqueles que presenciaram os acontecimentos para o processo criminal é fundamental para se pensar em mecanismos para regulamentar esse meio de prova, em especial o reconhecimento de pessoas que, apesar de estar amparado artigo 226 do Código de Processo Penal, vem trazendo erros irreparáveis a vida de inocentes.

3 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO DE PROBATÓRIO

¹⁵ STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Di-reito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 30 de jun. de 2021.

¹⁶ Idem.

¹⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2014.

O reconhecimento de pessoa é ato instrutório para o processo judicial e por esse motivo deve seguir as regras elencadas no 226 CPP, principalmente quanto a presença de outras pessoas, sendo vedado a apresentação de um único acusado para o reconhecimento, seja presencialmente ou através do famoso álbum de suspeitos apresentados pela autoridade policial.

O reconhecimento de pessoas, apesar de ter seu procedimento em lei, é uma prova falha, visto que, fatores como decurso do tempo, circunstâncias dos fatos, emoções, efeitos da raça diferente, características do suspeito semelhantes a outra pessoa que nada tem a ver com o ocorrido, entre outros, faz precário esse meio de prova.¹⁸

Certamente, reconhecer alguém não é fácil, visto que é necessário recorrer à memória e fazer a comparação das pessoas ali apresentadas, segundo Nucci:

O reconhecedor precisa se valer do processo de comparação para buscar no fundo da consciência a imagem efetiva daquele que viu cometer algo relevante para o processo. Seja ele testemunha, seja vítima, precisa estabelecer um padrão de confronto para extrair a identificação certa ou, então, colocar-se em profunda dúvida, sendo incapaz de proceder ao reconhecimento. O ideal, pois, é colocar pessoas semelhantes para serem apresentadas em conjunto ao reconhecedor.¹⁹

Assim, cabe informar que o processo de lembrar determinado fato é conhecido na psicologia como “evocação”, que nada mais é que a reconstrução de fragmentos que formam a lembrança. Ressalta-se que uma das características desse processo de “evocação” é a modificação dessas lembranças.²⁰

Isso significa que a mente humana não recorda os fatos fielmente como aconteceram e erros quanto a memória são mais comuns do que se imagina. Exemplo clássico disso é o evento das falsas memórias, que pode impactar significativamente um processo criminal.²¹

¹⁸ Idem.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2021.

²⁰ IRIGONHÊ, Márcia de Moira. **Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: pensando a prova penal**. Santa Catarina. Editora Lumen Juris Direito. 2015.

²¹ IRIGONHÊ, Márcia de Moira. **Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: pensando a prova penal**. Santa Catarina. Editora Lumen Juris Direito. 2015.

Diante disso, é fato incontestável que o reconhecimento de pessoa passa por diversas variáveis, seja relacionada a própria memória do ser humano, seja por questões sociais, culturais, emocionais ou até mesmo naturais.²²

Não é à toa que corriqueiramente acompanhamos na mídia erros judiciais causados pelo reconhecimento errôneo de pessoas. Caso que merece destaque é o do Thiago Gomes, homem negro de 28 anos que teve sua foto colocada no famoso catálogo de suspeitos utilizados pela polícia. Tal fotografia já rendeu duas prisões, onde chegou a ficar mais oito meses. Além disso, respondeu por dois processos criminais e em um deles foi condenado em segunda instância com base unicamente no reconhecimento fotográfico e nove reconhecimentos por autoria de roubo que não cometeu.²³

Thiago teve sua foto tirada na delegacia em 2016, quando estava sendo acusado de receptação. Mesmo após os esclarecimentos sobre os fatos, de ser inocentado e apesar de possuir uma excelente ficha criminal, teve a sua foto estampada no álbum de suspeitos em diversas delegacias.²⁴

Em primeiro lugar, o caso em questão nos faz questionar os critérios utilizados pela autoridade policial na hora de compor o catálogo de suspeito. Afinal, é necessário entender os motivos que levam alguém a ter sua figura expostas em um álbum de suspeitos.

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico não existe critério a ser seguido para que alguém possa compor o catálogo de suspeitos. Assim, não se têm requisitos para que a imagem de alguém vá para o álbum, nem de como esse álbum é apresentado para vítimas e testemunhas, muito menos da retirada dessa imagem do catálogo de suspeitos.²⁵

²² Idem.

²³ Sem autor: **Jovem é preso duas vezes por crime que não cometeu por causa de reconhecimento fotográfico.** G1- Fantástico. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-preso-duas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-caoa-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>>. Acesso em 01 de julho de 2021.

²⁴ Idem.

²⁵ Com autor: MATIDA, Janaina Matida; Nardeli, Mascarenhas. **Álbum de Suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?.** Consultor Jurídico. 2020. Disponível

Por falta de critérios para o uso desse meio de prova na fase do inquérito, que por consequência contamina todo o processo judicial, e também pela falta de bom senso por parte dos promotores e julgadores que insistem em condenar a pessoa com base em provas rasas (às vezes a única prova), acabam se esquecendo da existência e consequente aplicação do princípio *in dubio pro reo*²⁶.

Assim, pessoas como o Thiago são privadas de sua liberdade, enfrentam os desgastes físicos e psicológicos de um processo criminal e ainda sofrem com os estigmas deixados por esse tipo de situação.²⁷ Além de não existir critérios para a utilização desse meio de prova, é importante destacar a precariedade das imagens fornecidas para o reconhecimento de pessoas pela autoridade policial.

Vejamos:

Geralmente é dessa forma que as fotos são apresentadas para o reconhecimento de pessoa no Brasil. A fotografia por si só deixa de apresentar características importantes das pessoas a serem reconhecidas, focando somente no rosto dos possíveis suspeitos e de forma limitada, visto que por fotografia não é possível ver aquele indivíduo de todos os ângulos.²⁸

Ademais, em alguns casos as fotos apresentadas são extraídas de redes sociais, sem qualquer padronização e critério. Ainda se tem o problema do reconhecimento informal, quando a polícia apresenta os suspeitos pelo WhatsApp para vítimas e testemunhas.

Além de todos os problemas acima relatados, cabe destacar que as pessoas negras e pobres são as que mais são vítimas desse tipo de erro. Segundo relatório disponibilizado pelo CONDEGE – Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, juntamente com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, as prisões injustas

em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>>. Acesso em 03 de jul. de 2021.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ MATIDA, Janaina; Ceconello, William Weber. **Reconhecimento Fotográfico e Presunção de Inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal Ciência. Vol 7. N 1. Porto Alegre. Abril 2021

causadas pelo reconhecimento fotográfico entre pessoas negras entre 2012 e 2020 era da ordem de 83%.²⁹

Percebe-se que a questão vai além de normas específicas para resolver os problemas inerentes ao reconhecimento de pessoas, se trata de um problema de cunho racial e social, onde é comum marginalizar determinado grupo de pessoas e ter isso como justificativa para tanta arbitrariedade no manejo dessa prova.

Conforme Matida e Nardelli:

Que Tiago tenha sido reconhecido oito vezes diz mais sobre o risco de falsos reconhecimentos que ronda a população preta e pobre brasileira e muito menos sobre a confiabilidade da informação gerada. Sintoma disso é que, mesmo depois da absolvição por um primeiro processo de receptação, a fotografia de Tiago continuou a ser reiteradamente oferecida a vítimas que, com a memória acometida por decurso do tempo, estresse, efeito da raça diferente, entre outras variáveis, acabaram por apontar Tiago como autor dos delitos. Vale ressaltar que as vítimas que reconheceram Tiago chegaram a descrever o autor do fato com base em características físicas destoantes das de Tiago.³⁰

Assim, o problema não está somente no ato do reconhecimento, mas na forma com que essa informação é utilizada, onde, de um lado, parece que o reconhecimento para as autoridades policiais muitas vezes é a justificativa de não se aprofundar nas investigações e mesmo diante de uma situação nítida de pedido de arquivamento pedem para indiciar. Do outro lado, está o Judiciário, onde o Ministério Público anseia por uma condenação e os Julgadores utilizam essa “rainha das provas” para condenar.

Ressalta-se que as alegações acima buscaram colocar em linhas práticas o desenrolar da prova e a maneira que podemos visualizar em alguns casos a atuação dos envolvidos diante desse elemento probatório.

²⁹ CONDEGE – Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. **Relatório indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico – abril 2021**. Brasil. Disponível em: < <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/> >. Acesso em 03 de julho de 2021.

³⁰ Com autor: MATIDA, Janaina Matida; Nardeli, Mascarenhas. **Álbum de Suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?**. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito> >. Acesso em 03 de julho de 2021.

4 MANUSEIO DA PROVA

Apesar das críticas apresentadas aqui sobre o reconhecimento de pessoas, é inquestionável que esse meio de prova é importante para as investigações e a busca da verdade real. Por esse motivo, é necessário buscar mecanismos para dar confiabilidade para essa prova.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 142.773/PB definiu diretrizes sobre o reconhecimento fotográfico. Segundo o entendimento da Sexta Turma, o reconhecimento fotográfico deve seguir as mesmas regras do reconhecimento pessoal. Dessa forma, o reconhecimento por fotografia deve ser fase antecessora ao reconhecimento pessoal.³¹

Mesmo diante dessa decisão importante, o problema acerca do reconhecimento de pessoas está longe de ser resolvido e, como já abordamos, o problema vai além da norma, neste caso, ausência dela.

O reconhecimento de pessoas, seja ele pessoal ou por fotografia, geram margem ao erro. Por esse motivo, é interessante se pensar no mecanismo de alinhamento justo para evitar erros judiciais com base nos reconhecimentos.

O alinhamento justo se trata de procedimento onde se apresenta o suspeito juntamente com outras pessoas, sendo impensável a apresentação de um único suspeito para o reconhecimento. Dessa forma, evita a contaminação da prova e formação de falsas memórias, que podem trazer impactos significativo no processo judicial.³²

Além disso, as pessoas apresentadas devem ter características semelhantes (assim como diz a lei), evitando assim o destaque do suspeito. Também nesse sentido, as pessoas apresentadas com o suspeito devem ser sabidamente inocentes para reduzir os erros no reconhecimento.³³

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 142.773**. Recorrente: Ayan Barbosa de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 de junho de 2021.

³² MATIDA, Janaina; Ceconello, William Weber. **Reconhecimento Fotográfico e Presunção de Inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal Ciência. Vol 7. N 1. Porto Alegre. Abril 2021.

³³ Idem.

Em primeiro lugar, sempre que haja destaque não se estará a promover um alinhamento justo, mas tão somente um alinhamento formal que não protege inocentes do risco de serem falsamente apontados.

O alinhamento em que somente uma pessoa preenche as características descritas pela vítima/testemunha como sendo as características do culpado/da culpada não é um alinhamento justo porque a própria composição do alinhamento cria a tendência de que uma pessoa inocente seja apontada em razão da simples coincidência – neste caso, triste coincidência – de que ela seja a única a ostentar um traço ou característica notada pela vítima/testemunha como sendo uma característica culpado/da culpada.³⁴

Desataca-se que esse procedimento faz com que se reduza a utilização de certos estereótipos que a vítima ou testemunha tenha sobre o autor dos fatos, bem como evita eventuais reconhecimentos falsos.³⁵

Outro mecanismo interessante para minimizar os erros quanto ao reconhecimento de pessoas é o instituto da cadeia de custódia da prova penal. Esse instituto foi apresentado ao ordenamento jurídico através da lei 13.964/2019, que introduziu os artigos 158A a 158F no Código de Processo Penal³⁶.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶BRASIL. **Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941**. Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data,

Segundo o CPP cadeia de custódia da prova é:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a

hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º Todos os vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Acesso em 02 de julho de 2021.

história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Assim, a cadeia de custódia visa assegurar a integridade da prova, fornecendo para as partes todo o histórico cronológico por qual percorreu a prova, desde a coleta até o seu descarte.

Apesar desse procedimento estar relacionado com as provas de perícia de laboratório, nada impede que esse mecanismo seja utilizado para outros meios de prova. A ideia da cadeia de custódia da prova penal é justamente dar confiabilidade a prova que vai ser levada a juízo.³⁷

O conceito de preservação da cadeia de custódia no processo penal diz respeito à garantia de integridade e, por consequência, credibilidade e prestabilidade da prova, mas, também, ao exercício do contraditório pelas partes, que devem ter acesso a uma prova certamente íntegra, sem esquecer o juiz, que é o destinatário da prova.³⁸

Dessa forma, entendendo a importância da cadeia de custódia, sem dúvidas, fica clara a importância desse mecanismo nas provas de reconhecimento de pessoas, pois, visualizando uma quebra nessa cadeia de custódia, a prova se torna duvidosa devendo, portanto, ser imprestável ao processo.³⁹

5 CONCLUSÃO

Sem dúvidas que o reconhecimento de pessoas é de extrema importância para o processo judicial e principalmente para fase de investigação, sendo um dos maiores aliados para as investigações aventadas.

Apesar de ser uma prova importante e bastante utilizada, o seu manuseio é regado de falhas geradoras de erros absurdos para aqueles que são manifestamente

³⁷ Com autor: PARODI, Lorenzo. **A cadeia de custódia da prova digital à luz da lei 13.964/19 (lei anticrime)**. Migalhas. Brasil, fevereiro 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13-964-19--lei-anticrime>>. Acesso em 05 de julho de 2021.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

inocentes, mas são apontados como autores delitivos e acabam sofrendo as consequências de um processo criminal que pode lhe custar a liberdade.

O reconhecimento, sendo ele pessoal ou fotográfico, é uma prova que requer bastante cuidado. Isso porque o reconhecimento de pessoa se ampara nas memórias das vítimas e testemunhas. Como destacado, as memórias são falhas, pois podem sofrer deturpações causadas por fatores externos e internos. Além disso, não se pode esquecer das semelhanças entre pessoas, que podem gerar problemas.

O caso do Thiago apresentado nesse artigo mostra claramente as falhas no reconhecimento de pessoas e o manuseio errado dessa categoria de prova. Thiago vem sofrendo reiteradamente as consequências de ter sua foto compartilhada em catálogos de suspeitos, mesmo possuindo uma excelente ficha criminal.

Sabemos que não se admite rainha das provas no processo penal, sendo que para condenar alguém é necessário a análise de todos os elementos do processo. Porém, na prática, esse entendimento não é seguido.

Percebe-se que o reconhecimento de pessoa tem um peso muito grande na hora da condenação, sendo muitas vezes essa a única prova. Chega a ser absurdo em um estado democrático de direito ver pessoas enfrentando processos criminais devido a fotos extraídas de redes sociais despadronizadas, curtidas em redes sociais e até mesmo características como o cabelo volumoso de alguém.

Apesar de estar expresso no Código de Processo Penal o procedimento a ser seguido para o reconhecimento de pessoas, sabemos que a realidade é diferente. A realidade é que esse meio de prova deve ser manuseado com cautela e seguir procedimentos sérios na sua realização, não podendo ser mecanismo arbitrário para chegar ao autor do delito.

O fato de Thiago ter sua figura exposta injustificadamente no álbum de suspeitos, ser preso duas vezes por crimes que não cometeu, responder a processos e sofrer a humilhação de ter sido reconhecido nove vezes por crimes que não cometeu, nos faz refletir que a mudança para a realização desse meio de prova é urgente, pois assim como Thiago, vários outros se vêm sem voz diante de tamanha injustiça.

É necessário estabelecer requisitos, principalmente no que tange o famoso catálogo de suspeitos, visto que não existe nenhum critério sobre a forma que esse álbum é elaborado, requisitos para alguém ter sua imagem catalogada e principalmente sobre a exclusão dessa imagem dos álbuns.

O alinhamento justo e a cadeia de custódia da prova penal são exemplos de mecanismos que seriam de grande ajuda na busca da credibilidade da prova no processo criminal. A utilização desses meios com certeza eliminaria consideravelmente os erros judiciais cometidos devido a um erro no reconhecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 598.886**. Paciente: Vanio da Silva Gazola; Igor Tartari Felacio. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 142.773**. Recorrente: Ayan Barbosa de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 de junho de 2021.

Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)., 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>.

CONDEGE – Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. **Relatório indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico – abril 2021**. Brasil. Disponível em: <<http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>>.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo. Editora Companhia das Letras. 2012.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2014.

IRIGONHÊ, Márcia de Moira. **Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: pensando a prova penal**. Santa Catarina. Editora Lumen Juris Direito. 2015.

KANPLAN, Harold I.; SADOCK, Bejamim J.; JAC, A. Greb. **Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1997.

MASSENA, Caio Badaró. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 156. Ano 27. São Paulo. Edição RT, junho 2019

MATIDA, Janaina Matida; Nardeli, Mascarenhas. **Álbum de Suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?**. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>> .

MATIDA, Janaina; Ceconello, William Weber. **Reconhecimento Fotográfico e Presunção de Inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal Ciência. Vol 7. N 1. Porto Alegre. Abril 2021

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso Completo**. Barueri – São Paulo. Editora Manole. 2010. Disponível em:< <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446423/pageid/371>>. Acesso em: 27 de jun. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2021.

PARODI, Lorenzo. **A cadeia de custódia da prova digital à luz da lei 13.964/19 (lei anticrime)**. Migalhas. Brasil, fevereiro 2020. Disponível em:< <https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13-964-19--lei-anticrime>>.

Sem autor: **Jovem é preso duas vezes por crime que não cometeu por causa de reconhecimento fotográfico**. G1- Fantástico. 2021. Disponível em:< <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-preso-duas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-caoa-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>>.

STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM ATIVIDADES ILÍCITAS: O DESAMPARO ESTATAL ÀQUELAS QUE EXERCEM ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO

Hugo de Oliveira Nascimento¹

RESUMO

Este artigo analisa primeiramente os aspectos gerais relacionados à relação de emprego e os requisitos previstos na legislação para o reconhecimento do vínculo empregatício. Após, passa-se a análise do contrato de trabalho com sua definição, características, requisitos para que ele seja considerado juridicamente válido e produza efeitos, bem como as consequências da invalidade do contrato de trabalho no ordenamento justralhista. Posteriormente, relata como é vista a atividade de prostituição no Brasil jurídica e moralmente, bem como as tentativas de regulamentar tal profissão. Por fim, defende-se a necessidade do reconhecimento do vínculo de emprego em atividades de prostituição para proteção daquelas que ainda estão à margem da sociedade.

ABSTRACT

This article first analyzes the general aspects related to the employment relationship and the requirements established in the legislation for its recognition. Afterwards, there is an analysis of the employment contract with its definition, characteristics, requirements for it to be considered legally valid and produce effects, as well as the consequences of the invalidity of the employment contract in the legal labor system. He later reports on how the prostitution activity in Brazil is seen legally and morally, as well as the attempts to regulate such a profession. Finally, we defend the need to recognize the employment relationship in prostitution activities to protect those who are still on societies margin.

1 INTRODUÇÃO

A prostituição é tida pelo conhecimento popular como a profissão mais antiga do mundo. Apesar de sempre se fazer presente na sociedade, não tendo nunca deixado de existir, sempre foi tida como uma atividade imoral e que ofende os bons costumes de uma sociedade arcaica e fundamentada em dogmas religiosos.

¹ Advogado, aluno do curso de pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO, residente à CCSW 4, lote 4, Res, Top Master, Bloco D, Apto 415, Sudoeste, Brasília/D, hugo.oliveira@sempreueub.com.

Neste sentido, a ampliação de debates acerca da proteção da mulher e da sua autoafirmação com inserção no mercado de trabalho e direito ao voto, por exemplo, ainda não foi capaz de levar ao reconhecimento de direitos trabalhistas àquelas e àqueles que são profissionais do sexo e que ainda permanecem marginalizados e desprotegidos pelo Estado.

Portanto, o presente artigo visa analisar os requisitos do vínculo empregatício e de validade do contrato de trabalho à luz da prestação de serviços sexuais por aqueles que trabalham em casas de prostituição para que lhes sejam assegurados direitos trabalhistas constitucionalmente previstos à todos os brasileiros.

2 ASPECTOS GERAIS: REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Inicialmente, antes de adentrar à discussão propriamente dita sobre a relação de emprego e os requisitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho para sua caracterização, necessário se faz tecer breves comentários acerca da definição da relação de trabalho.

A relação de trabalho pode ser definida como uma expressão genérica que se refere a qualquer modalidade de prestação de serviços, seja de um empregado, seja de um trabalhador autônomo ou eventual. Segundo Delgado:

Refere-se (relação de trabalho), pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc).²

Desse modo, é possível concluir que a relação de trabalho é um gênero, do qual a relação de emprego e outras modalidades de prestação de serviços são espécies.

Do raciocínio acima exposto, é possível definir a relação de emprego como sendo uma relação de trabalho qualificada pela presença dos requisitos previstos nos

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 333.

arts 2º e 3º da CLT, quais sejam, pessoalidade, pessoa física, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

O primeiro requisito nos ensina que o contrato de trabalho é personalíssimo, ou seja, o empregado é contrato de maneira personalíssima, não podendo fazer-se substituir, ao menos de maneira geral, por outra pessoa no cumprimento de suas atribuições. Referido requisito é aplicável apenas ao empregado, uma vez que o empregador pode ser substituído no curso do contrato de trabalho sem que isso descaracterize a presença da pessoalidade.

Neste sentido, além da pessoalidade, é exigido que o empregado seja pessoa física, ou pessoa natural como preferem alguns doutrinadores, não sendo possível a contratação de pessoa jurídica em se tratando de relação de emprego, salvo se houve fraude à legislação trabalhista, como ocorre no caso da “pejotização”.

A não eventualidade ou habitualidade prevê que, para que seja caracterizada uma relação de emprego, a prestação de serviços deve se dar de maneira contínua, com habitualidade, não podendo ser realizada esporadicamente. É preciso ressaltar quanto a tal requisito que a habitualidade na prestação de serviços não necessariamente precise se dar diariamente, podendo haver o reconhecimento de vínculo de emprego em prestações de serviços que ocorram em três ou mais dias durante a semana.

A subordinação diz respeito à sujeição do empregado às ordens e ao poder de comando do empregador. É, portanto, o dever que o empregado tem de cumprir os comandos dados pelo empregador. Ela pode ser técnica, quando é decorrente do domínio da técnica de produção do serviço pelo empregador; econômica, quando relaciona-se a dependência econômica do empregado ao empregador; e jurídica, quando decorre de um contrato de trabalho, no qual o empregado se compromete a acolher as ordens e direções dadas pelo empregador no cumprimento de suas atribuições. No ordenamento jurídico brasileiro é adotada a subordinação jurídica.

Por fim, a onerosidade é o requisito que determina que a relação de emprego pressupõe o pagamento de uma contraprestação por parte do empregador ou de qualquer vantagem financeira.

3 DO CONTRATO DE TRABALHO: DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DE VALIDADE.

Feitas as considerações acima sobre os requisitos fático-jurídicos, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, da relação de emprego, impõe-se tecer breves comentários acerca da definição do contrato de trabalho e de seus requisitos de validade.

De acordo com o artigo 442 da CLT o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. A definição prevista na CLT é tida pela doutrina como incompleta, uma vez que não prevê todos os elementos do contrato de trabalho.

De uma maneira mais completa, é possível definir o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito através do qual uma pessoa natural se obriga a prestação de serviços pessoal, não-eventual, onerosa e subordinada a uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado.

O referido contrato é caracterizado por ser sinalagmático, consensual, intuito personae quanto ao empregado, de trato sucessivo, de atividade, oneroso e dotado de alteridade.

É sinalagmático pois prevê obrigações opostas entre as partes; é consensual, tendo em vista que pode ser celebrado inclusive de maneira tácita; é *intuito personae* quanto ao empregado conforme definição alhures referente ao requisito da personalidade; é de trato sucessivo, tendo em vista que as obrigações nele previstas possuem caráter de continuidade e permanência; é de atividade, pois a obrigação principal nele prevista é de fazer; oneroso em cumprimento ao requisito da onerosidade; e, por fim, dotado de alteridade, uma vez que o risco inerente à prestação de serviços e seu resultado recai sobre a figura do empregador.

Celebrado o contrato de trabalho, de maneira expressa ou tácita, para que ele produza efeitos no mundo jurídica e seja, portanto, considerado válido, é necessária a presença dos elementos jurídico-formais, que segundo Delgado³:

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

A pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto. Já a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão dos efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes.

Neste sentido, para que seja reconhecida a validade do contrato de trabalho é necessário que estejam presentes os requisitos do artigo 104 do Código Civil, quais sejam, a capacidade dos contratantes, a higidez na manifestação de vontade, a licitude, possibilidade e determinação do objeto, bem como a forma prescrita e não proibida pela Lei.

Ausentes um ou mais dos requisitos jurídico-formais acima descritos, o contrato de trabalho será considerado inválido e será aplicada, de acordo com o caso concreto, a teoria da trabalhista das nulidades, que, nas palavras de Delgado⁴, reconhece todos os efeitos ao contrato nulo até o momento da decretação de sua nulidade, quando então ele passará a não mais produzir efeitos.

Desta forma, diferentemente da teoria civilista de nulidades, a nulidade decretada no contrato de trabalho é não retroativa, não sendo possível o retorno das partes à situação jurídica anterior a celebração do contrato, até porque a mão de obra e o esforço do trabalhador já foram dispendidos.

É importante ressaltar que a referida teoria trabalhista das nulidades pode ser aplicada de maneira plena ou atenuada. É plenamente aplicada em casos de vícios de capacidade ou de forma do contrato de trabalho ou, ainda, no caso de estrangeiros que não possuem autorização para prestação de serviços no Brasil.

Será restritivamente aplicada nos casos de contratação de trabalhadores por entes estatais sem concurso público. Nesse caso, a doutrina e a jurisprudência entendem pela aplicação da teoria trabalhista das nulidades com relação às verbas trabalhistas devidas e pela teoria civilista com relação às verbas rescisórias. Neste sentido, prevê a Súmula 363 do TST que:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 577.

da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Há casos, entretanto, que o vício presente no contrato de trabalho afronta a ordem pública, sendo que a nulidade fere bens sociais tidos como relevantes. Nesses casos, a teoria trabalhista não é aplicada, sendo aplicável a teoria civilista das nulidades. É o que ocorre, por exemplo, quando o objeto do contrato de trabalho é ilícito, quando então será reconhecida a retroatividade da decretação da nulidade e será negado quaisquer direitos ao empregado, ante a ilicitude da atividade laborada.

É o que ocorre com as profissionais do sexo que trabalham em casas de prostituição, o que será melhor abordado no tópico seguinte.

4 DA ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO NO BRASIL

Atualmente, a prostituição no Estado Brasileiro não é vista como um crime. Assim, não há qualquer ilegalidade no ato de prostituir-se. De outro lado, são vistos como criminosos aqueles atos previstos nos arts. 228 a 230 do Título VI da Parte Especial do Código Penal e que dizem respeito ao favorecimento, indução, atração, manutenção de casa de prostituição ou qualquer meio de obtenção de proveito da prostituição alheia.

Referidos crimes tutelam além da dignidade sexual, a moralidade pública sexual, para que não ocorra qualquer forma de incrementação tampouco desenvolvimento da prostituição. Importante destacar as palavras de Bitencourt:

Sob o argumento de proteger, o legislador invade a liberdade sexual do cidadão assegurada constitucionalmente e, pretendendo regular o exercício dessa liberdade, confunde moral com direito, esquecendo-se do processo secularizador implantado no final do século XVIII, que separou crime e pecado, moral e direito.⁵

Importante salientar, ainda, que a mudança do Título VI do Código Penal para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” somente ocorreu com a edição da Lei. 12.015 de 2009. Anteriormente, o Título VI se referia aos “Crimes contra os

⁵ BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

Costumes”, expressão que, certamente, dá mais enfoque aos “bons costumes da sociedade”, ao invés de tutelar a dignidade sexual em si.

Deste modo, somente em 2009 que o Código Penal editado em 1940 veio a ser alterado para que aqueles atos que ainda são tipificados como crime sejam destinados a tutelar a Dignidade Sexual em si e não os bons costumes da sociedade.

Segundo Reale Júnior, a normatização penal da vida sexual na edição do Código Penal de 1940 era norteada por uma dicotomia: sexualidade no casamento ou na conduta desviante da prostituição. No contexto histórico do referido ano era inconcebível a liberdade sexual, a pílula anticoncepcional, como também a afirmação social da mulher.⁶

Ocorre, entretanto, que a sociedade desde 1940 passou por mudanças significativas quanto à proteção ao trabalho da mulher e a sua autoafirmação social com inserção no mercado de trabalho em áreas que ainda são vistas como destinadas a homens. Não se nega que ainda há muito o que evoluir e se discutir quanto a tais pontos, mas também não se pode olvidar que os “costumes” atuais são substancialmente diferentes dos costumes da década de 1940.

Apesar de ter ocorrido alguns avanços, conforme afirmado anteriormente, a prostituição ainda permanece à margem da sociedade, vista como ofensiva à moral e aos bons costumes, tal como ocorria na década de 1940, apesar de ser uma profissão que nunca deixou de existir.

Neste sentido, dois projetos de Lei tentaram regulamentar a prostituição conferindo-lhe ao menos efeitos civis. O primeiro foi o Projeto de Lei nº 98/2003 de iniciativa do Deputado Federal Fernando Gabeira e que buscou o reconhecimento dos efeitos civis da prestação de serviços sexuais.

Conforme afirma Leticia Cabral, com o projeto de lei a profissional do sexo que exercesse sua atividade mediante auxílio de um gerenciador teria a mesma proteção legal civil da prostituta autônoma, uma vez que não seria mais considerada

⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Casa e prostituição: mito e realidade parecer**. Edição especial comemorativa do 380º ano do Tribunal de justiça da Bahia. Ano III – março/abril de 1989, volume bimestral. Editora: Ciência jurídica, p. 434.

uma atividade ilícita, vez que se revogaria os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal⁷. Referido projeto foi arquivado em janeiro de 2011.

Posteriormente, o deputado federal Jean Wyllys apresentou o Projeto de Lei 4.211/2012 que também teve como objetivo regulamentar a atividade dos profissionais do sexo. Assim como o Projeto de Lei 98/2003, houve uma tentativa de assegurar efeitos civis ao contrato de prestação de serviços sexuais.

Vale destacar que o próprio projeto descreveu o que viria a ser considerado como prática de exploração sexual em seu art. 2º, qual seja:

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.

Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:

I – apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;

II – o não pagamento pelo serviço sexual contratado;

III – forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.⁸

Merece destaque ainda a justificativa apresentada pelo referido parlamentar que argumentou que:

O objetivo principal do presente Projeto de Lei não é só desmarginalizar a profissão e, com isso, permitir, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, ao Direito do Trabalho, à segurança pública e, principalmente, à dignidade humana. Mais que isso, a regularização da profissão do sexo constitui instrumento eficaz ao combate à exploração sexual, pois possibilitará a fiscalização em casas de prostituição e o controle do Estado sobre o serviço.

Referido projeto encontra-se também arquivado desde 31/01/2019⁹.

5 DO NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO EM ATIVIDADES DE PROSTITUIÇÃO

⁷ SARAIVA, Leticia Cabral, op. cit. p. 36.

⁸BRASIL. **Projeto de Lei 4.211/2012.** Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=Tramita>. Acesso em 28 jun. 2021.

⁹ Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 28 jun. 2021

Como salientado anteriormente, a exploração e qualquer forma de instigação ou favorecimento da prostituição encontram-se tipificados no Código Penal Brasileiro como atividades criminosas e, portanto, ilícitas. Desta forma, alguns doutrinadores e juristas entendem que a ilicitude do objeto levaria ao reconhecimento da invalidade do contrato de trabalho o que tornaria impossível o reconhecimento de vínculo empregatício entre o agenciador da casa de prostituição e a profissional do sexo.

Ocorre, entretanto, que considerar inválido o contrato de trabalho – afinal de contas, a prostituição é sim um trabalho - celebrado entre a prostituta e seu agenciador e negar quaisquer direitos trabalhistas daí decorrentes, apenas mantém tal atividade à margem da sociedade e fomenta o estigma existente sobre tal profissão.

Não é crível, tampouco justo, que a prostituta que não exerce qualquer atividade ilegal - alguns ainda a consideram como contravenção penal de vadiagem, prevista no art. 39, do Decreto-Lei 3.688/1940 - pois prostituir-se não é crime no Brasil, seja penalizada “por arrastamento” por ter se inserido em uma casa de prostituição, uma vez que quem exerce atividade ilícita são os proprietários que mantém tal estabelecimento e não as profissionais que lá trabalham.

As profissionais do sexo precisam ser vistas como sujeitos passivos de tais crimes, tal como ocorre no tipo penal previsto no art. 149 do CP, segundo o qual é crime:

reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou jornadas exaustivas, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Entretanto, por exercerem atividade que, apesar de nunca deixar de existir, não é moralmente aceita, são praticamente vistas como “sujeitos ativos” dos tipos penais previstos no Título VI da Parte Especial do CP.

Neste sentido, é preciso diferenciar a atividade ilícita do explorador, agenciador e instigador da prostituição, daquelas que se prostituem e não cometem qualquer ilicitude com tal ato, mas permanecem desamparadas pelo Estado, tendo

negados, inclusive, os direitos trabalhistas que são constitucionalmente assegurados a todos os brasileiros.

Segundo Rosangela Lacerda, a nulidade do contrato de trabalho somente favorece o empregador ou o agenciador da prostituta, pois o mantém em pleno exercício, obtendo lucros, sem qualquer dever em face daquelas que para ele trabalham. A autora afirma, ainda, que:

Ao invés da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubre¹⁰.

Nesta esteira, ao contrário de combater efetivamente a atividade “ilícita” de agenciar ou manter casa de prostituição, o Estado acaba “premiando” aqueles que a exercem com a desobrigação de pagamento de qualquer imposto ou direito trabalhista àquelas que são exploradas.

Vale destacar, ainda, que o reconhecimento da validade do contrato de trabalho também poderia levar a obrigatoriedade do fornecimento de Equipamento de Proteção Individual aos profissionais que trabalham em casas de prostituição, evitando que se contaminem com doenças sexualmente transmissíveis ou que acabem por adquirir uma gravidez indesejada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentativas de regulamentar a profissão do sexo no Brasil, apesar de não terem sido exitosas, abriram o debate para a necessária discussão acerca do desabandono do Estado àqueles e àquelas milhares de brasileiros que se encontram marginalizados simplesmente por se prostituir.

Quando são atraídos a trabalhar em casas de prostituição, com vistas à ganhos melhores ou até uma “segurança” maior, por não estarem nas ruas, trabalham com exclusividade, onerosidade, subordinação ao proprietário e não eventualidade, mas

¹⁰ LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Disponível em: <teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-31082017-105056/publico/Tese_Rosangela_Lacerda.pdf>. Acesso em 30 jun. 2021.

mesmo assim não são considerados empregados, ao menos juridicamente falando e tem seus direitos trabalhistas, em muitas das vezes, negados pelo próprio Poder Judiciário.

A discussão sobre a validade do contrato de trabalho em casas de prostituição ainda é longa, mas é válida e deve ser travada para que tais seres humanos tenham sua dignidade protegida e assegurada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BETTELLA, Alexandre. **As atividades ilícitas sob a ótica do direito do trabalho**. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul sob a orientação do Professor Doutor Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles. Porto Alegre: UFRGS, 2016. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/153387/001009923.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28 jun. 2021.

BITTENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4**: parte especial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2018.tde-31082017-105056.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Casa e prostituição: mito e realidade parecer in Edição especial comemorativa do 380º ano do Tribunal de justiça da Bahia**. Ano III – março\abril de 1989, volume bimestral. Editora: Ciência jurídica.

SARAIVA, Letícia Maria Cabral. **A (im)possibilidade de aplicação da teoria das nulidades trabalhista no âmbito da atividade de prostituição**. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito apresentado à Faculdade Baiana de Direito, sob a orientação da professora Adriana Brasil Vieira Wyzykowski. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Let%C3%ADcia%20Maria%20Cabral%20Saraiva.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2021.

VASCONCELOS, Andréa. **Relação de trabalho x relação de emprego – formas alternativas de contratação**. Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais – ESAMG [*online*], Minas Gerais. Disponível em: <

http://www.esamg.org.br/artigo/Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20Trabalho%20x%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20Emprego%20-%20Formas%20Alternativas%20de%20Contrata%C3%A7%C3%A3o_71.pdf>.

Acesso em 28 jun. 2021.

A APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA PRIMEIRA FASE DO TRIBUNAL DO JÚRI

João Victor Loiola Pio de Santana¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade esclarecer acerca da influência do *in dubio pro societate* na fase de pronúncia, nos processos que competem ao tribunal do júri, de modo a verificar como a utilização do brocardo, em caso de dúvidas, pode ofender a presunção de inocência do réu. Assim, a pesquisa está inserida no âmbito das ciências jurídicas, e mais especificamente, no direito processual penal brasileiro, sobretudo em relação ao procedimento especial do tribunal do júri e, além disso, demonstrará como o princípio vem sendo utilizados nos Tribunais.

Palavras-chave: Processo Penal. Tribunal do Júri. Pronúncia. *In dubio pro societate*. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The present work aims to clarify the influence of *dubio in the pronounciation phase society*, in the cases that compete with the jury court, in order to verify how to use the brocade, in case of doubt, it may offend the presumption of innocence. defendant. Thus, a research is inserted in the scope of the legal laws, and more specific, in the Brazilian procedural criminal law, mainly in relation to the special procedure of the jury court and moreover, demonstrated how the principle is being used in the courts.

Keywords: Criminal Procedure. Jury court. Pronunciation. *In dubio pro societate*. Presumption of innocence.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do júri, instituição do poder judiciário e democrática, encontra-se demonstrado no ordenamento jurídico brasileiro, desde o ano de 1822. O seu procedimento especial é responsável por julgar os crimes dolosos contra a vida.

Tal instituição é composta por um juiz togado e por vinte e cinco jurados, dentre os quais sete integram o Conselho de Sentença, formando deste modo algo inédito no ordenamento jurídico, um tribunal “híbrido”, composto por um juiz

¹ João Victor Loiola Pio de Santana, advogado. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD - joaovictorio.adv@outlook.com.

togado e também por juízes leigos, sendo onde proferem sua decisão dotada de soberania e com base em suas íntimas convicções e declaram se de fato o crime ocorreu e se o réu é culpado ou inocente.

O procedimento do júri é escalonado ou bifásico, na qual a primeira fase é compreendida como a etapa da formação de culpa e a segunda fase é designada como *judicium causae*, que consiste no momento do julgamento dos autos. Dentre as decisões exclusivas da primeira fase do rito especial, está a pronúncia, decisão esta que encerra a primeira fase da ação penal.

Neste momento, o juiz fica restrito a delimitar a existência do delito e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação e, portanto, não pode reconhecer a autoria e materialidade, para não interferir no julgamento pelos jurados, devendo limitar-se a estabelecer um juízo de verossimilhança. Nesta fase, o juízo de plena certeza ou pleno convencimento fica afastado.

Na decisão de pronúncia o magistrado deverá valer-se pelo *in dubio pro societate*, este que sequer possui fundamentação constitucional. Através deste brocardo, compreende-se que o melhor interesse da sociedade será levado em consideração, de tal modo que, em caso de dúvidas acerca da responsabilidade penal do réu, este deverá ser pronunciado, e conseqüentemente levado a fase seguinte do procedimento do júri.

Diante disto, temos o objetivo central do presente trabalho, que consiste em trazer uma análise baseada em pesquisa bibliográfica, abordando a aplicação do brocardo *in dubio pro societate* no procedimento especial do Tribunal do Júri em sua primeira fase, e colocando este em contraposição ao princípio do direito da presunção de inocência do réu, analisando, contudo, aspectos práticos, doutrinários e jurisprudenciais.

Enfatiza-se que o estudo das questões desta pesquisa será esclarecido em dois capítulos.

No primeiro capítulo, serão abordadas todas as possíveis maneiras de se dar encerramento à primeira fase do procedimento do tribunal do júri, quais sejam: i) pela absolvição sumária, onde o juiz reconhece que existe uma das causas elencadas

no artigo 415 do Código de Processo Penal; ii) pela sentença de impronúncia, a qual seria a decisão onde o magistrado não se satisfaz quanto a materialidade do fato ou a existência de indícios de autoria e participação; iii) pela desclassificação, onde o magistrado não adentra no mérito e sim o declina, baseando-se na competência de processamento do júri, qual seja, os dolosos contra a vida e; iv) pela sentença de pronúncia, que está em contrapartida às demais, eis que dá seguimento à transição da primeira fase do procedimento para a segunda fase, ou seja, a fase a qual o réu será submetido ao julgamento pelos jurados.

O segundo capítulo, destinar-se-á à busca de esclarecimentos que concretizem a tese acerca do perigo da exagerada utilização do brocardo do *in dubio pro societate* em detrimento do princípio *in dubio pro reo* no procedimento do júri, observadas suas consequências, tais como os momentos onde tem-se aplicando este brocardo. Ainda na mesma linha, acorrerá a análise do princípio da presunção de inocência, mostrando-o sua consonância com o princípio do *in dubio pro reo*.

Ainda no segundo capítulo, de grande valia é a análise acerca do entendimento de que o *in dubio pro societate* não é um princípio. Também, procurar-se-á demonstrar aspectos da dúvida fundamentando a decisão de pronúncia, bem como trazer as recentes jurisprudências, principalmente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sendo estas de grande relevância no mundo jurídico.

2 DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO SINGULAR QUE ENCERRAM A PRIMEIRA FASE DO JÚRI

O procedimento do júri é escalonado ou bifásico. Luiz Flávio Gomes e Adel El Tasse denominam a primeira fase de *judicium accusationis*, na qual é compreendida como a fase da formação de culpa. Já a segunda fase é designada como *judicium causae*, segundo a qual consiste no momento do julgamento dos autos.

Nucci considera que o Júri é composto por três fases, já que o Código de Processo Penal, especialmente após a reforma da Lei 11.689 de 2008, teria evidenciado a preparação do processo para o julgamento no plenário do júri. Assim,

as três fases seriam: i) formação da culpa; ii) preparação do processo; iii) julgamento propriamente dito. Portanto, a doutrina e jurisprudência permanecem reconhecendo duas fases.²

Na primeira fase, Rogério Cury e Daniela Cury destacam que o magistrado deverá averiguar, a partir da proposta inicial acusatória, se rejeita ou não liminarmente a ação penal, nos moldes o art. 395, incisos I a III, do CPP. Não havendo rejeição, será determinada a citação do réu para a apresentação de resposta escrita à acusação. Após esta, será designada audiência de instrução, debates e julgamento no prazo de até dez dias. Ao final do rito da primeira fase do júri, poderá promulgada as decisões de absolvição sumária, impronúncia, desclassificação e pronúncia.³ Tais decisões estão elencadas nos quatro itens que compõem este capítulo.

2.1 DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Não obstante a Constituição Federal tenha destinado ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, Renato Marcão esclarece que existem situações especiais em que a lei concede ao magistrado o direito de absolver, desde já, o réu, a fim de evitar que este seja submetido a julgamento popular e a condenações injustas.⁴

Sendo assim, o art. 415, do Código de Processo Penal, determina as hipóteses em que o juiz, absolverá desde logo o acusado: “i) provado a inexistência do fato; ii) provado não ser ele autor ou partícipe do fato; iii) o fato não constituir infração penal; iv) demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime”.⁵

Os dois primeiros casos dizem respeito ao julgamento quanto à matéria de fato, na medida em que as últimas hipóteses estão ligadas à matéria de direito, o que depreende uma certa ampliação da competência do juiz singular em relação à

² GOMES, Luiz Flávio; TASSE, Adel El. **Coleção Saberes do Direito 13- Processo Penal IV: Júri**. Saraiva. 2012. p. 43.

³ CURY, Daniela; CURY, Rogério. **Série Método de Estudo OAB- Processo Penal**. Método, 2018. p. 186.

⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Saraiva, 2017. p. 960.

⁵ BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em maio de 2020.

competência do Tribunal do Júri, o que leva alguns autores a questionarem a constitucionalidade dos incisos I e II do art. 415 do CPP. Nesta perspectiva, Renato Marcão entende que não há inconstitucionalidade, já que a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conclui-se que não se deve submeter pessoa alguma, a qualquer tipo de julgamento, quando o magistrado verificar, com plena convicção, que o fato imputado não aconteceu, ou mesmo que haja ocorrido, o réu não concorreu para o mesmo.

2.2 DA IMPRONÚNCIA

A impronúncia, esclarecem Rogério Cury e Daniela Cury, traduz-se em decisão que julga inadmissível a acusação, quando o juiz não se satisfaz quanto a materialidade do fato ou a existência de indícios suficientes de autoria e participação. Tal decisão é interlocutória mista terminativa, ou seja, não adentra no mérito da questão, fazendo apenas coisa julgada formal.⁶

Sobre o tema, assim se manifesta Cunha:

Ao impronunciar, o magistrado deve fazer uma análise superficial de prova, não se eximindo, entretanto, de, fundamentadamente, justificar porque as provas não são suficientes para a remessa do feito a julgamento pelo Júri. Não é lícito, contudo, ao juiz, fazer uma análise profunda dos elementos de convicção do processo, como se ele próprio fosse decidir o mérito da questão, absolvendo implicitamente o réu; se assim agir, evidenciada estaria a nulidade (absoluta) do ato judicial, por ofensa à competência constitucional do Júri a quem cabe decidir se o réu é culpado ou inocente, quando não for hipótese de absolvição sumária (art. 415, do CPP). Afinal, se é possível ao juiz absolver o réu, nas hipóteses legais, não lhe é permitido absolve-lo implicitamente sob o rótulo da impronúncia.⁷

Logo, Lima sustenta que, como a impronúncia põe fim à relação processual, sendo assim, se surgirem provas novas, será necessária uma nova peça acusatória, estabelecendo um novo processo criminal em desfavor do acusado. Neste novo

⁶ CURY, Daniela; CURY, Rogério. *Série Método de Estudo OAB- Processo Penal*. Método, 2018.

⁷ CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: Teoria e Prática*, 4. ed. Atlas, 2015. p. 137.

processo poderão ser apensados os autos relativos ao processo anterior, em que o acusado foi impronunciado, que auxiliarão como elementos de informação.⁸

2.3 DA DESCLASSIFICAÇÃO

A decisão de desclassificação está prevista no art. 419 do CPP e incidirá quando o juiz estiver certo de que o fato ocorrido não se trata de crime doloso contra a vida, devendo então, ser alterada a competência do juízo, remetendo os autos ao magistrado competente para processo e julgamento da ação. Compreende-se, por fim, que na decisão de desclassificação, o magistrado não analisa o mérito em questão, já que isto contrariaria o princípio da competência mínima do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, previstos na Constituição Federal.⁹

Nucci afirma que o juiz apenas desclassifica a conduta quando a denúncia foi recebida como crime doloso contra a vida, havendo certeza quanto à ocorrência do delito distintos daqueles previstos no artigo 27, § 1º do Código de Processo Penal, que são: o homicídio simples, doloso ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio ou aborto. Estas são as ocasiões possíveis, sob pena de ofender princípios constitucionais ligados ao júri, tais como a soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida.¹⁰

2.4 DA PRONÚNCIA

O juiz, estando convencido da existência de indícios de autoria e prova da materialidade, deve proferir a decisão de pronúncia, disposta no art. 413, do Código de Processo Penal:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.1322.

⁹ CURY, Daniela; CURY, Rogério. **Série Método de Estudo OAB- Processo Penal**. Método, 2018. p. 186.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 121.

dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitraré o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.¹¹

Como lembra Tourinho Filho, dentre os efeitos da pronúncia estão: i) o réu ser conduzido a julgamento pelo tribunal do júri; ii) se encontrar preso, o acusado será recomendado na prisão em que estiver, se assim compreender o magistrado; iii) se solto estiver, se o juiz pronunciante achar indispensável, expedirá o mandado de prisão. Sendo assim, caberá ao magistrado averiguar as condições para a decretação da prisão.¹²

Como explica Aury Lopes Jr., a decisão de pronúncia trata-se de um acolhimento provisório, pelo magistrado, da pretensão acusatória, estabelecendo que o acusado seja subordinado ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Por esta razão, a decisão de pronúncia é bastante peculiar e tem que ser fundamentada. O juiz não pode penalizar antecipadamente o réu, visto que é incompetente para julgamento. No entanto, sua fundamentação deverá ser cautelosa, visando não contagiar o corpo de jurado.¹³

O magistrado restringe-se a delimitar a existência do delito e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação e sendo assim, não pode reconhecer a autoria e materialidade, para não interferir no julgamento pelos jurados, devendo limitar-se a estabelecer um juízo de verossimilhança. Nesta fase, o juízo de plena certeza ou pleno convencimento fica afastado.

No entendimento Aury Lopes Jr., bastante questionável é o entendimento de que na fase de pronúncia, o magistrado deverá dirigir-se pelo *in dubio pro societate*,

¹¹BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em maio de 2020.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 765.

¹³ JR, LOPES, Aury. **Direito processual penal**, 14. Ed. Saraiva, 2017.

que sequer possui base constitucional. Compreende-se, portanto, que o “interesse da sociedade” será levado em conta, de forma que, em caso de dúvidas acerca da responsabilidade penal do réu, este deverá ser pronunciado.¹⁴

3 ADMISSIBILIDADE DO BROCARDO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* EM DETRIMENTO DO *IN DUBIO PRO REO* NO TRIBUNAL DO JÚRI

Não é incomum encontrar, no cotidiano dos tribunais, decisões pautadas no brocardo do *in dubio pro societate*. Kuhn reconhece que este postulado pode ser constantemente observado em duas ocasiões no processo penal, quais são: i) no momento do recebimento da denúncia; e ii) na sentença de pronúncia, proferida na primeira fase do rito do Tribunal do Júri, com o fim de sujeitar o acusado ao júri popular.¹⁵

No caso da sentença proferida na primeira fase do Tribunal do Júri, o juiz reconhece a presença de provas quanto a materialidade e autoria em relação ao fato, assevera Pacelli. Cabe salientar, que nesta fase, deve-se apresentar um juízo de probabilidade e não de certeza. Assim, o autor destaca que a doutrina e a jurisprudência, norteiam-se, nessa fase da pronúncia pelo brocardo do *in dubio pro societate*, que determina que, frente à dúvida, no que diz respeito à existência do fato e da autoria, devem ser remetidos os autos ao Tribunal do Júri.¹⁶

Por fim, o terceiro capítulo tem por escopo identificar como a aplicação do *in dubio pro societate* em detrimento do que normalmente é observado no direito processual penal, o interesse do réu (*in dubio pro reo*) e do princípio da presunção de inocência.

O primeiro tópico vislumbra acerca do importante princípio da presunção de inocência, princípio este que decorre diretamente do devido processo legal e está previsto na Constituição Federal, deste modo tem-se a ideia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁴ JR, LOPES, Aury. **Direito processual penal**, 14. Ed. Saraiva, 2017.

¹⁵ KUHN, Guilherme. **A falácia do *in dubio pro societate* e o conflito com os direitos fundamentais**. Canal de ciências criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/falacia-dubio-pro-societate>> Acesso em maio de 2020.

¹⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, 22. ed. Atlas, p. 756.

O segundo item cuida do conceito do *in dubio pro reo*, comparando-o com a presunção de inocência, visto que os dois não se confundem, por serem manifestados em momentos processuais diversos e como este se encontra em antítese com o *in dubio pro societate* na primeira fase do procedimento do júri.

O terceiro tópico vem analisar o porquê o *in dubio societate* não é considerado, por grande parte da doutrina, como um princípio e sim como brocardos ou axiomas jurídicos, já que este não possui qualquer previsão constitucional.

Já o quarto item estuda a dúvida como fundamento da pronúncia, uma vez que a jurisprudência considera que se o magistrado tiver dúvidas quanto a autoria ou materialidade do fato, deve pronunciar o réu e encaminhá-lo ao julgamento pelo tribunal leigo.

Por fim, o último tópico aborda sobre os aspectos jurisprudenciais recentes sobre a decisão da pronúncia e a aplicação do *in dubio pro societate*, demonstrados através de decisões coletadas nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

3.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE

Como ensina Marcos Orione Gonçalves Correia, princípios são proposições tidas como base das ciências jurídicas, amparando no entendimento do conteúdo e informando estas ciências. Estes auxiliam, também, a completar lacunas existentes no caso de omissão.¹⁷

Virgílio Afonso da Silva destaca que, na visão de Dworkin, os princípios encontram-se ao lado das regras jurídicas. Enquanto estas são aplicáveis por inteiro, ou não são válidas e, por conseguinte não são aplicáveis, aqueles não encontram indagações sobre sua validade. Ou seja, quando há conflitos entre princípios, tem prevalência aquele em que for mais importante no caso concreto. Mesmo que o princípio não predomine em determinada circunstância, este não deixa de fazer parte

¹⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

do ordenamento jurídico. Em outras circunstâncias, portanto, a situação poderá se inverter.¹⁸

Dentre os princípios constitucionais explícitos do processo penal está a presunção de inocência ou da não culpabilidade. Tal princípio, como assegura Julio Fabbrini Mirabete, decorre diretamente do devido processo legal, que determina que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Nos termos do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa presumir-se-á inocente até que tenha sido declarada culpada, norma reiterada na Declaração Americana de Direitos e de Deveres e na Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU. Assim, teria uma presunção do estado de inocência do agente até que se tenha uma sentença condenatória irrecorrível que o considere culpado.¹⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência, foi tratado de forma mais ampla que a Convenção Americana de Direitos Humanos e encontra amparo legal no art. 5º, LVII, da Constituição Federal²⁰, onde está previsto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Neste contexto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar enfatizam que a regra é a liberdade e o aprisionamento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como exceção.²¹

Tal entendimento é firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece que o estado de inocência predomina até o trânsito em julgado da sentença final, mesmo que pendente recurso especial ou extraordinário, visto prisão cautelar presume a devida demonstração de necessidade. Na mesma perspectiva, com o advento da Lei nº 11.719/2008, o legislador revogou o artigo 594 do Código de

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo, 2003. p. 610.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 45.

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em maio de 2020.

²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: Juspv, 2014. p. 61.

Processo Penal que limitava o réu de apelar ao recolhimento em prisão, violando assim, a presunção de inocência.²²

O princípio da presunção de inocência é, claramente, um dos princípios que mais sofre mutações no campo político. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal mudou sua orientação no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, decidido no dia 17 de fevereiro de 2016, e estabeleceu que a sentença penal condenatória reconhecida em segundo grau de jurisdição possibilita a execução provisória da pena, não acarretando em ofensa ao princípio da presunção de inocência, nos termos da ementa abaixo transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.²³

O relator, ministro Teori Zavascki, sustenta em seu voto que o réu deve ser considerado inocente até ser esgotado a análise de fatos e provas da causa, ou seja, no juízo de apelação, uma vez que os recursos de natureza extraordinário não permitem a reanálise dessas matérias. No mesmo sentido foi o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que a presunção de não culpabilidade não determina que o acusado seja tratado da mesma forma durante o processo, de maneira que “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado”.²⁴

Por fim, como lembra Luiz Luisi, a culpabilidade do acusado que for autor ou partícipe do fato deve ser provada e declarada, afim de que este seja condenado ao

²² TÁVORA. Nestor; ALENCAR. Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 9. ed. Salvador: Juspv, 2014. p. 61.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292, Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em abril de 2020

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292, Brasília, 17 de fevereiro de 2016.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em abril de 2020. p. 72.

cumprimento da pena. A culpabilidade também se faz presente no momento da individualização da pena, na qual indicará a condenação, a escolha da pena e a sua quantificação.²⁵

Na perspectiva de Alexandra Vilela, compreende-se, em síntese, que:

A presunção de inocência possui um conteúdo mínimo susceptível de se revelar no facto de proibir que o acusado, uma vez sujeito de ao sacrifício da sua liberdade pessoal, seja equiparado a um condenado. O mesmo é dizer que a presunção de inocência nesta particular acepção, pretende evitar uma antecipação da pena que só tem cabimento após a sentença de condenação transitada em julgado, e logo a sua liberdade pessoal não pode ser retingida com base num rótulo de culpado que lhe é apostado ao longo do processo, antes da existência daquela.²⁶

Fernando Capez compreende que o princípio da presunção de inocência pode ser observado em três momentos: i) na fase da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, incumbindo ao acusador o ônus da prova; ii) no decorrer do processo penal, como pressuposto de tratamento do acusado, sobretudo no que diz respeito à observância do cabimento da prisão processual; iii) no momento da averiguação da prova, valorando-se a favor do acusado quando restar dúvida.²⁷

O tão fundamental princípio da presunção de inocência encontra-se em antítese, na primeira fase do tribunal júri, com o princípio do *in dubio pro societate*. Ocorre que, quando restam dúvidas na decisão de pronúncia, os acusados são levados a julgamento pelos jurados membros da sociedade. Logo, o interesse social é prestigiado, vindo assim a desconstituir o princípio da presunção de inocência. Questiona Walfredo Cunha Campos:

Ora, qual o sentido de ser o do Júri como garantia individual se, na prática remetem-se a julgamento pelo Conselho de Sentença processos sem prova ou cujo conteúdo é débil, em hipóteses que o próprio juiz togado, de plano, absolveria? É para dar chance aos jurados de condenar um possível

²⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais Penais**. 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2003.

²⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra, 2000. p. 95.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 24. ed. Saraiva, 2017. p. 79.

inocente? Se assim fosse, que garantia individual estúpida seria essa! Melhor, então, que não houvesse o Júri: o próprio juiz se incumbiria de absolver de plano o imputado, por ausência ou falha dos elementos de convicção, sem que o réu corresse o risco de ser condenado pelo órgão criado para proteger sua liberdade. Protegê-la, cassando-a?²⁸

Diante de tal indagação, observa-se a constante vontade de punir da sociedade, que acarretam em muitas condenações injustas no tribunal do júri. Neste sentido, Paulo Rangel assevera que a dúvida se dá pela ausência de êxito do Ministério Público na elaboração da denúncia, sob a perspectiva da autoria e materialidade, não sendo razoável que sua falência funcional seja determinada desfavoravelmente ao acusado.²⁹

3.2 DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

Desde a Revolução Francesa, todo réu se favorece da presunção de não culpabilidade, sendo que esta presunção se respalda no princípio processual penal do *in dubio pro reo*, que define que a prova não definitiva ou inconsistente se conduz em favor do acusado, demonstra Luiz Alberto Machado.³⁰

Em se tratando dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, Flávio Mirza questiona “Ora, se a dúvida favorece o réu, como impor-lhe o ônus de provar excludentes de ilicitude ou culpabilidade?”.³¹ A resposta a tal indagação é dada por Paolo Tonini que salienta que em sede de processo penal, o acusador deve provar a responsabilidade, eliminando assim, qualquer dúvida.³²

Alexandra Vilela considera que o princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo* se manifestam em momentos processuais diversos. Enquanto a presunção de não culpabilidade se revela no decorrer de todo o processo, partindo do inquérito até à audiência de instrução preliminar de julgamento,

²⁸ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**, 4. ed. Atlas, 2015, p. 142.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri- visão linguística, histórica, social e jurídica**, 6. ed. Atlas, 2018. p. 161.

³⁰ MACHADO, Luiz Alberto. **A presunção constitucional de inocência**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 27, 1992.

³¹ MIRZA, Flavio. **Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 5, n. 5, 2010. p. 11.

³² TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p.69

prossequindo-se, por sua vez, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o *in dubio pro reo*, que se encontra adormecido desde que foi dada a acusação, pode apresentar-se, no momento do julgamento ao serem apreciadas as provas pelo magistrado.³³

O que os diferencia, basicamente, é que o princípio da presunção de inocência opera indispensavelmente em qualquer caso, ao passo que o *in dubio pro reo* atua quando restarem dúvidas, como último recurso.

Portanto, ao entender que nenhuma acusação penal se presume provada, tem-se o entendimento da Suprema Corte:

(...) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. – Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (‘essentialia delicti’) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. – Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.³⁴ (HC 88.875/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

³³ VILELA, Alexandra. Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 79.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.542/ SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 04/05/2010. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2758881&tipoApp=RTF>. Acesso em maio de 2020

3.3 O ENTENDIMENTO DE QUE O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NÃO É UM PRINCÍPIO

Retrata Freitas descreve brocados, conhecidos também como axiomas ou máximas jurídicas, como uma perspectiva sintetizada em uma decisão, que revela uma conclusão que é firmada como uma verdade.³⁵ Neste sentido, Prezzi Santos argumenta que é costumeiro, no direito brasileiro, verificar a utilização de brocados em obras e jurisprudências, sem a adequada precaução quanto a origem e natureza jurídica de tais expressões. O *in dubio pro reo* e, especialmente o *in dubio pro societate* são constantemente empregados no âmbito do direito sem uma devida avaliação devida, o que torna perigosa sua recorrente utilização.³⁶

Segundo o autor, diversos doutrinadores, bem como Pereira, utilizam aspas na palavra ‘princípio’ o que demonstra uma falta de segurança acerca da natureza jurídica da expressão. Nesta perspectiva Pitombo destaca que “o tema é o mero aforismo – não um princípio de Direito- *in dubio pro societate*, como eventual fundamento da decisão interlocutória de pronúncia, emergente no procedimento especial de Júri”.³⁷

Leandro da Silva Santos concorda que a utilização do “princípio” do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado democrático de direito, passando assim, a deturpar as garantias efetivas. O brocardo é um vestígio de um Estado autoritário, composto por um tribunal inquisidor. O autor ainda considera que é necessário haver a certeza, sem lugar para dúvidas ao autorizar um ser humano a abancar-se nos bancos dos réus. Não há que assegurar que há interesse social ao condenar criminalmente um acusado sem uma efetiva base.³⁸

³⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *Os poucos conhecidos e lembrados brocados jurídicos*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-24/segunda-leitura-conhecidos-lembrados-brocados-juridicos>>. Acesso em maio de 2020.

³⁶ PREZZI SANTOS, Diego. *A leitura pós-constituição do brocardo in dubio pro societate: Análise de precedentes que afastaram sua aplicação*. Nômadias. Revista Crítica de Ciências Sociais y Jurídicas, América Latina, 2012. Disponível em: < <https://www.diritto.it/a-leitura-pos-constituicao-do-brocardo-in-dubio-pro-societate-analise-de-precedentes-que-afastaram-sua-aplicacao/>>. Acesso em maio de 2020.

³⁷ PITOMBO, Sergio. *Pronúncia e o in dubio pro societate*. Disponível em <http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/in_dubio.doc>. Acesso em maio de 2020.

³⁸ SANTOS, Leandro da Silva. *O tal princípio do in dubio pro societate*. Migalhas. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273478,41046-O+tal+princípio+do+in+dubio+pro+societate>>. Acesso em maio de 2020.

3.4 A DÚVIDA COMO FUNDAMENTO PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA

A função, muitas vezes olvidada da pronúncia, que é de evitar que um inocente seja remetido aos perigos de um julgamento popular, baseado muitas vezes em alguma vingança social. Cabe ao juiz togado na fase de pronúncia evitar o julgamento popular daquele que não deveria suportar a repressão penal. Assim, pronúncia opera como uma garantia da liberdade. Nos procedimentos comuns, esta garantia evidencia-se na obrigação de fundamentação da sentença e na oportunidade de recurso a um tribunal revisor.³⁹

Machado aduz que, durante o procedimento especial do júri, o juiz pode determinar a absolvição sumária do réu se constatar que o fato inexistiu, que o acusado não foi autor ou participe do delito, que o fato não caracterizou infração penal ou se verificada causa de exclusão do crime ou isenção de pena, exceto inimputabilidade, salvo se essa for a única tese defensiva, nos termos do artigo 415 do Código de Processo Penal.⁴⁰

Entretanto, a jurisprudência considera que se o magistrado tiver dúvidas quanto a essas circunstâncias que possibilitam a absolvição do réu, deve pronunciá-lo e encaminhar o acusado ao julgamento pelo tribunal leigo. Para a decisão de pronúncia, dois elementos são suficientes: i) provas de existência do fato criminoso; e ii) indícios suficientes de autoria e participação.⁴¹

Neste último caso, lembra Campos que o Código de Processo Penal foi infeliz ao utilizar “indícios suficientes de autoria” para a pronúncia, gerando um mito, o do *in dubio pro societate*. Nas palavras do autor:

[...] no campo puramente jurídico e lógico, nunca o juiz decide embasado em dúvida (s). Ou ele tem certeza de que existem as condições para se remeter o caso a julgamento pelo Júri, ou ele tem certeza de que tais requisitos não se encontram presentes. Ele não fica em dúvida.⁴²

³⁹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **A decisão de pronúncia – Um juízo de probabilidade**. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/>>. Acesso em maio de 2019.

⁴⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**, 6. ed. Atlas, 2014, p. 300.

⁴¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**, 6. ed. Atlas, 2014, p. 304.

⁴² CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**, 4. ed. Atlas, 2015, p. 140.

Assim sendo, Paulo Rangel assevera que a dúvida se dá pela ausência de êxito do Ministério Público na elaboração da denúncia, sob a perspectiva da autoria e materialidade, não sendo razoável que sua falência funcional seja determinada desfavoravelmente ao acusado.⁴³ À luz desta ideia, o autor assegura que:

O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena de essa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. Um promotor bem-falante, convincente em suas palavras, pode condenar um réu, na dúvida. Júri é linguagem.⁴⁴

Evandro Lins e Silva observa que há um equívoco entre os autores sobre a decisão de mandar o indiciado, havendo incertezas, ao tribunal do júri, sem distinguir se a dúvida se refere à autoria ou a excludente ou justificativa. Nesta acepção, o autor reflete que “quando a dúvida envolve a autoria ou participação no crime impera o princípio do *in dubio pro reu*; se a dúvida é quanto a qualquer excludente ou justificativa a solução é *pro societate*”.⁴⁵ Sendo assim, observa-se que a maneira de decidir as duas circunstâncias de forma idêntica não seria correta e, também, inconstitucional.

Jorio lembra que o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão pautados por muitas presunções, como nos casos de porte de ilegal de arma e direção sob o efeito de álcool, onde considera-se que o perigo é presumido à sociedade. Assim, estas presunções absolutas ferem os princípios do contraditório e da ampla defesa, a partir de uma justificativa de que estaria protegendo a sociedade, em prol do perigoso “bem comum”.⁴⁶

Deste modo, verificam-se diversas condenações injustas que ocorrem no tribunal do júri, onde o réu é condenado pela sua folha de antecedentes penais e até

⁴³ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri- visão linguística, histórica, social e jurídica**, 6. ed. Atlas, 2018. p. 161.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁵ LINS E SILVA, Evandro. **Sentença de pronúncia**. Grupo Brasileiro de associação internacional de direito penal. Publicado no Encarte da AIDP no Boletim do IBCCrIm, v. 8., n. 100, 2001. Disponível em < <http://www.aidpbrasil.org.br/artigos/sentenca-de-pronuncia>>. Acesso em maio de 2020.

⁴⁶ JORIO. Israel Domingos. **In dubio Pobre do Réu**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: 2014

mesmo pelo seu aspecto de “bandido”. Tais condenações, afirma o autor, deveriam ser averiguadas pelo Ministério Público, uma vez que cabe ao órgão o ônus da prova, posto que havendo dúvidas nos autos do processo quanto à autoria, mesmo que restar demonstrada a materialidade, deve-se pleitear a absolvição do réu, nos limites do art. 415 do Código de Processo Penal.⁴⁷

Na visão de Aury Lopes Jr., bastante questionável é o entendimento de que na fase de pronúncia, o magistrado deverá dirigir-se pelo *in dubio pro societate*, que sequer possui base constitucional. Compreende-se, portanto, que o “interesse da sociedade” será levado em conta, de forma que, em caso de dúvidas acerca da responsabilidade penal do réu, este deverá ser pronunciado.⁴⁸

Sérgio Pitombo expõe que se o acusador não é capaz de comprovar o fato, não sustentando o *onus probandi*, decide-se absurdamente ao seu favor, com a alegação que se favorece a sociedade. Nas palavras do autor “subjacente à assertiva *in dubio pro societate* acha-se o vedado procedimento de ofício e a quebra da denominada presunção de inocência (arts. 5º, inc. LVII e inc. I, da Const. da República)”.⁴⁹

Aduz Aury Lopes Jr. Que, não deve ser aceitável que os magistrados compactuem com acusações sem fundamentos, fazendo-se valer por um princípio que não está previsto na Constituição. Pronunciar o acusado neste caso, remetendo-lhes ao Tribunal do Júri, representa um equívoco e gera um grande risco ao julgamento que será efetuado a partir da convicção dos jurados.⁵⁰

Carlos Bermudes ressalta, ainda, a não possibilidade de somente a prova testemunhal ser utilizada como base para a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Tal fundamentação se dá em respeito ao princípio da presunção de inocência, visto que a prova no direito processual penal, para ser considerada idônea, não pode ser pautada puramente nos elementos informativos do inquérito policial. Há de se verificar, portanto, que a sentença de pronúncia é

⁴⁷ RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri- visão linguística, histórica, social e jurídica, 6. ed. Atlas, 2018, p. 161.

⁴⁸ JR, LOPES, Aury. Direito processual penal, 14. Ed. Saraiva, 2017.

⁴⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia *in dubio pro societate*. Disponível em <<http://www.sergio.pitombo.nom.br/artigos.php>>. Acesso em maio. 2020.

⁵⁰ JR, LOPES, Aury. *Direito processual penal*, 14. Ed. Saraiva, 2017. p. 795.

somente um juízo prévio, de tal forma que a análise quanto ao mérito compete ao conselho de sentença.⁵¹

Portanto, o elemento da dúvida não deve ser suficiente para submeter um acusado a julgamento popular, sendo assim, não há outra forma senão absolver ou impronunciar o réu, visto que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado em todo o processo, e não relativizado em algumas fases.

3.5 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA

Os casos a seguir expostos foram coletados através de pesquisas jurisprudenciais verificados nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nos quais, segundo Lenza, são considerados como órgãos de convergência e suas decisões sobrepõem às proferidas pelos órgãos inferiores da justiça comum e especial.⁵²

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, a Segunda Turma, ao julgar o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1067392/CE, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, considerou de ofício a ordem para restabelecer a sentença de impronúncia, assim como reproduz a decisão:

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou seguimento ao recurso. Prosseguindo no julgamento, por maioria, concedeu, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, para restabelecer a sentença de impronúncia em relação aos imputados José Reginaldo da Silva Cordeiro e Cleiton Cavalcante, nada impedindo, nos termos do art. 414, parágrafo único, do CPP, que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia com relação a esses recorrentes, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. (ARE 1067392/CE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019).⁵³

⁵¹ BERMURDES, Carlos. *A decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate”*. Canal de Ciências Criminais. Disponível em < <https://canalcienciascriminais.com.br/decisao-in-indubio-pro-societate/>>. Acesso em junho de 2020.

⁵² LENZA, Pedro. *Direitos Constitucional Esquematizado*, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1067392/CE**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 26/03/2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>>. Acesso em maio de 2020.

O juízo de primeiro grau compreendeu que, em relação aos acusados, não existia qualquer indício de autorias nos autos, já que nem as testemunhas os observaram praticando os atos capazes de comprovarem o homicídio. Em seu voto o ministro Gilmar Mendes afirmou:

Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.⁵⁴

Porém, a Corte Máxima já decidiu, em diversos precedentes, que a aplicação do *in dubio pro societate* não confronta com o princípio da presunção de inocência, reconhecendo que a decisão de pronúncia é apenas um juízo de admissibilidade que visa garantir a constitucionalidade do tribunal do júri. Neste sentido, seguem ementas que retratam o entendimento do Supremo Tribunal federal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO JÚRI. IDICIUM ACUSATIONIS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. JUÍZO COMPETENTE PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1067392/CE**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 26/03/2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>>. Acesso em maio de 2020.

inocência. 5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário. 6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula nº 279/STF. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF; RE 540.999-6; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Menezes Direito; Julg. 22/04/2008; DJE 20/06/2008; Pág. 89)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE . ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. 1. O princípio do in dubio pro societate, insculpido no art. 413 do Código de Processo Penal, que disciplina a sentença de pronúncia, não confronta com o princípio da presunção de inocência, máxime em razão de a referida decisão preceder o *judicium causae*. Precedentes: ARE 788288 AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 24/2/2014, o RE 540.999/SP, Rel. Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe 20/6/2008, HC 113.156/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 29/5/2013. 2. O acórdão recorrido extraordinariamente assentou: “RESE – Pronúncia – Recurso de defesa – Impossibilidade de absolvição ou impronúncia – Indícios de autoria e materialidade do fato – Negado provimento ao recurso da defesa.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO.

Já na esfera do Superior Tribunal de Justiça, nota-se que existem julgados que divergem quanto ao entendimento e a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, contudo em suma maioria, percebe-se que o entendimento está mais inclinado de forma a admitir a aplicação de tal brocardo, diante disso, segue julgados a título de exemplificação quanto ao exposto:

INFORMATIVO 493: In casu, a denúncia foi parcialmente rejeitada pelo juiz singular quanto a alguns dos denunciados por crime de roubo circunstanciado e quadrilha, baseando a rejeição no fato de a denúncia ter sido amparada em delação posteriormente tida por viciada, o que caracteriza a fragilidade das provas e a falta de justa causa. O tribunal *a quo*, em sede recursal, determinou o recebimento da denúncia sob o argumento de que, havendo indícios de autoria e materialidade, mesmo na dúvida quanto à participação dos corréus deve vigorar o princípio *in dubio pro societate*. A Turma entendeu que tal princípio não possui amparo legal, nem decorre da lógica do sistema processual penal brasileiro, pois a sujeição ao juízo penal, por si só, já representa um

gravame. Assim, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios, não devendo se iniciar uma ação penal carente de justa causa. Nesses termos, a Turma restabeleceu a decisão de primeiro grau. Precedentes citados do STF: HC 95.068, DJe 15/5/2009; HC 107.263, DJe 5/9/2011, e HC 90.094, DJe 6/8/2010; do STJ: HC 147.105-SP, DJe 15/3/2010, e HC 84.579-PI, DJe 31/5/2010. HC 175.639-AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/3/2012.⁵⁵

Neste julgado, notadamente o tribunal reconheceu que o “princípio” não possui amparo legal, bem como diz que é razoável que haja um grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios carecendo de justa causa. Cabe expor que o caso em epígrafe, trata-se de um fato onde o juízo *a quo* teria determinado o recebimento da denúncia com base na aplicação do “princípio” *in dubio pro societate*.

O Superior Tribunal de Justiça, em uma decisão de gigante repercussão nacional, conhecida como “o caso do índio pataxó”, reconheceu de forma favorável a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, e portanto, baseando-se neste, decidiu levar a diante o suposto crime da primeira fase do procedimento do júri à segunda fase, com as dúvidas, a serem dirimidas em sede de plenário do júri. Segue o informativo nº 0006 do STJ, que explicita o caso em questão:

INFORMATIVO nº 0006: Levantada questão de ordem pela defesa quanto à ordem das sustentações orais (RISTJ, arts. 159, § 1º e 160, parágrafos 1º e 4º), a Turma decidiu conceder primeiro a palavra ao membro do MPF e ao assistente de acusação, visto que o recorrente é o MP do Distrito Federal, representado pelo Subprocurador-Geral da República com assento na Turma (LOMPU), sustentando como parte e não fiscal da lei. Quanto ao mérito, superadas as preliminares de intempestividade, de incidência da Súmula n.º 400 do STF, da ausência de prequestionamento e da ausência de configuração do dissídio pretoriano, a Turma entendeu, por maioria, vencido o Min. Edson Vidigal, que não caberia, no caso, a desclassificação precipitada do crime pela sentença de pronúncia, fundamentada em ampla valoração de prova, inclusive quanto à vontade dos denunciados, quando notadamente presente a dúvida quanto ao elemento subjetivo. A fase da admissibilidade da acusação, por ocasião da pronúncia, é limitada pelo brocardo *in dubio pro societate*, devendo a controvérsia quanto à existência, no caso,

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 493. 12 a 23 de março de 2012**. Disponível em < www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0493.rtf>. Acesso em maio de 2020.

do preterdolo ou culpa consciente ser dirimida na fase do juízo da causa pelo Tribunal do Júri. Precedentes citados - do STJ: REsp 113.367-DF, DJ 29/6/1998, e REsp 50.517-DF, DJ 22/4/1996; - do STF: HC 75.433-3, DJ 13/3/1998, e RTJ 144/856. RESP 192.049-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 9/2/1999.⁵⁶

Colaborando com o último caso exposto, o julgado a seguir exposto, de relatoria da excelentíssima ministra Regina Helena Costa, traz também que o brocardo do *in dubio pro societate* deve vigorar, eis que sob sua análise, a primeira fase do procedimento do júri, trata apenas de mero juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo certeza da autoria do crime:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS.

I - A deficiência de fundamentação decorrente da falta de indicação do dispositivo de lei federal violado justifica a aplicação, por analogia, do óbice contido na Súmula 284 do Colendo Supremo Tribunal Federal: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

II- A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri.

Encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo *in dubio pro societate*.

III - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - Agravo Regimental improvido.⁵⁷

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0006. 08 a 10 de fevereiro de 1999**. Disponível em < www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0006.rtf>. Acesso em maio de 2020.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 305.267/ BA**. Relator: Min. Helena Consta, Quinta Turma, 06/05/2014. DJe 12/05/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25073207/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-305267-ba-2013-0078904-0-stj/>>. Acesso em maio de 2020.

Ante o exposto, nota-se que existe um posicionamento doutrinário no sentido de ratificar que existe uma infringência ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, e em contrapartida, verifica-se uma aplicação nos casos concretos não uniformizada. Portanto, a aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia ainda há de ser discutida e quem sabe, finalmente, haverá a uniformização do entendimento de que a aplicação do referido brocardo fere a presunção de inocência.

4 CONCLUSÃO

Como tema central do presente trabalho, faz-se necessário o entendimento de que na primeira fase do procedimento, atualmente, os magistrados valem-se de um brocardo chamado *in dubio pro societate*, visando um “melhor interesse da sociedade”, o que significa que, em caso de dúvidas acerca da responsabilidade penal do réu, este deverá ser pronunciado, e portanto levado até a segunda fase do procedimento, considerada a do julgamento pelos jurados.

Dessa maneira, percebe-se a exagerada utilização do brocardo *in dubio pro societate* na fase de pronúncia, em detrimento do princípio do *in dubio pro reo*, sendo que este último encontra-se em total consonância com o importante princípio do direito processual penal, que é a presunção de inocência, e tratou-se de esclarecer o porquê do *in dubio pro societate* não ser considerado um princípio por grande parte da doutrina.

Ainda assim, foi feita a análise de como a jurisprudência tem tratado a situação do *in dubio pro societate*, em casos de dúvidas, na sentença da pronúncia. Inclusive, fez-se o estudo das recentes decisões proferidas pela Suprema Corte, como por exemplo, o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1067392/CE, decidido sob a relatoria do excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, o qual veio este julgado ser de suma importância, eis que este julgamento se deu durante a elaboração deste trabalho, mais precisamente no dia 26 de março de 2019.

O tema apresentado possui uma enorme relevância deste tema na atual conjuntura do nosso país, já que cada vez mais a sociedade tem procurado uma “punição” a qualquer custo, clamando pela resolução de problemas através do direito penal, em busca da relativização de importantes princípios como o da presunção de inocência. Portanto, esquece-se que o direito penal deve ser usado apenas como *ultima ratio*, sendo assim, entende-se que o momento é ideal para se voltar a discutir temas como o abordado neste trabalho.

Assim, considera-se que sociedade deve ser provocada a pensar de forma crítica quanto a justiça, e também, deve ser promovida a conscientização de que existe todo um procedimento devido que o judiciário deve seguir, e que este jamais pode deixar relativizar-se sob risco de não ser imparcial. Portanto, antes de debates que trazem como escopo a utilização ou não do brocardo *in dubio pro societate*, deve-se vislumbrar, se este está mesmo visando o melhor interesse da sociedade.

Diante de tais indagações, é imprescindível que todos se conscientizem de que é muito mais digno e preferível à justiça inocentar um acusado de uma imputação a condená-lo injustamente se este for um inocente.

O tema tratado aqui ainda há de ser colocado em ênfase, motivo o qual julgado recente que trouxe grande repercussão, traz esperança que este seja reapreciado de forma a buscar a melhor busca pela justiça. Em vista dos argumentos apresentado, compreende-se que não há outra forma senão absolver ou impronunciar o réu, quando se restar dúvida quanto a autoria ou materialidade do delito, visto que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado em todo o processo, e não relativizado em algumas fases.

REFERÊNCIAS

BERMURDES, Carlos. **A decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*”**. Canal de Ciências Criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/decisao-in-indubio-pro-societate/>>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em maio de 2020.

_____, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 126.292, Brasília, 17 de fevereiro de 2016**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em abril de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 305.267/ BA**. Relator: Min. Helena Consta, Quinta Turma, 06/05/2014. DJe 12/05/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25073207/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-305267-ba-2013-0078904-0-stj/>>. Acesso em maio de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0006. 08 a 10 de fevereiro de 1999**. Disponível em <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0006.rtf>. Acesso em maio de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 493. 12 a 23 de março de 2012**. Disponível em <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0493.rtf>. Acesso em maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1067392/CE**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 26/03/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>>. Acesso em maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 101.542/ SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 04/05/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2758881&tipoApp=RTF>. Acesso em maio de 2020

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**, 4. ed. Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 24. ed. Saraiva, 2017.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CURY, Daniela; CURY, Rogério. **Série Método de Estudo OAB- Processo Penal. Método**, 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Os poucos conhecidos e lembrados brocardos jurídicos**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2013-mar-24/segunda-leitura-conhecidos-lembrados-brocardos-juridicos>>. Acesso em maio de 2020.

GOMES, Luiz Flávio; TASSE, Adel El. **Coleção Saberes do Direito 13- Processo Penal IV: Júri**. Saraiva. 2012.

JORIO, Israel Domingos. **In dubio Pobre do Réu**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: 2014

JR, LOPES, Aury. **Direito processual penal**, 14. Ed. Saraiva, 2017.

KUHN, Guilherme. **A falácia do *in dubio pro societate* e o conflito com os direitos fundamentais**. Canal de ciências criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/falacia-dubio-pro-societate>> Acesso em maio de 2020.

LENZA, Pedro. **Direitos Constitucional Esquematizado**, 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

LINS E SILVA, Evandro. **Sentença de pronúncia. Grupo Brasileiro de associação internacional de direito penal**. Publicado no Encarte da AIDP no Boletim do IBCCrim, v. 8., n. 100, 2001. Disponível em <<http://www.aidpbrasil.org.br/artigos/sentenca-de-pronuncia>>. Acesso em maio de 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais Penais**. 2. ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**, 6. ed. Atlas, 2014

MACHADO, Luiz Alberto. **A presunção constitucional de inocência**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 27, 1992.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRZA, Flavio. **Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo***. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 5, n. 5, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**, 22. ed. Atlas.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Pronúncia *in dubio pro societate***.

Disponível em < <http://www.sergio.pitombo.nom.br/artigos.php>>. Acesso em maio. 2020.

PREZZI SANTOS, Diego. **A leitura pós-constituição do brocardo *in dubio pro societate*: Análise de precedentes que afastaram sua aplicação**. Nômadias. Revista Crítica de Ciências Sociais y Jurídicas, América Latina, 2012. Disponível em: < <https://www.diritto.it/a-leitura-pos-constituicao-do-brocardo-in-dubio-pro-societate-analise-de-precedentes-que-afastaram-sua-aplicacao/>>. Acesso em maio de 2020.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri- visão linguística, histórica, social e jurídica**, 6. ed. Atlas, 2018.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **A decisão de pronúncia – Um juízo de probabilidade**. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/>>. Acesso em maio de 2019.

SANTOS, Leandro as Silva. **O tal princípio do *in dubio pro societate***. Migalhas. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273478,41046-O+tal+principio+do+in+dubio+pro+societate>>. Acesso em maio de 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. São Paulo, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspv, 2014.

TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

UBERIZAÇÃO E PLATAFORMIZAÇÃO COMO FORMAS DE PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Maycon Douglas de Miranda Silva¹

RESUMO

As formas de relação laboral não são mais padronizadas como antigamente. Muitas vezes é tarefa complexa identificar a existência de seus requisitos como personalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade. O desenvolvimento da tecnologia desencadeia periodicamente uma nova modalidade de serviço e, assim, alternativas às formas típicas de trabalho, o que representa novos desafios no mundo do Direito. Nesta esteira, insurgem o processo de uberização e plataformização relacionados com a economia do compartilhamento. Tais fenômenos podem ser compreendidos como novas formas de precarização do trabalho, isto porque, seus prestadores de serviços não são acobertados pelo Direito do Trabalho. Assim, o presente trabalho se propõe a estudar as referidas relações laborais sob o prisma do ordenamento jurídico. Sobre o método de estudo a ser utilizado no presente estudo, este pode ser compreendido como bibliográfico e quanto ao procedimento utilizado é o exploratório, capaz de aperfeiçoar as ideias e desvendar intuições.

Palavras-chave: Trabalho Precário. Uberização. Plataformização. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The forms of employment relationship are no longer standardized as they used to. It is often a complex task to identify the existence of its requirements such as personhood, subordination, onerousness and non-event. The development of technology periodically triggers a new modality of service and, thus, alternatives to the typical forms of work, which represents new challenges in the legal world. In this wake, the process of uberization and platforming related to the sharing economy arises. Such phenomena can be understood as new forms of precarious work, because their service providers are not covered by the Labor Law. Thus, the present work proposes to study these labor relations under the prism of the legal system. About the method of study to be used in this study, it can be understood as bibliographical and the procedure used is exploratory, capable of improving ideas and revealing intuitions. Uberization

Keywords: Precarious Work. Uberization. Platformization. Human dignity.

¹ Acadêmico de Direito pelo Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – contatomaycon@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A cada dia que passa, torna-se cada vez mais difícil pensar as relações e as formas de organização do trabalho, especialmente, após a hegemonia e a emergência tecnológica. O que insurge como proposta de simplificar a vida dos indivíduos e grupos sociais aparece agora como novo meio de dominação. Diante disso, a dominação não é mais percebida com facilidade, mas insere-se de maneira sutil nas relações trabalhistas.

O problema reside nisso, visto que os trabalhadores, além de fragmentados e longe de suas “organizações representativas”, são inseridos num mesmo contexto de expropriação pelo trabalho, alheios aos meios de produção. Passam a figurar forçadamente como empreendedores, patrões e, sobretudo, autônomos. Assim, o debate adentra nas novas relações de trabalho que surgem, em especial, no início do século XXI, mas que ao final da primeira década tem tomado outras proporções.

Nesse contexto, na sociologia do trabalho, o conceito de uberização e plataformização, tem se tornado gradualmente frequente, pois torna-se possível compreender todas as novas relações que nascem a partir da tecnologia. Outro conceito é compreendido nas relações de trabalho, qual seja, a precarização do trabalho. Trata-se de um fato bastante amplo e serve para compreender as relações de produção, além do campo da uberização e plataformização.

Por certo, a internet e o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação são reais na era contemporânea, afetando exponencialmente as relações trabalhistas, sobretudo, levando em consideração a expansão do emprego das tecnologias de compartilhamento como via de subsistência para um aglomerado de indivíduos afetados pela crise do desemprego estrutural, fortalecendo os fenômenos em comento.

O presente trabalho busca, dessa forma, verificar, caso a caso, a aplicabilidade, às demais espécies de trabalhadores não empregados, dos direitos previstos nos incisos do art. 7º da CF, ou melhor, objetiva oferecer um tratamento jurídico adequado às categorias de trabalhadores vulneráveis, como, por exemplo, os trabalhadores do aplicativo Uber. O estudo se fundamenta em razão das vicissitudes

suportadas pela realidade trabalhista, que conduziu o centro da relação de emprego tradicional para novos formatos de trabalho. Dessa forma, as mutações na sociedade avançam por inúmeros trâmites distintos, que em conjunto, transportam ao “novo paradigma do mundo do trabalho”.

Para fundamentar o presente trabalho, será consultada documentação indireta, ou seja, pesquisas bibliográficas. O material a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa está disponível em livros, revistas, artigos científicos, textos de leis, e jurisprudências. O método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, já que parte do conhecimento geral para o particular.

2 PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E FORMAÇÃO DO PRECARIADO

Em diversos contextos, a flexibilização do trabalho foi apresentada à sociedade, através de um discurso arrebatador e “moderno” de maior autonomia na gestão do próprio trabalho e do próprio tempo, contudo, como já demonstrado por vários autores, ela acabou por significar uma precarização do emprego e das condições de trabalho, tendo as necessidades das próprias empresas, como referência.

As intensas e numerosas deslocalizações de parques industriais marcavam esse processo, assim como as etapas do processo de produção (parcial ou totalmente), pois melhores e maiores possibilidades de exploração da força de trabalho vinham de encontro ao capital, que procuravam países e regiões com salários mais baixos, fraca regulamentação trabalhista e movimento sindical menos organizado, produzindo grandes e graves problemas, no tocante ao emprego, no interior das economias e das regiões mais desenvolvidas economicamente. A título de exemplo, na China, verificou-se a geração de riquezas, talvez porque as condições antecessoras já eram bem piores do que na atual forma de exploração.

O modo como essas flexibilizações aconteceram foram os mais diversos: flexibilidade salarial, funcional e numérica, - abarcando na mobilidade e polivalência da força de trabalho; meios mais arbitrários de contratação da mão de obra, em relação aos horários de trabalho, aos salários e prazos; organização de

grupos de trabalho semiautônomos; terceirização; subcontratação; trabalho por metas e/ou projetos, com redução substancial do quadro das empresas; uso do trabalho intermitente gradativamente – atualmente (des) regulado no Brasil integralmente –; intensificação da conhecida “pejotização”; dentre tantas outras maneiras o trabalho *part-time*.²

No entanto, a característica do precariado seria para Standing, o desenvolvimento de trabalhos de natureza contratual frágil, flexível, instável, que tenha rendimentos não assegurados, com redução de direitos em comparação a outros trabalhadores, qualificado por ele de velho operariado ou salariado, tal como, tendo sua consciência intensamente frisada por um sentimento constante de privação e frustração, associado a uma incerteza crônica.³

Tendo em vista que o autor enxerga no precariado três tendências ou tipos de precariado, essas condições poderiam dar espaço para uma transformação. O primeiro tipo seria aquele proveniente das antigas classes trabalhadoras, com grande parte de trabalhadores sem grande instrução/escolarização, e com farto sentimento de frustração e privação, sendo essa parte com tendência a uma aproximação de grupos populistas e de extrema-direita, constituindo atávicos, denominados assim por Standing.⁴ Um segundo tipo, os compostos basicamente por imigrantes e minorias, seriam os nostálgicos, que se apresentavam de forma mais passiva e desprendida, relativamente.

Os trabalhadores precários instruídos, com alto grau de escolaridade e que possuem intenso sentimento de privação relativa e frustração, representavam o terceiro tipo, esses normalmente vistos como progressistas, constituiriam a parte potencialmente transformadora do precariado e, portanto, estaria em formação uma nova classe perigosa.

Para além dos métodos políticos advindos desses conceitos acima apontados e, portanto, das questões teóricas, o caso é que essas expressões – precariado, como

² LEITE, Kelen. **Trabalho e condição humana na contemporaneidade**. Laplage em Revista, São Carlos, v. 4, n. 1, 2018. p. 115.

³ STANDING, Guy. **O precariado e a luta de classes**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, n. 103, 2014, p. 24.

⁴ STANDING, Guy. **O precariado e a luta de classes**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, n. 103, 2014, p. 24.

definido por Braga⁵, e classe que vive do trabalho, como definido por Antunes⁶ – conservariam, dessa forma, esses sujeitos na base do modo de produção capitalista, delineando que a precariedade experimentada pela classe que vive do trabalho ou pelo precariado pertence a uma dimensão inerente do processo, que atualmente se intensificam e sempre marcaram as relações capitalistas de produção, de mercantilização do trabalho e da vida.

Entretanto, se por um lado Braga e Antunes citam a superação da sociedade capitalista, por outro, Standing preserva um debate quanto à probabilidade de mudanças significativas em direção ao *commons*. Todavia, é importante ressaltar que o movimento de intensificação da precariedade do trabalho, na vida e no trabalho, nutriu-se, dentre outros elementos, da reestruturação produtiva, da desregulamentação, da terceirização, das deslocalizações, da financeirização.⁷

Todo esse processo contesta a esfera salarial, contesta a relação salarial anteriormente concebida e ordenada no e pelo critério de regulação fordista/keynesianista e exprime-se na precarização econômica, através da desconstituição dos contratos coletivos; na institucionalização da inconstância, através de uma desordem do direito trabalhista como adveio, não sem resistência, em diversos países do mundo e, intensificou-se, mais recentemente, pelo governo do ex-presidente Michel Temer, no Brasil.⁸

Sabe-se, por conseguinte, que nos últimos anos, seja no Brasil como em outros países, o chamado mercado de trabalho passou por grandes alterações para além das produtivas e organizacionais, ocorreu: um grande aumento da força de trabalho das mulheres – com grandes dessemelhanças segundo os países –, que notadamente recebem menos que os homens e não galgam naturalmente aos cargos mais nobres por haver um machismo e uma misoginia, configurados como estruturais e, nesta ocasião, ainda agrega-se, a polêmica da mulher negra que ganha menos ainda em comparação à mulher branca; em detrimento do trabalho vivo,

⁵ BRAGA, Ruy. A Política do Precariado: do populismo à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 155.

⁶ ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2000. p. 128.

⁷ STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, n. 103, 2014. p. 10.

⁸ LEITE, Kelen. Trabalho e condição humana na contemporaneidade. Laplage em Revista, São Carlos, v. 4, n. 1, 2018. p. 120.

expandiu-se o trabalho morto; a terceirização, a quarteirização, a pejotização e, ultimamente, a “uberização”.⁹

Além disso, ampliou-se o trabalho em tempo parcial, o trabalho intermitente e o trabalho temporário; contemplou-se o declínio da força dos trabalhadores organizados e seus sindicatos; amplificou-se o trabalho em redes; aumentou a falta de trabalho para a juventude; estimulou-se o trabalho em domicílio; ampliou-se o trabalho no setor de serviços, caracterizado por baixos salários e rotatividade gigantesca; aumentou-se a quantidade de trabalhadoras e trabalhadores de “*call centers*”; sucedeu-se uma proliferação das “organizações sociais”, intermediando a força de trabalho.¹⁰

A referida situação foi agravada no Brasil, que se intensificou ainda mais com a irrestrita terceirização das atividades-fim, e não somente das atividades-meio; ampliou-se, com grande voracidade e velocidade, a utilização dos aplicativos em plataformas digitais, *Apps*, que inserem o trabalho ao conceder o “encontro” entre oferta e demanda de trabalho/serviço e, desta forma, livram as companhias de aplicativos de toda e qualquer responsabilidade, diante dos trabalhadores, considerados como colaboradores, parceiros ou “empresários” de si mesmos.

Enfim, o campo de pesquisa a respeito do mundo do trabalho é amplo e torna-se essencial debruçar-se sobre a apresentação dos fenômenos para assim superá-los e compreender como essas relações contribuem para o presente e a forma como os empregados conseguirão se posicionar nessa relação que, por definição, é conflituosa, contraditória e desfavorável aos trabalhadores, a partir disso, a relevância das pesquisas e estudos sobre a precarização do trabalho, sobretudo, acerca da precarização da vida fomentada por esse estado de coisas.

3 O DIREITO DO TRABALHO SOB O PRISMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como explica Delgado, é importante determinar se as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” apresentam os mesmos

⁹ SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante editora, 2018. p. 88.

¹⁰ *Ibidem*. p. 90.

significados. Relata que direitos fundamentais é expressão favorita dos publicistas alemães, e direitos humanos dos latinos e anglo-americanos. Menciona ainda que direitos fundamentais são, limitadamente, os direitos atuais.¹¹

Por certo, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais é apresentada tradicionalmente com foco no plano internacional dos direitos humanos, que projeta seus estatutos a todos as pessoas do mundo, além de ser seus mandamentos oponíveis ao próprio Poder Público opressor, valendo-se de instâncias supranacionais, ao passo que os direitos fundamentais são os consagrados no plano constitucional de cada Estado.¹²

Na mesma perspectiva, a professora Rubia Alvarenga expõe “os Direitos Humanos como direitos da pessoa humana, contudo munidos de habilidade de se mostrarem em todos os territórios.”¹³ Romita¹⁴ indica que os direitos fundamentais são premiados por normas jurídicas que concordam com os direitos do homem. De forma resumida, a diferença comum é no sentido de que os direitos humanos são direitos “positivados” internacionalmente e os fundamentais no âmbito constitucional. No entendimento de Canotilho direitos fundamentais são aqueles “positivados na ordem constitucional.”¹⁵

O Direito do Trabalho é apontado como instrumento de dignidade humana impondo, no cenário de trabalho, salário digno, busca da igualdade real, embasado em valores éticos. Seguindo a mesma linha, Romita apresenta os direitos sociais enquanto integrantes dos direitos fundamentais incluindo também os direitos culturais e econômicos para determinados setores da sociedade como elementares para concretização dos direitos fundamentais ou humanos.¹⁶

A Constituição Brasileira de 1988 declarou as garantias fundamentais sociais, indicando que o título II do texto constitucional é dedicado aos Direitos e Garantias

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 2, 2007. p. 16.

¹² Ibidem. p. 18.

¹³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2009. p. 78.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2012. p. 225.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2012. p. 225.

Fundamentais, abrangendo os direitos civis, políticos e de nacionalidade da mesma forma que os sociais e trabalhistas. Em suma: o compromisso de um padrão mínimo material para uma vida digna é reconhecido pelo caráter de fundamentalidade.¹⁷

De modo conclusivo, Delgado aponta que os Direitos fundamentais do trabalho, em virtude da vertente histórica da democracia nos países do Ocidente e de suas constituições, inclusive o texto constitucional brasileiro de 1988, confunde-se com o próprio Direito do Trabalho. Indica ainda, que além da Constituição Federal do Brasil, os direitos fundamentais estão também dispostos pelos Tratados e Convenções internacionais, tendo em vista que conforme o art. 5º, § 2º da CF há obrigação de seus cumprimentos desde que assegurados os patamares internos.¹⁸

É certo que a questão da simbiose entre os direitos trabalhistas com os direitos fundamentais é imprescindível para evolução da dignidade humana, sendo improvável exigir que certas condições contratuais como distribuição de horário, mobilidade funcional, valor dos salários etc., não penetrem também em questões fundamentais como integridade da saúde, da manutenção de certas cláusulas, do salário digno, etc.

Mesmo a realidade das adaptações necessárias das condições de trabalho à realidade, seja por meio do contrato de trabalho ou da negociação trabalhistas são peneiradas pela lei, que aquiesce versatilidade dentro de certos padrões, ciente da realidade do aumento do grau de volubilidade em tempos neoliberais e que intimidam cada vez mais a função defensora dos direitos trabalhistas.

Existe uma associação também entre direitos fundamentais e Estado de Direito Democrático, da mesma forma como direitos sociais e igualdade, que vão corroborar as liberdades públicas, assim como a concepção de cidadania, com justiça social, com modelo de enorme acesso à justiça e aos direitos trabalhistas. Historicamente, intensidade e padrão não se repetem e dependem das lutas sociais e pela disposição do capitalismo em conviver com tais direitos. A questão da

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 2, 2007. p. 21

indisponibilidade dos direitos sociais, sobretudo os trabalhistas, seria de um ponto, tão conflituoso com os ideais do neoliberalismo que deve ser destacado. Trata-se da conhecida limitação à autonomia da vontade individual.

Nesse sentido, o professor Romita¹⁹ relembra o famoso caso do “arremesso de anão” quando o Conselho de Estado da França ordenou que o respeito à dignidade se estabelece como manutenção da ordem pública, em qualquer situação. Mas o que pode diversificar? Segundo Gabriela Delgado²⁰, indisponibilidade nada pode mudar, no decorrer de um contrato de trabalho que traga prejuízos aos trabalhadores. A jurisprudência é rica sobre o assunto, por todo o exposto, cabe apenas expor a forte preocupação com a doutrina neoliberal.

Baseado no significado de que o trabalho é uma nascente de dignidade pessoal, paz na comunidade, estabilidade familiar de democracia que proporcionam às pessoas o crescimento econômico e que eleva as possibilidades de trabalho produtivo e o desenvolvimento das empresas, o programa de trabalho decente ou digno é um dos objetivos estratégicos da OIT, conforme explica Romita.²¹

Na perspectiva da OIT, para a redução da pobreza, o empregado produtivo e o trabalho digno são elementos fundamentais. As intensas quantidades de normas trabalhistas envolvem as normas brasileiras e internacionais com direito a um salário suficiente para assegurar uma existência digna, higiene, segurança, períodos de lazer e de descanso e mais direitos à razoável autonomia das horas de trabalho, greve, de feriados remunerados, organização de seus sindicatos e faculdade de filiarem-se a eles.

A OIT, na interpretação de Khroling, teve mais eficácia nas suas lutas pelos direitos sociais do que a própria Liga das Nações, necessitando ser avivada sua campanha do “trabalho digno”, e o fato de que apoia a campanha de igualdade de gênero, ao instituir o selo Pró-Equidade a 23 empresas do setor privado que

¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2012. p. 230.

²⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 185.

²¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2012. p. 232.

contratam 300 mil pessoas. A preservação dos mínimos direitos que não aceitam possibilidades de frustrações representa garantias fundamentais aos trabalhadores.²²

Souza explica que, no ano de 2008, a Conferência Internacional do Trabalho adotou a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, de acordo com a autora coloca-se em pauta compromissos sociais dos Estados com emprego, proteção, direitos e diálogo com oportunidades para desempenharem trabalho produtivo com remuneração adequada, segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias. Evidente que os referidos valores rompem com a justiça neoliberal com ênfase na competição sem amparos, com a empregabilidade, com a remuneração atrelada à produção, enfim, com diversos conceitos já observados anteriormente das perspectivas neoliberais para o mercado trabalhista.²³

É garantido pela CF/88 um Estado que viva em função da pessoa humana, por esse motivo, suas ordens programáticas são intensas, com o intuito de erradicar a pobreza e a marginalização, a diminuição das desigualdades regionais e sociais, todas estipulam objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III).²⁴

Outra interpretação dos que advogam na linha dos direitos fundamentais – aparentemente das mais radicais (no sentido de buscar a causa do problema). É quando indicam que há centenas de pobres não atingidos pelo Direito do Trabalho (desempregados, trabalhadores temporários, subempregados, falsos autônomos, entre outros), e que o ideal seria abarcar, no prisma legal, tais necessitados, por meio de um núcleo mínimo de benefícios para qualquer atividade produtiva, contanto que economicamente dependentes.²⁵

Quando os movimentos sociais estão vulneráveis tentando somente não dissiparem aquilo que já foi conquistado, tal proposição, exatamente para não ficar na defensiva, parece interessante. Não obstante, há de se ter cuidado, pois é

²² KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

²³ SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos direitos trabalhistas & o princípio da proibição do retrocesso social**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 226.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2021.

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 188.

exatamente do interesse do neoliberalismo “defender” o cidadão e permitir, para a livre exploração, que o mercado fique livre.

Portanto, não deixa de ser uma perspectiva interessante dotar, além das tutelas já garantidas aos empregados já protegidos com a tutela trabalhista, os demais trabalhadores não subordinados com relevantes direitos: como a preservação da saúde, segurança no trabalho e a garantia de uma contraprestação monetária que permita ao indivíduo a manutenção de um “mínimo existencial”.

4 A RELAÇÃO DE TRABALHO “UBERIZADA”

Ter um negócio digital neste momento de compartilhamentos é algo realmente interessante do ponto de vista dos donos de plataformas de prestações de serviços. Por exemplo, com um milhão e meio de “motoristas parceiros” (modo como aqueles motoristas que levam passageiros usuários do serviço são chamados), a uma média de 5 milhões de viagens por dia no planeta, num total que já ultrapassa dois bilhões de viagens. Há registros que até junho de 2016, a referida plataforma estava presente em 70 nações e em quase 500 cidades. Dessa forma, o lucro da empresa, que foi de 2 bilhões de dólares em 2014, aumentou para 10 bilhões de dólares, em 2015, e pode ter chegado a 26 bilhões de dólares em 2016.²⁶

Assim, a Uber lucra muito com serviços de transporte, e não possui nenhum automóvel. Já sob a ótica do prestador de serviços (e só no Brasil, trabalhando com a Uber, são mais de 50 mil), a relação não parece ser tão frutífera assim: uma reportagem publicada, em abril de 2017, da Revista Veja SP, apontou um jornalista que fez a experiência de trabalhar como motorista da Uber por um mês, cerca de 12 horas por dia, mesmo com todas as incertezas do negócio, teve um lucro de somente 30 reais por dia.²⁷

Esses fatos ligados à Uber – e que não são muito diferentes das realidades de outros aplicativos semelhantes – apontam que a utilização de novos conceitos com intenções de ajustar o trabalho à economia colaborativa, normalmente resulta na

²⁶ RODRIGUES, Carlos Alexandre. **A uberização das relações de trabalho**. Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2018. p. 9.

²⁷ VEJA. **Jornalista virou Uber por um mês e lucrou só 30 reais por dia**. 2017. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/uber-teste-motorista-um-mes/>>. Acesso em: 15 jun. de 2021.

constatação de que as relações de trabalho “uberizadas” são relações marcadas por precariedades e inexistência de garantias. Nesse ínterim, vale abordar reportagem indicada na Revista Veja em 2017: Em uma crise que deixou 12 milhões de desempregados, abrir o celular para chamar um carro, e aparecer a mensagem: “Ganhe dinheiro com a Uber”, é aparentemente uma ideia atraente de reforçar a renda com algumas horas de trabalho diárias, em regime flexível. No entanto, encara outra realidade aquele que decide se colocar atrás do volante.²⁸

O motorista competente e prestativo, que oferece bala de hortelã e água, teve a imagem substituída por pessoas que, fazem plantão de doze horas, para não ficarem no prejuízo, dirigem à exaustão, e abordam clientes nas calçadas, chegando a organizar monopólios.

Com efeito, tais elementos (precariedade e a ausência de garantias) são vistos como fruto de uma autonomia peculiar de quem não é empregado, conforme o viés adotado, não se tem horários, amarras mesmo que se trabalhe para um mesmo aplicativo um determinado número de horas, várias vezes por semana, o adepto do aplicativo não é visto como empregado, mesmo estando permanentemente disponível ao trabalho, como demonstram pesquisas recentes, em razão de essa ser a sua principal fonte de renda.

Embora tenha encontrado na *sharing economy* solo fértil, é preciso ser justo, o fenômeno da “uberização” não nasce com ela e muito menos é culpa da tecnologia ou da informática (apesar de nela se materializar): trata-se, na verdade, de um fenômeno de transferência de riscos e custos, semelhante ao processo de terceirização.

Nesta esteira, de acordo com os ensinamentos de Delgado, a terceirização consiste em transferir uma atividade que não esteja associada ao objetivo principal da empresa para outra empresa, para que esta obtenha seus próprios funcionários

²⁸ VEJA. **Jornalista virou Uber por um mês e lucrou só 30 reais por dia**. 2017. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/uber-teste-motorista-um-mes/>>. Acesso em: 15 jun. de 2021.

contratando-os com vínculo empregatício. A empresa terceirizada atua em uma relação trilateral como intermediária da relação.²⁹

Em tal fenômeno, o trabalhador é inserido no processo produtivo de tomador de serviços, fixado como uma entidade interveniente, sem que se estendam a este um vínculo trabalhista. Em face da contratação de força de trabalho, no mercado capitalista, a terceirização provoca uma relação trilateral: a empresa de terceirização, que contrata seu obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços e a empresa tomadora de serviços, que embora receba a prestação do labor, não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador vinculado.³⁰

O ponto é que a uberização pode alcançar o ápice de transferir tais custos e riscos diretamente para o prestador de serviços, sem empresas interpostas, em escala global – e ainda ser considerado como um modelo a ser seguido, até mesmo para a criação de novos postos de trabalho.

Em última análise, não é nova a discussão sobre a relação de trabalho uberizada, pois podem ser aplicadas, em menor ou maior grau, todos os debates já realizados sobre a terceirização de mão de obra, com o agravante, supramencionado, de que a comprovação da subordinação é cada vez mais complicada, visto que os controles e as exigências decorrentes de aplicativos, frequentemente, são muito mais dissimulados, e tidos não como elementos de subordinação e avaliação, mas como meros elementos matemáticos de algum algoritmo³¹ incógnito/ obscuro.

Neste contexto, a primeira reclamatória trabalhista de nº 0011359-34.2016.5.03.0112 decidiu sobre a análise do vínculo empregatício entre o motorista e a Uber. No caso em tela, o autor aponta que foi dispensado unilateralmente pela Uber e pleiteia o reconhecimento do vínculo e das verbas oriundas desta relação. A decisão teceu o reconhecimento do vínculo, no entanto, a empresa recorreu da decisão e a sentença foi totalmente reformada, onde a 9ª Turma do TRT-3 deliberou

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 147.

³⁰ *Ibidem*. p. 149.

³¹ O algoritmo é constituído das instruções lógicas da programação informática dos serviços dos aplicativos e, para eles, é considerado como segredo industrial.

que o trabalho para a Uber é de caráter autônomo, não se perfazendo vínculo de emprego em tais situações.³²

Por seu turno, no TRT-2, a 15ª Turma proferiu entendimento em 2019, por maioria, pelo reconhecimento do vínculo empregatício entre o autor do pleito e o aplicativo. Na mencionada deliberação, foram examinados os elementos da relação de trabalho, sendo todos estes conhecidos como existentes. No tocante à subordinação, a relatora aferiu que a subordinação tradicional não seria factível na situação em análise, utilizando como justificativa a modificação realizada pela Lei nº 12.551/2011 no art. 6º da CLT, que diz respeito aos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e monitoramento, que seriam comparados, no que concerne à subordinação jurídica, às formas pessoais de comando e supervisão do labor.³³

Contudo, o fato é que esse aplicativo, embora tenha uma marca que funciona como verdadeira grife (visto que de certo modo a própria expressão “uberização”, vem da notoriedade do aplicativo, e colabora, para sua difusão no inconsciente coletivo, até onde isto seja possível), dependem totalmente da atuação humana para a prestação dos serviços, e é essencialmente subordinado às suas regras de negócio. E, por conseguinte, a Uber pode ser responsabilizada pelos direitos trabalhistas de seus prestadores de serviços, como vem ponderando o Judiciário em várias partes do mundo e no Brasil, como demonstrado nas duas decisões acima.

No entanto, vale ressaltar que não se verifica pacificação na jurisprudência brasileira no tocante às demandas onde o pleito principal é o reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e a empresa. Existem entendimentos

³² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 9ª Turma. Recurso Ordinário. **Processo nº 001135934.2016.5.03.0112**. Uber do Brasil Tecnologia Ltda. x Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Relatora Maria Stela Álvares da Silva Campos. 23 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170526-06.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

³³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 15ª Turma. Recurso Ordinário. **Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038**. Márcio Vieira Jacob x Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relatora Beatriz de Lima Pereira. 23 de janeiro de 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/andren/Downloads/decis%C3%A3o%20uber%20%20-%20TRT2%20-%20processo%201000123-89.2017.02.0038.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis, o que torna ainda mais difícil a delimitação legal destes trabalhadores.

5 PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO

Segundo Nieborg e Poell, a plataformação pode ser compreendida como a penetração de extensões governamentais, econômicas e infraestruturais de plataformas digitais nos ecossistemas de aplicativos e da Web³⁴. Tal processo estaria prejudicando repartições como a produção cultural, saúde pública, jornalismo, educação e transporte urbano. Entende-se, entretanto, que o mundo do trabalho também vem sendo atingido por esse processo de plataformação.³⁵

Tendo em vista, que a sentença “plataformação do trabalho” representaria mais adequadamente o atual panorama do trabalho digital do que “uberização”, que tem sido rodeada, nas diversas áreas, como metáfora, mas não encobre a multiplicidade de atividades de trabalho intermediadas por plataformas além da própria Uber, uma vez que há variedade de lógicas de extração de valor e características de trabalho.³⁶

A dimensão infraestrutural das plataformas foi abordada ainda nos estudos de software realizado por Plantin e seus colegas, que observaram que há, simultaneamente, uma “infraestrutura de plataforma” e uma “plataforma de infraestrutura”. Os referidos estudiosos defendem que as tecnologias digitais viabilizaram as alternativas menos onerosas, que são mais competitivas e dinâmicas no que se refere às infraestruturas de monopólio governamentais ou quase-governamentais, em troca de transferência de responsabilidade e riqueza para as empresas privadas.³⁷

Nessa mudança, as principais empresas de plataformas apareceram como os equivalentes modernos dos monopólios telefônicos, ferroviários e de serviços elétricos do final dos séculos XIX e XX. Por este ângulo de infraestrutura, estudos

³⁴ NIEBORG, D.; POELL, T. The platformization of cultural production: Theorizing the contingent cultural commodity. *New Media & Society*, v. 20, n. 11, p. 4276, 2018.

³⁵ GROHMANN, Rafael. Plataformação do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. *Revista Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura*, v. 22, n. 1, 2020. p. 110.

³⁶ ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 36.

³⁷ ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 37.

de casos foram desenvolvidos, como exemplo, tem-se a ascensão e a história do Facebook. Nesse sentido, a plataforma de mídias sociais é vista como uma espécie de infraestrutura de dados que recepciona um conjunto variado e em evolução permanente de “instâncias de plataformas”, tal como, aplicativos como o Facebook, Messenger e o Instagram. Cada aplicativo contribui para os marcos de expansão da plataforma, pelo fato de criar vínculos computacionais e econômicos com complementadores, como empresas, produtores de conteúdo, desenvolvedores de conteúdo e anunciantes.³⁸

Em relação à plataformização, Vitor Filgueiras e Sávio Cavalcante explicam que:

[...] as plataformas digitais significariam uma mudança fundamental no processo de outsourcing, que permitiria aos trabalhadores superar as barreiras dos mercados de trabalho locais para potencialmente realizar tarefas de qualquer lugar do mundo para qualquer lugar do mundo. Crowdwork, work on demand e digital labour também podem aparecer como sinônimos, como em Chesalina, para a qual plataforma economy estaria acompanhada pela ascensão de novas formas de emprego, não mais caracterizadas pela transferência de atividades de uma empresa para agentes específicos, mas para um grande número de indivíduos ou organizações indefinidas. Em que pesem as diferentes definições, essas terminologias pretendem identificar fenômenos que possuem as seguintes semelhanças: 1) contatos on-line entre produtores/provedores e consumidores, trabalhadores e empresas; 2) uso de aplicativos ou plataformas para acesso em computador ou em instrumentos móveis de comunicação; 3) uso intensivo de dados digitais para a organização e gestão dessas atividades; 4) relações estabelecidas por “demanda” (ou seja, os arranjos são feitos por produto, sem garantia de continuidade).³⁹

As pesquisas acerca da temática, no Brasil, evidenciam a centralidade da Uber, mas isto pode colaborar para a invisibilização de uma gama de atividades de trabalho que envolvem plataformas digitais. Em vez da “uberização”, é necessário, desse modo, refletir sobre a plataformização do trabalho, avaliando a dependência que os trabalhadores e consumidores para a ter das plataformas digitais - com suas

³⁸ Ibidem. p. 38.

³⁹ FILGUEIRAS, Vitor; CAVALCANTE, Sávio. **O trabalho no século XXI e o novo adeus à classe trabalhadora.** 2020. Disponível em: <<https://revistaprincipios.emnuvens.com.br/principios/article/view/19/12>> Acesso em: 16 maio de 2021. p. 32.

lógicas algorítmicas, financeirizadas e dataficadas - diante das mudanças que abarcam os desdobramentos da flexibilização de relações e contratos de trabalho e o imperativo de um empreendedorismo camuflado, como vias de justificação das formas de produção de capital.⁴⁰

Neste contexto, Thomas Poell, David Nieborg e José van Dijck asseveram que:

Assim, definimos plataformas como infraestruturas digitais (re)programáveis que facilitam e moldam interações personalizadas entre usuários finais e complementadores, organizadas por meio de coleta sistemática, processamento algorítmico, monetização e circulação de dados.⁴¹

A aplicação da tecnologia em rede é aproveitada, assim, para dar dimensão a essas novas concepções, através de uma narrativa que se apoia no parecer de um cooperativismo social mais amplo e de indivíduos vulneráveis que irão dispor da oportunidade de retomar o controle de suas vidas. De fato, a convicção da economia de compartilhamento, o empreendedorismo, o cooperativismo social, são sensacionais em uma realidade mundial marcada pela escassez. Não causaria mal algum para a sociedade como um todo, se fosse desenvolvido com o objetivo ao qual é proposto, qual seja: compartilhar como uma interação social, entre iguais, visando alcançar a democratização e a equidade material. Contudo, a maneira como esse experimento tem sido utilizado afasta-se, sobremaneira, da sua proposta utilitária e democratizante.

Na prática, configura-se um movimento que parece assombrar as corporações possuidoras de poder, valendo-se de perspectivas democráticas, com negócios idênticos, mas que, na verdade, tem trazido uma vantagem financeira própria a imensas companhias que têm alcançado lucros gigantescos pela afronta às leis democráticas presentes em todo o mundo.⁴²

⁴⁰ GROHMANN, Rafael. **Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal**. Revista Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura, v. 22, n. 1, 2020. p. 115.

⁴¹ POELL, Thomas; NIEBORG, David; DIJCK. **Plataformização**. 2020. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2020.221.01/60747734>>. Acesso: 19 jun. 2021. p. 4.

⁴² SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante editora, 2018. p. 12.

Conforme descreve Slec “sob a oratória do compartilhamento refugia-se o acúmulo de fortunas impressionantes, o desgaste de muitas comunidades, o consumismo e a precarização do trabalho”.⁴³ São projetos que, se examinados através da aparência da narrativa que os dissimulam, representam verdadeiros despropósitos para o sentido de sociedade democrática.

O que se oculta por trás de toda essa narrativa é a sedimentação de um mercado desagradável e desequilibrado, em diversos setores da vida, que até então já estavam regulamentando acarretando um aumento do desequilíbrio entre as forças econômicas, sociais e políticas no meio social. Isso porque, apesar dos empresários das plataformas serem os principais favorecidos de todas as transações realizadas, estes insistem em defender sua ausência de responsabilidade, no que tange a qualquer consequência da prestação de serviços, seja trabalhista, do consumidor, civil ou social.

No que diz respeito à exploração do trabalho, essas plataformas invisíveis alcançam seus feitos na diminuição de gastos em relação à mão de obra, se beneficiando da aplicação de uma inspeção mais pacífica que possibilita que estes, por vezes, passem por não empregadores, abstendo-se da regulamentação trabalhista e de seus encargos.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, indubitavelmente, a abordagem dos reflexos das tecnologias disruptivas, nas relações trabalhistas, apresenta-se atual e imperiosa, uma vez que tem trazido à baila o debate acerca das reestruturações produtivas e seus impactos diretos nos modos de organização do trabalho. Com a evolução da tecnologia, o capital tem delineado estratégias para viabilizar a sua supremacia em relação ao trabalho, fazendo desaguar inovadores meios de prestação de serviços que têm sido empregados sem o manto da tutela trabalhista, culminando na precarização do trabalhador e no encurtamento de seus direitos, em verdadeira dissonância com os preceitos de inclusão progressiva dos direitos sociais.

⁴³ Ibidem. p. 15.

Tal situação tem atuado em verdadeiro descompasso com o arcabouço jurídico em vigor, que é regido por um Estado Democrático de Direito e que tem como princípios e fundamentos: a valorização do trabalho, a dignidade do ser humano, o princípio da igualdade, o princípio da vedação ao retrocesso social, a minimização de desigualdades no plano social e econômico, dentre outros.

Desta forma, resta claro, que o prestador de serviços da plataforma é um trabalhador que possui, em sua prestação de serviços a presença dos cinco elementos fáticos jurídicos, quais sejam: serviço prestado por pessoa física, com subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade.

A dificuldade na identificação desses pressupostos não afasta a sua existência, muito pelo contrário, é indispensável uma análise criteriosa de cada um, para que se atribua o real enquadramento jurídico a estes novos contornos trazidos às relações trabalhistas pela evolução da sociedade. Assim, frente à leitura realizada sobre os prestadores de serviços da plataforma, o que se verifica é que este enquadra-se perfeitamente na figura de empregado esculpida pela CLT, o que torna indispensável o reconhecimento deste vínculo, conferindo efetividade aos direitos trabalhistas.

Portanto, uma interpretação diversa produziria um retrocesso social, bem como a cristalização de um trabalho indigno, visto que retiraria a efetividade dos direitos basilares dos trabalhadores, inviabilizando conseqüentemente o cumprimento de suas funções sociais.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2009.

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo. Uberização, trabalho digital e indústria 4.0. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRAGA, Ruy. A Política do Precariado: do populismo à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 15ª Turma. Recurso Ordinário. Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038. Márcio Vieira Jacob x Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relatora Beatriz de Lima Pereira. 23 de janeiro de 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/andrelen/Downloads/decis%C3%A3o%20uber%20%20-%20TRT2%20-%20processo%201000123-89.2017.02.0038.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 9ª Turma. Recurso Ordinário. Processo nº 001135934.2016.5.03.0112. Uber do Brasil Tecnologia Ltda. x Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Relatora Maria Stela Álvares da Silva Campos. 23 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170526-06.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos fundamentais sociais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 2, 2007.

FILGUEIRAS, Vitor; CAVALCANTE, Sávio. O trabalho no século XXI e o novo adeus à classe trabalhadora. 2020. Disponível: 16 maio de 2021.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: entre a dataficação, a financeirização e a racionalidade neoliberal. 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/taila/Downloads/12188-Texto%20do%20artigo-36622-1-10-20200212.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

KROHLING, Aloisio. A Ética da Alteridade e da Responsabilidade. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Kelen. Trabalho e condição humana na contemporaneidade. Laplage em Revista, São Carlos, v. 4, n. 1, p.109-124, 2018.

NIEBORG, D.; POELL, T. The platformization of cultural production: Theorizing the contingent cultural commodity. New Media & Society, v. 20, n. 11, p. 4275-4292, 2018.

- POELL, Thomas; NIEBORG, David; DIJCK. Plataformização. 2020. Disponível em:
 <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/fem.2020.221.01/60747734>>. Acesso: 19 jun. 2021.
- ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 4. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2012.
- SLEE, Tom. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante editora, 2018.
- SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Flexibilização dos direitos trabalhistas & o princípio da proibição do retrocesso social. Curitiba: Juruá, 2011.
- STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, n. 103, p. 9-24, 2014.
- VEJA. Jornalista virou Uber por um mês e lucrou só 30 reais por dia. 2017. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/uber-teste-motorista-um-mes/>>. Acesso em: 15 jun. de 2021.

O BANCO DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE DIRIMIR O ERRO DO JUDICIÁRIO

Nathan Vinagre Augusto dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo analisa a questão da aplicação do banco de perfil genético como uma forma de dirimir a incidência de erros do judiciário. Inicialmente, foi constatada a forma de aplicação do exame de compatibilidade genética, demonstrando que os condenados em crimes dolosos violentos ou contra liberdade sexual possuiriam seu sequencial genético armazenado para futuras investigações. Posteriormente, o presente trabalho frisou o que viria a ser o erro cometido pelo Poder Judiciário, bem como visou abordar as possíveis correções com base na aplicação do registro de perfil genético. Portanto, foi exposto que o estudo do sequencial genético poderia diminuir os erros reiterados na identificação de autoria, mas a ferramenta, se utilizada de forma errônea pela autoridade investigadora, poderia vir a proporcionar novos erros.

Palavras-chave: Banco de Perfil Genético. Erro do Judiciário. Autoria delitiva.

ABSTRACT

The present article analyzes the issue of the application of the genetic profile bank as a way to reduce the incidence of judicial errors. Initially, the application of the genetic compatibility exam was verified, demonstrating that those convicted of violent crimes or crimes against sexual freedom would have their genetic sequential stored for future investigations.. Subsequently, the present work emphasized what would become the error committed by the Judiciary, as well as aimed at approaching the possible corrections based on the application of the genetic profile registry. Therefore, it was exposed that the study of genetic sequencing could reduce the repeated errors in the identification of authorship, but the tool, if misused by the investigating authority, could lead to new errors.

Key words: Genetic Profile Bank. Judicial Error. Criminal Authorship.

1 INTRODUÇÃO

A dificuldade em desvendar a veracidade dos fatos envolvendo infrações penais mantém-se presente até os dias atuais, face a carência de aparatos investigativos disponível para a polícia judiciária e o Ministério Público. O sistema

¹ Bacharel em Direito pela Centro Universitário de Brasília. Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: nathan.vinagre@sempreceub.com.

de investigação brasileiro encontra-se, atualmente, defasado e necessita de atualização para que proporcione uma melhor elucidação dos fatos delituosos.

A consequência lógica da ausência ou má-utilização dos mecanismos de investigação seria a impossibilidade de solucionar casos criminais mais complexos, a qual o infrator buscou, ao máximo, limpar o local do crime para evitar a efetiva condenação. Diante disso, várias pessoas inocentes acabam sendo condenadas por atos que não praticaram, enquanto os verdadeiros infratores esvaem-se do processo penal.

A modernização e regulamentação das mais variadas técnicas de investigação torna-se fulcral para a melhor atuação do Poder Judiciário, tais como a realização de um banco de dados, contendo o material genético de infratores condenados. Esse mecanismo possibilitaria a melhor análise do caso concreto ao comparar o material genético encontrado no local da infração com indivíduos com histórico manchado pelas constantes práticas criminais. Dessa forma, a correta utilização do instrumento citado permitiria embasar uma condenação mais acertada, evitando que a persecução penal atingisse pessoa estranha ao fato delituoso.

Entretanto, tal mecanismo de investigação é utilizado de maneira módica no Brasil, sendo preferível o reconhecimento pessoal do acusado sem utilização do banco de perfis genéticos, diferentemente do que ocorre em outros países, tais quais os Estados Unidos e a Inglaterra (onde o banco genético de dados é bem difundido). Para melhor aplicabilidade da questão, a Lei 12.654/2012, modificada pela Lei 13.969/2019 (Pacote Anticrime), trouxe parâmetros para a aplicação do banco de perfis genéticos, a fim de trazer um instituto largamente utilizado internacionalmente para o processo penal brasileiro.

Feito essas considerações iniciais, surgem diversos questionamentos referente a aplicação do banco de perfis genético, tais quais as suas vantagens e desvantagens para o processo penal. Nesse sentido, o presente artigo busca traçar parâmetros de atuação do banco perfis genético dos infratores penalmente condenados, sempre visando explorar as principais nuances do instituto investigatório.

Vale frisar que o trabalho em epígrafe enfatizará a questão da aplicação do referido mecanismo na perspectiva dos erros cometidos pelo Poder Judiciário,

demonstrando se o instituto do banco de perfis genético reduziria ou não a incidência de erros nas decisões judiciais. Diante disso, o artigo científico não entrará na questão da relativização do princípio da presunção de inocência e da vedação de produção de provas contra si mesmo, questões essas debatidas por diversos doutrinadores.

Logo, será abordado a questão da efetividade do instituto de investigação com base na aplicação qualificada do mesmo, contrapondo-o a todo instante à questão do erro do judiciário nas causas penais.

2 BANCO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS POR CRIME DOLOSO VIOLENTOS OU CONTRA LIBERDADE SEXUAL

A dificuldade de desvendar o autor de crimes é uma realidade fática bastante comum na persecução penal. A memória da vítima e das testemunhas nem sempre é confiável, dada a alta probabilidade das chamadas falsas percepções em momento de grande tensão (como ocorre nos casos envolvendo delitos penais). Nessa perspectiva, existe a necessidade de garantir, de forma mais acertada, a identificação do autor da infração penal, a fim de evitar as chamadas punições injustas.

O local do crime sempre apresenta diversos vestígios, mesmo com a tentativa do infrator de limpar os seus rastros. Objetos como pelos, sangue, suor, unhas etc. acabam por permanecer na cena do crime, sendo passível de análise pelo perito oficial². Nesse sentido, o material genético encontrado nos resíduos corpóreos presentes no local da infração permitiria reduzir o número de suspeitos, concentrando a investigação criminal em sujeitos limitados, a fim de verificar o real infrator.

A grande vantagem do referido instituto consiste no tempo para a realização do exame pericial, tendo em vista que o material genético presente no local da

² TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do Art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 45, p. 207-226, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.11.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

infração permanece intacto por um lapso temporal deveras extenso, permitindo a identificação do sequencial genético mesmo transpassando um período considerado do delito praticado.³

Porém, a mera presença do sequencial genético não é suficiente para encontrar o seu proprietário, sendo necessário a realização de uma lista de perfis genéticos para que seja efetuada a comparação.⁴ Explico, a realização do exame pericial para desvendar o proprietário de um fio de cabelo, por exemplo, demandaria comparação entre o DNA encontrado no local com o do suspeito, com intuito de averiguar as compatibilidades existentes entre os genes. Portanto, a realização de um estudo clínico dos vestígios corpóreos é ineficaz sem que haja uma efetiva lista contendo os genes de diversas pessoas.

Diante disso, foi introduzido o banco de perfis genéticos pela Lei 12.654/2012, modificada pelo 13.969/2019 (Pacote Anticrime), sendo considerado um grande avanço na questão da investigação criminal.⁵ O referido instrumento, nos termos do art. 9-A da Lei de Execução Penal, consistiria em um mapeamento genético obrigatório dos condenados por crimes violentos ou contra liberdade sexual, criando-se um ponto de partida na investigação da autoria criminal.⁶

A iniciativa permitiria que a autoridade investigadora já possuísse um parâmetro de genes preliminares, comparando-os com os materiais achados no local do crime. Nesse diapasão, os condenados em crimes dolosos poderiam ser

³ COSTA, Isabella Caetano. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%2021411060.pdf>> Acesso em: 30 jun 2021. Acesso em: 30 jun 2021.

⁴ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/en.php>> Acesso em: 30 jun 2021.

⁵ BRITO, Ana Flávia; PONTES, A. N. Estudo sobre identificação humana por dna, banco nacional de perfis genéticos e a obrigatoriedade da lei 12654/2012. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 9, n. 2, p. 75-84, 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342791669_ESTUDO_SOBRE_IDENTIFICACAO_HUMANA_POR_DNA_BANCO_NACIONAL_DE_PERFIS_GENETICOS_E_A_OBRIGATORIEDADE_DA_LEI_126542012> Acesso em: 30 jun 2021.

⁶ BRASIL. **Lei 7.210. 11 jul. 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 30 jun 2021.

rapidamente identificados, dando uma certa celeridade para o processo penal, além de embasar a eventual persecução penal.⁷ Logo, a mera palavra da vítima e da testemunha, de caráter subjetivo e baseado na pura memória pessoal, passaria a ser contraposta com o exame de compatibilidade genética, fundamento mais concreto e objetivo, evitando-se a ocorrência de memórias falsas no reconhecimento do autor da infração.

Vale lembrar que a Lei de Execução Penal prevê a extração do material genético de forma obrigatória pela mera condenação e não pelo trânsito em julgado⁸, ou seja, basta a efetiva decisão de primeira instância para que o acusado em crime doloso violento ou contra liberdade sexual tenha seu material genético extraído e depositado no banco de perfis genéticos nacional. Nota-se que há uma preocupação maior em elevar o número de perfis contidos no banco nacional, a fim de tornar mais efetiva a aplicação do instituto investigatório, sendo dispensado o caráter da reincidência delitiva.

Lógico que a questão do banco de perfil genético não resolveria todas as infrações penais, muito pelo contrário. O referido instrumento seria incisivo nos casos em que o infrator condenado por crime doloso de caráter violento ou sexual volte a delinquir, ou seja, o instituto não serve para desvendar crimes com autores desconhecidos.⁹ Desta feita, o mecanismo em evidência seria mais aplicado nos casos em que envolvessem homicidas ou estupradores em série do que nas hipóteses de tráfico de drogas, por exemplo.

Vale reverberar que o referido mecanismo de investigação também pode ser utilizado para verificar se o mesmo infrator cometeu crimes em séries, mesmo sem possuir o seu material genético. Nessa ocasião, os vestígios encontrados no local da

⁷ COSTA, Isabella Caetano. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal**. 2020 Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%20201411060.pdf>> Acesso em: 30 jun 2021.

⁸ BRASIL. **Lei 7.210. 11 jul. 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 30 jun 2021.

⁹ MARION, Dgiulia. **Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "cold cases"**. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>> Acesso em: 30 jun 2021.

primeira infração são lançados no banco de dados, o que permite analisar se uma mesma pessoa se encontrava em ambas as cenas de crime.¹⁰ Desta feita, ao capturar o infrator do primeiro delito, estar-se-ia localizando o suspeito dos demais crimes com compatibilidade genética nos vestígios.

Para trazer maior concretude na aplicação do instrumento investigatório, tomaremos como base o caso de Lázaro Barbosa, que chamou a atenção do Brasil inteiro em face de seu imenso histórico de estupros e homicídios praticados. O indivíduo, enquanto foragido, era suspeito de ter praticado diversos crimes nas chácaras localizadas na Região entre o Distrito Federal e Goiás, segundo depoimento das testemunhas locais. Nessa ocasião, a utilização do banco de perfis genéticos possibilitaria a resolução dos incidentes pela comparação genética dos materiais corpóreos encontrados no local da infração, permitindo, assim, verificar a idoneidade dos depoimentos testemunhas pela correlação dos fatos narrados com o exame pericial.

Assim, casos similares ao que foi presenciado nos dias atuais, com a fuga de um infrator em série, poderiam ser solucionados de forma mais acertada, excluindo as dúvidas restantes. Destarte, o instrumento de investigação penal permitiria uma ação mais efetiva do Estado em desvendar e punir de forma mais rigorosa os reincidentes em crimes dolosos sexuais ou violentos. O rigor estatal em punir infratores entraria também na fase investigatória, pois, caso a pessoa já tenha sido condenada anteriormente por um delito de natureza mais grave, ela possuirá desvantagens no procedimento penal, dada a facilidade acentuada de identificação criminal proporcionada pelo banco de perfis genéticos.

2.1 EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DO BANCO DE PERFIL GENÉTICO

¹⁰ LEMOS, Cristiane Chaves. A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal—entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal. **Monografia. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, 2014. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/cristiane_lemos_2014_2.pdf> Acesso em: 30 jun 2021.

O banco de perfil genético, como dito anteriormente, somente teria eficácia para a resolução de delitos praticados por infratores já condenados por crimes violentos ou sexuais. Nesse sentido, o índice de apenados condenados no Brasil é indispensável para verificar a efetividade do referido instrumento investigatório. Portanto, o exame do material genético do local do crime seria indispensável quando o suspeito principal da infração for alguém já condenado anteriormente ou, simplesmente, para excluir os apenados já condenados do rol de suspeito, nos casos de incompatibilidade genética.

Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, em maio de 2021, o banco de perfis genéticos apresentou, ao todo, 110.579 amostras, sendo uma expansão de, aproximadamente, 30 mil amostras se comparadas com o mesmo período de 2020. Desmembrando-se os dados, conforme a persecução penal, em maio de 2021, 85.439 amostras referem-se a condenados criminalmente pela prática de crimes violentos ou contra liberdade sexual, enquanto 18.152 englobam os vestígios encontrados no local da infração, sendo, ao todo, 103.355 amostras de material genéticos (se contarmos a identificação criminal e os resíduos decorrentes de decisões judiciais).¹¹ Logo, se realizarmos uma comparação entre os anos de 2014 (período de efetivação do banco de perfis genéticos) e o ano de 2021, é possível perceber que houve um aumento de 84 mil amostras, sendo que os períodos de maior expansão estão localizados entre os anos de 2019 e 2021, muito decorrente pela modificação dos procedimentos de coletas do material genético.¹²

Nessa perspectiva percebe-se que a coleta do material genético se tornou mais expressiva, principalmente, após as modificações apresentadas pelo Pacote Anticrime, a qual o procedimento de extração se tornou obrigatório, sob pena de incorrer em falta de natureza grave, dentro do estabelecimento prisional. Além disso, a modificação do requisito referente a natureza da infração penal, permitindo a

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **XIV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Maio 2021. Disponível em: <<https://legado.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xiv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-ribpg.pdf/view>>. Acesso em: 30 jun 2021.

¹² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **XIV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Maio 2021. Disponível em: <<https://legado.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xiv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-ribpg.pdf/view>>. Acesso em: 30 jun 2021.

extração do perfil genético pela mera condenação em crimes dolosos violentos ou contra liberdade sexual, expandiu os crimes que possibilitariam a obtenção do sequencial genético do condenado, o que viabilizaria a obtenção de mais amostras.

Notadamente, quanto maior o incremento do instrumento investigatório, maior seria as ocasiões de compatibilidade entre os vestígios no local do crime e o perfil genético presente no banco de dados. É possível perceber, consoante dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, que a taxa de compatibilidade genética, em 2021, é de 20,20%, sendo proporcionado 3.666 condenações, o que caracteriza um aumento de, aproximadamente, 4,20% em comparação com o percentual de 2020.¹³ Dentro do percentual exposto, os crimes de sexuais são os que encontra maior taxa de compatibilidade, pois naturalmente são crimes que tendem a deixar diversos vestígios, facilitando a análise do caso no banco de perfis genéticos.

Por óbvio, as estimativas citadas configuram somente dados apresentados pelo Ministério da Justiça em parceria com o Poder Judiciário, ou seja, não é viável verificar o grau de adequação da ferramenta utilizada. Assim, não é possível traçar uma análise sobre cada processo em que o banco de perfis genéticos foi utilizado, a fim de esmiuçar as técnicas empregadas nos exames periciais, bem como se houve acerto ou não no quesito condenação. Logo, o capítulo em epígrafe buscou, apenas, realizar uma análise no quesito expansão do mecanismo de investigação, em face da previsão legislativa atual.

2.2 A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO FORMA DE CREDIBILIZAR O BANCO DE PERFIL GENÉTICO

O banco de perfil genético foi apresentado, até o presente momento, como uma forma de solucionar questões mais complexas por intermédio da realização de um exame pericial do material genético encontrado no local da infração para embasar a autoria delitiva na persecução penal. Porém, o referido instrumento torna-

¹³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **XIV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Maio 2021. Disponível em: <<https://legado.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xiv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-ribpg.pdf/view>> Acesso em: 30 jun 2021.

se ineficaz em determinados momentos, dado a atuação incorreta da autoridade investigadora ou pelo próprio acusado que limpou de forma exímia o lugar do crime.¹⁴

Diante disso, para falar sobre a produção da prova efetiva, não há como deixar de lado o meio pelo qual os vestígios encontrados devam ser preservados. Logo, a utilização plena do registro de perfis genéticos para a solução de infrações penais depende veementemente da cadeia de custódia, procedimento pelo qual as provas na persecução penal são preservadas.¹⁵ Não basta a análise do sequencial genético se o material corpóreo desvendado no local da infração não for preservado pela autoridade investigadora. Se a autoridade policial não mantiver intocável o local da infração, o sangue, pelos, etc. podem acabar se perdendo, sendo inviável a utilização do banco de perfis genéticos.

A título exemplificativo, visualizemos um caso de homicídio doloso, onde a autoridade policial movimenta os vestígios do crime antes do perito chegar no local da infração. Nessa ocasião, os projéteis, contendo digitais, fios de cabelo, contendo o sequencial genético, podem acabar sendo perdidos pela mera movimentação irregular. Desta feita, a regulamentação efetiva da cadeia de custódia no âmbito do material genética não pode ser o mesmo procedimento que o realizado para as demais infrações, tendo em vista a necessidade de cuidados específicos para que a identificação do proprietário do sequencial genético encontrado não seja realizada de forma completamente errônea.

A cadeia de custódia deve preservar desde a descoberta do local da infração, tendo a coleta de todo os vestígios encontrados pelo perito oficial, até a efetiva condenação do eventual suspeito, devendo sempre resguardar de forma a não

¹⁴ MARION, Dgiulia. Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "cold cases". 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021.

¹⁵ COSTA, Isabella Caetano. Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%202021411060.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021. Acesso em: 30 jun 2021.

contaminar eventual exame pericial a ser realizado.¹⁶ Logo, os resíduos devem ser armazenados em condimentos específicos para a sua preservação, sendo indispensável o acompanhamento constante do perito especialista em análise genética para evitar qualquer forma de inutilização da prova encontrada.¹⁷ Diante disso, qualquer movimentação a ser realizada no resíduo corpóreo deveria vir acompanhada de parecer favorável do perito oficial e concedido pelo magistrado, sob pena de acarretar na eventual contaminação da prova.

Vale reverberar que a utilização de técnicas incorretas de armazenamento do sequencial genético desacreditaria a prova produzida, tornando-a ilícita, nos termos do art. 157 do CPP, devendo ser desentranhada no processo.¹⁸ A incorreta identificação do autor da ação deve a todo momento ser evitada, o que justificaria o rigor mais elevado no âmbito da perícia sobre o material genético. Desta feita, qualquer movimentação errônea do meio de prova envolvendo resíduos corpóreos incorreria na sua inutilização para o processo penal, a fim de evitar a incidência de condenações injustas.

Em suma, todas as técnicas de armazenamento devem ser utilizadas de forma a impossibilitar dúvidas quanto a autoria delitiva. Por óbvio, o mero material genético encontrado no local não é suficiente para pressupor ser o autor da infração penal, tendo em vista que é preciso que ela esteja de acordo com os demais meios de prova apresentados. Uma pessoa pode ter comparecido ao supermercado, por exemplo, para realizar suas compras no mesmo local onde, dias depois houve um assassinato, sendo encontrado seu DNA no local da infração, o que não a torna autora da infração penal.

¹⁶ MATILDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do riscos de condenações de inocentes. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 27, p. 17-26, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>>. Acesso em: 30 jun 2021.

¹⁷ BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil*. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/en.php>>. Acesso em: 30 jun 2021.

¹⁸ BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 jun 2021.

3 ERROS DO JUDICIÁRIO EM CONTRAPOSIÇÃO AO BANCO DE MATERIAL GENÉTICO

O Poder Judiciário tem como função a composição da lide, em virtude de interesses conflitivos. Diante disso, o magistrado, dentro da persecução penal, deve decidir as questões inerentes ao processo, desde a autorização para a coleta de alguma prova até a eventual condenação ou absolvição do acusado. A fundamentação da decisão deve ter como base os elementos probatórios presentes no processo, a fim de solucionar a questão de forma condizente com os fatos elucidados, sempre guiado pela máxima prevista nos princípios da presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade.

Acontece que, devido a diversos fatores inerente ao processo penal, o magistrado acaba por proferir decisões insensatas, fundamentadas em falsas percepções que não seriam suficientes para respaldar eventual condenação ou absolvição do acusado. Essa ocorrência, infelizmente, é muito comum na persecução penal, incorrendo em decisões injustas e incapazes de solucionar a lide, o que seria caracterizado como erro do judiciário.

Nessa perspectiva, o erro do judiciário consistiria em falsas percepções da realidade fática não somente na sentença penal (condenatória ou absolutória), mas também em todos os atos jurisdicionais (atos típicos do Poder Judiciário que seria confecção de decisões para solucionar lide) e judiciais (atos administrativos praticados pelos integrantes do Poder Judiciário).¹⁹ A mera realização de uma perícia sem o emprego da melhor técnica já seria suficiente para o enquadramento da questão em erro do judiciário, em virtude da possibilidade de induzir a erro o magistrado no momento de proferir o ato decisório.

Vale ressaltar que o objetivo da persecução penal seria a proteção do bem jurídico tutelado, por intermédio da aplicação de sanções penais ao seu real infrator. O erro do judiciário, assim, encontra-se presente nas decisões do magistrado (não

¹⁹ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 49. n. 196. p. 259-281. out.-dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?seq=ue>>. Acesso em: 30 jun 2021..

somente nelas, mas em todos os atos judiciais e jurisdicionais) que não apresentam respaldo na realidade fática presente no momento da infração, independentemente de quem seja a parte lesada (a expressão não se refere a parte processual que seriam o Ministério Público e o réu, mas sim parte no sentido de interessados, ou seja, da perspectiva da vítima e do acusado).²⁰ Logo, a perspectiva trazida de erro do judiciário na decisão penal deve ser vista tanto do ponto de vista da vítima (que teve seu direito lesado, buscando uma punição efetiva do infrator) quanto do réu (que não praticou nenhuma infração, mas acaba por ser injustamente condenado).

Partindo dessa premissa, deve-se investigar os motivos inerentes para a prática de atos incorretos pelos membros do Poder Judiciário, a fim de, pelo menos, dirimir a incidência dos erros realizados. Existem diversas concepções para a ocorrência de erro do judiciário, como por exemplo, a interpretação errônea da lei ou das provas nos autos, ignorância do magistrado ao analisar o processo, identificação errada do autor da infração com traços similares ao real infrator, etc.

Porém, o principal erro decorre da carência de uma investigação mais precisa e acertada, fundada em parâmetros objetivos com base na análise das evidências descobertas no local dos crimes, sem se fundamentar unicamente na memória subjetiva das testemunhas e da vítima. Desta feita, a insuficiência probatória e as coletas indevidas de provas configuram os maiores motivos de ocorrência de erros do poder judiciário, devendo o processo penal modernizar-se nas técnicas de investigação para torná-las mais precisas.

Diante disso, a aplicação do banco de material genético seria uma das formas de modernização do sistema de investigação, por intermédio da abstração do sequencial genético, sendo realizado uma comparação de caráter objetiva. Nesse diapasão, o presente capítulo buscará esmiuçar se o banco de perfil genético permitiria a redução de erros por parte do judiciário ou se a sua aplicação prática poderia acarretar novos erros.

²⁰ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 49. n. 196. p. 259-281. out.-dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?seq=ue>> Acesso em: 30 jun 2021.

3.1 ERROS JUDICIÁRIOS PASSIVEIS DE CORREÇÃO COM O BANCO GENÉTICO

O processo penal como um todo apresenta grande dificuldade no quesito identificação do real autor da infração. As principais técnicas utilizadas pelos investigadores no Brasil vem sendo o reconhecimento pessoal ou o “retrato falado” (realização de um esboço fotográfico por intermédio das descrições físicas do autor da infração) realizado pelas vítimas e testemunhas, o que por si só gera insegurança para o processo.²¹ É muito comum, nos dias atuais, nos depararmos com os chamados sósias, ou seja, pessoas com perfil físico extremamente similar as características de alguma outra pessoa. Destarte, a identificação do autor da infração torna-se cada vez mais difícil, mesmo utilizando-se de auxílios de aparelhos de câmeras de segurança, em face da sua baixa resolução.

A mera palavra da vítima e da testemunha, muitas vezes, apresentam falsas percepções do momento fática, dada a alta volatilidade do estado emocional, causando as chamadas impressões errôneas. Nisso, a identificação do autor da infração torna-se uma tarefa difícil, tanto é que, na maioria dos casos de reconhecimento pessoal em juízo, a vítima e as testemunhas indicam pessoas totalmente diversas, o que descredibiliza a persecução penal.

Se o processo penal já encontra dificuldades na descoberta do autor do ato delituoso quando tem testemunhas e vítimas conhecidas, é inegável que, nos casos em que a vítima falece em decorrência da infração e que não havia testemunhas no local, a apuração da autoria delitiva torna-se uma missão quase impossível para a autoridade policial e Ministério Público. Por consequente, é muito comum, no Brasil, nos depararmos com casos penais nunca solucionados dada a carência probatória referente a autoria delitiva.

Partindo-se dessa premissa, o banco de perfis genéticos permitiria, por meio de um exame do local da infração, e tendo como base uma lista preliminar contendo o material genético de alguns condenados por crimes dolosos violentos ou sexuais,

²¹ COSTA, Isabella Caetano. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%2021411060.pdf>> Acesso em: 30 jun 2021. Acesso em: 30 jun 2021.

identificar eventuais compatibilidades nos genomas amostrais. Nessa perspectiva, a análise do sequencial genético buscaria justamente verificar a autoria delitiva, visando realizar um rol de suspeitos com base nos genes identificados no lugar do crime.

O parâmetro de avaliação do sequencial genético encontrado no local da infração apresenta maior objetividade, bem como possui uma probabilidade alta de acerto no exame efetuado. Vale reverberar que o material genético permanece por um extenso lapso temporal sem que haja o seu perecimento, permitindo a identificação do proprietário do resíduo corpóreo.²² Destarte, dificilmente o laudo pericial, em conjunto com a efetiva cadeia de custódia, incorreria em erro por parte do perito oficial.

A fim de trazer maior concretude a possibilidade de evitar determinados erros do judiciário, nos Estados Unidos, onde a ferramenta do banco de perfil genético é amplamente difundida, o referido instrumento investigatório conseguiu impedir que Jerry Miller fosse condenado por crime de estupro, demonstrando que o jovem inocente apenas possuía uma estatura física similar ao real delinquente, Robert Weeks. Na ocasião, o exame pericial do material genético demonstrou a incompatibilidade nos resíduos corpóreos encontrados e o de Jerry Miller, sendo identificado que, na verdade, o sequencial genético achado na própria vítima pertencia a Robert Weeks.²³ Em suma, a ferramenta pericial conseguiu individualizar um esturpador em série, ao mesmo tempo em que inocentava uma pessoa que poderia ter tido sua vida arruinada por um erro de identificação da autoria delitiva pela autoridade policial.

Nesse sentido, a identificação da autoria delitiva seria facilitada, evitando-se que sujeitos, sem envolvimento no delito, sejam indiciados na persecução penal. A

²² MARION, Dgiulia. Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "*cold cases*". 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021.

²³ MARION, Dgiulia. Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "*cold cases*". 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021.

utilização da ferramenta permitiria a resolução principalmente de crimes sexuais, a qual os vestígios deixados tanto na vítima quanto no local na infração são mais evidentes, permitindo, assim, a constatação da autoria delitiva de estupro, delito ao qual é muito difícil desvendar o autor da infração pela mera palavra da vítima, dada a impossibilidade de descrição exata da feição do delincente. Nisso, a verificação do real agressor e estuprador impediria que pessoas inocentes fossem condenadas, evitando-se de forma demasiada a incidência de erro do Poder Judiciário.

Porém, não há como fundamentar a condenação criminal unicamente na compatibilidade genética de um determinado indivíduo na cena do crime, principalmente quando nos deparamos com lugares de grande circulação.²⁴ Desta feita, a mera análise no banco de perfil genético não é suficiente para atestar a autoria delitiva, devendo haver uma harmonia dos elementos probatórios presentes nos autos, a fim de dirimir as dúvidas existentes.

A título exemplificativo podemos observar os bares e restaurantes com grande quantidade de clientela. Nessa situação, existem diversos materiais genéticos presentes na cena do crime, sendo extremamente difícil separá-los para verificar a autoria delitiva, utilizando-o, no máximo, para atestar se o suspeito compareceu ao lugar da infração penal. A prova testemunhal e o depoimento da vítima, assim, ainda se preservam como meios de prova eficazes para demonstrar a materialidade e autoria delitiva, sendo indispensáveis, quando possível, as oitivas de ambos.

Portanto, o banco de perfil genético não serve para substituir a palavra da vítima e da testemunha, muito pelo contrário. O referido instrumento deve ser utilizado como um complemento as demais provas produzidas, simplesmente para evitar os erros na identificação do autor da conduta delitiva, comuns nos casos de reconhecimento pessoal. Diante disso, é errôneo apontar que a compatibilidade nos genomas amostrais são provas de caráter absoluto, sendo plenamente passível a sua impugnação, através da demonstração de que o comparecimento ao local da infração

²⁴ LEMOS, Cristiane Chaves. **A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal—entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** Monografia. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/cristiane_lemos_2014_2.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

se deu antes do momento em que o delito ocorreu, além de outras hipóteses defensivas como a alegação de prova ilícita por quebra da cadeia de custódia, etc.

3.2 A POSSIBILIDADE DE O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PROVOCAR NOVOS ERROS

Apesar do banco de perfis genético ser um excelente meio de prova de processo penal, nenhuma prova é infalível, sendo passível de ocorrer novos erros pela sua má-utilização. O material genético deixado no local da infração penal pode sofrer as chamadas contaminações, ou seja, ocorre a mescla de sequenciais genéticos de duas ou mais pessoas, o que impossibilitaria a constatação, com exatidão, do proprietário daquele DNA.²⁵ Diante disso, nem todos os casos de vestígios podem identificar os proprietários dos sequenciais genéticos, dificultando a investigação.

Vale frisar que a confiabilidade unicamente na prova conferida pelo banco de perfil genético deve ser afastada do imaginário popular, pois nem sempre é possível verificar o autor da ação delitiva. Como dito anteriormente, a prova baseada no DNA encontrado no resíduo corpóreo apenas demonstra que a pessoa compareceu ao local da infração, mas não significa que ela cometeu o delito.

Além disso, muitas vezes podem ocorrer de testemunhas que não se identificaram por certo receio de perseguição pelo infrator estarem presentes no local da infração, não podendo a autoridade investigadora confundi-las com o real autor do delito. Outras vezes, locais de grande movimentação podem apresentar o sequencial genético de diversas pessoas diferentes, o que não significa que uma delas cometeu o crime.

É muito difícil separar o real autor da conduta e um mero transeunte quando se está realizando uma prova de cunho objetivo que serve unicamente para verificar se ele passou ou não pelo local da infração. Nisso, o instrumento de verificação do DNA não demonstraria quem estaria no lugar específico e na hora corresponde ao da infração, o que torna a prova baseada no banco de dados imprecisa, necessitando de

²⁵ MARION, Dgiulia. Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "cold cases". 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021.

complementação por outros meios de prova já difundidos no processo penal, como depoimento testemunhas, digitais nos objetos utilizados durante o crime, etc.²⁶ Nesse diapasão, a mera prova correspondente ao DNA não é suficiente para aferir a autoria delitiva, muito menos para condenar alguém, devendo ser utilizada mais para dirimir dúvidas e levantar o rol de suspeitos, a fim de evitar novos erros do judiciário.

O crime que mais apresenta índice de acerto no exame genético seria os crimes sexuais como estupro e estupro de vulnerável, pois a presença do sêmen tornaria mais precisa a análise pelo banco de perfil genético, principalmente pelo fato de que os autores do referido delito, muitas vezes, praticam ele de forma continuada ou mesmo de maneira recorrente. Porém, apesar da identificação do sujeito ser mais precisa, isso não é suficiente para efetuar uma condenação, pois é possível que erros de armazenamento da prova colhida acarretem na sua invalidação, como é o caso de erros na cadeia de custódia.

A péssima atuação da autoridade policial, utilizando-se de meios inidôneos para a preservação do resíduo corpóreo, pode acarretar na perda ou contaminação do material genético no exame pericial.²⁷ Ao chegar no local da infração, é indispensável que o policial responsável impeça qualquer tipo de distúrbio ou movimentação nos objetos ali presentes, devendo isolá-lo. Posteriormente, o perito deveria colher as provas que ele desvendar, guardando-as em compartimentos adequados, garantindo a sua preservação para futuros exames.

A proteção da prova apresentada é indispensável para realização do exame de compatibilidade genética, sob pena do laudo pericial tornar-se inconclusivo ou,

²⁶ BRITO, Ana Flávia; PONTES, A. N. **Estudo sobre identificação humana por dna, banco nacional de perfis genéticos e a obrigatoriedade da lei 12654/2012**. Revista Brasileira de Criminalística, v. 9, n. 2, p. 75-84, 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342791669_ESTUDO_SOBRE_IDENTIFICACAO_HUMANA_POR_DNA_BANCO_NACIONAL_DE_PERFIS_GENETICOS_E_A_OBRIGATORIEDADE_DA_LEI_126542012>. Acesso em: 30 jun 2021.

²⁷ TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. **O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do Art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica**. Revista Jurídica, v. 4, n. 45, p. 207-226, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.11.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021

ainda, uma prova ilícita, devendo ser desentranhado do processo penal. Diante disso, os erros realizados na cadeia de custódia podem descredibilizar a investigação realizada, bem como engendrar novos erros do Poder Judiciário pela análise incorreta.²⁸

O exame de DNA, dado a sua precisão, deve ser precedido de cuidados extremos no momento de manusear os vestígios encontrados. Imaginemos a situação de corrupção dentro da unidade policial, fazendo como que este modifique os componentes armazenados nos compartimentos, a fim de induzir a erro o perito judicial. Essa movimentação ilícita da prova produzida possibilitaria, como efeito dominó, que a persecução penal voltasse contra pessoa estranho ao delito praticado, provocando inúmeros erros por parte do Poder Judiciário. Diante disso, toda movimentação do resíduo corpóreo deve ser registrada contendo o nome dos indivíduos que o manuseou com a indicação precisa de qual procedimento foi realizado.

Em suma, percebe-se que, apesar do exame pericial com base no banco de perfil genético apresentar índice elevado de acerto e credibilidade, a prova em si não é infalível, possuindo certos vícios no seu desdobramento.²⁹ Entre os mais comuns listados no presente capítulo, poderíamos citar: o erro no manuseio da prova encontrada, em virtude dos vícios na cadeia de custódia; a possibilidade de pessoas inocentes transitarem no local da infração; contaminação do material genético pela mistura de genomas nos vestígios encontrados; etc.

Portanto, a fim de evitar novos erros do judiciário, o banco de material genético não pode ser a única prova que fundamentaria eventual condenação, devendo ter sempre outros meios de prova no processo para credibilizá-lo. Diante disso, o reconhecimento genético funcionaria mais como uma complementação das

²⁸ MATILDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do riscos de condenações de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 27, p. 17-26, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>>. Acesso em: 30 jun 2021.

²⁹ COSTA, Isabella Caetano. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%2021411060.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021. Acesso em: 30 jun 2021.

provas descritas nos autos do processo para desvendar o autor de eventual infração, evitando-se que a persecução penal se volte contra pessoa estranha ao real delinquente.

4 CONCLUSÃO

A perspectiva de crimes nunca solucionados, aos quais não era possível desvendar o real autor da infração, bem como a condenação de diversas pessoas por atos que elas sequer praticaram, demonstra a necessidade de elaborar uma forma mais objetiva e certa de localizar e identificar a autoria delitiva. Uma das soluções encontradas foi justamente a realização de um banco de perfil genético contendo os genomas dos vestígios localizados no lugar da infração e dos acusados condenados por crimes violentos ou contra liberdade sexual, permitindo verificar se alguém já condenado participou de outro delito.

O mecanismo investigatório de coleta e arquivamento do material genético poderia facilitar a identificação do autor do delito de forma mais acerta, mediando comparação entre os genomas amostrais. Nesse sentido, o erro do judiciário na constatação da autoria delitiva, muitas vezes causado pelo reconhecimento incorreto realizado pela vítima e testemunhas, o que descredibilizava a persecução penal, poderia ser resolvida pela compatibilidade genética demonstrada pelo exame pericial. Por conseguinte, a palavra da vítima em contraste com o laudo pericial, realizado com base na amostra encontrada no local da infração e a lista preliminar de amostras colhidas nos estabelecimentos prisionais, diminuiria a incidência de erros do Poder Judiciário, evitando tanto condenações injustas quanto a presença de delitos sem a efetiva resolução.

Em suma, a função do banco de perfil genético para a identificação da autoria delitiva está mais relacionada com a questão de evitar os erros cometidos no reconhecimento pessoal. A adoção da medida serviria tanto para solucionar os erros cometidos na perspectiva da vítima (não condenação do autor real autor da ação pela lesão do bem jurídico tutelado) quanto do ponto de vista do réu (possibilita que a pessoa que não tenha envolvimento no delito seja condenada injustamente).

Porém, conforme foi demonstrado no presente artigo, a prova baseada no banco de perfil genético não é absoluta, sendo possível a contaminação do material genético presente no local da infração, em face da miscigenação de genomas no resíduo amostral. Além disso, a percepção unicamente do sequencial genético em locais de grande circulação não é suficiente para relacionar o seu proprietário com o autor da infração, sendo indispensável a presença de outros elementos investigatório para respaldar eventual decisão condenatória.

Outro ponto a ser levado em consideração seria a necessidade de adoção de técnicas de armazenamento mais precisas e rígidas para a proteção dos vestígios encontrados, a fim de evitar a ocorrência de perecimento da amostra ou mesmo a sua retirada indevida por erro ou mediante ato proposital da autoridade encarregada de sua fiscalização. Destarte, a cadeia de custódia torna-se um fator indispensável quando se fala na perícia envolvendo material genético, com o objetivo de inibir os casos de distorções e erros que podem vir a ocorrer.

Diante disso, o banco de perfil genético não é um meio de prova infalível, tendo as suas limitações, bem como pode conter vícios que o tornem descartáveis. A fundamentação de uma decisão não pode se dar unicamente por este meio de prova, devendo haver uma harmonização das provas produzidas para que haja a efetiva condenação do acusado.

Entretanto, mesmo levando em consideração a estatística envolvendo erro na análise do material genético, o exame de identificação do sequencial genético apresenta uma grande taxa de sucesso, justificando a sua elevada confiabilidade. As eventuais distorções podem ser corrigidas à medida que a autoridade competente aperfeiçoa o instrumento investigatório, tentando trazê-lo para o mais próximo possível da perfeição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 49. n. 196. p 259-281. out.-dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequ>>. Acesso em: 30 jun 2021.

BONACCORSO, Norma Sueli. Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/en.php>>. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Lei 7.210. 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 30 jun 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. XIV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Maio 2021. Disponível em: <<https://legado.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xiv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-ribpg.pdf/view>>. Acesso em: 30 jun 2021.

BRITO, Ana Flávia; PONTES, A. N. Estudo sobre identificação humana por dna, banco nacional de perfis genéticos e a obrigatoriedade da lei 12654/2012. Revista Brasileira de Criminalística, v. 9, n. 2, p. 75-84, 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342791669_ESTUDO SOBRE IDENTIFICACAO HUMANA POR DNA BANCO NACIONAL DE PERFIS GENETICOS E A OBRIGATORIEDADE DA LEI 126542012>. Acesso em: 30 jun 2021.

COSTA, Isabella Caetano. Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14239/1/Isabella%20Costa%2021411060.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021. Acesso em: 30 jun 2021.

GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, n. 5, p. 329-359, 2011. Disponível em: <<http://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/38/35>>. Acesso em: 30 jun 2021.

LEMOS, Cristiane Chaves. A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal—entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal. Monografia. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/cristiane_lemos_2014_2.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

LIMA, Carlos Eduardo Martins. A Criação e a Utilização dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal no Brasil: Uma Análise Através da Bioética e do Advento da Lei 12.654/2012. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, v. 1, n. 1, p. 54-77, 2015.

MARION, Dgiulia. Banco de dados de perfis genéticos e sua aplicabilidade na produção da prova nos crimes dolosos contra a vida e contra a dignidade sexual: uma forma de evitar a reincidência e solucionar "*cold cases*". 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1843/1/Dgiulia%20Marion.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2021.

MATILDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do riscos de condenações de inocentes. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, n. 27, p. 17-26, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>>. Acesso em: 30 jun 2021.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do Art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. Revista Jurídica, v. 4, n. 45, p. 207-226, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.11.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

AUTONOMIA SINDICAL E A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ARTIGO 522 DO TEXTO CONSOLIDADO: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA E O ATIVISMO JUDICIAL PARA REDUZIR GARANTIAS

Patrícia Ferreira Lope Pimentel Telles de Vasconcellos ¹

RESUMO

O presente artigo pretende apontar a incompatibilidade entre a limitação imposta pelo artigo 522, da CLT, ao número de dirigentes sindicais, e o texto constitucional, naquilo que assegura às entidades sindicais autonomia para se organizarem. Busca, ainda, o texto que se segue, indicar o contexto histórico em que a limitação consolidada foi elaborada, e sua incompatibilidade com os princípios que regem a atividade sindical de acordo com a ordem constitucional inaugurada em 1988. Conclui, analisando o papel da jurisprudência, no sentido de reduzir garantias conferidas pelo legislador ao trabalhador. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, de revisão bibliográfica. A conclusão é crítica ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o art. 522, da CLT, foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Dirigentes sindicais. Limitação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The presente article examines de compatibility with the Constitution of the limitation on the number of union representatives, as referred on art. 522, of CLT. It points out that the constitutional text assures unios autonomy to organise themselves. The following text also intends to indicate the hystorical contexto in which the limiting rule was elaborated, and its incompatibility with the principles that guide de union activity in Brazil, according to the Constitution of 1988. In conclusion, the article analyses the role of jurisprudence, that limitates rights assured by legislators to workers. The reserach method used was qualitative, with the bibliographic review. The conclusion reached is crytical to the decision o the Brazilian Supreme Court of Justice, reaffirming the compatibility of art. 522 of CLT with the Constitution of 1988.

Key words: Union representatives. Limitation. Inconstitucional.

¹ Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário no UNICEUB. Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A ordem constitucional inaugurada em 1988 trouxe, de forma inédita num texto constitucional, a garantia de emprego ao dirigente sindical, desde o registro de sua candidatura, até um ano após o término do seu mandato². Note-se que a Constituição de 1988 não impõe qualquer limitação ao número de empregados detentores da estabilidade prevista pelo art. 8º, VIII³.

A Carta Magna de 1988 convive, todavia, com a Consolidação das Leis Trabalhistas, norma de 1943, editada em contexto histórico distinto, em que vigia regime da elevada ingerência estatal na atuação sindical.

Do texto consolidado extraem-se diversas limitações à atuação das entidades sindicais, compatíveis com o contexto em que foi editada a CLT, e adequadas à visão de como deveria ser a atuação sindical àquela época.

Uma das limitações extraídas do texto consolidado é relativa ao número de integrantes da direção da entidade sindical. Em seu art. 522, *caput*⁴, a CLT estipula o número de trabalhadores que integrarão a direção do sindicato e que, portanto, serão detentores da garantia temporária de emprego prevista pelo seu art. 543, § 3º⁵.

Datam do início da década de 90 as primeiras manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho acerca da compatibilidade do

² “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁵ “§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

art. 522, *caput*, da CLT⁶, com a nova ordem constitucional. Desde essas primeiras manifestações, o Poder Judiciário posicionou-se no sentido de que a limitação prevista pelo dispositivo consolidado foi recepcionada pela Constituição de 1988, de modo que somente gozam da garantia de emprego prevista pelo art. 543, §3º, da CLT, os dirigentes sindicais ali referidos.

É bem verdade que o Poder Judiciário fixou o entendimento de que os sindicatos podem, sim, formar diretorias com número superior de integrantes, sendo que a garantia de emprego somente atingirá o número de empregados previsto pela CLT.

Quer parecer que tal interpretação esvazia o conteúdo da norma – autonomia sindical –, posto que o dirigente sindical que não detém garantia de emprego é dirigente vulnerável, incapaz de atuar de forma livre, já que, para tanto, frequentemente se contraporá aos interesses do seu empregador, na defesa da categoria que representa.

Tal liberdade se revela em diversas camadas, e envolve a administração da entidade sindical (com a definição do número de representantes que a categoria elegerá), bem como a própria atuação da entidade sindical.

Pode-se afirmar com segurança tratar-se de um, dentre vários exemplos de ativismo judicial para reduzir garantias no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal. Associada às recentes reformas legais, com destaque à Lei nº 13.467/17⁷ (e a supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical), o entendimento objeto de análise e crítica no presente artigo contribui para o enfraquecimento da já vulnerável atuação sindical brasileira, e afasta-se do projeto de Estado previsto pela Constituição Democrática de 1988.

⁶ “Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral”. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

2 APONTAMENTOS SOBRE A GÊNESE DO ARTIGO 522 DA CLT – CONTEXTO HISTÓRICO – CAMINHO PERCORRIDO PELOS SINDICATOS ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ensina o professor José Carlos Arouca que “o sindicato nasceu naturalmente, como um fato social, sem necessidade de reconhecimento pelo Estado e pelo patronato”. Prosseguiu Arouca esclarecendo que, “primeiro, a associação de classe foi proibida e punida fortemente, depois tolerada e só bem mais tarde admitida e legalizada”⁸.

O Ministro Maurício Godinho Delgado esclarece que:

A década de 1930 vê instaurar-se no Brasil, como se conhece, um sistema sindical de estrutura e dinâmica autoritárias, sob direto e minucioso controle político e administrativo do Estado, nos moldes corporativistas, embebido no modelo fascista importado da Itália da época.⁹

Arouca narra, ainda, que, em cumprimento às promessas da Aliança Liberal feitas durante a campanha para a Presidência da República em que foi derrotado nas urnas por Júlio Prestes (havendo, todavia, assumido o poder pela força das armas), Getúlio Vargas lançou-se ao enfrentamento da “questão social”. Para tanto, editou o Decreto nº 19.433/1930, criando o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio – MITC. Prossegue o jurista esclarecendo que o primeiro ocupante do Ministério recém criado, Lindolfo Collor, adotou a política de apaziguamento, que propunha “substituir a luta de classes pela colaboração de classes”^{10 11}.

Nesse período, a questão social era tratada como uma questão de polícia, “com numerosas prisões de trabalhadores, tidos como subversivos e sua expulsão, ou

⁸ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo. LTr. 2006. p. 54.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo. LTr, 6ª Edição. 2015. p. 60.

¹⁰ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 50.

¹¹ “No discurso de posse, Vargas anunciou a criação do Ministério ‘destinado a superintender a questão social, o amparo e a defesa do operariado urbano e rural’. A política adotada por Collor era de apaziguamento, queria substituir a luta de classes pela colaboração de classes, de modo que, como assinala a historiadora Rosa Maria Barbosa de Araújo: ‘desconhecendo a luta de classes, o Estado se sobrepõe aos interesses de qualquer setor social e intervém no sistema produtivo, controlando politicamente a classe operária ao mesmo tempo em que institui medidas beneficiárias que sensibilizam os trabalhadores’, dando ao Ministério do Trabalho o papel de ‘para-choque de conflitos’. Todavia, Maurício de Lacerda, jornalista e político, incansável defensor dos trabalhadores, denunciava no Diário de Notícias: ‘A revolução anda prendendo o operário. Menos policiamento e mais socialismo nas medidas do Estado (...)’”. In AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 50-51.

do território nacional ou da sua localidade de trabalho”, razão pela qual, o papel conferido à entidade sindical no período era de órgão de colaboração com o Estado. É o que se extrai do Decreto nº 19770/31¹², desde sua exposição de motivos¹³.

Já no art. 1º do Decreto 19770/31, verifica-se claramente a ideia de que a atuação sindical estava visceralmente subordinada à intervenção do Estado. Veja-se:

Art. 1ª Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da Republica e por intermedio do Ministerio do Trabalho, Industria e Commercio, os seus interesses de ordem economica, juridica, higienica e cultural, todas as classes patronaes e operarias, que, no território nacional, exercerem profissões identicas, similares ou connexas, e que se organizarem em sindicatos, independentes entre si, mas subordinada a sua constituição às seguintes condições: e (...) ¹⁴ (sem grifos no original).

Uma série de condições eram estabelecidas para o reconhecimento da existência legal do sindicato que, àquele momento, revelava-se como uma concessão do Estado¹⁵.

Como Arouca conclui com brilho, estava “decretado o fim da luta de classes”, sendo o objetivo “conciliar o trabalho e o capital, até porque o sindicato era mesmo um órgão de colaboração com o Estado capitalista”. As associações de classe passaram a ser, de fato, controladas pelo governo, o que representou duro golpe à autonomia sindical¹⁶.

O mesmo espírito intervencionista manteve-se após a eleição indireta de Getúlio Vargas, e durante o seu segundo tempo, quando governou sob a égide de uma Constituição democrática. A Carta de 1934, e o Decreto nº 24.649/34, confirmavam o controle estatal sobre a atuação sindical. Mantinha-se a necessidade

¹²BRASIL. Decreto nº 19.770/1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d19770.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

¹³ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 51.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 19.770/1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d19770.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

¹⁵ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 51.

¹⁶ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 52-53.

de autorização do Ministério do Trabalho para a criação legal dos sindicatos, e confirmava-se a imposição de prévia aprovação dos seus estatutos pelo mesmo órgão. Proibia-se expressamente a atuação política das entidades, e controlava-se a administração do sindicato¹⁷.

No período que se sucedeu, designado por Arouca como terceiro tempo da Era Vargas, iniciado em 1937, “não se cogitou de autonomia e muito menos de liberdade política” para os sindicatos. À Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937¹⁸, somou-se a quinta lei sindical brasileira: o Decreto-Lei nº 1.402/39¹⁹ foi mais longe, e criou a modalidade de controle da atuação sindical pelo Estado como tutela repressiva^{20 21}.

Em síntese, os sindicatos encontravam-se sob o controle do Ministério do Trabalho, que gozava de poderes incontrastáveis de criação, extinção, e intervenção nos atos de gestão quotidiana das entidades sindicais²². Sob a égide do Decreto-lei nº 1.402 de 1939, manteve-se a característica sindical como órgão de colaboração estatal, imposto o reconhecimento ministerial para que se pudesse legitimar. Impunha-se expressamente à entidade sindical a “abstenção de qualquer propaganda de doutrina incompatível com as instituições e os interesses da nação, bem como de candidaturas a cargos estranhos ao sindicato” (art. 10, a)^{23 24}.

¹⁷ AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?). São Paulo LTr. 2ª Edição. 2019. p. 55.

¹⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

¹⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 1402/1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1402.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

²⁰ AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?). São Paulo LTr. 2ª Edição. 2019. p. 55.

²¹ Referindo-se ao Decreto-Lei nº 1.402/39, Arouca narra que a “mais perfeita e completa negação da autonomia sindical foi definida pelo autor do Decreto, Oliveira Viana: ‘Com a instituição deste registro (sindical), toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: nele nascerão, com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão’”. In AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?). São Paulo LTr. 2ª Edição. 2019. p. 57.

²² DELGADO, Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo. LTr, 6ª Edição. 2015. p. 60.

²³ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo. LTr. 2006. p. 54

²⁴ O professor Arouca esclarece as limitações sofridas à autonomia de atuação sindical: “Ficava vedada a interferência de pessoas estranhas em sua administração ou nos seus serviços, à exceção dos empregados e dos delegados do Ministério (art. 14, parágrafo 1º, a). A gestão financeira era rigorosamente controlada pelos tecnocratas ministeriais (arts. 39, 40, 41). E a repressão era ainda mais forte, com multa, suspensão e destituição de diretores, fechamento das entidades e cassação de sua

E foi nesse ambiente de elevada intervenção estatal, e precária autonomia das entidades sindicais, o Ministro do Trabalho Marcondes Filho instituiu comissão a fim de promover a consolidação das leis do trabalho, incorporando a Decreto-Lei nº 1.402/39 quase integralmente. E foi nesse ambiente que se deu a elaboração do Título V, da Consolidação das Leis do Trabalho, que versa a “Organização Sindical”, e no qual se insere o art. 522.

Os autores da Consolidação das Leis do Trabalho pensaram a organização dos sindicatos conforme o modelo que vigia em 1943, moldado pela Constituição de 1937, outorgada pelo Estado Novo, à míngua do respaldo popular, portanto²⁵.

Destaque-se que, mesmo ao cabo da chamada Era Vargas (Estado Novo), após seu quarto tempo (o chamado Governo Democrático de Vargas), o que se viu foi que o princípio da autonomia sindical não chegou a ser incorporado na ordem jurídica brasileira. Trata-se de uma das singularidades da chamada democracia brasileira pós-1945: “mecanismos democráticos formais no plano político-institucional e estrutura corporativista centralizadora no plano do mercado de trabalho”.²⁶

Com o advento do Regime Militar, em 1964, a estrutura corporativista sindical dispôs-se no sentido de sustentar as pretensões antidemocráticas do novo governo. As duas Constituições editadas no período (1967²⁷ e 1969 – EC nº 1²⁸) conservaram tal estrutura.

Foi a partir de medos da década de 1970, com o despontar do movimento sindical a que se denominou “novo sindicalismo”, que as ideias de liberdade e

carta de reconhecimento (art. 43). Era vedada a sindicalização dos servidores públicos (art. 53) e a filiação a organizações internacionais (art. 53)”. In AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019. p. 54.

²⁵ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo. LTr. 2006. p. 183.

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 6ª Edição. São Paulo. LTr. 2015. p. 60.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em: 10/5/2021.

²⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm >. Acesso em: 10 de maio de 2021.

autonomia sindical voltaram a ganhar robustez, sem que, contudo, fosse constatada a correspondente mudança efetiva na ordem jurídica²⁹.

O chamado novo sindicalismo não buscava romper apenas com a prática sindical controlada pelo regime militar. Afastava-se, mesmo, da prática sindical populista do pré-64, na medida em que se caracterizava pelo enraizamento nos locais de trabalho, o repúdio à estrutura sindical corporativa, e a defesa da liberdade e da autonomia dos sindicatos³⁰.

Um cenário favorável ao longo dos anos 80, quando se verificaram elevados índices de inflação, arrochos salariais impostos pelas políticas econômicas de sucessivos governos, bem como uma atmosfera política indicativa da redemocratização política, que permitia maior exercício da liberdade de expressão, pesou favoravelmente a que diversos seguimentos de classes trabalhadoras se lançassem em lutas coletivas, com reivindicações salariais, sociais e políticas³¹.

Esse foi o cenário para a promulgação da Constituição democrática de 1988.

3 APONTAMENTOS SOBRE A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Como mencionado na introdução deste artigo, a Constituição da República de 1988 prevê garantia à liberdade de associação profissional e sindical, bem como mecanismos para assegurar a concretização de tais garantias.

A liberdade de associação sindical é um direito fundamental, decorrente de outra garantia: a liberdade de associação (art. 5º, incisos XVII a XXI³²). Está assegurada no art. 8º, *caput*, e inciso V, da Carta Magna³³.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 6ª Edição. São Paulo. LTr. 2015. p. 61.

³⁰ LADOSKY, Mario Henrique, *et ali*. **O “novo sindicalismo” pela ótica dos estudos do trabalho**. Revista Mundos do Trabalho, vol. 6, n. 11, 2014. p. 147-170.

³¹ LADOSKY, Mario Henrique, *et ali*. **O “novo sindicalismo” pela ótica dos estudos do trabalho**. Revista Mundos do Trabalho, vol. 6, n. 11, 2014. p. 147-170.

³² “(...) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...) XI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...)”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

³³ ROSSES, José Pedro Oliveira. **Plena liberdade sindical da Convenção nº 87 da OIT contra o princípio da unicidade sindical do art. 8º, II, da CF/88**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862,

A liberdade sindical nasce do direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, derivando, portanto, dos direitos humanos de primeira dimensão (liberdades). A ideia de ingerência do Estado na organização ou formação dos sindicatos se incompatibiliza com a ideia essencial da própria democracia³⁴.

Quando se fala em princípio genérico da liberdade de associação, nele se inserem as questões relativas à estruturação interna das entidades associativas e suas relações com o Estado. Todavia, na história do Direito do Trabalho usou-se decompor o princípio geral, de liberdade sindical, em dois: liberdade sindical e autonomia dos sindicatos.

O princípio da autonomia sindical, um dos assecuratórios da existência do ser coletivo obreiro:

sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata ele, portanto, da livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador³⁵.

Quer parecer que o legislador constituinte de 1987/1988 fez clara opção por prestigiar o princípio da autonomia sindical, ao inserir no texto constitucional, como antes mencionado, normas que constituem mecanismos de efetivação dessa garantia. É o que se extrai, por exemplo, do artigo 8º, inciso II, da CF/88, segundo o qual “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical” (art. 8º, II, da CF/88).

Godinho Delgado não vê margem para debates sobre a melhor inteligência do conteúdo do comando constitucional de não interferência ou intervenção do Estado na organização sindical, consectário do princípio da autonomia sindical. Afirma ser clara a vedação à interferências político-administrativas estatais por meio de seu

Teresina, ano 19, n. 3838, 3 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26319>. Acesso em: 15 maio 2021.

³⁴ SIQUEIRA, Carolina Bastos de, e LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A liberdade sindical no Brasil e o problema da aplicação da pluralidade sindical**. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 146, 2012, p. 267-287.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 6ª Edição. São Paulo. LTr. 2015. p. 59.

aparelho administrativo: o Ministério do Trabalho, ou qualquer que seja a designação que receba o órgão dotado das atribuições pertinentes (Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério do Trabalho e Emprego, ou atualmente, tendo suas atribuições pulverizadas entre o Ministério da Economia, o Ministério da Cidadania e o Ministério da Justiça e Segurança Pública)³⁶.

Tal visão não se revela unânime.

A CLT, desde seu texto original, já previa mecanismos de proteção ao exercício da atividade sindical. Em seu texto original, o artigo 543 já vedava que, por motivo de serviço, o trabalhador eleito para carga de administração sindical em representação profissional fosse “impedido do exercício das suas funções, nem transferida sem causa justificada, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho da comissão ou do mandato”. O parágrafo 3º do dispositivo impunha sanções ao empregador que despedisse, suspendesse, ou rebaixasse de categoria o empregado, ou lhe reduzisse o salário, para impedi-lo de se associar a sindicato, organizasse associação sindical, ou exercesse os direitos inerentes à condição de sindicalizado³⁷.

Em 1967 a norma sofreu a primeira alteração, com o Decreto-lei nº 229. O parágrafo 3º do artigo 543 passou a, de fato, assegurar o emprego, limitando a garantia até 90 (noventa) dias após o final do mandato³⁸.

Em 1973 ocorreu nova alteração ao texto, com a edição da Lei nº 5.911, de 1973. A nova norma trouxe, como modificação de maior relevância, a ampliação da

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 18ª Edição. 2015. p. 1601.

³⁷ “Art. 543. O empregado eleito para carga de administração sindical em representação profissional não poderá, por motivo de serviço, ser impedido do exercício das suas funções, nem transferida sem causa justificada, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho da comissão ou do mandato. (...) § 3º O empregador que despedir, suspender ou rebaixar de categoria o empregado, ou lhe reduzir o salário, para impedir que o mesmo se associe a sindicato, organize associação sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado fica sujeito à penalidade prevista na alínea a, do artigo 553, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado.” BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 229 de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

garantia de emprego debatida para 1(um) ano após o fim do mandato³⁹, prazo confirmado pela alteração que se sucedeu, a última, imposta pela Lei nº 7.543, de 1986⁴⁰.

O *caput* do artigo 522 da CLT⁴¹ estabelece regras para a gestão do sindicato, fixando o número máximo de dirigentes que comporão sua diretoria e seu conselho fiscal.

A Constituição da República de 1988 inaugurou nova etapa na História sindical brasileira. Em seu artigo 8º, assegurou a liberdade de associação profissional ou sindical. Como um dos mecanismos para a concretização de tal garantia, a norma constitucional previu, no inciso VIII do mesmo artigo, a vedação de “dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”⁴².

A norma constitucional, ao prever tal garantia provisória no emprego, somente afastável no caso de prática de falta grave pelo obreiro (resolução contratual) apurada por meio de inquérito judicial, limitou significativamente o poder resilitório do empregador. E o fez, como antes dito, por tratar-se de proteção necessária ao pleno exercício da garantia constitucional de liberdade sindical prevista pela cabeça do art. 8º⁴³.

³⁹ BRASIL. Lei nº 5.911/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15991.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

⁴⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

⁴¹ “Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral”. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴² “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2021.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 18ª Edição. 2015. p. 162.

Vale sempre lembrar que a norma constitucional nada refere a respeito de números de trabalhadores que poderão gozar de tal garantia, até porque, se o fizesse, incorreria em verdadeira antinomia, considerada a garantia de liberdade sindical e de associação previstas pela Carta Magna.

4 APONTAMENTOS SOBRE A LIMITAÇÃO PREVISTA PELO ARTIGO 522 DA CLT E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: JURISPRUDÊNCIA

A Constituição de 1988 trouxe, em seu artigo 8º, a previsão de que atividade sindical no Brasil será regida pelo princípio da liberdade sindical que, como antes esclarecido, tem como uma de suas faces a garantia de autonomia sindical⁴⁴.

Tem-se que, de outra banda a CLT, na cabeça do seu artigo 522, contém regras que limitam a autonomia sindical, relativas à composição da diretoria da entidade sindical⁴⁵.

Já o artigo 543, § 3º, da CLT, assegura o emprego ao empregado sindicalizado ou associado, desde o momento “do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”⁴⁶.

⁴⁴ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴⁵ “Art. 522. A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴⁶ “Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais. (...) § 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito

A jurisprudência brasileira tem adotado, nesses mais de 30 (trinta) anos de vigência da Carta Magna de 1988, interpretações restritivas, mesmo em relação à garantia de emprego reconhecida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

É o que se extrai, por exemplo, do entendimento consubstanciado na Súmula nº 369, V, do TST, segundo o qual é insubsistente a garantia de emprego, caso o trabalhador registre sua candidatura a cargo de direção sindical no curso do aviso prévio⁴⁷.

No ponto, cabe trazer a crítica formulada por Maurício Godinho Delgado, de que o entendimento acima desconsidera o fato de que, previamente ao registro das candidaturas, ocorrem diversas reuniões e debates acerca da formação das chapas que concorrerão à direção da entidade sindical, com a divulgação dos nomes dos candidatos. Verifica-se, nessas ocasiões, a prática de “dispensas obstativas da atuação sindical, que ficam respaldadas pela interpretação restritiva ora exposta”.⁴⁸

O Poder Judiciário Trabalhista efetuou interpretação igualmente restritiva em relação à abrangência do termo “dirigente sindical”, excluindo desse universo os membros do conselho fiscal da entidade. O referido entendimento restou igualmente consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 365, da SBDI-1, do TST⁴⁹.

No ensinamento de Grijalbo Coutinho e Hugo Cavalcanti Melo Filho, críticos do conteúdo da referida Orientação Jurisprudencial, “é o princípio da liberdade

inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.” BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴⁷ “V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 369, V**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_40_0.html#SUM-369>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 18ª Edição. 2015. p. 1613.

⁴⁹ “OJ-SDI1-365 ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA (DJ 20, 21 E 23.05.2008) - I Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT)”. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_sl_361.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

sindical que assegura ao membro do Conselho Fiscal e ao Delegado estabilidade do emprego para que possa exercer as suas relevantes funções sem qualquer tipo de ingerência patronal”⁵⁰.

Quanto à compatibilidade do *caput* do art. 522, da CLT com o texto da Constituição de 1988, data de 27/9/2002 a inserção da redação original da Orientação Jurisprudencial nº 266, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I – SBDI-1, do TST, na qual se consubstancia o entendimento de que a limitação ao número de dirigentes sindicais contida no art. 522 da CLT foi recepcionada pela Constituição da República de 1988⁵¹.

Referida OJ foi posteriormente convertida no Enunciado nº 396 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, com igual redação⁵².

Ou seja, há praticamente 20 (vinte) anos a jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do Brasil consolidou-se no sentido de que a limitação imposta pelo art. 522, *caput*, da CLT, foi recepcionada pela Constituição de 1988.

De outra banda, datam da década de 90 os primeiros julgados do STF afirmando a recepção, pela ordem constitucional de 1988, do art. 522, *caput*, da CLT.

Fixou-se o entendimento de que a limitação imposta pela cabeça do art. 522, da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988, e de que, todavia, a restrição se refere, tão somente, aos dirigentes sindicais que gozam de garantia provisória de emprego. É facultado à entidade sindical, portanto, constituir diretoria com número

⁵⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernantes, e FILHO, Hugo Cavalcante Melo. **O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**. O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 143.

⁵¹ “OJ-SDII-266 ESTABILIDADE. DIRIGENTE SINDICAL. LIMITAÇÃO. ART. 522 DA CLT (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 369) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 266 da SBDI-1, do TST”. Disponível em: < https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDII_1/n_sl_261.htm >. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁵² SUMÚLA Nº 369: DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (...) II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 369, V.** Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_4_00.html#SUM-369>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

de integrantes superior àquele referido pela CLT, mas somente aqueles terão garantia provisória de emprego.

O debate aparentemente superado foi retomado no âmbito do STF em 2020, em razão a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 276, em que figura como Requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE. No julgamento da citada ADPF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, o Plenário do Excelso Pretório decidiu, uma vez mais, que a limitação imposta pelo art. 522, *caput*, da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Da ementa do julgado extrai-se seu principal fundamento, qual seja o de que a liberdade sindical prevista pela Constituição não ostenta caráter absoluto, e que a limitação do número de dirigentes sindicais detentores de estabilidade no emprego “não esvazia aquela liberdade, que se preserva para cumprir a finalidade de autonomia da entidade sindical, não para criar situações de estabilidade genérica e ilimitada sem se conciliar com a razoabilidade e a finalidade da norma constitucional garantidora do direito”⁵³.

Impõe-se tecer algumas notas sobre a jurisprudência acerca do tema, e do seu papel para a concretização dos direitos, sob a égide do Neoconstitucionalismo.

Superando o jusnaturalismo e o positivismo jurídicos, encaixa-se o novo constitucionalismo teórico, atual paradigma do direito, erigido sob teoria jurídica

⁵³“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 522 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. INC. II DA SÚMULA N. 369 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DE NÚMERO MÁXIMO DE DIRIGENTES SINDICATOS COM ESTABILIDADE NO EMPREGO. RECEPÇÃO DO ART. 522 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE ESVAZIAMENTO DO NÚCLEO DA LIBERDADE SINDICAL PELA NORMA LEGAL E PELO ENUNCIADO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL IMPROCEDENTE. 1. A liberdade sindical tem previsão constitucional, mas não se dota de caráter absoluto. A previsão legal de número máximo de dirigentes sindicais dotados de estabilidade de emprego não esvazia aquela liberdade, que se preserva para cumprir a finalidade de autonomia da entidade sindical, não para criar situações de estabilidade genérica e ilimitada sem se conciliar com a razoabilidade e a finalidade da norma constitucional garantidora do direito. 2. Recepção da norma legal acolhida em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Súmula que expressa o que a jurisprudência deste Supremo Tribunal não contraria a Constituição da República. 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental improcedente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 276/DF. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834382> >. Acesso em de 10 de maio de 2021.

que tem a Constituição como pedra angular, e propugna “o compromisso de interpretar e aplicar as normas jurídicas, sempre sob a lente dos princípios dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”⁵⁴.

A atuação do exegeta do direito deve pautar-se numa técnica jurídica firmada pela subordinação aos princípios do Estado Democrático de Direito, sendo a postura a ser adotada aquela de cooperação para a concretização dos direitos de liberdades, bem como dos direitos sociais. O compromisso é efetivar a Constituição⁵⁵.

Sob a égide do neoconstitucionalismo, princípios jurídicos tornaram-se normas, o que ampliou a discricionariedade do interprete do Direito, a despeito dos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais, o “fio condutor da nova hermenêutica, eis que constituem valores exegéticos adotados pela sociedade e voltados para a devida compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais”. O texto constitucional não é apenas uma carta de intenções, ou tampouco se caracteriza como norma jurídica meramente programática, de qualidade superior. Suas regras são dotadas de plena eficácia e sua principal finalidade é a realização dos direitos fundamentais, “em especial, daqueles de índole social, cuja efetivação exige uma coparticipação ainda mais intensa do Poder Público na dimensão de suas três funções estatais precípua: legislativa, executiva e judiciária”⁵⁶.

Em lapidar ensinamento, Ana Paula Tauceda Branco define que o papel do Direito Contemporâneo é realizar o projeto jurídico-político-estatal de país buscado pela sociedade a partir da promulgação da Constituição de 1988⁵⁷.

Nessa busca, cunhou-se a expressão ativismo judicial que, na dicção de Luís Roberto Barroso:

⁵⁴ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 46.

⁵⁵ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 47.

⁵⁶ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 47.

⁵⁷ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 47.

é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O conceito está associado à ideia de uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, (...) ⁵⁸.

O ativismo judicial tem uma face, de busca pela concretização das garantias constitucionais. Há, contudo, a outra face do ativismo judicial: aquela da atuação judicial que vem para suprimir ou reduzir garantias.

Vale destacar o protagonismo social e político exercido pelo Poder Judiciário nos dias atuais, pano de fundo para a atuação interpretativa da Justiça do Trabalho, e, em especial, de seu órgão de cúpula. O ativismo judicial engendrado por esse protagonismo é ferramenta para a flexibilização do Direito do Trabalho, raciocínio aplicável à questão jurídica específica ora debatida ⁵⁹.

Segundo alertam Grijalbo Coutinho e Hugo Cavalcante Melo Filho, o desenho institucional do TST parece propiciar a prática do ativismo judicial, “traduzido na produção de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais que, muitas vezes, extrapolam o texto legal e criam normas jurídicas autônomas e abstratas, inovando no ordenamento jurídico nacional e invadindo, com esse seu agir, a esfera política reservada ao Poder Legislativo” ⁶⁰.

É o que se pode seguramente afirmar em relação à Súmula 369, II, do TST, que consubstancia restrição a uma garantia assegurada constitucionalmente, sem que tal restrição conste de sua concepção constitucional.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial, e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <II (direitofranca.br)>. Acesso em: 8 de maio de 2021.

⁵⁹ COUTINHO, Grijalbo Fernandes, e FILHO, Hugo Cavalcante Melo. **O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 128.

⁶⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes, e FILHO, Hugo Cavalcante Melo. **O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009. p. 130.

É bem verdade que, na hipótese, trata-se de interpretação acerca da compatibilidade (recepção) de uma norma infraconstitucional com a ordem constitucional inaugurada em 1988, e não apenas a interpretação sobre uma norma.

Mas o raciocínio se aplica à questão posta, na medida em que a limitação incidente sobre o número de dirigentes sindicais dotados de estabilidade provisória no emprego esvazia a garantia de liberdade sindical e de associação prevista pelo art. 8º, *caput*, da Constituição da República.

Ora, do texto constitucional de 1988 extrai-se a garantia de autonomia sindical, face do princípio da liberdade sindical também presente naquele diploma de inspiração democrática. De igual sorte, extrai-se expressamente do texto constitucional a garantia de emprego ao trabalhador dirigente sindical, desde o registro de sua candidatura, até um ano após a conclusão de seu mandato, a não ser pela prática de falta grave, apurada nos termos da lei.

À evidência, do texto constitucional podem ser extraídos não apenas princípios, mas normas específicas, densas, assecuratórias de emprego ao dirigente sindical.

Tais normas consubstanciam os mecanismos previstos pelo legislador constituinte de 1987/1988 para garantir o pleno exercício do direito à atuação sindical livre, desvinculada do órgão estatal, e exclusivamente comprometida com os interesses das categorias representadas, e com a melhoria da condição social de trabalhadores urbanos e rurais (art. 8º, *caput*, da CF/88).

Os dirigentes, em especial os representantes da classe operária, necessitam proteção contra atos de repressão, ou antissindicais, a fim de que atuem sem temor de retaliações, na defesa dos interesses e direitos da categoria profissional e dos seus integrantes. O reconhecimento do direito à estabilidade do dirigente sindical é a maior proteção, a principal garantia de que goza o dirigente sindical para atuar livremente⁶¹.

⁶¹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro do Nascimento. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo. LTr, 8ª Edição. 2015. p. 179.

Tais normas amparam-se nos fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos pelo art. 1º da Constituição da República, com destaque à cidadania, à dignidade da pessoa humana, e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tais normas inspiram-se nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais⁶²

Destaque-se, todavia, que, ao defender tese oposta àquela fixada pela jurisprudência dominante, não se defende o abuso de direito. Não se sustenta o direito a “estabilidade genérica e ilimitada sem se conciliar com a razoabilidade e a finalidade da norma constitucional garantidora do direito”⁶³. Defende-se, tão somente, a incompatibilidade com o texto constitucional de um dispositivo legal restritivo de uma garantia prevista pela constituição de 1988. Os abusos são repudiados pelo ordenamento jurídico, e atraem a ação do Poder Judiciário. A estabilidade provisória no emprego de que fala o art. 8º, VIII, da CF/88, somente é devida ao efetivo dirigente sindical. Caracterizada a fraude, à luz do art. 9º, da CLT, a garantia de emprego não deverá subsistir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão ao exposto, sustenta-se que a previsão contida no artigo 522, *caput*, da CLT, não está conforme a ordem constitucional inaugurada pela Carta

⁶²BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

⁶³“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 522 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. INC. II DA SÚMULA N. 369 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DE NÚMERO MÁXIMO DE DIRIGENTES SINDICATOS COM ESTABILIDADE NO EMPREGO. RECEPÇÃO DO ART. 522 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE ESVAZIAMENTO DO NÚCLEO DA LIBERDADE SINDICAL PELA NORMA LEGAL E PELO ENUNCIADO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL IMPROCEDENTE. 1. A liberdade sindical tem previsão constitucional, mas não se dota de caráter absoluto. A previsão legal de número máximo de dirigentes sindicais dotados de estabilidade de emprego não esvazia aquela liberdade, que se preserva para cumprir a finalidade de autonomia da entidade sindical, não para criar situações de estabilidade genérica e ilimitada sem se conciliar com a razoabilidade e a finalidade da norma constitucional garantidora do direito. 2. Recepção da norma legal acolhida em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Súmula que expressa o que a jurisprudência deste Supremo Tribunal não contraria a Constituição da República. 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental improcedente”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 276/DF. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834382>>. Acesso em de 10 de maio de 2021.

Magna de 1988. Incumbiria, assim, ao Poder Judiciário, declarar que a norma infraconstitucional não fora recepcionada pela Constituição de 1988, e conferir aos sindicatos a liberdade homenageada pela Constituição. De forma específica, caberia ao Poder Judiciário assegurar a estabilidade no emprego a tantos dirigentes sindicais quantos forem eleitos pelo sindicato, e não apenas àquele número previsto pelo art. 522.

Verifica-se na conduta do Poder Judiciário evidente ativismo judicial no sentido de reduzir garantias. Trata-se de mais um exemplo, dentre vários.

Vale, no tópico, trazer observação de Ricardo Lourenço Filho e Cristiano Paixão, para quem o STF vem “praticando ativismo judicial da destruição”, que ataca os direitos sociais, um dos núcleos da Constituição de 1988⁶⁴.

Os juristas apontam que, nessa direção, a atuação do Supremo Tribunal Federal se revela em três etapas.

A primeira delas se refere à atuação tendente a inibir o gozo do direito de greve dos servidores públicos, revelada nos julgados proferidos no Recurso Extraordinário nº RE 693.456-RJ⁶⁵, e na Reclamação nº 24.597/SP⁶⁶. Nas duas oportunidades, o STF decidiu, com repercussão geral, “que o administrador público tem o dever de proceder ao corte dos salários dos servidores em greve assim que a paralisação se iniciar”.

Em 2018, a segunda onda. Por força da alteração ao texto da CLT imposta pela Lei nº 13.467/2017⁶⁷, o sistema sindical brasileiro sofreu abalo em seu regime de financiamento, pela extinção da contribuição sindical obrigatória. Provocado, o STF constitucional a alteração legal, desconsiderando “sua própria jurisprudência

⁶⁴ PAIXÃO, Cristiano, e FILHO, Ricardo Lourenço. **O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição**. Disponível em: Disponível em: <<https://noticias.unb.br/artigos-main/4332-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 693.456-RJ**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 24.597/SP**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=501456>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

quanto à natureza tributária da contribuição sindical, que, por disposição constitucional, só poderia ser modificada mediante lei complementar”.

Em 2020 observou-se um terceiro movimento, motivado pela Pandemia de COVID-19. A Medida Provisória nº 936⁶⁸ possibilitou redução de jornada e salários dos trabalhadores por meio de acordo individual, quando a Constituição da República, expressa e claramente, exige a atuação do sindicato profissional nessas hipóteses. A despeito da clareza do texto constitucional, o STF afirmou que “a prevalência do acordo individual seria a medida adequada para minorar os efeitos da crise econômica e evitar o risco de demissões em massa”. Em exame de medida cautelar, o Plenário do STF validou o preceito.

Como se extrai do antes exposto, a hermenêutica da Constituição deve conduzir à concretização do projeto social-jurídico-econômico de país previsto pela própria Carta Magna.

Ao que parece, uma norma infraconstitucional, limitadora do direito à liberdade sindical, na sua face “autonomia sindical”, não se adequa ao texto constitucional. Ao declarar a recepção, pela Constituição de 1988, do art. 522, *caput*, da CLT, O STF fez prevalecer dispositivo forjado em um ambiente de alta ingerência estatal na atuação sindical, em detrimento de uma liberdade conferida sem restrições pelo novo texto constitucional, de índole democrática.

Dessa forma, o que se viu foi o oposto da concretização do projeto de país previsto pela Constituição.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo. LTr. 2006.

AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado – Presente – Futuro (?)**. São Paulo Ltr. 2ª Edição. 2019.

⁶⁸ BRASIL. **Medida Provisória nº 936**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 14 de maio de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial, e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[II \(direitofranca.br\)](http://www.direitofranca.br)>. Acesso em: 8 de maio de 2021.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O Ativismo Judiciário Negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr. 2009.

BRASIL. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

_____. **Decreto nº 19.770/1931**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d19770.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. **Decreto-lei nº 1402/1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1402.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021

_____. **Decreto-Lei nº 229 de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0229.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

_____. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/13467.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

_____. **Lei nº 5.911/1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15991.htm>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

_____. **Medida Provisória nº 936**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 24.597/SP**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=501456>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 693.456-RJ**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341>>. Acesso em: 14 de maio de 2021

COUTINHO, Grijalbo Fernantes, e FILHO, Hugo Cavalcante Melo. **O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**. In O Mundo do Trabalho – Volume I - Leituras críticas da Jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo. LTr. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTr, 18ª Edição. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo. LTr, 6ª Edição. 2015.

LADOSKY, Mario Henrique, *et ali*. **O “novo sindicalismo” pela ótica dos estudos do trabalho**. Revista Mundos do Trabalho, vol. 6, n. 11, 2014. p. 147-170.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro do Nascimento. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo. LTr, 8ª Edição. 2015.

PAIXÃO, Cristiano, e FILHO, Ricardo Lourenço. **O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição**. Disponível em: Disponível em: <<https://noticias.unb.br/artigos-main/4332-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

ROSSES, José Pedro Oliveira. **Plena liberdade sindical da Convenção nº 87 da OIT contra o princípio da unicidade sindical do art. 8º, II, da CF/88**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3838, 3 jan. 2014. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/26319>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

SIQUEIRA, Carolina Bastos de, e LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A liberdade sindical no Brasil e o problema da aplicação da pluralidade sindical**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, n. 146, 2012, p. 267-287

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E ERRO JUDICIÁRIO NA REGRESSÃO FORÇADA DE REGIME AOS REEDUCANDOS DO REGIME SEMIABERTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Thaissa Lorena Gomes de Moraes¹

RESUMO

O presente artigo científico tem por escopo abordar a Decisão exarada pela Vara de Execuções Penais do DF. A principal questão a ser discutida é se o excesso na execução da pena se caracterizaria como erro judiciário e se deve haver responsabilidade civil do Estado. Para isso, será analisada a Decisão citada, abordando os regimes de cumprimento de pena e motivos pelos quais fala-se em regressão da pena, conceitos de erro judiciário e responsabilidade civil do Estado. A análise será realizada baseando-se na Decisão, na legislação, bem como na doutrina.

Palavras-chave: Excesso de Execução. Erro Judiciário. Responsabilidade Civil do Estado.

ABSTRACT

The scope of this scientific article is to address the Decision issued by the Criminal Execution Court of the Federal District. The main issue to be discussed is whether excessive execution of the sentence would be characterized as a miscarriage of justice and whether there should be civil liability on the part of the State. For this, the aforementioned Decision will be analyzed, addressing the regimes for serving the sentence and the reasons for which there is talk of regression of the sentence, concepts of judicial error and civil liability of the State. The analysis will be carried out based on the Decision, legislation, as well as doctrine.

Keywords: Excessive Execution. Judiciary Error. Civil Liability of the State.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a Decisão exarada pela Juíza da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, que trata de medidas adotadas no âmbito dos presídios devido o cenário pandêmico mundialmente vivenciado. Assim, o foco do artigo se refere aos sentenciados do regime semiaberto que possuem trabalho externo

¹ Pós-Graduanda em Direito Penal e Controle Social no Centro Universitário de Brasília-CEUB.

implementado, mas que em decorrência da referida Decisão teve seu benefício suspenso, analisando se o excesso de execução pode ser entendido como erro judiciário, bem como se haveria responsabilidade civil do Estado no presente caso.

Ante o alarmante cenário que se vislumbra no país, certo de que necessitava-se de um plano de ação que evitasse a propagação do Sars Cov-2 nos sistemas prisionais do país, ou, ao menos, que reduzisse os danos de sua incidência².

Com isso, o Governador do Distrito Federal publicou o Decreto 41.840, impondo restrições ao horário de funcionamento de atividades no Distrito Federal, no período das 20h às 5h, a partir do dia 1º de março de 2021 e o Decreto 41.841, disciplinando o teletrabalho, em caráter excepcional e provisório, para os órgãos da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, como medida necessária à continuidade do funcionamento da administração pública distrital, em virtude da pandemia da COVID-19.

Ainda, foi publicado o Decreto 41.842, recrudescendo as restrições de funcionamento de atividades e estabelecimentos comerciais no Distrito Federal, determinando a suspensão de atividades, a partir da 00h01 do dia 28/02/2021.³

² SOARES, Rafael Júnior. ROEHRIG, José Flávio Ferrari. O sistema interamericano de direitos humanos e a Covid-19 nas penitenciárias. Revista Consultor Jurídico, 22 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/soares-roehrig-direitos-humanos-covid-19>>. Acesso em 26 de ago. de 2021.

³ “Art. 2º Ficam suspensos, no âmbito do Distrito Federal, todas as atividades e estabelecimentos comerciais e industriais, inclusive:

- I - eventos, de qualquer natureza, que exijam licença do Poder Público;
- II - atividades coletivas de cinema e teatro;
- III - atividades educacionais em todas as escolas, universidades e faculdades, das redes de ensino pública e privada;
- IV - academias de esporte de todas as modalidades;
- V - museus;
- VI - zoológico, parques ecológicos, recreativos, urbanos, vivenciais e afins;
- VII - boates e casas noturnas;
- VIII - atendimento ao público em shoppings centers, feiras populares e clubes recreativos;
- a) nos shoppings centers ficam autorizados o funcionamento de laboratórios, clínicas de saúde e farmácias e o serviço de delivery;
- IX - estabelecimentos comerciais, de qualquer natureza, inclusive bares, restaurantes e afins;
- X - salões de beleza, barbearias, esmalterias e centros estéticos;
- XI - quiosques, foodtrucks e trailers de venda de refeições;
- XII - oficinas de lanternagem e pintura;
- XIII - comércio ambulante em geral; e
- XIV - construção civil.”

BRASIL. **Decreto** **41842/DF**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410118>>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

Ato contínuo a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Distrito Federal-SEAPE oficiou o Juízo da Vara de Execuções Penais, solicitando orientações sobre a liberação para o trabalho externo das pessoas presas alocadas no CDP I, PFDF, CPP e CIR, onde a Excelentíssima Juíza determinou a suspensão de benefícios externos, consistentes em trabalho externo e saídas, nos dias 27 e 28/02/2021 e a partir do dia 1º/3/2021 das pessoas recolhidas no CPP, CDP I, PFDF e NCPM, desde que as atividades exercidas pelas empresas não fossem consideradas como essenciais.

Instando a se manifestar o Juízo da Vara de Execuções Penais decidiu, dentre várias outras suspensões, suspender as saídas para trabalho externo daqueles sentenciados que seu ramo/atividade não fosse considerado serviços essenciais.

Desse modo, no segundo tópico será necessário abordar os regimes de cumprimento de pena, discorrendo sobre as penas privativas de liberdade, bem como seu conceito legal e doutrinário.

Nesta toada, imperioso se faz discorrer acerca da integralidade da Decisão exarada no bojo dos autos nº. 0401846-72.2020.8.07.0015, para posteriormente e finalmente analisarmos a questão do erro judiciário e responsabilidade civil do Estado por excesso de execução.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV, prevê que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário⁴. Nesse sentido, será importante abordar o conceito de erro judiciário e analisar se o excesso de execução seria caracterizado como erro judiciário ou ainda se o Estado deveria ser responsabilizado civilmente, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição, já citado.

A abordagem do artigo será construída, tomando-se como objeto a referida Decisão, a Legislação, em especial a Constituição Federal, Código Penal Brasileiro, Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, bem como a Doutrina.

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

2 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE: REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Inicialmente, vale conceituar pena. Para Rogério Greco, “a pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”⁵

Ou seja, a pena nada mais é do que a sanção prevista para cada conduta dolosa, ou, em casos que a legislação prevê, até mesmo culposa, previamente tipificada.

Noutro giro, vale a pena trazer à baila a diferença de crime para contravenção penal. Crime, no seu conceito material, segundo Marcelo André e Alexandre Salim, “refere-se ao conteúdo do ilícito penal, com análise da conduta danosa e sua consequência social. Nesse sentido, crime é o comportamento humano que causa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.”⁶

Já sob o aspecto formal, ainda nas palavras de Marcelo André e Alexandre Salim, crime é toda conduta (ação ou omissão) proibida por lei sob ameaça de pena.⁷

Nessa esteira, o conceito de crime e contravenção penal também se encontram no artigo 1º, da Lei 3.914/41.⁸ Nesse sentido leciona Nucci, o direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial, situando-se, tão somente, no campo da pena.⁹

⁵ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**, V.1, quinta edição, 2005, p. 542.

⁶ AZEVEDO, Marcelo André e SALIM, Alexandre. **Direito Penal-Parte Geral**. 6ª ed. Editora Juspodivm, 2016, p. 147.

⁷ AZEVEDO, Marcelo André e SALIM, Alexandre. **Direito Penal-Parte Geral**. 6ª ed. Editora Juspodivm, 2016, p. 148.

⁸ “Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” BRASIL. **Lei 3.914/1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 177.

Dessa maneira, as duas espécies de penas privativas de liberdade prevista para os crimes são as penas de reclusão e detenção. Sendo que a diferença entre essas duas é basicamente que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, já a de detenção, será cumprida inicialmente ou no regime semiaberto ou no aberto, assim dispõe o artigo 33, caput, do Código Penal.¹⁰

Superado essas questões preliminares, analisaremos a seguir as espécies de regimes de cumprimento de pena, são elas: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

Também no Código Penal, em seu artigo 33, §1º, estão previstas as espécies supracitadas, informando o local de cumprimento de pena de acordo com cada espécie.¹¹ Adiante, no §2º do mesmo dispositivo legal, prevê a fixação do regime inicial de cumprimento de pena de acordo com alguns critérios, dentre eles a quantidade da pena.¹²

Ato contínuo, o §3º do supracitado diploma legal¹³, prevê que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios expostos no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: quantidade e espécie da pena, reincidência e análise das circunstâncias judiciais.

¹⁰ “Art. 33, caput: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.” BRASIL. **Lei 2.848/1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02/ de jun. de 2021.

¹¹ “Art. 33, § 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. BRASIL. **Lei 2.848/1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2021.

¹² “Art. 33, § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” BRASIL. **Lei 2.848/1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2021.

¹³ “Art. 33, § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.” BRASIL. **Lei 2.848/1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2021.

Assim, devem ser observadas as seguintes regras. O condenado a pena de reclusão de mais de 8 (oito) anos, o início de cumprimento de pena deve ser no fechado (estabelecimento de segurança máxima ou média), por outro lado se o condenado teve pena de detenção, ainda que superior a 8 oito anos, iniciará no regime semiaberto.

Já o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos mas não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, poderá, desde o princípio cumpri-la em regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar), desde que não seja reincidente.

Cabe salientar que um dos benefícios desse regime é o trabalho externo, que aqui no Distrito Federal é feito mediante apresentação de uma carta de emprego a Vara de Execuções Penais, com elaboração de relatório do Psicossocial e ouvido o Ministério Público, com posterior concessão pelo Juízo e encaminhamento do sentenciado a estabelecimento compatível com tal benefício. Ainda sobre o assunto, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça não é mais necessário o cumprimento de 1/6 da pena para a concessão do referido benefício.¹⁴

No entanto, o condenado a pena de detenção superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8 (oito) anos, deverá cumpri-la em regime semiaberto, independente de reincidência ou não.

Sobre o último regime, o condenado a pena de reclusão ou detenção igual ou inferior a 4 (quatro) anos e desde que não reincidente, poderá iniciar no regime aberto (casa de albergado ou estabelecimento adequado).

Por fim, é oportuno nos aprofundarmos nas nuances do regime semiaberto. Pela Lei de Execução Penal, o sentenciado que estiver cumprindo sua pena no regime semiaberto terá direito a trabalho externo, bem como saídas temporárias, mas estas últimas desde que preencham os requisitos legais para tanto, sendo que o direito ao trabalho externo já é inerente ao regime semiaberto, no entanto sua implementação se dá nos moldes dos artigos 36 e 37 da Lei de Execução Penal.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 98.849/SC**, 5ª T., j. 05/05/2009.

¹⁵ “Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 1º O limite máximo do número de

3 ANÁLISE DA DECISÃO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO DISTRITO FEDERAL

Em virtude das publicações dos Decretos 41.840, 41.842 e 41.849, recrudescendo as restrições de funcionamento de atividades e estabelecimentos comerciais no Distrito Federal, determinando a suspensão de algumas atividades, a partir da 00h01 do dia 28/02/2021, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Distrito Federal-SEAPE oficiou o Juízo da Vara de Execuções Penais, solicitando orientações sobre a liberação para o trabalho externo das pessoas presas alocadas no CDP I, PFDF, CPP e CIR, onde a Excelentíssima Juíza determinou a suspensão de benefícios externos, consistentes em trabalho externo e saidinhas, nos dias 27 e 28/02/2021 e a partir do dia 1º/3/2021 das pessoas recolhidas no CPP, CDP I, PFDF e NCPM, desde que as atividades exercidas pelas empresas não fossem consideradas como essenciais.

Nesse sentido, assim decidiu a Excelentíssima Juíza da VEP, no tocante ao benefício do trabalho externo:

(...) Após receber a manifestação da SEAPE, manteve contato com a Diretoria de Atenção Primária da Regional Leste de Saúde, unidade superior das equipes de saúde do Complexo Penitenciário da Papuda, que reconheceu ser prudente a extensão das medidas impostas à PDF I às demais unidades daquele Complexo, especialmente porque identificaram que um dos pacientes que testou positivo para COVID-19 foi transferido de outra unidade prisional, que não o CDP II. Como mencionei na decisão de Mov 1343.1, aos 10/9/2020, em razão da estabilização dos números relacionados à COVID-19 no sistema prisional, autorizei o retorno paulatino de algumas atividades, sempre destacando que periodicamente a situação seria reavaliada, com vistas à manutenção da biossegurança das pessoas presas, de seus familiares e da enorme gama de profissionais que trabalha diariamente nos presídios (Policiais Penais, profissionais de saúde, profissionais de educação, Advogados, funcionários

presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expreso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.” BRASIL. **Lei de execução penal. 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

terceirizados). A mesma cautela vem sendo observada pelo Governo do Distrito Federal, que desde o dia 26/02/ 2021 editou uma série de Decretos limitando o funcionamento de serviços e a circulação de pessoas em determinados ambientes, especialmente porque além do aumento da média móvel de contaminação diária, a capacidade de atendimento da rede de saúde está gravemente comprometida, em especial o número de leitos de UTI. Mesmo com o início da campanha de vacinação da população idosa e dos grupos mais vulneráveis, em razão da escassez de vacinas, a imunização, ainda que parcial, da população, demandará muito tempo. Assim, as medidas de distanciamento físico, incremento das rotinas de higiene e uso de máscara devem ser preservadas para evitar a propagação das contaminações. Mesmo com todos os estudos em desenvolvimento, a comunidade científica ainda não possui elementos para indicar as características precisas do vírus Sars CoV-2, suas mutações e formas específicas de transmissão, motivo pelo qual recomenda a manutenção das medidas de biossegurança ora mencionadas para preservação de vidas. Assim, a confirmação de contaminação por novas variantes da COVID-19 em cidades da região do Entorno do Distrito Federal, aliada à identificação de casos também no Distrito Federal, indicam a necessidade, temporária, de ampliação das medidas de afastamento social e restrições de contato impostas à PDF I para as demais unidades prisionais, ainda que parcialmente. Assim, considerando a persistência do Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e da pandemia de COVID-19, com fundamento na competência deste Juízo, estabelecida pela Lei de Execuções Penais, com a finalidade de garantir o adequado funcionamento do sistema prisional, mediante resguardo da integridade física das pessoas ali recolhidas, de seus familiares e profissionais que ali trabalham, determino, PELO PRAZO DE 30 DIAS: Quanto ao USUFRUTO DE BENEFÍCIOS EXTERNOS: - FICA AUTORIZADA a liberação diária para trabalho externo das pessoas presas alocadas no CPP, PFDF, CDP I (Bloco V) e NCPM, para todos os órgãos e instituições que informaram FORMALMENTE A FUNAP que continuarão suas atividades presenciais. - FICA AUTORIZADA a liberação diária para trabalho externo em instituições privadas, desde de que o ramo/atividade não esteja com atividades suspensas por Decreto do Governador do Distrito Federal; - FICA AUTORIZADO o funcionamento do Projeto Mãos Dadas, desde de que a atividade laborativa a ser executada pelos internos dele participantes não estejam descritas no rol das proibições constantes do decreto governamental.¹⁶

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Decisão autos N°. 0401846-72.2020.8.07.0015**, Disponível em: < <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> >. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

Assim, a Decisão autorizou o usufruto do benefício do trabalho externo aos sentenciados do regime semiaberto, desde que o ramo/atividade não estivesse com atividades suspensas por Decreto do Governador do Distrito Federal. Dessa forma, todos aqueles sentenciados que não exerciam atividades essenciais tiveram seu benefício suspenso, a princípio pelo prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado, bem como aqueles sentenciados do semiaberto que têm direito as saídas temporárias também tiveram esse benefício suspenso.

Dessarte, observa-se que essas pessoas foram proibidas de usufruírem das benesses externas, tendo que cumprirem sua pena integralmente dentro das unidades prisionais, tendo como consequência uma regressão de regime em desconformidade com a lei, ao passo que na Lei de Execução Penal embora tenha previsão do instituto da regressão, o Legislador expressamente previu as hipóteses em que o Juiz poderia aplicar tal instituto, sendo que a hipótese tratada nesse artigo não encontra-se antevista na lei.

Dessa maneira, aqueles reeducandos passaram a cumprir sua pena de maneira igual aos que estavam no regime fechado, ou seja, passaram a ficar integralmente no presídio, sem direito a qualquer tipo de saída. Assim, será investigado adiante se o excesso de execução incorre em erro judiciário e se o Estado deverá ser responsabilizado civilmente nessa hipótese.

4 EXCESSO DE EXECUÇÃO, ERRO JUDICIÁRIO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Chega-se agora ao cerne do trabalho, onde se analisará a hipótese do excesso de execução ser considerado erro judiciário e ainda se no presente caso o Estado tem o dever de indenizar. Os sentenciados do semiaberto tiveram seu benefício de trabalho externo suspenso. Para isso, necessário se faz uma breve análise do funcionamento da execução penal, conceito de erro judiciário e por fim da responsabilidade civil do Estado.

Como regra, a execução penal só tem início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e seguindo o trâmite previsto no artigo 105 da Lei de Execução Penal, o Juiz deverá expedir Guia de Recolhimento para a execução.¹⁷

Nas lições de Guilherme Nucci, a execução penal trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária¹⁸. Esses tipos de pena também têm previsão expressa no Código Penal, no artigo 32.¹⁹

Para o presente caso nos interessa apenas as penas privativas de liberdade, aquelas dispostas no artigo 33, caput, do Código Penal.²⁰

Assim, as penas privativas de liberdade são de reclusão e cabem nos casos de crimes mais graves, detenção cabível nos crimes menos graves e prisão simples admissível nos casos de contravenções penais.

Ocorre que para o cumprimento dessa pena é necessário se atentar ao Princípio da Humanidade, que envolve tanto o direito penal como o direito da execução penal, sendo inclusive um princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.²¹

¹⁷ “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” BRASIL. **Lei de execução penal. 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13ª Ed., Editora Forense, 2016, p. 586

¹⁹ “Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.” BRASIL. **Código penal. Lei 2.848.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

²⁰ “Art. 33, *caput*- A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.” BRASIL. **Código penal. Lei 2.848.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

²¹ “Art. 5º., inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

Ainda, as penas de reclusão e detenção possuem regimes diferentes de acordo com a quantidade da pena, no entanto, o regime que nos interessa para a análise do trabalho é o regime semiaberto.

O regime semiaberto no Distrito Federal, em suma é aquele em que o sentenciado possui direito ao trabalho externo, e desde que tenha uma carta de emprego devidamente aprovada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, é autorizada sua saída da unidade prisional para o trabalho com horário pré-definido para retorno do reeducando ao estabelecimento penal, ou seja, sai durante o dia para trabalhar e retorna para dormir no presídio.

Nessa esteira, é direito do sentenciado no regime semiaberto que tenha trabalho externo implementado a remição de 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho, conforme disposto no §1º, inciso II do artigo 126 da Lei de Execução Penal.²²

Noutro giro, também constitui direito do reeducando que está cumprindo regime semiaberto, desde que preencha os requisitos legais, às saídas temporárias, conforme artigos 122 e 123 da Lei de Execução Penal.²³

Já em relação ao erro judiciário, leciona Fernandez, que o erro se traduz em engano ou falsa concepção sobre determinada coisa ou fato. No que se refere à

²² “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011). § 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:(Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011). II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.” BRASIL. **Lei de execução penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

²³ “Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. § 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o *caput* deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.” BRASIL. **Lei de execução penal.** 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

responsabilidade civil extracontratual do Estado, o erro deve ser decorrente da atividade judiciária, tanto pela ação, seja do magistrado ou de servidor designado para "a prática de algum ato específico, como pela omissão, quando a prestação jurisdicional não é entregue ao indivíduo, tendo a demora lhe causado prejuízo"²⁴.

Contudo, na seara penal, o reconhecimento do erro judiciário é possível por meio de uma revisão criminal. O Código de Processo Penal, em seu artigo 621 traz quais são as hipóteses cabíveis na revisão criminal.²⁵

Nesse sentido, o Código de Processo Penal, no artigo 630, dispõe que aquele que por acaso tenha sofrido prejuízo por condenação criminal contaminada por algum erro, poderá requerer indenização ao Estado.²⁶

Nessa esteira, cabe trazer à baila a responsabilidade civil do Estado. Essa responsabilidade vem esculpida no artigo 37, §6º da Constituição Federal.²⁷

Muito embora a Carta Magna tenha sido cristalina, há muita divergência doutrinária e até mesmo entendimento jurisprudencial no sentido de que não deve haver responsabilidade baseado na soberania do Judiciário.

²⁴ FERNANDEZ, Elizabeth. **Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações**. Cadernos de justiça administrativa, n. 88, jul./ago. 2011, p. 22.

²⁵ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.” BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

²⁶ “Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.” BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

²⁷ “Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

Ocorre que se aceitarmos a referida tese de irresponsabilidade, esta estaria em desobediência com a norma constitucional, e mais, seria até mesmo a própria negação do direito.

Dessa forma, o que se coloca em questionamento no presente artigo é se o fato da suspensão do usufruto do benefício do trabalho externo aos sentenciados que estão no regime semiaberto implicaria em erro judiciário por excesso de execução e ainda se nesse haveria responsabilidade civil do Estado.

Muito embora a suspensão do referido benefício tenha se dado apenas por conta do cenário pandêmico mundialmente vivenciado, não é aceitável que o sentenciado cumpra pena de maneira igual aqueles que estão no regime fechado, justamente porque este é o regime de cumprimento de pena mais gravoso que existe em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a execução penal segue a lógica de que a pena privativa de liberdade será executada de maneira progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, desde que cumprido algumas porcentagens previstas na Lei de Execução Penal, ou seja, seguindo essa linha de raciocínio, o sentenciado que estiver no regime semiaberto é atingir o requisito temporal para a progressão de regime, passará para o regime aberto.

Nessa esteira, a política criminal no Brasil é a de que todo sentenciado tem direito a avançar no cumprimento de sua pena atenuando a rigidez do regime fechado, passando pelo semiaberto para pôr fim progredir ao regime aberto. Já que o espírito das leis penais é justamente a reinserção aos poucos dos reeducandos na sociedade, com o objetivo de que não voltem mais a delinquir. E conseqüentemente, outro claro objetivo dessa imposição de regimes é a separação daqueles que foram condenados por crimes menos graves daqueles que tiveram condenação por crimes mais graves, em nome do Princípio da Proporcionalidade.

Nesse sentido, seria razoável a responsabilidade civil do Estado no presente caso, uma vez que torna-se injusto essa regressão forçada de regime, sendo que não deram causa a essa situação, assim não caberia a eles suportarem esse ônus e deveriam, portanto, ser indenizados.

5 CONCLUSÃO

Observa-se que o direito penal foi criado como um meio subsidiário, com vistas a proteger a sociedade e seus bens jurídicos, justamente por ser o meio mais gravoso de se punir é que se fala que o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, o Estado só lançará mão do Direito Penal quando nenhum outro ramo do direito for capaz de coibir determinadas condutas.

Ainda assim, caso haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, existe também garantias constitucionais a serem seguidas durante esse cumprimento de pena, como por exemplo, o princípio da humanidade, devido processo legal, individualização da pena dentre outros.

De igual modo, a execução da pena deve seguir também um rito, onde o sentenciado a depender da quantidade da pena que a ele foi aplicada começará a cumprir essa pena em um determinado regime previsto no Código Penal.

No caso em estudo, as questões envolvendo os sentenciados do regime semiaberto que foram objeto do presente artigo. Ocorre que o Magistrado ao decidir pela suspensão do trabalho externo, como já analisado oportunamente, fez com que os sentenciados que estivessem naquela situação arcassem com o ônus da regressão do regime semiaberto ao fechado, sem que tenham contribuído para tal regressão.

Sendo possível concluir que no presente caso houve sim um excesso de execução, já que pelo fato do nosso sistema de execução penal ser progressivo e não regressivo, a não ser nos casos previamente contidos em lei, a questão aqui trazida incorreu sem dúvida em excesso de execução no cumprimento de pena daquelas pessoas e que seria passível de responsabilização pelo Estado.

Contudo, ao analisar o erro judiciário e suas hipóteses, verifica-se que não pode tratar a situação aqui explanada como erro judiciário em matéria penal, uma vez que o prejuízo foi trazido por meio de uma decisão interlocutória e não por uma sentença condenatória, conforme prevê o artigo 621 do Código de Processo Penal.

No entanto, muito embora a Decisão aqui tratada não seja considerado um erro judiciário, a responsabilidade civil do Estado é a medida que se impõe, visto

que houve excesso de execução na pena e esse fato por si já gera a responsabilidade do Estado em indenizar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André e SALIM, Alexandre. **Direito Penal-Parte Geral**. 6ª ed. Editora Juspodivm, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

BRASIL. **Código penal. Lei 2.848**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

BRASIL. **Decreto 41842/DF**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=410118>>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei 3.914/1941**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei de execução penal. 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 04 de jun. de 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. HC 98.849/SC**, 5ª T., j. 05/05/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Decisão autos Nº. 0401846-72.2020.8.07.0015**, Disponível em: <<https://seeu.pje.jus.br/seeu/>>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

FERNANDEZ, Elizabeth. **Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações**. Cadernos de justiça administrativa, n. 88, jul./ago. 2011.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**, V.1, quinta edição, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Ed., Editora Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SOARES, Rafael Júnior. ROEHRIG, José Flávio Ferrari. **O sistema interamericano de direitos humanos e a Covid-19 nas penitenciárias**. Revista Consultor Jurídico, 22 de abril de 2020. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/soares-roehrig-direitos-humanos-covid-19>>.
Acesso em 26 de ago. de 2021.