



FACULDADES LONDRINA

**PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO,
SOCIEDADE E TECNOLOGIAS DA ESCOLA DE DIREITO
DAS FACULDADES LONDRINA**

Mariana Milano Diniz Sembariski

**OS DESAFIOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS EGRESSAS DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE A
EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS PARA ATENDENTES
DE *CALL CENTER***

LONDRINA
2023

Ficha de identificação da obra
Elaborado por: Viviane S. Paszczuk
Bibliotecária CRB9 1885/O

S471d Sembarski, Mariana Milano Diniz.

Os desafios à empregabilidade de pessoas egressas do Sistema Penitenciário Brasileiro: análise crítica da Jurisprudência do TST sobre a exigência de antecedentes criminais para atendentes de Call Center / Mariana Milano Diniz Sembarski. - Londrina, 2023.
146 f.

Orientador: Samia Moda Cirino.

Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina, 2023.

Inclui bibliografia.

1. Trabalho Decente. 2. Egressos do Sistema Penitenciário. 3. Discriminação. 4. Empregabilidade. 5. Proteção de Dados. I. Cirino, Samia Moda. II. Faculdades Londrina. III. Título.

MARIANA MILANO DINIZ SEMBARSKI

**OS DESAFIOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS
EGRESSAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE
A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS PARA
ATENDENTES DE *CALL CENTER***

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr^a. Samia Moda Cirino

LONDRINA
2023

MARIANA MILANO DINIZ SEMBARSKI

**OS DESAFIOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS
EGRESSAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE
A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS PARA
ATENDENTES DE *CALL CENTER***

Qualificação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Sociedade e Tecnologias como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pela Escola de Direito das Faculdades Londrina.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Samia Moda Cirino
(Orientadora) - Faculdades Londrina

Prof. Dr^a Bruna Azevedo de Castro
Faculdades Londrina

Prof. Dr^a. Renata Capriolli Zocatelli Queiroz
USP

LONDRINA
2023

*A principal função que cumprimos é a de pôr limites ao exercício do poder punitivo. Mais
ainda: ou servimos para isso ou não servimos para nada.*

Eugenio Raúl Zaffaroni

“And Justice for All...”

Metallica

AGRADECIMENTOS

De todo o meu coração.

Primeiramente ao meu pai, *in memoriam*, que nos deixou cedo demais, aos 61 anos. Meu herói favorito no mundo! A saudade da presença física corta o coração, dilacera a alma. Foi graças a você, meu primeiro amor, que aqui cheguei. Além da ajuda financeira, o apoio moral se fez sempre presente. Seguir seus passos como advogada e como professora universitária foi o que me incentivou. Continue rodando nas estradas infinitas. Daqui de baixo posso acompanhar seu farol na estrela mais brilhante do céu. Até nos encontrarmos de novo, papai!!

Não menos importante, será sempre para e por você, meu filho Lars. Obrigada por me escolher.

Ter um filho é parar de postergar as nossas escolhas. É ser impulsionado a ser protagonista de nossa história. Sair totalmente da zona de conforto, do comodismo. Quando você nasceu é que eu aprendi o que realmente era irremediável e inadiável.

Hoje eu sei que existe um serzinho aguardando a minha evolução, seguindo os meus exemplos, sempre esperando o meu melhor. Não é mais uma questão de opção, é necessidade!

Desde que te descobri em meu ventre eu nunca mais me senti sozinha. Será para sempre, nós dois.

Ainda é necessário agradecer a minha orientadora. Professora Samia, obrigada! Compartilhar contigo não só o mestrado, mas a maternidade; sem dúvidas, foi o que mais me manteve em pé, confiante. Agradeço muito por confiar em mim até quando eu mesma duvidava.

À minha mãe, que sempre esteve comigo ao longo dessa vida. Lado a lado!

Sempre uma pela outra. Obrigada.

Por fim, a você, meu grande amor. Obrigada por caminhar comigo.

Até ficarmos bem velhinhos!

Gratidão!

MARIANA MILANO DINIZ SEMBARSKI. OS DESAFIOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS PARA ATENDENTES DE CALL CENTER. 143 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina, Londrina, 2023.

RESUMO

A discriminação no emprego é desautorizada no âmbito constitucional e infraconstitucional, bem como no plano internacional (Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho). Diante disso, a negativa de contratação de pessoas com antecedentes criminais caracteriza conduta discriminatória, constringendo a efetivação do direito humano ao trabalho. Por meio de levantamento bibliográfico e análise das normas jurídicas sobre o tema, a presente dissertação aplica o conceito de trabalho decente como parâmetro de análise para o trabalho de pessoas egressas, de modo a demonstrar como os obstáculos impostos à empregabilidade, a exemplo da exigência de antecedentes criminais, fere esse escopo do trabalho humano. Estabelecidos esses pressupostos teóricos, a análise volta-se ao estudo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que considera lícita a exigência de antecedentes criminais para a admissão de pessoas nas atividades de *call center*. O entendimento do TST também é confrontado com a proteção de dados prevista na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) a fim de verificar a aplicabilidade dessa norma para evitar essa prática violadora do trabalho decente. O recorte com as normas supraleais europeias, quanto aos dados sensíveis, alinha-se ao tema para asseverar que os dados dos trabalhadores são motivos de cerceamento de colocação no mercado de trabalho, bem como alicerce para o desemprego. Nessa linha, conclui que a conduta abusiva do uso desenfreado dos dados acaba por marginalizar uma parte importante da classe trabalhadora que emprega sua força para produzir os meios para o seu sustento.

Palavras-chave: Trabalho Decente; Egressos do sistema penitenciário; Discriminação; Empregabilidade. Proteção de dados.

MARIANA MILANO DINIZ SEMBARSKI. OS DESAFIOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST SOBRE A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS PARA ATENDENTES DE CALL CENTER. 143 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito das Faculdades Londrina, Londrina, 2023.

**CHALLENGES TO THE EMPLOYABILITY OF PEOPLE RELEASED FROM
THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM:
CRITICAL ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE TST ON THE
REQUIREMENT OF CRIMINAL BACKGROUND FOR *CALL CENTER*
ATTENDANTS**

ABSTRACT

Discrimination in the process of employment is disallowed at constitutional and infraconstitutional level, as well as in the international sphere (Convention No. 111 of the International Labor Organization). Regarding this, the refusal to hire people with criminal records characterizes discriminatory conduct, constraining the enforcement of the human right to work. Through a bibliographic survey and analysis of legal norms on the subject, this dissertation applies the concept of decent work as an analysis parameter in the observation of the work of prior offenders in order to demonstrate how the obstacles imposed on employability, such as the requirement of a clean-slate criminal background, hurts that scope of human work. Having established these theoretical assumptions, the analysis turns to the study of recent jurisprudence of the Superior Labor Court, which considers the requirement of criminal records to be lawful in the employment process of people in call center activities. The TST's viewpoint is confronted with the data protection provided for in the General Data Protection Law (Law 13.709/2018) in order to highlight the legal obstacle for this practice that violates decent work. The focus on European supralegal norms regarding sensitive data is in line with the theme of asserting that workers' data is reason enough for curtailing placement in the labor market, as well as the foundation for unemployment. In this line, it concludes that the abusive conduct of the unbridled use of data ends up marginalizing an important part of the working class that employs its strength to produce the means for its livelihood.

Keywords: Decent Work; Egresses from the penitentiary system; Discrimination; Employability. Data protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CF: Constituição Federal

DPA: *Data Protection Act*

GDPR: *General Data Protection Regulation*

ICO: *Information Commissioner's Office*

LEP: Lei de Execuções Penais

LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados

TST: Tribunal Superior do Trabalho

OIT: Organização Internacional do Trabalho

ONU: Organização das Nações Unidas

RGPD: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	TRABALHO DECENTE: PARÂMETRO DE ANÁLISE	12
2.1	Centralidade do trabalho humano no capitalismo: princípios norteadores da proteção do trabalhador.....	12
2.2	Trabalho decente na Constituição Federal de 1988.....	22
2.3	Trabalho decente no âmbito Internacional.....	29
3	PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA CARCERÁRIO E O TRABALHO HUMANO	31
3.1	Evolução da pena.....	31
3.2	Finalidade da pena e sua interferência na Constituição Federal, no Código Penal e na Lei de Execuções Penais.....	50
3.3	Sistema penal e a pessoa egressa.....	78
3.4	O trabalho de pessoas condenadas e egressas.....	81
3.5	Antecedentes criminais x Maus antecedentes.....	82
3.6	Obstáculos à empregabilidade de pessoas egressas no mercado de trabalho brasileiro.....	90
3.7	A discriminação do trabalho de pessoas egressas: a Lei 9.029/1995 e a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).....	93
4	EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NAS ATIVIDADES DE CALL CENTER E A PROTEÇÃO DE DADOS NA LEI 13.709/2018	99
4.1	Normatização sobre o trabalho em <i>call center</i>	99
4.2	A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a exigência de antecedentes criminais nas atividades de <i>call center</i>	105
4.3	A sociedade da informação e as mudanças nas relações de trabalho.....	109
4.4	A legislação europeia e a proteção de dados pessoais e sensíveis nas relações de trabalho.....	111
4.5	O direito e a proteção de dados pessoais dos trabalhadores.....	115
4.6	Análise da exigência de antecedentes criminais à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os dados sensíveis.....	120
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
6	BIBLIOGRAFIA	136

1 INTRODUÇÃO

Na origem da civilização, o ser humano já interagiria com a natureza e com outros seres humanos. A partir da percepção do mundo natural, a humanidade passou a adquirir conhecimentos sobre os fenômenos naturais e a desenvolver formas de controlá-los, por meio da tecnologia. Por outro vértice, o desenvolvimento nas relações intersubjetivas propiciou um ambiente que levasse os seres humanos a pensar sobre a sua posição, individual ou coletiva, no seio da sociedade, ao passo que começaram a compreender o seu mundo e as normas que o disciplinam e orientam as suas condutas dentro da comunidade. Lastreados em traços morais e éticos de convivência coletiva, o escopo sempre foi o da promoção da convivência harmônica, estável e pacífica em sociedade.

Através desse pensamento, as sociedades se formaram e se desenvolveram, assumindo características e peculiaridades próprias e, dada a sua complexidade e heterogeneidade – mesmo as mais antigas abarcando até as mais modernas –, além da multiplicidade de suas necessidades existenciais, notou-se o surgimento de conflitos, naturais e/ou até sociais. Em decorrência desses, uns mais intensos, outros mais complexos e profundos, a manutenção e a expansão dessas comunidades resultaram no desenvolvimento e aperfeiçoamento de meios de controle, objetivo (ou tecnológico) e subjetivo (ou social).

No outro extremo, os regulamentos legais de uma sociedade têm um forte impacto nas mudanças sociais e econômicas que ocorrem em uma sociedade. Embora o direito seja cabido como um sistema social autônomo, ele também deve ser cabido como um instrumento de política social e econômica, no qual as definições legais refletem consequências socioeconômicas inevitáveis. Da mesma forma, as mudanças sociais, políticas e econômicas por que passa uma sociedade têm impacto nestas relações jurídicas, incitando uma redefinição e integração do sentido da lei, a partir da qual se desenvolvem novos códigos que lhe permitem simultaneamente integrar o Estado e diferenciar-se do ambiente externo, melhorando sua funcionalidade.

Neste contexto, o impacto contínuo do desenvolvimento de tecnologias contemporâneas pode colocar em risco certos interesses que o Direito busca proteger, mesmo porque em um mundo integrado e complexo, o desenvolvimento tecnológico é sorrateiro e iminente. A partir dessa crescente, a presente dissertação tem o intuito de apresentar as dificuldades que o egresso do sistema penitenciário brasileiro possui de

ingressar no mercado de trabalho após ser rotulado por um processo penal. Aliado a essa perspectiva de marginalização, a apresentação de antecedentes criminais para atendentes de *call center* aceita pelo Superior Tribunal do Trabalho acaba por extirpar essa porção de trabalhadores. Para tanto, faz-se necessário um recorte com a Lei Geral de Proteção de Dados a fim de se demonstrar sobre os dados sensíveis e os óbices que os dados não tratados no direito do trabalho ocasiona a parte empregada.

O aprofundamento do tema é possibilitado através do enfoque ao caso específico do TST, o qual nos permite visualizar de maneira precisa e detalhada o funcionamento do mecanismo que os antecedentes criminais ensejam na vida da pessoa. Esse aprofundamento se dá a partir da escolha da jurisprudência da 7ª Turma do TST, alinhada as narrativas dos magistrados pela decisão no campo empírico, viabilizando, assim, um mapeamento específico das táticas do sistema de justiça criminal e da conjuntura no qual esses portadores de antecedentes criminais se inserem. O tema é foi escolhido por investigar o contexto político-institucional que se desenrolam as mobilizações sociais a resposta repressiva do Estado, arguindo pata tanto as hipóteses que permitam compreender os motivos do uso mais intenso de ferramentas repressivas ter ocorrido no decorrer da história da pena.

Com efeito, a análise jurídica tradicional e isolada é incompleta quando não abrange as influências externas (sociais, econômicas, políticas etc.) dentro do contexto de suas transformações tecnológicas, que podem afetar o comportamento humano em geral e desenvolver aspectos importantes de um corpo social. Desse modo, uma melhor compreensão das imbricações mútuas que Direito e tecnologia podem provocar entre si, possibilita uma mais informada análise da formulação de políticas públicas, de forma a melhor se atingir os objetivos delineados para determinado corpo social. E mais: essa necessária análise inter-relacionada entre Direito e tecnologia deve alcançar não apenas a atividade legislativa propriamente dita, mas também as decisões dos Tribunais, a atuação administrativa e mesmo a formulação e execução de políticas públicas.

A Revolução Industrial, fenômeno que se considera o principal marco nas Idades Moderna e Contemporânea, evidencia quão profundas podem ser as modificações acarretadas pelo desenvolvimento tecnológico em um dado corpo social. Mais do que apenas alterações nas relações produtivas e laborais, a industrialização modificou radicalmente vários aspectos na sociedade, como por exemplo o início da separação do lugar de trabalho com o de moradia, a menor disponibilidade de tempo para o convívio

familiar e lazer, o desenvolvimento de novas doenças, problemas decorrentes da falta de infraestrutura nas cidades, etc. Essas alterações na realidade social acarretaram a necessidade de inovações no tratamento jurídico das relações humanas, bem como insurge a necessidade de formulação de novas políticas públicas destinadas à redução de problemas e desigualdades.

O sistema jurídico também precisou ser aprimorado. No caso do jurídico-penal, que pode ser entendido como um subsistema dentro do controle social formal, que ocupa o espaço destinado à transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos, é possível verificar através de um breve estudo da história da pena, que estas formas de controle jamais possuíram um equilíbrio, ao contrário, o que se vislumbra é uma série de consequências, ensejando no que os estudos chamam de “a decadência da sociedade”. Na Idade Antiga, observou-se que, apesar de um escasso controle tecnológico, as sociedades tinham complexos e efetivos sistemas de controle social. Já na Idade Contemporânea, os controles tecnológicos contavam com um avanço extraordinário e um desenvolvimento maravilhoso; por outro lado, aquela sociedade vivenciava um profundo abalo nos seus meios de controle social, distanciando-se cada vez mais dos valores éticos e morais que deveriam orientá-la.

É nesse quadro caótico que surge o Direito penal. A classe dirigente, que deveria direcionar os seus esforços para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das formas de controle social informal, começa um processo exaustivo de incremento desse controle por meio da elaboração de leis penais justificadas na “solução aos problemas existentes”, passando uma aparente e iludida sensação de paz e tranquilidade à ingênua classe dirigida quando, na verdade, está apenas fomentando um desequilíbrio no controle social formal e informal, bem como entre o controle tecnológico e o controle social.

Nesta onda, um dos grandes desafios que a sociedade brasileira enfrenta é o *modus operandi* em relação às pessoas que agiram contrariamente às normas legais, mais especificamente, no que tange aos transgressores das normas penais. Em uma sociedade tão desigual como a brasileira, não há a devida assistência, por meio de políticas públicas efetivas, para os egressos do sistema penitenciário. Nesse viés, o problema se torna ainda maior quanto à empregabilidade dos sujeitos que já estiveram inseridos na prisão anteriormente.

O estigma é uma barreira de difícil superação imposta pela sociedade aos egressos, uma vez que, mesmo após essas pessoas terem “quitado seus débitos com a justiça” o

rótulo de ex-presidiário continua a incidir negativamente sobre o sujeito. Muitas vezes, por não saber ou não ter oportunidades, ele mesmo, o egresso, acaba por encarnar esta característica, sem êxito em reinserir-se na sociedade como sujeito pleno. Com isso, cria-se uma muralha que vai além dos portões, grades e cercas do presídio, pois a discriminação que a sociedade lhes crava na própria carne e alma, é manifesta na falta de oportunidade, de apoio, e ao se sentir incapaz de retomar à vida como ser humano digno.

Alinhado a essa perspectiva, o sistema punitivo brasileiro parte do pressuposto de que a atribuição da pena é educativa, carecendo ao preso internalizar os fundamentos da punição para que não volte a cometer outros atos criminosos. Contudo, a ineficácia de políticas públicas voltadas à inserção dessas pessoas na sociedade de forma ampla, é um importante fator de retorno à criminalidade, aumentando, assim, os índices de reincidência e a superpopulação nos estabelecimentos prisionais.

Neste prisma, é notória a importância das serventias sociais para que esse propósito seja alcançado, singularmente, a inserção do condenado ao mercado de trabalho. Sobretudo, também é dever da sociedade e do Estado favorecer a integração do ex-detento ao seio da comunidade da qual foi segregado no curso da pena, focando na ressocialização daqueles que cometeram algum ato delituoso. Entretanto, o efetivo dos egressos é outro, indo na contramão, sendo muito cruel. Nota-se, por inúmeros fatores, a imensa dificuldade na recolocação deste sujeito no mercado de trabalho.

Dentro dessa perspectiva jurídica, é possível visualizar ainda as transformações orquestradas no âmbito do Direito do Trabalho, sobretudo as últimas décadas do século XX, vem acarretando uma série de polêmicas em torno do pensamento social sobre o capitalismo na contemporaneidade, inclusive uma forte pressão para se readequar às novas realidades das sociedades frente aos avanços tecnológicos vem ganhando força.

A Constituição Federal de 1988, em seu título II, capítulo I, do artigo 5º, concede a todos os brasileiros, “sem distinção de qualquer natureza”, a igualdade perante a lei. O artigo em questão elenca um amplo rol de regras e princípios que guiam todo o ordenamento jurídico. No que tange o direito ao trabalho, sua fundamentalidade é expressa na Carta Magna no rol de direitos sociais (art. 7º, CF), de modo que está inserto na proposta nacional Constitucional e no Plano Internacional dos Pactos de Direitos Humanos. Da forma como foi disposto pelo Constituinte, o direito ao trabalho expressa-se como núcleo axiológico da sociedade brasileira (art. 1º, IV, CF).

Destarte, o direito ao trabalho deve ser assegurado a todos, sem diferenciação, por se referir a direito humano e fundamental, que tem como atributo a universalidade, e por ser manifestação da dignidade humana. Neste aspecto, destaque para o Princípio da Igualdade, que em sentido amplo e material, delibera que “a todos deve ser indubitavelmente garantida a igualdade de oportunidades”. A Carta Magna prioriza este princípio, ao estabelecer como metas da República Federativa do Brasil o desenraizamento da marginalização e a diminuição de desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer traços de discriminação. Este é o papel do ordenamento jurídico brasileiro, e tem o escopo de englobar as legislações infraconstitucionais, para não permitir atuar de forma discriminatória e inibitória também no direito ao trabalho.

Nessa linha, nota-se que as inovações tecnológicas que permeiam o desenvolvimento social são responsáveis por determinarem transformações na manutenção social do ser humano. A sociedade da informação, por intermédio da revolução digital, ratifica esse cenário e as constantes evoluções tecnológicas traduzem a necessária adequação das normas jurídicas para esta realidade. A sociedade contemporânea, encontra seu alicerce na acumulação de informações e no grande fluxo de dados, marcas características da sociedade da informação. O emprego das tecnologias é sentido pelo uso maciço dos dados presentes na internet e acessíveis pelos meios eletrônicos de forma fácil, emergindo assim numa nova organização social.

A partir da coleta desses dados que produzem informação e conhecimento, as empresas que os detêm ostentam uma posição mais favorável na competição do mercado. Dessa forma, o uso dos dados tem o condão de produzir uma contrapartida econômica ao empreendedor e o uso massivo da tecnologia aliado ao elevado valor que os dados possuem na sociedade atual propiciou uma corrida desenfreada dos empresários na captação de dados, especialmente pelos dados pessoais dos cidadãos. Essas questões, são enfrentadas pelos estudiosos como “o surgimento de um novo modelo de mercado de trabalho, submerso na tecnologia, centrado na utilização de diversas ferramentas digitais disponíveis ao empregador que permitem a captação e manipulação dos dados pessoais dos trabalhadores, colocando-os em potencial condição de fragilidade, podendo ser considerado pelos doutrinadores como uma condição de hipervulnerabilidade”.

O fácil acesso aos dados dos trabalhadores através da internet é o que concede às empresas estabelecer perfis dos candidatos para vagas de trabalho, e identificar os

empregados aptos a uma promoção, bem como marginalizar aqueles que possuem um posicionamento pessoal nas redes sociais antagônico ao pensamento dos gestores do negócio. O advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em 2018, regulamentou a proteção de dados pessoais e buscou conceder proteção aos direitos fundamentais de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana. Alinhado a estes princípios, a proteção de dados pessoais, propiciou um certo amparo aos trabalhadores.

É nessa linha que a presente dissertação se justifica e tem como escopo delinear e analisar a LGPD no contexto das relações de trabalho e identificar se as suas diretrizes conferem a proteção aos dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores. Sob esse vértice, o trabalho apresentará as dificuldades e destacará alguns fatores que obstam o das pessoas condenadas ingressarem no mercado de trabalho. Para tanto, propõe-se demonstrar que a exigência de certidão de antecedentes criminais pelo empregador no processo de admissão e, posteriormente, a sua não contratação, pormenoriza-se como atuação discriminatória e antijurídica, que tem a finalidade de exterminar da sociedade certa parcela de pessoas.

Dessa feita, o presente trabalho fará um recorte entre a reestruturação produtiva, usando como base o trabalho decente e os princípios fundamentais do direito ao trabalho, bem como aludirá o crescente avanço tecnológico que incide sobre a qualificação dos trabalhadores e a própria organização e gestão dos mesmos. Trazendo uma leitura dos marginalizados egressos do sistema penitenciário brasileiro frente a recolocação no mercado de trabalho, à luz das implicações no direito trabalhista da não exigência de antecedentes criminais, dialogando diretamente com o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema para atendentes de *call center*.

Identificado esse problema, a presente dissertação volta-se principalmente ao conceito de Trabalho Decente. Afinal, o que significa trabalho decente? O conceito refere-se ao “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”, segundo a principal organização que atua no tema, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Neste viés, o escopo da presente dissertação se baseia na crítica à empregabilidade de pessoas egressas do sistema penitenciário brasileiro em virtude da decisão do TST que fere direitos fundamentais, permitindo exceções à apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos colaboradores de *call center*, aludindo o trabalho decente como âncora de direitos fundamentais internacionais.

O alinhamento entre os temas, trabalho decente e empregabilidade de pessoas egressas justifica-se em razão de o elemento central do conceito de trabalho decente, concebido pela OIT, consistir na igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres e o combate a todas as formas de discriminação. O conceito sintetiza a missão da Organização de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Nesta toada, o trabalho decente é considerado condição fundamental para a superação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, da garantia da governabilidade democrática e do desenvolvimento sustentável.

Para tanto, o conteúdo considerará o cenário atual das relações de trabalho na sociedade da informação e asseverará as condições de fragilidade dos trabalhadores frente ao mercado de trabalho que imerso a tecnologia precisa limitar-se a utilizar os dados sensíveis e pessoais dos trabalhadores de forma regrada, tanto na fase pré-contratual, contratual e, até mesmo, na pós-contratual. Trazendo um recorte da legislação europeia sobre a tutela dos dados pessoais nas relações de trabalho, será possível identificar a relação entre a privacidade, a proteção de dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores e checar os seus limites.

A dissertação é relevante para o conhecimento da utilização dos dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores, na medida em que a LGPD, não impede a coleta de dados referentes a antecedentes criminais de empregados e candidatos a vagas de emprego, e a jurisprudência do TST - Tribunal Superior do Trabalho passa a considerar lícita a conduta de exigência de antecedentes criminais para a admissão de pessoas nas atividades de *call center*. Dessa forma, se faz necessário um confronto entre as teses de modo a evidenciar o óbice legal nessa prática violadora do trabalho decente.

A metodologia utilizada parte do método dedutivo, revisando-se a bibliografia indicada nas referências, visitando-se a doutrina, a legislação e o que foi produzido acerca do tema objeto do estudo apresentado.

2 TRABALHO DECENTE: PARÂMETRO DE ANÁLISE

2.1 CENTRALIDADE DO TRABALHO HUMANO NO CAPITALISMO: PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Findada a Segunda Grande Guerra Mundial, iniciaram-se as discussões sobre os abusos e o desrespeito aos Direitos Humanos que foram acometidos, levando à consolidação de mecanismos do Direito Internacional dos Direitos Humanos com a finalidade de estabelecer meios internacionais de proteção desses direitos. Lastreado nos valores de igualdade, fraternidade e liberdade, o movimento de reconstrução dos direitos humanos se baseou na conscientização e no consenso do mundo para o efetivo exercício da cidadania mediante a satisfação da subsistência digna e decorosa de qualquer pessoa humana, sem distinção. (LAFER, 1988, p. 151).

Neste compasso, Celso Lafer dialoga com Hannah Arendt mencionando:

A privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais, o seu estatuto político, vê-se privado de sua substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante. (LAFER. 1988, p. 151).

Após a era Hitler, segundo Dinaura Godinho, “marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana com o extermínio de 11 milhões de pessoas!”, o movimento de reconstrução dos Direitos Humanos ganhou força e se concretizou com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de Dezembro de 1948, proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. (GODINHO, 2019, p.233).

Sob essa perspectiva do Pós-Guerra, de internacionalização dos direitos, Carolina Alves de Souza Lima destaca que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea que visa proteger, única e exclusivamente, as vítimas de direitos humanos, pois funda a dignidade da pessoa humana. Sua função por excelência é inculcar consciência jurídica universal desses direitos e o respeito incondicional ao ser humano e a sua dignidade. (LIMA, 2019, p. 26).

Nessa linha, Renata de Assis Calsing, em sua obra parafraseia Bosom mencionando que “os direitos humanos são tão antigos quanto a própria história do homem, e como esta, são também um grito de angústia da espécie, lançado à face do Universo.” Neste contexto, depreende-se da visão da escritora que as lutas sociais sempre

existiram e se pautaram na busca de melhores condições de vida, buscando assim desde os primórdios a concretização dos direitos humanos fundamentais. (CALSING, 2017, p.20).

Ainda segundo a autora que traz a lição de Comparato: “Deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa no século XI e X a.C., compreendendo que todas as conquistas sociais que ocorreram nas sociedades ocidentais, na antiguidade chegando até a atualidade.” (CALSING, 2017, p.20).

Nesse ínterim e ainda segundo a visão dos literatos, Robert Alexy foi escolhido para distinguir os Direitos Humanos dos demais direitos, mencionando que possuem cinco características específicas que os diferem, “(1) Universais; (2) Fundamentais; (3) Abstratos; (4) Morais e (5) Prioritários.” (CALSING, 2017, p. 21).

Para Cláudio Monteiro de Brito Filho, o objetivo dos Direitos Humanos “é inserir um conjunto de direitos indispensáveis, básicos a todos os indivíduos, genericamente definidos.” (BRITO FILHO, 2014, p.330)

Conceituando Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Renata de Assis Calsing, “Direitos Humanos é a nomenclatura ligada aos tratados (ordem jurídica internacional), e Direitos Fundamentais está atrelado ao processo de positivação das normas essenciais numa sociedade em sua Constituição (ordenamento jurídico materno).” (CALSING, 2017, p.17).

A reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra, segundo descrito por Dinaura Gomes, espelhou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, judicializada, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. O marco desta união foi a obrigatoriedade do respeito universal aos direitos humanos, atribuindo a qualquer sujeito a condição de Direito Internacional. Após duas décadas, em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incluiu os direitos dos trabalhadores difundindo-se em âmbito global. (GOMES, 2019, p. 162).

Este cenário, exigiu a criação de um organismo internacional formado por Estados para trabalharem juntos pela paz e pelo desenvolvimento mundial que substituiria a Liga das Nações, segue Raquel Betty Pimenta: (PIMENTA, 2014, p. 310)

O contexto pós-guerra exigia a criação de um sistema apto a prevenir que novas violações dos direitos humanos ocorressem, já que os regimes totalitários que adotaram a lógica da destruição haviam negado o valor da pessoa humana, dando ensejo a atos de barbárie e crueldade. Emerge, assim, a necessidade de

resgatar os direitos humanos como paradigmas éticos, de relevância internacional e não apenas como questões domésticas dos Estados. (PIMENTA, 2014, p.310).

A fim de impedir que o ser humano possa voltar a ser tratado como mero objeto pelo Estado e consagre seu direito de cidadão livre e autônomo, dotado de direitos, como o direito à identidade e à integração social, a vivência internacional sistematizou essas ideias na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (Resolução nº 217 A, III, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948), assinada pelo Brasil em mesma data. Nas palavras de Flávia Piovesan, essa declaração “reconhece enfaticamente o valor da dignidade inerente a todos os membros da família humana, combinando o discurso liberal e o social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade.” Ainda, em seu primeiro artigo, a Declaração Universal consagra a reconstrução da sociedade no plano internacional, confirmando que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotadas de razão e consciência. (PIOVESAN, 2018, p. 231).

Formada por um conjunto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de natureza, a Declaração Universal possui efeitos jurídicos variáveis, como tratados internacionais, declarações e resoluções, que operam tanto no âmbito global por meio das Nações Unidas, como no âmbito regional, por meio dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a exemplo do sistema americano, europeu e africano. (LIMA, 2019, p. 27).

Para Flávia Piovesan, a criação da ONU “marca o surgimento de uma nova ordem internacional, instaurando um novo modelo de conduta nas relações mundiais.” Ainda segundo a autora, essa nova perspectiva será “marcada pelo desenvolvimento amistoso entre os Estados, pela cooperação mundial nos planos econômicos, sociais e culturais” e finaliza acenando que haverá uma adoção de “padrão internacional na saúde e na proteção dos direitos ambientais.” (PIOVESAN, 2013, p. 198).

Para Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Renata de Assis Calsing, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos “reconhece a dignidade da pessoa humana e seu valor fundamental para todos os países que fazem parte da ONU.” (CALISING, 2017, p. 22).

Raquel Betty explica que a Declaração Universal começou com o trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU e fora criada em meados de 1946. Ela tinha a responsabilidade de assegurar o cumprimento das disposições do art. 55 da Carta das

Nações Unidas, o qual pregava que “incumbe ao organismo internacional criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias a relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos.” (PIMENTA, 2014, p. 311).

A fim de concretizar sua tarefa, a Comissão dividiu seu trabalho em três fases. Segundo Fábio Konder Comparato, a primeira fase seria a de “elaboração de uma declaração de direitos humanos”, a segunda a de “produção de documentos normativos juridicamente mais vinculantes do que uma mera declaração” e a terceira seria a “criação de um aparato de controle adequado a assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar casos relativos à sua violação.” (COMPARATO, 2008, p. 225).

Dessa feita, no décimo dia do mês de dezembro do ano de 1948, com 48 votos, houve a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, organizada pela ONU em Assembleia Geral, contando ainda com oito abstenções. (ONU)

No início dos trabalhos, ainda não se tinha clara a forma definitiva do documento. No final de 1947, a Comissão decidiu utilizar a expressão *International Bill of Human Rights* - Carta Internacional de Direitos Humanos, para designar um conjunto de documentos consistentes em uma declaração, uma convenção (a ser denominada "Pacto de Direitos Humanos") e em medidas de implementação. Esta fórmula levou, então, à promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como o primeiro desses documentos.

Assim, o significado da Declaração decorre dos próprios objetivos da criação das Nações Unidas, relacionados com a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de Direito Internacional, que se contrapusessem à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do positivismo jurídico, que possibilitaram o desenvolvimento de regimes políticos baseados na hipertrofia estatal e conseqüente repúdio ao fundamento jusnaturalista dos direitos humanos. (ONU)

O que se pretendia era formular um rol atualizado dos direitos humanos que criasse obrigações para os Estados em decorrência da normativa internacional, o que se obteve inicialmente com a Declaração Universal e, posteriormente, com o Pactos de 1966 e demais tratados internacionais, sob os quais Estados soberanos consentiram em se ver compelidos a respeitar e assegurar os direitos humanos em seu território, em relação a todas as pessoas sob sua jurisdição.

Neste contexto, é importante trazer o entendimento novamente de Flávia Piovesan que comenta sobre a votação:

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2013, p. 209).

Sobre a Declaração, esta não tem natureza de tratado internacional, pois segundo Betty Pimenta, “não é um documento sujeito a ratificações pelos Estados tendo sido editado pela Resolução ONU nº 217-A (III). (PIMENTA, 2014, p. 311). Na visão de Comparato, “tecnicamente a Declaração é uma recomendação que a Assembleia Geral da ONU faz aos seus membros.” (COMPARATO, 2008, p.29).

Dessa forma, por não se tratar de um documento submetido a ratificação e pela anuência total dos membros, a Comissão dos Direitos Humanos concebeu-a como uma etapa preliminar à elaboração de tratados internacionais nesta área, culminando assim em 1966 a edição de dois Pactos, um sobre os Direitos Civis e Políticos e outro sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (PIMENTA, 2014, p. 311).

Por derradeiro se faz a compreensão de Carlos Roberto Husek, “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de Direitos Internacional Público, destinado a produzir efeitos jurídicos na orbita internacional.” (HUSEK, 2006, p. 55).

Flavia Piovesan explica que a Declaração tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “Direitos Humanos” contida da Carta das Nações Unidas, frisando ainda que ela possui “força jurídica vinculante pois se trata de um documento inter-relacionados.” (PIOVESAN, 2013, P. 217). Ademais, esta força jurídica vinculante ainda conta com o fato de o documento integrar o direito costumeiro internacional ou os princípios gerais do direito internacional, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade. (CANÇADO, 2008, p. 30).

Betty Pimenta finaliza arguindo que a força jurídica vinculante da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, pode ser comprovada ainda pela sua incorporação pelas Constituições de diversos Estados através de seus princípios e normas e ainda pela frequente referência legal em resoluções posteriores da ONU. (PIMENTA, 2014, p. 313).

Nessa perspectiva, Silvio Beltramelli Neto corrobora mencionando que a metade do século XX em diante foi marcada por inúmeros movimentos de universalização dos

Direitos Humanos os quais se encerraram com a Declaração Universal dos Direitos Humanos instituída pela ONU – Organização das Nações Unidas. (BELTRAMELLI, 2017, p.54);

Sobre a universalização, o autor explica:

Universalização é o intuito da construção de padrões normativos aplicáveis a qualquer ser humano em todo o planeta – até mesmo aos apátridas-, rompendo com uma histórica identificação entre a produção dos efeitos da norma jurídica com o espaço geográfico definido, construído sobre o mando de uma concepção rígida do que vem a ser a soberana estatal. (BELTRAMELLI, 2017, p. 54).

Assim é que as expressões "interdependência" e "indivisibilidade" têm sido empregadas reiteradamente por documentos internacionais e escritos sobre direitos humanos, tais como se fossem sinônimos, o que se explica pelo desejo de limitar a possibilidade de os Estados-partes construírem interpretações restritivas dos direitos enunciados, alegando o cumprimento parcial das normas internacionais sobre a matéria.

A ONU, ao editar os dois pactos internacionais de direitos humanos, aparentemente separando os direitos humanos em duas classes, fez questão de afirmar a concepção unitária já em 1968, como visto. Nos anos setenta, resoluções das Nações Unidas reiteraram esta ideia, consolidada no item quinto, parte primeira, da Declaração e Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), ao afirmar que: "Todos direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados."

A indivisibilidade, então, está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos, a promoção e garantia da dignidade do ser humano. Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis, se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma característica do conjunto das normas e não de cada direito individualmente considerado.

Nessa linha, afirma Dalmó de Abreu Dallari:

Não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações a integridade física, psíquica e moral da pessoa. E não há qualquer justificativa para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras. (DALLARI, 1195, p. 13).

A interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização

simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. E essa característica não distingue direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois a realização de um direito específico pode depender (como geralmente ocorre) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação.

Neste sentido, é exemplar a menção contida no preâmbulo dos Pactos Internacionais de 1966, a dizer:

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito, observa J.J. Gomes Canotilho que mesmo as liberdades negativas, surgidas quando da formulação dos direitos humanos de matriz liberal, carecem da concorrência de direitos econômicos, sociais e culturais para a sua realização máxima. Criticando a "desesperada tentativa" de se fazer sobreviver os arquétipos liberais em face do processo de objetivação e socialização dos direitos fundamentais, o constitucionalista português promove uma adequação temporal daquela noção, ressaltando os seguintes elementos:

- (i) a efetivação real da liberdade constitucionalmente garantida não é hoje apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, econômicos e culturais) não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos.(...)
- (ii) 'o homem situado' não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização de sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa 'cegueira' em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade. (CANOTILHO, 1992, p. 517).

Nessa toada, estes valores e preceitos incluídos na Declaração Universal estão presentes no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos por meio da 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, tendo como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 e vigente a partir de 1978, sendo assinada e promulgada pelo Brasil apenas em 1992 (Decreto 678/1992). A Convenção Americana dialoga diretamente com os direitos adquiridos e garante um catálogo de direitos civis e políticos, entre os quais, o direito à personalidade jurídica, à vida, a não escravidão, ao julgamento justo, à privacidade, liberdade religiosa, à associação etc.

O Estado Democrático de Direito é tido como o agente transformador nas sociedades, mas para ser efetivo deve ser fortalecido e dialogar com a ordem

internacional, principalmente por se tratar de direitos sociais e estar condicionado a dignidade da pessoa humana. Segundo essa perspectiva, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui o condão de atuar juntamente com os Estados-membros na promoção das Normas Internacionais do Trabalho, garantindo a eficiência e a imposição por parte destes na melhoria das condições de trabalho e na garantia do trabalho decente, clamando, ainda, pelo combate ao tráfico de pessoas, ao trabalho infantil e outras situações que menosprezam a dignificação do trabalho humano.

Quanto à criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Georgenor de Sousa Franco Filho e Valério de Oliveira Mazzuoli rememoram sua constituição em 1919, ao final da 1ª Guerra Mundial, por meio do Tratado de Versalhes, juntamente com a ONU – Organização das Nações Unidas. Atualmente é uma agência especializada da ONU, sediada em Genebra, e possui uma composição única tripartite, na qual cada delegação de Estado-membro é formada por quatro integrantes: 2 do Governo; 1 dos empregadores e 1 dos empregados, de modo a dar caráter de paridade as suas deliberações. (FRANCO FILHO, 2016, p. 17).

Os fins e objetivos da OIT, de acordo com Platon Teixeira de Azevedo Neto, foram estabelecidos na Declaração de Filadélfia de 1944, voltados especificamente ao direito humano ao trabalho decente. Ela foi responsável por elencar cinco princípios:

O trabalho não é uma mercadoria; A liberdade de expressão e de associação é uma conexão indispensável para um progresso constante; A pobreza onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; A luta contra a necessidade deve ser conduzida com uma grande energia inesgotável por cada nação e através de um esforço internacional contínuo e organizado pelo qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os dos Governos, participem em discussões livres e em decisões de caráter democrático tendo em vista promover o bem comum. (AZEVEDO NETO, 2015, p. 62).

Nesta esteira, extrai-se da Declaração a afirmativa que “o trabalho não é uma mercadoria”. Assim, desde o início da OIT, a sua participação efetiva em nível internacional tem sido pautada em garantir ao trabalhador, independentemente de fatores como nacionalidade, a concretização de sua dignidade, respeitada e tutelada em qualquer lugar do planeta.

Esses objetivos envolvem o conceito de trabalho decente. Segundo a OIT, trabalho decente é o “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”. Oficializado em 1999, o conceito de trabalho decente recopila a sua missão histórica de promoção de oportunidades para que tanto as mulheres quanto os homens consigam um trabalho

produtivo e de qualidade, em iguais condições de liberdade, segurança, dignidade humanas e com a equidade devida. Esta foi a ideia firmada nas três reuniões realizadas em 2005, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). A promoção do emprego pleno e produtivo e do trabalho decente para todos, especialmente para grupos mais vulneráveis, como mulheres e jovens, foi definida como meta de políticas e estratégias nacionais e internacionais de desenvolvimento.

Segundo Gunther, os elementos que devem constituir o trabalho decente são: “Trabalho Produtivo e Seguro; Respeito Aos Direitos Trabalhistas; Remuneração Adequada; Proteção Social; Diálogo Social; Liberdade Sindical; Negociação Coletiva e Participação”, mencionando ainda que “os cinco elementos devem ser considerados de forma integrada.” (GUNTHER, 2016, p. 10).

O reconhecimento do trabalho decente, conforme expõe Elton Duarte Batalha, ganhou maior notoriedade após a Segunda Guerra Mundial, quando a noção de dignidade da pessoa humana passou a ser observada, normativamente, como imprescindível no âmbito produtivo. Com isso, “o obreiro não merece tratamento como se fosse mais um mero fator de produção: ao contrário, deve ser considerado como um fim em si mesmo, em uma perspectiva Kantiana e fonte de poder conforme a visão Arentidiana” (BATALHA, 2017, p. 21). Outros autores seguem a mesma premissa, como é o caso de Luiz Eduardo Gunther: “O trabalho decente está ligado diretamente aos Direitos Humanos Fundamentais, eis que fonte da subsistência humana, sendo fundamental no desenvolvimento do indivíduo.” (GUNTHER, 2016 p. 11). Ainda sobre esta perspectiva, Dinaura Gomes assevera que “é por meio do trabalho decente que as pessoas conseguem a sua subsistência, a inclusão social e as reais condições para o exercício da cidadania”, os quais ensejam os pilares da República em um Estado Democrático de Direito, com fundamento no artigo 1º da Carta Magna. (GOMES, 2019, p. 164).

José Claudio Monteiro de Brito Filho corrobora, explanando que o trabalho decente é:

O conjunto mínimo de direitos dos trabalhadores, necessários à preservação de sua dignidade e que corresponde: à existência de trabalho, à liberdade de trabalho em condições justas, incluindo a remuneração e que preservem sua saúde e segurança; a proibição do trabalho da criança e a restrição ao trabalho do adolescente, à liberdade sindical e à proteção contra os riscos sociais. (BRITO FILHO, 2014, p. 33).

Correlato ao tema do trabalho decente, a discriminação em matéria de emprego e ocupação foi o tema da Convenção 111 da OIT. Aprovada na 42ª reunião da Conferência

Internacional do Trabalho em Genebra no ano de 1958, entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960, passando a vigor no Brasil em 26 de novembro de 1966. Em seu primeiro artigo esmiuça o termo “discriminação”:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (CONVENÇÃO 111, OIT).

A Convenção prossegue distinguindo que as exclusões ou as preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não podem ser consideradas discriminatórias e menciona que “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

Já em seu segundo artigo menciona que qualquer membro que promulgar tal Convenção será responsável por formular e aplicar uma política nacional que tenha o intuito de promover métodos adequados para a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria e segue elencando um rol de exigências aos Membros que utilizam a Convenção:

- a) esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;
- b) promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e está aplicação;
- c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;
- d) seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;
- e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;
- f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos. (Convenção 111, OIT).

Em suma, a finalidade da Convenção foi a de “constituir instrumentos para a efetiva implantação de práticas de Trabalho Decente”, sugerindo que a dignidade do trabalho esteja “baseada em quatro pilares estratégicos: princípios e direitos fundamentais

do trabalho; proteção social; trabalho e emprego; e fortalecimento do diálogo social tripartite.” (OIT)

1.2 TRABALHO DECENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Canotilho, é enfático ao dizer que:

[...] onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. (CANOTILHO, 1998, p. 347).

Segundo Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos “consagra uma ordem de valores consensualmente aceita no plano internacional, a possibilitar a reconstrução da sociedade no âmbito dos Estados-partes e em prol da defesa de todos”. Conclui afirmando que não haverá qualquer distinção e que o fundamento será baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, conforme preza o primeiro artigo. (CAVALCANTE, 2017, p. 29).

Ainda sobre a Declaração, Norberto Bobbio argumenta:

Contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais. (BOBBIO, 1992, p. 28).

No que tange ao Direito do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos elenca no artigo 23 :

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego;
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual;
3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que assegure, assim como à sua família uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social;
4. Toda a pessoa tem o direito organizar sindicatos e aneles ingressas para a proteção de seus interesses; (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS)

Assim, esses direitos passam a adquirir natureza de direitos humanos perante a ordem internacional e possuem o condão de ingressar no ordenamento jurídico dos Estados-parte.

Dessa forma, esclarece Cavalcante, que se dá a “judicialização da Declaração Universal, através do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, juntamente com o

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, ambos adotados em 16 de Dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificados pelo Brasil em 24 de dezembro de 1992. (CAVALCANTE, 2017, p.30).

Ao recepcionar os termos da Declaração Universal, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no aspecto do direito dos trabalhadores dispõe em seu oitavo artigo:

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos;
2. Ninguém poderá ser submetido à servidão;
3. Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios; (PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS).

Quanto ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o art. 6º, I, assegura aos Estados-partes “o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido e aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.” (PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS).

Nessa toada, o artigo, 7º do mesmo Pacto elenca o catálogo dos direitos básicos do trabalhadores como direitos humanos e estabelece o dever dos Estados-partes de reconhecê-los. Nas palavras de Cavalcante:

Reconhecer os direitos de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente remuneração a propiciar uma existência decente para si e para sua família, além do devido descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. (CAVALCANTE, 2017, p.30).

Nesse perspectiva, o Estado democrático surgiu para dar limite a intervenção na esfera individual, após os movimentos socialistas e o constitucionalismo social, à satisfação das demandas coletivas, como agente encarregado de realizar o valor da solidariedade social.

Como superação de um longo período de violação das liberdades fundamentais e de acirramento das desigualdades sociais, filiou-se o mundo a um sistema jurídico que consagra universalmente os valores fundamentais da dignidade humana e da justiça social, cujas normas destinam-se não a cristalizar a exclusão e o privilégio, mas a obrigar os Estados a voltarem suas ações aos esquecidos, aos marginalizados.

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelo ideal de mudança da realidade brasileira, previu a integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação interna (art. 5º, § 2º), tendo como consequência não só a reiteração dos direitos

constitucionalmente assegurados, mas a geração de novos direitos civis e políticos e, sobretudo, econômicos, sociais e culturais.

Gomes Canotilho orienta que os direitos humanos desempenham quatro funções fundamentais, “a de defesa ou de liberdade, a função de prestação social, a função de proteção perante terceiros e a função de não discriminação.” (CANOTILHO, 2003, p. 407).

De acordo com Raquel Betty Pimenta, nosso País também sofreu influência direta da Declaração na Constituição de 1988 e na postura adotado pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional quando ratificou outros tratados de direitos humano. Menciona ainda que “possui força normativa no âmbito interno de nosso país compondo o arcabouço de normas protetivas de direitos humanos devidamente assegurados pela ordem jurídica brasileira.” (PIMENTA, 2014, p. 313).

Canotilho é explícito em afirmar que o reconhecimento de direitos como fundamentais depende da constitucionalização, ou seja, de sua positivação no texto constitucional: “[...] direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional” e prossegue destacando que “[...] a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo.” (CANOTILHO, 1998, p. 347).

Nessa linha, Jorge Miranda assinala:

Qualquer Constituição pressupõe um poder constituinte material como poder de auto-organização e autor-regulação do Estado. E este poder é um poder originário, expressão da soberania do Estado na ordem interna ou perante o seu próprio ordenamento. (MIRANDA, 2008, p. 355).

Afirma ainda que a qualquer Constituição moderna implica também um poder “constituinte formal como o poder do Estado de atribuir às normas constitucionais uma forma adequada e de lhes atribuir uma força jurídica específica diante das demais normas”. E conclui: (MIRANDA, 2008, p. 155)

O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político vale também para a formação e a transformação de um Estado. Em segundo lugar, o poder constituinte material envolve o poder constituinte formal, porquanto (assim como a Constituição formal contém uma referência material) este é, por seu turno, não menos um poder criador de conteúdo valorável a essa luz. Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, através dele que se declara e firma a legitimidade

em que agora assenta a ordem constitucional. Confere, pois, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua ação) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas. (MIRANDA, 2008, p. 157).

A atual Constituição Federal decretada em 1988, em seu título II, capítulo I, do artigo quinto, concede a todos os brasileiros, “sem distinção de qualquer natureza”, a igualdade perante a lei (Princípio da Igualdade, artigo 5º, *caput*). De modo não expreso, o artigo em questão elenca um amplo rol de regras e princípios que guiam todo o ordenamento. No que tange o direito ao trabalho, este consta previsto na lista de direitos sociais, econômicos e culturais, e está inserido na proposta nacional Constitucional e no Plano Internacional dos Pactos de Direitos Humanos. Neste norte, o direito possui êxito, posto que, a sociedade atual é garantidora da dignidade do ser humano, motivando a integração social.

Destarte, deve ser assegurado a todos, sem diferenciação, por referir-se a direitos fundamentais, que tem como atributo a universalidade; neste aspecto, destaque para o Princípio da Igualdade que, em sentido amplo e material, delibera que “a todos deve ser indubitavelmente garantida a igualdade de oportunidades.”

Não obstante os consagrados Pactos, é inegável que para a satisfação do direito à vida é necessário a contemplação dos direitos sociais, principalmente no que tange ao trabalho decente, a fim de assegurar condições à dignidade da pessoa humana e facilitar o pleno direito ao exercício da cidadania. Nas palavras de Cançado Trindade:

O próprio direito à vida, tido como o mais fundamental de todos os direitos, tomando em sua ampla dimensão, a abarcar também as condições de vida (direito de viver, com dignidade), por exemplo, pertence a um tempo tanto ao domínio dos direitos civis e políticos como a dos direitos econômicos, sociais e culturais. Não podemos naturalmente, nos limitar somente aos “direitos de subsistência”: há que ir mais além. A experiência na promoção e proteção dos direitos humanos não se tem confinado à satisfação das necessidades humanas básicas, que constitui tão somente o mínimo, o passo inicial, tem ela vislumbrado um horizonte bem mais amplo, através da capacitação em matéria de direitos humanos, do exercício pleno do direito de participação em todos os domínios da atividade humana. (CANÇADO, 1997, p.396).

Neste contexto, o conhecimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais torna-se fundamental, eis que suas prescrições em boa parte ampliam as disposições contidas no Título II da Constituição Federal de 1988, ou em artigos do Título VIII, versando sobre a saúde, a educação, a cultura etc. Mais além, o tratado tem a

considerável qualidade de sistematizar a matéria, não apenas por abrigar sob um mesmo teto todos os direitos sociais, mas por permitir que se enxergue suas características comuns, bem como sua relação com os direitos humanos de outra espécie. De fato, como resultado do mesmo esforço que gerou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o tratado ora em estudo forma, com aquele, unidade indivisível, enfatizando o caráter interdependente e complementar dos direitos humanos.

Como assinalado, a ideia inicial existente nas Nações Unidas era a da construção de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal e um pacto internacional.

José Afonso da Silva menciona que o modelo democrático instituído pela Constituição Federal de 1988 possui natureza preponderantemente civil e política — "estão contaminados de dimensão social" o que opera a transição "de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal, para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante." Nessa linha, ao autor assevera que "quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo." E acrescenta:

O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como categoria contingente. (SILVA, 1996, p. 524).

Dentre todo o exposto, restam dúvidas sobre como diferenciar dentre os direitos, aqueles fundamentais e os assim não qualificados? Mais ainda, quem ou como se qualificam os direitos dessa forma? Os direitos são fundamentais por si próprios ou dependem de algum expediente jurídico que assim os qualifique? São questões espinhosas que se referem à própria história dos direitos humanos, enquanto o Iluminismo, em particular a Independência das Treze Colônias, em 1776, a Revolução Francesa, em 1789, e todo o constitucionalismo do século XIX, até as constituições governamentais que vieram após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Segundo Vigliar, embora provenham da mesma matriz e história, prevalece hoje, não sem alguma turbulência, a ideia que, embora intimamente próximos e conectados, "direitos humanos e fundamentais não se confundem, diferenciando-se pelos critérios da positivação e não-positivação e por sua índole, internacional, no caso dos direitos humanos; ou doméstica, no caso dos fundamentais". (VIGLIAR, 2022, p. 36.)

Nessa toada, Leonardo de Farias Duarte explica:

Ainda não se alcançou um consenso acerca da delimitação conceitual e definição daquilo que se costuma designar por direitos naturais, humanos e fundamentais. Um critério, por assim dizer, objetivo, mas ainda imperfeito, é o da positivação. De acordo com esse critério, os direitos naturais, por não serem positivados, podem ser agrupados numa categoria diferente da dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Já o traço distintivo dos direitos humanos assenta-se na sua positivação em documentos internacionais. Isso os distancia dos direitos fundamentais, que se acham expressos na ordem constitucional de um determinado Estado, normalmente abrigados no próprio texto constitucional. Esta última categoria estaria, assim, na etapa mais adiantada do ‘processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito’, localizando-se os direitos humanos num ponto intermédio. (DUARTE, 2011, p. 11-12)

Dentro dessa perspectiva, apesar da diferenciação entre essas práticas fundamentais e humanas, e de sua relativa utilidade, elas não só são absolutamente complementares como também partilham das mesmas características, defende Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de um vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 5).

“Tanto os direitos humanos quanto os fundamentais são direitos históricos, no sentido de se conformarem como tais numa necessária resposta bifronte, ao mesmo tempo que busca refrear os malefícios da dominação, tenta dela extrair algum benefício”, sustenta Vigliar. (VIGLIAR, 2022, p. 37)

Nas palavras de Bobbio:

Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. [...] Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos — apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. (BOBBIO, 2004, p. 6).

De maneira clara e objetiva, essa “marcha de resistência à dominação e ao poder” que culmina nos direitos humanos e fundamentais, é “[...] o fruto agridoce de injustiças sofridas por indivíduos, grupos e povos, ou ainda bandeira de inúmeros heróis anônimos que enfrentaram o poder estabelecido”, de acordo com Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 21).

Os mesmos autores ainda nomeiam esse trajeto histórico dinâmico de “dinamogenesis”, e o define como:

[...] a criação ou nascimento dinâmico de direitos em decorrência das necessidades dos seres humanos que, de tempos em tempos, uma vez conscientes de seus problemas, se articulavam por intermédio de um protagonista coletivo, que age reivindicando direitos ou limitação de poderes. Assim, com o enfrentamento entre o poder estabelecido e os novos atores, aparecem novos paradigmas do direito, que positivam novas demandas e transformam relações jurídicas anteriores”. (SILVEIRA; ROCASSOLANO, 2010, p. 78).

Dentro dessa crítica, os letrados, exclamam: “- Mas afinal o que é poder?”

Rigorosamente falando o poder não existe; o que existe são práticas ou relações de poder. Trocando em miúdos, poder é algo que se exerce, se efetiva e funciona como uma máquina - uma máquina social que não está situado num lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma relação. Não é um lugar que se ocupa nem algo que se possui; ele se exerce, se disputa. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 31).

Nessa toada, Vigliar comenta que “pode o poder irradiar de toda parte, não apenas da soberania estatal, de onde emanava quase que exclusivamente toda a dominação na época do *Ancien Régime*, período em que ganha impulso a ideia dos direitos do homem”. Segue comentando: (VIGLIAR, 2022, p. 38)

Daí, hoje, se falar em poder ideológico, político, jurídico, econômico, midiático, estatal. Há múltiplos polos de emanção de poder de modo que a organização social se torna hierárquica, ou seja, não mais organizada exclusivamente de maneira verticalmente centralizada, o que, se por um lado torna a sociedade mais complexa pelas múltiplas possibilidades de arranjos de poder, por outro abre caminho à aplicação dos direitos humanos e fundamentais para além da esfera pública, em resposta às manifestações de dominância dos poderes privados, notadamente o econômico, exponencialmente multiplicado pelos avanços tecnológicos das últimas décadas, a culminar no capitalismo de vigilância. (VIGLIAR, 2022, p. 38)

Se a experiência histórica dos direitos fundamentais, por um lado, revela um caráter indispensável para a construção de sociedades mais justas, tolerantes e prósperas; por outro lado, ela não resulta como um simples resultado sociológico dessas conquistas. Segundo Duarte, “têm eles de ser assim juridicamente construídos e concebidos.” Ou seja, para que dadas circunstâncias e embates sociais transformem-se em direitos fundamentais “é preciso que os direitos fundamentais sejam alçados ao ‘lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais’. Daí a afirmação de que, sem Constituição, não há direitos fundamentais.” (DUARTE, 2011, p. 12).

Conforme explana José Marcelo Vigliar:

O poder, inclusive o jurídico, é uma relação de disputa dinâmica, multifacetada e, mesmo no processo constituinte, seja originário ou reformador, culmina com a edição de uma norma jurídica positivada num texto formal, pressupõe uma

valoração material que lhe é anterior e que se dispôs a conceber e a tornar em norma formal. Não há constituição formal, sem uma constituição material que lhe seja anterior. De maneira mais geral, a norma jurídica formalmente editada, é o amálgama de um poder material e formal imbricados pelo processo constituinte ou legislativo. (VIGLIAR, 2022, p. 41)

Se, por um lado a fundamentalidade formal está associada à constitucionalização, a material evoca a ideia do conteúdo:

[...] o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. [...] A fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das Common -Law Liberties. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais. (CANOTILHO, 1998, p. 349).

Portanto, a fidedignidade da afirmação de um direito como integralmente fundamental, ou não, depende dessa dupla condição: uma material e outra formal. “Um direito, para atingir o status de fundamentalidade há de ser materialmente fundamental, mas também tem de estar assim formalmente consagrado na constituição.” Daí a lição de Canotilho, de a fundamentalidade dos direitos dizer respeito à forma e a materialidade. (CANOTILHO, 1998, p. 348).

1.3 TRABALHO DECENTE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Segundo Calsing, a importância dos direitos humanos fundamentais para o desenvolvimento da Teoria do Direito está ligada ao “rompimento com o legalismo exacerbado, fulcrado mais no texto que na proteção do ser humano.” (CALCING, 2017, p.23).

Nesta esteira, Bobbio comenta que os “direitos humanos não são os caules ou os ramos, mas as próprias raízes da árvore do Direito, interno e internacional.” O autor ainda comenta que “são os alicerces legítimos do edifício jurídico.” (BOBBIO, 1992, p 51).

No âmbito internacional, o sinal definitivo nesta direção foi a adoção simultânea dos dois tratados pelas Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, através da Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral. Os Pactos entraram em vigor quase ao mesmo tempo, ocorreu em 3 de janeiro de 1976, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 23 de março do mesmo ano para o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Da análise comparada dos Pactos, percebe-se a semelhança do preâmbulo - enfatizando a inerência dos direitos humanos aos seres humanos e a inalienabilidade da

liberdade e da igualdade humanas - e a perfeita identidade do artigo 1º, este introduzindo o direito à autodeterminação dos povos, ausente no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas decorrente do propósito da ONU de desenvolver relações amistosas entre as nações, baseado no princípio da igualdade de direitos e na autodeterminação dos povos, constante do artigo 1º da Carta das Nações Unidas.

Também se observa similitude entre os artigos 3º de ambos os tratados, para enfatizar a obrigação dos Estados signatários de garantir a igualdade entre homens e mulheres, no gozo dos direitos de que cuidam.

Possui particular relevância o artigo 5º, comum aos dois Pactos, pois cria uma regra de inteligência própria dos direitos humanos, completamente distinta dos critérios usualmente utilizados pela hermenêutica em outros ramos do Direito. Diz, então, que a interpretação dos direitos expressos nos Pactos deve ser a mais ampliativa possível, voltada à eficácia máxima de suas previsões. Ao vedar aos Estados ou a particulares a tomada de atitudes que objetivem limitar ou destruir os direitos assegurados, indica, a contrário sensu, que a regra geral é a da maximização dos direitos humanos, somente sendo aceitas as limitações autorizadas pelo tratado.

Cançado Trindade relata:

Não mais há pretensão de primazia de um ou de outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. (CANÇADO, 1996, p.46)

De outro lado, a diferença fundamental entre os Pactos é justamente aquela que originou a edição de dois documentos distintos, estampada nos respectivos artigos 2º: Enquanto o do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos cria a obrigação estatal de "tomar as providências necessárias", inclusive de natureza legislativa, para "garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto". O tratado referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, também no artigo 2º, prevê a adoção de medidas, tanto por esforço próprio, como pela cooperação e assistência internacionais, "que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto".

Porém, ainda que se entenda que tais direitos não possam ser inaugurados imediatamente, por demandarem uma série de medidas estatais relacionadas com uma

política pública, não se pode daí inferir que não surja para os cidadãos de um Estado-parte, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito subjetivo de exigir a sua implementação; especialmente tendo em vista a melhoria de uma situação específica que viole a dignidade fundamental dos seres humanos, ao se mostrar contrária aos patamares mínimos estabelecidos pelo Pacto ou por outros tratados de natureza semelhante.

Conclui-se que o que se acabou de examinar conduz à aproximação crescente entre as duas dimensões de direitos humanos, em face de sua complementariedade recíproca e de suas características específicas, longe das quais não há como compreender todos os seus desdobramentos e o sentido da existência de um sistema internacional de normas e organismos no mundo contemporâneo.

Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem um duplo grau de eficácia, na medida em que são condição de verificação efetiva dos direitos civis e políticos, ao mesmo tempo em que revelam um compromisso jurídico dos Estados em transformar a realidade na direção indicada pelos direitos assegurados pelo tratado. Mais além, a doutrina processual vem caminhando no sentido de reconhecer interesses jurídico transindividuais, criando mecanismos de dedução das lides correspondentes, o que contribui para tornar os direitos aqui tratados exigíveis judicialmente, como o são os civis e políticos.

3 PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA CARCERÁRIO E O TRABALHO HUMANO

3.1 EVOLUÇÃO DA PENA

A punição acompanhou o homem por toda a história da humanidade e segundo Ênio Luiz Rosseto, “várias foram as suas fases, passando pela vingança divina, considerando a vingança privada e encerrando na vingança pública.” (ROSSETO, 2014, p. 3).

No início o homem tinha uma visão limitada de sua existência, e não sabia ao certo a sua posição no universo. Tampouco compreendia os fenômenos da natureza como a chuva, a seca, os raios, o inverno e outros tantos outros fenômenos naturais estranhos à força do homem.

Dessa forma, essas sociedades entendiam esses efeitos como prêmios ou castigos por suas ações, nos trazendo a ideia de que a aplicação da pena era atribuída com o fim de acalantar a ira dos Deuses: era necessariamente sacral.

A vingança divina, no entendimento de Rosseto, girava em torno do apego religioso na Antiguidade, resultou em uma fase de “castigos oriundos da cólera dos Deuses.” (ROSSETO, 2014, p.3) Bruno Anibal complementa que a “ausência de compreensão dos fenômenos naturais conduzia os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais, que os levava a ser dominados por totens e tabus.” (BRUNO, 1967, p. 68)

Sérgio Salomão Checcaria explica que nessas sociedades primitivas os “*totens* eram considerados objetos de adoração e de culto e todos deviam respeito e obrigações a estas imagens.” (SHECCARIA, 2002, p.24) Nessa linha, Oswaldo Henrique Duek Marques explica:

O sentimento de vingança, como manifestação totêmica ou decorrente de tabus foi, sem dúvida, a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão do mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, se expressava por meio de vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a preservação de novas transgressões. A vingança tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão. (MARQUES, 2007, p. 9).

Em contra ponto, a justiça praticada pelas próprias mãos caracterizou a fase da vingança privada no período primitivo. As violentas reações por parte dos indivíduos ou da tribo, em sua coletividade, fez com que esse modo de vingança ficasse conhecido por ser desproporcional e exagerado.

Eugenio Zaffaroni explica que a vingança privada ocorrida no período primitivo “não contava com a ação pública punitiva, ela não se preocupava com a proporcionalidade entre a ofensa e a reação da vítima, dos parentes, ou do grupo social contra o ofensor.” (ZAFFARONI, 2007, p. 159).

Para Aníbal Bruno, “a reação dos grupos mais primitivos era considerado o *revide* eis que não guardava proporção com a ofensa, sucedendo lutas acirradas entre grupos e famílias e por conseguinte, debilitando e enfraquecendo grupos e tribos.” (BRUNO, 1967, p. 72).

Iniciou-se então a punição como uma reação coletiva contra essas ações que desagradavam a harmonia do grupo. A pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. (BRUNO, 1967, p. 72).

Com o fortalecimento da sociedade, a vingança privada, aos poucos foi cedendo lugar à justiça privada e dando ao chefe da tribo, clã ou família, o poder supremo de decidir acerca dos infratores, não existindo mais – ao menos indiretamente –, aquele castigo que todo um grupo social sofria por delitos praticados por terceiros. Ao menos na teoria.

A aplicação de penas desmedidas e sem cabimento lógico acabou por aniquilar vários grupos sociais, e fez com que enfraquecesse-se tantos outros. Penas de banimento ou vingança de sangue, bem como as mortes resultantes de guerras entre as tribos, desestruturavam a célula social, fazendo com que a civilização buscasse outro meio de punir seus infratores, sem o perigo de destruir sua própria existência.

Nessa toada, Anibal Bruno acrescenta: “Após esse período de reação social e o avanço da sociedade primitiva, a vingança privada desencadeia o surgimento da Lei de Talião”. De acordo com Aníbal, “a força da vingança tem de ser medida pela intensidade da agressão, segundo a fórmula olho por olho, dente por dente.” (BRUNO, 1967, p. 73). Considerada “a primeira conquista do sistema repressivo”, pois nota-se aqui pela primeira vez uma proporcionalidade entre crime e pena. Com o intuito de que o revide não ultrapassasse a medida da ofensa.” Considerado um marco progressista, a lei de talião atenuou a desmedida vingança. (ROSSETO, 2014, p. 5).

Basileu Garcia anota que a sociedade entendeu ser necessário estabelecer um “equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta. Surgindo Talião, como um processo de justiça em que ao mal praticado por alguém devia corresponder, tão exatamente quanto possível um mal igual e oposto.” (GARCIA, 2008, p. 13).

Com o advento da sociedade organizada, as antigas formas de imposição de pena se tornaram inadequadas. Surgindo aqui o período da vingança privada onde o Estado toma para si “o poder de dizer o direito e resolver os litígios; garantindo, com a pena pública, a sua própria sobrevivência”. Para tanto, utiliza a paz social como forma de justificativa. Segundo Estefan, “apesar de haver uma insegurança jurídica, a sociedade, de certo modo, respirava aliviada, pois a pena não era imposta por terceiros ou pela comunidade, mas sim pelo Estado.” (ESTEFAN; GONÇALVES, 2013).

A pena na Idade Média, é o período compreendido entre o Império Romano (476 d.C.) e a queda de Constantinopla (1453). (BITENCOURT, 2011, p. 28). Após a queda do Império Romano ocorreu na Europa a invasão dos bárbaros, conseqüentemente o

período teve um influência da cultura germânica (século V até o século XI d. C.). (COSTA, 2007, p. 78).

Esse povo possuía uma concepção absolutamente objetiva do injusto e utilizava uma concepção estritamente privatista da pena, entendendo que a reparação do mal sofrido pela vítima legitimava uma reação por parte do ofendido (vingança).” (COSTA, 2007, p. 178).

Essa comunidade acreditava na perda da paz (expulsão daquele que se tornava inimigo da comunidade e dos seus deuses) e na composição (o transgressor satisfazia a ofensa perante o Tribunal indenizando a vítima). Na lição de Aníbal Bruno:

Perdida a paz, estava o homem exposto à morte não só porque, rompidos os vínculos mágicos ou de sangue com o clã, ficava à mercê da violência dos outros, mas ainda porque sozinho, no mundo de então, deserto de homens, dificilmente poderia defender-se das forças hostis da natureza, cósmicas ou animais. (BRUNO, 1967, p. 171).

Quanto à composição, Zaffaroni explica que foi a precursora da indenização do direito privado, “*Wehrgeld*, pode ser considerada a indenização de dano, o *Busse*, em que o agressor comprava o direito de vingança do agredido e o *Fredus* que era paga ao soberano. Nos delitos privados havia a *faida* ou inimizade contra o infrator e sua família.” (ZAFFARONI, 2007, p. 167).

Segundo Georg Rusche, a ênfase principal do direito criminal era a de manter a ordem pública entre iguais em *status* e bens. Assinala o criminologista que havia um provérbio inglês que dizia: “*Buy off the spear ore ar it*”, “Suborne a lança ou exiba-a”; nas palavras do letrado “a principal discussão para o crime era o medo da vingança pessoal da parte injuriada. O crime era visto como uma ação de guerra e a arbitragem privada atuava na imposição de fiança.” (RUSCHE, 2010, p. 22).

De acordo com Rusche, os valores das fianças eram diferentes e manifestadamente nítida sua distinção perante as classes. “A fiança era cuidadosamente graduada, segundo o *status* social do malfeitor e da parte ofendida”; segundo o entendimento do autor, essa diferenciação de classe afetava o grau da fiança e também originou a evolução do sistema de punição corporal. “A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais. O sistema penal tornou-se progressivamente restrito à uma minoria da população.” (RUSCHE, 2010, p. 22).

Em se tratando do Direito Canônico, para Santo Agostinho, em “Cidade de Deus e a Cidade Terrena” (354 – 430 d.C.) haviam dois reinos, “a punição terrena significava uma espécie de penitência para conduzir o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final.” Considerava que haviam três tipos de penas: “a condenação, a partir do

pecado original, a purgação em vida e após a morte, a correção, que tinha como objetivo a emenda do transgressor.” (MARQUES, 2007, p. 32). Segundo Rosseto, “a retribuição penal deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator, essa proporção deveria estar baseada na intensidade do crime (“é preciso que o mal da ação seja expiado pelo mal da pena” –Livro Vigésimo Primeiro, Cap. XII). (ROSSETO, 2014, p.13).

Já para o filósofo cristão Santo Tomás de Aquino (1224 a 1274), Rosseto menciona que seu pensamento era que “Deus investiu a autoridade civil do direito de castigar, cujo exercício deveria ajustar-se à justiça divina”. (ROSSETO, 2014, p. 14). Marques complementa: a pena era a “justa retribuição, segundo o exemplo divino, para a promoção do fim moral. Seu pensamento se identificava com a visão medieval, segundo a qual, é perante Deus que o soberano é responsável pela realização de Justiça.” (MARQUES, 2007, p. 33).

Cumpra parafrasear Anibal Bruno “o Direito Canônico sintetizou o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos.” Para o autor “o delito era visto como pecado.” (BRUNO, 1967, p. 86-87). Em decorrência deste pensamento Oswaldo Henrique Duek Marques comenta: “havia confusão entre o crime e o pecado, o criminoso era visto como um pecador e que por meio do castigo (pena) poderia se salvar para a vida eterna.” Segue discorrendo:

A Igreja contribuiu para o fortalecimento da autoridade pública, combateu a vingança privada, reagiu contra o espírito individualista do direito germânico e reconheceu na pena pública a única sanção justa e regular. A pena passou a ser pública, em oposição à vingança privada, exercida como uma espécie de represália pela violação divina. (MARQUES, 2007, p. 29).

Em se tratando especificamente da pena privativa de liberdade, Rosseto menciona que ela não se estabeleceu na Idade Média, eis que a “prisão tem a finalidade de custodiar para outros fins, pois nessa época surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica.” (ROSSETO, 2014, p, 16) Nessa toada, explica César Bitencourt:

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometidos delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. A prisão de Estado apresentava duas modalidades: a prisão-custódia, onde o réu esperava a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real” [...]. A “prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação” [...], com a ressalva que a prisão canônica era mais humana que a do regime secular, baseado em suplícios e mutilações.” (BITENCOURT, 2004, p. 32-33).

Ainda de acordo com o autor, o termo *penitenciária*, como sentido de pena, foi uma das contribuições do Direito Canônico. Segundo ele, “por meio de penitência e de meditação, o infrator podia se corrigir.” Depreende-se do ensinamento de Bitencourt que a “prisão canônica era mais humana que o regime secular, baseado em supliciar e mutilar. Pode-se falar que houve humanização da sanção.” (BITENCOURT, 2011, p. 465).

Por outro lado, quanto à execução da pena canônica, assinala Dario Melossi:

A ausência de trabalho significava que a privação da liberdade em si não constituía a pena, mas era uma oportunidade para que no isolamento pudesse ser alcançando o objetivo da pena: o arrependimento, finalidade entendida como correção ou possibilidade de correção diante de Deus, a pena de caráter retributivo era fundada na gravidade do delito. (MELOSSI, 2006, p. 24-25).

Já na Idade Moderna, período compreendido entre o fim da Idade Média, em 1453, com a queda de Constantinopla, e o ano de 1789, com a Revolução Francesa. Segundo Rosseto, “no absolutismo todo o poder do monarca reproduzia nas penas a sua reafirmação de soberano.” Dessa forma, “as penas não possuíam qualquer proporcionalidade com o crime e não era atribuída a ela conteúdo jurídico. Ela ainda não tinha nenhum objetivo de emenda do condenado.” (ROSSETO, 2014, p. 18). Marques complementa: “A aplicação da pena tinha a função de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado.” (MARQUES, 2007, p. 36).

Nessa toada, Bustos Ramirez argumenta que “o Estado absolutista é conhecido também como um Estado de transição. É o período necessário entre a sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal.” Ele prossegue esclarecendo que nesse período houve um aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital, motivado pelo desenvolvimento que essa nova classe social estava experimentando, necessitou a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas. Dessa maneira, o autor anota que no Estado absoluto “a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista.” (RAMIREZ, 1997, p. 117).

Dentro desta perspectiva, cabe ressaltar um trecho do clássico: *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel (1469-1527):

Os castigos funcionavam como forma de intimidação, para segurança da sociedade e garantia do poder soberano, concepção própria do absolutismo, que não visava outra finalidade da pena, a não ser a de incutir temor em nome da salvaguarda da monarquia absoluta. (MAQUIAVEL, 1997).

Ainda segundo o autor, em seu Capítulo XVII, ao cuidar da crueldade e da piedade “o Príncipe não deve se importar com a qualificação de cruel, porque é mais cruel aquele

que por clemência deixa acontecer desordens, das quais podem nascer assassinos e rapinagem.” Finaliza o pensamento com a costumeira soberba do absolutismo afirmando: “O Príncipe deve ser temido, mas não odiado, porque o ódio leva à traição.” (MAQUIAVEL, 1997).

Outro pensador importante da história foi Thomas More (1478-1535), anota Álvaro Mayrink Costa, que ele nasceu em Londres (07/02/1478) e era filho de um magistrado inglês. Cursou humanidades em Oxford, onde conheceu Erasmo. Ocupou cargos na magistratura e “chegou a grão-chanceler, onde permaneceu até 1532.” Em virtude de sua negativa em “prestar juramento ao Rei Henrique VIII, reconhecendo-o como soberano temporal e chefe religioso, foi condenado por alta traição à morte entre suplícios infamante e teve sua decapitação dia 05/07/1535.” (COSTA, 2007, p. 208-209).

Sua teoria observou “que as penas não eram o meio infalível a que tinham confiança as ferozes legislações de seu tempo, que deviam ser limitadas e preventivas.” Em seu livro, *Utopia*¹ (1516), estabeleceu relação entre a criminalidade e os fatores econômicos e cumpriu em analisar os fatores geradores do delito bem como a necessidade da proporção entre os delitos e as penas. Segundo Marques, “foi um dos primeiros a conceber a pena com finalidade reeducativa do delinquente.” (MARQUES, 2007, p. 39).

Na mesma obra, o jurista e filósofo cumpre seu perfil humanitário atribuindo um diálogo entre os personagens Hitlodeu e o cardeal Morton, onde em cena, “entusiasmados com as rigorosas medidas tomadas contra ladrões, enforcados por toda parte, apresentava dificuldade em conceber a insistência nos condenados em cometer crimes, mesmo havendo poucos que escapavam do enforcamento.” (MORE, 1999, p. 39).

Não há com o que se espantar: esse modo de lidar com os ladrões é tão injusto quanto socialmente indesejável. Enquanto punição é severa demais, e, enquanto meio de intimidação, é ineficaz. O pequeno furto não é crime tão grave que mereça a pena de morte, e não há no mundo nenhum castigo que faça as pessoas pararem de roubar quando é está a única forma de que dispõem para conseguir alimento [...]. Em vez de infligir esses castigos horríveis, seria muito mais apropriado assegurar a todos algum meio de subsistência, de tal modo que nenhum homem se visse compelido por terrível necessidade a roubar e depois pagar por isso com a morte. (MORE, 1999, p. 39)

O sistema penal, baseado no sofrimento do condenado, e a pena de morte começaram a enfraquecer junto com o absolutismo, apesar de ainda persistir. Os meios

¹ A palavra utopia passou a existir com a publicação da obra de Thomas More, o qual cunhou ao fundir o adverbio grego *ou* - não - ao substantivo *topos* – lugar - conforme consta na Introdução da obra *Utopia* 9. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

utilizados para conter as massas falharam; embora cruéis e rígidos, não tinham eficácia contra a crescente criminalidade. Sendo assim, a pena de morte não era mais conveniente, visto que com crescimento exacerbado da “delinquência”, dizimaria a população (MELOSSI, 2006, p. 36).

Bitencourt, acena que em Amsterdam (Holanda), foram criadas casas de correção para tratar da pequena delinquência, “inicialmente para homens em 1596, e depois para mulheres em 1597, por fim, em 1600 uma seção especial para jovens.” Aos condenados em delitos mais graves havia pena de exílio e açoites. Tinha o objetivo de educar por meio do trabalho, do castigo corporal e da instrução religiosa: “Entendiam que o castigo e os conceitos religiosos permitiriam a correção do delinquente. Consideravam, por influência calvinista, que o trabalho não deveria pretender a obtenção de ganhos nem satisfações, mas só tormento e fadiga.” (BITENCOURT, 2004, p. 40).

Georg Rusche assinala que, no século XV, houve a recuperação da população que morreu em virtude da Peste Negra (XIV) em toda a Europa, logo, a população urbana acabou sendo reposta pelo êxodo rural, trazendo um aumento de desvalidos, desempregados e despossuídos. Afirma o autor que muitos fatores foram os responsáveis para tais mudanças, mas o esgotamento do solo e o decréscimo da colheita despontavam. Com a aglomeração de pessoas, o espaço para o plantio foi diminuindo, exigindo que a população procurasse um novo rumo; por não encontrar quem os abria as portas, eram forçados a permanecer nas estradas, se tornando imigrantes errantes, vagabundos e mendigos, “seus bandos foram uma verdadeira praga!” (RUSCHE, 2010, p. 24).

Nenhuma política social consistente foi desenvolvida para resolver esta situação. Estas pessoas contavam apenas com único recurso reunir-se a bandos de mercenários que começavam a existir. Príncipes e outras autoridades enxergaram neste novo e barato suprimento de soldados um meio de consolidação e ampliação do seu poder. O suprimento barato de mercenários tornou os cavaleiros supérfluos e retirou-lhes uma parte importante de seus ganhos. Alguns sofreram em dobro, especialmente entre os extratos mais baixos, pois o esgotamento do solo e o crescimento da miséria dos camponeses impossibilitou que pagassem seus tributos. Sobretudo o crescimento do tamanho das famílias por gerações a fio implicou um número maior de filhos jovens da casta militar, sem nenhuma perspectiva de herança, agravando ainda mais a situação. Muitos destes cavaleiros hereditários, e sem-terra, tornaram a liderança da rapinagem assim como seus súdito estavam fazendo o mesmo em escala menor. A principal diferença era que os camponeses despossuídos tinham que roubar abertamente e os cavaleiros podiam esconder suas intenções sob o pretexto legítimo de fazer a guerra ou vingar as massas depauperadas pelos mercadores ricos das cidades que tinha arruinado as massas fisicamente, economicamente, moralmente, e por quem eles pressentiam que seriam atacados. Tentativas de abaixar a taxa de natalidade foram feitas através da proibição de casamentos e medidas similares, mas o único resultado foi o crescimento do número de crianças ilegítimas. (RUSCHE, 2010, p. 24).

A escassez da mão-de-obra, que ficava alinhada ao interesse econômico em explorar o condenado, levou à ideia de dominar os ociosos que podiam contribuir com seu trabalho e usá-los.

Importa frisar que as penas cruéis aplicadas na Inglaterra, até a metade do século XVI, não faziam frente à mendicância em Londres por conta das condições socioeconômicas; segundo Cezar Bitencourt, dessa forma, o País criou as instituições de correção que “visavam recolher mendigos, ociosos, ladrões e autores de pequenos delitos, com a finalidade de corrigi-los por meio do trabalho e da disciplina”: (BITENCOURT, 2004, p. 39-44)

No ano de 1697 surgiu na Inglaterra a primeira casa de trabalho (*workhouse*), no final do século XVII havia vinte e seis *workhouses*: “O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura. A função da casa de trabalho é indubitavelmente mais complexa que a de taxar simplesmente o salário livre. Ou, pelo menos, pede-se também que este último objetivo deve ser entendido na plenitude de seu significado, isto é, como controle da força de trabalho, da educação e domesticação do trabalhador.” (BITENCOURT, 2004, p. 39-44)

Os séculos XVI e XVII merecem destaque para o fator: pobreza, que acabou se alastrando por toda a Europa, em consequência ao aumento da criminalidade, a reação penal passou a ser mais severa. (ROSSETO, 2014 p. 20). Na retrospectiva de Hans Von Henting sob a ótica de Cezar Bitencourt:

Com as guerras religiosas, que arrancaram riquezas da França, os pobres formavam quase a quarta parte da população, que subsistiam de esmolas, do roubo e de assassinatos, e os condenados eram enviados ao patíbulo, obrigados a trabalhar acorrentados nos esgotos, expulsos da cidade ou condenados às galés; no ano de 1606 o Parlamento decidiu-se açoiá-los em praça pública, marcá-los nas costas, raspar-lhes a cabeça e expulsá-los da cidade. (BITENCOURT, 2004, p. 17).

Nessa toada, Michel Foucault, no clássico *Vigiar e Punir*, representou a crueldade das punições na França ao descrever a execução de Damiens em praça pública em 1757. (FOUCAULT, 1987, p 9-10).

Damiens é levado em numa carroça, nu, de camisola, segurando uma tocha acesa, atenazado nos mamilos, braços, coxas, barrigas das pernas, na mão direita segura a faca com que cometeu o parricídio. Às partes atenazadas é aplicado chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente. O corpo é puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1987, p. 9-10).

As casas de correção (*houses of correction ou bridwell*), possuíam como trabalho a área têxtil e a férrea, e usava a disciplina “como os meios para reformar os delinquentes.” Elas alcançaram o seu auge na segunda metade do século XVII. (BITENCOURT, 2004, p. 30-38).

Por fim, cumpre trazer a contribuição de John Howard (1726-1799). O inglês se dedicou a reformar prisões pela Europa. Cezar Bitencourt destaca obras na França, Alemanha, Holanda, Portugal e Turquia e ainda assinala visitas de John à hospitais, lazaretos e prisões, chegando a lançar um livro em 1777 sobre as suas pesquisas intitulado *The State of Prisons in England and Walles*. A sua obra traz sua visão das péssimas condições dos cárceres e sugere higiene, alimentação, disciplina diversificada para presos provisórios e trabalho e humanização para os condenados. (BITENCOURT, 2004, p. 60).

Entretanto, analisa Cezar R. Bitencourt que John Howard não conseguiu “transformações substanciais na realidade penitenciária da Inglaterra, suas ideias foram avançadas para o seu tempo na medida em que ressaltava a necessidade de melhorar as condições carcerárias.” (BITENCOURT, 2004, p. 60).

Melossi e Pavarini comentam sobre as *workhouse*: “Esta nova e original modalidade de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que à genialidade individual de algum reformador.” (MELOSSI, 2006, p. 39).

Dário Melossi e Massimo Pavarini trazem uma importante crítica a essa fase do capitalismo do século XVI, na Europa e na Inglaterra, quando mencionam sobre essas instituições carcerárias, “partem da formação do proletariado no sistema com a expulsão de trabalhadores no campo que na cidade serão os futuros proletários industriais ou convertidos em mendigos, vagabundos, bandidos.” (MELOSSI, 2006, p. 34-35).

Cabe aqui uma importante pontuação de Marx, em *O Capital*, trazida por Rosseto, “os homens expulsos da terra pela dissolução dos laços feudais e pela expropriação violenta se transformaram, em massa de mendigos, bandidos, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maior parte dos casos premidos pelas circunstâncias.” (ROSSETO, 2014, p. 27).

E assim surgiram as primeiras instituições segregadoras, dando indícios da prisão nos moldes atuais, voltadas para submeter à disciplina os “rebeldes”, que eram em particular os pobres. Era essa categoria que, juntamente com os jovens, as mulheres, os doentes e as prostitutas, deveria ser “reeducada”. É dizer, punidos por serem

desprivilegiados sociais. As casas de trabalho e correção deixaram seu legado violento, cruel e estigmatizante, como pode ser contemplado nas instituições carcerárias contemporâneas.

Iniciando o período humanitário do direito penal, conforme prega René Dotti (DOTTI, 2003, p. 143). A Idade Contemporânea inicia com a Revolução Francesa (1789). “O Iluminismo, movimentado na Europa no final do século XVIII, deu origem a revolução científica e gerou transformações importantes na concepção das pessoas sobre o homem, o mundo e vida.” (ROSSETO, 2014, p. 22).

A nomenclatura Iluminismo decorre dos pensadores da época, que se autodeclaravam portadores das luzes. Eles afirmavam que “aclararia as trevas a que aquele período estava submerso.” A filosofia das luzes defendia que “a razão era a única forma de transpor a escuridão. De tal modo, o discurso iluminista estava alicerçado em três convicções que se tornaram lema: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.” (CHIAVERINI, 2009, p. 92).

Importante trazer a crítica de Eugenio Zaffaroni sobre este movimento: “Não representou unidade de pensamento e foi um movimento aristocrático e elitista, porque correspondeu à atitude própria do despotismo ilustrado, do tudo para o povo, tudo pelo povo, mas sem o povo.” (ZAFFARONI, 2007, p. 228).

Enrique Bacigalupo assinala que o “direito penal moderno está edificado sobre a herança do Iluminismo.” (BACIGALUPO, 1998, p. 67). Nessa linha, Dotti aponta que “o Iluminismo abriu vigoroso debate sobre a pena de morte, largamente utilizada pelas legislações penais.” (DOTTI, 2003, p. 143). As ideias trazidas pelo movimento eram inspiradas na “proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, a abolição da tortura e a abolição ou limitação da pena de morte.” (FRAGOSO, 2003, p. 49).

A Revolução Industrial foi responsável por um período de mudança estrutural importante; até o momento, o principal meio de produção era o agrícola e agora passou a ser manufatureira e o setor hegemônico já não é o senhor feudal e sim o dono do capital (ZAFFARONI, 2007, p. 225-228):

Com os bens de produção nas cidades surge a concentração urbana da população (oferta de mão de obra); os gananciosos proprietários dos bens de produção acumulam capital, investem em bens de produção (máquinas) e reduzem a oferta de trabalho; a população miserável e faminta concentrada nas cidades se tornava perigosa, pois os crimes aumentavam. Nesse quadro era necessário um controle social. (ZAFFARONI, 2007, p. 225-228).

Ainda segundo Zaffaroni, agora em coautoria com Batista, Alagia e Slokar, a “revolução gera mudança na forma de produção servil para a industrial, ocorrendo assim a perda da nobreza e a ascensão da burguesia industrial; por conseguinte, houve uma maior concentração urbana de atividades econômicas e da população.” Nessa linha, observou-se “ofertas de trabalho que superavam a demanda, e o capital começou a se acumular. Em decorrência, houve uma maior concentração populacional e esse descompasso originou o aparecimento da marginalidade urbana como classe perigosa, obrigada a conviver no exíguo espaço geográfico das cidades.” (BATISTA, 2006, p. 516-517).

A Revolução Industrial se torna um marco disruptivo e consagra a passagem da forma de produção feudal à capitalista. “Ela se desenvolveu por três séculos, mas teve um lugar especial na segunda metade do século XVIII, acarretando uma grande transformação socioeconômica”: (ZAFFARONI, 2007, p. 227)

Não podemos nos esquecer que o direito penal é uma forma de controle social, e que na passagem do feudalismo ao industrialismo substituiu-se um grupo social – a nobreza – pelos manufatureiros, o que não foi simples nem pacífico. Os manufatureiros ou capitalistas necessitavam limitar o poder da nobreza, e subtrair-se ao controle social. Por um lado, viam-se ameaçados pelas massas famintas deslocadas do campo e concentradas nas cidades, que cometiam crimes e colocavam em perigo a sua riqueza, mas, um controle social indiscriminado sobre essas massas era tarefa do Estado, que se encontrava em poder da nobreza, uma força que ela podia usar em sua própria defesa também contra eles, capitalistas. Daí a que necessitassem reclamar uma medida, e para isto recorreram à ideologia do contrato social, como paradigma para a solução de qualquer conflito. (ZAFFARONI, 2007, p. 227).

Segundo os autores:

O contratualismo foi uma ficção (a sociedade é um produto artificial, uma criação do homem para o homem), que se opôs ao poder da nobreza, mas foi aceito pela maioria na busca de um capitalismo incipiente que não servia para enfrentar as classes populares. (ZAFFARONI, 2007, p. 247).

Anotam Zaffaroni e Pierangeli, quanto ao papel da prisão no recente capitalismo, que haviam pessoas inúteis quanto à mão de obra e ainda eram perigosas, dessa forma, “era necessária uma imposição de pena ilimitada para neutralizá-las e outra medida (retribuição talional) para os suscetíveis de ser disciplinados e incorporados ao mercado de trabalho.” (ZAFFARONI, 2007, p. 241).

Lecionam ainda que o contratualismo gerou uma brecha para a pena privativa de liberdade, “mas como os apenados eram pessoas vindas do campo e desprovidas de capacidades laborais na indústrias, surgiu o termo *ideologia do treinamento para a produção industrial*.”

A transformação da pena corporal em pena privativa de liberdade não humanizou o sistema penal. As massas de despossuídos, que constituíam a miséria da cidade, vindas do campo e habituadas às tarefas agrícolas, foram disciplinadas para o trabalho. (ZAFFARONI, 2007, p. 241).

Americo Taipa de Carvalho em sua obra, menciona que as ideias iluministas seguiam a linha da teoria de Rousseau, “a qual estabelece como fundamento do direito de punir o contrato social”, ao passo que os cidadãos delegam ao Estado o direito de definir crime e determinar pena (contratualismo) e a pena justa é a pena útil, ou seja, “a pena é necessária para prevenir a prática do crime (utilitarismo).” (CARVALHO, 2008, p. 30).

Na “época do iluminismo, a função utilitarista da pena tornou-se a base comum de todo o pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral.” (FERRAJOLI, 2003, p. 242) Continua explicando:

Uma versão do utilitarismo de natureza autoritária e solidária com modelos de direito penal máximo e teóricos realistas e divisionistas da “razão de Estado” desde Maquiavel a Carl Schmitt, que enunciam a primazia da política sobre a moral e o direito no interesse do Príncipe ou do Estado. De outra parte, há o utilitarismo que marca filosofia penal de origem contratualista e iluminista, e que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade não mais dos governantes, mas, sim, dos governados. (FERRAJOLI, 2003, p. 243).

Ainda segundo o autor, o movimento separou o fim utilitário a pena de qualquer homenagem à religião, pregando que “o objeto das penas não é a expiação, determinada pelo Ser supremo”, mas o de “prevenir os delitos da mesma espécie (*Blackstone*) – ou ao sentimento de vingança – a vingança dirigida à expiação ou retribuição é reservada a Deus no mundo ultraterreno (*Thomasius*).” (FERRAJOLI, 2003, p. 242).

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias:

O propósito principal do iluminismo penal era dirigido à eliminação das penas arbitrárias e à limitação do poder do Estado absoluto no que respeita à medida da pena. A legitimação do direito de punir só podia provir dos termos do contrato social e assinalava à pena uma finalidade primária de prevenção geral de intimidação, limitada por uma ideia de proporcionalidade com a gravidade do crime e a culpa do agente: a justa retribuição. (DIAS, 2013, p. 66-67).

Na mesma seara, os filósofos do contratualismo dialogam com o perfil dos fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos. (ROSSETO, 2014, p. 23). Cabe aqui uma atenção especial para os ensinamento de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) em *O Contrato Social*, “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.” Dessa forma, depreende-se do pensamento do filósofo que ao “firmar o pacto social o homem renuncia à liberdade natural e passa a ter liberdade convencional, mas se o homem

violar o pacto social perderá a liberdade convencional e retomará a liberdade natural.” (ROUSSEAU, 2001, p. 16-21).

Bitencourt assinala que o Estado diminui a sua atividade no âmbito jurídico penal, limitando-se à obrigação de “evitar lutas entre os indivíduos agrupados pela ideia de consenso social.” Concluindo que “o sujeito que descumpra esse contrato social era qualificado como traidor, pois com sua atividade não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural originária.” (BITENCOURT, 2011, p. 118).

Segundo Zaffaroni, houve um enfrentamento entre as teses de Rousseau e de Montesquieu, enquanto o segundo sustentava que “a sociedade se fundava na natureza gregária do homem, tal como Aristóteles”; o primeiro, expoente máximo dos contratualistas, “considerava que o contrato social era uma ficção, um símbolo que ajuda a pensar a sociedade.” (ZAFFARONI, 2007, p. 228).

A vertente que critica o contratualismo na visão de Eugenio Zaffaroni, pontua algumas questões:

Qual é a sanção para quem viola o contrato? Uma reparação, uma indenização. Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato, é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens da massa criminalizada por esse controle social nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Daí surge a ideologia que faz da privação da liberdade uma pena, que até então havia sido apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos prisão preventiva) durante o processo, pois as penas eram corporais. A pena privativa de liberdade era um modelo ideal porque podia ser quantificada em tempo. (ZAFFARONI, 2007, p. 229).

Conhecido como período humanitário, teve como precursor do movimento, o italiano nascido e falecido em Milão, jurista formado em Direito pela Universidade de Padova, Marquês de Beccaria (1738-1794) com o clássico *Dos delitos e das penas* (1764). Nas palavras de Heleno Fragoso, “período que assim foi denominado porque defendeu o respeito à pessoa e se fundou em sentimentos de piedade e de compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário.” (FRAGOSO, 2003, p. 49).

Do mesmo modo, afirma Bobbio que a obra de Beccaria publicada dois anos após o livro de Rousseau, conjectura do mesmo entendimento. Para o autor, a sociedade e a ordem jurídica resultam da “livre renúncia de uma parte mínima da liberdade de cada integrante da sociedade. Não só para assegurar o bem comum, mas para cada um assegurar o gozo da segurança geral.” Dessa forma, compreende que o “Direito Penal é

constituído por aquele conjunto de pequenas porções da liberdade assim livremente renunciadas e postas em depósito público.” (BOBBIO, 1992, p. 164). Segue colaborando:

A sociedade é o fruto de um pacto livre estabelecido pelos cidadãos que abdicam de uma parcela da sua liberdade e a depositam nas mãos do soberano, cabendo a este punir atos que atentem contra a sociedade, mas somente na medida em que as restrições à liberdade sejam necessárias à conservação do pacto. (BOBBIO, 1992, p. 164).

Consoante a obra de Cesare Beccaria, é possível observar a influência do contratualismo de Rousseau e também a de Montesquieu (1699-1755), afirma Rosseto. (ROSSETO, 2014, p. 28). Importante trazer um trecho do livro *Dos delitos e das penas* de Beccaria que casa com o tema em questão:

Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime, de modo que o fim da pena é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. [...] Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição essa que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta autoridade é tirânico. (BECCARIA, 2006, p. 22 e 164).

Afirma ainda, Jorge de Figueiredo Dias, que o iluminista Montesquieu, no livro *O espírito das leis* (1798) afirma que “todo castigo cuja necessidade não é absoluta deve ser considerado tirânico.” Nesse esteira, entende o escritor, que apesar de ter sido considerado seguidor de Montesquieu, “a justa proporcionalidade entre o crime e a pena que constituía o ponto nevrálgico de aferição de um direito penal humano”, Beccaria se utiliza do apelo ao contrato social para “justificar a existência da pena dotada de finalidades exclusivamente preventivas.” (DIAS, 2013, p. 67).

Anota Oswaldo Henrique Duek Marques, que Beccaria, no Capítulo XXVII, *brandura das penas*, reconhece que a pena não deve ser cruel (intensidade), mas certa e extensa: “Um dos maiores freios do delito não é a crueldade das penas, mas sua infabilidade.” Assevera o letrado que a punição intimida mais que a pena, segue explicando: “A certeza de um castigo, mesmo que moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos.” A “eficácia do poder intimidativo das sanções penais deve estar relacionada com a certeza da aplicação da pena.” (MARQUES, 2007, p. 82).

A intimidação da pena surge da sua extensão e não da sua intensidade. Assim, a pena de morte é intensa e a prisão perpétua é extensa, logo, a perda da liberdade é mais intimidativa do que a pena capital. Não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim sua extensão, pois a sensibilidade humana é mais facilmente e mais

constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que o abalo intenso, mas efêmero. (MARQUES, 2007, p. 91)

Coaduna do mesmo pensamento Norberto Bobbio quando afirma que “não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas.” Nessa linha, Bobbio ainda assevera: “O que constitui uma razão principal para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que se será de algum modo punido.” (BOBBIO, 1992, p. 164).

Heleno Fragoso também observa a obra de Beccaria e conjuga do pensamento explicando que “a pena possui uma função utilitarista, eis que possui o condão de ser exemplo para o futuro e não vingança para o passado.” Fragoso explica: “Não se subordinava a ideia do útil ao justo; ao contrário, subordinava-se a ideia do justo ao útil. É tirânica a punição que não se funde na absoluta necessidade.” (FRAGOSO, 2003, p. 48-49).

Nessa toada, o próprio literato ainda menciona que o “fim da pena é o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, é melhor prevenir os delitos que castigá-los”. Dessa forma, o pensamento preventivo da pena, esteve presente na obra de Beccaria (é melhor prevenir do que punir). “O fim da pena é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.” (BECCARIA, 2006, p. 43).

Eugenio Zaffaroni colabora frisando que Beccaria aboliu a pena de morte, ressalvado os casos em que o delito colocava a nação em perigo, e afirma ainda que ao rejeitar a pena de tortura, sugere proporcionalidade das penas ao dano. Anota: “A pena há de ser mínima para conseguir seu fim, fim que não é alcançado pela pena de morte.” (ZAFFARONI, 2007, p. 236).

Nas palavras de Beccaria, “a afirmação de que a pena não deve ser uma violência”, assegura o entendimento que ela tem que ser “essencialmente pública, rápida, necessária, a mais mínima possível, devendo seguir sempre a característica e a proporcionalidade do delito. Cumprindo o ditado pela lei.” (BECCARIA, 2006, p. 59).

Trazendo uma crítica forte ao contratualismo de Beccaria, Tatiane Bicudo, afirma que ele “privilegiava uma noção privatista da sociedade, pois o contrato pressupunha que as partes envolvidas estivessem em situação de igualdade, o que certamente não ocorria entre os indivíduos integrantes da sociedade e o Estado.” (BICUDO, 2015, p. 46).

No contratualismo, havia uma “carga prescritiva que não oferecia possibilidades teóricas aos que desejassem explicar a sociedade como ordem orgânica, bem como as

mudanças sociais”. Dessa forma, ela argumenta que a construção contratualista não era apta a responder às seguintes perguntas: “Como é possível a coesão e a ordem social? O que mantém os homens unidos? O que limita o controle dos impulsos e instintos individuais e a violência?” (BICUDO, 2015, p. 46).

Cumprir trazer o utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832), pensador inglês autor do livro *Uma introdução aos princípios de moral e da legislação (1789)*. Em sua obra, narra o letrado que “a natureza colocou a humanidade sob o domínio de dois senhores, a dor e o prazer.” (ROSSETO, 2014, p. 30). Sobre a obra, Michel Sandel explica que o objetivo da doutrina era “maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. A coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor e sofrimento.” (SANDEL, 2011, p. 48).

Novamente Zaffaroni corrobora explicando seu posicionamento sobre a tese de Jeremy Bentham: “Ela usa a felicidade como critério da utilidade.” Sob essa ótica, assinala Eugenio que “a legislação deve produzir a maior quantidade de felicidade possível” e continua afirmando que, se houver “ingerência do Estado em não produzir maior felicidade, o Estado não deve intervir.” Dessa forma, assegura sua visão com a máxima: “A pena é um mal, porque não produz felicidade a quem é aplicada, mas do ponto de vista da utilidade pública (a suprema das felicidades individuais) é um bem, porque poupa dor mediante a prevenção particular e geral.” (ZAFFARONI, 2007, p. 243).

Wayne Morrison comenta que o utilitarismo difere da visão de Kant, eis que para este “a moralidade de um ato depende de se ter o motivo certo, e não das suas consequências”, e no entendimento do professor, a teoria em análise anda na direção oposta, pois a “moralidade depende diretamente das consequências, é o prazer e não o motivo que confere a qualidade moral ao ato.” (MORRISON, 2006, p. 228).

O seu método de legislação consistia em mensurar a perversidade de um ato, às suas consequências; há atos que produzem males primários (o mal primário causado pelo ladrão à vítima é a perda do dinheiro) e secundários (o mal secundário causado pelo furto é a falta de respeito pela propriedade) e esses males secundários são mais importantes que os primários. (MORRISON, 2006, p. 229).

De mesma forma, entende Oswaldo Marques: “A pena causa um mal na primeira ordem, pois faz passar o criminoso por um padecimento; nos seus efeitos secundários transforma-se em um bem por amedrontar os homens perigosos.” (MARQUES, 2007, p. 56).

Depreende-se do entendimento de Luigi Ferrajoli, que o fim utilitarista da pena para Bentham pode ser verificado em sua obra *Tratado de legislação civil e penal*, “prevenir a repetição de delitos análogos”, pois na “maioria dos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre é possível desencorajar a vontade de fazer outros, posto que por maior que seja o proveito do delito sempre poderá superá-lo o mal da pena.” Por fim, anota ainda que no livro *Teoria das penas e das recompensas*, o autor novamente traz a prevenção geral como o objeto principal das penas. (FERRAJOLI, 2003, p. 278)².

Cuidou de analisar o fundamento da punição segundo a obra de Bentham: “*Uma introdução aos princípios de moral e da legislação*” (1789) Morrison Wayne, o qual anota:

Toda punição é um mal em si (uma vez que inflige sofrimento e dor) e com base no princípio da utilidade, se devêssemos alguma vez admiti-la, só deveríamos fazê-lo na medida em que se comprometesse eliminar um grande mal e se o objetivo que todas as leis têm em comum é o de aumentar a felicidade total da comunidade a punição deve ser útil para obter maior agregado de prazer e felicidade. Dessa, forma, se a principal preocupação do direito é estimular atos que levam à máxima felicidade da comunidade, justifica-se a punição e através dela se pode assegurar, efetivamente, o máximo bem para o maior número possível. (MORRISON, 2006, p. 230).

Em contraponto, tem-se Álvaro Mayrink da Costa comentando sobre o projeto arquitetônico desenvolvido por Bentham, chamado de *panoptiom* (*panóptico*). Para o autor “*Panóptico* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – a utopia que efetivamente se realizou.” Trata-se de “um edifício em forma de anel, que se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior como para o exterior. Projetada no centro do pátio uma torre onde ficaria um vigilante.” O olhar do vigilante podia atravessar toda a cela, ver tudo sem que ninguém, ao contrário, pudesse vê-lo. (COSTA, 2007, p. 191-192).

Eugênio Zaffaroni colabora explicando sua visão do *panóptico*:

Pavilhões construídos de um centro permitem o máximo de controle sobre toda atividade diária do indivíduo, com um mínimo de esforço. A partir do centro, um único guarda pode observar todos os pavilhões com apenas um giro de cabeça. A ideologia da pena era do treinamento, mediante controle estrito da conduta do apenado, sem que este pudesse dispor de um só instante de privacidade. (ZAFFARONI, 2007, p. 243).

² Carecendo aqui a explicação de que a primeira destinação entre *tipos de prevenção* pode ser analisada à luz de Bentham, não cabendo aqui adentrar às doutrinas prevencionistas. (FERRAJOLI, 2003, p. 245, nota 108)

Em *Vigiar e punir*, Foucault também menciona o *pacopticon* e aduz que o efeito mais importante é o de “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos.” O clássico ainda afirma que o “poder deveria ser visível e inverificável.” E explica: “Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.” (FOUCAULT, 1987, p. 165-187).

Construtiva a crítica de Melossi e Pavarini à Bentham. Afirma os autores que ele representava a burguesia inglesa em ascensão, e colaboram aludindo:

O cárcere apresenta uma fase intermediária em que a vocação produtivista e ressocializante começa a se sobrepor ao objetivo intimidatório e de puro controle, e que o seu *panopticon* é uma tentativa ingênua e nunca concretizada de coordenar um exasperante sistema punitivo e de controle com eficiência produtiva. O elemento central é o princípio da inspeção, isto é, a possibilidade de, com poucos homens, manter sob constante vigilância ou de fazer crer que se estava sob contínua vigilância, todos os indivíduos encarcerados na instituição. (MELOSSI, 2006, p. 70-74)

Na mesa linha, Sandel insiste que, mesmo não sendo concretizado, ao descrever *panopticon* Bentham, sugere que ela fosse dirigida por um empresário (de preferência ele mesmo, afirma Michael), o qual geraria a prisão em troca dos lucros gerados pelo trabalho dos presos (16 horas por dia). (SANDEL, 2011, p. 49).

Aqui, bem cabe os dizeres de Marx no século XIX: “O direito é a superestrutura ideológica da classe dominante para submeter as classes exploradas.” (ZAFFARONI, 2007, p. 217). Ainda nesse viés marxista, Bitencourt parafraseia o escritor: “A ideia de que as condições econômicas, em última instância, condicionam a natureza e o caráter da superestrutura. Dentro desta, como parte da superestrutura jurídica, encontra-se a prisão.” (BITENCOURT, 2004, p. 44).

É inegável que, com o passar dos tempos, formularam-se subterfúgios para prosseguir com o encarceramento. Mesmo diante de provas contundentes do fracasso da pena de prisão, continuava a insistência de mantê-la, colocando a culpa do aumento da criminalidade na forma de executá-la e nunca no fato de sua existência. Apesar da aparente preocupação com o ser humano, as medidas adotadas eram somente para atender as necessidades da burguesia, que utilizava o controle social que a prisão possibilitava para chegar ao poder.

3.2 FINALIDADE DA PENA E A SUA INFLUÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO CÓDIGO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Importa iniciar o capítulo com uma questão arguida por Tatiana Viggiani Bicudo: “- Por que punir?” A autora intitula sua obra com essa frase intrigante e nos retrata uma realidade vivenciada nos bancos acadêmicos, a qual menciona que as faculdades de direito constroem a ideia de que o modelo de Direito Penal que trabalhamos sempre existiu como nos é apresentado, “sem considerar que fora proposto por pensadores situados em um determinado momento histórico e com o objetivo de dar respostas a determinadas questões sociais que lhes eram colocadas naquele momento.” (BICUDO, 2015, p. 13).

Conforme explana no capítulo anterior, a pena de prisão está presente na história da humanidade desde a Idade Antiga. Por óbvio, não nos moldes atuais, mas a prática de cercear a liberdade de quem agisse em desconformidade com as condutas estabelecidas já se apresentava de forma implícita, uma vez que a prisão servia como custódia.

Mais precisamente no Direito Canônico que a percepção da prisão, como pena, ficou mais palpável; eis que as prisões eclesiásticas eram utilizadas como meio de arrependimento do indivíduo. Esse momento histórico foi o responsável por disseminar uma das principais características da pena, qual seja a imposição de um sofrimento para os que praticassem o que era considerado mal.

Entrementes, findado o feudalismo e a consolidação do comércio, ensejaram no reaparecimento das cidades em companhia da formação de massas camponesas desempregadas. O empobrecimento dos camponeses expropriados, convertidos em mendigos e “vagabundos”, gerou um meio de controle social. A pena de morte foi utilizada em larga escala para conter a crescente criminalidade, gerada pela falta de assistência básica, experimentada pela classe menos favorecida.

Conforme explanado também; no absolutismo, a aplicação da pena passou a ser um “espetáculo” utilizada para confirmar o poder do monarca. Período em que teve destaque o suplício, com a finalidade de fazer sofrer o condenado. Ao passo que ocorria transformações sociais, o absolutismo enfraqueceu. Surgindo o mercantilismo e gerando uma modificação na forma de aplicar a pena privativa de liberdade, o foco desse movimento foi disciplinar os ociosos para explorar sua mão-de-obra. Para tanto foram

criadas casas de trabalho e correção, primeiramente na Inglaterra e na Holanda, onde o capitalismo já havia se desenvolvido e depois se espalhou pelo mundo.

Com o surgimento do Iluminismo, supostamente se colocaria um basta nas arbitrariedades do Estado, já que o movimento pregava o humanismo e lutava por cárceres mais dignos. Defendendo o caráter “ressocializador” da prisão, garantiram a confirmação da pena privativa de liberdade como meio adequado para resolver os problemas sociais.

Por meio da consolidação da pena de prisão, surgiram os sistemas penitenciários, criados para regulamentar a sua execução. Novamente, a privação da liberdade estava embasada em um discurso humanitário e sua aplicação era justificada pelo seu suposto objetivo “ressocializador”; mas que, na verdade, ainda cumpria o papel de explorar o trabalho do condenado e depois, quando não era mais útil ao capitalismo, o de neutralizá-lo.

Foi nesses parâmetros que o Brasil adotou a pena de prisão. Da mesma forma que as demais experiências internacionais, em nosso país a pena privativa de liberdade foi considerada um importante instrumento para manter o controle social.

Os objetivos propagandeados por quem defendia sua aplicação não divergiam das justificativas apadrinhadas pelo Iluminismo. Não obstante, era a melhor solução para manter os indesejáveis afastados dos olhos da sociedade e servir de escora para a promoção do discurso político em época de eleição, o que persiste até a presente data.

Germano Marques da Silva afirma que “não resta dúvida de que o controle social exige a existência do direito de punir, chegando alguns a afirmar que quanto mais efetivo for esse direito, mais garantida fica a justiça criminal.” (SILVA, 2006, p. 21). No entanto, Canotilho colabora mencionando “a legitimação do poder punitivo do Estado exige uma compatibilização da intervenção punitiva com a preservação dos direitos e das garantias fundamentais.” (GOMES CANOTILHO, 2001, p. 60).

Nessa toada, importa frisar o pensamento clássico de Foucault: “A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro, a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens.” (FOUCAULT, 1987, p. 13).

De acordo com Ana Flávia Messa, o Estado mantém a sua supremacia interna e justifica a sua existência através da realização de atividades que procuram ordenar o comportamento da população, com o intuito de regular a vida em sociedade. (MESSA, 2020, p. 25). Na mesma linha de raciocínio, Munhoz Conde comenta:

Controle social é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem

a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determina a forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (MUNHOZ CONDE, 2005, p. 240).

Enrique Bacigalupo contribui dizendo que “uma das atividades de ordenação social é o controle social punitivo.” (BACIGALUPO, 1984, p. 25). E é nessa linha de raciocínio que o presente estudo se baseia e formula a sua crítica. No momento em que Estado usa do Direito Penal – que deveria ser a *última ratio*-, mais precisamente, da pena, para manter esse “controle social”, mesmo havendo meios mais brandos; ele, de forma maliciosa, engana seus “dirigidos” com a falsa sensação de segurança. Para tanto, usufrui dos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt para colaborar a teoria:

Para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social, algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. (BITENCOURT, 2017, p. 44).

Conforme observou-se na passagem, Bitencourt acredita que Estado, pena e culpabilidade são conceitos dinâmicos inter-relacionados. “Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado.” Assim, como “evolui a forma de Estado, o direito penal também evolui, não só no plano geral como em cada um dos seus conceitos fundamentais.” (BITENCOURT, 2017, p. 44).

Por outro vértice, MESSA afirma que “a legitimidade do exercício do direito de punir pelo Estado é o reconhecimento do direito que a sociedade tem de reagir contra abusos que violem bens jurídicos fundamentais.” Dessa forma, a autora comenta que o Estado “exerce o direito de punir em nome da defesa social, através da aplicação das sanções penais aos infratores, de forma a satisfazer o interesse público consubstanciado no restabelecimento da paz jurídica, violada com a prática da infração penal.” (MESSA, 2020, p. 28).

Conforme o exposto, verifica-se no histórico do Direito Penal, da pena e do Estado, que houve pontuais rupturas, no conceito das concepções retributivas da pena às orientações preventivas (gerais ou especiais), além de algumas outras mais modernas, como as da “prevenção geral positiva”, limitadora ou fundamentadora, conforme comenta

Bitencourt. Com a evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem dado à pena.

A pena privativa de liberdade passou a ser a penalidade mais aplicada do “direito punitivo” moderno, desse modo surgiram teorias para regulamentar a sua execução, donde afloraram os sistemas penitenciários (BITENCOURT, 2011, p. 60). Previamente já foram mencionados estabelecimentos que representaram o prelúdio desses sistemas e que fomentaram a origem da pena de prisão, como esmiuçado no capítulo anterior.

Alguns “inovadores” modelos do sistema de prisão passaram a surgir. O modelo filadelfiano, por exemplo, desenvolvido nos Estados Unidos, em um período que se propagandeava a privação da liberdade como meio de “recuperar” o condenado. Possuíam o condão de promoverem “a ideia de prisões mais humanas, a fim de estimular uma reforma penitenciária capaz de revolucionar a pena de prisão e a forma de executá-la.” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p.187).

O sistema foi perdendo credibilidade quando passou-se a notar os prejuízos advindos do isolamento absoluto, que em primeiro lugar “privava o mercado de força de trabalho e deseducava os presos reduzindo sua capacidade de trabalho original.” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 190) e em segundo lugar foi considerado desumano, já que “elimina ou atrofia o instituto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque tornava inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por ananismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.)” (BITENCOURT, 2011, p. 66).

A Alemanha, ainda aplica um sistema penitenciário análogo ao filadelfiano. Segundo Bitencourt, os condenados por terrorismo são deixados em constante isolamento (BITENCOURT, 2011, p. 68).

É inquietante ter conhecimento que apesar de terem transcorrido décadas ainda tal modelo é adotado, a verdade é que “o sistema penitenciário, apesar de todos os esforços para convertê-lo em instrumento de ressocialização, não pode deixar de cumprir o papel de eficaz instrumento de controle e dominação” (Bitencourt, 2011, p. 69).

Entrementes, na época da industrialização, o modelo filadelfiano começou a decair, eis que a sociedade industrial necessitava de um sistema carcerário que possibilitasse o trabalho produtivo, o que não era possível com o trabalho individual desenvolvido no interior das celas, a nova era demandava um trabalho coletivo (SANTOS, 2010, p. 463).

Desse modo, a nova realidade socioeconômica americana precisava de um novo sistema de controle social. Com efeito, o isolamento celular e a obrigação ao silêncio

impediam a instauração das indústrias nas prisões, o que reduzia a produtividade carcerária, uma vez que os trabalhos desenvolvidos eram de caráter artesanal (BITENCOURT, 2011, p. 64). Por outra vertente, perdurava a preocupação de ordem financeira, dado que ficava cada vez mais caro aprisionar (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 185). Por essas razões, procurou-se um sistema mais econômico de administração, sendo eleito o modelo auburniano (Bitencourt, 2011, p. 64).

A exploração do trabalho e o controle social mais uma vez foram legitimados por uma sociedade que justificava a prisão com um suposto discurso humanitário e carismático, que pregava a privação da liberdade como meio eficaz para a “regeneração” dos indivíduos, que por infortúnio da vida nasceram desprovidos de posses. É dizer “o criminoso encarcerado representava o não proprietário encarcerado, mostrando o cárcere como instituição coercitiva para transformar o criminoso não proprietário no proletário não perigoso” (SANTOS, 2010, p. 465-466).

A partir do século XIX a pena de prisão prevaleceu em relação às demais. À busca pela “ressocialização” do recluso chegou ao auge, para tanto se implantou o sistema progressivo das penas, que merece uma atenção especial, já que é adotado, com algumas modificações, pela estrutura penal contemporânea (BITENCOURT, 2011, p. 79).

Vale contemplar a perspectiva acertada de Foucault (1987) sobre o sistema progressivo:

Sob a forma, por exemplo, dos três setores: o de prova para a generalidade dos detentos, o setor de punição e o setor de recompensa para os que estão no caminho da melhora. Ou sob a forma das quatro fases: período de intimidação (privação de trabalho e de qualquer relação interior ou exterior); período de trabalho (isolamento mais trabalho que depois da fase de ociosidade forçada seria acolhido como um benefício); regime de moralização (“conferências” mais ou menos frequentes com os diretores e os visitantes oficiais); período de trabalho em comum. Se o princípio da pena é sem dúvida uma decisão de justiça, sua gestão, sua qualidade e seus rigores devem pertencer a um mecanismo autônomo que controla os efeitos da punição no próprio interior do aparelho que os produz. Todo um regime de punições e de recompensas que não é simplesmente uma maneira de fazer respeitar o regulamento da prisão, mas de tornar efetiva a ação da prisão sobre os detentos (FOUCAULT, 1987, p. 206).

Alinhado ao tema da presente dissertação, com o intuito da reforma moral do recluso, o modelo de *Montesinos*, que considerava o trabalho como o melhor mecanismo para promover a “recuperação” do “delinquente”, a função terapêutica atribuída por ele ao trabalho contribuiu para o modelo progressivo hodierno, que mesmo sofrendo alterações, conserva características dessa época. (BITENCOURT, 2011, p. 87).

Buscando a produtividade no trabalho dos presos, considerava o incentivo financeiro uma arma eficaz para alcançar tal objetivo, além de servir como meio

“ressocializador”. Ocorreu que, esses estímulos ao trabalho produtivo nas prisões geraram, mais uma vez, reclamações por parte dos trabalhadores livres que não aceitavam a competição com o trabalho desenvolvido no cárcere (BITENCOURT, 2011, p. 87). Nesse sentido, Bitencourt conclui que “o trabalho penitenciário enfrenta a triste sina de ter de ser ineficiente, marginal e improdutivo”. (BITENCOURT, 2011, p. 87).

Para época, o sistema progressivo foi considerado um avanço, visto que pelo menos amenizou as condições desumanas no cárcere e permitiu que a pena não fosse integralmente cumprida no “regime fechado”, isto é, era “menos pior” que os outros.

No entanto, hodiernamente, o conceito retributivo do sistema progressivo está em crise (BITENCOURT, 2011, p. 89). Sobre as limitações do modelo progressivo podemos assinalar que a prisão não possibilita nenhum benefício para os presos ou para a sociedade, visto que é ineficaz para “recuperar” o indivíduo. Ao revés, através dela cresce “substancialmente as probabilidades de reincidência” (BITENCOURT, 2011, p. 91).

Pois bem, o modelo progressivo compele o preso a apresentar comportamento “adequado”, para que assim possa atenuar sua pena, mostrando de forma gradativa sua “aptidão” a “reintegrar-se” à sociedade, isso depois de ter aprendido, com o lapso temporal que passou na cadeia, a conviver na sociedade com os “cidadãos de bem” sem causar mais frustrações. A insanidade reside em acreditar que o criminalizado aprenderá a viver em sociedade sendo retirado dela (ZAFFARONI, 2001, p. 135). Zaffaroni assevera que a regressão é a característica principal da prisão explicando que “na realidade, o preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm a ver com os da vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes bastante complicada.” (ZAFFARONI, 2012, p. 448).

Enfim, é natural concluir que a pena de prisão não é um meio para resolver questões que estão ligadas a carências acarretadas pela ausência de políticas públicas, uma vez que os “governos vêm se rendendo à tentação de recorrer à polícia, aos tribunais e à prisão para estancar as desordens geradas pelo desemprego em massa, pela generalização do trabalho assalariado precário e pelo encolhimento da proteção social.” (WACQUANT, 2011, p. 19).

É possível afirmar que o mundo contemporâneo, “representado como uma sociedade de risco e globalizada, apresenta características e preocupações diferentes daquelas existentes nos séculos XVIII e XIX.” (BICUDO, 2015, p. 16). Nessa seara, anota José Eduardo Faria:

A globalização econômica provocou várias alterações no âmbito do direito, entre as quais podemos destacar a ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionais; a progressiva redução do grau de coercibilidade do Direito positivo, na medida em que o Estado-nação se enfraquece com relação ao poder dos interesses econômicos transnacionais; o aumento do ritmo de regressão dos interesses sociais e direitos humanos em face da relativização da soberania dos Estados e da expansão hegemônica dos interesses das grandes potências econômicas. (FARIA, 1996, p. 16).

Quanto ao direito penal especificamente, assinala Luigi Ferrajoli que a globalização econômica gerou efeitos muito perversos, pois se desenvolveu em dimensões que não “têm precedentes, de uma criminalidade internacional, cujas atividades criminosas, quanto aos atos praticados e sujeitos envolvidos, não se restringem a um só país ou território estatal, mas se dão em nível transnacional.” (FERRAJOLI, 2003, p. 69-79).

Ainda segundo o autor, as razões para este desenvolvimento foram as “mundializações das comunicações e da economia, não acompanhadas por uma correspondente mundialização do direito e de suas técnicas de tutela”. Ferrajoli assevera que “o declínio do poder dos Estados-nação e do monopólio estatal da produção jurídica” contribuiu paralelamente para esta situação, além do “desenvolvimento de novas formas de discriminação em relação a direitos fundamentais.” Em suma, o escritor acredita que “essa nova forma de criminalidade transnacional corresponde a uma situação de anomia, num mundo sempre mais integrado e interdependente e, ao mesmo tempo, atravessado por uma desigualdade social crescente.” (FERRAJOLI, 2003, p. 69-79).

Tatiana Viggiani Bicudo colabora explicando a visão de Ferrajoli, tudo isso é “causa de uma crise do direito, sob dois aspectos, uma crise de credibilidade do Direito Estatal, continental e internacional e uma crise da importância do direito quanto à sua capacidade de produzir regras à altura das novas questões abertas com a globalização”. (BICUDO, 2015, p.16). Continua a autora:

Ao lado dos efeitos notados pela criminalidade transcendental, fruto da globalização econômica, há, também, no mundo contemporâneo, inúmeras regiões onde a atividade industrial se mostra altamente tecnológica, podendo produzir riscos em tempo e lugar distanciados da ação que os originou ou que para eles contribuiu. Pode, inclusive, causar extinção da vida no planeta ou colocar em risco as futuras gerações, como os danos ambientais de grande monta e as manipulações genéticas, por exemplo. (BICUDO, 2015, p. 17).

A crítica trazida por Tatiane Viggiali Bicudo casa com o estudo uma vez que ela analisa a estrutura da teoria penal do século XVIII como sendo “uma boa forma de

convivência social, em que fossem mantidas a paz e a segurança dos indivíduos, unidos por um pacto social.” (BICUDO, 2015, p. 45).

Visando a evitar atos considerados prejudiciais a essa vida em comum, foi pensado um sistema legal que garantisse a ordem desejada. O meio encontrado: a punição dos atos infracionais, assim considerados todos os que colocassem em risco a paz social. A punição assume dois papéis preponderantes: o de mensagem às pessoas reunidas em uma determinada organização social e política, no sentido de que se evitasse que praticassem atos potencialmente danosos à sociedade; e o de retribuição de um mal àquele que praticou um delito e, portanto, um dano à ordem social. (BICUDO, 2015, p. 45).

Dessa premissa extrai-se do entendimento da autora que o *delito* “é construído e fundamentado visando a organização dos bons homens em uma sociedade civil, em que devem vigor a paz social e a busca do bem comum.” Pautando-se no entendimento de Beccaria, Bicudo anota que o contrato social seria a normatização da constituição dessa sociedade civil. Elementos também encontrados no pensamento de Hobbes e Locke.

Já quanto à noção de *punir*, a autora defende a ideia de Beccaria, trazendo pressupostos de que “os homens viviam inicialmente em um estado de natureza, onde havia a guerra de cada um contra todos, onde os mais fortes usurpavam a liberdade dos mais fracos.” Assinala ainda a influência de Hobbes trazendo a nítida mensagem que o intuito de garantir “o máximo de liberdade possível para que os homens se reúnam em uma sociedade por meio de um pacto, onde cada um abre mão de uma parcela ínfima de sua liberdade.” (BIDUCO, 2015, p. 45).

Nessa esteira, resulta importante trazer os fins da pena tendo como base os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e [...] tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal. (DIAS, 2013, p. 43-44).

As teorias justificadoras das penas traduzem a ideia de que cabe ao Direito Penal “defender a sociedade, de proteger bens, valores ou interesses, de garantir a segurança jurídica ou de confirmar a sua validade das normas.” (ROCHA, 2007, p. 1-6). Nessa linha, a estreita relação entre as teorias da pena e o direito penal, levaram Enrique Bacigalupo afirmar que “toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal.”(BACIGALUPO, 1998, p. 21)

Indagações trazidas por Luigi Ferrajoli corroboram com o estudo: “Quais são as razões que tornam justo, ou justificável, ou aceitável moralmente/politicamente que a violência ilegal representada pelo delito se agregue a violência legal que é a pena?”. Ainda é possível extrair do autor que a questão enfrentada pelo direito penal do “*se e do porquê punir*” inexistem nos outros ramos do direito.” (FERRAJOLI, 2003, p. 230-231).

Derradeiras considerações faz-se necessário o entendimento de Santiago Mir Puig:

Convém antes de mais nada, para evitar graves e frequentes equívocos, distinguir a função do conceito de pena, como hoje insistem Rodriguez Devesa e Schmidhauser, a partir do Direito Penal; e Alf Ross, a partir da Teoria Geral do Direito, ainda que com terminologia distinta da que aqui empregamos. Segundo o conceito que adotam, a pena é um mal que se impõe por causa da prática de um delito: conceitualmente, a pena é um castigo. Porém, admitir isso não implica, como consequência inevitável, que a função, isto é, fim essencial da pena, seja a retribuição. (SANTIAGO, 2013, p. 62).

Dito isso, podemos passar ao exame das teorias absolutas da pena, também chamadas retribucionistas, nas quais “a essência da pena criminal reside na *retribuição, expiação, reparação ou compensação* do mal do crime.” (ROSSETO, 2014, p. 45). Aqui, segundo Jorge de Figueiredo Dias:

A pena pode até ter efeitos socialmente relevantes como a intimidação, neutralização ou ressocialização dos delinquentes, mas tais são reflexos e não a essência da pena, então, a pena *justa paga* com que o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano e da culpa do agente. (DIAS, 2013, p. 45).

Os defensores das teorias absolutas que se destacaram foram Carrara, Petrocelli, Maggiore e Bettioli na Itália, Binding, Maurach e Mezger na Alemanha. Para os adeptos dessa teoria, “a pena é a retaliação e a expiação, uma exigência absoluta de justiça, com fins afluivos e retributivos, opondo-se a qualquer finalidade utilitária.” Ainda nas lições de Cezar Roberto Bitencourt: (BITENCOURT, 1999, p. 91)

[...] segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. (BITENCOURT, 1999, p. 91)

Coaduna do mesmo entendimento Ana Flávia Messa, a pena “tem apenas a finalidade retributiva, pois visa retribuir o mal causado pela infração penal com o mal necessário da sanção penal. É decorrente de uma exigência de justiça.” (MESSA, 2020, p. 28). Nessa linha de raciocínio Karl Binding e Edmund Mezger concordam. Para o primeiro “a pena é a retribuição de um mal por outro mal.” (BINDING, 2009, p. 28). Já

o segundo autor argumenta que “pena é irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica.” (MEZGER, 1955, p. 32).

Cezar Bitencourt arremata que a ideia de pena em sentido absoluto fica mais evidente quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que ela habita. Continua: “As características significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era concedido diretamente por Deus.” (BITENCOURT, 2017, p. 45).

A teoria do direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e a política se confundiam entre si, em que “até” para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se pretendesse ter aceitação. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus. (BITENCOURT, 2017, p. 45).

Ana Flávia Messa contribui: “A pena é uma retribuição ao mal causado pelo crime (simples consequência do delito); a pessoa é punida porque praticou um delito, um mal; o fundamental.” (MESSA, 2020, p. 53).

Para Fernando Rocha, esse discurso é para “tentar explicar a aplicação da pena como uma reação do mal produzido pelo crime.” (ROCHA, 2007, p. 7). Bitencourt também contribui com a afirmação de que “o fim exclusivo da pena é o de realizar a justiça: Exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor.” (BITENCOURT, 2017, p. 119). Para Rosseto, “a função retributiva da pena reproduz o mecanismo do talião expresso no “Olho por olho, dente por dente”. (ROSSETO, 2014, p. 46).

Exclama Rosseto: “A pena de acordo com a culpabilidade pode compensar o crime? No concurso de pessoas, todos que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade (art. 29 CP).” (ROSSETO, 2014, p. 46).

Segundo, Bitencourt, os principais representantes das teorias absolutas da pena são Kant e Hegel. “É notória, no entanto, particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica.” (BITENCOURT, 2017, p. 47).

Cezar Roberto Bitencourt ainda retrata a crítica de Ulrich Klug sobre as teorias de Kant e Hegel, utilizadas para fundamentar a pena estatal como sentido retributivo. Argumenta: “Em resumo, os duvidosos fundamentos lógicos e morais em que Kant e

Hegel basearam suas teorias da pena, além dos excessos irracionais que apresentam, são as razões que levam Klug a propor um adeus definitivo às teorias absolutas da pena.” (BITENCOURT, 2017, p. 48).

Em linhas gerais, Klug faz as seguintes objeções: sabe-se que em ambas as teses - kantiana e hegeliana - o sentido retributivo da pena só foi exposto e não provado. Isto é, não se trata de um conhecimento, e sim de simples crença, que ninguém está obrigado a aceitar. Nem sequer somos obrigados a admitir a ideia de Kant de que a justiça será lesada na hipótese de a pena ser aplicada em sentido diverso do retributivo. Klug pergunta: por que será injusta uma pena que se dirija à ressocialização sem levar em consideração a retribuição? Ou quem poderia saber quando uma pena é justa? E em seguida sustenta que existe uma velha objeção contra a teoria da retribuição e expiação, que com o tempo não perdeu sua atualidade. No entanto, opina-se que além da ação e da pena não existem magnitudes comparáveis. Isso vige tanto para o princípio talional de Kant como para o ponto de vista valorativo de Hegel. (BITENCOURT, 2017, p. 48).

Vários são os críticos sobre a função retributiva da pena e cabe aqui destaque para Claus Roxin, o qual argumenta que a teoria da expiação, deixa sem esclarecer os “pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados seus fundamentos, e porque, como conhecimento de fé irracional, além de impugnável, não é vinculante.” (ROXIN, 2012, p. 12-13). Bitencourt afirma que a teoria que Roxin sustenta “é retributiva e fracassa diante da função de traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal.” (BITENCOURT, 2017, p. 50).

Concorda ainda Cezar Bitencourt que os teóricos do retribucionismo são postos em xeque ao “suporem que a única forma de garantir a proporcionalidade e a gravidade das penas em relação aos delitos praticados é a retribuição. A solução desse dilema é oferecida pelas teorias preventivas: não reprimir pelo fato praticado, mas preveni-lo.” (BITENCOURT, 2017, p. 50).

Por fim, de acordo com o autor, resta evidente que “uma teoria absoluta da pena não é aceitável em um direito penal moderno.” (BITENCOURT, 2017, p. 50). Winfried Hassemer, argumenta ainda que os “critérios de verdade e racionalidade baseiam-se, científica e teoricamente, na observação, experimentação, prognose e planificação; uma cultura jurídica orientada empiricamente.” Dessa maneira, concluiu seu raciocínio afirmando que “não se pode aceitar uma autêntica teoria absoluta da pena nem a fundamentar e justificá-la como instrumento de prevenção estatal.” (HASSEMER, 2007, p. 127-128).

Por outro lado, como bem destacou Mir Puig, “o caráter fragmentário do direito penal opõe-se, francamente, à falsa ideia de realização de justiça a que se referem as teorias retribucionistas.” Continua: (SANTIAGO, 2013, p. 12)

Ao direito penal compete, pois, a proteção de bens jurídicos e não a realização da justiça. Tal encargo, reclamaria a sanção de todo comportamento imoral ou, ao menos, antijurídico, aspiração que foge das reais pretensões do direito penal. A realização da justiça é uma função praticamente incompatível com aquela atribuída ao direito penal, que consiste em castigar, parcialmente, os ataques que tenham por objeto os bens jurídicos protegidos pela ordem legal. (SANTIAGO, 2013, p. 92).

Afirma Bitencourt: “O direito penal e, por conseguinte, a pena buscam fins bem mais racionais: tornar possível a convivência social. A metafísica necessidade de realizar a justiça excede os fins do direito penal.” (BITENCOURT, 2017, p. 50).

Ante todo o exposto, a grande crítica que deve ser formulada contra a teoria absoluta da pena é a ideia de que a pena está fundada apenas no aspecto punitivo e retributivo de sua aplicação; logo, podemos afirmar que estamos frente a uma pena que representa apenas e tão somente a retribuição ao agente que infringiu a norma penal. Assim, seria apenas um castigo aplicado ao agressor da norma violada, impondo-se a ele o dever de pagar pelo mal cometido. Nessa linha, a pena não representa nenhuma utilidade à sociedade, apenas pressupõe a sua necessidade: retribuir o mal praticado pelo agente criminoso.

É nessa linha que entende se enquadrar a privação da liberdade, o isolamento do indivíduo, a imposição de perda de contato daquele que infringiu uma norma jurídica com seus familiares, a privação de luz do sol, de espaço, de condições dignas de vida; entre várias outras situações que decorrem da aplicação de uma pena não podem servir para ressocializar o indivíduo. Portanto, casa com o tema a manifesta falta de utilidade da aplicação da pena dentro da perspectiva dessa corrente, especialmente pelo fato de a pessoa ser vista como mero instrumento de aplicação da pena para esta doutrina. Ademais, compensar um mal com outro mal não pode ser considerado democrático e mais ainda lícito, eis que a função do Direito Penal é tutelar e proteger bens jurídicos e não promover atos de vingança social.

Faz-se necessário por fim traçar um paradigma com a noção de retribuição jurídica no ordenamento jurídico pátrio e atual. Como a pena deve ser proporcional ao injusto praticado, esse sentimento de vingança social não cabe e se vale de um princípio limitativo, segundo o qual o delito praticado deve ser o fundamento e o limite da pena,

que deve ser sempre proporcional à gravidade do injusto praticado, de acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro.

Noutro giro, as teorias relativas da pena apresentam consideráveis diferenças em relação às teorias absolutas. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social.” Logo, para o jurista, “a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão.” Nessa linha, a conclusão do professor é: “Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir.” (BITENCOURT, 2017, p. 50).

Os seguidores da teoria relativa encontram o fundamento de validade da pena basicamente pautados na necessidade de evitar a prática futura de delitos. Trata-se de um instrumento preventivo de garantia social com o objetivo de evitar a prática de futuros delitos. Isso significa que a pena se fundamenta por seus fins preventivos gerais ou especiais e por razões de utilidade social.

A teoria de Sêneca, baseado em Protágoras, de Platão, costuma ser a mais antiga e aceita teoria de referência sobre o tema, a qual afirmava: “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”, que significa que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.” (HASSEMER, 2007, p. 357). Para Bitencourt, “Em ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.” (BITENCOURT, 2017, p. 51).

Segundo Feuerbach, transcrito na obra de Santiago Mir Puig, “a função preventiva da pena divide-se em duas direções bem definidas: prevenção geral e prevenção especial.” (SANTIAGO, 2013, p. 65). A prevenção geral está relacionada com a intimidação, ou seja, com o temor causado nos indivíduos pela ameaça da aplicação da pena. Assim, busca-se a produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, de modo que os indivíduos optem por não praticar crimes em razão do medo que terão de sofrer uma sanção penal.

Ana Flávia Messa comenta: “A pena tem finalidade apenas preventiva, pois visa evitar o cometimento de novas infrações penais pelo infrator (prevenção especial) e demais membros da coletividade (prevenção geral).” Dessa maneira, a autora arremata

afirmando que “para essa corrente, a sanção penal adquire utilidade social.”.(MESSA, 2020, p. 27). Dentre outros defensores dessa teoria preventivo-geral da pena já se expôs e destacou-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. (BITENCOURT, 2017, p. 51).

Anselm Ritter Von Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral. Essa teoria é fundamental para as explicações da função do direito penal”, afirma Bitencourt. (BITENCOURT, 2017, p. 51).

Se a pena privativa de liberdade continua sendo, infelizmente, um dos meios utilizados pelo Estado para regular a vida em sociedade, e se os fins buscados pela prevenção especial se traduzem na tentativa de ressocializar, pergunta-se qual deve ser o conteúdo de um conceito tão extraordinariamente confuso como o que ora analisamos. Evidentemente que a grandeza desse problema exigiria muito mais espaço e atenção para examiná-lo. Contudo, por ora, podemos dizer, ainda que superficialmente, que a ressocialização passa pela consideração de uma sociedade mais igualitária, pela imposição de penas mais humanitárias — prescindindo, dentro do possível, das privativas de liberdade —, pela previsão orçamentária adequada à grandeza do problema penitenciário, pela capacitação de pessoal técnico etc. Tudo isso, evidentemente, passa pela análise das diferentes classes sociais que integram determinada forma de Estado. A vida social é naturalmente conflitiva. Se, como afirma boa parte da doutrina, socializar quer dizer que o delinquente deve levar no futuro uma vida sem cometer novos delitos, a ressocialização — absorvendo as críticas que lhe fizeram — pode consistir em que o delinquente, no futuro, abstenha-se de cometer delitos, e não em que, por imperativo legal, seja obrigado a adotar um sistema social contra o qual, através de sua conduta delitiva, manifestou sua dissidência. (BITENCOURT, 2017, p. 51).

Dessa forma, Wifried Hassemer corrobora mencionado a máxima de Feuerbach: “É através do direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade.” Para essa teoria a “cominação penal, construí uma ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; deixando-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”, afirma o autor. (HASSEMER, 2007, p. 380).

Mir Puig comenta que no entendimento de Feuerbach, a pena é, efetivamente, “uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.” (SANTIAGO, 2013, p. 66).

Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal. Presumia-se, assim, que o homem racional e calculista se encontra sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas fisicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga. (SANTIAGO, 2013 p. 66).

Parafrazeando Cezar Roberto Bitencourt, “uma análise das relações entre direito penal e as diferentes configurações político-sociais de Estado vai além dos limites que propusemos para este trabalho.” (BITENCOURT, 2017, p. 51). Nessa linha, Bustos Ramirez colabora:

Anteriormente o Estado capitalista, como Estado liberal reduzido a funções de mera vigilância, as teorias mencionadas podem ser suficientes. O desenvolvimento posterior do Estado capitalista tornou necessária uma readequação da concepção da pena. (RAMIREZ, 1997, p. 122).

Este pensamento prevencionista surgiu no período do Iluminismo. Tais teorias ganharam força na transição do Estado absoluto para o Estado liberal. Dessa forma, assinala Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée que tais ideias levaram o Estado a “fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo”, ou seja, “de direito natural ou de estrito laicismo: livre-arbítrio ou medo (racionalidade).” (RAMIREZ, 1997, p. 122).

Em ambos, substitui-se o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique. O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito. (RAMIREZ, 1997, p. 122).

Ainda segundo os autores, a teoria carrega duas ideias centrais, “a de intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem. Tal teoria valeu-se dessas ideias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto.” Dessa maneira, foi necessário reconhecer, “por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem - que é uma ficção como o livre arbítrio - e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção.” (RAMIREZ, 1997, p. 158).

Messa dialoga dizendo que nessa teoria “a pena serve para evitar a prática de novos delitos; a pessoa é punida para que não cometa novos crimes ou outros membros da sociedade não cometam novos crimes”. (MESSA, 2020, p. 27) Dessa forma, colabora Beccaria:

A aplicação da pena busca, a partir da exemplaridade da punição, impedir que o culpado seja nocivo posteriormente à sociedade, bem como causar no espírito público a impressão mais eficaz sobre a necessidade de agir conforme as normas instruídas. (BECCARIA, 2006, p. 35)

Nessa linha, Cezar Roberto Bitencourt traz uma crítica importante a se destacar: “Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos.” Afirma ainda: (BITENCOURT, 2017, p. 51)

Ante essa postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. Falar aqui dos chamados delinquentes habituais, profissionais etc. seria desviar-nos de nosso objetivo, mas se deve mencionar, pelo menos, que com as condutas delitivas por eles realizadas se põe em dúvida a mencionada motivação das normas penais para sua não violação. Essa é outra das objeções à prevenção geral. A teoria ora em exame não demonstrou os efeitos preventivo-gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí como exemplos os delinquentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais. (BITENCOURT, 2017, p. 51)

Em suma, Claus Roxin arremata, “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral.” (RAMIREZ, 1997, p. 18). O autor ainda argumenta, que nessa linha o ordenamento jurídico não considera o indivíduo como “objeto à disposição da coação estatal, nem como material humano utilizável, mas como portador, completamente equiparado a todos os demais, de um valor como pessoa, a quem o Estado deve proteger, tem de ser inadmissível à instrumentalização do homem.” (RAMIREZ, 1997, p. 25). Bitencourt afirma ainda que Kant é precursor da crítica desse modelo quando afirma: “que reprovava qualquer tentativa de instrumentalização do homem.” (BITENCOURT, 2017, p. 52). Por fim, Guilherme Sauer enaltece o estudo afirmando: “nenhum indivíduo, sob nenhuma justificação, deve ser castigado em benefício de outros.” (SAUER, 1956, p. 19).

Ainda segundo Sauer, outra importante censura à prevenção geral surge da “exigência feita por legisladores e magistrados de estabelecer e aplicar, respectivamente, penas muito elevadas, que chegam, inclusive, a superar a medida da culpabilidade do autor do delito.” Dessa maneira, Cezar Roberto Bitencourt assevera: “Um Estado Democrático de Direito não poderá, sob nenhum pretexto, admitir que os fins justifiquem os meios, pois, se assim fosse, estar-se-ia desprezando direitos e garantias fundamentais.” Encerra o seu pensamento concordando com Roxin “quando sustenta que o princípio teórico da prevenção geral não estabelece delimitação alguma de comportamentos a que o Estado poderá estender sua reprovação.” (BITENCOURT, 2017, p. 52).

Derradeiras considerações, faz-se importante trazer a afirmação de Hassemer quanto aos problemas normativos e empíricos que suas diretrizes enfrentam: “A prevenção geral, neste particular, ameaça a dignidade humana.” (HASSEMER, 2007, p. 381). Para o autor, os problemas empíricos, apresentam-se da seguinte forma:

1º) Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário: Os destinatários do Direito Penal devem conhecer os fatores que vão desencadear um efeito preventivo geral. Esse é um pressuposto trivial de realização do instrumento preventivo-geral. Se não se demonstrarem ao afetado os dois fatores - cominação penal e execução da pena - não poderão influenciar na formulação do processo motivador. Se os cidadãos se comportam conforme o Direito, sem ter conhecimento da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, esse resultado agradável não se deve a nenhum desses fatores. (HASSEMER, 2007, p. 382).

Bitencourt colabora: “É velha e conhecida a assertiva de que a ninguém beneficia o desconhecimento das leis.” (BITENCOURT, 2017, p. 52) Já Joaquim Costa desmente a afirmação e argumenta que essa presunção deveria ser substituída por uma outra máxima, “Ninguém conhece as leis até que se prove o contrário. E ainda assim haveria outro problema: nem todo cidadão poderia entender o seu conteúdo em virtude da linguagem especial que se utiliza em sua elaboração.” (BITENCOURT, 2017, p. 52).

De volta a Hassemer, os outros pontos importantes a se destacar são:

2º) A motivação do destinatário das normas - É indispensável também que os destinatários da norma penal se sintam motivados em seus comportamentos. O conhecimento da norma, simplesmente, seria estéril; tal conhecimento “deve incidir sobre o comportamento humano, para poder ser uma solução do problema jurídico-penal”³⁵⁸. Essa capacidade de motivação da cominação e execução da pena, no entanto, não fica imune a críticas. Entre outras objeções demonstrou-se a ideia de um *homo oeconomicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, “desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la”. Infelizmente, esse *homo oeconomicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não existe.

3º) Outro problema empírico é a idoneidade dos meios preventivos — Esse problema consiste no fato de existirem pessoas que conhecem a norma jurídico-penal e sua execução, sendo também pessoas motiváveis, ficando, no entanto, sem resposta a interrogação sobre se a demonstrada conformidade com o prescrito pelo direito, isto é, a adequação dos comportamentos com os mandamentos legais, é consequência da cominação penal e da possibilidade de execução da pena. (HASSEMER, 2007, p. 384-387).

Dessa forma, conclui Cezar Roberto Bitencourt: “Não se duvida que a pena intimida, e por isso deve preocupar-nos a proporcionalidade das cominações penais duras e seu efeito intimidatório, isto é, não se pode castigar amedrontando desmedidamente.” (BITENCOURT, 2017, p. 53). Segundo Hassemer, na prática “é comum, visando a prevenção geral, agravar as penas; em determinadas situações consideram-se legítimas

penas extremamente rigorosas para garantir o efeito intimidatório.” (HASSEMER, 2007, p. 387).

Importante mencionar que a prevenção geral ainda é dividida em positiva ou negativa. A primeira, representa a ideia de que a pena possui função retributiva do injusto praticado, na exata medida da gravidade da conduta, reafirmando a existência do ordenamento jurídico, em especial do Direito Penal. Já a prevenção geral negativa significa o poder intimidativo exercido pela pena aplicada ao delinquente.

Por outro vértice, “a teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que não volte a delinquir”. (BITENCOURT, 2017, p. 53). Cezár Bitencourt continua:

Várias correntes defendem uma postura preventivo-especial da pena. Na França, por exemplo, pode-se destacar a teoria da nova defesa social, de Marc Ancel; na Alemanha, a prevenção especial é conhecida desde os tempos de Von Liszt, e, na Espanha, foi a Escola Correcionalista, de inspiração krausista, a postulante da prevenção especial. Independentemente do interesse que possa despertar cada uma dessas correntes, foi o pensamento de Von Liszt que deu origem na atualidade a comentários de alguns penalistas sobre um “retorno a Von Liszt”. (BITENCOURT, 2017, p. 53).

Dessa maneira, faz-se necessário compreender mais a fundo o pensamento de Von Liszt, que, segundo Cezar Bitencourt, “posteriormente se enquadrariam na corrente preventivo-especial da pena e facilmente encontradas em seu Programa de Marburgo (1882).” (BITENCOURT, 2017, p. 53). O austríaco Von Liszt entende que a aplicação da pena possui o “viés de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”. (BITENCOURT, 2017, p. 53) Segundo Santiago Mir Puig Liszt, a função da pena e do direito penal era a “proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delinquente, com a finalidade de evitar delitos posteriores. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuidade.” (SANTIAGO, 2013, p. 70). Diz Liszt: “o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade.” (LISZT, 2006, p. 144).

Álvaro Mayrink Costa afirma que o pensamento de Liszt formou a Escola Sociológica ou Moderna, segundo o autor, a pena deveria desempenhar três fins:

1. prevenção especial positiva objetivando a correção do infrator;
2. prevenção especial negativa pela intimidação daquele que não necessita de correção;
3. prevenção especial neutralizadora ao segregar perpétua ou temporariamente o delinquente da sociedade. (COSTA, 2007, p. 53).

Importante frisar nesse ponto que o pensamento de Liszt influenciou o Projeto Alternativo ao Código Penal Alemão de 1962. Afirma ainda Bitencourt que “as ideias de Von Liszt e as novas expressões da prevenção especial são o resultado de diversos fatores diretamente ligados à crise do Estado liberal.” (BITENCOURT, 2017, p. 53). Dessa maneira, compreende-se do entendimento do autor que o binômio pena-Estado foi afetado pelo “desenvolvimento industrial e científico, pelo crescimento demográfico, pela migração massiva do campo às grandes cidades e, inclusive, pelo fracasso das revoluções de 1848, dando lugar ao estabelecimento da produção capitalista.” (BITENCOURT, 2017, p.53).

Como se sabe, as classes sociais dominantes estabeleceram uma nova forma de conceber a função punitiva do Estado. A “obsessão defensivista” aparece na cena jurídica: “Em primeiro lugar a sociedade; o delinquente, como membro doente da mesma, deve ser extirpado, ainda que se tente sua recuperação, mas sem esquecer que se está fracassar terá de ser definitivamente excluído do corpo social, recorrendo, se for necessário, à pena de morte ou à prisão perpétua”. É notória a representação organicista da sociedade, ou de um tipo de sociedade em que o indivíduo cumpre sua função, antes de tudo, como força de trabalho, onde qualquer sintoma de rebeldia, traduzida em agressões à ordem repressiva existente, é considerado um atentado contra as bases fundamentais de tal organização social. As ideias de Von Liszt e as novas expressões da prevenção especial são o resultado de diversos fatores diretamente ligados à crise do Estado liberal. O binômio pena-Estado viu-se afetado pelo desenvolvimento industrial e científico, pelo crescimento demográfico, pela migração massiva do campo às grandes cidades e, inclusive, pelo fracasso das revoluções de 1848, dando lugar ao estabelecimento da produção capitalista. Como se sabe, as classes sociais dominantes estabeleceram uma nova forma de conceber a função punitiva do Estado. A “obsessão defensivista” aparece na cena jurídica: “Em primeiro lugar a sociedade; o delinquente, como membro doente da mesma, deve ser extirpado, ainda que se tente sua recuperação, mas sem esquecer que se está fracassar terá de ser definitivamente excluído do corpo social, recorrendo, se for necessário, à pena de morte ou à prisão perpétua”. É notória a representação organicista da sociedade, ou de um tipo de sociedade em que o indivíduo cumpre sua função, antes de tudo, como força de trabalho, onde qualquer sintoma de rebeldia, traduzida em agressões à ordem repressiva existente, é considerado um atentado contra as bases fundamentais de tal organização social. (BITENCOURT, 2017, p. 53).

Juan Bustos Ramirez acena que nessa altura o interesse jurídico-penal já não era o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. Prossegue: “A pena, segundo essa nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade.” (RAMIREZ, 1997, p. 124).

Trata-se de consolidar a nova ordem, não só de estabelecer um controle geral como o da retribuição e da prevenção geral, como também de intervir diretamente sobre os indivíduos. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem. Essa defesa social referia-se a alguns dos setores sociais: o econômico e o laboral. Trata-se da passagem de um Estado guardião a um Estado intervencionista, suscitada por uma série de

conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas. Diante da impossibilidade de resolver as tensões e contradições produzidas no seio da racionalidade do mercado, o Estado teve de abandonar sua função de guardião do mercado para intervir precisamente na sua regularização. (RAMIREZ, 1997, p. 124).

Dentro dessa perspectiva, extrai-se do entendimento do autor que “ a teoria da defesa da sociedade, expressa como prevenção geral, inegavelmente, representa de alguma forma o Estado capitalista.” Afirma ainda: “Localizam-se principalmente na impossibilidade de explicar de forma convincente o porquê da exploração do trabalhador e o porquê do seu sistema repressivo de controle.”(RAMIREZ, 1997, p. 125).

Ante o exposto, Roxin e Bustos Ramirez dialogam com questionamentos críticos:

O que legitimaria a maioria de uma sociedade a obrigar a minoria a acomodar-se às suas formas de vida? De onde obtemos o direito de poder educar e submeter a tratamento, contra a sua vontade, pessoas adultas? Por que não podem viver à margem da sociedade - como quiserem -, sejam elas prostitutas, mendigos ou homossexuais? O fato de serem incômodas para determinados cidadãos será causa suficiente para impor-lhes sanções discriminantes? (RAMIREZ, 1997, p. 123-124)

Assim, Bitencourt assinala: “Talvez as respostas a essas perguntas dariam consistência ao fundamento legitimador do Estado capitalista.” (BITENCOURT, 2017, p. 54). Assevera ainda:

Essa forma de Estado não é capaz de responder satisfatoriamente a tão delicadas indagações, já que não pode legitimar sua intervenção na liberdade e igualdade dos indivíduos para submetê-los ao chamado bem social, nem legitima uma classificação tão totalitária como a de sujeitos bons, normais, não perigosos, e sujeitos maus, anormais e perigosos. (BITENCOURT, 2017, p. 54).

Atrelado a este entendimento, Bitencourt ainda argumenta:

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, que deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Evidentemente que o castigo e a intimidação não têm sentido. O que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar. (BITENCOURT, 2017, p. 54)

Ante o exposto, depreende-se que a prevenção especial representa a atuação do Direito Penal e em especial da pena sobre a pessoa do delinquente, a fim de evitar que ele volte a cometer crimes no futuro. De outro lado, a prevenção geral, como o próprio nome

diz, se destina a todos os membros em geral dentro de uma sociedade. A pena é então, um mal necessário, na medida em que busca corrigir aquele que delinuiu.

De mesmo modo, a prevenção especial também está dividida em positiva ou negativa. Enquanto a primeira encara a pena com o caráter de ressocialização do delinquente, a segunda representa intimidação daquele que praticou um delito, para que não volte a delinquir.

Ante essa análise, é possível notar que, da mesma forma que ocorre na prevenção geral, a prevenção especial também é merecedora de críticas pelos doutrinadores. Dessa maneira, rememora Claus Roxin que a concepção prevencionista de Feuerbach, Bentham e Schopenhauer, foi aprimorada por Von Liszt, em 1882, quando o mesmo afirma que a pena não possuía uma única finalidade de retribuir o fato passado, mas de prevenir novos delitos, corrigindo o criminoso corrigível, intimidando o intimidável e neutralizando os que não são corrigíveis nem intimidáveis.” (ROXIN, 2012, p. 61). Em síntese, afirma o autor: “Corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, tornando inofensivos, mediante a pena de privação de liberdade, os que não são nem corrigíveis, nem intimidáveis.” (ROXIN, 2012, p. 119).

Coadunam do mesmo entendimento Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que colaboram ao frisar que Liszt “atacou a teoria da retribuição e sustentou o conteúdo teleológico preventivo, geral e especial; mas insistiu, particularmente, na função de prevenção especial, ou seja, na ação terapêutica sobre o delinquente.” (ZAFFARONI, 2007, p. 261-264).

Em síntese, o pensamento de Liszt fincado na ideia de ressocialização e reeducação do apenado, bem como na intimidação daqueles que não necessitam ser intimidados e na neutralização dos incorrigíveis, situa-se no tripé da intimidação, correção e neutralização. Liszt pugnava pela ressocialização daqueles que necessitam e são suscetíveis de serem ressocializados; de intimidação daqueles que não tem necessidade de ressocialização e, por fim, de neutralização para aqueles que não são suscetíveis de ressocialização. (ZAFFARONI, 2007, p. 261-264).

Nesse teor, há de se questionar a ideia ressocializadora do delinquente, de acordo com Bitencourt, “inicialmente a ideia teve grande aceitação jurídica, todavia, até a sua terminologia passou por variações durante o tempo, sendo chamado de reeducação, reinserção social, readaptação social, socialização, etc.” (BITENCOURT, 2017, p. 55)

Quanto ao ideal ressocializador, o instituto tem sido alvo de comentários há tempos. Cabe destacar os ensinamentos de Munhoz Conde em sua obra: “A

ressocialização do delinquente, análise e crítica de um mito.” Partindo das lições de Durkheim, o autor colabora mencionando que a criminalidade “é apenas mais um dos componentes da sociedade sã e que é a própria sociedade que a cria e a define.” Segue questionando: “Até que ponto é legítimo exigir a ressocialização do delinquente, que nada mais é do que produto dessa mesma sociedade.” E conclui com sua máxima: “A sociedade e não o delinquente que deveria submeter-se à ressocialização.” (MUNHOZ CONDE, 2005, p. 135-136).

A ressocialização presume a existência de um processo interativo e comunicativo entre indivíduo e sociedade, a cujas normas deve adaptar-se ao indivíduo. A própria natureza humana exige esse intercâmbio, uma relação dialética, a convivência social. Mas nem mesmo as normas sociais podem determinar unilateralmente o processo ressocializador. As normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Falar, portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado. (CONDE, 1979, p. 135-136).

Dessa maneira, Cezar Roberto Bitencourt novamente enaltece o estudo, argumentando que cada indivíduo possui seu “acervo patrimonial cultural”, logo, cada pessoa tem o condão personalíssimo de escolher seus valores, e o ordenamento jurídico é incapaz de abarcar todos eles. Anota: “Não é difícil supor que, no seio de uma sociedade democrática e pluralista, essa diversidade de interesses, assim como a multiplicidade de ordenamentos vigentes, mantém entre si uma relação mais conflitiva que pacífica.” Nessa toada o autor afirma, com franqueza, que o pressuposto fundamental da ideia ressocializadora, a identidade entre criadores e destinatários das normas, é fracassada. (BITENCOURT, 2017, p. 55). No mesmo sentido, Munhoz Conde assinala: “Uma ressocialização que acuse essa falta de identidade significa, simplesmente, o domínio de uns sobre os outros.” (MUNHOZ CONDE, 2005, p. 136-137).

O Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral. Violaria a liberdade do indivíduo de escolher suas próprias crenças ou ideologias, sendo altamente questionável uma ressocialização no plano moral, isto é, no aspecto interno do indivíduo. Entendida assim, a ressocialização levaria a uma absurda e perigosa manipulação da consciência individual, deixando sempre sem resolver a questão de qual dos sistemas morais vigentes na sociedade deve-se tomar como referência para a adaptação do indivíduo, salvo se já se saiba a resposta de que, obviamente, a ressocialização deve estar relacionada ao sistema de valores da classe dominante. (ROXIN, 2012, p. 17).

Já para o filósofo marxista Antônio Sebastião Francesco Gramsci, “O direito é o instrumento idôneo do Estado para a criação e manutenção de determinado tipo de

civilização, de cidadão, de convivência e de relações sociais.” Depreende-se ainda dos ensinamentos do italiano que o Estado procura eliminar certos costumes e atitudes, mas busca difundir e/ou impor outros, “o direito, além de outras instâncias de controle social, como a família, a escola etc., aparece como o instrumento adequado, devendo, por isso, elaborar-se conforme o fim buscado e da forma mais eficaz possível.” (GRAMSCI, 2022, p. 177).

A teoria negativa, também conhecida como agnóstica, preconizada por Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, parte da “confrontação entre os modelos ideais de estado de polícia e de direito para melhor compreender a função política do Direito Penal e precisar o conceito e as implicações da pena.” (ROIG, 2015, p. 45). Zaffaroni colabora:

O modelo de estado de polícia caracterizar-se-ia não somente pela substancialista assunção e decisão, por um grupo, classe social ou segmento dirigente, das diretrizes acerca do que é apropriado ou aceitável realizar-se, fazendo emergir um direito trans personalista, a serviço de entes metahumanos (tais como divindade, casta, classe, estado, mercado etc.), mas também pelo exercício vertical, arbitrário e paternalista de poder, pautando-se pela postura de castigo e ensinamento aos cidadãos. Já no modelo de estado de direito, as diretrizes acerca do que é apropriado ou aceitável realizar-se seriam fixadas pela maioria, com o respeito às minorias e com a compreensão de que as regras devem ser permanentes (não transitórias) e vincular a todos, indistintamente. Esse modelo caracterizar-se-ia pelo exercício horizontal e democrático do poder, tendendo a uma justiça procedimental e voltada a serviço dos próprios humanos, de modo que, fraternal- mente, afete o menos possível a existência de cada um. (BATISTA, ZAFFARONI, 2003, p. 94).

Para Gramsci, “o direito não cumpre apenas uma função repressiva, ou de castigo, mas também pedagógica ou educativa.” Afirma o autor: “o Estado não castiga, mas luta contra a perigosidade social. Na verdade, o Estado deve ser concebido como educador, tendendo, exatamente, a criar um novo tipo ou nível de civilização.” E nesse contexto, contribui: “Cabe a instrumentalização do direito por parte do Estado para a transformação social.” (GRAMSCI, 2022, p. 177).

Cabe aqui ainda o entendimento de Nicolas Lopez Calera sobre as assertivas de Gramsci:

Leva-nos a uma espécie de dirigismo intelectual que incide sobre os costumes da cidadania, sendo, pois, o direito um instrumento para esse dirigismo intelectual e cultural que pretende a educação das massas, seja para a integração, seja para a revolução. Em consequência, o direito cria um conformismo social cuja utilidade é muito cara aos interesses da classe dominante. (CALERA, 1997, p. 86).

Por fim, Cezar Roberto Bitencourt, arremata:

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário, entendido como um conjunto de atividades dirigidas

à reeducação e reinserção social dos apenados, o interno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. (BITENCOURT, 2017, p. 56).

Ao contrário das teorias absolutas, que viam na aplicação da pena apenas o caráter retributivo do mal praticado pelo agente que infringiu a ordem jurídica; as teorias relativas buscam criar uma finalidade para justificar a aplicação da pena. Assim, a pena deixa de ser um fim para ser um meio.

Apesar de representar um importante avanço no tocante à finalidade da pena, que como explanado, deixa de ser um fim para ser um meio, esta teoria também merece crítica. A pena representa uma coação psicológica, uma ameaça, um medo imposto aos indivíduos como forma de controle social, de forma que se cria um estado de terror e faz-se presumir que o indivíduo terá a capacidade racional de orientar as suas condutas; sem, no entanto, ser levado em conta o fato de que, para esta teoria, o indivíduo acaba sendo usado como meio para alcançar um propósito social coletivo. O indivíduo passa a ser um objeto da persecução estatal de finalidades preventivas. Não se pode perder de vista que a pena deve ser um instrumento de negação da vingança e deve ser utilizada como forma de limitação ao poder punitivo arbitrário do Estado.

Por consequência lógica da teoria preventivo-especial ressocializadora, cumpre mencionar o tratamento do delinquente quanto ao sistema carcerário. Munhoz Conde afirma:

A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida que o interior prisional oferece atualmente. Em segundo lugar, mencionam-se os possíveis problemas para o delinquente e seus direitos fundamentais que a aplicação de determinado tratamento penitenciário acarretaria. Finalmente, a terceira oposição crítica refere-se à falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz. Ninguém, em sã consciência, ignora que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão. Basta destacar os novos hábitos que o recluso deve adquirir ao ingressar na prisão, tais como vestimenta, horários para todas as suas atividades pessoais, formas determinadas de andar pelos pátios, a observação do “código do preso”: em resumo, a assimilação de uma nova cultura, a cultura prisional. (MUNHOZ CONDE, 2005, p. 145-147).

Por outro lado, Bitencourt acena que a ideia de submissão do recluso pode ser contestada. A opinião dominante da doutrina é a de que “o tratamento, em liberdade ou não, deve ser aplicável somente àqueles réus cuja concreta situação psíquica o requeira.”

Entrementes, sintetiza seu pensamento afirmando: “Sustenta-se modernamente, inclusive, que o direito de ser diferente integra os direitos fundamentais do indivíduo.” (BITENCOURT, 2017, p. 57). Nesses termos se manifesta Munhoz Conde, afirmando que “o direito de não ser tratado é parte integrante do direito de ser diferente que em toda sociedade pluralista e democrática deve existir.” (MUNHOZ CONDE, 2005, p. 148)

Diante de todo o exposto, Cezar Roberto Bitencourt afirma: “É natural que recusemos qualquer tentativa de imposição de certo modelo estatal, ou, em outros termos, de ressocializar ou reeducar coativamente quem delinuiu.” Extrai-se do entendimento do autor que essa tentativa afetará “os direitos fundamentais do cidadão, mesmo que estes tenham transgredido as normas penais em prejuízo da comunidade.” (BITENCOURT, 2017, p. 57).

O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Esse tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão. (BITENCOURT, 2017, p. 57).

Cabe destaque aqui a máxima de Zaffaroni: “O sistema penal é, enfim, um fato de poder. E a pena privativa de liberdade a pura manifestação (política) desse poder.” (ZAFFARONI, 2007, p. 202). Em mesma linha, Cezar Bitencourt acredita que a “deficiência das condições penitenciárias na maior parte dos países de todo o mundo e sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, mostra que a prisão está efetivamente em crise”, continua (BITENCOURT, 2017, p. 63):

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2017, p. 63).

Continua exclamando o autor:

A crise da prisão como resultado da deficiente atenção que a sociedade e os governantes têm dispensado ao problema, nos leva a exigir uma série de

reformas, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador. (BITENCOURT, 2017, p. 63).

Ainda acredita Bitencourt, que essas deficiências evidenciam uma crise profunda que pode ser notada “pelas perturbações psicológicas que produz, pelo problema sexual, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado etc.” (BITENCOURT, 2017, p. 63).

A tese de falência da prisão tem mostrado seu efeito criminógeno. Por já ter sido defendida no passado pelos positivistas, acabou ganhando força no II Congresso Internacional de Criminologia em Paris, no ano de 1950, com a máxima:

“A prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.” (BITENCOURT, 2017, p. 63).

Segundo Ataliba Nogueira, “a prisão traz inúmeras desvantagens”, e continua:

Priva a sociedade da produção de trabalho pelos presos; aniquila a família do preso; contribui para o crescimento do número de criminosos; arranca o criminoso do seu meio; acarreta desnecessário e injusto aumento nas despesas públicas; agrava ou arruína a saúde do sentenciado. (NOGUEIRA, 1956, p. 12).

“A prisão exerce influência sobre a atividade psíquica do recluso provocando reações físicas ou mentais”, conforme assevera Carlos Alberto Marchi de Queiroz: “Atualmente, a não ser, talvez, pela destinação dos espaços físicos, os estabelecimentos prisionais brasileiros não passam de autênticos depósitos de criminosos condenados pela Justiça Pública.” (QUEIROZ, 1989, p. 205).

Em relação à “crise das prisões”, convém trazer de forma breve eis que por não ser o foco do estudo ocasionaria em digressões rasas para uma situação que merece atenção.

José Maria Ricco contribui mencionando fatores que considera primordiais na crise da pena de prisão.

Um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso. A aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário. Quanto a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos

companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.(RICCO, 1978, p. 78-79).

Brevemente relata Irene Batista Mukad:

A opinião dominante é de que não é possível reabilitar o condenado ao convívio social, aplicando-se-lhe um isolamento que não é natural, que lhe traz, pelo tipo de vida a que obriga, repercussões negativas em seu físico e psiquismo, tornando-o mais antissocial, por não lhe proporcionar uma existência racional e normal, levando-o a uma despersonalização incompatível com a vida em liberdade. (MUKAD, 1990, p. 12).

Em se tratando das teorias unitárias, também conhecidas como eclesíásticas ou unificadas. Como o próprio nome diz, a teoria busca unificar a função retributiva da pena com os fins de prevenção geral (positiva e negativa) e especial (positiva e negativa). Ou seja, buscam conciliar em uma única teoria, todos os fins da pena.

O que se tem, então, é um compilado de todos os pressupostos de cada uma dessas teorias, sem deixar de lado o caráter retributivo da pena. Para Juarez Cirino dos Santos:

As teorias unificadas da pena criminal conjugaram as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal. Então, a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica, etc. (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 430)

Para os adeptos dessa teoria, a pena tem fundamento de validade no delito praticado e na prevenção da prática de novos delitos. Logo, o delito praticado atua como fundamento e limite da pena que será aplicada ao caso concreto, com base nos postulados de proporcionalidade e igualdade. E é aqui que surge uma crítica: Reunir as funções da pena é suficiente para garantir a eficácia da aplicação da pena e ainda para superar as fraquezas e os defeitos de cada uma das teorias? Ademais, entende que as teorias aqui conciliadas são contraditórias, sendo que cada qual tem uma finalidade que não se alinha à finalidade da outra. Como consentir com teorias cujas finalidades e objetivos são antagônicos? Dessa forma, conclui-se que unificação de todas essas teorias não se revela suficiente para superar as deficiências e fraquezas de cada uma das teorias isoladamente consideradas, o que tornaria sua aplicação ineficaz para os fins aos quais se propõe.

De outro lado, ainda cabe apresentar a teoria negativa, também chamada de teoria agnóstica. Novamente autoexplicativa, a descrença e a falta de confiança na existência de finalidades da pena e do poder punitivo do Estado

Acerca deste tema, Tobias Barreto afirma:

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada [...]. Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica. (BARRETO, 1996, p. 649-650)

Assim, a pena seria, para os adeptos desta corrente, decorrência do poder político do Estado. Barreto colabora: “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.” (BARRETO, 1996, p. 650).

Nilo Batista também entende a existência de uma função política não só da pena, mas também e sobretudo do Direito Penal. (BATISTA, 2007, p. 21). De mesmo modo, Eugenio Raul Zaffaroni tece diversas críticas ao conceito positivo da função da pena, “verificada sob uma ótica da ciência social.” O doutrinador argentino diz “que nenhuma função da pena prevista pelas teorias positivas da pena é verificada na realidade social.” (ZAFFARONI, 2007, p. 58-59)

Já quanto à Lei de Execução Penal, é possível afirmar, nas palavras de Rodrigo Duq Estrada Roig, que trata-se de um meio de controle das condutas carcerárias, com o “suposto objetivo de proporcionar a “reintegração” social do condenado, resguardando um acervo de direitos sem aplicabilidade”. Para o autor, o Estado “delegou aos órgãos da execução penal julgar o comportamento dos presidiários, para tanto dispôs de uma série de procedimentos, tendo em vista a organização nos presídios.” (ROIG, 2005, p. 138).

A verdade é que o Brasil desenvolve suas políticas penais de exclusão há muito tempo. Julgar a pena de prisão como necessária e adequada é um meio de esconder a sua verdadeira finalidade a de neutralizar a classe que incomoda o governo. O sistema prisional além conjugar problemas relativos com a falta infraestrutura e o aumento significativo do número de presos, é uma medida que gera violência institucional (ROIG, 2005, p. 174). A prisão é visada como melhor remédio de conter o indivíduo, pois tirar sua liberdade e justificar essa ação com a promessa de melhorar o “defeituoso” e fazê-lo ser útil novamente, parece convencer a sociedade, que fica alheia a realidade do sistema carcerário. O problema da prisão não é somente sua estrutura frágil ou sua falta de assistência, pois a única medida adotada é criar mais vagas, e sim o fato do encarceramento ser utilizado de forma ilimitada e estar focado nos efeitos e não nas causas da criminalidade (ROIG, 2005, p. 174-175).

Dessa maneira, concluiu-se o capítulo com os ensinamentos do professor Magalhães Noronha: “A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou.” (NORONHA, 2008, p.20).

3.3 O TRABALHO DE PESSOAS PRESAS E EGRESSAS DO SISTEMA CARCERÁRIO (condenadas)

Nos termos do artigo 28 da Lei de Execução Penal, esta “busca a reinserção do recluso no convívio social e evidencia”, assim, considera a importância do trabalho para o alcance de tal objetivo. Nessa linha, o artigo 126, *caput*, da referida lei, integra essa concepção de incentivo ao trabalho, uma vez que, além de sua finalidade educativa e ressocializadora, tem outro aspecto importante que é o da atenuação de parte da pena privativa de liberdade através da redução que é feita à razão de um dia de pena por três dias de trabalho (remição da pena).

É direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração (art. 41, II, da LEP). Nesse norte, Segundo o STJ, é possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa extramuros, nos termos do informativo 562/2015 do STJ.

O registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles são documentados por atestado firmado por diretor da cadeia pública que, por sua vez, deve enviar todo mês cópia do registro ao juiz da execução penal.

No regime fechado existe a previsão de trabalho interno durante o dia, de acordo com as aptidões do condenado, sendo a recusa falta grave, e trabalho externo, observado os seguintes requisitos: a) em serviços ou obras públicas; b) cautelas para evitar fuga; c) limite máximo de 10% do total dos empregados; d) autorização do diretor do estabelecimento penitenciário; e) aptidão e responsabilidade; f) cumprimento de 1/6 da pena; g) para obtenção do benefício do trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado, nos termos da Súmula 40 do STJ. (MESSA, 2020, P. 105).

No regime semiaberto existe previsão de trabalho interno durante o dia, de acordo com as aptidões do condenado, sendo a recusa falta grave, e de trabalho externo, do qual não precisa de vigilância direta e independe do lapso de cumprimento de 1/6 da pena. (MESSA, 2020, p. 106)

Nessa linha, de acordo com Ana Flávia Messa, “a remição é forma de abreviar a pena, oferecendo ao condenado possibilidade de resgatar parte do tempo de execução da

pena por meio do trabalho.” Ainda segundo a autora, “a finalidade da remição, instituto de caráter penal, é incentivar o bom comportamento do condenado e sua readaptação ao convívio social através do trabalho e, também, da atividade estudantil.” (MESSA, 2020, p. 127).

De acordo com o Informativo do STJ número 613/17: “O reeducando tem direito à remição de sua pena pela atividade musical realizada em coral.” Dessa feita, é possível extrair através de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma prevista, no artigo 126 da LEP, que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal. Sobretudo, de acordo com o artigo primeiro da referida lei, a inclusão de atividade para fins de remição depende de requisitos, quais sejam: “incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.” (LEP)

Ainda nessa linha, “É possível a remição do tempo de trabalho realizado antes do início da execução da pena, desde que em data posterior à prática do delito”, nos termos do informativo do STJ número 628/15.

Por derradeiro, a Súmula 341 do STJ menciona que “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.” A contagem de tempo no caso de atividade estudantil será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. (STJ)

A atividade estudantil deve ser entendida como atividade intelectual, não incluindo atividade de prática desportiva. As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. A remição da pena pelo estudo deve ocorrer independentemente de a atividade estudantil ser desenvolvida em dia não útil, nos termos do informativo 556/2015 do STJ.

As horas dedicadas à leitura e resenha de livros, como forma da remição pelo estudo, são perfeitamente compatíveis com a participação em atividades laborativas fornecidas pelo estabelecimento penal, nos termos do art. 126, § 3o, da LEP (informativo do STJ 587/16). Cabe ressaltar que se o sentenciado estudar e trabalhar no mesmo dia, o tempo deve ser somado até o limite máximo de 8 (oito) horas diárias, sob pena de ofensa

à isonomia. A manutenção da remição depende da vontade do condenado de querer trabalhar ou estudar, demonstrando um comportamento prisional satisfatório e compatível com a sua ressocialização e existência digna.

A concessão da remição, feita pelo juiz da execução, com oitiva prévia do Ministério Público, Messa confirma:

A materializada na atenuação de parte da pena privativa de liberdade através da redução que é feita à razão de um dia de pena por três dias de trabalho, visa, além do incentivo ao trabalho, à finalidade educativa e à recuperação social dos encarcerados. (MESSA, 2020, p. 129).

Nessa linha, observa Fernando Capez:

O preso que pretende trabalhar, mas não consegue porque o estabelecimento não lhe oferece condições (como no caso de cadeias superlotadas), não tem direito ao desconto, pois a mera vontade de trabalhar não passa de um desejo, uma boa intenção, uma mera expectativa de direito. Para ter acesso ao benefício é imprescindível o efetivo trabalho. (CAPEZ, 2007, p. 111).

A jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados), conforme estabelece o artigo 33 da Lei de Execução Penal. (LEP)

O trabalho do preso, conforme o artigo 28, § 2º, da Lei de Execução Penal, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. O critério para estabelecer a duração diária da jornada de trabalho é a análise pelo juiz competente do trabalho (tipo e características), bem como a dedicação do sentenciado na realização do trabalho, visando, em última análise, o objetivo maior da remição da pena, que é a reintegração social do condenado. Cabe ressaltar que não há qualquer vedação para concessão da remição aos condenados que exercerem trabalho externo como cumprimento da pena no regime semiaberto (HC 184501 – STJ).

O benefício da remição consiste na regra de que a cada três dias de trabalho, desconta-se um dia de pena (art. 126 da LEP). No caso de o condenado trabalhar jornada aquém do mínimo legal, deve-se computar cada 6 (seis) horas efetivas de atividade laboral como um dia de trabalho. Se o sentenciado desempenhar atividade laboral fora do limite máximo da jornada diária de trabalho (8 horas), o período excedente deverá ser computado para fins de remição de pena, considerando-se cada 6 (seis) horas extras realizadas como um dia de trabalho.

A remição, que visa a recuperação da dignidade, reeducação e reintegração do condenado, somente é possível quando o condenado cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal, não se estendendo o

benefício aos condenados em regime aberto. Mas cabe ressaltar que o preso provisório tem direito à remição.

Ainda é importante frisar que o tempo remido pelo trabalho do preso deve ser considerado como pena efetivamente cumprida. Assim, Messa menciona que “que os dias trabalhados pelo apenado tem caráter de pena efetivamente executada, devendo ser acrescidos, portanto, ao tempo de pena já cumprido pelo réu.” (MESSA, 2020 p. 131-132).

Dessa feita, compreende dos ensinamentos de Ênio Luiz Rosseto, que a legislação brasileira “concebeu o tratamento penitenciário como auxílio, e não como um processo autoritário, de retificação da personalidade.” (ROSSETO, 2014, p. 81).

3.4 FINALIDADE EDUCATIVA DO TRABALHO – ART. 28 DA LEP

A Carta Magna brasileira, em seu artigo 170, dispõe que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social." Essa concepção do trabalho humano, objeto garantidor da dignidade humana, inclui o trabalho do preso.

Na esfera penal, o Código Penal, em seu artigo 39, garante o trabalho do preso, de forma remunerada, sendo-lhe assegurados os benefícios da Previdência Social. Sobre a importância do trabalho do preso, Celso Delmanto comenta:

O trabalho é direito e dever dos presos. Será sempre remunerado (em valor não inferior a três quartos do salário mínimo), mas devendo a remuneração atender à reparação do dano do crime, assistência à família etc. (LEP, art. 29). Garante-lhe, ainda, este art. 9 do CP, os benefícios da Previdência Social. Assim, embora o trabalho do preso não fique sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (LEP, art. 28, § 2º), ele tem direito aos benefícios previdenciários. (DELMANTO, 2000, p. 301).

Conforme mencionado acima, a legislação penal brasileira conta com o trabalho e a instrução escolar como meios adequados à ressocialização. O trabalho é obrigatório (art. 39, V, LEP). 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 (art. 126, LEP).

Sobretudo, os estabelecimentos prisionais constituem ainda um tabu na nossa sociedade, que, cada vez mais, pretende proteger-se das agressões urbanas com muralhas e adornos de segurança, intercede pela punição dos criminosos com afínco e sagacidade, e, sequer, reflete sobre as causas do problema.

Segundo esse escopo, a Lei de Execuções Penais, promulgada em 11 de julho de 1984, e o Código Penal Brasileiro prenunciam a obrigatoriedade do trabalho nos estabelecimentos prisionais. Todavia, todas as preocupações nas normas pertinentes giram em torno de especificar impreterivelmente o intento e as serventias de se transmitir esse trabalho nos estabelecimentos prisionais.

Cumpra salientar que apenas a lei não é capaz de vencer as barreiras rotineiras almeçadas pelos estabelecimentos prisionais, uma vez que a ausência de políticas laborativas terapêuticas sérias nas prisões traz prejuízos imensuráveis ao cumprimento efetivo da norma. Neste teor, infelizmente, é impossível adquirir oficinas ou locais destinados a execução de trabalhos em todos os sistemas penais, ou, ainda, equipamentos suficientes para atender os apenados. O sentimento que a normatização sobre o tema gera é que, caso fosse possível implementar postos de trabalho em número adequado, a grande demanda dos problemas das instituições prisionais minimizaria em seu máximo, arriscando a dizer que desapareceriam instantaneamente. Ademais, o trabalho enquanto preso, auxiliaria em uma aferição de renda; bem como, possibilitaria uma qualificação profissional quando posto em liberdade. Essa lógica pode ser extraída, por exemplo, do artigo 28 da Lei de Execuções Penais (LEP), que, conforme já mencionado, prevê: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.” (LEP)

Não bastassem as limitações reais para o trabalho do preso nos estabelecimentos prisionais, o presente trabalho volta-se aos entraves impostos após a sua saída, decorrente do estigma socialmente imposto a ele, chancelado pelo sistema de antecedentes criminais. Torna-se notório que os egressos do sistema penitenciário detêm uma dificuldade ou até impossibilidade de atingir empregos formais, motivados na Declaração de Bons Antecedentes. (PEDROSA, 2008, p. 6).

3.5 ANTECEDENTES CRIMINAIS X MAUS ANTECEDENTES

Por ser o processo penal um campo do direito em que a constante antítese entre os direitos individuais e o arbítrio do poder estatal encontra-se sempre em litígio, haja vista ser nesta seara que ocorre a restrição legítima a bens jurídicos inerentes à dignidade da pessoa humana, tal como a liberdade. Tal cenário propiciou o surgimento do princípio da presunção de inocência como instrumento de equilíbrio entre a pretensão

punitiva do estado e a garantia do indivíduo de não ter sua liberdade cerceada ,sem que antes - a não ser cautelarmente (prisão provisória ou preventiva) - haja um processo penal justo e racional que determine, ao cabo, a sua culpa para além de qualquer dúvida razoável.

Conhecido como princípio orientador fundamental do processo penal, pode ser chamado também do reconhecimento do estado de inocência ou da não culpabilidade. Considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e uma das mais importantes garantias constitucionais, convencionais e humanitárias, a disposição do indivíduo em face do poder punitivo e repressivo do Estado, ainda é um dos corolários do devido processo legal. Nessa linha, o ordenamento jurídico pátrio aborda o tema no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República do Brasil, o qual preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (CF).

O princípio da presunção de inocência é como um instrumento de equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e a garantia do indivíduo de não ter sua liberdade cerceada sem que antes - a não ser cautelarmente (prisão provisória ou preventiva) - haja um processo penal justo e racional que determine, ao cabo, a sua culpa para além de qualquer dúvida razoável. Helena Regina Lobo da Costa assinala: “traduz uma escolha política elementar, a de que o Estado e a sociedade estão centrados na pessoa e objetivam seu respeito e a promoção de uma vida digna.” (COSTA, 2008, p. 36-37)

A presunção de inocência também é uma das mais importantes garantias constitucionais do indivíduo, em face do poder punitivo e repressivo do Estado, sendo um direito de todos, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Beccaria explica:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais esteve de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2010, p. 37)

Na esfera jurídica internacional, o princípio está elencado em diversas constituições por vários países, além de contar com um rol taxativo em muitos diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, na Convenção

Americana sobre Direitos Humanos³ (Pacto de San José da Costa Rica), de cuja o Brasil é signatário e na qual se lê no seu art. 8. 2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

Nessa linha de raciocínio, depreende-se de todo o estudo que a necessidade de imposição de limites ao arbítrio estatal e aos interesses individuais na persecução penal sempre impulsionaram a consolidação ao longo da história humana dos princípios inerentes à dignidade humana. O da presunção de inocência, como um dos mais importantes instrumentos de resistência à imposição açodada e arbitrária de uma penalidade, enquanto não sobreviesse a declaração formal de culpa por meio de provimento judicial, sempre precisa ser observado.

Como bem asseverou Whitman, a respeito da imposição de limites em uma sociedade civilizada: “As pessoas de todas as partes do mundo ocidental concordam com a mesma proposta, banal, mas fundamental: uma sociedade civilizada deve impor limites ao Estado na condução da justiça criminal”. (WHITMAN, 2016, p. 936).

Nessa toada, é importante trazer o entendimento dos maus antecedentes, o qual admite que “tendo ocorrido qualquer envolvimento anterior do condenando na seara criminal, desde que não configurada a reincidência, tais antecedentes farão parte do conceito de maus antecedentes”, de acordo ainda com Bittencourt:

A finalidade desse modulador, como os demais constantes do artigo 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. Admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos não significa uma “condenação” ou simplesmente uma violação do princípio constitucional de “presunção de inocência”, como alguns doutrinadores e parte da jurisprudência têm entendido. Não nos parece a melhor corrente, embora respeitável, o entendimento de que “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento”, “absoluções por insuficiência de provas”, “prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes” não podem ser considerados como “maus antecedentes”, porque violaria a presunção de inocência. Com efeito, ao serem admitidos como antecedentes negativos, não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação; caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como “maus antecedentes” representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. A persistir esse entendimento mais liberal, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituam reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se “aos antecedentes”, ter-se-ia referido “às condenações anteriores irrecuráveis”. (BITENCOURT, 2004, p. 212).

Nessa mesma linha de raciocínio, a Súmula 444, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça menciona: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso

³ Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969

para agravar a pena-base.” Greco ensina, ainda, que os antecedentes criminais encontram limite no princípio constitucional da presunção de inocência:

Dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal. (GRECO, 2017, P. 19).

Assim, ainda entende Rogério Greco que a má definição do que são maus antecedentes no sistema penal brasileiro é que relaciona o princípio da presunção de inocência com as condenações anteriores que poderiam ser definidas como reincidência: “É um prejuízo para o condenado devido à pena base comece a caminhar nos limites da lei penal. Defendido em regra geral pela doutrina que os antecedentes criminais dizem respeito aos dados da vida continua do réu no âmbito penal, os fatos que englobam seu passado criminal, fatos bons ou ruins.” (GRECO, 2017, p. 20-22)

Ainda sobre o tema, a doutrina também traz uma aplicação da segurança jurídica necessária para o antecedente criminal ou a reincidência, respeitando-se o já citado princípio constitucional da presunção de inocência, ao incluir a Súmula 636, também do Superior Tribunal de Justiça. A qual menciona: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.”

A Súmula em questão determina a relatividade das condenações anteriores, envolvendo a diferenciação entre maus antecedentes e reincidência, em que os maus antecedentes são interpretados como circunstância judicial, sendo aplicados na primeira fase da dosimetria. Portanto, a circunstância judicial é relativa aos maus antecedentes, que consiste nas condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência, após o decurso do prazo de cinco anos, após o cumprimento ou extinção da pena, englobando crime militar ou político, seja ainda pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito.

Já a Súmula 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Tal entendimento estabelece a não aplicação da reincidência como circunstância judicial e legal de forma simultânea, em que os maus antecedentes serão valorados como circunstância judicial e a reincidência sempre como circunstância legal, ou seja, na segunda fase da dosimetria da pena.

Nesse sentido, tem-se firmado o entendimento de que, para fins de maus antecedentes, são cabíveis de valoração tão-somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência. (JESUS, 2001, p. 199-200).

Com efeito, antecedentes criminais, ou maus antecedentes, configuram a vida pregressa do agente e, de acordo com entendimento jurisprudencial já firmado, devem ser condenações definitivas (aquelas que já possuem sentença judicial transitada em julgado), tendo em vista que se fossem aceitas as decisões condenatórias que ainda cabem recurso como forma de maus antecedentes, estaria por ferir o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF).

Em se tratando do instituto da Reincidência, a previsão legal se dá nos artigos 61, I, e 63, ambos do Código Penal. De acordo com Fausto Martins de Sanctus, “*deriva de recidere, que quer dizer recair, repetir.*” (SANCTIS, 2014, p. 130).

Quanto ao instituto da reincidência, percebe-se que ele foi tratado pelo legislador pátrio de forma mais minudente, pois trata-se de circunstância agravante pena, analisada pelo juiz já na segunda fase da aplicação do sistema trifásico, portanto, mais gravosa ao réu. É o que dispõe o artigo 61 do Código Penal. (SANCTIS, 2014, p. 130)

De acordo com o artigo 63, “é necessário que a sentença anterior já tenha transitado em julgado quando o agente comete o segundo crime, para que se caracterize a reincidência.” De igual sorte, não há qualquer distinção quanto à natureza dos crimes para a caracterização da reincidência (dolosos, culposos, idênticos ou diversos etc.). Entretanto, o artigo 64, II, não considera, para reincidência, os crimes militares próprios e os crimes políticos. (CP)

Nessa linha, Sanctis menciona: “a prova da reincidência somente se faz com certidão da condenação anterior em que conste a data do trânsito em julgado.” Para fins temporais, deixa de existir a reincidência se decorrido tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a data do crime posterior. (SANCTIS, 2014, p. 130).

A reincidência, como uma circunstância legal, também não pode ser confundida com os maus antecedentes, visto que, esta possui uma limitação expressa na lei sobre seu ordenamento, (se extingue após cinco anos da última sentença transitada em julgado). Dessa forma, tendo o indivíduo cometido crime posterior a esse período quinquenal, e assim, a doutrina e a jurisprudência explicitam em vários acórdãos e estudos da distinção destas duas circunstâncias legais e judiciais na aplicação da pena ao réu.

A presença do instituto no debate da pena é imperiosa, segundo Luiz Lenio Streck, “o reincidente é prova viva do fracasso dos discursos positivos da pena e gera, como reação do sistema, uma necessidade ainda maior de pena.” O autor aborda uma crítica severa e reprovável, demonstrando que o reincidente “mostra-se ainda mais refratário ao ordenamento jurídico, incapaz mesmo de aprender com sua condenação pretérita, *tout court*, um incorrigível.” Em síntese, o letrado aduz: “A reincidência, serve para dividir os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo.” (STRECK, 1998, p. 66-67).

Assim, segundo Zugaldia, “reprovar o reincidente por aquilo que ele é, ou bem pelo que voltou a fazer, não há harmonia com o Estado Democrático de Direito, ao menos quando se está a falar de circunstância agravante.” (ZUGALDIA ESPINAR, 1989, p. 87).

De maneira mais extremista, Salo de Carvalho, considera o instituto da reincidência na aplicação da pena inconstitucional, e diz: “Absolutamente toda agravação de pena ou negativa de direitos pela reincidência constitui violação do princípio *bis in idem*.” (CARVALHO, 2008, p. 12). No mesmo sentido, porém fundado em aspectos político-criminais, a posição de Santiago Mir Puig: “Para quem a reincidência só merece especial atenção quando associada à periculosidade, situação a ensejar medidas de segurança.” (SANTIAGO, 2013, p. 547).

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena, afastando a tese de que a sua aplicação caracterizaria *bis in idem*, conforme o julgado RE 453.000/RS.

Nessa linha de raciocínio, Zaffaroni comenta:

A criminalização secundária incide, em regra, sobre fracassados reincidentes de empreitadas ilícitas, que insistem em seus fracassos, em boa medida devido aos requisitos do papel que o próprio poder punitivo lhes formula, ao reforçar a associação com as características das pessoas mediante o estereótipo seletivo. (ZAFFARONI, 2007, p. 13).

Nessa toada, cumpre trazer alguns fundamentos teóricos das penas. Inicialmente nos dizeres de Nucci sobre os abolicionistas: “É o movimento que visa pregar a descriminalização e a despenalização para a prática das condutas como soluções para o sistema penitenciário.” (NUCCI, 2010, p. 207-208). Já para Zaffaroni, “o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.” (ZAFFARONI, 2007, p. 90).

Quanto aos garantistas, Ana Flávia Messa diz: “O suspeito, processado e condenado, tem direito de respeito às garantias formais e materiais ante o poder punitivo do Estado.” (MESSA, 2020, p. 90). Conforme a lição de Ferrajoli:

A palavra garantismo pode ser compreendida sob três acepções: pela primeira, garantismo designa um modelo normativo de direito, quanto ao Direito Penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito. No plano epistemológico (epistemologia = teoria da ciência), se caracteriza como um sistema cognoscitivo (cognoscível = que se pode conhecer) ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência é garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e satisfaz de maneira efetiva. (FERRAJOLI, 2003, p. 223).

Ana Flávia Messa defende ainda uma corrente do Direito Penal Simbólico, o qual menciona ser aquele em que o Poder Legislativo não legisla em prol do coletivo, mas em caráter individual, “forçado pela pressão dos meios de comunicação que exige mão firme sobre determinados crimes que foram cometidos contra famosos ou autoridades, enquanto a população se contenta com um mero símbolo de segurança.” (MESSA, 2020, p. 91).

Ainda segundo a autora quanto a tese do Minimalismo penal, são os defensores “de um sistema penal mínimo com adoção de medidas como a despenalização e penas alternativas à prisão.” (MESSA, 2020, p. 91). Nessa linha, diz Baratta:

Não se trata de uma política de substitutivos penais, reformista e humanitária, mas, de uma política mais ambiciosa, de trazer profundas reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas mais humanas. (BARATTA, 1993, p. 44-61).

Zaffaroni é o defensor da teoria do Realismo Marginal. Cunhado de “Realismo marginal latino-americano”, está presente em seu clássico “Em busca das penas perdidas.” Traz uma resposta em homenagem ao clássico “Penas perdidas”, de Louk Hulsman. A obra relata que: “O exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos. Os direitos humanos devem ser reconhecidos como uma ideologia programática para toda a humanidade.” Zaffaroni constata a existência de uma insensatez histórica e de uma expropriação do direito da vítima praticada pelos sistemas penais e propõe a deslegitimação do sistema penal. (ZAFFARONI, 2007, p. 105).

Os defensores da teoria das Janelas Quebradas vem dos Estados Unidos. Estudantes da Universidade de Harvard, os criminológicos James Wilson e George Kelling publicaram, em março de 1982, a teoria que tem como base um experimento

realizado por Philip Zimbardo, um psicólogo da Universidade de Stanford, com um automóvel deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto (Califórnia). Durante a primeira semana de teste, o carro não foi danificado. Porém, após o pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente destruído e roubado por grupos de vândalos, em poucas horas. De acordo com os autores, “caso se quebre uma janela de um edifício e não haja imediato conserto, logo todas as outras serão quebradas. Algo semelhante ocorre com a delinquência.” Em 1996, Kelling lançou a obra definitiva sobre a teoria das janelas quebradas, na oportunidade o autor demonstra a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções, ou seja, a “desordem leva à criminalidade, a tolerância com pequenos delitos e contravenções leva, inevitavelmente, à criminalidade violenta.” (MESSA, 2020, p. 92-93).

A teoria que mais casa com o tema e merece um espaço nesse estudo é a do Etiquetamento (*labeling approach*). Segundo Antonio García Pablos de Molina, “reparte o rótulo de criminoso com o mesmo critério e distribuição dos bens positivos, levando em conta o status e o papel da pessoa.” (MOLINA, 1996, p. 53).

Desse modo as chances ou os riscos de um indivíduo ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição dele na pirâmide social (*status*). O comportamento humano seria inseparável da interação social e sua interpretação não pode prescindir dessa mediação simbólica. O conceito que o indivíduo tem de si mesmo, de sua sociedade e da sua posição nessa sociedade são chaves importantes do significado genuíno da conduta criminal. (MOLINA, 1996, p. 53-57).

A teoria veio para desbancar o *status* de sociedade perfeita que o estado tentava demonstrar naquela época, disseminando a informação de que esse mesmo estado também era responsável pelo aumento da criminalidade. Sergio Salomão Shecaira argumenta:

A ideia de encarar a sociedade como um “todo” pacífico, sem fissuras interiores, que trabalha ordenadamente para a manutenção da coesão social, é substituída, em face a uma crise de valores, por uma referência que aponta para as relações conflitivas existentes dentro da sociedade e que estavam mascaradas pelo sucesso do Estado de bem estar social. (SHECAIRA, 2014, pag. 241)

Segundo Baratta, a teoria também trata que as instituições inerentes à justiça contribuem para o aumento da criminalidade, eis que ajudam a classificar o indivíduo como criminoso. A magistratura, as promotorias de justiça e as delegacias de polícia, possuem uma parcela de culpa no aumento da criminalidade. (BARATTA, 2002, p.92).

Ainda é possível concordar com a teoria quanto a sua visão dos estabelecimentos prisionais, eis que concordam que a sua finalidade acabou por ser uma

falácia, e ao invés de recuperar o infrator, acaba por marginalizá-lo ainda mais. Eis que o contato com outros presos e as péssimas condições do lugar não cumprem a função primária dos cárceres. Sobre esse ponto, José Cesar Naves de Lima Junior pontua que:

[...] teoria interacionista ou da reação social, encontra-se fundada na ideia de que a intervenção da justiça na esfera criminal pode acentuar a criminalidade. A prisão, e o contato com outros presos poderia criar novos criminosos, assim sendo e por essa lógica a criminalidade seria produzida pelo próprio controle social. (LIMA JUNIOR, 2018, p.137)

Coaduna do mesmo entendimento Paulo Queiroz⁴ ao publicar um artigo em 2002: “Sabe-se hoje que o delito, que não tem consistência material ou ontológica, é algo que se constrói socialmente (rotulação) do que seja crime e criminoso, já que é ele que fornece a ferramenta conceitual de atuação dos que operam com o sistema penal.” (QUEIROZ, 2002, p. 52).

Resta claro, pela Teoria do *Labelling Approach*, que as instâncias de controle definem o que será punido e quem será punido, o que nos remete a uma relação com a seletividade do sistema penal. Nessa linha, Eugenio Raúl Zaffaroni, colabora mencionando: “Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.).” (ZAFFARONI, 2011, p 130).]

O sistema penal brasileiro é um retrato dessa seletividade, bastando apenas analisar o perfil da população majoritariamente encarcerada. Qual seja, população esmagadoramente masculina; por um público dominado por jovens, negros e, ainda, por apresentar escolaridade defasada, vez que muitos são analfabetos ou possuem ensino fundamental incompleto.

3.6 OBSTÁCULOS À EMPREGABILIDADE DE PESSOAS EGRESSAS NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

O Código de Processo Penal, editado em 1942, assegura à Autoridade Policial o direito de, ao tomar ciência de uma infração penal, imediatamente identificar o indiciado e acostar seus antecedentes criminais.

⁴ <https://www.pauloqueiroz.net/seis-conceitos-de-crime/>

Entrementes, conforme suscitado, os antecedentes criminais possuem a função de alterar a dosimetria da pena (artigo 59, Código Penal), bem como motivar a decretação da prisão preventiva (artigo 312 Código de Processo Penal - CPP), ou, ainda, para a revogação de suspensão condicional da pena (artigo 709 § 2º CPP).

O Código Penal, em seu artigo 64, estipula que os efeitos de reincidência não prevalecerão na condenação anterior se houver transcorrido o prazo de cinco anos, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Assim, decorrido esse prazo, as condenações anteriores não deverão ser levadas em consideração em novo processo. Neste norte, a Lei de Execuções Penais prevê em seu artigo 202:

[...] cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei [...]. (LEP).

A Lei de Execuções Penais assegura um rol de direitos ao egresso, entretanto, as políticas públicas utilizadas para concretizá-los caminham a passos lentos. Via de regra, a realidade de muitos países em se esforçar para trazer de volta à sociedade o egresso tem sido fruto de um investimento unilateral de cada ex-detento, que, a cada dia, supera os incalculáveis obstáculos do preconceito e da exclusão social.

Nesse cenário, Evandro Lins Silva corrobora:

(...) os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: - o desemprego. Legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: - incorporar-se ao crime organizado. (SILVA, 2011, p. 40).

A falta de acolhimento e acompanhamento por uma parcela dos órgãos públicos encarregados, o preconceito da sociedade, o estigma da prisão, a impossibilidade de encontrar emprego para conseguir prover o seu sustento e de sua família, bem como, a falta de apoio destas, representa um dos fatores que mais levam à reincidência desses sujeitos.

Neste contexto, a falta e/ou fragilidade das políticas públicas para alcançar as especificidades desse público e a insuficiência na criação de novas oportunidades, unida à falta de confiança e ao preconceito social, são obstáculos por muitas vezes de caráter intransponíveis. De igual sorte, as estatísticas de reincidência, a reentrada prisional, e o ciclo criminal vicioso, tornam os números tão elevados. Fica latente que não é razoável

praticar uma política sistêmica e eficaz de segurança pública, sem desprender esforços e recursos para inclusão social dos egressos do cárcere. Opor a este público as circunstâncias palpáveis ao exercício da cidadania, acrescido à conservação do chavão de bandido e criminosos, mesmo com o término da pena, é cooperar para o reflexo de ciclos de violência e procedimentos de criminalização e vitimização.

Em nível de Paraná, o DEPEN – Departamento de Execuções Penais, utiliza o Patronato Municipal. Este, tem a finalidade de atender egressos beneficiados com a progressão para o regime aberto, liberdade condicional, sentenciados com trabalhos externos, liberdade vigiada, prestação de serviços à comunidade e os com suspensão condicional da pena (sursis), por determinação das Varas de Execuções Penais, dos Juízes das Varas Criminais e Justiça Federal, com penas restritivas de direito (DEPEN).

A tentativa é de minimizar a vulnerabilidade relacionada aos processos de criminalização e agravada pelo cárcere, uma vez que versa sobre população que traz um acervo de efeitos que intensificam o procedimento de estigmatização e exclusão social. Se para os cidadãos, habitantes da periferia, que possuem baixa escolaridade e auferem pouca renda, o alcance a políticas públicas e/ou a oportunidades de evolução social já são medíocres e injustos; quando se trata de um egresso, esse quadro de vulnerabilidades é estremado, uma vez que o rótulo de ex-detento, a falta da subjetividade, o afastamento dos vínculos familiares e comunitários, e o atestado de antecedentes criminais, intensificados com o preconceito social, perduram da pena temporária em pena perpétua de exclusão social.

Os socialmente marginalizados são, em regra, definidos em características atribuídas ao status, sejam eles pela raça, pelo sexo, de acordo com a condição econômica e social, deficiência, etnia ou religião, ou, ainda, de acordo com o delito e/ou de acordo com a orientação sexual. Neste diapasão, quanto mais visíveis os atributos que delimitam a posição da minoria (marcadores sociais da diferença), mais árduo se torna para remediar as marcas da desigualdades social que se reproduz em todos os panoramas da sociedade, incluindo os vínculos empregatícios.

O próprio desequilíbrio basilar na relação de emprego, pode ocasionar descomedimentos, que, se associado a um aspecto discriminatório, transforma-se ainda mais violento. Tal fato está ligado ao estigma do indivíduo que não se inclui no estereótipo do “empregado ideal”, inúmeras vezes visto como alguém com menos qualificação para o trabalho. O estigma é definido por BACILA como:

[...] um sinal ou marca que alguém possuiu, que recebe um significado depreciativo (...) gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza ou desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os ‘normais’, pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano. (BACILA, 2005, p. 24).

Estigma compreende um “rótulo” comumente empregado aos indivíduos que possuem aspectos subjetivos e/ou objetivos, conforme o mesmo autor explana:

[O estigma] contém um aspecto objetivo, que é a marca (sexo, raça, condição social, defeito físico, religião, etc.) e outro subjetivo (valoração negativa ou depreciativa), o estigma fere a igualdade entre as pessoas e a aplicação do Direito. (BACILA, 2005, p. 25).

O referido rótulo de pessoa “menos qualificada” induz uma situação de discriminação, tornando-se uma tatuagem no indivíduo. Maurício Godinho Delgado contextualiza discriminação como “[...]conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada [...]”. (DELGADO, 2006, p. 97).

Diante da discriminação sofrida por este grupo de pessoas, na próxima seção o tema será abordado à luz do princípio da igualdade.

3.7 A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DE PESSOAS EGRESSAS: A LEI 9.029/1995 E A CONVENÇÃO 111 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

Preliminarmente, insta destacar a finalidade do Direito do Trabalho que, segundo Dinaura Gomes, “consiste em equilibrar essa relação assimétrica do sistema capitalista de produção (em sua origem), desprovida de igualdade econômica e social, em face do poder e riqueza do empregador.” Nessa seara, a autora corrobora mencionando que atinge seu fim “concedendo à parte mais fraca e subordinada (empregado), garantias e vantagens, por meio de normas protetivas e de caráter imperativos, em vista da realização da Justiça.” (GOMES, 2019, p. 229).

Por conseguinte, extrai-se do entendimento da doutora que em um Estado Democrático de Direito, o qual nos encontramos, e através da Constituição de 88, a mais democrática já vista pelo País, é preciso combater o capitalismo globalizado e cabe ao Estado-nação, no limite de seu território, proteger eficazmente os direitos fundamentais sociais; dentre eles, o dos trabalhadores, a fim de se garantir a redistribuição da riqueza

com eficiência e lisura, através dos seus agentes e representantes do povo, direcionando a ordem econômica ao alcance do bem de todos e executando políticas públicas de qualidade. (GOMES, 2019, p.230).

O trabalho flexível, segundo Dinaura Gomes, se “encaixa na economia da inteligência, ou economia imaterial, e naquelas profissões e ocupações de setores mais altamente capitalizados e rentáveis da economia capitalista contemporânea”, tais como atividades de telefonia, bancárias, computação, pesquisa. (GOMES, 2019, p.119).

Como justificativa a esta flexibilização, Dinaura explana que os horários dos empregados, os contratos, os salários, os locais de trabalho exigiriam uma flexibilização dos trabalhadores, sendo necessário que as empresas requeressem mão de obra nessa linha, comenta ainda que “até mesmo seus comportamentos devem ser flexíveis, exigindo do corpo e da mente.”

Quanto a tutela legal que rege essa flexibilização, está inserida no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da CF, os quais asseguram alterar direitos dos trabalhadores que não sejam fundamentais ou irrenunciáveis, mediante compensação, ou ainda, em situações especiais, temporárias, e sempre mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A autora destaca que essa adoção serve para “possibilitar adaptação das condições de trabalho já regulamentadas por lei ou por normas coletivas mais favoráveis.” (GOMES, 2019, p.120).

Derradeiro, a autora ressalta a importância de se garantir e promover a liberdade sindical:

A fim de que estes sejam órgãos efetivamente representativos, capazes de articular políticas ativas de adaptações de determinadas formas e meios de prestação de serviços às necessidades econômicas da empresa, sem ferir ou anular direitos fundamentais que são indispensáveis para se garantir uma vida digna. (GOMES, 2019, p. 120).

Dessa feita, quanto ao trabalho informal, a OIT, através da Recomendação 204, de 1º de junho de 2015 a qual se reuniram em Genebra pela 104ª Sessão, concluiu que a crescente onda de trabalho informal em várias vertentes passa a constituir um desafio grande ao direito dos trabalhadores, abarcando assim os princípios e os direitos fundamentais do trabalho, para a proteção social e condições de trabalho decente, para o desenvolvimento inclusivo e para o Estado de direito.

Dessa forma, constata ainda que a maioria das pessoas entra nesse tipo de economia não por opção, mas em consequência da falta de oportunidades na economia

formal e pela ausência de outros meios de subsistência. Ademais, ainda constata que a informalidade possui muitas causas, incluindo questões estruturais e de governança.

Ainda recorda que os défices de trabalho decente são mais vistos no trabalho informal. A negação dos direitos no trabalho, a ausência de oportunidades suficientes de emprego de qualidade, a proteção social inadequada e a ausência de diálogo social.

O tema em debate requer uma aproximação com o princípio da igualdade, preconizado no artigo 5º da Constituição Federal, eis que visa afastar toda a forma de discriminação negativa. Neste contexto, o artigo 3º, inciso IV, da referida lei faz referência sobre a igualdade, seja ela de cor, crença, gêneros, idade e raça.

A igualdade preconiza um dos fundamentos essenciais de um Estado Democrático de Direito; assim, adquire um caráter obrigatório, absoluto e irrestrito, não admitindo qualquer meio de discriminação negativa, primordialmente na esfera das relações de trabalho, onde se precisa avocar a procura pelo trabalho digno, como esteio em garantir a dignidade do ser humano e sua autonomia social.

Neste diapasão, da demanda pela dignidade, Estêvão Mallet corrobora arguindo que existem várias concepções de igualdade: a igualdade absoluta e/ou a igualdade relativa e a igualdade formal e/ou material. Conquanto, é de rigor que se não há um arquétipo de igualdade, não existe meio de se falar em justiça. Diante disso, desponta a relevância do Princípio da Igualdade e a reprovação da discriminação negativa: “afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? Nada mais do que isso.” (MALLET, 2010, p. 17).

Ante este contexto, entende-se que o princípio da não discriminação decorre do princípio da igualdade. Assim, torna-se ineficaz abordar o tema discriminação sem uni-lo à igualdade. Assim, colabora afirmar que a discriminação se torna uma desigualdade!

Estêvão Mallet, elucida a discriminação como:

Discriminação supõe desigualdade. Não qualquer desigualdade, (...), mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça. (MALLET, 2010, p.17).

Nota-se que discriminar é distinguir; todavia, não possui o cunho pejorativo se a distinção for feita dentro da lei, de forma lícita (discriminação positiva). (SOUTO MAIOR, 2002, p. 97). Neste norte, a discriminação ilícita, que passará a ser referida unicamente como discriminação, resulta de um preconceito e traduz um fenômeno intergrupar revertido a certo grupo de indivíduos ou a uma pessoa em particular,

acarretando uma predisposição negativa. (GUGEL, 2000, p.18). Mais além, a discriminação representa totalmente uma exclusão, distinção, restrição ou preferência que tenha como fulcro ou consequência, anular ou prejudicar, o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, ora no campo político, social, econômico, cultural, definindo sempre, como uma desigualdade. (PIOVESAN, 2005, p. 48). Ainda sobre este tema, Piovesan contribui dizendo que “a discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes e como diferentes em situações iguais.” (PIOVESAN, 2005, p. 48).

Quando se trata do assunto igualdade e não discriminação, este consiste no exórdio do próprio Direito do Trabalho, que desponta historicamente como componente de equilíbrio entre as desigualdades nas relações de trabalho. Tradicionalmente, existem inúmeros grupos de pessoas que são discriminadas, principalmente no que tange a colocação no mercado de trabalho.

Em nível de Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituiu-se no ano de 1958, por meio da Convenção de número 111, o conceito de discriminação nas relações de trabalho:

Artigo 1: Para os fins da presente convenção o termo discriminação compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (OIT – Convenção nº 111).

Neste viés, a Convenção número 111 da OIT, reconhece como discriminação qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por objetivo, destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Sobre este prisma, a paridade de oportunidades inicia com o emprego e com a correta remuneração, sem o que o agente esteja fadado à marginalidade e exclusão. O empregador tem o livre arbítrio de estabelecer as normas concernentes à contratação de seus funcionários, entretanto, sem que isso infrinja em uma situação discriminatória.

Em suporte ao princípio da igualdade, o Estado e o particular não podem admitir condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Neste norte, o direito de contratar,

ou mesmo de convencionar unilateralmente um acordo de trabalho, obrigatoriamente deve estar blindado de licitude. Não é atribuído ao empregador o direito de descometer do poder que possui, desviando-o de sua finalidade.

A instauração e a garantia do direito à igualdade são fundamentais a qualquer democracia, devido ao significado de igualdade no exercício de direitos. Todavia, apura-se que apenas a interdição da exclusão não gera automaticamente essa inclusão. Nesse sentido, a repressão punitiva não se torna viável, uma vez que a pretensão é a igualdade com a factual inserção de grupos reputados vulneráveis e que padecem constante padrão de discriminação. (PIOVESAN, 2005, p. 52).

Há uma distância entre a norma legal (dever-ser) e os fatos (ser), restando evidente que não basta prever a proibição de discriminação na legislação, uma vez que a sua ilegalidade não está em causa: a discriminação não é aceita pelo ordenamento jurídico. Faz-se necessário eliminar a discriminação do mundo dos fatos, visto que esta continua a ocorrer na prática. (MALLET, 2010, p. 40).

O cumprimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, perfaz uma obrigação jurídica do Estado, obedecendo os direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentando-se na Carta Magna e nos tratados internacionais, entre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos que elenca uma série de direitos, incluindo o direito ao trabalho.

Neste diapasão, para o cumprimento do direito ao trabalho, sem diferenciação e com equidade entre os trabalhadores, assinala-se pela interdição de posturas que obstruam o ingresso ao mercado de trabalho, ou, então, pela determinação de normas que assegurem esta entrada. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 98).

O assunto discriminação na esfera do emprego, ganhou relevância na Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conforme elucidado acima, a Convenção 111 destacou-se pela erradicação da discriminação, a Declaração de Filadélfia⁵ estipulou:

[...] todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades.

⁵A Constituição e a Declaração de Filadélfia são os documentos considerados fundadores dos princípios da OIT. Em 1944, à luz dos efeitos da Depressão e da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo de sua Constituição. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste viés, a Convenção 111 da OIT, ratificada no Brasil através do Decreto nº 62.150/68. (BRASIL, 1968), que versa sobre a discriminação no contexto de emprego e ocupação, contempla no artigo primeiro o conceito de discriminação que deduz qualquer discrepância ou exclusão que seja baseada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social e que possa ensejar a destruição ou alteração da igualdade de oportunidade, ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. A alínea “b” do mesmo texto, engloba também a discriminação a “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.” Ainda, o artigo segundo estabelece que todos os membros precisam instituir uma política nacional com o foco na erradicação de toda e qualquer discriminação, ocasionando a igualdade de oportunidades e tratamento.

Tomando como base o artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal, bem como nos artigos 1º e 4º, da Lei número 9.029/1995⁶, que proíbem as práticas discriminatórias para efeitos de permanência da relação jurídica de trabalho, em caso de comprovada dispensa discriminatória, é possível o trabalhador ser reintegrado ao emprego, com o pagamento dos salários e benefícios do período de afastamento, sem embargo de fazer jus à indenização por danos morais a tanto.

A interferência do Estado é necessária quando o foco é erradicar a discriminação e assegurar a igualdade de fato na esfera do Direito do Trabalho, por intermédio de ações afirmativas, que se satisfarão na busca da paz social e do desenvolvimento econômico do país, os quais não serão atingidos se certa parcela da sociedade for excluída do processo de produção.

Em matéria de empregabilidade, o processo seletivo para admissão de trabalhador deve possuir fundamento no princípio da não discriminação, pois corre o risco de marginalizar essa população e retirá-la do convívio da comunidade, sem qualquer possibilidade de retorno por meio do trabalho. Não há proporção entre o valor objetivado e o valor sacrificado, não possuindo compreensão que tutele a iniciativa privada do poder diretivo do empregador, assim, não há quem diga que este esteja acima do princípio da

⁶Artigo 4º: é competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: I: do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; II: do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; II: do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza; Parágrafo único: em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo.

igualdade e da não discriminação, uma vez que estes perfazem matéria de ordem pública. Assim, Gosdal explica que a identidade do cidadão está atrelada ao trabalho, sendo que a reinserção no mercado constitui o caminho precípua no retorno à sua dignidade e efetiva recuperação. (GOSDAL, 2003, p.4-6).

Pode-se afirmar que a referida exigência constitui prática discriminatória, que tem como prerrogativa a exclusão de certa parcela da sociedade e configura abuso de poder do patrão, uma vez que se opõe à Constituição Federal, aos tratados internacionais já ratificados pelo Brasil, às legislações infraconstitucionais e aos princípios que se comunicam com o ordenamento jurídico brasileiro. Conforme já evidenciado supra, é necessário o uso de ações afirmativas para que este objetivo seja alcançado e o direito ao trabalho, direito fundamental, seja efetivado.

4 EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NAS ATIVIDADES DE CALL CENTER E A PROTEÇÃO DE DADOS DA LEI 13.709/2018

4.1 NORMATIZAÇÃO SOBRE O TRABALHO EM CALL CENTER

Várias técnicas são utilizadas pelos comerciantes a fim de alcançar os seus consumidores. Sempre, com o intuito de atingir o maior número de pessoas e obter os melhores resultados, algumas ferramentas permitem o contato direto com o mercado, e as empresas tinham a mídia de massa para atrair a atenção de seus compradores. As atividades de atendimento ao cliente também passaram por diversas mudanças ao longo dos anos, desde mudanças físicas, devido aos avanços tecnológicos e ao aparecimento de novas ferramentas de interação, até estratégicas; pois esse novo canal de relacionamento tornou-se um centro de redução de custos de atendimento, geração de receitas e otimização dos processos. (ZANONE, 2017, p. 18).

Alloza e Salzstein comentam que a terminologia *call center* se deu de uma “evolução do conceito de central de teleatendimento, marcada pela integração da informática com a telefonia, utilizada nas centrais de telemarketing.” (ALLOZA, 2003, p. 03).

Assinala Miriam Bretzke sobre o serviço de atendimento ao cliente:

Com a sua evolução, passou a assumir várias funções, que antes eram descentralizadas em diversos departamentos, dessa forma, possibilitou o gerenciamento de um grande volume de informações em tempo real, ofereceu mais serviços de valor agregados aos clientes. (BRETZKE, 2000, p. 41).

O *call center* surgiu da “necessidade das organizações em cortar custos e também interagir com os clientes com maior eficiência e eficácia, buscando a diferenciação em relação aos concorrentes.” (ZANONE, 2017, p. 19). Afirmo Zanone:

Era preciso atender às reclamações e sugestões dos clientes de forma mais barata do que o atendimento pessoal e entender suas necessidades, desenvolvendo produtos, serviços e formas de comercialização mais adequados. Com a evolução histórica o *call center* foi desenvolvido como ferramenta de apoio às vendas. (ZANONE, 2017, p. 19).

Com o passar dos tempos e os avanços tecnológicos, as mídias de massa passaram a ter custos muito altos e já não mais surtiam o efeito desejado. Afirmo Luis Cláudio Zanone que foi neste momento que “o telefone passou a ser utilizado por ser uma opção de comunicação dirigida e barata.” Nessa linha, narra o autor que houve o surgimento do telemarketing e “abriu-se uma opção para que as empresas atingissem nichos de consumidores de forma direta e obtivessem informações mais pertinentes sobre esse grupo e, com isso, reduzissem os custos com a comunicação.” (ZENONE, 2017, p.110).

Bretzke divide a evolução do *call center* em “quatro fases: receptiva; qualidade do atendimento; fidelização; canal de relacionamento.” A primeira, correspondeu ao início da implantação do SAC e permeou o final da década de 1980, início de 1990.” Segundo a autora, os SAC’s foram implantados após a aprovação da Lei do Consumidor, em 1990, e tinham o condão de “atender às reclamações dos clientes e evitar qualquer transtorno para a empresa.” Posteriormente, com o advento da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), “passou a ter a função de atender às ligações dos clientes, geralmente reclamações, e registrá-las manualmente ou em algum sistema muitas vezes precário, fazer a triagem e encaminhá-las para a área competente.” (BRETZKE, 2000, p. 54).

O grande problema dessa fase era que, na maioria das vezes, a área para a qual era passada a reclamação ou solicitação entrava em contato novamente com o cliente, fazendo-o detalhar o que havia ocorrido e esperar mais tempo pela solução. Isso aumentava os custos e gerava descrédito naquele tipo de serviço. Além disso, o tempo de resposta dos outros departamentos era muito longo para garantir a satisfação do cliente, além de gerar conflito com os responsáveis pelo *call center*, pois as soluções não eram orientadas para o cliente. (BRETZKE, 2000, p. 54).

Seguindo a tese de Miriam, a segunda fase, denominada de qualidade do atendimento, foi o período em que “a empresa percebeu a necessidade de melhorar a qualidade do atendimento a fim de evitar que este fosse mais um fator de conflito com o cliente.” Comenta a autora que “essa fase, no Brasil, coincidiu com o ponto alto da curva

da febre dos processos de qualidade total, e a satisfação do cliente passou a ser considerada um ativo importante.” (BRETZKE, 2000, p. 60).

Nessa fase, ocorreu a informatização dos *call centers* e o uso mais eficiente da tecnologia, com a modernização do equipamento de telefonia e a inclusão do Distribuidor Automático de Chamadas (DAC) para aumentar a eficiência e reduzir o custo da chamada. A missão do *call center* era atender ao cliente com responsabilidade, visando aumentar sua satisfação. Um dos fatores de eficiência nessa etapa, que na atualidade ainda pode ser visto em algumas empresas, era a rapidez no processo de atendimento. Procurava-se envolver o restante da empresa no processo para atender ao cliente mais rapidamente. No entanto, a ênfase ainda estava na diminuição dos custos operacionais do atendimento, e o investimento em tecnologia de telefonia objetivava reduzir a necessidade de aumentar os recursos humanos, que era um dos custos operacionais mais aparentes num *call center*. (BRETZKE, 2000, p. 61).

O terceiro período, de acordo com Bretzke, foi o da fidelização. A autora assinala que ocorreu ao final da década de 1990 e assegura que, nessa fase, houve a percepção de “que era possível aumentar a rentabilidade com os clientes por meio dos telemarketings ativo e receptivo e que o *call center* podia ampliar-se para incorporar outras atividades, como vendas, marketing e logística.” (BRETZKE, 2000, p. 63),

Foi nessa fase que surgiu a consciência de que se podia explorar a eficiência, a responsabilidade na construção do relacionamento a longo prazo e o *call center* começou a assumir um papel estratégico no processo. A missão do *call center* passou a ser a construção do relacionamento a longo prazo, mediante a qualidade do diálogo e do tipo de serviço que podia ser agregado para gerar valor extra para o cliente. É importante destacar que essa etapa foi uma das mais utilizadas no mercado. (BRETZKE, 2000, p. 63)

Chegando a era atual, apelidada por Miriam Bretzke de Canal de relacionamento, marca “a fase atual em que a internet (*WEB*) e os aparelhos celulares (*mobile phones*) assumem papel importante no processo de atendimento e fidelização. O cliente deseja ser atendido e reconhecido, independentemente do meio pelo qual se comunica.” (BRETZKE, 2000, p. 66).

“A resposta deve vir em tempo real e a combinação das diversas mídias de resposta ao cliente precisa ser orquestrada para que o cliente perceba a resposta vinda da empresa como um todo, e não apenas do *call center*, do vendedor ou da loja etc.” (BRETZKE, 2000, p. 66). Segue a lettrada:

O *call center*, como um canal de relacionamento, tem a missão de interagir com os clientes visando conquistar sua lealdade, agregando valor extra ao produto ou serviço oferecido, transformando oportunidades em receitas e em negócios. Portanto, passa a assumir um conjunto centralizado de atividades que incluem o receptivo e o ativo nas funções de vendas, prospecção de novos clientes, suporte a vendas, a administração e fidelização (comunicação continuada, reativação, *cross selling* etc.). (BRETZKE, 2000, p. 67).

Segundo Zenone, “telemarketing é qualquer processo de negociação que utiliza como meio de comunicação o telefone e envolve todo o sistema de telefonia para a realização das atividades de marketing e vendas associadas a essa ferramenta.” (ZENONE, 2017, p. 111).

Sobre esta perspectiva, Gilbert Churchill, menciona que o atendente de telemarketing “viabiliza o contato pessoal por ser bidirecional e ocorrer em tempo real. Dessa forma, essa ferramenta pode ser útil quando os consumidores têm alguma pergunta a fazer ou necessitam de algum contato com a empresa.” (CHURCHILL, 2005, p. 422).

O esforço de venda via telefone é especialmente atraente para organizações sem condições de manter uma equipe de vendas pessoais. Além disso, sua eficiência permite às organizações fornecer níveis de serviços que em outras circunstâncias seriam muito caros. (CHURCHILL, 2005, p. 516).

Importante frisar o entendimento de Luis Boone, o qual menciona que o “telemarketing fornece aos gestores de marketing e vendas retorno alto de seus gastos, resposta imediata e oportunidade de conversas bilaterais e personalizadas.” Segue comentando: (BOONE, 2009, p. 543).

A comunicação dirigida e seu potencial de relacionamento permitem o acompanhamento e o conhecimento de cada cliente, além de medirem os resultados de cada ação. Trabalhando com operadores treinados e tendo como aliados a informática e os sistemas de telefonia, o telemarketing passou a ser mais rápido, eficiente e preciso. (BOONE, 2009, p. 543).

Com o tempo o telemarketing passou a ser dividido em: ativo, receptivo ou misto. Passando aí a englobar o termo *contact center*, que agregou outros componentes, como o telefone tradicional, e-mails, SMS, web, chat,³ redes sociais, aplicativos de celulares etc. (ZANONE, 2017, p. 19).

Já de acordo com Boone, o telemarketing pode ser classificado de duas formas:

Telemarketing ativo (*out bound*): é o contato feito a partir da empresa para os diversos públicos-alvo de interesse com o objetivo de enviar alguma informação, promover ações de comunicação de marketing diversas, realizar vários tipos de pesquisa ou efetuar uma venda.

Telemarketing receptivo (*in bound*): é o contato feito a partir dos diversos públicos para a empresa (sentido inverso do ativo) com o objetivo de possibilitar que eles busquem informações sobre produtos, serviços, promoções, emitam opiniões, façam reclamações, deem sugestões, entre outras utilidades que levem o consumidor a coparticipar do processo de comercialização. (BOONE, 2009, p. 544)

Concluiu Luis Cláudio Zanone que “o telemarketing não é somente uma ferramenta de vendas por telefone, ele serve também para manter um relacionamento constante com o cliente por meio de contatos periódicos.” (ZANONE, 2014, p. 115).

Peppers e Rogers: “É através do *call center* que praticamente todas as empresas, de qualquer tamanho e de qualquer mercado, podem obter melhorias significativas nos relacionamentos com seus clientes, tanto nas vendas de serviços como nos produtos.” Ainda segundo os autores: (PEPERS, 2000, p.10).

É perfeito para o desenvolvimento do relacionamento um a um, defendendo que além de interagir com o cliente na busca de soluções para problemas e reclamações de serviços, o *call center* vem buscando outras formas de relacionamento com o cliente, como atender às atribuições que antes só competiam aos vendedores. (PEPERS, 2000, p.10).

De forma breve, Madruga explana que com toda a evolução e as incorporações de um número cada vez maior de atividades, o *call center* vem se transformando em *contact center*. Para o autor “*call center* é uma atividade estratégica das empresas que procuram se diferenciar em um mercado competitivo” e o define como: (MADRUGA, 2009, p.31)

Uma central de relacionamento interativa (ativa e receptiva) dotada de tecnologia, pessoas, processos, indicadores, facilidades operacionais, telecomunicações e serviços que atendem às demandas da sociedade tais como pedidos de informações, reparos, assistência técnica, compras de produtos ou serviços, indicações ou mesmo reclamações. Um *call center* moderno traz diferenciais competitivos para as empresas e ao mesmo tempo cumpre o papel social de atender, aproximar e auxiliar as pessoas. (MADRUGA, 2009, p. 31).

Nessa escória, Melo conceitua *contact center* como sendo um “*call center* munido de outras ferramentas tecnológicas.” E segue comentando:

Nos últimos anos um novo conceito vem se apresentando, trata-se dos *Contact Centers*, que nada mais são que *Call Centers*, que possibilitem a comunicação não apenas pelo telefone, permitindo a convergência de várias mídias com o consumidor, como também através de e-mails, fax e *webchats*, além da utilização de outros instrumentos tecnológicos capazes de baratear o custo das operações. Entretanto, mesmo que alguns *Call Centers* não se denominem como *Contact Centers*, estes operam de forma ampla como tais. (MELO, 2007, p. 22).

Segundo Luis Zanone, “O *contact center* agregou vários componentes, como o telefone tradicional, e-mails, aplicativos, SMS, WEB, *chats*, redes sociais, oferecendo mais agilidade e comodidade aos clientes, abrindo perspectivas de incremento de receita.” (ZANONE, 2000, p. 95).

As soluções de *contact center* permitem aumentar a produtividade e melhorar a qualidade do atendimento, ao mesmo tempo que fornecem às empresas a capacidade de adquirir uma visão mais ampla e precisa de seus clientes. Os *contact centers* permitem dar suporte a múltiplos serviços tanto para o público interno como para o público externo da empresa, tais como: o suporte técnico a clientes internos e externos, apoio na gestão comercial, esclarecimento de dúvidas (internas e externas), registro de pedidos de encomendas, apoio técnico, entre muitos outros. Ainda possibilitam ainda a realização de campanhas de marketing e venda, promoção de produtos e serviços, pesquisas

(de satisfação de clientes, de prospecção de mercado e sondagens), pedidos a fornecedores, serviços de cobranças etc. (ZANONE, 2000, p. 95).

Digressões históricas assinaladas, cumpre trazer a legislação que assegura o serviço de *call center*. Introduzida no ordenamento pátrio através da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor cuidou de regulamentar os *call centers*. Através do Decreto nº 10.282/2020, mais precisamente no art. 3º, inciso VII:

O serviço de *call center* passou a integrar os serviços públicos e/ou atividades essenciais indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. (LEI nº 13.979/2020).

Com a publicação da Norma Regulamentadora (NR) nº 17 – Trabalho em Teletendimento/Telemarketing, aprovada pela Portaria do Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIP) / Departamento de Segurança e Saúde do Trabalho nº 09, de 30 de março de 2007, “estabeleceu-se parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teletendimento/telemarketing, nas diversas modalidades desse serviço, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente.” (NR/17)

Para o referido Diploma Legal, “entende-se como *call center* o ambiente de trabalho no qual a principal atividade é conduzida via telefone e/ou rádio com utilização simultânea de terminais de computador.” (NR/17)

Ainda de acordo com a norma:

Entende-se como trabalho de teletendimento/telemarketing aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada à distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados. (NR/17).

Nessa toada, cabe ressaltar a Lei nº 4.330, de 31 de Março de 2017, a qual ficou conhecida com a Lei da Terceirização e que também atinge os *call centers*. Através da referida norma, o departamento de *call center* de uma empresa pode ser totalmente terceirizado para empresas que fornecem esses serviços. O presidente à época, Michel Temer⁷, ao assinar a lei mencionou que ela teria como objetivos:

Dar maior segurança jurídica às empresas contratantes desse tipo de serviço; reduzir custos (não arca mais com salários e despesas trabalhistas e previdenciárias); ter sempre com profissionais treinados e qualificados pelo

⁷ <https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/temer-sanciona-lei-libera-terceirizacao-atividade-fim>

prestador do serviço; a responsabilidade fica compartilhada (o prestador de serviços contrata e o tomador dos serviços fiscaliza).

Ante o exposto, resta demonstrado que o avanço tecnológico contribuiu para que os *call centers* se consolidassem. Importa frisar que neste cenário pós pandemia (COVID-19) em que se encontra o mundo, este tipo de serviço acabou se tornando um forte aliado. Sendo um dos principais meios de comunicação entre o mundo corporativo e seus clientes, o grande fluxo de ligações sofreram um impacto grande com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Nessa linha, o presente estudo se justifica uma vez que se faz necessário um recorte e um alinhamento dos temas a fim de que possa se compreender as operações realizadas pelos trabalhadores estar em conformidade com as diretrizes da Lei.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE A EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NAS ATIVIDADES DE *CALL CENTER*

Em se tratando da certidão de antecedentes criminais para fins de contratação empregatícia, o TST firmou o entendimento e fixou a tese, que a “certidão de antecedentes criminais a candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício.” (TST).

A 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou o exame do recurso de um ex-empregado da Alpargatas S.A., de Campina Grande/PB, que ingressou com a demanda requerendo aferir uma indenização por dano moral, eis que a empresa havia exigido para a sua admissão, certidão de antecedentes criminais. Todavia, segundo o colegiado, não houve lesão moral ou ofensa à lei.

A vaga para a qual o empregador lutava era para exercer a função de operador de corte, montagem e acabamento. Dessa forma, ao se sentir lesado, o trabalhador ajuizou uma ação trabalhista contra a ora empresa ré, argumentando que a conduta da empresa de exigir a certidão de antecedentes criminais e impor esta como requisito para efetivar a sua contratação foi discriminatória. Nas palavras do Requerente: “Além de excesso nos critérios para a seleção, a exigência, representou ato ilícito e passível de reparação, pois havia colocado sua honestidade em xeque.” O colaborador ainda sustentava o argumento

de que “trabalhava na produção de sandálias, e, nesse caso, a empresa deveria se preocupar apenas com a sua qualificação profissional.” (TST).

Já em sua defesa, a parte Reclamada asseverou que “a conduta empresarial é de exigir a certidão de antecedentes criminais de todos os seus empregados, independentemente das funções que exercem, como requisito para a contratação.” Segundo a empresa, “não ficaram provados prejuízos de qualquer natureza, quer de ordem moral, quer de invasão de privacidade ou da dignidade da pessoa humana.” (TST).

O juízo da 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande e o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região da Paraíba, julgaram improcedente o pedido de indenização por danos morais, requerido pelo autor e afastaram a tese de violação à intimidade, utilizando como argumento “se tratar de um documento público.” De acordo com a sentença, “a própria empresa poderia ter providenciado a certidão em algum site, mas preferiu pedi-la diretamente ao empregado.” (TST).

Dentro do tema, em razão da pertinente e repetitiva demanda junto aos Tribunais com pedidos de indenizações por dano moral, referentes a certidão de antecedentes criminais, o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, do Tribunal Superior do Trabalho, utilizando como base o Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº 243000-58.2013.5.13.0023, (apreciação em conjunto com o TST-RR-184400-89.2013.5.13.0008), o qual figuravam como Recorrente Severino Alexandre da Silva, e como Recorrida Alpargatas S.A., e como “*Amicus Curiae*” Ministério Público do Trabalho, Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP e Grupo de Pesquisa e Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília (UNB), publicou um edital nº 2/2016-SbDI-1 de chamamento para audiência pública com data de 28 de junho de 2016, terça-feira, na sede deste Tribunal Superior. O qual ocorreu às 09 horas. (TST).

O intuito da audiência pública será ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria bem como esclarecer questões e circunstâncias de fatos subjacentes à controvérsia sobre a seguinte questão identificada para julgamento: A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral?” conforme consta dos despachos de seguinte teor: “Em Sessão Ordinária realizada no dia 26 de março de 2015, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, acolhendo proposta de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo aprovada pela Quarta Turma deste Tribunal, decidiu afetar à SbDI-1 Plena a matéria “Dano Moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais”, submetendo os processos TST-RR243000-58.2013.5.13.0023 e TST-RR-184400-89.2013.5.13.0008, representativos da controvérsia, ao rito do artigo 896-C da CLT” e “para completa instrução do procedimento, designo a data de 28 de junho de 2016, terça-feira, às 9 horas, na sede deste Tribunal, para audiência pública”. (TST).

Para a solenidade, o edital ainda previa aos interessados a inscrição prévia como expositores ou como ouvintes, exclusivamente mediante envio de correspondência eletrônica para o endereço *antecedentescriminais@tst.jus.br*. E ainda expunha que o link do evento, seria disponibilizado no sítio da Corte, através do site *www.tst.jus.br*. (TST).

Após a sessão, o ministro Vitral Amaro considerou o julgamento da SDI-1 e o incidente de recurso repetitivo (IRR) e naquela oportunidade fixou a tese jurídica de que a “exigência de certidão de antecedentes criminais é legítima e não caracteriza lesão moral quando se justificar em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.” Por fim, citou como exemplo, “os empregados domésticos, motoristas rodoviários de carga e profissionais que atuam com substâncias tóxicas, armas e informações sigilosas.” (TST).

Dessa forma, compreende-se que o julgado inseriu um rol taxativo de profissões que legitimam a apresentação e apreciação de antecedentes criminais para fins de contratação trabalhista.

Em se tratando dos atendentes de *call centers*, conforme mencionado, uma central de chamadas (*call center*), “é o meio pelo qual uma empresa consegue estabelecer contato com seu cliente. Podendo ser um canal de venda, de marketing, de cobrança, de SAC, auxílio, orientação, pesquisa, etc.” (ZENONE, 2017, p. 116).

Dessa maneira, no ano seguinte, 2017, por unanimidade de votos, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu “que não gera dano moral o empregador exigir certidão de antecedentes criminais para vaga de telemarketing para fins de admissão em emprego”. Incluindo ao rol os atendentes de *call center*. (TST).

A ação foi movida por um ex-candidato à uma vaga na AEC - Centro de Contatos S/A, de Campina Grande/PB, e o motivo do pleito foi que a candidatura estava condicionada à apresentação da declaração de idoneidade pelo colaborador.

A decisão se deu nos autos nº RR 44900-86.2014.5.13.0003, originário do município de João Pessoa, na Paraíba. Neste processo, o trabalhador ajuizou uma ação contra o empregador, requerendo, dentre outros, o pagamento por danos morais pelo fato de a empresa ter exigido certidão de antecedentes criminais como requisito para a contratação, todavia, a indenização foi negada em primeiro grau. A parte autora recorreu e a Corte de segundo grau, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região da Paraíba, reformulou a sentença, a fim de condenar a empresa ao pagamento de danos morais para o empregado no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) na época, utilizando como

argumento: “ter considerado que a exigência da certidão ofendeu a honra do empregado.” Após este acórdão, o requerido recorreu para o Tribunal Superior do Trabalho, argumentando “que o empregado tinha acesso a dados sigilosos dos clientes e que, por isso, era necessário exigir a certidão de antecedentes criminais.” (TST).

A defesa da reclamada relatou: “São tarefas que envolvem uma série de informações sigilosas e que exigem uma conduta extremamente ilibada do funcionário, portanto, é essencial saber sobre antecedentes das pessoas dentro do processo seletivo.” (TST).

O argumento da empresa foi acolhido pela 4ª Turma do TST. De acordo com o ministro relator, Caputo Bastos, o TST já havia definido as hipóteses nas quais a exigência da certidão de antecedentes é legítima para fins de admissão no emprego:

Essas hipóteses são:

- (1) quando há previsão legal;
- (2) quando a exigência for justificada por causa do grau de confiança exigido pelo empregado;
- 3) da natureza do ofício

Assim, por exemplo, no caso de contratação de uma babá, é legítima a exigência da certidão, em virtude do grau de confiança que deve haver entre empregador e empregado. No caso do telemarketing, a exigência é justificada pela natureza do ofício, já que o operador de telemarketing tem acesso a dados sigilosos dos clientes. Por isso, não é devido dano moral. (TST).

Reformulando assim a decisão do TRT/PB e afastando a condenação por danos morais da empresa requerida. Nessa toada, o TST entendeu que, “como a vaga de operador de telemarketing trabalha com dados sigilosos de clientes, é legítimo se exigir dos candidatos à vaga certidão de antecedentes criminais.” O acórdão da 4ª Turma foi publicado no DEJT em 09/08/2019. (TST).

A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidedignidade exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas. SBDI-1, para o Tema Repetitivo 1, processo TST-IRR-243000-58.2013.5.13.0023.

A decisão foi dada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, e isentou a empresa AEC - Centro de Contatos S/A, de pagar indenização por danos morais. O acórdão da SDI-I foi publicado no segundo dia do mês de março, do ano de 2017 e seguiu a linha de outros julgados da subseção e de turmas do TST.

Entrementes, importa frisar que o entendimento adotado, vai na contramão dos estudos criminológicos aqui superados. Do mesmo entendimento coaduna Milena Pinheiros Martins em seu artigo⁸:

Não há qualquer sentido, sequer probabilístico, em se associar condenação criminal a uma suposta tendência a delinquir - inclusive porque, dada a gritante seletividade de nosso sistema penal, há quem delinqua sem jamais enfrentar punição, e há quem seja punido sem haver delinquido. A ideia de que há nexos entre uma condenação criminal e uma suposta propensão ao crime é estigmatização pura e simples. (MARTINS, 2018, p. 89).

4.3 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E AS MUDANÇAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

José Marcelo Menezes Vigliar, comenta que revolução digital “figura como verdadeiro marco disruptivo das formas de produção de bens e serviço” e assinala que seus impactos alcançaram todos os segmentos sociais: “consumo, educação, mercado de trabalho, costumes, desencadeando uma profunda modificação das relações sociais inseridas na sociedade da informação, conforme bem explanado até aqui.” (VIGLIAR, 2022, p. 183).

Manuel Castells assinala que a convergência da evolução social e da ascensão tecnológica desencadeou uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social, de modo que essa base construída em rede define os processos sociais dominantes, dando forma à própria estrutura social da sociedade moderna. (CASTELLS, 2019, p. 554).

Nessa linha, Barreto Junior e Napolini, apontam que a principal característica da sociedade da informação é a “viabilidade tecnológica do acesso a informações advindas de qualquer lugar do mundo em tempo quase real, de forma inédita na história pretérita, de modo que a informação é o centro gravitacional desta nova era.” (BARRETO, NASPOLINI, 2019, p. 139).

Vigliar comenta que a base material da sociedade do século XXI são os dados e a busca pela informação. “Quando coletados e aplicados em fórmulas algorítmicas, os dados produzem trabalho, bens, serviços, colocando os empreendedores que os detêm em posições mais bem avantajadas de competição no mercado de trabalho.” Afirma ainda: (VIGLIAR, 2022, p. 184).

⁸ <https://www.callcenter.inf.br/artigos/66506/um-verdadeiro-retrocesso/imprimir.aspx>

Isto é dizer um uso “bem direcionado” de dados disponíveis tem o atributo de desencadear contrapartida econômica ao empreendedor. Dessa maneira, os dados são considerados valiosos nos tempos atuais, todavia, estão cada vez mais disponíveis nas redes de internet, sem muita proteção. (VIGLIAR, 2022, p. 184).

No âmbito do Direito do Trabalho, vários temas tem se destacado frente às inovações, tais como o uso da internet, proteção de dados, teletrabalho, *home office*, etc. Dessa forma, a segurança da informação, notadamente pelas diversas ferramentas digitais disponíveis ao empregador, podem acarretar violação aos direitos de personalidade do trabalhador, o qual, segundo Vigliar, “encontra-se em posição mais frágil diante da maior disponibilidade de informações na sociedade conectada em rede.” (VIGLIAR, 2022, p. 184).

O Direito do Trabalho passa a deparar-se com novos assuntos como o ambiente de trabalho em plataformas digitais, uso de inteligência artificial e de algoritmos para tomada de decisões empresariais, teletrabalho, *home office*, dentre outros, cada vez mais frequentes e presentes no mercado de trabalho. (VIGLIAR, 2022, p. 184).

Ricardo Antunes em sua obra “Proletariado digital, serviços e valor”, descreve esse novo cenário virtual como o precursor de uma figura denominada por ele de “escravidão digital”. Segue comentando: (ANTUNES, 2019, p. 16).

A exemplo do *zero hour contract* amplamente utilizado no mundo, em que o trabalhador aguarda longa horas para ser acionado pelo empreendedor e recebe apenas as horas efetivamente trabalhadas, sem receber qualquer valor pelo tempo que permaneceu ocioso. (ANTUNES, 2019, p. 16).

Outro ponto a se destacar é o fenômeno mundial da “uberização”. Despertando inúmeras preocupações aos operadores do direito que militam na área do Direito do Trabalho, esta plataforma tem iludido muitas pessoas com falsas promessas de flexibilidade na carga horária, altos ganhos, insubordinação; quando, na verdade, ocorre em especial uma possibilidade concreta de risco à saúde dos trabalhadores, que não gozam de qualquer proteção legal, dentre tantos outros direitos assegurados pela CLT. Continua Vigliar: (VIGLIAR, 2022, p. 184)

Essa imersão tecnológica coloca o trabalhador em posição de enorme vulnerabilidade quanto à exposição dos seus dados, notadamente pela facilidade de acesso aos seus dados pessoais por empresas que detêm a tecnologia para captá-los e utilizá-los para interesses próprios. A manipulação de dados pelo uso da inteligência artificial é de tamanha amplitude que um perfil de um possível candidato a uma vaga de emprego pode ser construído não apenas quanto às suas características profissionais, mas também quanto ao seu aspecto pessoal íntimo, mediante o acesso aos dados disponíveis na internet, como nas páginas pessoais do Facebook, Instagram, Twitter, deixando-o em verdadeira condição de vulnerabilidade. (VIGLIAR, 2021, p. 184-185).

Surge, assim, a premente necessidade da análise dos instrumentos legais que garantam a proteção dos dados pessoais do trabalhador, notadamente como são regulados no direito europeu, pilar de inspiração para a legislação brasileira no tocante à proteção de dados pessoais, para, na sequência, analisar como é feita a proteção destes dados no direito brasileiro.

4.4 A LEGISLAÇÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Segundo Vigliar, os europeus foram os pioneiros a legislar sobre os dados, pois sentiram o impacto da tecnologia de forma prematura em comparação com os demais continentes. (VIGLIAR, 2022, p. 185). Mais profundamente, Gustavo Carvalho Chehab, afirma que o primeiro País a regulamentar a matéria foi a Suécia, através da “*Datalag* de 1973, o qual originou um organismo supervisor, o *Data Inspektion Board (DIB)*. Prosseguido em 1977 pela Alemanha, com a denominada *Bundesdatenschutzgesetz*, o qual “instituiu um comissário federal de dados, responsável pelo cumprimento dos direitos a eles relativos.” (CHEHAB, 2012, p. 1.075).

Nessa linha, Viktor Mayer-Scönberger, entende que houve quatro diferentes gerações de leis, e estas partem desde um enfoque mais técnico e restrito até a abertura mais recente a técnicas mais amplas e condizentes com a profundidade da tecnologia adotada para o tratamento de dados, em busca de uma tutela mais eficaz e também vinculando a matéria aos direitos fundamentais. (Mayer-Scönberger, 1997, p. 219-242)

A primeira⁹ era “composta por normas que refletiam estado da tecnologia e a visão do jurista à época, pretendendo regular um cenário no qual centros elaboradores de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e gestão dos dados pessoais”. (Mayer-Scönberger, 1997, p. 219-242)

O núcleo dessas leis girava em torno da concessão de autorizações para a criação desses bancos de dados e do seu controle a posteriori por órgãos públicos. Essas leis também enfatizavam o controle do uso de informações pessoais pelo Estado e pelas suas estruturas administrativas, que eram o destinatário principal (quando não o único) dessas normas. Esta primeira geração de leis vai, aproximadamente, até a *Bundesdatenschutzgesetz*, a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977. (Mayer-Scönberger, 1997, p. 219-242)

⁹ Os exemplos dessas leis de primeira geração são a Lei do Land alemão de Hesse, de 1970; a primeira lei nacional de proteção de dados, sueca, que foi o Estatuto para bancos de dados de 1973 – *Data Legen 289*, ou *Datalag*, além do *Privacy Act* norte-americano de 1974. (Danilo Doneda, 2011)

Afirma Danilo Doneda que essas leis de proteção de dados da primeira geração “não demoraram muito a se tornar ultrapassadas, diante da multiplicação dos centros de processamento de dados, que inviabilizou o controle baseado em um regime de autorizações, rígido e detalhado, que demandava um minucioso acompanhamento.” (DONEDA, 2011, p. 96).

A segunda¹⁰ geração apareceu no final da década de 1970 e já contava com a consciência da “diáspora” dos bancos de dados informatizados. Danilo Doneda afirma: “Pode-se dizer que o seu primeiro grande exemplo foi a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais de 1978, intitulada *Informatique et Libertés*¹¹, além da já mencionada *Bundes-datenschutzgesetz*”. Doneda explica: (DONEDA, 2011, p. 97)

A característica básica que diferencia tais leis das anteriores é que sua estrutura não está mais fixada em torno do fenômeno computacional em si, mas se baseia na consideração da privacidade e na proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercida pelo próprio cidadão (o que é patente na própria denominação da Lei Francesa). (DONEDA, 2011, p. 97)

Chehab também destaca o cenário Francês, que em 1974, criou a Comissão de Informação e Liberdades, gerando como fruto a produção do relatório denominado *Tricot* sobre a informatização da sociedade. Já nos colonizadores do Brasil, Portugal, o tema foi destaque na Constituição Portuguesa de 1977, e estabeleceu diretrizes gerais sobre a “utilização da informática, resguardando aos cidadãos o direito de acesso aos seus dados pessoais informatizados, além de definir o conceito de dados pessoais e fixar condições sobre o seu uso.” (CHEHAB, 2012, p. 1.075).

Danilo Doneda novamente colabora ao afirmar que a “insatisfação de cidadãos que sofriam com a utilização por terceiros de seus dados pessoais e careciam de instrumentos para defender diretamente seus interesses” que gerou essas transformações. Além disso, comenta que o controle exercido nos moldes das leis anteriores, acabaram por se tornar inviáveis, “dada a fragmentação dos centros de tratamento dos dados pessoais, criando-se um sistema que fornecia instrumentos para o cidadão identificar o uso indevido de suas informações pessoais e propor a sua tutela.” (DONEDA, 2011, p. 97).

¹⁰ Exemplos dessa segunda geração: Lei Austríaca (*Da-tenschutzgesetz* (DSG), Lei de 18 de outubro de 1978, nº 565/1978); além de que as constituições portuguesa e espanhola apontam nesse sentido, mesmo que as leis de proteção de dados destes países tenham surgido somente um pouco mais tarde. (DONEDA, 2011, p.97)

¹¹ Lei 78-17 de 6 de janeiro de 1978

Como essas leis apresentavam esses problemas, se tornaram motivação para uma mudança de paradigma. Danilo Doneda afirma: “Percebeu-se que o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social.” Dessa maneira, o que inicialmente era exceção acabou por se tornar regra. Dessa forma, tanto o Estado quanto os entes privados “utilizavam intensamente o fluxo de informações pessoais para seu funcionamento, e a interrupção ou mesmo o questionamento deste fluxo pelo cidadão implica muito frequentemente a sua exclusão de algum aspecto da vida social.” (DONEDA, 2011, p. 97).

Aqui então surge a terceira geração. Aparecendo em meados da década de 1980, essa onda procurou sofisticar a tutela dos dados pessoais, mas continuou centralizando no cidadão. Apesar de abranger mais do que a liberdade de fornecer ou não os próprios dados pessoais, preocupou-se também em garantir a efetividade desta liberdade.

A proteção de dados é vista, por tais leis, como um processo mais complexo, que envolve a própria participação do indivíduo na sociedade e considera o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados, estabelecendo meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir livremente é cerceada por eventuais condicionantes – proporcionando o efetivo exercício da autodeterminação informativa. (DONEDA, 2011, p.97)

Todavia, essa autodeterminação informativa era um privilégio de uma minoria que decidia enfrentar os custos econômicos e sociais do exercício dessas prerrogativas. Dessa maneira, esse caráter exclusivista, prescindiu a quarta geração de leis de proteção de dados, como as que existem hoje em vários países. Ela buscou suprir as desvantagens do enfoque individual existente até então.

A Convenção de Strasbourg pode ser considerada como o principal marco de uma abordagem dos direitos fundamentais em matéria de dados. Em seu preâmbulo, a convenção deixa claro que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, entendendo-a como pressuposto do estado democrático e trazendo para este campo a disciplina, evidenciando sua deferência ao artigo 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem¹².

¹²:1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

A presença dos direitos fundamentais também está marcada na Diretiva 95/46/CE sobre proteção de dados pessoais na União Europeia. Seu artigo 1º, que trata do “objetivo da diretiva”, afirma que “Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente diretiva, a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.”

Bruno Ricardo Bioni assinala:

A Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica - OCDE, na década de 1980, fixou instruções acerca da proteção da privacidade e dos fluxos entre as fronteiras territoriais de dados pessoais, de modo que essas instruções buscaram conceder segurança jurídica não apenas ao cidadão, mas, também, ao setor público e privado acerca de como deve ocorrer o fluxo dos dados pessoais, assegurando, portanto, confiança entre todos os envolvidos desse sistema, a fim de evitar paralisia entre os negócios desses países. (BIONI, 2020, p. 103).

Regina Linden Ruaro e Daniel Pinheiro Rodrigues anotam que o Conselho da União Europeia estabeleceu o Convênio nº 108/1981, o qual foi considerado como o “primeiro texto unificado sobre a matéria relativa, proporcionado a todos os cidadãos dos Estados-Membros o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, independentemente da origem ou nacionalidade, ele fixou regramento sobre o tratamento de dados de caráter pessoal.” (RUARO, 2010, p. 167).

No Reino Unido, o *Data Protection Act (DPA)* e a criação do *Information Commissioner's Office (ICO)* foram os responsáveis por proteger as informações pessoais do País. A Lei Orgânica de Regulação do Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal (Lortad), em 1992, na Espanha “trouxe importantes conceituações e princípios sobre o tratamento de dados pessoais, bem como criou uma agência destinada a resolver questões relativas ao uso de dados.” (CHEHAB, 2012, p. 1.075).

A Organização Internacional do Trabalho - OIT, em 1997, apresentou o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores e “trouxe orientações para o tratamento dos dados pessoais do empregado, além de fixar importantes conceitos, a exemplo da conceituação de dado pessoal do trabalhador.” (VIGLIAR, 2021, p. 187). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada nos anos 2000, reconheceu a proteção de dados como um direito autônomo, separando a privacidade da proteção de dados. (RODOTÁ, 2008, p. 236).

Este documento europeu, levou mais adiante essa sistemática. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, trazia

em seu oitavo artigo a “proteção de dados pessoais”. Inspirada no artigo 8º da Convenção de Strasbourg, na Diretiva 95/46/CE e no artigo 286¹³ do tratado instituidor da União Europeia.

Nessa linha, afirma Danilo Doneda:

Não obstante, nota-se um duplo matiz: se a Diretiva, por um lado, procura proteger a pessoa física em relação ao tratamento de seus dados pessoais, por outro se destaca sua missão de induzir o comércio mediante o estabelecimento de regras comuns para proteção de dados na região, o que não surpreende se considerarmos as exigências de um mercado unificado como o europeu em diminuir de forma ampla os custos de transações, o que inclui harmonizar as regras relativas a dados pessoais. (DONEDA, 2011, p. 102)

Beatriz de Felipe Reis¹⁴ em sua dissertação do mestrado, menciona que em 2015, o Conselho da Europa editou a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho de Europa - Recomendação CM/Rec (2015), e dispôs sobre o tratamento de dados pessoais no ambiente laboral. Em 25 de maio de 2018, entrou em vigor o denominado Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD) ou *General Data Protection Regulation (GDPR)*, se tornando uma das normativas mais relevantes sobre a matéria relativa à proteção de dados pessoais.

José Marcelo Menezes Vigliar conclui:

O RGPD reforça a premência da tutela de proteção de dados pessoais dos trabalhadores, pois possibilita aos Estados-Membros a criação e adoção de regras próprias de proteção aos dados pessoais de seus empregados, ampliando o leque de guarida dos dados pessoais dos trabalhadores. Dessa maneira, constata-se que a legislação europeia direcionou o seu olhar para a tutela dos dados pessoais dos cidadãos, inclusive, na relações de trabalho, estabelecendo que cada país-membro possa garantir efetividade na tutela dos dados pessoais, ampliando a proteção dos dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores. (VIGLIAR, 2021, p. 188).

Após breve análise histórica dos principais pontos de proteção aos dados pessoais no sistema europeu, necessário se faz analisar o direito brasileiro frente à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores.

4.5 O DIREITO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS TRABALHADORES

¹³ “Artigo 286º: 1. A partir de 1 de Janeiro de 1999, os atos comunitários relativos à proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados serão aplicáveis às instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele. 2. Antes da data prevista no 1º o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º, criará um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar a aplicação dos citados “atos comunitários às instituições e órgãos da Comunidade e adoptará as demais disposições que se afigurem adequadas.”

¹⁴ Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7469> - Acesso em 01/11/2022

Considera Danilo Doneda que na Declaração de Santa Cruz de La Sierra, documento apresentado no final da XIII Cumbre Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, firmada pelo Governo Brasileiro em 15 de novembro de 2003, havia uma menção ao caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais. (DONEDA, 2011, p. 103)

No item 45 da referida Declaração lê-se que: Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade. (DONEDA, 2011, p. 103)

Ainda para o autor, a proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro não se “estrutura a partir de um complexo normativo unitário, ela contempla o problema da informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão¹⁵ e do direito à informação¹⁶”, que deverão “eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade.” (DONEDA, 2011, p.103)

Nesse raciocínio, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X). Ainda especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como instituiu a ação de *habeas data* (art. 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais.

Entretantes, a Constituição Federal, quando promulgada em 1988, não estabelecia regras acerca da proteção de dados pessoais e sensíveis de forma tácita, entretantes, ela já estabelecia direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, como a liberdade, a privacidade e intimidade, os quais serviram, até antes da LGPD, como norte em busca da proteção dos dados pessoais dos cidadãos.

Todavia, aos dez dias do mês de Fevereiro do ano de 2022, por força da Emenda Constitucional nº 115¹⁷, houve uma alteração na Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a

¹⁵ Constituição Brasileira, art. 5º, IX; art. 220

¹⁶ Constituição Brasileira, art. 5º, XIV; art. 220; incluindo o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou particular dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), bem como o direito à obtenção de certidões de repartições públicas (art. 5º, XXXIV)

¹⁷ Emenda Constitucional nº 115, de 10 de Fevereiro de 2022: Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Mudando o trecho do artigo 5º LXXIX para: “É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. (CF)

O direito à privacidade e à intimidade, previstos como cláusulas pétreas e presentes no artigo 5º, inciso X da Carta Magna, o princípio da igualdade fixado no caput do artigo 5º, a não-discriminação, em especial no emprego, a exemplo dos artigos 3º, inciso IV, 5º, inciso XLI, e 7º, inciso XXXI e a proteção ao sigilo de informações prevista no artigo 5º, inciso XII são alguns instrumentos essenciais para os trabalhadores e que precedem a LGPD.

Dessa forma, nota-se que o artigo 5º, inciso XII, da Carta Maior do País, ainda estabelece uma vasta proteção aos dados pessoais, ao prever o remédio constitucional denominado *habeas data*, com a finalidade de resguardar o direito de todos os cidadãos ao acesso e retificação de seus dados pessoais. Sobre o tema, Danilo Doneda, assevera que o *habeas data* “não é um instrumento ágil e eficaz o suficiente para a garantia fundamental de proteção dos dados pessoais, pois ele apresenta uma tutela anacrônica e ineficaz diante das constantes alterações da sociedade moderna.” (DONEDA, 2006, p. 104).

Cabe ressaltar que o *habeas data* brasileiro surgiu basicamente como um instrumento para a requisição das informações pessoais em posse do poder público, em particular dos órgãos responsáveis pela repressão durante o regime militar e sem maiores vínculos, portanto, com uma eventual influência da experiência europeia ou norte-americana relativa à proteção de dados pessoais, já em pleno desenvolvimento à época. Com um *nomen iuris original*, introduziu em nosso ordenamento o direito de acesso, carregando consigo algo da carga semântica do *habeas corpus*. A sua influência em outras legislações latino-americanas chegou a provocar a discussão sobre a existência de um modelo de proteção de dados que circule dentro do subcontinente. (DONEDA, 2011, p. 104)

O *habeas data* foi regulamentado pela Lei 9.507, de 1997, a sua ação visa assegurar um direito presente em nosso ordenamento jurídico, ainda que não expresso literalmente. É através dela que o cidadão pode acessar e retificar seus dados pessoais em bancos de dados “de entidades governamentais ou de caráter público” (posteriormente ampliou-se o sentido deste “caráter público”, incluindo-se os bancos de dados referentes a consumidores, mesmo que administrados por privados).

Doneda critica ainda a ação por não ser acompanhada de instrumentos que “possam torná-la ágil e eficaz o suficiente para a garantia fundamental de proteção dos dados pessoais”. Ainda colabora afirmando que ela possui um perfil associado à proteção de liberdades negativas, algo que se percebe em vários dos seus pontos estruturais, como

“a necessidade de sua interposição, por meio de advogado, ou então a necessidade de demonstração de recusa de fornecimento dos dados, por parte do administrador de banco de dados”. Assevera Danilo: “Substancialmente, um instrumento que proporciona uma tutela completamente anacrônica e ineficaz à realidade das comunicações e tratamentos de dados pessoais na Sociedade da Informação.” (DONEDA, 2011, p. 104)

Não é surpresa que a doutrina brasileira assumiu uma posição majoritariamente crítica em relação à ação, tratando-a ora como “um remédio de valia, no fundo, essencialmente simbólica”, para Luís Roberto Barroso (BAROSSO, 1998, p. 212), ora como “uma ação voltada para o passado”, para Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 1997, p. 100).

A legislação infraconstitucional prevê ainda regras que abordam a proteção de dados, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor - CDC¹⁸, que definiu o que é banco de dados (art. 4º) e garantiu aos consumidores o acesso às suas informações e aos seus dados de consumo (Seção VI).

Doneda rememora que a Lei 8.078/90 (CDC), em seu artigo 43, estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais presentes em “bancos de dados e cadastros”, implementando uma sistemática baseada nos “*Fair Information Principles*” à matéria de concessão de crédito e possibilitando que parte da doutrina verifique neste texto legal o marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro.” (DONEDA, 2011, p. 103)

De mesmo modo, as Leis Complementares também resguardam algum direito. A contar pela Lei de Sigilo Bancário¹⁹, um regulamento que versa sobre o tema de dados pessoais em operações de instituições financeiras. De outro vértice, a Lei do Cadastro Positivo²⁰ “buscou estabelecer critérios para a formação de histórico de crédito dos consumidores, de modo que estipulou a formação de banco de dados com informações dos cidadãos adimplentes.” Já a Lei de Acesso à Informação²¹, é destinada a garantir o amplo acesso à informação, assegurando a aplicação do princípio fundamental do direito à informação.

¹⁸ Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

¹⁹ Lei Complementar no 105, de 10 de janeiro de 2021.

²⁰ Lei Federal no 12.414, de 9 de junho de 2011

²¹ Lei Federal no 12.527, de 18 de novembro de 2011

Cumpra ainda mencionar o Marco Civil²². Essa legislação, trata de maneira superficial sobre o tema de proteção de dados, mas estabeleceu, em seu artigo 3º, a proteção à privacidade e aos dados pessoais (incisos II e III) como princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil. Luiza Couto Chaves colabora mencionando: “Nesse ambiente digital, as atividades e atores nele envolvidos já deveriam ter como orientação ou diretriz a proteção de dados, ainda que se previsse uma lei específica para sua disciplina.” (BRANDÃO, 2019, p. 35).

Dessa maneira, com a promulgação da LGPD, em 2018, “a tutela dos dados pessoais deixa de ser tratada sob o manto específico do direito à privacidade, passando a figurar como um novo direito da personalidade.” A LGPD precisa ser interpretada de acordo com os princípios estampados na Constituição da República de 88, logo, os princípios da dignidade da pessoa humana, a privacidade, o sigilo de dados e a proteção do consumidor devem dialogar com as demais fontes normativas do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil, o CDC, o Marco Civil da Internet no Brasil, a Lei do Cadastro Positivo e a Lei do Acesso à Informação, pois “todas elas asseguram direitos relacionados à proteção de dados e à privacidade, no seu campo de aplicação.” (KLEE, 2019, p. 13).

Nessa toada, Bruno Bioni assinala:

O direito à proteção de dados pessoais angaria autonomia própria, na medida em que é um novo direito da personalidade que não pode ser amarrado a uma categoria específica, em particular ao direito à privacidade, pelo contrário, demanda-se uma correspondente ampliação normativa que clareie e não empole a sua tutela. (BIONI, 2020, p. 95).

Neste mesmo raciocínio, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, comenta:

Os direitos da personalidade presentes na sociedade da informação possuem como o intuito principal, a defesa dos direitos essenciais inerentes à própria personalidade do indivíduo, em relação às suas qualidades, bens, interesses e atributos. Importa ainda ressaltar que a dignidade deve ser considerada valor supremo de todo o ordenamento jurídico, estando os direitos da personalidade inseridos no seu contexto, ou seja, fazendo parte de sua constituição. (CAVALCANTI, 2020, p. 31).

Carlos Alberto Bittar alude que “os direitos da personalidade visam à proteção efetiva da pessoa humana em todas as suas qualidades, de modo a assegurar sua dignidade.” Nessa linha, eles constituem, “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.” (BITTAR, 1995, p. 11).

²² Lei Federal no 12.965, de 23 de abril de 2014

4.6 ANÁLISE DA EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E OS DADOS SENSÍVEIS

Partindo-se da premissa de Vigliar, “que os dados pessoais são considerados uma projeção da pessoa humana, e desse modo, integra a personalidade do trabalhador e constitui, portanto, um direito da personalidade do trabalhador” (VIGLIAR, 2022, p. 190); o último tópico da presente dissertação cuidará de tratar a aplicação da LGPD nas relações do trabalho.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, introduz no ordenamento jurídico brasileiro normas gerais de proteção de dados pessoais, trazendo diversas obrigações e vedações que visam proteger a privacidade das pessoas naturais.

Segundo Doneda e Mendes, existem cinco eixos principais da LGPD, em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula:

- i) unidade e generalidade da aplicação da Lei;
- ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas);
- iii) princípios e direitos do titular;
- iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados;
- v) responsabilização dos agentes. (DONEDA, MENDES, 2019, p. 202).

De autoria do Deputado Federal Milton Monti (PR SP), o Projeto de Lei 4.060 de 2012, trouxe em sua justificativa a seguinte afirmação:

Não há dúvida nenhuma que o Estado deve cuidar das questões gerais, mas é também evidente que a sociedade é refratária ao excesso de tutela por parte do Estado e que deseja exercer na plenitude seus direitos constitucionais inclusive o de receber se quiser comunicações pelos meios disponíveis no momento²³. (BRASIL, 2012).

O Projeto de lei que deu origem à LGPD, baseou-se na preocupação em trazer ao “ordenamento jurídico pátrio a regulamentação do tratamento de dados pessoais com o intuito de proteger o direito à liberdade individual contra excessos, inclusive da parte do Estado.” Conforme a justificativa do Deputado. (BRASIL, 2012).

O texto final agrega diversas contribuições, trazidas durante sua tramitação no Congresso, e, posteriormente, pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, convertida na Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Ao passo que teve seu escopo alargado, passando a tratar da criação, organização e competências da Autoridade

²³ <https://camara.leg.br/pplen/destaque.html?codProposicao=548066>.

Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, também se tornou muito mais específico quanto às hipóteses e às condições nas quais o tratamento de dados pessoais passa a ser admitido na forma da lei. Canedo comenta:

Outro aspecto importante há se frisar é que se manteve desde a propositura original, até o texto em sua forma atual, a preocupação de especificar no próprio texto da norma os conceitos mais relevantes para a delimitação do objeto jurídico tutelado. Os sete conceitos presentes no texto original foram desdobrados em dezenove no autógrafo. O que indica tanto a necessidade de especificar questões até então não claramente abordadas no regimento pátrio, quanto o ineditismo e a sensibilidade do assunto tratado nos demais dispositivos daquela Lei. (CANEDO, 2020).

Os dispositivos preambulares da LGPD, nas palavras de José Marcelo Menezes Vigliar, “articulam uma espessa trama de direitos e garantias fundamentais já assim enunciados pela Constituição Federal brasileira.” Ainda assinala o autor que o legislador da LGPD, “percebendo-se diante de uma realidade absolutamente nova, viu-se obrigado a delinear alguns perímetros conceituais no artigo 5º, com destaque para os contidos nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e X.” (VIGLIAR, 2022, p. 24).

Nos termos do artigo 6º da própria LGPD, a imposição de que as atividades de tratamento de dados pessoais devem observar, além da boa-fé, os seguintes princípios:

- a) o da finalidade, traduzido na realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- b) o da adequação, que versa sobre a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- c) o da necessidade, que importa na limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- d) o do livre acesso, que representa a garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- e) o da qualidade dos dados, que assegura a garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- f) o da transparência, contida na garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- g) o da segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- h) o da prevenção, consubstanciada na adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- i) o da não discriminação, resultante da vedação da realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e
- j) o da responsabilização e prestação de contas, atinente à demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a

observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (LGPD).

Alinhados a estes conceitos, a autodeterminação informativa presente no art. 2º, fundamenta a disciplina de proteção de dados. Segundo Mendonça, “esse conceito pode ser definido como o poder do indivíduo, no livre exercício do desenvolvimento de sua personalidade, de determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais.” (MENDONÇA, 2014, p. 28).

A garantia da autodeterminação informativa como direito da pessoa natural implica que o sujeito titular de dados pessoais tem poder para interferir em matérias relacionadas ao tratamento de seus dados, e, conseqüentemente, tem direito de ser informado e optar pela participação em quaisquer processos que resultem na coleta, processamento ou disseminação desses dados. Por outro lado, bases de dados sobre os administrados são instrumentos cada vez mais relevantes, tanto no desenho quanto na operacionalização de políticas públicas. Não apenas para ganho de escala, mas especialmente como mecanismo de articulação de políticas e de coordenação do arranjo institucional requerido para seu sucesso (AMORIM; BOULLOSA, 2013, p. 225).

Conforme verifica-se nos dispositivos preliminares da LGPD brasileira, inseridos no Capítulo I, José Marcelo Menezes Vigliar menciona:

Esse regramento, para além de funcionalizar direitos fundamentais já assim enunciados e consagrados em gerações históricas antecedentes no trajeto da sua afirmação, como os de liberdade, privacidade, livre desenvolvimento, iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; delinham aspectos que indicam a proteção de dados e seu tratamento como um direito autônomo e substancialmente fundamental numa sociedade marcada pela revolução tecnológica que conduziu àquilo descrito por Castells (2019) como uma sociedade em rede que, ao ensejar uma reestruturação do modo capitalista de produção, acabou por nos conduzir a um capitalismo de vigilância, com riscos já conhecidos e outros tantos que, embora ainda mal definidos, já apresentam uma potencialidade danosa sem precedentes. (VIGLIAR, 2022, p. 26).

O autor ainda colabora parafraseando Thomas Jefferson (1743-1826):

De ser a eterna vigilância o preço da liberdade, chegou-se ao ponto de o próprio modo de vigiar ter se traduzido numa das principais ameaças à liberdade. Resta, agora, pois, perquirir os aspectos quantitativos e qualitativos da vigilância que queremos e aceitaremos por agora e para o futuro, acolhendo a vigilância voltada à manutenção dos valores e princípios democráticos, fundada, pois, nos direitos humanos e fundamentais; e descartando a indesejada, que nos domina. (VIGLIAR, 2022, p. 26-27).

Partiremos do referencial teórico de Manuel Castells, ao admitirmos “a existência de uma sociedade em rede, fruto de uma profunda transformação da sociedade já existente, por meio do fenômeno do informacionalismo”, por ele também descrito. Assinala o autor que “essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção.” (CASTELLS, 1999, p. 51).

A revolução da tecnologia da informação foi essencial para a implementação de um importante processo de reestruturação do sistema capitalista a partir da década de 1980. No processo, o desenvolvimento e as manifestações dessa revolução tecnológica foram moldados pelas lógicas e interesses do capitalismo avançado, sem se limitarem às expressões desses interesses. O sistema alternativo de organização social presente em nosso período histórico, o estatismo, também tentou redefinir os meios de consecução de seus objetivos estruturais, embora preservasse a essência desses objetivos: ou seja, o espírito da reestruturação (ou *prerestroyka*, na Rússia). Contudo, a tentativa do estatismo soviético fracassou a ponto de haver o colapso de todo o sistema, em grande parte, em razão da incapacidade do estatismo para assimilar e usar os princípios do informacionalismo embutidos nas novas tecnologias da informação [...]. Aparentemente o estatismo chinês foi bem-sucedido ao transformar num capitalismo liderado pelo Estado e ao integrar-se nas redes econômicas globais, aproximando-se mais do modelo estatal desenvolvimentista do capitalismo do Leste Asiático que do ‘socialismo com características chinesas’ da ideologia oficial [...]. (CASTELLS, 1999, p. 50).

Nas palavras de Vigliar:

A própria alteração da dinâmica do desenvolvimento capitalista levou à sociedade em rede, ou transformou aquelas sociedades que capitalistas não eram, em capitalistas, de modo que a sociedade em rede não existe senão como uma sociedade capitalista em rede. A sociedade em rede é filha direta das grandes transformações tecnológicas, ocorridas a partir da década de 1970, que permitiram não apenas a maior e mais rápida capacidade de tratamento e armazenamento de dados, como seu barateamento. (VIGLIAR, 2022, p. 29).

Cumpram aqui destacar a criação, do microprocessador em 1977, descrita por Castells como a “Revolução dentro da Revolução”:

Os avanços da optoeletrônica (transmissão de informações por fibra ótica e laser), a utilização de tecnologias de transmissão direta de dados via satélite, micro-ondas, telefonia celular digital etc., que ampliando a capacidade das linhas de transmissão de dados, aliadas à invenção, em 1975, do primeiro microcomputador (cujo exemplar comercial inicial, o Apple II, foi lançado em 1977), convergiram à criação e popularização da Internet. (Castells, 1999, p. 81-91).

Destaca Castells o conjunto de cinco características abaixo relacionadas, que servem de base material da sociedade da informação:

- (a) a caracterização da informação como matéria-prima de tecnologias para agir sobre a própria informação, e não apenas informação para agir sobre tecnologias, como ocorrera nas revoluções tecnológicas precedentes;
- (b) maior penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias pelo fato de a informação ser parte integral de toda existência e atividade humana individual ou coletiva, diretamente moldada pelo meio tecnológico, ressaltando, porém, o autor que tal modelagem não resvalaria na sua determinação [o que, já se põe em xeque pelo advento do capitalismo de vigilância];
- (c) a presença de uma lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relação humanas, cuja implementação, viabilizada por novas tecnologias da informação, exige uma estruturação flexível, possibilitando reações e crescimentos exponenciais a custos lineares;
- (d) fundamentação na flexibilidade, traduzida na possibilidade de modificação, alteração e reorganização dos componentes de organizações institucionais, sem destruir a organização, podendo, assim, essa

flexibilidade representar tanto uma força libertadora como uma tendência repressiva; e

(e) a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, que transforma essa própria convergência em interdependência, já sendo inclusive possível a integração de dispositivos eletroeletrônicos a materiais biológicos e organismos vivos. (CASTELLS, 1999, p. 108-113).

Quanto a essa forma de ser da sociedade informacional, ainda na lição de Castells:

Diferente e até certo ponto paradoxal porque, embora as novas tecnologias que integram o mundo em redes globais de instrumentalidade e permite que pela comunicação mediada por computadores sejam geradas verdadeiras comunidades virtuais, há também um fenômeno de exclusão, resultado da corrosão da antiga noção ocidental de indivíduo, sobre a qual se apoiou a construção do conceito de soberania. Isso conduz a um reagrupamento social em torno de identidades primárias de repulsa à rede, ou, dito de outra forma, de desconexão. Parece haver uma lógica de excluir os agentes da exclusão, de redefinição dos critérios de valor e significado em um mundo em que há pouco espaço para os não-iniciados em computadores, para os grupos que consomem menos e para os territórios não atualizados com a comunicação. Quando a Rede desliga o Ser, o Ser, individual ou coletivo, constrói seu significado sem a referência instrumental global: o processo de desconexão torna-se recíproco após a recusa, pelos excluídos, da lógica unilateral de dominação estrutural e exclusão social. (CASTELLS, 1999, p. 57-60).

Em suma, pode-se dizer que a sociedade em rede, descrita por Castells, “não difere das que lhe antecederam pelo uso de conhecimento ou da informação, mas pelo modo como a informação é consumida e utilizada”:

[...]No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimento e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade. O processamento da informação é focalizado na melhoria da tecnologia do processamento da informação como fonte de produtividade, em um círculo virtuoso de interação entre as fontes de conhecimentos tecnológicos e a aplicação da tecnologia para melhorar a geração de conhecimentos e o processamento da informação: é por isso que, voltando à moda popular, chamo esse novo modo de desenvolvimento de informacional, constituído pelo surgimento de um novo paradigma tecnológico baseado na tecnologia da informação. (CASTELLS, 1999, p. 53-54).

De acordo com José Marcelo Menezes Vigliar: “a informação e o conhecimento são, na sociedade em rede, a própria matéria prima de criação de mais tecnologia e conhecimento, numa via de mão-dupla.” O autor relata ainda:

Existi uma autorreflexão do conhecimento gerado que quando produzido já é imediatamente empregado na tecnologia ainda em gestação, modificando-a e criando novíssimas possibilidades em diversos ramos da atividade humana. (VIGLIAR, 2022, p. 32).

Segundo Castells:

O que caracteriza a revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimento e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/ comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e seu uso. [...] baseou-se em aprender usando, de acordo com a terminologia de Rosenberg. No terceiro estágio, os usuários aprenderam a tecnologia fazendo, o que acabou resultando na reconfiguração das redes e na descoberta de novas aplicações. O ciclo de realimentação entre a introdução de uma nova tecnologia, seus usos e seu desenvolvimento em novos domínios torna-se muito mais rápido no novo paradigma tecnológico. Consequentemente, a difusão da tecnologia amplifica seu poder de forma infinita, à medida que os usuários apropriam-se dela e a redefinem. [...] Usuários e criadores podem tornar-se a mesma coisa. (Castells, 1999, p. 69).

Segundo Vigliar, “passados vinte e cinco anos da primeira edição da obra de Castells, em 1996, faz-se necessária uma revisão crítica da sociedade em rede à luz das tecnologias que surgiram nesse período e como elas foram utilizadas e por quem.” (VIGLIAR, 2022, p. 32).

Uma dessas críticas recentes é a proposta por Shoshana Zuboff, em sua obra *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, traduzida ao português como “A Era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder”, cuja primeira edição data de 2019. Zuboff, cunhou a expressão “capitalismo de vigilância”. (VIGLIAR, 2022, p. 32)

Caracterizado pela apreensão não remunerada da experiência humana como se fosse toda ela matéria-prima gratuita para sua tradução em dados comportamentais, de modo que parte desses dados é considerada como superávit comportamental do proprietário, a alimentar complexos processos de fabricação conhecidos como inteligência de máquina e transformado em produtos de predição que antecipam o que um indivíduo faria [ou fará] agora, daqui a pouco e mais tarde que criar aquilo que a autora chama de mercados de comportamentos futuros, que tem possibilitado um fabuloso acúmulo de riqueza pelos capitalistas de vigilância. [...] a dinâmica competitiva desses novos mercados leva os capitalistas de vigilância a adquirir fontes cada vez mais preditivas de superávit comportamental: nossas vozes, personalidades e emoções. Os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebatar comportamento em busca de resultados lucrativos. Pressões de natureza competitiva provocaram a mudança, na qual processos de máquina automatizados não só conhecem nosso comportamento, como também moldam nosso comportamento em escala. (ZUBOFF, 2021, p. 22-23).

Depreende-se dos ensinamentos do autor que esse novo modelo de capitalismo, possibilitado pela sociedade em rede, causa uma nova e profunda transformação, na medida em que a “reorientação transformando conhecimento em poder, não basta mais automatizar o fluxo de informação sobre nós; a meta agora é nos automatizar.” Dessa maneira, assevera que “os meios de produção estão subordinados a ‘meios de modificação

comportamental’ cada vez mais complexos e abrangentes”, de modo que o “capitalismo de vigilância gera uma nova espécie de poder que chamo de instrumentarismo. O poder que conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros”, o que ocorre por “meio automatizado de uma arquitetura computacional cada vez mais ubíqua composta de dispositivos, coisas e espaços ‘inteligentes’ conectados em rede.” (ZUBOFF, 2021, p. 23).

Nessa linha, Vigliar comenta: “Esse novo tipo de capitalismo opera num nível tão mais profundo que atualmente não é mais necessário convencer, pois as ferramentas tecnológicas operam de forma a moldar à vontade desde seu nascedouro, tal qual se quer que ela surja.” E segue comentando: (VIGLIAR, 2022, p. 23)

Os instrumentos dessa sociedade, em rede, mas agora permeada por um capitalismo de vigilância, têm um poder que tangencia o sobrenatural, por ir além da cooptação de corações e mentes. O capitalismo de vigilância, por suas ferramentas tecnológicas, faz a quase todos pensarem que são fontes de vontades espontâneas, quando, na verdade, não passam do resultado de uma programação prévia, praticamente imperceptível, por poucos dominada, e contra a qual o indivíduo isolado não pode resistir. (VIGLIAR, 2022, p. 33).

Por fim, conclui Zuboof:

O capitalismo de vigilância vai na direção oposta à do sonho digital dos primeiros tempos, relegando o Aware Home a dias longínquos. Em vez disso, despe a ilusão de que a forma conectada em rede tem algum tipo de conteúdo moral inerente, que estar “conectado” seja, de alguma forma, intrinsecamente pró-social e inclusivo ou com uma tendência natural à democratização do conhecimento. A conexão digital é agora um meio para fins comerciais de terceiros. Em sua essência, o capitalismo de vigilância é parasítico e autorreferente. Ele revive a velha imagem que Karl Marx desenhou do capitalismo como um vampiro que se alimenta do trabalho, mas agora com uma reviravolta. Em vez do trabalho, o capitalismo de vigilância se alimenta de todo aspecto de toda a experiência humana. (ZUBOFF, 2021, p. 24).

Alinhado a estas perspectivas, “toda a experiência humana pelo capitalismo de vigilância se faz, a partir da coleta de dados pessoais e dados sobre esses dados, os chamados metadados e seu tratamento.” (VIGLIAR, 2022, p. 34).

Quanto ao conceito de metadados e metainformação, Vigliar assinala: “Um aspecto bastante interessante dessa realidade parece ser a exigência de tratamento dos mais diversos tipos de informações, a fim de transformá-las em metadados.” Ao contrário do conceito mais ou menos corrente e vulgar, oriundo das ciências da computação, de serem eles “dados sobre dados”, o que atualmente se destaca no conceito de metadado ou metainformação “é a possibilidade de processamento automático da informação.” (VIGLIAR, 2022, p. 34).

Luiz Fernando de Barros Campos registra que: O *World Wide Web Consortium* — *W3C* define metadados como “informação sobre objetos da Web compreensível por máquinas. A ênfase é no processamento automático, mas falta melhor especificação do tipo e finalidade das informações sobre os objetos da Web.” (CAMPOS, 2007, p. 79).

Dempsey e Heery, por sua vez, já em 1997, conceituaram metadados como “dados associados com objetos que desoneram os usuários potenciais de ter conhecimento completo antecipado da existência e características desses objetos.” (HEERY, 1997, p. 5).

Quanto à sua finalidade, o metadado é, de certa forma, uma “economia informacional”, segundo Gilliland Swetland: “É a soma total do que pode ser dito sobre algum objeto informacional em algum nível de agregação.” (SWETLAND, 2020, p. 1).

Nessa conjectura, José Marcelo Vigliar assinala:

Não há como conceber a proteção de dados pessoais e seu tratamento apenas como mera uma funcionalização, ainda que em conjunto, de direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade, a intimidade etc. A proteção e tratamento dos dados pessoais na sociedade em rede marcada pelo capitalismo de vigilância há de ser isso, mas, também, muito mais. (VIGLIAR, 2022, p. 35).

Podemos alinhar à conclusão de Vigliar um exame preambular da LGPD brasileira ao dispor que seu objetivo é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade, livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, baseada nos fundamentos do respeito à privacidade; autodeterminação informativa; liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; ao desenvolvimento econômico e tecnológico e à inovação; à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor e aos direitos humanos, conforme os já mencionados artigos 2º e 6º LGPD.

Dessa forma, concluiu o José Marcelo Menezes Vigliar:

Ora, na atualidade, com tantos direitos fundamentais a depender da proteção jurídica aos dados pessoais e seu tratamento, será que não acaba o amparo jurídico aos dados pessoais também se conformando autonomamente, como um direito fundamental ainda que assim não previsto na Constituição Federal ou em tratado internacional de direitos humanos, aprovado pela sistemática do §3º, do artigo 5º, dela? Se por um lado tendamos a afirmar que sim, não podemos nos furtar ao exame da relevância da enunciação constitucional formal de um direito como fundamental, o que passamos a fazer adiante.(VIGLIAR, 2022, p. 35).

Conforme todo o explanado, nas palavras de Vigliar: “a confirmação da hipótese de que numa sociedade em rede, marcada pelo capitalismo de vigilância, a proteção de

dados pessoais e seu tratamento já se revela per si fundamental.” (VIGLIAR, 2022, p. 42).

Quando sinalizamos uma necessidade formal da enunciação da proteção de dados e seu tratamento como um direito fundamental autônomo, faz-se imperioso a advertência de Bobbio: “O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.” (BOBBIO, 2004, p. 25) .

Segundo Bandeira de Mello:

Contudo, sendo a tradição jurídica nacional cunhada na *Civil Law*, essa expressa enunciação constitucional da proteção de dados pessoais e seu tratamento como direito fundamental, revela-se passo de primeira grandeza na concreção desse direito para hoje e para um futuro bastante próximo e mesmo mais adiante, haja vista que as disposições constitucionais se definem “como um corpo de normas jurídicas. [...] consiste, antes de mais, em um plexo de regras de Direito. A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas transformação de anseios, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 11).

E concluiu mencionando que “seria um equívoco supor que as normas ora cogitadas [as programáticas] não investem os interessados em direitos de qualquer espécie.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 15).

Derradeiras considerações são importantes e aqui cabe o pensamento de Vigliar:

O formal reconhecimento da proteção de dados pessoais e seu tratamento como um direito fundamental, aparelhará o sistema constitucional brasileiro com uma norma jurídica que já se figura indispensável ao reequilíbrio das dinâmicas do poder na sociedade do capitalismo em rede de vigilância. (VIGLIAR, 2022, p. 42).

Quanto aos dados sensíveis, tanto a RGPD como a LGPD conceitua:

Aqueles sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, de acordo com o exposto no artigo 5º, inciso II, da referida Lei. (LGPD).

Alinhado a este conceito, as relações de trabalho possuem vários exemplos de tratamento de dados pessoais pelo trabalhador, como a colocação e divulgação do nome dos empregados no site da empresa, a coleta dos dados pessoais do candidato durante o processo de seleção, o envio de informações do empregado contratado para os órgãos do governo (e-social, SEFIP, DIRF, GAGED e RAIS), ou então, o armazenamento dos dados pessoais dos empregados, ao longo da relação contratual, em sistemas internos e arquivos físicos ou digitais da empresa. Segue explanando Vigliar: (VIGLIAR, 2022, p. 191).

A figura do trabalhador surge como titular dos dados pessoais e sensíveis, sendo certo que a palavra “trabalhador” é aplicada de maneira ampla, independentemente da natureza do seu vínculo jurídico. Assim, os autônomos,

os estagiários, aprendizes, domésticos, rurais, dentre outros trabalhadores, também gozam da proteção conferida pela LGPD. (VIGLIAR, 2022, p. 192),

Antônio Jose Valvencio Asencio²⁴ assevera que as distintas perspectivas na “construção do direito à proteção de dados pessoais colocam-se em especial dificuldade no momento de conectar os diferentes aspectos do tratamento com os interesses e direitos concorrentes na relação de trabalho.”(ASENCIO, 2020, p.14).

Em geral, por um lado, o direito individual e personalíssimo dos trabalhadores à proteção de dados pessoais e sua intimidade no curso da prestação do trabalho; e, por outro, os direitos e interesses do empresário no exercício e os poderes associados ao seu poder diretivo decorrentes do cumprimento de obrigações e deveres legais. (ASENCIO, 2020, p. 14).

Nessa linha, Vigliar comenta que a LGPD, é um importante marco legal aplicável as relações de trabalho, continua: (VIGLIAR, 2022, p. 192).

Ela busca o equilíbrio entre o empregador e o trabalhador, especialmente pelo dever informativo imposto pela lei suportado pelos empregadores, proporcionando ao empregado o amplo conhecimento sobre o que o empregador faz com os seus dados pessoais, especialmente pela autodeterminação informativa, pois compete ao titular dos dados definir a destinação dos seus dados pessoais. (VIGLIAR, 2022, p. 192).

O mesmo autor divide em três fases o contrato de trabalho, a pré-contratual, a contratual e a rescisão contratual. (VIGLIAR, 2022, p. 193) Sérgio Pinto Martins define a fase pré-contratual como sendo o período anterior ao contrato de trabalho. E explica que “é nessa fase de testes, de análise de currículo, exame médico, psicotécnico, dinâmica de grupo, questionários, que compreende o processo de seleção do trabalhador. Aqui ocorrem as tratativas a respeito do futuro contrato de trabalho.” (MARTINS, 2018, p. 90).

Durante essa etapa ocorre um enorme envio de dados pessoais e sensíveis dos candidatos para as empresas, “cabendo a estas efetuar o armazenamento, a triagem e análise destes dados, portanto, realizam o tratamento de dados pessoais e sensíveis, incidindo a aplicação da LGPD ,nessa etapa do início da relação de trabalho.” A sociedade da informação propiciou o aumento do número de aplicativos e ferramentas tecnológicas para o empreendedor, de modo que “diversas empresas passaram a utilizar a inteligência artificial e algoritmos durante essa etapa, especialmente para criar e identificar o perfil dos candidatos à vaga disponibilizada ao mercado.” (VIGLIAR, 2022, p. 193).

O caso Amazon.com ocorrido em 2014 serve para demonstrar o problema com o uso de dados pessoais dos trabalhadores durante a fase de seleção, pois a análise de currículos foi feita por uma inteligência artificial. O caso teve repercussão midiática, pois a empresa reconheceu que o mecanismo acarretava

²⁴ <https://idus.us.es/handle/11441/91056;jsessionid=AF29BE512247B70CBFF26B716ACFA6752A?>- Acesso em: 17/10/2022

discriminação de gênero contra mulheres candidatas para as vagas de desenvolvedor de software e outros cargos que exigiam expertise técnica, uma vez que a inteligência artificial constatou que esses cargos foram ocupados, nos últimos 10 (dez) anos, na sua grande maioria por homens, e o software excluiu o currículo de mulheres para a ocupação dessas vagas. (REIS, 2019, p. 4).²⁵

Novamente, de acordo com Vigliar, no início do processo seletivo, a empresa deve informar, de maneira clara e transparente, que “os dados pessoais do candidato serão utilizados durante toda a seleção, em atendimento aos princípios da transparência e da não discriminação”. E segue afirmando que, se o processo seletivo for realizado por uma empresa parceira do empregador, “o candidato deverá tomar conhecimento sobre o compartilhamento de seus dados entre a empresa que realizará a seleção e a empresa que fará a sua contratação efetiva.” (VIGLIAR, 2022, p. 194).

Na fase pré-contratual, existe discussão na doutrina sobre as hipóteses legais para o tratamento de dados, como, por exemplo, se o consentimento é fundamento legítimo para o tratamento de dados do candidato. Oportuno destacar que nessa etapa o empregado está em posição de enorme vulnerabilidade em relação aos seus dados pessoais, pois dificilmente ele irá recusar a conceder os seus dados pessoais caso solicitado pela empresa, já que deseja conseguir preencher a vaga de trabalho. (VIGLIAR, 2022, p. 194).

O autor ainda alude que o Grupo de Trabalho do Artigo 29 de Proteção de Dados da Comissão Europeia define, conforme Opinião 02/2017:

O consentimento não é um fundamento legítimo para o tratamento de alguns dados dos trabalhadores, pois estabelece-se que, no contexto do contrato de trabalho, aquele nunca é verdadeiramente livre para não recusar esse consentimento. (VIGLIAR, 2022, p. 194).

Já a fase contratual é entendida por José Vigliar como aquela em que ocorre a “celebração do contrato de trabalho entre o empregado e o empregador, logo, é o marco da efetiva prestação de serviços pelo empregado em favor do empregador.” Para o autor, nesse período contratual, também ocorre o tratamento de dados pessoais e sensíveis do empregado pelo empregador, como, por exemplo, “na elaboração do contrato de trabalho, no ato da inclusão do empregado no plano de saúde da empresa, no controle de horário pela biometria, dentre outras inúmeras hipóteses.” Continua: (VIGLIAR, 2022, p. 195).

O ponto central para que as empresas usufruam da conformidade com a LGPD, durante a fase contratual, é o dever de informar aos seus empregados sobre a utilização dos seus dados pessoais e sensíveis e a finalidade do tratamento dos dados pessoais. Isso pode se dar através da política interna da empresa, ou então, através de treinamentos de adequação à LGPD, até mesmo por meio de cláusula contratual. Aliado ao dever informacional, os empregadores deverão

²⁵ <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19599/1192612314> - Acesso em: 02/11/2022

ter a cautela de armazenar os dados pessoais do empregado de forma segura, utilizando mecanismos de proteção, como, por exemplo, limitação de acesso de pessoas aos dados pessoais, utilização de sistemas de segurança, a fim de evitar a divulgação dos dados pessoais dos seus empregados. (VIGLIAR, 2022, p. 195).

“A utilização de novas ferramentas tecnológicas, nas relações laborais, desperta uma atenção especial no tocante à proteção de dados pessoais, a exemplo da utilização de dados biométricos e do teletrabalho”, acena Vigliar. Após a pandemia do coronavírus, por exemplo, os empresários passaram a invocar o art. 75-B da CLT e disponibilizar ao “empregado todo o equipamento necessário à consecução das atividades fora do local físico da empresa, entretanto, garantirá o mesmo acesso à rede, aos sistemas e recursos para que o empregado possa executar seu trabalho remotamente.” Afirma o letrado: “Não obstante o empregado desenvolva as suas atividades fora das instalações da empresa, ele terá os mesmos direitos e obrigações dos demais trabalhadores.” (VIGLIAR, 2022, p. 196).

Nessa modalidade, o empregador. Esses equipamentos disponibilizados pelo empregador (notebook, computadores, tablets, smartphones, dentre outros) ao empregado devem estar em conformidade com as regras de proteção de dados, proporcionando o respeito à privacidade ao empregado e, ao mesmo tempo, garantindo que os equipamentos sirvam apenas para o trabalho e não como margem para o monitoramento da vida pessoal do empregado. (VIGLIAR, 2022, p. 196).

Ainda nessa toada, se o empregador resolver implementar o controle de jornada por biometria, o empregado deve ser informado sobre essa modalidade de controle de horário. “É essencial ter o conhecimento da finalidade do tratamento dos dados, de modo a garantir que os direitos e deveres da relação laboral sejam respeitados.” (VIGLIAR, 2022, p. 196).

Encerrada a relação de trabalho, logo, entrando na última fase, a rescisão contratual, “o empregador ainda poderá realizar o tratamento dos dados pessoais e sensíveis de seus antigos empregados.”(VIGLIAR, 2022, p. 196) Afirma Antônio Carlos Aguiar:

Salvo informações de cunho estatal, que devem ser guardadas e eventual ou periodicamente repassadas à fiscalização do Estado, a fidedignidade contratual obriga as partes que respeitem a individualidade personalíssima do contrato, de modo que não é juridicamente admissível e possível repassar a terceiros dados sem a permissão do seu titular. (AGUIAR, 2018, p. 657).

Acena Vigliar que sobre a fase da rescisão contratual:

A empresa, agora na qualidade de ex-empregadora, somente poderá realizar o tratamento dos dados pessoais do antigo empregado “mediante expressa autorização do titular dos dados (ex-empregado), bem como nas demais hipóteses legais, como para o cumprimento de obrigações legais (repasses de

informações para os órgãos do governo), ou então, para o regular exercício de direitos em eventuais demandas administrativas ou judiciais. Importante destacar que as empresas devem estabelecer na política de proteção de dados pessoais dos seus trabalhadores o período de tratamento dos dados pessoais, inclusive, após o término do contrato de trabalho, evitando-se a perpetuação do tratamento dos dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores. Ademais, as empresas deverão eliminar os dados pessoais e sensíveis dos seus trabalhadores após o período de tratamento de dados. (VIGLIAR, 2022, p. 196).

Ante todo o exposto, concluiu-se que a crescente onda de desemprego, originada pela mutação tecnológica constante da sociedade, alerta para uma necessidade de se discutir o Direito do Trabalho, especialmente pelos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador. Deve-se, sempre, buscar a redução das desigualdades promovidas, principalmente pela revolução digital, garantindo a transição equilibrada para o futuro do trabalho sustentável, colocando a pessoa humana em posição de destaque na sociedade, o que inviabiliza a decisão do TST quanto à exigência de antecedentes criminais para atendentes de *call center*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o êxodo rural ocasionado pela Revolução Industrial, a crescente onda de marginalizados e empobrecidos passou a dominar a sociedade. O objeto dos fundamentos da pena ,através de uma abordagem histórica da sua aplicação ao longo dos tempos, buscou fundamentar e justificar a aplicação da pena. Contudo, a análise das teorias dos fins da pena se mostrou mais assertiva, pois além da grande limitação que o estudo da teoria da pena apresenta, ela se mostra contraditória: enquanto se admite, na formulação histórica, que a sociedade contemporânea experimenta o pós-positivismo, ainda que implicitamente, por dedução dos argumentos expostos; no plano teórico não há a preocupação de promover a sua adequação e compatibilização de preservação da segurança jurídica. Os fundamentos filosóficos determinantes da prática legislativa não alcançam a finalidade pretendida e não se concretizam na aplicação e execução das penas. O Estado revela-se absolutamente incompetente diante da questão penitenciária, razão pela qual a assertiva que a “crise das prisões” existe, é relevante e imperiosa.

A grande verdade é que, por mais que as teorias legitimadoras da pena operem em contrário, a sua finalidade em aplicar uma sanção penal ao indivíduo que praticou uma infração penal, em pleno Século XXI, na prática, se torna essencialmente retributiva e vingativa. Ao elegermos democraticamente um representante e detentor da paz, com o

intuito único de harmonia na sociedade (Estado), os subordinados (nós), de forma ingênua, abrimos mão de uma parte de nossa liberdade e passamos a acreditar que esse ente (malicioso) seria a solução para todos os problemas da nossa convivência. Dessa maneira, os muros cada vez mais altos e as penas cada vez mais severas nos geram uma falsa sensação de tranquilidade e harmonia. O prazer de punir e o sentimento de vingança fundamentam a aplicação da pena, por mais que essa constatação não seja facilmente defendida e difundida, e muito menos juridicamente lícita.

É necessário lembrar que, a partir do Estado Moderno, a pena deve ter por objetivo primordial ressocializar, esgotando-se em si. Particularmente no âmbito do trabalho, condenação criminal transitada em julgado, segundo o artigo 482, alínea d, da CLT, constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho, de modo que, rompido o vínculo contratual nesse momento, também deveria se encerrar qualquer possibilidade posterior de sanção adicional trabalhista, inclusive pré-contratual. A certidão de antecedentes, portanto, somente pode servir para fins de eventual novo processo penal, baseado em novos fatos típicos. A condenação penal não pode obstar a (re)inserção do condenado na sociedade.

Nesse contexto, é possível afirmar que a competitividade altamente acirrada é marca característica do mercado de trabalho. Isso porque conta com uma grande demanda de trabalhadores disponíveis e disputando vagas, de modo que é incontestável que qualquer ponto negativo, mesmo que pequeno, possa ser a diferença entre a oportunidade de emprego e o desemprego permanente. A questão é sensível, porque quando se trata do tema “trabalho”, está-se diante do principal meio pelo qual o indivíduo consegue recursos para suprir a si mesmo e a sua família de condições mínimas de subsistência, e, neste ponto, consiste o seu caráter fundamental: o trabalho está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, por possibilitar ao homem, como contraprestação ao ofício que se desempenha, recursos financeiros que lhe garantam o acesso aos bens mínimos que garantem subsistência. Imperioso aqui enaltecer toda a tese da presente dissertação ancorada pela Teoria do Trabalho Decente.

Nesta linha, a busca incessante por dados pessoais característica da sociedade da informação, portanto, é necessário buscar instrumentos legais para proteger os dados pessoais dos cidadãos, em particularmente, trabalhadores que se encontram em uma condição notoriamente vulnerável no mercado de trabalho, imerso em tecnologia. Assim, dessa forma, o trabalho é considerado como uma das principais ferramentas de

(re)inserção. (cabendo aqui um enorme parênteses a fim de expor que para ser necessário reinserir algo, este deve ter sido excluído de seu local, o que não se considera ante os condenados; afinal, nunca será humano afirmar que eles não pertencem a esta sociedade, nem se quer por alguns dias - ante o cárcere- eles nunca saíram do seio da sociedade e é ela que necessita ser reinserida e remanejada e ,mais ainda, repensada a fim de que encare que estes indivíduos retornarão ao nosso convívio e precisaremos estar aptos a recebê-los; como meio de minimizar injustiças e marginalizações).

Nesta lógica do emprego formal, o trabalho nos *call centers*, em particular, esteve na origem da entrada no mercado de várias organizações diferentes, muitas vezes consideradas abjetas para outros ramos de atividade. Quando legitima o critério da exigência de certidão de antecedentes criminais, o TST acaba por restringir o acesso desses corpos a uma das ocupações que lhes são mais acessíveis.

A justificativa viola ainda o princípio da alteridade, extraído do artigo 2º da CLT, segundo o qual, o empregador é quem assume os riscos da atividade econômica. Corolário desse princípio é a ideia de que cabe ao empresário resguardar os dados de seus clientes, inclusive contra eventual mau uso pelos seus empregados. Ao legitimar a exigência de extrato de antecedentes criminais, o TST acaba restringindo o acesso dessas organizações a uma das profissões que lhes são mais acessíveis. Essa segurança não se pode garantir por meio de soluções subjetivas, tal qual é a pretensa proteção que se garantiria, etiquetando quem lidará com essas informações sensíveis.

A turma do TST que julgara o caso havia entendido, com acerto, que, ao exigir certidão de antecedentes no momento da contratação, "o empregador põe em dúvida a honestidade do candidato ao trabalho, vilipendiando a sua dignidade e desafiando seu direito ao resguardo da intimidade, vida privada e honra, valores constitucionais." O acórdão da SDI-I que a reformou configura verdadeiro retrocesso discriminatório.

Como conclusão desta pesquisa, pode-se dizer que a LGPD, em essência, sinaliza que além de ser uma ferramenta para a proteção de direitos fundamentais, constitucionalmente declarados e reproduzidos nele, descreve o conteúdo de um novo direito autônomo, embora já obliquamente extraível na Constituição, mais precisamente por outros direitos fundamentais que recepcionam o conteúdo, já é fundamental em si sob a dimensão material, dada a existência irrefutável de uma sociedade em rede, marcada pelo capitalismo de vigilância.

Todavia, não podendo a lei ordinária conceber formalmente um direito fundamental, sob pena de subversão da hierarquia normativa, ainda ligada; e neste caso sem nenhum demérito, a uma concepção positivista do direito, a indubitosa afirmação da proteção de dados pessoais e seu tratamento como um direito fundamental autônomo pleno, a embasar, como tal, qualquer pretensão jurídica esperável de um direito desse jaez, inclusive em sua eficácia horizontal, o que parece inexorável na atualidade e mais ainda num futuro muito próximo que marcha à Quarta Revolução Industrial, depende de sua enunciação constitucional formal. Evidentemente, não se espera que apenas com isso ocorrerá um substancial e imediato reposicionamento da proteção de dados pessoais e seu tratamento como bem jurídico fundamental à ordem jurídica brasileira, mas, sendo a tradição jurídica brasileira filiada ao *Civil Law*, essa consagração constitucional formal revela-se um passo relevantíssimo na tradução dos direitos fundamentais; dentre elas, o aqui proposto direito fundamental à proteção de dados pessoais e seu tratamento, em experiências cotidianamente concretas.

Nas relações de trabalho, o uso maciço das novas ferramentas digitais tem ampliado o exercício do poder de controle, dando origem à chamada subordinação eletrônica do empregado. Percebe-se, nesse cenário, que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão em constante estado de alerta, especialmente pelo aumento do poder diretivo do empregador, o qual é realizado inclusive à distância, de modo online. No Brasil, com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), apesar de não dispor expressamente sobre a proteção de dados pessoais dos trabalhadores, entende-se que a lei deve ser aplicada às relações de trabalho. Defende-se o direito à proteção de dados como um direito autônomo, descolando-se do direito constitucional da privacidade, constituindo-se um direito da personalidade do trabalhador. É imperativo que as empresas desenvolvam política de adequação e conformidade com a LGPD, buscando-se resguardar os dados pessoais e sensíveis de seus trabalhadores.

6 BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ricardo. Proletariado digital, serviços e valor in: Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

BATALHA, Elson Duarte. Trabalho decente sob a perspectiva do Direito Internacional. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017

BACIGALUPO, Enrique. Direito penal: parte geral. Tradução do espanhol da 2a edição Derecho penal – Parte General, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, São Paulo: Malheiros, 1998,

BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Bogotá: Temis/Lhanud, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1a ed. 4a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Porto Alegre: Fabris, n. 2, abr./jun. 1993.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 727, 1996

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: 147 148 149 teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, 1o v.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. Viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Habeas data. São Paulo: RT, 1998.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. Trad. de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

BICUDO, Tatiana Viggiani Por que punir? Teoria geral da pena. — 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2.ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2004

BITENCOURT, Cezar R. Falência da pena de pen. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Reforma trabalhista, Brasil, 2017 ; Legislação trabalhista, alteração, Brasil ; Terceirização, Brasil ; Trabalho autônomo, Brasil ; Pejotização, Brasil

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo, 1992

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOONE, Luis E. Marketing contemporâneo. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10/10/2022

BRASIL. Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais [ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 12/10/2022

BRASIL. Lei no 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1. Acesso em: 12/11/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 201.819/RJ: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. O Marco Civil da Internet e a Proteção de Dados: diálogos com a LGPD in: Cadernos Adenauer xx (2019), no 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019,

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Os Direitos Humanos dos Trabalhadores nos Pactos Internacionais sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2014;

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1

BRETZKE, Miriam. Marketing de relacionamento e competição em tempo real com CRM (Customer Relationship Management). São Paulo: Atlas, 2000

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2a ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os direitos da personalidade na sociedade da informação: impactos das novas tecnologias. in: O direito na sociedade da informação V/coordenador Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Almedina, 2020

CALERA, Nicolas. Filosofia do Direito. 1997

CALSING, Renata de Assis. GODOY, Arnaldo Sampaio. Direitos Humanos e Relações Sociais Trabalhistas. 2017

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado Internacional dos Direitos Humanos. Volume I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 8a ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 1. Dezem, Renata Mota Maciel Madeira. O direito concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg. In: Adeodato, João Maurício; Jorge, André Lemos; Dezem, Renata Mota Maciel. (Org.). Direito empresarial: estruturas e regulação. 1a ed. São Paulo: Uninove, 2018, v. 1, p. 97-121.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. Trad. Roneide Venancio Majer. 21 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede — A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.01. São Paulo: Paz e Terra, 2019

CARVALHO, Americo A. Taipa de Carvalho. Sucessão de Leis Penais / Imprensa: Coimbra, Coimbra Ed, 2008.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A proteção dos dados pessoais e sensíveis do empregado. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v.76, n.9, p. 1074-1083, set. 2012.,

CHURCHILL, Gilbert A. Marketing: criando valor para o cliente. São Paulo: Saraiva, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 161. Para melhores informações sobre as modalidades de crimes no Código de Hammurabi, conferir obra de Álvaro Mayrink da Costa;

COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo:36 Revista dos Tribunais, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Viver em sociedade. São Paulo: Moderna, 1995.
DALLARI, Dalmo de Abreu. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. Revista de la Facultad de derecho de La Pontificia Universidade Católica del Peru, n. 51, p. 100, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia: O Homem delinquente a Sociedade Criminógena. Editors Coimbra. 2013.

- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- DUARTE, Leonardo de Farias. Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- FARIA, José Eduardo V. B. Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros Ed., 1996
- FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n. 42, jan./mar. 2003
- FRAGOSO, Heleno C. Lições de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: Comentários à Lei n. 12.965/2014 / Celso Antonio Pacheco Fiorillo. – São Paulo : Saraiva, 2015.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história de violência nas prisões. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal – Vol. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- GOMES, Canotilho. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed, Coimbra, 2003;
- GOMES Canotilho. José Joaquim. O direito Constituição passa: o direito administrativo passa também. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ed. 2001
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Educação de Qualidade e a prática do Teletrabalho no cenário dos avanços tecnológicos: disciplina jurídica. In: LORA, Ilse Marcelina Bernardi; SLOMP, Angélica Cândido Nogara; GARCIA, Alessandra Souza (Coord.). Reforma Trabalhista: um necessário olhar feminino. Tirant lo Blanch, 2019
- GRAMSCI, Antonio. Cadernos do cárcere (Vol. 1) Civilização Brasileira; 14ª edição. Junho 2022.
- GUNTHER, Luis Eduardo. Direitos Humanos E Meio Ambiente Do Trabalho. 2016
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins

LISZT, Franz Von. TRATADO DE DIREITO PENAL ALEMÃO. Vol. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. – Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Conquista da Cidadania, dos Direitos Humanos e do Direito à Educação Escolar na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: Cidadania, Direitos Humanos e Educação. São Paulo: Almedina, 2019;

KLEE, Antônia Espíndola Longoni; Pereira Neto, Alexandre Nogueira. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma visão panorâmica in: Cadernos Adenauer xx (2019), no 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019,

MADRUGA, Roberto. Gestão moderna de call center e telemarketing. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAYER-SCÖNBERGER. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (Org.). Technology and privacy: The new landscape. Cambridge: MIT Press, 1997

MARQUES, Vasco. Redes Sociais 360. Actual Editora, 2016

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. 5.ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista : novos paradigmas / Soraia da Rosa Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MELO, P. L. de R. Estratégia e processo de gestão em call centers próprios e terceirizados no Brasil. 2007. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fabrica: os origens do sistema penitenciário (séculos XVI-99 XIX). In: Pensamento criminológico, v. 11, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006

MESSA, Ana F. Prisão e Liberdade. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo Almedina (Portugal), 2020

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988: Uma Constituição de esperança. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

MORE, Thomas. Utopia. São Paulo: Martins Fontes, 1999

MORRISON, Wayne. Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MUNHOZ CONDE, Francisco. Direito penal e controle social. Trad. Cintia Toledo Miranda Chaves, Rio de Janeiro: Forense, 2005

NOGUEIRA, Ataliba. Pena sem prisão. São Paulo: Saraiva, 1956.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal – Volume 1 (Introdução e Parte Geral). Editora Saraiva. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas das Perspectivas de Direitos Humanos, Cadernos de Pesquisa, Fundação Carlos Chagas, São Paulo, v. 35, n. 124, , jan./abr. 2005. ISSN 0100-1574.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, v.1, n.1, p. 20-47, 2004. ISSN 1806-6445.

PEPPERS, Don; ROGERS, Martha. CRM séries marketing 1 a 1: um guia executivo para entender e implantar estratégias de customer relationship management. São Paulo: Pepper and Roger Group Brasil, 2000.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. O direito de fugir. São Paulo: Resenha Tributária, 1989

RAMIREZ. Juan Bustos. H. Hormazabal Malarée, Lecciones de derecho penal. Vol. I. Madrid: Trot-ta, 1997.

RICCO. José Maria. Crime Et Justice Penale En Amerique Latine.1978

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Direito penal: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ROIG. Rodrigo Duque E. Aplicação da pena : limites, princípios e novos parâmetros, 2ª edição. Editora Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. São Paulo: Martins Fontes, 2001, trad. Antonio de Pádua Danesi

ROXIN. Claus. Estudos de Direito Penal. Editora Renovar. 2012

RUSCHE. Georg. KIRCHHIMER. Otto. Punição e Estrutura Social". Editora Revan. 2010

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. 4. ed., trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

SANTIAGO. Mir Puig, Introducción a las bases, 2013.

SAUER. Guillermo Sauer, Derecho penal, SAUER, Guillermo: "Derecho Penal (Parte General)"Navarrete Urieta, José María. 1956

STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo,6 jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,

VIGLIAR. Jose Marcelo M. LGPD e a proteção de dados pessoais na sociedade em rede. Almedina Brasil. 2022

HASSEMER. Winfried. Fines de la pena, in Problemas básicos, HASSEMER, Winfried. Direito penal libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em Busca das Penas Perdidas. São Paulo: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. Sobre la inconstitucionalidade de la agravante de reincidência. Madrid: Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial), 2ª época, n. 13, mar. 1989

ZUBOFF, Shoshana. A Era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. 1a ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.