



MAIÊUTICA JURÍDICA

2022 - ED.2 - VOL. 1
ISSN - 2965-2839



Maiêutica

Revista



CENTRO UNIVERSITÁRIO LEONARDO DA VINCI

Rodovia BR 470, Km 71, nº 1.040, Bairro Benedito

89084-405 – INDAIAL/SC

www.uniasselvi.com.br

REVISTA MAIÊUTICA

MAIÊUTICA JURÍDICA
UNIASSELVI 2023

CEO VITRU EDUCAÇÃO

William Victor Kendrick de Matos Silva

VICE-PRESIDENTE OPERAÇÃO EAD UNIASSELVI

Ricardo Grima Fernandes

REITORA DA UNIASSELVI

Neuzi Schotten

**PRÓ-REITOR DE ENSINO DE GRADUAÇÃO
PRESENCIAL UNIASSELVI**

Adriano Luís Fonseca

**PRÓ-REITORA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO A
DISTÂNCIA UNIASSELVI**

Márcia de Souza

COMISSÃO EDITORIAL

Estelamaris Reif

Gerson Faustino Rosa

Grazielle Jenske

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Kevin Daniel dos Santos Leyser

Liliani Carolini Thiesen

Luis Augusto Ebert

Maria Cecília Miotto

Pedro Sidnei Zanchett

Roseane Leandra Da Rosa

Taíse Ceolin

EDITORES CHEFE

Gerson Faustino Rosa

Luis Augusto Ebert

Pedro Sidnei Zanchett

SUPERVISORES DE PUBLICAÇÃO

Paula Renata dos Santos Ferreira

Eduardo Antunes Anderson

Antonio Eduardo Nicacio

Derick Rantin

Marcelo Sanches Tonilli

REVISÃO

Marcio Kisner

Sarah Mariana Longo Carrenho Cocato

Bruna Da Silva

Carlos Augusto Brito Oliveira

Cristina Maria Costa Wecker

Elias José Lascoski

Dener Kopsch Alves

Janicéia Pereira da Silva

DIAGRAMAÇÃO E PROJETO GRÁFICO

Diogo Ribeiro Garcia

Arthur Cantareli Silva

Yago Luiz Nardelli

REVISÃO FINAL

Prof. Janes Tomelin

PUBLICAÇÃO ON-LINE

Propriedade do Centro Universitário
Leonardo da Vinci

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre de Paula Amorim
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Antonia Irismar de Souza
(Secretaria de Estado da Educação de Pernambuco – Recife/PE – Brasil)

Gesiel Anacleto
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Jasson da Silva Martins
(Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB – Candeias /BA – Brasil)

Jorge Amaro Bastos Alves
(Universidade do Contestado – Canoinhas/SC – Brasil)

Kevin Daniel dos Santos Leyser
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Leandro José da Rocha –
(Universidade do Estado de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG – Brasil)

Luciane da Luz
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Marcelo Martins
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Marcelo Blanck
(Escola de Educação Básica Padre José Mauricio – Blumenau/SC – Brasil)

Márcio José Cubiak
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

Mariane Beatriz Wittmann
(Universidade Federal de Santa Maria/RS - Brasil)

Mayra Coan Lago
(Centro Universitário Fundação Santo André (CUFSA) - Santo André – SP - Brasil)

Simão Henrique Jakobowski
(Secretaria de Estado da Educação de Santa Catarina – Florianópolis/SC - Brasil)

Thiago Leandro da Silva Dias
(Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – Feira de Santana/BA – Brasil)

Vidal Dias da Mota Junior -
(Universidade de Sorocaba/Uniso – Sorocaba/SP - Brasil)

Walter Marcos Knaesel Birkner
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi –Indaial/SC – Brasil)

COORDENAÇÃO DA REVISTA MAIÊUTICA

Luciane da Luz
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

EDITOR DA REVISTA MAIÊUTICA

Luis Augusto Ebert
(Centro Universitário Leonardo Da Vinci - Uniasselvi – Indaial/SC – Brasil)

APRESENTAÇÃO

A **Revista Científica Maiêutica dos cursos Jurídicos** é um periódico concebido pela **Uniasselvi** que objetiva socializar o conhecimento e as experiências resultantes dos diálogos entre profissionais, estudantes de graduação e pós-graduação lato e stricto sensu que atuam nas diversas áreas do saber jurídico.

Com o intuito de promover a investigação acadêmica em consonância com as questões mais atuais da sociedade, sem esquecer o avanço da ciência e da tecnologia, a presente edição promove produções acadêmicas realizadas pelos discentes, docentes e pesquisadores externos que dialogam com os desafios encontrados no país.

Assim, os trabalhos selecionados pelo Conselho Editorial da Revista enfocam em questões multidisciplinares do conhecimento jurídico que são extremamente importantes para o século XXI.

Importante ressaltar a crescente participação de diversos profissionais da área jurídica, o que cumpre com o objeto de evoluir em direção ao progresso científico e econômico da sociedade em que a Instituição está inserida.

Dessa forma, na presente edição traz uma análise crítica dos princípios penais constitucionais da humanidade, da pessoalidade e da individualização das penas à luz da Constituição Federal e do Estado democrático de Direito para em seguida apresentar o estudo sobre direitos humanos e as origens do presídio regional de Blumenau, apontando alguns momentos históricos e problemas que a unidade tem enfrentado desde sua instalação. Sob a perspectiva do acesso à justiça e das novas tecnologias, debate-se as implicações do reconhecimento facial como instrumento de produção de prova no Brasil. Em um cenário recente onde o Brasil e o Mundo viram popularizar o uso das ferramentas tecnológicas nas mais diversas áreas, é natural que o Direito busque compreender seus reflexos na sociedade e, assim, destacam-se as pesquisas sobre as implicações para o cidadão no uso da inteligência artificial as relações de consumo e, por fim, no âmbito trabalhista, reflexões sobre a jornada de trabalho remoto ou teletrabalho e o direito à desconexão do empregado.

Vale lembrar que universidade é concebida como forma de integração de vários cursos, superando a velha e tardia estrutura brasileira de unidades isoladas de ensino que só demonstram que nos falta uma tradição universitária. Para além disso, a universidade é um órgão de sedimentação de ensino, pesquisa e extensão em benefício de todo o país. E esta obra é um produto disso.

Por assim dizer, que o nosso intuito sempre foi e sempre será o de fortalecer a academia, como entidade capaz de produzir pensamento crítico, sem o qual não há ciência, só há subserviência. Eis o papel da Uniasselvi: ser um instrumento de transformação social, destinado a dar execução real ao processo democrático, sob a perspectiva de eliminar a pobreza, as discriminações, os preconceitos, as injustiças e as desigualdades, dentro de um regime de liberdade e de absoluto respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. E nela incluem-se os cursos da área jurídica que não se curvam ao poder de turno. Mas luta (sempre) pela defesa dos direitos das pessoas.

Por fim, convidamos que todos sejam tocados com os conhecimentos produzidos e que a revista atue como instrumento de estímulo polinizador para um mundo mais humano, justo e sustentável.

Boas leituras!

SUMÁRIO

7 | **IMPLICAÇÕES DA LGPD PARA (IN)VALIDAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL VALIDAÇÃO COMO MEIO DE PROVA**

IMPLICATIONS OF THE LGPD FOR (IN)VALIDATION OF FACIAL RECOGNITION VALIDATION AS A MEANS OF PROOF

Clarice Aparecida Sopelsa Peter¹

24 | **A FUNÇÃO DO DIREITO PERANTE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

THE ROLE OF THE LAW IN REGARD TO ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CONSUMER RELATIONS

Gabriel Oliveira Rosa

37 | **DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO SOB AS LENTES DA TEORIA DE JUSTIÇA SOCIAL DE AMARTYA SENS**

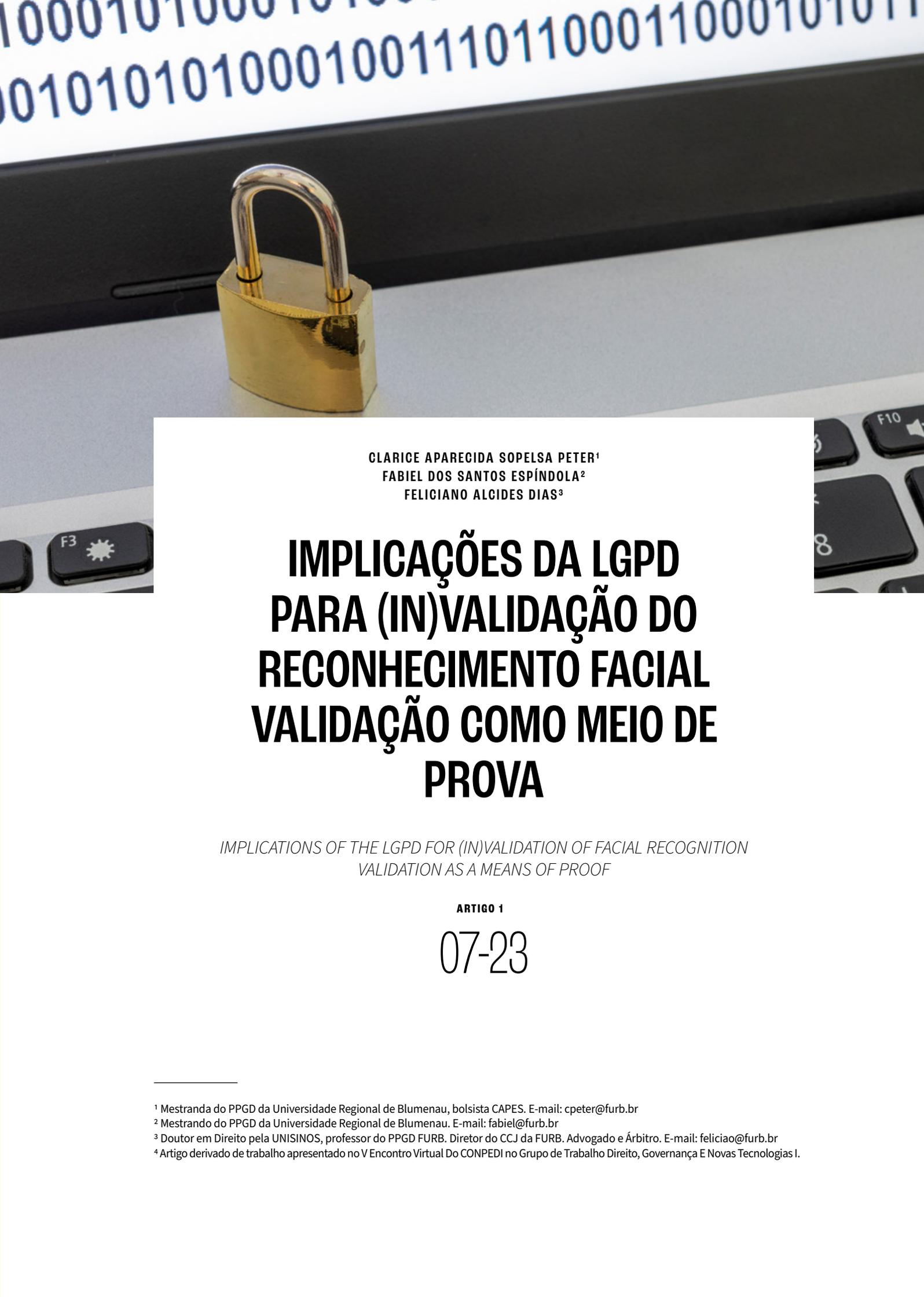
THE RIGHT TO DISCONNECT FROM THE WORK THROUGH THE LENS OF AMARTYA SENS' SOCIAL JUSTICE THEORY

Clarice Aparecida Sopelsa Peter

49 | **DIREITOS HUMANOS E A REALIDADE CARCERÁRIA NO PRESÍDIO REGIONAL DE BLUMENAU**

Human rights and the prison reality in the regional prison of Blumenau

Anderson Hening



CLARICE APARECIDA SOPELSA PETER¹
FABIEL DOS SANTOS ESPÍNDOLA²
FELICIANO ALCIDES DIAS³

IMPLICAÇÕES DA LGPD PARA (IN)VALIDAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL VALIDAÇÃO COMO MEIO DE PROVA

*IMPLICATIONS OF THE LGPD FOR (IN)VALIDATION OF FACIAL RECOGNITION
VALIDATION AS A MEANS OF PROOF*

ARTIGO 1

07-23

¹ Mestranda do PPGD da Universidade Regional de Blumenau, bolsista CAPES. E-mail: cpeter@furb.br

² Mestrando do PPGD da Universidade Regional de Blumenau. E-mail: fabiel@furb.br

³ Doutor em Direito pela UNISINOS, professor do PPGD FURB. Diretor do CCJ da FURB. Advogado e Árbitro. E-mail: felicio@furb.br

⁴ Artigo derivado de trabalho apresentado no V Encontro Virtual Do CONPEDI no Grupo de Trabalho Direito, Governança E Novas Tecnologias I.

Resumo: O presente artigo trata das tecnologias de reconhecimento facial, as quais há tempos têm sido empregadas em nosso cotidiano como técnica de identificação biométrica. Nesse cenário, torna-se imperioso verificar se o reconhecimento facial pode ser considerado meio de prova, à luz dos limites impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para tanto, é necessário proceder à análise dos principais meios de provas atípicos e sua relação com o reconhecimento facial sob o prisma da LGPD. A adoção dessa tecnologia contribui para o reforço da segurança na validação de identidade, tanto para os usuários quanto para as organizações.

Palavras-chave: LGPD; Reconhecimento facial. Meios de provas; Tecnologia.

Abstract: The present article addresses facial recognition technologies, which have long been employed in our daily lives as a biometric identification technique. In this context, it is imperative to ascertain whether facial recognition may be considered as evidence, in light of the limitations imposed by the General Data Protection Law (LGPD). To this end, it is necessary to analyze the main atypical means of evidence and their relationship with facial recognition from the perspective of the LGPD. The adoption of this technology contributes to enhancing security in identity validation, both for users and organizations.

Keywords: LGPD; Facial recognition. Means of proof; Technology.

INTRODUÇÃO

As diversas tecnologias invadem diariamente a realidade social. O acompanhamento jurídico pleno dessas inovações parece inviável. Mesmo uma adaptação constante da legislação não supriria todas as modificações tecnológicas dada a velocidade dessas transformações. Dentre essas tecnologias, o reconhecimento facial é algo muito utilizado e em ascensão, aplicado nas mais variadas ocasiões, desde o desbloqueio de equipamentos telefônicos, acesso a ambientes restritos, entre outros, sendo aplicado como uma verdadeira assinatura digital.

Em síntese, trata-se de um sistema que capta uma imagem facial, analisa, compara com uma imagem existente, validando-a. Dada sua acuracidade ou proximidade em relação à exatidão dos dados e informações, a indagação quanto a relevância do reconhecimento facial como meio de prova é pertinente, sem deixar de considerar os limites da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, publicada em 14 de agosto de 2018, sob o número 13.709.

Para esse estudo, será apresentado um tópico abordando, em síntese, o reconhecimento facial e os meios de prova no Brasil, na sequência, releva discorrer aspectos gerais da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD e os meios digitais para, ao final, analisar a relação entre o reconhecimento facial sob a ótica da LGPD e sua validação como meio de prova (atípica). Para tanto, será empregado o método dedutivo, além de uma revisão bibliográfica sobre o tema, buscando atender aos objetivos propostos pelo estudo.

METODOLOGIA

Inicialmente, relevante compreender que os sistemas de reconhecimento facial buscam individualizar cada leitura, diferenciando um indivíduo do outro, distinguindo-o. Além disso, seu uso abrange desde o desbloqueio de telefones, apli-

cação da lei, controle de aeroportos e fronteiras, encontro de pessoas desaparecidas, operações bancárias, entre outros.

O reconhecimento de faces por máquinas é uma área de pesquisa ativa que envolve várias disciplinas como processamento de imagens, reconhecimento de padrões, visão computacional e redes neurais. Existem numerosas aplicações

comerciais de Técnicas de Reconhecimentos Faciais (Face Recognition Techniques - FRT). (SANTANA, 2008, p. 2).

Relevante consideração traz a empresa Kaspersky, que atua na área de segurança cibernética: “[...] reconhecimento facial é uma forma de identificar ou confirmar a identidade de uma pessoa usando seu rosto”. (KASPERSKY, 2022).

Nesse sentido, a leitura de uma face possibilita validar uma leitura do indivíduo, comparando-o com um banco de dados preexistente.

Em meio à necessidade dos indivíduos de assegurarem sua autenticidade em muitas situações cotidianas como a realização de transações financeiras, controle de acesso às dependências de empresas, etc, muitas tecnologias vêm sendo estudadas e desenvolvidas. Do ponto de vista tecnológico, os métodos biométricos têm se mostrado efetivos à demanda por sistemas relacionados ao contexto ao qual a sociedade está inserida. (SANTANA, 2008, p. 6).

Estando dentro da categoria de segurança biométrica, se soma a outras como reconhecimento de voz, leitura ocular e impressão digital. Nesse sentido, “[...] na maioria das vezes, a tecnologia é usada para segurança e aplicação da lei, embora haja um interesse crescente em outras áreas de uso”. (KASPERSKY, 2022). Evidentemente, o emprego do reconhecimento facial

acaba por ter seu maior uso na área da segurança, seja pública ou privada, afinal, acaba sendo um meio de identificação pessoal.

Em apertada síntese, essa tecnologia realiza a detecção do rosto, faz uma análise, converte a imagem em dados e busca uma correspondência para a imagem, identificando-a. (KASPERSKY, 2022). No aspecto probatório, necessário registrar que não se almeja uma ampla e minuciosa abordagem quando aos meios de prova adotados no Brasil, o que sem dúvida, pode ser realizado em momento oportuno. Para uma abordagem quanto ao emprego do reconhecimento facial em caráter probatório, seria apropriado estabelecer primeiramente um conceito de prova.

O conceito de prova é tradicionalmente compreendido a partir de três perspectivas: atividade, meio e resultado. Prova como atividade relaciona-se com a instrução probatória, isto é, ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que amparam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio. Prova como meio traduz a ideia do emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para que o julgador forme sua convicção sobre a matéria de fato e profira a sua decisão. E como resultado a prova pode ser visualizada como o desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença. (AMARAL, 2021, p. 28).

Repisa-se a atividade como a instrução probatória, o meio como mecanismos para o acesso das fontes de prova e resultado como fim em si. Nesse contexto ganhará maior atenção a prova como meio, uma vez que se busca verificar quais os meios para obtenção de provas, de que forma

podem ser colhidas, com previsibilidade ou imprevisibilidade legal e quais as consequências do seu emprego.

Antes disso, necessário refletir sobre a relevância da disponibilidade das provas no processo. Como ensina Ravi de Medeiros Peixoto, “ora, no processo, a decisão há de ser tomada com base nas provas disponíveis; exigir a busca de uma suposta verdade material nada indica sobre as exigências probatórias para uma determinada decisão”. (PEIXOTO, 2020, p. 213).

Desse modo, não se poderia dispor dos meios necessários, desde que lícitos, para corroborar o convencimento probatório.

A produção de provas no processo pode ser compreendida como a atividade destinada a provar as alegações sobre matéria de fato, que sejam relevantes para o julgamento da causa. Trata-se de um método orientado a atingir a verdade quanto aos fatos da maneira mais fiel possível, de modo a permitir a formação do convencimento do julgador. (AMARAL, 2021, p. 28-29).

A necessidade de provar aquilo que se afirmar, busca o convencimento do magistrado, possibilitada pela produção de provas para o alcance da verdade. Alegações infundadas, que não podem ser mantidas sem o mínimo de verossimilhança, podem ser facilmente desconsideradas. Desse modo, ainda que inconcebível uma afirmação, a prova de sua existência propicia a formação do convencimento do juiz.

Assim, “[...] o direito à prova é extraído tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional. À luz da Constituição, não há dúvida de que tal direito é inferido das garantias do justo processo, assegurado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa” (AMARAL, 2021, p. 33). Possível notar que consiste em um verdadeiro direito a possibilidade de apresentar provas, refletido pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. Afir-

nal, de que adiantaria dispor de diversas informações que refletem a realidade, corroboram as alegações apresentadas e validam as argumentações trazidas se, na sequência, nada disso pudesse ser utilizado processualmente.

No mesmo sentido, “[...] a atividade estatal de produção de provas possui natureza jurisdicional. Não traduz atividade meramente administrativa”. (AMARAL, 2021, p. 34).

Leciona Oliveira que “a doutrina pátria fazendo uma análise das provas e seus respectivos procedimentos no Código de Processo Penal as conceitua em provas nominada e inominada, típica e atípica, direta e indireta” (OLIVEIRA, 2020).

Nota-se necessário o estudo relacionado à prova em todos os seus vieses, tanto no emprego na área cível quanto na área penal. Além disso, consiste a atividade probatória em uma série de princípios, que orientam tanto as partes quando ao julgador (AMARAL, 2021, p. 35). Não se pode olvidar a existência de diversos princípios que norteiam a atividade probatória. De acordo com Amaral, (2021), a atividade probatória é composta pelo princípio da aquisição das provas, princípio do livre convencimento motivado, poderes instrutórios do juiz, entre outros.

Na busca pela verdade, a prova possui um caráter ímpar, que não pode ser afastado.

[...] o fim da prova é buscar a verdade, sendo que os meios apropriados para tanto, segundo a lei nova, estão dentro do critério e do poder do legislador, bem como porquanto a ausência de uma disposição legal não pode nunca ser fundamento de um direito adquirido, de modo que entendimento em sentido contrário violaria os princípios da efetividade e do processo civil de resultados, corolários do direito constitucional de ação. (COELHO, 2016, p. 138).

Com previsão no artigo 370 do CPC, o autor leciona que qualquer julgador teria o poder de determinar de ofício a produção de provas, desde que as considerasse necessárias para sua decisão. (AMARAL, 2021, p. 47). Oportuno registrar que no Código de Processo Civil, o capítulo XII é intitulado “DAS PROVAS”, tratando sobre o tema de forma típica. (BRASIL, 2015). Por sua vez, o Código de Processo Penal trata tipicamente da prova no título VII. (BRASIL, 1941).

Não se pode olvidar ainda do manto constitucional dado à prova, em especial, no artigo 5º da Carta Maior, que dispõe sobre a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente. (BRASIL, 1988). Relevante ensinamento ainda nos traz Fernandes (2011, p. 341), distinguindo provas ilícitas e provas ilegítimas, sendo que a primeira seria proveniente da violação de norma material enquanto a segunda deriva do desrespeito do direito processual, da violação das normas processuais. Enquanto a primeira não admite convalidação, a segunda, a depender da análise do órgão jurisdicional, poderá ser convalidada.

Considerando as diversas previsões acerca do tema prova, identifica-se facilmente o caráter típico da previsão, notadamente pelo Código de Processo Civil brasileiro e que por força da delimitação do presente artigo, não serão analisadas em suas especificidades. Entretanto, como será abordado posteriormente, a imprevisibilidade da tipificação não deve afastar a possibilidade probatória, adotando-a como atípica, tema relevante para este estudo. Por seu turno, a previsibilidade da tipificação das provas não afasta a necessidade de fundamentação de sua adoção.

[...] a exigência do dever de fundamentação das decisões jurisdicionais previstas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro está relacionada com a superação do livre convencimento do julgador. Anote-se que pela nova redação, expressão “livremente” não consta do dispositivo da novel legislação processual civil. No

sistema do convencimento íntimo, o livre convencimento puro e simples acaba por legitimar julgamentos sem que as partes tenham conhecimento sobre quais fatos serão considerados verdadeiros pelo julgador. (DIAS, 2018, p. 220).

De acordo com Amaral (2021, p. 54), o dever de motivação deve estar presente nas decisões judiciais, em todas as fases do processo, pressupondo clareza, coerência e completude. Ao tratar sobre o ônus da prova, o autor leciona que este não é uma medida inerente ao direito processual. “Contudo, tal instituto assume especial relevância no âmbito do processo, cujo desenvolvimento é marcado por uma sucessão de ônus processuais, de que são exemplos os ônus de alegar, de contestar, de requerer provas, de provar, de recorrer etc.” (AMARAL, 2021, p. 57).

Por sua vez, ao considerar a fonte de prova e meio de prova, o citado autor ensina que:

Fontes de prova são os elementos externos ao processo. São as pessoas (partes, terceiros), coisas (passíveis de serem examinadas) e fenômenos naturais (maré, nascer do sol) ou artificiais (um exame laboratorial realizado, a infecção de um animal provocada por um experimento científico) a partir dos quais o julgador adquire o conhecimento acerca dos fatos relevantes para o processo. Enfim, é de onde provém a informação. (AMARAL, 2021, p. 69).

Desse modo, estabelecer o que são fontes de prova permite compreender os elementos que podem contribuir para o convencimento do julgador acerca da situação que lhe é apresentada. A distinção entre fonte de prova e meio de prova é essencial.

Meio de prova, por sua vez, consiste no instrumento utilizado para se alcançar o conhecimento a respeito de tais

elementos externos. Trata-se de operações ligadas à atividade probatória, destinada a proporcionar ao julgador a percepção que a fonte está em condições de lhe proporcionar. A percepção da fonte de prova pelo juiz pode ser realizada por qualquer dos sentidos (visão, tato, audição, paladar ou olfato), muito embora a prática demonstre que a dificuldade de uma percepção pessoal ou direta torna conveniente a interveniência de terceiros para a percepção dos objetos ou das fontes, de que é exemplo a perícia. (AMARAL, 2021, p. 70).

Nesse contexto, enquanto a fonte de prova é externa ao processo, como origem do conhecimento necessário para o caráter probatório, o meio de prova seria o caminho para atingir esse objetivo, o percurso necessário para chegar à conclusão esperada diante da fonte apresentada. Ao considerar a liberdade probatória, tendo em vista um direito fundamental à prova e a comprovação de fatos controvertidos no processo, e a possibilidade de provas atípicas, o autor leciona:

Não se sustenta o argumento de que a existência de uma enumeração legal dos meios de prova desvendaria a impossibilidade do emprego de outras provas não expressamente previstas em lei. O ordenamento brasileiro expressamente adotou o sistema misto, em que são admissíveis não apenas os meios de prova expressamente previstos em lei, mas também outros, desde que preenchidos determinados requisitos. (AMARAL, 2021, p. 71).

Desse modo, a imprevisibilidade de algum tipo de prova, especificamente, não invalidaria, por si só a sua utilização. Há que se registrar, no entanto, a necessidade da licitude desse elemento probatório. Nos saberes de Fernandes (2011, p. 342-343), há discussões sobre prova absoluta-

mente independente; descoberta inevitável e ainda contaminação expurgada ou conexão atenuada. Sem entrar nessa discussão, o caráter atípico da prova mereceria maior reflexão.

Não se pode olvidar, no entanto, que essa liberdade probatória não seria absoluta, restringindo-se pelo caráter da inadmissibilidade da obtenção de provas por meios ilícitos, devendo haver compatibilidade entre a prova e a lei. (AMARAL, 2021, p. 72).

Como já apresentado, a inadmissibilidade de provas ilícitas tem caráter constitucional, que não pode ser afastada. Necessário estabelecer ainda a noção de tipo, sendo que para que exista a tipicidade, é necessário um núcleo mínimo com características para a configuração do tipo, onde seria típico o que refletir o modelo prévio, o que não torna essas características imutáveis, permitindo maleabilidade. Por sua vez, a ausência de uma ou alguma nota do tipo não o descaracterizaria tornando-o atípico, o que só ocorreria caso ausentes todas as características essenciais do tipo. (AMARAL, 2021, p. 77).

Esse ensinamento é pertinente para uma distinção entre prova típica e prova atípica, assim como sua admissibilidade no processo. Desse modo, “[...] cada meio de prova é integrado por um núcleo mínimo de elementos que o caracteriza, definindo um modelo”. (AMARAL, 2021, p. 77).

Nesse sentido, uma configuração mínima permite caracterizar uma tipificação, amoldando-se em um modelo referente, que seria o tipo. Assim, seria típico algo que se amolde a um modelo com definição prévia, sendo desnecessária uma perfeita adequação, mas imprescindível que o objeto careça um núcleo mínimo de notas ao passo que uma análise comparativa permita subsumi-lo ao esquema prévio. (AMARAL, 2021, p. 81).

Presentes os elementos característicos, estaríamos diante de algo tipificado, ao passo que ausentes algum desses elementos, configuraria a atipicidade, o que não deve ser confundido com ilícito.

O direito de prova é amplo e decorre da atipicidade do direito de ação. A despeito de haver modelos legais (com

respectivos procedimentos) para se desenvolver a atividade probatória, não há dúvida de que a mesma amplitude conferida pelo princípio da inafastabilidade estende-se ao campo probatório. Seria juridicamente inadmissível que um fato controvertido não pudesse ser provado porque não se amoldou perfeitamente a um dos meios de prova previstos em lei. (AMARAL, 2021, p. 73).

A diferenciação entre prova típica e prova atípica pode ser mais bem ilustrada com os ensinamentos trazidos pelo autor.

Meio típico de prova (prova típica) consiste na forma prevista em lei para se acessar as fontes de prova. Nesse caso, a lei determina um método próprio para se acessar a informação proveniente da fonte. São diversos os motivos que podem justificar a positividade de um meio probatório. Contudo, de forma pragmática, não há dúvida de que a tipificação de um meio de prova facilita o seu emprego concreto, pois confere segurança e previsibilidade à atividade probatória. (AMARAL, 2021, p. 85).

Por sua vez, prova atípica seria o oposto de prova típica, sendo possível seu acesso através de fontes de informações diversas daquelas estabelecidas em lei, podendo derivar da sua imprevisibilidade na lei, da não previsibilidade de procedimento para sua obtenção ou ainda que ostente apenas parcialmente os elementos caracterizadores de um meio de prova com previsão legal, diferenciando-se o que seria um meio atípico ou uma prova irregular, conforme cada caso. (AMARAL, 2021, p. 85-86).

Nesse sentido, a mera imprevisibilidade da prova, que se houvesse seria típica, não deve afastar a possibilidade de seu emprego, como atípica, respeitados os preceitos necessários. Desse modo, “[...] inexistência de regra taxativa quanto aos meio de prova admite justamente o empre-

go de meios não expressamente previstos pelo legislador. Disso decorre que a prova atípica não caracteriza uma prova contrária à lei nem uma prova irregular”. (AMARAL, 2021, p. 87).

O artigo 369 do CPC dispõe sobre o emprego de todos os meios legais, ainda que não especificados com o intuito de provar a verdade dos fatos, o que possibilitaria o emprego de provas atípicas no processo civil brasileiro. (AMARAL, 2021, p. 88). Como outrora citado, dispor de informações que corroborem as alegações trazidas e ser impedido de usá-las, não sendo ilícitas, não refletiria uma proposta adequada do sentido da prova.

Mesmo que não houvesse a previsão legal para a admissão das provas atípicas no processo, ainda assim elas seriam admissíveis em virtude da incidência do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. Tal princípio consiste na repercussão das garantias do contraditório e da ampla defesa no campo probatório. Ele assume relevância em relação ao legislador, ao juiz e às partes. (AMARAL, 2021, p. 89).

De forma diversa, provas que não sigam no sentido da legalidade ou da moralidade, não possuiriam legitimidade para figurar no âmbito processual. Nesse sentido, Carla Teresa Bonfadini de Sá leciona que “as provas moralmente ilegítimas são aquelas obtidas por meio da violação da boa-fé objetiva, razão pela qual já seriam ilícitas [...]” (SÁ, 2017, p. 128).

Paulo Osternack Amaral discorre ainda sobre alguns casos de provas atípicas empregadas no processo civil brasileiro, lecionando como inadmissíveis a carta psicografada. Por outro lado, poderia ocorrer admissibilidade, a depender do caso concreto, para as constatações realizadas por oficial de justiça; declarações extrajudiciais; perícias extrajudiciais; prova estatística e prova por amostragem; reconstituição simulada dos fatos; sentença como meio de prova; conduta processual das partes como meio de prova; eficácia processual

da prova atípica e sua valoração e a prova atípica como opção residual. (AMARAL, 2021, p. 105-123).

Nota-se, assim, a possibilidade de adoção de provas atípicas para o processo brasileiro, que diante da imprevisibilidade da lei, não devem ser afastadas ou ignoradas. Dada a relevância da prova atípica, “[...] privar as partes de comprovar os fatos relevantes aos seus interesses no processo é que viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à justiça”. (SÁ, 2017, p. 130).

O mestre leciona ainda sobre a possibilidade de tipificação de meios probatórios atípicos, citando a prova emprestada, o depoimento de testemunhas técnicas no processo, como exemplos, considerando as especificidades de cada caso. (AMARAL, 2021, p. 126-168). Haveria assim, a transformação de uma prova atípica em uma prova típica, inserindo-a no processo como meio adequado para sua interpretação. Relevante ainda é a reflexão trazida por Lucas Marques de Oliveira:

[...] o reconhecimento fotográfico de pessoas e coisas, é mais um meio de prova, que impossível ao legislador da década de 1940 prever dentre o rol das provas, que apenas serve como exemplo aos operadores do direito, confirmado pelo princípio da ampla liberdade de provas. Observa-se que o uso desta prova, exige apenas que o rito a seguir seja o mesmo já indicado no CPP quanto ao reconhecimento de pessoas e coisas, de forma pessoal, conforme demonstrando pela doutrina especializada, observando também a subsidiariedade da prova atípica e a sua posterior ratificação em juízo. (OLIVEIRA, 2020).

Desse modo, o reconhecimento fotográfico e porque não o reconhecimento facial, que poderia ser equiparado, poderia se assemelhar no contexto da prova atípica. Diante dos aspectos apresentados e considerando as diversas tecnologias

existentes, em especial, o reconhecimento facial, haveria possibilidade de sua utilização ser empregada como meio de prova atípica?

Apesar de enormes virtudes, a aceleração dos meios de comunicação trouxe dois fenômenos: a despersonalização e a desmaterialização. As relações passaram a ser impessoais. As comunicações são estabelecidas de forma veloz, entre sujeitos que jamais terão contato pessoal. Tais relações impessoais se estabelecem em ambiente virtual (internet). Por meio dela é possível desde a realização de reserva em um restaurante, até a celebração de um contrato com uma prestadora de serviço público. (AMARAL, 2021, p. 208).

Mas, antes, não se pode olvidar da existência da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que possui estreita relação com o tema, sendo abordada no capítulo seguinte.

3 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS MEIOS DIGITAIS

Em 14 de agosto do ano de 2018 foi publicada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados sob nº 13.709, apelidada LGPD e com o objetivo de regulamentar o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A proteção de dados a que se pretende a LGPD está expressamente apresentada pela Lei de Regência em seu artigo 2º, que assim dispõe:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade; II - a au-

todeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018).

Note-se que o rol acima referenciado, apresenta proteção expressa entre os direitos e garantias fundamentais contidos da Carta Magna, tanto é, que a proteção de dados foi recentemente objeto da Ementa Constitucional n. 115 de 2022, que incluiu no artigo 5º da Constituição, o inciso LXXIX, cujo texto assegura o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Cumprido, também, lembrar que a Lei n. 13.709/2018 não é exatamente pioneira no tratamento de direitos digitais, mas, complementa o conjunto normativo já existente, como a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal de 1988 como citado. Nesse contexto, que a partir da LGPD, a privacidade goza de inquestionável proteção, que é própria dos direitos positivados tendo, assim, definida, seguramente, sua natureza jurídica. No alicerce dessa acepção de direito constitucional, fundamental, da classe dos direitos da personalidade, a doutrina tem erigido o conceito de privacidade. (BENEVIDES, 2021).

A privacidade assume um contexto de proteção de múltiplos aspectos próprios da pessoa e da personalidade humana, abrangendo, em decorrência a vida íntima, familiar, social, negocial. A noção de privacidade pode ser concebida, primeiramente, como uma necessidade humana primordial, cuja satisfação envolve diretamente a personalidade e seu desenvolver harmônico. É o caminho para a efetivação da autonomia da pessoa, condição es-

sencial de liberdade e participação democrática, assim como a isonomia, centro de equilíbrio do Estado de Direito (BENEVIDES, 2021).

Nesse sentido, revela-se a importância de observações dos princípios da LGPD também nas esferas processuais, tendo em vista, representar no Brasil um sistema forte de proteção aos direitos de indivíduos frente à inteligência artificial e decisões automatizadas além de incorporar regulações, princípios, regras e direitos sob parâmetros éticos como a transparência, responsabilização, não-discriminação, precaução, privacidade e segurança. (MAGRANI; GUEDES, 2021. p. 156-157).

Diante do contexto apresentado, é o titular dos dados o sujeito a quem a privacidade é garantida e aquele que recebe destacada relevância a partir da LGPD. Segundo a lei, titular de dados é toda pessoa natural a quem se referem os dados que são objeto de tratamento. Conforme o art. 18 da LGPD, ao(a) titular estão garantidos os direitos de:

I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na LGPD; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da Autoridade Nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do(a) titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 da Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o Controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre consequências da negativa; revogação do consentimento, nos termos do § 5.º do art. 8.º da Lei. (BRASIL, 2018).

A efetivação desses direitos ao indivíduo, titular do dado e muitas vezes hipossuficiente, necessita de alguns estudos que devem, conforme destaca Benevides (2021, p. 127), ser examinadas sob as diversas óticas - cultural, sociológica, psicológica e até filosófica. Trata-se inclusive, de uma construção de estrutura jurídica que promova a confiança na transformação digital no Brasil, especialmente se considerarmos que aproximadamente 25% da população - ou seja, potenciais consumidores e trabalhadores digitais, não tem acesso à internet, revelando uma desigualdade em termos de condições de acesso e de fruição e as vulnerabilidades daqueles que não estão familiarizados com a tecnologia. (MARQUES; MUCELIN, 2021).

Denota-se que a LGPD, embora represente um grande avanço na regulamentação das relações sociais frente ao avanço da tecnologia, ainda há necessidade de aumentar a cooperação e o diálogo com a sociedade civil para enfrentar as situações emergentes decorrentes da utilização de novas tecnologias que ainda não foram reguladas. (MARQUES; MUCELIN, 2021).

Se o Estado tutela as interações interpessoais reais e concretas, não pode deixar de fazê-lo para os casos virtuais, sob pena de um esvaziamento da própria sistemática jurisdicional. Evidentemente, são necessárias adaptações na operacionalização das atuações estatais, tendo em vista as diferenças existentes nas formas de interação. Isso, todavia, não autoriza a inação estatal. Se assim ocorresse, considerando a velocidade de disseminação dessas redes, a tendência seria uma impunidade geral. Todas as pessoas poderiam agredir e denegrir publicamente a imagem, honra, vida privada e intimidade das outras, sem qualquer sanção estatal, em um manifesto retrocesso jurídico, social e do próprio Estado. (PIMENTA, 2021).

Não se olvida no presente caso interpretação de direitos segundo a teoria habermasiana de que “[...] em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo novo, que só pode ser satisfeita de modo construtivo (HABERMAS, 1997. p. 153). Afinal, os direitos do indivíduo não podem ser afastados pelos meios tecnológicos, ainda que as contribuições para o meio social sejam notáveis.

Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a igualdades subjetivas. (HABERMAS, 1997 p. 162-163).

Ademais, observa-se que a aplicação dos direitos e obrigações previstos na LGPD são aplicáveis a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica, independentemente do meio utilizado e como já demonstrado, visa, entre outras finalidades, o respeito à privacidade, dignidade e cidadania da pessoa natural e nesse rol, não se pode deixar de considerar a imagem capturada por meio digital independente da mídia ou ferramenta empregada. Nesse contexto, a relação entre o reconhecimento facial como meio de prova sob o viés da LGPD parece pertinente.

4 RECONHECIMENTO FACIAL E O MEIO DE PROVA NA LGPD

Apresentados os aspectos inerentes as provas e à LGPD, uma abordagem sobre o reconhecimento facial é fundamental. Compreender o seu funcionamento, características, histórico, ainda que superficialmente, possibilitaria verificar, em

tese, a compatibilidade do emprego do reconhecimento facial como meio de prova, adotando as especificações trazidas pela LGPD.

O que sustenta o uso de identificação biométrica é a suposta capacidade de atestar a unicidade do corpo biológico através da captura de imagens, parametrização de faces e posterior análise automatizada para aferir semelhanças e diferenças. Em outras palavras, essas ferramentas coletam características geométricas que tornam uma face distinguível das demais, registrando-as em bases de dados padronizadas e comparando-as com as imagens capturadas em tempo real ou armazenadas por órgãos públicos e agentes privados. (DUARTE, 2021, p. 37-38).

A singularidade do reconhecimento facial seria aquilo que desperta maior interesse no seu uso, distinguindo indivíduos, individualizando-os, conferindo a peculiaridade de cada ser. Entretanto, a compreensão dessa distinção passa pelo conhecimento do funcionamento dessa tecnologia.

Especificamente, o que os sistemas fazem são avaliações de intensidade e direção de luz e sombra em cada pixel que, uma vez agregados, podem compor partes do rosto, como formato de olhos, traçado de maxilar, linha frontal do nariz, distância entre orelhas, etc. Alguns sistemas mais apurados são capazes de capturar linhas faciais tênues, poros, diferenças de temperatura, covas e rugas, mas o nível de detalhamento depende da resolução das imagens capturadas. (DUARTE, 2021, 38).

Não se pode olvidar que a tecnologia de reconhecimento facial já é uma realidade no território nacional. Diversos são os locais em que são em-

pregados, além de continuamente divulgado pelas mídias de comunicação o seu uso. Conforme Duarte (2021, p. 32-37), diversas cidades já implementaram sistemas de reconhecimento facial, principalmente na área de Segurança Pública.

Além disso, os Estado de São Paulo e Bahia, entre outros investiram milhões de reais nessa tecnologia. Em suma, o sistema é alimentado por fotos de pessoas com passagens criminais, que os identifica nos equipamentos instalados em locais diversos. Todavia, o uso vai muito além das questões de segurança, auxiliando em identificação de pessoas desaparecidas, controle de evasão escolar, assistência social, entre outros.

A restrição à sua implementação ainda ganha espaço pela falta de regulamentação, principalmente, sob o viés da LGPD. A LGPD prevê expressamente em seu artigo 7º, as hipóteses que autorizam o tratamento de dados e os requisitos para execução de tal procedimento. São as chamadas bases legais de tratamento de dados pessoais e representam regra da autonomia da vontade. É a manifestação livre e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. O titular dos dados tem liberdade para autorizar, negar ou revogar (reconsiderar) autorização anteriormente concedida para tratamento de seus dados pessoais.

A LGPD prevê ainda, que o consentimento do titular pode ser dispensado como nas hipóteses previstas no §4º do art. 7º, em relação aos dados tornados manifestamente públicos pelo titular, bem como, o tratamento de dados com a finalidade específica da execução de política pública formalmente instituída por Lei ou Ato administrativo.

O instrumento que fixa a política pública que autoriza o tratamento do dado pessoal pode ser desde uma norma formal até um contrato ou instrumento congênere. É importante ressaltar que este tipo de tratamento independe do consentimento do titular e deve respeitar as regras previstas pelos artigos 23 a 30 da LGPD, inclusive, pela pessoa jurídica de direito público conforme refere expressamente o caput:

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, de: [...]. (BRASIL, 2018).

Evidentemente, o maior uso do reconhecimento facial acaba sendo empregado na segurança pública, embora não se limite a essa área. Segundo o Instituto Igarapé (2019), o reconhecimento facial é aplicado na educação, transporte, controle de fronteiras e segurança pública, com uso desde o ano de 2011 e sua popularização no ano de 2019, sendo que já haveria coleta de registros faciais antes mesmo de aprovação da lei de proteção de dados. Há que se registrar, no entanto, que referida tecnologia não consiste em caráter absoluto de acuracidade ou adesão à realidade do indivíduo comparado.

Por sua vez, não se nega que o desenvolvimento tecnológico na área de reconhecimento facial está em franca pesquisa e aperfeiçoamento, pois esbarra em dificuldades porque por vezes parecem simples, como iluminação e variação de pose. O desenvolvimento de algoritmos robustos a variações de pose da face, iluminação, expressão facial, idade, entre outras, necessitam de um banco de dados (BD) que possua tamanho suficiente à inclusão das variações cuidadosamente controladas destes fatores, sendo necessária, para a avaliação destes algoritmos, a obtenção de bancos de dados comuns a fim de permitir comparações entre o desempenho de algoritmos”. (SANTANA, 2008 p. 15).

Não há imutabilidade biométrica facial, o que tende a desafiar os sistemas, além de que o posicionamento das câmeras, distância, luminosidade, quantidade e qualidade das imagens armazenadas, pode gerar distorções na coleta do registro e sua comparação com o que estaria armazenado. (DUARTE, 2021, p. 38-39).

Para LAPIN (2021), “o emprego de tecnologias de vigilância não tem sido realizado de forma transparente com a população, o que coloca em risco os direitos e liberdades individuais de cidadãos cujos dados são coletados por esses sistemas”. Nesse sentido, a inexistência de uma política de accountability, ou prestação de contas, gera desconfiância em relação à transparência do reconhecimento facial Segundo Nunes (2019), “[...] levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros”. Deste modo, as tecnologias de reconhecimento facial reiteram as políticas discriminatórias de encarceramento social.

Há, portanto, um relevante debate sobre a acurácia desses sistemas, já que a avaliação de similaridade é inerentemente probabilística. Em outras palavras, os sistemas não oferecem respostas fechadas sobre a identificação (sim ou não). Os resultados são auferidos de acordo com a probabilidade de uma imagem capturada se referir a mesma pessoa que teve seu rosto inserido na base de dados. Os operadores definem previamente qual é o limiar aceitável para disparar um alarme e indicar a necessidade da abordagem policial. (DUARTE, 2021, 39).

Ou seja, não se pode credibilizar como plenamente válida uma leitura de reconhecimento facial. Haveria assim a possibilidade de leituras incorretas, com resultados diversos do esperado. Isso pode ocorrer, inclusive, pela tonalidade da pele registrada pela leitura facial. Conforme Duarte (2021, p. 41), pode haver discrepância em relação ao espectro de luminosidade que varia para

peles brancas e peles negras, comprometendo a identificação. Na falta de transparência para verificação dos modelos adotados pelos algoritmos utilizados, pairam dúvidas acerca da eficácia tecnológica, acurácia da leitura, margem de erro adotada, assim como possibilidade de mecanismos discriminatórios impregnados na própria programação do reconhecimento das faces.

Segundo Duarte (2021, p. 42), “no Brasil, além de não termos detalhes sobre seu funcionamento, ainda faltam informações claras sobre o número total de indivíduos que compõem as bases de dados biométricos que são utilizadas para reconhecimento facial”. Diante das inúmeras peculiaridades apresentadas em relação ao reconhecimento facial, seria forçoso admitir indiscriminadamente a adoção do reconhecimento facial como meio de prova, visando subsidiar a fase processual.

Ainda que uma prova atípica, careceria de elementos para validar a leitura realizada, impossibilitando assim sua desconstituição. Por outro lado, afastar a possibilidade do auxílio prestado pelo reconhecimento facial nas mais diversas possibilidades de emprego seria, como já apresentado anteriormente, ignorar princípios como o contraditório e a ampla defesa. A mera imprevisibilidade como típica, da referida tecnologia, não a tornaria ilícita, mas apenas meio de prova atípica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado nesse estudo, algumas considerações acerca da prova atípica do reconhecimento facial, à luz da LGPD, devem ser realizadas. Inicialmente, a falta de previsão de algum tipo de prova não invalidaria o seu emprego no campo processual.

Contudo, caberia uma análise quanto ao meio realizado para sua formação, coleta e implementação no processo, adequando assim uma prova que seria atípica, pela imprevisibilidade da legis-

lação, mas tornada típica, respeitados os princípios inerentes aos meios probatórios, não confundindo-a com prova ilícita.

Por seu turno, a LGPD visa garantir a liberdade, autonomia e dignidade da pessoa quanto a utilização de seus dados pessoais, cujo rol de hipóteses não exclui o direito à preservação, captação, utilização de sua imagem e por conseguinte, o reconhecimento facial. Assim, ainda que a LGPD contenha ressalvas quanto a sua aplicação no âmbito público, verifica-se que os limites da sua flexibilização ainda ensejam regulamentação, sob pena de ferimento a preceitos constitucionais pelo uso distorcido ou banalizado dos dados pessoais coletados e tratados sob o argumento de produção de prova. Fato é que o reconhecimento facial é uma dentre as diversas tecnologias que ganham espaço e se consolidam no meio social.

Não seria cabível, assim, afastar em sua totalidade a possibilidade de seu uso para o meio processual, uma vez que poderia contribuir sobremaneira para a produção probatória, auxiliando consideravelmente no convencimento do julgador. No entanto, não se pode olvidar que a referida tecnologia carece de aprimoramentos. Por não resultar uma resposta exata, de sim ou não, admitindo percentuais de acerto ou acuracidade, o reconhecimento facial não deveria funcionar como único meio probatório para o convencimento do magistrado.

Isso porque, conforme visto, distância, posicionamento, luminosidade e tonalidade da pele poderiam comprometer as leituras realizadas. Embora não tenha, neste momento, elementos suficientes para caracterizar um meio de prova independente, não se pode afastar a possibilidade de seu uso, de modo auxiliar, com outros elementos de informação, visando subsidiar a decisão judicial.

Pendente de aprimoramento, certamente o reconhecimento facial poderá desempenhar papel relevante em diversas esferas processuais. Para tanto, uma adequação da legislação seria pertinente, estabelecendo sua previsão e limites de seu uso.

Necessário registrar ainda a limitação de bibliografia encontrada sobre o tema, que apesar de ganhar espaço considerável na sociedade, ainda dispõe de poucos estudos acerca de seu emprego no meio jurídico, do reconhecimento facial, a partir de uma abordagem processual, quanto à utilização como meio de prova, atípica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. P. **Um aspecto da Economia de Santa Catarina: a indústria ervateira, o estudo da Companhia Industrial**. 1979. 250 f. Dissertação (Mestrado em História - Área Econômica) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1979.

ANDRADE JÚNIOR, R. C. **O Partido Republicano Catarinense (1885-1930) e a Teoria Política**. Barra Velha, [s. n.], 2023.

ANDRADE JÚNIOR, R. C. **O Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA): o caso da Cooperativa Agropecuária Regional de Pequenos Produtores de Mafra (Cooarpa)**. 2009. 116 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Rural) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural, Porto Alegre, 2009.

ANDRADE JÚNIOR, R. C. O programa de aquisição de alimentos da agricultura familiar (PAA) no planalto norte do estado de Santa Catarina: o caso da cooperativa agropecuária regional de pequenos produtores de Mafra (Cooarpa). **Cadernos do CEOM/Políticas Públicas: memórias e experiências**, Chapecó, ano 22, n. 30, p. 83-99, jun. 2009.

BARBOSA, M. A. Uma história de duas cidades: trajetória e vida da Abdon Baptista. **Revista NEP** (Núcleo de Estudos Paranaenses), Curitiba, v. 2, n. 1, 2016.

BUENO, E. **Náufragos, traficantes e degredados**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2016.

CARDOSO, C. F. S. **América pré-colombiana**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CORRÊA, A. B.; MEIRA, R. B. Um patrimônio esmaecido: a produção açucareira, o Beco do Caminho Curto e a presença quilombola em Joinville (SC). **Revista de Gestão do UniLasalle**, Canoas, v. 10, n. 2, 2021.

DUARTE, A. F.; CARELLI, M. N. Entre picadas e roçados: o cultivo de arroz na paisagem da colônia Dona Francisca. **4º Colóquio Ibero-Americano: Paisagem cultural, patrimônio e projeto**. Belo Horizonte, 26 a 28 de setembro, 2016.

EPAGRI. **Epagri conclui mapeamento por imagens de satélite da área de cultivo de arroz**. 2020. Disponível em: <https://www.epagri.sc.gov.br/index.php/2020/07/31/epagri-conclui-mapeamento-por-imagens-de-satelite-da-area-de-cultivo-de-arroz/>. Acesso em: 8 mar. 2024.

ETNIA. *In*: AURÉLIO, A. B de H. **Novo Aurélio: dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

FICKER, C. **História de Joinville**: crônica da Colônia Dona Francisca. Joinville: Letradágua, 2008.

GORENDER, J. **A Burguesia Brasileira**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

GOULART FILHO, A. A formação econômica de Santa Catarina. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 977-1007, 2002.

GOULART FILHO, A. História econômica da erva-mate em Santa Catarina. **Identidade** 85, 2022. Disponível em: <http://www.identidade85.com/2022/10/historia-economica-da-erva-mate-em.html>. Acesso em: 6 mar. 2024.

GRAPER, W. dos S. Modernização capitalista e higienização do trabalho no campo em Joinville: uma análise histórica do periódico A Agricultura de Joinville (1933-1938). **Cadernos Ceru**, São Paulo, série 2, v. 34, n. 2, dez 2023.

GUEDES, S. P. L. de C. A escravidão em uma colônia de “alemães”. XXIV Simpósio Nacional de História - Associação Nacional de História - ANPUH. **Anais [...]**, São Leopoldo/RS, 2007.

IBGE. **Joinville**. 2024. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/joinville/panorama>. Acesso em: 22 fev. 2024.

JOINVILLE. **Agenda 21 Municipal**: compromisso com o futuro. Joinville: Prefeitura Municipal, 1998.

JOINVILLE. **Delimitação das áreas com potencial para o desenvolvimento da agropecuária no município de Joinville**. Joinville: AEASC, 1991.

JOINVILLE. **Plano Diretor de Desenvolvimento Sustentável (PDDS)**. 2024. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/publicacoes/plano-diretor-de-desenvolvimento-sustentavel-pdds/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

JOINVILLE. **Plano Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional 2022-2025**. 1ª Versão. Com considerações do Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional - SAN. Joinville: Prefeitura de Joinville, Secretaria de Assistência Social, 2022.

JOINVILLE. **Projeto de prevenção e contenção de cheias na área rural de Joinville, Bacia do Pirai**. v. 1. Joinville: Fundação municipal 25 de julho, Prefeitura municipal de Joinville, 1988.

LUZ, L. da; CUBIAK, M. J. **Multiculturalismo**. Indaial: UNIASSELVI, 2018.

MATE: a erva que enriqueceu Joinville. **Joinville Ontem & Hoje**, Joinville, n. 5, mar. 2008.

MAZOYER, M.; ROUDART, L. **História das agriculturas do mundo**: do neolítico à crise contemporânea. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

MIELITZ NETO, C. G. A. **Políticas públicas e desenvolvimento rural no Brasil**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2010.

MIGUEL, L. de A. **Dinâmica e diferenciação de sistemas agrários**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

PIAZZA, W. F. **Santa Catarina**: história da gente. Florianópolis: Lunardelli, 1989.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, I. de O. **Industrialização de Joinville (SC)**: da gênese às exportações. 1994. 189 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Urbano) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Humanas, Coordenadoria de Pós-Graduação em Geografia, Florianópolis, 1994.

ROSA, V. da. **A invisibilidade da mulher negra em Joinville**: formação e inserção ocupacional. 2006. 154 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Curso de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

- S. THIAGO, R. **Coronelismo urbano em Joinville**: o caso de Abdon Baptista. Florianópolis: Governo do Estado de Santa Catarina, 1988.
- SANTOS, S. C. dos. **Nova História de Santa Catarina**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.
- SCHNEIDER, S. **Agricultura familiar e industrialização**: pluriatividade industrial no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.
- SILVA, J. P. da. **Populações indígenas e resgate de tradições agrícolas**. Brasília: Embrapa Comunicação para Transferência de Tecnologia, 2001.
- SOUZA, S. de; PRATEAT, J.; VICENZI, T. **Quilombolas**: um olhar sobre as populações afrodescendentes em Joinville (SC) e região. Joinville: Univille, 2021.
- TERNES, A. **História de Joinville**: uma abordagem crítica. Joinville: Meyer, 1981.
- TERNES, A. **História econômica de Joinville**. Joinville: Meyer, 1986.
- VICENZI, H. **Fundação municipal 25 de julho**: 30 anos a serviço da família rural. Joinville: Fundação municipal 25 de Julho, 1996.
- WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1967.



GABRIEL OLIVEIRA ROSA¹
NATÁLIA TAVES PIRES²

A FUNÇÃO DO DIREITO PERANTE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

*THE ROLE OF THE LAW IN REGARD TO ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CONSUMER
RELATIONS*

ARTIGO 2

24-36

¹ Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Presidente Prudente-

² Orientadora e docente do Curso de do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Presidente Prudente-

Resumo: O presente estudo busca demonstrar a utilização da Inteligência Artificial (IA) nas relações de consumo, apontando as possibilidades de sua aplicação no cotidiano perante o consumidor no âmbito da esfera consumerista. Com base nessas análises, realizadas a partir de levantamento bibliográfico, dados estatísticos e fundamentação na legislação vigente, foi possível demonstrar a efetividade dentro do mercado laboral, sobre a relação do consumidor perante o crescimento da Inteligência Artificial. O estudo baseia-se em pesquisa bibliográfica. O resultado evidencia o crescimento da Inteligência Artificial, bem como a vulnerabilidade do consumidor em determinadas situações que envolvam o seu poder de escolha, não exercendo de maneira plena o seu direito, pois a automatização da tecnologia nas relações jurídicas, oferece grandes riscos que podem afetar direitos fundamentais.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Relações de Consumo; Consumidor; Relações Jurídicas.

Abstract: The present study seeks to demonstrate the use of Artificial Intelligence (AI) in consumer relations, pointing out the possibilities of its application in everyday life before the consumer within the consumerist sphere. Based on these analyses, carried out based on a bibliographical survey, statistical data and grounds on current legislation, it was possible to demonstrate the evolution within the labor market, on the consumer's relationship with the growth of Artificial Intelligence. The study is based on bibliographical research. The result shows the growth of Artificial Intelligence, as well as the vulnerability of the consumer in certain situations that involve his power of choice, not fully exercising his right, since the automation of technology in legal relations, offers great risks that can affect fundamental rights.

Keywords: Artificial intelligence; Consumer Relations; Consumer; Legal Relations.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, pouco se falava ou comentava sobre a utilização de Inteligência Artificial nas relações jurídicas. Porém, a existência dessa tecnologia em outras áreas vem alterando significativamente o formato dessas relações, seja no âmbito empresarial ou comercial, inclusive no tratamento que deve ser dado às relações de consumo. Com a crescente popularização da internet, ao longo da última década, e a inserção dos vários tipos de consumidores no meio digital, essa crescente onda ganhou força e atingiu proporções imensas em razão das medidas de distanciamento social enfrentadas em 2020, devido a pandemia de COVID-19, que serviram como base para impulsionar o formato digital de compras no mundo global.

De início, destaca-se que a Inteligência Artificial dentro desse núcleo global, se constitui como uma ferramenta no ramo da ciência da computação, sendo fortemente rica em técnicas e recursos, onde tais técnicas podem ser capazes de realizar ou até mesmo tomar decisões semelhantes aos atos humanos, visto que a Inteligência Artificial pode ser programada para desempenhar tarefas, bem como proporcionar interações ao qual for designada.

Dessa maneira, o trabalho se justifica devido a necessidade da pesquisa e das demonstrações sobre a utilização da Inteligência Artificial, visando a abordagem dentro da realidade do mercado laboral, trazendo as vantagens relevantes, mas não se eximindo da responsabilidade decorrente de eventuais práticas abusivas ou que estejam em desacordo com a legislação, visando que sejam respeitados os direitos do consumidor.

Assim sendo, o objetivo do presente artigo é analisar a importância e a efetividade que envolve e consiste a Inteligência Artificial, em relação aos benefícios para os seres humanos nas relações jurídicas e nas relações de consumo.

ORIGEM E FUNÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

De forma breve, partindo de um marco histórico, pode-se verificar que as Revoluções Industriais marcaram os séculos XVIII e XIX com as inovações apresentadas na época, mas foi com o surgimento do pilar eletrônico no século XX, que foi consolidado historicamente como a Terceira Revolução Industrial, quando se estabeleceu as bases para o surgimento da Inteligência Artificial nos dias de hoje (Luger, 2013).

Assim, diante das circunstâncias oriundas da Segunda Guerra Mundial, que ocorreu entre os anos de 1939 e 1945, houve ensejo no desenvolvimento de foguetes, mísseis teleguiados, além da própria bomba atômica, levando também ao interesse pela eletrônica avançada, despertando e fazendo assim surgir os primeiros computadores, como o Colossus, o ENIAC e o UNIVAC em 1951, nos trazendo até os dias atuais, onde nos deparamos e encontramos computadores com softwares programados com tecnologias ultra avançadas (Colzani, 2022).

Inicialmente, define-se que a Inteligência Artificial é o estudo dos sistemas ativos interligados, que trabalham de modo que um observador opere de modo inteligente.

Contudo, tal definição não abrangeria o contexto envolvido no que se refere à Inteligência Artificial, sobretudo na área que abrange os sistemas mais complexos, onde ele envolve e utiliza métodos baseados no comportamento inteligente dos seres humanos e de outros animais para solucionar problemas complexos (Coppin, 2015).

Relacionado a esse contexto, a Inteligência Artificial (IA) pode ser definida como um ramo da ciência da computação, partindo do ponto da automação do comportamento inteligente, visto que os princípios incluídos na estruturação de dados usados na representação do conhecimento, são os algoritmos necessários para aplicar tal conhecimento, bem como nas técnicas e linguagens de programação usadas em sua implementação (Luger, 2013).

Desse modo, existe o desafio em relação às pesquisas no campo da IA, visto que os pontos abordados projetam-se pelo conjunto de técnicas, por meio das quais o computador simula algumas capacidades humanas, nas quais envolvem a resolução de problemas, a compreensão de linguagem natural, envolvendo também a visão e robótica, e a aquisição de conhecimento, sendo estas metodologias de representação de conhecimento.

Entretanto, embora não haja um consenso acerca das projeções envolvidas, pode-se estabelecer que a Inteligência Artificial envolve a possibilidade das máquinas, em até certo ponto, pensarem ou imitarem o pensamento humano, aprendendo assim, como utilizar os padrões humanos que as pessoas costumam usar para tomar suas decisões habituais (Colzani, 2022).

Dessa maneira, a Inteligência Artificial consiste no sistema computacional criado para simular e emular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando programar por meio dos algoritmos o funcionamento do cérebro humano, modelando o raciocínio humano, visto que a combinação de várias tecnologias permite que a máquina entenda e aprenda a atividade humana.

O aprendizado de máquina é uma área da IA cujas conquistas foram obtidas nos últimos anos pelo desenvolvimento dos processadores e também devido ao grande volume de dados disponíveis, rendendo assim ao segmento, a denominação de “Primavera da Inteligência Artificial”, que pode ser definida como uma habilidade do computador para adquirir conhecimento sem possuir uma programação prévia, ou seja, é quando a denominação do conjunto dos métodos e habilidades, possibilitam aos sistemas de IA, realizar de forma automática, a identificação dos padrões em dados e posteriormente usar esses padrões para prever dados futuros ou desempenhar outras formas de tomada de decisão (Colzani, 2022).

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O MUNDO DO TRABALHO

Como é apontado em diversos estudos no meio tecnológico, o uso correto da tecnologia e da Inteligência Artificial, promove o chamado empoderamento do consumidor, ou seja, a promoção de tais mecanismos tecnológicos que facilitam o desenvolvimento das capacidades e concedem maior conhecimento ao consumidor em mercados, considerados pela maioria do público, de difícil compreensão, visto que essa viabilização de conhecimento torna o consumidor cada vez mais independente e bem informado no meio global (Coppin, 2015).

Dessa forma, e munido de informações, o consumidor pode tomar decisões mais informadas sobre o mercado global, onde a utilização dos instrumentos tecnológicos mostram a relevância da Inteligência Artificial para fins de execução eficiente, destacando também, que o uso desse tipo de ferramenta, torna o consumidor mais consciente sobre as suas próprias necessidades de consumo, criando melhores mecanismos de escolhas e compreendo mais sobre os produtos e serviços adquiridos (Domingues, Silva, Souza, 2021).

Sobre a execução de políticas públicas voltadas ao consumidor, o uso da IA pode ser um instrumento poderoso, mas é importante observar as dinâmicas de todos os nichos de mercado, antes de se fazer a escolha pelo uso de Inteligência Artificial, entendendo os padrões de concorrência, os padrões de consumo, e as barreiras de entrada em cada mercado, bem como, a compreensão das características do mercado consumidor, pois nesse contexto, as referidas mudanças, ocasionadas pelas tomadas de decisões da Inteligência Artificial, alteram a rotina gerencial das empresas, aumentando o fluxo consumista e que por várias vezes, acabam substituindo o controle humano, fazendo com que o algoritmo estabelecido atue como chefe e predomine nas decisões gerenciais (Domingues, Silva, Souza, 2021).

No mercado laboral, a demanda do consumidor está cada vez mais alta, tornando o meio competitivo, seja pela exigência do cumprimento de metas em prazos muito curtos ou pela qualidade exigida, fazendo com que o empregador prefira utilizar a Inteligência Artificial em vez da mão de obra, afinal, a necessidade de redução de despesas é benéfica para o empregador, reduzindo assim custos e manutenção por funcionário perante a legislação.

A REGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO PERANTE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Inicialmente, partindo do perfil do consumidor médio, a maioria não tem consciência do tipo de informação, ou da quantidade de dados que são armazenados pelas empresas prestadoras de serviços que utilizam essas informações rotineiramente, visto que essa falta de transparência deixa boa parte dos consumidores desprotegidos de potenciais abusos, onde de certa forma, o certo seria que o nível de transparência das empresas fosse condizente com o perfil e a vulnerabilidade do consumidor, garantindo assim os direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990 (Domingues, Silva, Souza, 2021).

Desse modo, leva-se à abordagem sobre os casos de consumidores que se relacionam com Inteligência Artificial, onde alguns aspectos como a falta de informação, a ausência de transparência e as violações à legislação brasileira levam a falhas nas relações de consumo (DOMINGUES; SILVA; SOUZA, 2021).

No ano de 2020, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, condenou uma importante rede varejista, em processo administrativo instaurado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), pela coleta de dados de seus clientes sem a devida informação e sem consentimento dos mesmos, por meio de câmeras de reconhecimento facial instaladas em uma filial da

empresa, onde as aludidas câmeras realizavam a coleta de dados, como a identificação de gênero, a identificação da faixa etária, e das reações à publicidade exposta na loja, visto que essas coletas eram direcionadas de acordo o gênero do consumidor analisado.

Assim, a SENACON, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, determinou que teriam sido ofendidos os direitos básicos do consumidor, por violação ao artigo 6º, II, III e IV do Código de Defesa do Consumidor de 1990, pela falta de informação clara e inequívoca acerca das informações tratadas, onde referido caso, não apenas indicava a violação dos princípios basilares do CDC, mas sim a vulnerabilidade do consumidor, bem como a ausência de transparência e da boa-fé, tendo em vista que a empresa aproveitou da vulnerabilidade e da ignorância dos consumidores que não sabiam do uso da tecnologia. Além das violações oriundas do Código de Defesa do Consumidor, menciona-se a violação ao art. 20 do Código Civil de 2002, por uso indevido da imagem do consumidor com finalidade comercial.

Dessa maneira, fica evidente que a qualidade da informação de maneira clara é fundamental nas relações de consumo, pois, do ponto de vista do Direito do Consumidor, é essencial que os mesmos estejam munidos de informações qualitativas, permitindo assim a plena compreensão dos dados que estão sendo coletados (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Na abordagem prática, dificilmente o consumidor tem o poder de escolha, pois a possibilidade de compartilhamento desses dados é uma questão séria, ademais, alude-se que a essencialidade da Inteligência Artificial no serviço, pode ser levado em consideração para determinar o grau de informação devido ao consumidor, sendo necessário considerar o nível de sensibilidade das solicitações de empresas que prestam serviços essenciais quando requererem dados para o fornecimento de serviços, visto que, ao contrário do que acontece em outros casos envolvendo empre-

sas, os consumidores normalmente não possuem a capacidade de recusar os serviços essenciais, pois nestes casos envolvendo serviços essenciais, não há outro fornecedor para suprir a sua necessidade, já que devido à ausência de uma legislação clara e objetiva, o consumidor poderia se tornar refém da empresa, sendo obrigado a abrir mão de todas as informações, pois não tem outra opção (Domingues, Silva, Souza, 2021).

No que tange as relações trabalhistas, a Inteligência Artificial pode causar prejuízos, como por exemplo, a discriminação no tratamento de dados na relação de trabalho, acarretando em consequências e responsabilização de ordem civil, visto que ela é programada em algoritmos, e a partir da análise dos dados, a máquina passando a aprender e a se desenvolver, através das experiências adquiridas, pode ser induzida à uma tendência, e por conseguinte, levar a discriminação de trabalhadores, em virtude de sua programação (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Desse modo, a questão levantada é que as mudanças de emprego, tem real significado para as perspectivas de emprego entre os trabalhadores com diferentes habilidades e recursos perante a Inteligência Artificial? E ampliando ainda mais esse escopo: como gerenciar a mão de obra nesse processo para melhorar as oportunidades de trabalho de forma ampla?

Sobre esse aspecto, a maioria das novas tecnologias oferece uma combinação de substituição e complementaridade, onde essa combinação difere das tecnologias e as organizações, assim como os impactos em sua produtividade, então é nisto que reside uma realidade laboral, pois nem todas as inovações que aumentam a produtividade deslocam trabalhadores, e nem todas as inovações que deslocam trabalhadores aumentam substancialmente a sua produtividade (Domingues; Silva; Souza, 2021).

O ATENDIMENTO VIRTUAL PERANTE O CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Desde o começo, a pesquisa em Inteligência Artificial envolveu uma variedade de conceitos, relacionando acertos e problemas ao mesmo tempo, e nos últimos anos dentro da área científica, a solução dos conflitos vêm se concentrando na construção de agentes inteligentes, sendo aplicável e compatível com a inteligência, baseada nas noções de racionalidade artificial, buscando a capacidade para tomar boas decisões, analisar e inferir dados (Luger, 2013).

Nesse contexto, a IA vem desenvolvendo a conexão entre as organizações globais e os consumidores, partindo para uma concepção mundial que identifica as necessidades e a demanda dos consumidores, onde a inclusão de buscadores de pesquisa auxiliam no processamento de dados e na experiência dos indivíduos com dispositivos e utilização dos serviços, possuindo como um de seus efeitos, a análise no comportamento do consumidor e em seu processo decisório (Coppin, 2015).

Desse modo, existe um direcionamento para que as informações sobre determinado serviço ou produto, que são considerados relevantes para quem busca, funcionem em conjunto com o cruzamento dos algoritmos da IA, surgindo assim a personalização de indicativos que visam prender a atenção do consumidor, pois as estratégias programadas e utilizadas dentro da IA, trazem uma expansão de percepção que no momento da compra o contato com detalhes não percebidos pelo consumidor, fazem que ele seja induzido à crença de que aquele determinado produto é importante e não pode ser deixado de lado, transformando uma compra que seria realizada em outro momento em uma necessidade imediata (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Assim, os algoritmos da Inteligência Artificial identificam os padrões complexos embutidos nos dados de pesquisa, analisando o comportamento de compra, visando a elaboração de estratégias para sensibilizar o consumidor, colocando como auxiliar nesse campo da IA o direcionamento de anúncios através dos algoritmos, que podem distinguir características particulares dos consumidores e direcioná-los para produtos mais caros.

Portanto, percebe-se que os estudos envolvendo a Inteligência Artificial estão convergindo para o consumo, formulando principalmente, uma base elaborada em comportamento, e que com efeito, não são analisados apenas os consumidores como uma área específica, mas sim o cenário contemporâneo das relações de consumo, mediante a interação direta das empresas com os consumidores (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Contudo, o que se demonstra aqui é que a presença da IA no cotidiano dos consumidores vai muito além do que eles mesmos percebem, pois essa situação pode construir um comportamento de vulnerabilidade, visto que fica evidente a dependência, a manipulação e o redirecionamento das influências no comportamento deles, além das questões éticas relacionadas à segurança de dados, abrindo dessa maneira, um caminho que resulta em um cenário em que tomada de decisões, que são ponderadas pela influência e pela frágil percepção dos consumidores acerca dos algoritmos colocados pela Inteligência Artificial (Colzani, 2022).

No que envolve o comportamento do consumidor, as análises que envolvem a IA são colocados, de modo que visem interpretar os dados gerados tecnologicamente, transformando-os em estratégias para captar feedbacks comportamentais e pertencentes nas relações de consumo, envolvendo a previsão de vendas e respostas do consumidor, bem como a segmentação no mercado (Coppin, 2015).

Dessa maneira, a vulnerabilidade dos consumidores nos domínios digitais tornou-se um grande desafio nas relações de consumo, visto que eles estão cada vez mais adeptos ao meio tecnológico, sendo inseridos no contexto de utilização homem/

máquina, na qual é levantada a questão em relação ao atendimento virtual, pois o consumo de serviços inteligentes, leva os consumidores a vivenciar experiências como emoções negativas, ansiedade, dependência tecnológica, e o compromisso imposto na tomada de decisão.

Entretanto, a dimensão proveniente desse cenário é justamente a troca de informações geradas pelos rastros virtuais, também conhecida no meio tecnológico como cookies, que são deixados pelos usuários no acesso à plataformas, ou no serviço virtual que foi utilizado, no qual a origem desses dados contém as informações sobre o estilo de vida desse consumidor, servindo como base para os algoritmos da IA (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Assim, um simples “olá, posso ajudar?” através de um assistente virtual em um site ou por meio de algum atendimento virtual por aplicativo, pode auxiliar na percepção da necessidade daquele consumidor, onde atitudes consideradas cotidianas que não se dão valor, como ouvir uma música em um aplicativo, traçar uma rota no GPS, consultar um assistente inteligente, ou utilizar os cartões de crédito, constroem e moldam o perfil dinâmico do consumidor, direcionando os seus padrões perante a IA (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Com isso, a vulnerabilidade não é um sinônimo de insatisfação das necessidades do consumidor, mas sim do seu enquadramento perante o atendimento virtual que é baseado pelos algoritmos captados pela Inteligência Artificial, ocorrendo quando algum tipo de barreira proíbe o controle do consumidor, e acaba comprometendo a sua liberdade de escolha (Coppin, 2015).

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

No ordenamento jurídico, o uso da IA se tornou uma importante ferramenta, surgindo como uma alternativa para promover a celeridade processual e garantir que as funções sejam exercidas de forma

mais efetiva, elevando assim a sua aplicação, identificando a positividade de seu benefício, como no caso do Magistrado realizar os atos de constrição, identificando os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos, reclamações e etc., possibilitando assim, que o processo seja identificado e suspenso sem esforço humano maior do que aquele baseado em confirmar o que a IA apontou (Viana, 2020).

Entre outros exemplos, existe a demonstração de que o investimento nessas tecnologias avançadas podem fazer a diferença, justificando a importância do uso de IA ao relacionar o quanto o judiciário é caro, pois o Poder Judiciário tem uma demanda em seu acervo de 79,7 milhões de processos em tramitação e com custos aproximados de R\$ 75 bilhões de reais com servidores, vislumbrando assim na tecnologia, a esperança para tentar reverter esse cenário, além de estruturar os processos e organizá-los melhor (Nunes; Rodrigues, 2020).

Desse modo, apesar de que muitos operadores da área do direito não enxergam as mudanças e inovações no judiciário como algo benéfico, é necessário atentar que os procedimentos devem ser ajustados para acompanhar essas novas formas de otimização, visto que as alterações legislativas demoram para acontecer e, muitas vezes, o ordenamento jurídico não acompanha o momento atual da sociedade.

Portanto, as adaptações, em relação a IA, sobre as relações jurídicas, devem ser observadas, pois os sistemas de automação processual visam respeitar a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, independentemente da plataforma computacional, levando em conta a acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas e serviços (Viana, 2020).

Sobre a perspectiva tecnológica, a tecnologia informática se tornou presente em tudo o que fazemos, desde a forma como nos relacionamos até como gerenciamos nossas vidas, assim, não há mais espaço para um ordenamento jurídico que não se atualiza, visto que para desenvolver seu papel principal, que é solucionar conflitos e promover a ordem, é necessário que esteja evoluindo e acompanhando os novos anseios da sociedade.

Dessa maneira, o uso de tecnologia avançada não se limita apenas com a criação de robôs ou assistentes, pois através da IA, as plataformas virtuais inseridas na internet são as novas apostas nesse novo cenário brasileiro, existindo inúmeras ferramentas novas, que já estão contribuindo para a otimização processual, citando-se por exemplo, a plataforma “JusBrasil” que fornece jurisprudências unificadas dos Tribunais de todo país, disponibilizando artigos e assuntos da área jurídica (Viana, 2020).

Acerca dessas plataformas digitais, muitos países discutem sobre a legalidade da inclusão de advogados nesses portais, frente a vedação da publicidade relacionada ao uso da IA, pois alguns conselhos advocatícios propõem a regulamentação da utilização dos meios tecnológicos, e não a proibição completa dessas ferramentas, visto que trazem muitas vantagens e benefícios, tanto para o consumidor quanto para os advogados, fomentando o acesso à justiça.

Na França, por exemplo, escritórios de advocacia assinaram um acordo, denominado “charte éthique pour un marché du droit en ligne et ses acteurs” (carta ética para um mercado jurídico online e seus atores), onde se buscou regras para regulamentar e implementar a utilização de plataformas virtuais que garantam a segurança jurídica a confiança do consumidor (Viana, 2020).

O desenvolvimento da Inteligência Artificial nas relações jurídicas, só foi possível devido a maior exploração desses meios, visto que antes eram apenas idealizados, mas agora são colocados em prática, e, conforme a tecnologia vai avançando, o investimento na IA vai tendo um custo maior, apesar de existirem ferramentas tecnológicas que podem suprir a demanda.

Desse modo, existem discussões acerca da possibilidade de automatizar as decisões judiciais, ou seja, deixar que programas de IA emitam decisões sem interferência humana, pois embora pareça ser algo benéfico, que visa contribuir e agilizar a resolução de conflitos judiciais, existem muitas questões a serem observadas (Nunes; Rodrigues, 2020).

Neste aspecto, uma das questões envolvidas é sobre o Princípio do Devido Processo Legal e do Contraditório, assim como em outros princípios processuais, estes exigem que o Estado forneça os meios adequados para que os processos judiciais ocorram de maneira clara e que sejam concisos e objetivos, oferecendo igualdade entre as partes para demonstrarem seus interesses e argumentos, visando garantir que decisões judiciais contenham fundamentações legais e transparência, e que seus efeitos sejam honrosos perante a sociedade.

Assim, mesmo quando é empregado o sistema contendo o uso direto da I.A, para emitir uma decisão, sem que haja participação humana, o viés cognitivo ainda poderá estar presente, pois esses sistemas não são desenvolvidos de forma neutra e objetiva, mas sim programados e preparados para responder conforme seus criadores determinarem, de forma que os algoritmos que alimentam os sistemas de inteligência artificial, são de responsabilidade da produção humana, enquanto a sociedade é repleta de preconceitos, e desigualdades com padrões e categorizações diferentes entre as classes sociais (Viana, 2020).

Desse modo, se verifica que embora a ideia de automatizar as decisões judiciais através da IA possa ser uma saída para aliviar a pressão existente nas relações jurídicas e no judiciário, existem grandes riscos que podem afetar direitos fundamentais e princípios constitucionais, sendo necessário que se priorize a cognição humana nas decisões judiciais de maior complexidade (Viana, 2020).

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL FRENTE À CLT NAS QUESTÕES NEGATIVAS PERANTE O CONSUMIDOR

Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT) é a principal lei trabalhista brasileira, envolvendo cerca de 42,9 milhões de empregados, contabilizados até março deste ano, segundo os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério do Trabalho.

Contudo, a CLT perdeu espaço para outras modalidades de trabalho informal, realizadas por meio de aplicativos, visto que, recentemente, surgiu um novo método trabalhista que vem sendo exercido na esfera comercial, denominado de “uberização”, exercido como uma forma de trabalho feito a partir das plataformas digitais, pelo meio desses aplicativos, viabilizando uma natureza de trabalho informal, impulsionada pela facilidade e pela falta de fiscalização do Estado, tornando-se ainda, uma estrutura menos burocrática para obtenção de renda (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Com isso, demonstra-se disfarçado nessa forma de trabalho, a precarização das relações de trabalho, pois de um lado existem indivíduos, que buscam por este meio uma forma de remuneração bruta sem a burocracia estatal de encargos, e do outro, grandes empresas, que partilham do mesmo pensamento, visando uma forma menos burocrática para obtenção do seus lucros, utilizando-se do meio digital e das ferramentas robóticas para crescer nesse mercado, porque mesmo que a CLT possua mecanismos como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e a contribuição previdenciária, muitas pessoas não farão esse tipo de reserva por conta própria, pois visam apenas a remuneração, onde esse tipo de decisão afetará a disponibilidade dos serviços para os consumidores (Domingues; Silva; Souza, 2021).

Nesse diapasão, a desregulamentação da legislação trabalhista, perante essa nova modalidade de trabalho, faz frente ao retrocesso em face da relação das normas trabalhistas existentes, pois fortalece o crescimento informal no mercado de trabalho, bem como da expansão robótica pela IA, aumentando o lucro das empresas, que, por muitas vezes, são proprietárias dessas plataformas, juntamente com os indivíduos que trabalham na informalidade, dispensando assim, a necessidade da observância em prol das questões consumeristas, que deveriam visar a mão de obra qualificada, onde acabam afetando o consumidor no final.

Dentro desse contexto, vislumbra-se a presença do consumidor sob o aspecto subjetivo, uma vez que as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores nas relações de consumo, tem o objetivo de cumprir a prestação de serviços, versando assim, sobre o aspecto objetivo, que se relaciona com a estabilidade das relações jurídicas, ou seja, a falta de preservação dessas relações consumeristas (Colzani, 2022).

Dessa forma, é recorrente os exemplos negativos em nosso cotidiano, onde o consumidor, por muitas vezes, tem experiências negativas de consumo, como por exemplo, a realização da compra de determinado produto, feito em sites e aplicativos famosos no mercado global, na qual, ao adquirir o produto desejado, acaba não sendo o mesmo que é recebido em sua residência, ficando à mercê das políticas instituídas pelos próprios aplicativos, para conseguir realizar a devolução ou obter o reembolso, visto que, nessas plataformas, o atendimento praticamente é robotizado, tendo que recorrer até as últimas etapas de atendimento para conseguir assistência direta com outro ser humano e resolver a contrariedade gerada (Colzani, 2022).

Em outro ponto, aborda-se que nas relações consumistas, o uso de Inteligência Artificial nem sempre é eficaz, exemplificando nesse contexto, os atendimentos de Serviço ao Consumidor (SAC) feitos por calls center, que seguem scripts pré-definidos de forma robotizada pela IA, onde diversas vezes, o consumidor tem experiências estressantes com o atendimento feito, visto que o mesmo acaba sendo realizado por um robô, passando por uma triagem exaustiva até chegar de fato ao atendente, ocorrendo, em muitos casos, uma prestação de serviço despreparada para o problema apresentado, pois apesar da ótica quantitativa frente ao consumidor, estabelecer diretrizes nas relações de consumo, diante dos efeitos trazidos pelas novas tecnologias, não desqualifica a automação para as funções requeridas, devendo o serviço ser realizado de forma produtiva perante o consumidor.

Assim, essa abrangência que envolve as tecnologias de informação e comunicação das plataformas digitais, realizadas pelo poder individual e empresarial, estão sendo introduzidas em diversas situações de consumo, pois a Inteligência Artificial está substituindo os seres humanos em determinadas tarefas, redefinindo os processos de trabalho e os trabalhadores, modelando a estrutura consumerista (Colzani, 2022).

METODOLOGIA

O presente estudo foi elaborado com a formação teórica sobre o tema, iniciando-se por uma pesquisa bibliográfica e análise preliminar do tema da pesquisa. Foram apontadas alguns conceitos metodológicos de análise, visando a estruturação dos elementos textuais em comparativo com as relações de consumo existentes em nossa sociedade em vista do consumidor.

Dessa forma, a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e que foram publicadas através de livros, artigos científicos, páginas de web sites, qualquer trabalho se inicia com uma pesquisa bibliográfica, permitindo ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos acerca do tema (Fonseca, 2002).

No presente estudo, foi realizado um estudo de cunho qualitativo, por meio do método hipotético dedutivo, com elaboração de pesquisa e revisão bibliográfica, tendo como meios de fundamentação teórica, revistas acadêmicas e científicas, textos e materiais disponíveis em web sites online relacionados ao tema, reunindo e comparando as diferentes abordagens encontradas nas fontes que foram consultadas, listando os principais pontos da Inteligência Artificial que se refletem nas relações de consumo e nas relações jurídicas, analisando a ótica do consumidor que está presente na evolução e constante mudança do cenário global futurista.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante dos resultados obtidos, a Inteligência Artificial nas relações de consumo em face do Direito perante o consumidor, requer uma discussão muito mais aprofundada sobre o tema, devendo ser realizados mais estudos e análises, visto que o crescimento dessa área, eleva a viabilização e o uso da tecnologia diariamente, sofrendo assim, constantes mudanças.

Além disso, indica-se que a efetividade do uso da IA em alguns casos, se tornou uma ferramenta importante, surgindo como alternativa para promover que certas funções sejam exercidas de forma mais efetiva, porém, de certa forma, ela construiu um comportamento de vulnerabilidade no consumidor, visto que fica evidente a dependência e a manipulação dele nas relações de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho pretendeu analisar a função do direito perante a Inteligência Artificial nas relações de consumo, verificando a importância e a efetividade no que envolve e consiste a Inteligência artificial, em relação aos benefícios para os seres humanos nas relações jurídicas e nas relações de consumo, a partir da pesquisa bibliográfica e análise preliminar do tema da pesquisa.

Com isso, a hipótese do trabalho é de que a Inteligência Artificial se demonstrou eficaz em determinados pontos por sua efetividade nos aspectos do ordenamento jurídico, mas não tanto viável perante as relações de consumo frente ao consumidor.

Sendo assim, é preciso analisar e realizar estudos voltados sobre a perspectiva tecnológica, visto que a tecnologia se tornou presente em tudo o que fazemos, desde a forma como nos relacionamos até como gerenciamos nossas vidas, desenvolvendo uma dinâmica consumerista que solucione conflitos e promova a ordem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto - Lei Nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

COLZANI, Eduardo Edecio. O uso da Inteligência Artificial no Processo do Trabalho. Santa Catarina, 2022, pp. 20-65. v1. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists//Attachments/3030/complilado.Eduardo%20Ed%C3%A9zio%20Colzani.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inteligência artificial: parceria com tribunal de Rondônia aproxima o futuro. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inteligenciaartificial-parceria-com-tribunal-de-rondonia-aproxima-o-futuro/>. Acesso em: 30 nov. 2022

COPPIN, Ben. Inteligência Artificial. Tradução e revisão técnica de Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Alais Ap. Bonelli; SOUZA, Henrique Monteiro Araujo. Inteligência Artificial nas Relações de Consumo. 1. ed. São Paulo: Singular, 2021.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda (Org.); GABAN, Eduardo Molan. (Org.); MIELE, Aluísio Freitas (Org.). Direito Antitruste 4.0: Fronteiras entre Concorrência e Inovação. 1. ed. São Paulo: Singular, 2019.

FERREIRA NETO, José Luiz et al. Projeto de Lei do Senado n. 5.051/2019, que estabelece os princípios para o uso da inteligência artificial no Brasil. Centro de Pesquisa Em Direito, Tecnologia e Informação. 2019. Disponível em: <https://www.dtibr.com/livros-e-artigos>. Acesso em: 29 nov. 2022.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

LUGER, George F. Inteligência Artificial. Tradução Daniel Vieira; Revisão técnica Andréa Iabrudi Tavares. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MONTEZUMA, Luis Alberto. A look at data transfers under different data protection regulations. 28 de agosto de 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/a-look-at-data-transfers-under-different-data-protection-regulations/>. Acesso em: 29 out. 2022.

MOREIRA, Assis. Pandemia de Covid-19 mudou o consumo online para sempre, diz Unctad. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/10/08/pandemia-de-covid-19-mudou-consumo-on-linepara-sempre-diz-unctad.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2022.

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva de influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo; WOLKART, Erik (Coord.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jus Podvim, 2020.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. A Caminho da Era Digital no Brasil. Paris, França: OECD Publishing, 26 de outubro de 2020.

SALEIRO, Pedro. O nosso problema com a inteligência artificial. 2020. Disponível em: <https://observador.pt/opiniaao/o-nosso-problema-com-a-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 30 nov. 2022.

VIANA, Pedro Petiz. Plataformas jurídicas em linha. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo; WOLKART, Erik (Coord.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jus Podvim, 2020.



CLARICE APARECIDA SOPELSA PETER¹

DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO SOB AS LENTES DA TEORIA DE JUSTIÇA SOCIAL DE AMARTYA SENS

*THE RIGHT TO DISCONNECT FROM THE WORK THROUGH THE LENS OF AMARTYA
SENS' SOCIAL JUSTICE THEORY*

ARTIGO 3

37-48

¹ Mestranda em Direito Público no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB- bolsista CAPES/DS. E-mail: cpeter@furb.br

Resumo: Em 1936 Charles Chaplin prenunciava em “Tempos Modernos” os dilemas do trabalhador diante do avanço tecnológico. Mal sabia ele a proporção que essa revolução traria nas décadas seguintes. Apesar das várias conquistas alcançadas pela classe trabalhadora, denota-se que a massificação do uso da tecnologia somada à ampliação do acesso à internet afeta diretamente a interação de empregados e empregadores quanto a jornada de trabalho. Essa nova conjectura social traz à tona discussão carente de proteção – o direito à desconexão. Assim, adotando o método dialético tripartite hegeliano, o presente artigo faz uma breve análise legislativa e bibliográfica sobre a jornada de trabalho no Brasil e o direito à desconexão do trabalho enquanto direito fundamental e sua concretude durante a pandemia da COVID-19, especialmente sob a perspectiva da teoria de justiça social de Amartya Sen.

Palavras-chave: Jornada de trabalho; Desconexão; Trabalho remoto; Direitos fundamentais; Justiça Social.

Abstract: In 1936, Charles Chaplin foreshadowed the dilemmas faced by workers in the face of technological advancement in “Modern Times.” Little did he know the extent of the revolution that would unfold in the following decades. Despite numerous achievements attained by the working class, it is evident that the widespread use of technology, coupled with increased internet access, directly impacts the interaction between employees and employers concerning working hours. This new social scenario brings to light a discussion in need of protection—the right to disconnect. Thus, employing Hegel’s tripartite dialectical method, this article provides a brief legislative and bibliographic analysis of working hours in Brazil and the right to disconnect from work as a fundamental right, with a focus on its realization during the COVID-19 pandemic, particularly through the lens of Amartya Sen’s theory of social justice.

Keywords: Working hours; Disconnect; Remote work; Fundamental rights; Social Justice.

INTRODUÇÃO

É notório que os avanços sociais costumam andar em descompasso com a positividade das normas. No âmbito da legislação trabalhista não há exceção. Embora a Constituição Federal de 1988 apresente em seu artigo 7º algumas garantias fundamentais ao trabalhador, a Consolidação das Leis Trabalhistas em vigor desde 1943 ansiava por atualização, o que não foi suficientemente suprida com a entrada em vigor da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Não bastasse, a virada do ano 2019 para 2020 surpreendeu a todos com o vírus SARS-COV2 e a pandemia que ficou conhecida como a pandemia da COVID-19.

O impacto da pandemia afetou diretamente todos os aspectos da vida cotidiana, inclusive os meios de produção e trabalho. De forma abrupta e diante das incertezas que surgiram com a proliferação do vírus da COVID-19 os governos mundiais precisaram adotar medidas drásticas, entre elas o isolamento social.

No Brasil, o Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública e os Estados da Federação passaram a regulamentar o funcionamento de comércio, escolas, indústrias, transporte e demais áreas da economia.

Fato é, que os atos legislativos emitidos a partir desse momento foram criados a medida que a pandemia avançava e num esforço de regulamentar a nova rotina de vida imposta a todos. Forçoso reconhecer que diante desse cenário, parte de referidos atos nascem eivados de lacunas e ambiguidades, o que se evidencia pelas dificuldades práticas vivenciadas nas relações de trabalho.

Um desses aspectos diz respeito a jornada de trabalho. Diante da necessidade de adaptação das empresas para transferir o local de execução das suas atividades laborais para a residência de seus empregados adotou-se a rotina de homeoffice ou trabalho remoto. Embora o conceito não seja novo, a legislação brasileira ainda é incompleta nesse sentido. Órgãos externos, como entidades

sindicais e o Ministério Público do Trabalho empreenderem medidas orientativas para suprir a legislação, porém, ainda restam dúvidas sobre a efetiva concretização de direitos aos trabalhadores nesse sentido.

Nesse sentido, o presente trabalho se mostra atual e uma importante reflexão sobre o trabalho remoto e um de seus efeitos mais nocivos ao trabalhador, que é a privação da desconexão. Não resta dúvida que sob diversos aspectos essa modalidade de execução da tarefa laboral é interessante, como por exemplo, afastar o desgaste físico e econômico com deslocado, principalmente nos grandes centros urbanos, porém, há uma grande chance de que o trabalhador tenha dificuldades em separar o ambiente e o tempo de trabalho e o de descanso.

O trabalho, além de prover subsistência é uma demonstração de autoafirmação, dignidade e liberdade do trabalhador no exercício de suas capacidades e exercício social, que além de confirmar direito fundamental na forma protegida pela Carta Magna se insere nas premissas de valoração das capacidades sobre os bens primários de acordo com o contexto da teoria de justiça proposta por Amartya Sen em sua obra “A ideia de Justiça” que serve de referencial teórico para fundamentação do presente trabalho.

2 A JORNADA DE TRABALHO PARA ALÉM DE UM DIREITO SOCIAL, UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

Traçando uma breve linha cronológica, sem adentrar aos detalhes históricos e culturais relativos à jornada de trabalho, importa destacar que a força de trabalho humano surge como uma força colaborativa de divisão de tarefas para subsistência dos primeiros agrupamentos humanos, perpassa períodos de exploração servil, para então se tornar uma fonte de exploração capitalista após a revolução industrial.

A valorização da mão de obra empregada nas indústrias, condições salubres de trabalho, remuneração condizente com as tarefas desenvolvidas, entre outras condições adequadas de trabalho passam a balizar as lutas das classes trabalhadoras principalmente a partir do Século XX e entre elas, um dos direitos duramente conquistado trata da adequada regulamentação da jornada de trabalho com direito a repouso semanal remunerado, intervalos de descanso intrajornada e interjornada, gozo de férias e licenças ao nascimento de filhos.

A limitação da jornada de trabalho se justifica sob três aspectos diversos, a saber: fisiológico, social e econômico. Não se nega, todavia, que o trabalho compõe um fundamento social ou moral, a regulação das jornadas a tempo razoáveis se faz necessária para que ao trabalhador tenha condições de aproveitar a sua vida fora do ambiente de trabalho. Esta medida proporciona a concretização da realização integral do trabalhador como ser humano. (BRAGA, 2015. p. 110)

O homem vive enquanto trabalha, e não consegue se desligar do labor, é como se estivesse em função do mesmo 24 horas por dia, características da era antissocial, apesar dos trabalhadores desenvolverem as suas atividades na maioria das vezes em grupo, há pressão do ambiente laboral e a falta de condições necessárias para o desenvolvimento de um trabalho bom, sem prejuízos à saúde do trabalhador (MELEU, CARVALHO E FRANÇA, 2021. p. 25).

Note-se que as pausas na jornada de trabalho têm por objetivo primordial uma garantia de que o trabalhador exerça suas atividades laborais sem prejuízo do tempo a disposição do convívio familiar, social e permita um horário de descanso para a recomposição da saúde física e psicológica.

Na legislação brasileira especificamente, somente após a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943 o trabalhador viu assegurado o direito de cumprir uma jornada laboral de 44 horas semanais, distribuídas em oito horas diárias de trabalho, com uma permissão legal para cumprimento de no máximo duas horas diárias

de sobrejornada e com a devida remuneração proporcional e digna. Aqui, destaca-se, o princípio da dignidade humana alçado como valor supremo e maior fundador do Estado Democrático de Direito, porquanto, visa resguardar o respeito a integridade do homem enquanto ser dotado de sentimentos e anseios, envolvendo a concepção de que todas as pessoas por sua humanidade têm intrínseco a dignidade. (MELEU, CARVALHO E FRANÇA, 2021. p. 27).

A Constituição Federal de 1988 eleva a categoria de direitos fundamentais as garantias instituídas pela CLT e assim, vislumbra-se um cenário de valorização e finalmente, pacificação social quanto a esfera dos direitos trabalhistas no Brasil.

No que tange os direitos específicos dos trabalhadores, tratam-se de direitos sociais, diretamente aplicáveis nas relações entre particulares, o que é aceito pela doutrina de forma ampla. No entanto, com relação aos direitos de personalidade, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, divergem quanto a sua aplicabilidade nas relações privadas (GRAMINHO, 2019. p.43)

Entretanto, as normas transformações sociais, especialmente com o avanço tecnológico, apresentam novos contextos que mais uma vez afetam diretamente o trabalho humano.

Oportuno destacar que com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, começa-se a desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, permitindo a formação de um sistema internacional e de sistemas regionais, de proteção desses direitos, todos eles fundados no valor da primazia da pessoa humana (PIOVESAN, 2011 apud GRAMINHO, 2019. p.20), de modo que diversos países inspirados nos valores preconizados pela Declaração de 1948, passaram a inserir a dignidade humana em seus sistemas constitucionais, como valor fundamental.

Ainda em meados das décadas de 80 e 90, vislumbra-se equipamentos eletrônicos acompanhando a rotina de trabalho para além da jornada convencional. Por exemplo, quando surgem os pagers e bips utilizados para chamadas de urgência

aos médicos ou agentes de segurança e outros profissionais, cuja atividades pressupunha necessidade de estar em sobreaviso. No mundo corporativo das grandes organizações em início dos anos 2.000 os primeiros aparelhos de telefone móvel transformam-se em sinônimo de status e êxito profissional para os altos executivos.

Em poucas décadas, os computadores popularizaram-se e já foram substituídos pelos notebooks, os aparelhos de telefonia móvel viraram smartphones com acesso a internet e migraram das mãos dos executivos para todos e em qualquer lugar.

O resultado dessa massificação de acesso à tecnologia não é sinônimo para qualidade do uso. Isso é fato e tema para outra pesquisa. Porém, no estrito âmbito das relações de trabalho, criou-se um problema, a ausência de desconexão.

Conforme Vivian Maria Caxambu Graminho destaca em sua obra de dissertação, a atual organização do trabalho, caracterizada pela utilização desenfreada dos aparatos tecnológicos, precarização das relações laborais, que busca a diminuição dos custos empresariais e o aumento da competitividade, não respeita mais os ciclos biológicos dos trabalhadores, causando estresse e, conseqüentemente, afetando a saúde dos trabalhadores de diversas maneiras, dentre elas com o acometimento da *Síndrome de Burnout*. (VÁLIO, 2018 apud GRAMINHO, 2011. p. 81).

A jornada de trabalho, ainda que estritamente braçal ou operacional, não se limita ao ambiente empresarial, à fábrica, ao estabelecimento comercial. A diarista e a empregada doméstica são constantemente importunadas pela patroa que envia mensagens pelo aplicativo de *whatsApp* a qualquer hora da noite para perguntar onde ficou a roupa passada ou se no dia seguinte ela pode vir mais cedo para o trabalho.

Se décadas atrás era senso comum que algumas profissões exigiam o esforço do plantão, como o era o médico obstetra por exemplo, hoje nem mesmo o trabalhador mais operacional de uma fábrica está livre das chamadas inoportunas no meio da noite simplesmente pelo fato de ter a mão um aparelho celular.

O trabalhador se tornou, assim, um apêndice das inovações tecnológicas. Seu papel, nesse contexto, é meramente lateral. (BRAGA, 2015. p.121)

A nível internacional denota-se a prática comum de trabalho de homeoffice em diversas atividades como na área de publicidade, de serviços televidas e de teleatendimentos e especialmente na área de tecnologia como desenvolvimento de softwares e serviços de suporte nas grandes empresas do ramo de Tecnologia da Informação - TI.

Entretanto, como frisa GRAMINHO (2019, p. 85-86) o direito à desconexão, defendido aqui como um direito fundamental do trabalhador, tem como finalidade servir de instrumento de efetivação e garantia dos direitos fundamentais o fim de permitir a estes sujeitos hiperconectados digitalmente às relações laborais, condições dignas de labor, assegurando-lhes mais tempo de lazer, de convívio familiar e social, e menos tempo de trabalho.

Graminho ainda destaca que a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2019) a Síndrome de Burnout ou Síndrome do Esgotamento Profissional¹²¹ é conceituada como o “resultado do estresse crônico no local de trabalho que não foi gerenciado com sucesso”, e tem como principal causa o excesso de trabalho. Nas palavras de Byung-Chul Han (2015, p. 27), o que causa a Síndrome de Burnout não é somente o esgotamento físico e psíquico, mas sim o esgotamento da alma, que se vê pressionada pelo “imperativo do desempenho como um novo mandato da sociedade pós-moderna do trabalho”. (GRAMINHO, 2019. p.81-82) e complementa adiante de sua obra:

“Ademais esta overdose de trabalho, prejudica veementemente o convívio familiar e social do trabalhador, podendo vir a prejudicar o direito fundamental implícito da busca da felicidade¹²⁵, pois, o excesso de labor virtual pode prejudicar a atenção dispensada às relações afetivas off-line (MELO, 2018), bem como impedir que o indivíduo busque a concretização de seus obje-

vos, realizando-se como pessoa e profissionalmente. O excesso de trabalho, além de afetar direitos como a saúde, o lazer, a vida, a educação do trabalhador, contribui para a não realização de seus sonhos, tendo em vista que a sobrecarga de trabalho “em longos períodos totalmente à disposição do tomador de serviços, compromete a liberdade de escolha do indivíduo em relação ao seu destino, afetando, por consequência, o respectivo projeto de vida” (grifos no original). (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 82). (GRAMINHO, 2019, p. 84).

Não por menos, a Organização Internacional do Trabalho – OIT destaca a importância da Meta 8 do Objetivo 8 da Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável em que se pede por “ambientes de trabalho seguros para todos os trabalhadores” – garantir locais de trabalho seguros vai além da proteção da segurança física dos trabalhadores, se estendendo ao seu bem estar mental e psicológico, destacando que,

“A globalização e as mudanças tecnológicas têm transformado padrões de trabalho e de emprego de formas que às vezes contribuem para o estresse relacionado ao trabalho. Os altos níveis de desemprego, em particular na ausência de medidas adequadas de proteção social, também podem ter consequências indesejáveis para a saúde mental dos trabalhadores”. (OIT, 2016).

Ou seja, a promoção de ambientes de trabalho seguros e saudáveis, conforme destacado pela Meta 8 do Objetivo 8 da Agenda 2030 da ONU, é essencial para o desenvolvimento sustentável. Isso não se limita à prevenção de acidentes físicos, mas também envolve a proteção do bem-estar mental dos trabalhadores.

Diante das transformações causadas pela globalização e pelo avanço tecnológico, que frequentemente aumentam o estresse ocupacional, é fundamental que políticas públicas e empresariais sejam implementadas para mitigar esses impactos negativos. Dessa forma, garante-se uma força de trabalho mais saudável, produtiva e resiliente.

2.2 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO NA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

Em meio a todas essas mudanças e o anseio pela adequada regulamentação sobre os limites do uso da tecnologia e sua interferência nos horários de descanso do trabalhador, eis que a humanidade se depara com a imposição de regras de isolamento domiciliar a partir do início do ano de 2020 com a pandemia causada pelo vírus SARS-COV2, ou como ficou popularizada, a pandemia da COVID-19.

No Brasil, é reconhecido estado de calamidade a partir de 20 de março de 2020. Indústrias, comércio, escolas, transportes, órgãos públicos, todas as atividades são paralisadas e o país precisa rapidamente agir no esforço de conter proliferação do vírus. Muitas empresas, determinam ainda em 17 de março daquele ano, o fechamento dos estabelecimentos e suspensão das atividades por quinze dias. À medida que os dias passam e diante da necessidade de retomar a atividade econômica, muitas empresas em todo o país adotam regime de trabalho remoto, ou homeoffice.

Denota-se, sucintamente, há diferenciação entre os conceitos de trabalho remoto ou teletrabalho, o que não vem a ser objeto de discussão nesse momento. Fato é, que a adesão à prática de prestação da atividade laboral a partir da residência do trabalhador não é novidade, porém, na forma instituída durante a pandemia, muitos direitos trabalhistas foram sonoados. Um deles, talvez o mais nocivo, foi o direito ao descanso, a desconectar-se do trabalho.

A Medida Provisória nº 936 publicada em 01 de abril de 2020, por exemplo, permitiu a redução de salários e da jornada de trabalho ou a suspensão do contrato trabalhista. A Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020 por sua vez, sob o pretexto de manutenção dos empregos permitia, entre outras, a antecipação de férias, concessão de férias coletivas, a adoção de regime de teletrabalho. Note-se, entretanto, que nesse ponto, a norma previa em seu capítulo II a regulamentação do referido teletrabalho, inclusive para estagiários e aprendizes:

“CAPÍTULO II
DO TELETRABALHO

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

§ 2º A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipa-

mentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

§ 5º O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo”.

Inarredável o entendimento de que diante da situação atípica da pandemia, medidas de urgência são necessárias. Também é conhecido que para alguns profissionais o trabalho na modalidade de homeoffice é benéfica e permite reorganizar a rotina da família sem necessidade de horas de deslocamento, passar maior tempo ao lado da família e ainda, algumas empresas aplicaram

esforços no sentido de melhorar as condições de trabalho durante a pandemia.

No entanto, a norma publicada deixou brechas para a precarização das condições de trabalho. Veja por exemplo, o § 5º do inciso II do referido artigo 4º acima citado quanto a utilização de aplicativos eletrônicos fora do horário de trabalho.

Ora, um dos efeitos mais nocivos no trabalho em suas modalidades remotas e intermediados pelas ferramentas tecnológicas está na superexposição do trabalhador, que tem seu ambiente familiar invadido de forma ininterrupta pelas demandas de trabalho.

São exemplos dessa superexposição: i) No ambiente empresarial é comum levantar da sua mesa e se deslocar a outra sala para discutir com determinado colega sobre alguma dúvida ou problema que surgiu, nesse deslocamento há interação com outras pessoas, há um subir e descer de escadas, há uma pausa para o banheiro ou para tomar um cafezinho. ii) Trabalhando de casa essa mesma dúvida será sanada através de uma conversa por chat ou uma chamada de vídeo. Sem caminhada, sem pausa no cafezinho, sem conversar amenidades com colega no corredor. Ou seja, o trabalhador não desconecta da atividade laboral. Não alivia a tensão, não cria interações com o ambiente e pessoas. Não há socialização. A relação de trabalho se torna um binômio homem-máquina.

Além disso, uma das principais queixas que se observa nas ações trabalhistas dizem respeito ao envio de mensagem com cobrança e lembretes de tarefas fora do horário regular de jornada.

2.3 A JUSTIÇA SOCIAL EM AMARTYA SEN

Por que discutir direitos trabalhistas e sociais a partir da teoria de um economista? Porque não se trata de qualquer economista, mas de Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia em 1988, apresenta em sua obra “A ideia de justiça” o que ele chama de “questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para

questões sobre a natureza da justiça perfeita” (SEN, 2011. p. 10) e “o uso de uma perspectiva comparativa, indo bem além da limitada — e limitante — estrutura do contrato social, pode ser uma contribuição útil nesse momento” (SEN, 2011. p. 12).

Amartya Sen propõe avançar a discussão sobre justiça para além dos paradigmas aceitos sob a teoria do contrato social, especialmente enfrentando as lacunas dispostas na teoria da justiça e equidade apresentada por John Rawls.

Para Amartya Sen, a justiça se conecta ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam, ao passo que para muitas das teorias da justiça se concentram predominantemente em como estabelecer “instituições justas” e atribuem um papel acessório e secundário aos traços comportamentais.” (SEN, 2011. p.11)

Impossível esquecer que Amartya Sen não nega a validade e relevância da obra de Rawls, tanto é, que referido livro “A ideia de justiça” de Sen é dedicada in memoriam a Rawls. Entretanto, Sen considera que em contraste com a maioria das teorias da justiça modernas, que se concentram na “sociedade justa”, a sua própria obra investiga as “comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça.” (SEN, 2011. p.35- 36).

Nesse sentido, Amartya Sen destaca:

“Pode haver sérias diferenças entre princípios de justiça concorrentes que sobrevivam ao exame crítico e tenham pretensão de imparcialidade. Esse problema é bastante sério, por exemplo, para a pres-suposição feita por Rawls de que haverá uma escolha unânime de um conjunto único de “dois princípios de justiça” em uma situação hipotética de igualdade primordial (por ele chamada de “posição original”), em que as pessoas não sabem quais são seus interesses pelo próprio benefício. Isso pressupõe que existe fundamentalmente apenas um tipo de argumento imparcial que satisfaça as exigências da justiça e do qual os interesses pelo

próprio benefício tenham sido aparados. Acredito que isso possa ser um erro. Pode haver diferenças, por exemplo, nos pesos comparativos exatos a serem dados à igualdade distribucional, por um lado, e na melhoria geral ou agregada, por outro.” (SEN, 2011. p.37-38).

Aqui, trata-se de ponderar quanto a realidade das condições de trabalho impingidas aos trabalhadores durante a pandemia: que tipo de igualdade de condições ou liberdade há a disposição da escolha do trabalhador quanto às condições de trabalho que lhe são impostas? Nenhuma.

Amartya Sen diria que “A liberdade de escolha nos dá a oportunidade de decidir o que devemos fazer, mas com essa oportunidade vem a responsabilidade pelo que fazemos — na medida em que são ações escolhidas” (SEN, 2011. p.45). É o caso do trabalhador em meio as incertezas de um estado de pandemia onde a insegurança e o medo pelos dias futuros, lhe retiram a liberdade de escolha.

Da mesma, não se encontra o trabalhador em sua plena capacidade de escolher. Na concepção apresentada por Amartya, a “capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilidade que emana dessa capacidade — desse poder — é uma parte da perspectiva das capacidades, e isso pode abrir espaço para demandas do dever — o que pode ser genericamente chamado de exigências deontológicas” (SEN, 2011. p.45). Também foge ao trabalhador o poder de escolher pois é certo que as consequências de tal escolha não afetam apenas a si, na sua dignidade, mas também de seus filhos e familiares com severas implicações como bem salienta Sen:

“Há aqui uma sobreposição entre as considerações centradas na agênciar e as implicações da abordagem baseada nas capacidades, mas não há nada imediatamente comparável na perspectiva utilitarista (amarrando a responsabilidade de uma pessoa a sua própria felicidade). A perspectiva das

realizações sociais, incluindo as capacidades reais que as pessoas possam ter, nos leva inevitavelmente a uma grande variedade de outras questões que acabam sendo bastante centrais na análise da justiça no mundo e que terão de ser examinadas e analisadas cuidadosamente”. (SEN, 2011. p.45).

Amartya Sen não nega que John Rawls enriqueceu a literatura sobre desigualdade no campo das ciências sociais e a necessidade da equidade processual no âmbito da primeira parte do segundo princípio da sua teoria. Porém, falha ao “concentrar-se exclusivamente nas disparidades de status sociais ou resultados econômicos, ignorando as disparidades nos processos de administração, por exemplo, aqueles associados à exclusão de pessoas de cargos em razão de sua raça ou cor ou sexo” (SEN, 2011. p.89).

Especificamente no campo da justiça em face das desigualdades trabalhistas a teoria de Amartya ganha força, pois evidencia-se de forma cabal a disparidade de capacidades em todos os aspectos da relação contratual dessa natureza, exigindo do Estado e de toda a sociedade ações para promover a justiça reforçando as liberdades.

“O essencial aqui é reconhecer a existência de diferentes abordagens da busca do comportamento razoável, e nem todas elas precisam depender necessariamente do argumento sobre a cooperação mutuamente benéfica baseada na vantagem. A busca de benefícios mútuos, na forma hobbesiana direta ou na forma rawlsiana anônima, tem enorme relevância social, mas não é a única espécie de argumento relevante para a discussão do que poderia ser considerado um comportamento razoável.” (SEN, 2011. p.231).

Queremos crer que o Estado enquanto garantidor do mínimo existência devido ao cidadão, especialmente em um momento atípico como o foi a pandemia da COVID-19, deve implementar medidas hábeis a preservar os direitos fundamentais. Nesse sentido, a teoria de justiça de Amartya Sen nos faz refletir sobre o mínimo esperado para a preservação da saúde, economia, felicidade do trabalhador, sendo dever do Estado:

“Identificar o valor do conjunto capacitário com o valor da combinação de funcionamentos escolhida permite à abordagem das capacidades pôr muito peso — incluindo possivelmente todo o peso — nas realizações efetivas. Quanto à versatilidade, a perspectiva da capacidade é mais geral — e mais inclusiva em termos informacionais — que a mera concentração em funcionamentos realizados. Não há, nesse sentido pelo menos, perda em olhar para a base informacional mais ampla das capacidades, o que permite a possibilidade de simplesmente confiar na avaliação dos funcionamentos realizados (se quisermos ir nessa direção), mas também permite o uso de outras prioridades em matéria de avaliação, atribuindo importância às oportunidades e escolhas. Esse aspecto preliminar é obviamente um argumento minimalista, e há muito mais a ser dito, de forma positiva e afirmativa, a favor da importância da perspectiva das capacidades e da liberdade.” (p.259).

Evidentemente, as incertezas da pandemia afetam a todos da sociedade – trabalhador e empregador. Amartya Sen como grande economista que é não esquece esse lado da moeda. Entretanto, é coerente ao afirmar que,

“A renda ou riqueza é uma forma inadequada de julgar a vantagem, como discutiu com grande clareza Aristóteles na *Ética a Nicômaco*: “É evidente que a riqueza não é o bem que procuramos, pois é meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”.¹ A riqueza não é algo que valorizamos em si mesmo. Ela tampouco serve invariavelmente como bom indicador do tipo de vida que podemos alcançar. Uma pessoa com uma grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem uma maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são. Na verdade, uma pessoa rica com alguma deficiência pode estar sujeita a muitas restrições às quais a pessoa mais pobre sem a desvantagem física pode não estar. Ao julgar as vantagens que diferentes pessoas têm em relação a outras, temos de olhar para as capacidades totais que conseguem desfrutar. Esse é certamente um argumento importante para usarmos, como base de avaliação, a abordagem das capacidades em vez do foco sobre a renda e a riqueza, que é centrado em recurso.” (SEN, 2011. p.277)

Não à toa a teoria apresentada pondera que “As capacidades têm um papel na ética social e na filosofia política que vai muito além de seu lugar como rival da felicidade e do bem-estar como guias para a vantagem humana” (SEN, 2011. p.295).

Nesse sentido, se pondera que, muito embora capital e força de trabalho componham um binômio indissociável, os direitos fundamentais e sociais do trabalhador não podem ser olvidados e um Estado que se prese na condição de Democrático e de Direito deverá prezar por ações que garantam a concretude desses direitos por isso, validam-se sob a ótica de uma justiça social como

proposta por Sen, os momentos que “[...] servem para focalizar a atenção em falhas específicas da sociedade, em parte complementando o amplo debate público na mídia, mas também proporcionando uma maior conotação política às demandas sociais importantes”. (SEN, 2011. p.371).

Portanto, a teoria das capacidades, conforme exposta por Amartya Sen, reforça a necessidade imperativa de o Estado Democrático de Direito assegurar a concretização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. Embora o capital e a força de trabalho sejam componentes essenciais e inseparáveis da economia, a justiça social exige que o bem-estar e a dignidade do trabalhador sejam prioritários. Assim, a atuação estatal deve focar em identificar e corrigir falhas estruturais que comprometam esses direitos, promovendo uma justiça social robusta e efetiva.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em perspectiva da teoria de Amartya Sen em sua obra “A ideia de Justiça” percebe-se que o trabalhador se encontra em uma condição de desequilíbrio econômico e quanto as suas capacidades de escolha livre sobre as condições a que pretende se sujeitar em uma relação de trabalho. Tolhido dessa liberdade plena, cabe ao Estado criar mecanismos que propiciem condições seguras, saudáveis e justas de equilibrar a balança da relação labora.

Especialmente em momento de crise econômica onde saímos todos afetados pelos efeitos da pandemia, é urgente a implementação de tais medidas, posto que as normas e políticas propostas no curso da pandemia, a exemplo das Medidas Provisórias citadas antes, não garantiram satisfatoriamente a saúde, integridade e dignidade do trabalho que se vê em uma situação de precarização das condições de trabalho em homeoffice pois tolhido seu direito fundamental de desconexão.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Eduardo Souza. Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador. 2015. 163 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/136054>. Acesso em 08 ago.2022.

BRASIL, Diário Oficial da União. Medida Provisória n 927 de 22 de março de 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775> Acesso em 14 ago.2022.

BRASIL, Diário Oficial da União. Medida Provisória n 936 de 01 de abril de 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934> Acesso em 14 ago.2022.

BRASIL. Plenário do Senado Federal. Projeto de Lei n° 4044, de 04 de agosto de 2020. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1688672446493&disposition=in-line&_gl=1*1j0sb38*_ga*MTYxMjI0ODUyMy4xNjk2NDI4NTAx*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NjQyODUwM-C4xLjEuMTY5NjQyOTEzOC4wLjAuMA. Acesso em: 04 out. 2023.

GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. As novas tecnologias de informação e comunicação e o direito de desconexão do trabalhador: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais. 2019. 139f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7472> . Acesso em 08 ago. 2022.

MELEU, Marcelino da Silva, CARVALHO, Gardênia Souto e FRANÇA, Pâmela Rodrigues. Ofensa à dignidade do trabalhador e o assédio moral como dano existencial. Revista de Direitos Fund. nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, Encontro Virtual. v. 7, n. 1. p. 23-41- Jan/Jul.2021. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/7581/pdf> Acesso em 08 ago. 2022.

MOREIRA, Maria Gabriela Silva. O teletrabalho e as doenças ocupacionais na perspectiva dos direitos fundamentais e do direito à desconexão. 2022. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022. Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2022.371>. Acesso em 04 out. 2023.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. Revista de Direito do Trabalho. vol. 167/2016, RT Online. Jan - Fev/2016, p. 183-208.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Estresse no local de trabalho: é hora de aliviar o fardo. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_475248/lang--pt/index.htm. Acesso em 10 ago. 2022.



ANDERSON HENING¹
GABRIEL ANTONIO REINERT AZEVEDO²
LENICE KELNER³

DIREITOS HUMANOS E A REALIDADE CARCERÁRIA NO PRESÍDIO REGIONAL DE BLUMENAU

Human rights and the prison reality in the regional prison of Blumenau

ARTIGO 4

49-60

¹ Mestrando em Direito Público; membro dos grupos de pesquisa: Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (CONSTINTER); Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB; e Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina, FAPESC; Bolsista FURB. E-mail: ahening@furb.br

² Mestrando em Direito Público; membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (CONSTINTER), certificado junto ao CNPq pela FURB; bolsista FURB. E-mail: garazevedo@furb.br

³ Doutora em Direito Público; membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (CONSTINTER/ CNPq-FURB), Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça (CNPq-FURB) e Tecnologias e Políticas das Subjetividades, Educação, Governo e Direitos Humanos. E-mail: kelner@furb.br

Resumo: o presente artigo tem por objetivo discorrer acerca das origens do Presídio Regional de Blumenau, apontando alguns momentos históricos e demonstrando os problemas que a unidade enfrentou no lapso temporal desde as suas origens até a data da pesquisa. Será analisada a estrutura atual como meio de proporcionar uma ressocialização que atente ao que é proposto pelo legislador. Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método indutivo na fase lógica e o cartesiano na fase de tratamento dos dados colhidos. Chega-se ao entendimento de que a estrutura oferecida viola os direitos humanos dos encarcerados e não é adequada para habitação, muito menos para implantar qualquer meio que se utilize como ressocializador na unidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Sistema penal. Cárcere. Presídio Regional de Blumenau. Encarcerados.

Abstract: the present article has the purpose to discourse about the origins of the regional prison of Blumenau, pointing some historical aspects and to demonstrate the problems that the unity faced in the time lapse since their origins till the date of the research. It will be analysed the current structure as a means to provide an resocialization. For the realization of the research, it was used the inductive method at the logical phase and the cartesian method at the treatment phase of the data collected. It comes to the knowledge that the offered structure violates the human rights of prisoners and it's not adequate for habitation much less for inplanting any means that uses itself as a resocializer in the unity.

Keywords: Human rights. Penal system. Prison. Blumenau Regional Prison. Incarcerated.

INTRODUÇÃO

Para compreendermos os problemas atuais que o Presídio Regional de Blumenau apresenta, foi necessário fazer um estudo aprofundado desde suas origens na cidade. Destaca-se que o problema estrutural se fez presente desde a primeira unidade construída e se tornou fato marcante em sua história até o atual momento.

O objetivo da pesquisa é identificar os problemas no decorrer desse lapso temporal e analisar a aplicação dos meios de ressocialização utilizados pelo Estado dentro da unidade. Abordaremos a estrutura e o meio de vida que os detentos têm dentro do presídio, destacando as dificuldades enfrentadas diariamente, como tempo ocioso, falta de trabalho, saúde, falta de lazer, pouca ou nenhuma alimentação etc. Outrossim, apontaremos os reflexos negativos que essa violação de direitos gera nos detentos.

Por fim, foi realizada uma pesquisa de campo no Presídio Regional de Blumenau com o escopo de identificar os problemas geradores da violação dos direitos humanos, as dificuldades que os detentos passam diariamente e se os direitos estabelecidos por leis estão sendo respeitados.

A HISTÓRIA DO PRESÍDIO REGIONAL DE BLUMENAU

O Presídio Regional de Blumenau tem a sua história marcada por várias mudanças, tanto na esfera administrativa quanto na geográfica. A primeira cadeia pública de Blumenau situava-se na rua Alwin Schrader, ao lado da casa residencial de Sallinger, e sempre enfrentou problemas — como qualquer instituição privada ou pública.

A segunda cadeia pública ficava ao lado da antiga prefeitura de Blumenau, construída em 1910 e demolida em 1938. Constata-se que, ao lado da

antiga prefeitura de Blumenau, ficavam a cadeia pública e o escritório de delegacia. Os dois ocupavam o mesmo prédio, porém em salas separadas.

O período em que a cadeia começou a enfrentar o problema da superlotação carcerária, que se alastra até os dias atuais, foi durante a nacionalização, quando a língua alemã foi proibida de ser falada publicamente. Como Blumenau foi uma das cidades que recebeu muitos imigrantes alemães, não poderia ser diferente: conforme os cidadãos eram pegos falando a língua em via pública, eram presos.

De acordo com Kelner (2018, p. 148), “Com o a Lei nº 18 de 10 de novembro de 1891, o estado aprovou em 1952, a construção da nova Cadeia Pública na rua Itajaí.” Essa fase iniciou-se em um período em que a criminalização começava a andar em passos cada vez mais acelerados, o que causava preocupação na população local.

Kelner (2018, p. 148) destaca que “[...] em 1989 a cadeia pública foi interdita pelo juiz João Paulo Pasquali, corregedor da cadeia [...]”. Em virtude das péssimas condições das instalações, que contribuíam muito para as constantes fugas da unidade — segundo relato de moradores vizinhos, entre os anos de 1981 e 1989, eles presenciaram dez fugas da unidade — e tiroteios entre policiais e criminosos eram constantes enquanto a cadeia perdurou na rua Itajaí. Com a Lei nº 189, de 14 de outubro de 1895 (lei estadual), o governo do estado foi autorizado a vender o prédio e o terreno onde se situava a antiga cadeia pública e a construir o Presídio Regional de Blumenau, situado na rua General Osório. Em 1991, a cadeia pública foi transferida para o novo endereço, a onde está situada até hoje.

A unidade prisional de Blumenau enfrenta problemas desde a inauguração, em 2 de outubro de 1991. Os problemas começaram a surgir devido à sua estrutura precária, que já foi inaugurada com sua capacidade máxima quase toda ocupada. As manifestações dos presos assustavam os moradores locais, que vivenciavam com muita frequência cenas de tiroteios, fugas e rebeliões.

No mesmo ano, o Tenente-Coronel do 10º Batalhão da Polícia Militar, Admir Anton, pediu ao juiz Jorge Henrique Schaefer Martins a interdição da unidade, que foi decretada de ofício. Porém, apesar de expor todos os motivos que levaram à interdição da unidade prisional ao secretário de Segurança Pública, o senhor Sidney Carlos Pacheco, esses não foram suficientes para manter o presídio interditado, sendo ordenada a sua reativação.

A unidade prisional passou por reformas com o objetivo de sanar os problemas reivindicados pelos presos e melhorar a estrutura para evitar possíveis fugas. Durante alguns meses, não se notou nenhum problema, até que foi encontrado pelos agentes e policiais um túnel de sete metros de comprimento, que seria usado para uma grande fuga do presídio. Ainda em 1993, foi descoberto um plano de evasão, que não obteve êxito graças ao bom trabalho do efetivo. Como se não bastasse, no mesmo ano presenciou-se a rebelião mais violenta, segundo palavras do juiz Jorge Henrique Schaefer. Segundo Klock e Motta (2008, p. 42):

Assim como na maioria dos países, o Brasil também passou por amargas experiências em seu sistema prisional. Ainda enfrenta a falta de orçamento e gestão, no investimento adequado na estrutura, alimentação, peca pela desqualificação do pessoal técnico, pela ociosidade do apenado, pela superlotação carcerária. Tudo isso resulta em rebeliões.

O sistema insistiu na construção da unidade prisional, acreditando ser uma solução para os problemas encontrados na cadeia pública situada na rua Itajaí. Instalou-se um novo presídio, que era para ser de segurança máxima, com os mesmos problemas da antiga unidade prisional. A falta de efetivo suficiente para atender à demanda, que, ao longo dos anos, aumentou com grande intensidade, com certeza sempre foi um problema para o sistema carcerário. Nota-se que, em 1992, a defa-

sagem de agentes já era significativa, pois havia um número aproximado de sete agentes penitenciários para cuidar de 120 presos em um presídio com capacidade para 79 detentos, segundo dados obtidos em entrevista com um agente penitenciário, cujo nome será mantido em anonimato.

Não obstante, além de presos masculinos, a unidade contava com presas do sexo feminino, que, segundo o mesmo agente já mencionado, foram as mulheres que inauguraram o Presídio Regional de Blumenau. Portanto, nota-se que os problemas não se baseiam apenas em condições de habitabilidade e estrutura da unidade, mas também em gestão e administração, que não possuíam, naquela época, pessoal suficiente para prestar um serviço com excelência. Segundo Klock e Motta (2008, p. 131), já se entendia que:

A distribuição desigual de recursos entre o sistema prisional masculino e o feminino, a falta de pessoal para proibir o ingresso de armas e drogas nos presídios e o fato de o órgão que efetua a prisão ser o mesmo responsável pela manutenção dos presos nas cadeias, também são deficiências encontradas no sistema prisional brasileiro.

Muito embora, em meio a tantas dificuldades, o sistema prisional de Blumenau venha, ao longo dos anos, sendo criticado pela má gestão da unidade.

No ano de 2005, a unidade prisional iniciou a construção do muro, a fim de dificultar as constantes fugas que o presídio vinha enfrentando ao longo dos anos desde sua inauguração. O projeto da construção do muro teve início na gestão do Diretor Ângelo Poltronieri, que contou com a ajuda do Conselho Regional de Blumenau. Por meio do Sinduscon, que é formado por um grupo de apoio às reformas de unidades prisionais e de implementação de projetos ressocializadores aos presos, pôde-se dar início à obra do muro. O grupo contou com doações de empresários e de cidades vizinhas. O muro possui 370 metros de extensão e 6 metros de altura.

Na unidade de Blumenau, foram realizados diversos trabalhos de ressocialização dos detentos. Por meio do Projeto “O Caminho entre a Justiça e o Trabalho”, criado em fevereiro de 2003 pelo Poder Judiciário de Blumenau, Prefeitura de Blumenau, FURB, Amarildo Nazário Contabilidade e Rischbieter Engenharia, dados que correspondem ao período da construção do muro entre 2005 e 2006.

Em 2007, o presídio viveu outra grande rebelião devido às péssimas condições de vida e ao descaso com os presos da unidade. A frágil estrutura contribuiu para que os presos pudessem romper as grades da galeria A3, considerada de maior periculosidade, e se deslocassem até a galeria A4, que mantinha os presos chamados de “seguro”, onde ocasionaram a morte de um dos presos — enrolado em um colchão no qual foi ateadado fogo enquanto ele ainda estava vivo.

Em um presídio que era para ser de segurança máxima, pelo menos no projeto inicial, situações como essa não deveriam acontecer. Outrossim, não é função do Estado recolher e proteger essas pessoas? O Direito Penal não visa à recuperação para a posterior reinserção na sociedade? Como reinserir pessoas que ateiam fogo em outro ser humano na sociedade? Pois bem, cabe ao Estado, sim, zelar pela recuperação desses infratores, assim como prestar segurança tanto dentro quanto fora das unidades prisionais. Para Rodrigues (2012, p. 29), é imperioso que “O Direito Penal deve respeitar, sempre e acima de tudo, os direitos humanos fundamentais, garantindo e preservando a dignidade da pessoa humana.” Assim, o Estado tem a obrigação de preservar todos os meios que sejam capazes de propiciar ao apenados condições para que eles possam suportar a pena até que venham a quitar suas dívidas com a sociedade.

Não obstante a precária estrutura que a unidade possui, a qual impossibilita que o detento tenha um tratamento digno e possa usufruir dos programas de ressocialização oferecidos pelo Estado, os detentos ainda enfrentam os reflexos da corrupção por parte do efetivo que atuava na unidade.

Conforme matéria de grande repercussão em rede nacional, a operação Regalia, realizada no início do ano de 2015, afastou de suas funções 12 agentes penitenciários e o diretor da unidade, supostamente acusados de beneficiar presos em troca de propina. Entre outros, foram presos empresários que forneciam serviços para a unidade e familiares de detentos.

A unidade prisional de Blumenau, ao longo dos anos, tratou como opção o que deveria ser tratado como prioridade. A má gestão e administração da unidade, somadas à superlotação carcerária e à omissão do Estado, resultaram nesse mar de horrores que se transformou o que deveria ser uma unidade de segurança máxima. Muito embora o projeto inicial se destinasse a receber presos provisórios, não foi o que aconteceu. O Presídio Regional de Blumenau começou a receber presos de outras comarcas, conforme já mencionado anteriormente, o que, conseqüentemente, ocasionou a superlotação na unidade.

Essa superlotação acarretou problemas de todas as formas. Com sua capacidade lotada, a situação dos presos era precária. Faltavam assistência material, produtos de higiene e até alimentação, que não era suficiente para os presos. Portanto, conforme apontou a operação Regalia, os presos que possuíam poder aquisitivo conseguiam maiores benefícios.

Outro grande problema estava relacionado ao recebimento de presos vindos de cidades como Florianópolis, Itajaí e Navegantes, pertencentes a facções criminosas. Essas pessoas possuíam grande poder aquisitivo, o que facilitava o recrutamento de novos integrantes para suas facções dentro da própria unidade.

Presos provisórios ou condenados que ficavam à mercê do Estado e não obtinham regalias eram facilmente aliciados por facções criminosas que se instalavam dentro do presídio. Em troca de assistência jurídica e dinheiro para manter seus familiares fora do presídio, esses presos faziam um pacto de fidelidade com essas facções,

situação que se perpetuou por anos dentro da unidade prisional de Blumenau. Isso foi consequência da má administração e da omissão do Estado em relação aos presos.

DOS DIREITOS E DA COLETA DE DADOS

No decorrer da sociedade o homem foi posto em uma posição de objeto de pesquisa no que tange a ser aprisionado e “ressocializado”. O Estado impõe as leis sob pena de infração, mantendo o indivíduo em regime preestabelecido após a individualização da pena. Nota-se que o interesse do Estado é mostrar uma solução rápida à sociedade em relação a um delito cometido por um indivíduo.

A falta de estrutura adequada da unidade, além de gerar muitos problemas para os detentos, é a principal fonte de violação da dignidade da pessoa humana. Não obstante, não se pode esconder atrás de situações semelhantes vividas no passado para justificar o presente. Essas formas de maquiar problemas atuais já é de praxe, conforme discorre Mello (2013, p. 28) “A dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade matéria (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade.”

Outrossim, pode-se destacar as palavras do ilustríssimo Bitencourt (2012, p. 128-129): “Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.” A Lei de Execução Penal, Lei nº 7210/1984, tem a função de garantir que os apenados possam cumprir suas penas em unidades prisionais, usufruindo de seus direitos e deveres que não foram abrangidos pela sentença.

A pesquisa tomou por base o art. 41 da Lei nº 7.210/84 para analisar as condições em que os detentos estão expostos na unidade, bem como visita às estruturas e acesso a documentos e fotos, para análise e desenvolvimento do artigo.

ART. 41. “CONSTITUEM DIREITO DOS PRESOS”

Ao analisar o caput, deve-se entender o que significa “direito”, para que possamos fazer um julgamento de valor a respeito de tal assunto. Direito é o conjunto de normas jurídicas preestabelecidas advindas das relações entre o homem e a sociedade. Da necessidade de manter a ordem e a pacificação na sociedade, nasce o direito, como uma forma de controle social. Garcia (2015, p. 15), em seus ensinamentos, complementava que: “Nesse enfoque, o Direito pode ser definido como o conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto à sua observância.”

Em um sentido mais amplo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, discorre: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e a preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]” No entanto, assim como qualquer pessoa livre, os presos possuem direitos e cabe ao Estado garantir a imperiosidade do fiel cumprimento deles.

Alimentação suficiente e vestuário: como regra geral em todas as unidades prisionais, é de praxe o fornecimento de alimentação e vestuário. Conforme entrevista, os detentos recebem três refeições por dia: café da manhã, almoço e jantar. A comida fornecida aos detentos teve duas classificações: 60% dos entrevistados a classificaram como boa e 40% como ruim. Segundo os detentos, a alimentação fornecida é pouca, justamente pelos horários em que é servida: o café da manhã às 06h30; o almoço às 11h; e a última refeição às 17h. Quanto ao vestuário, observou-se que todos possuem uniformes cedidos pela unidade prisional.

Atribuição do trabalho e sua remuneração: conforme prevê o artigo 6º da Constituição Federal, o trabalho está classificado como sendo um direito social. Porém, se o preso não pode sair para trabalhar, cabe ao Estado fornecer trabalho

e sua remuneração dentro da unidade prisional. Dos entrevistados, obteve-se um percentual de 42% dos presos não têm acesso ao trabalho — o que se dá tanto pelo regime que estão cumprindo, que não os permite trabalhar, quanto pela crise em que o país se encontra agora — e 18% deles trabalham dentro da unidade.

Consta em dados equivalentes ao mês de abril de 2016, fornecidos pela unidade, que ainda exerciam trabalho laboral: 20 presos do regime fechado, 31 presos do regime semiaberto internos e 47 em regime semiaberto, que exercem trabalhos externos. Dentro do que é possível, o Presídio Regional de Blumenau procura melhorar esse quadro, ciente de que ocupar o tempo ocioso do preso é de suma importância para sua regeneração.

Previdência social: cabe ao preso o direito de continuar contribuindo com a Previdência Social, porém fica facultado a ele contribuir ou não, pois a Lei de Execução Penal garante o direito à contribuição, mas veda que o desconto seja feito sobre os valores a receber referente ao trabalho realizado nas unidades prisionais.

Constituição de pecúlio: fica a encargo dos próprios presos administrar o seu pecúlio. Cada galeria tem um representante administrador, chamado de “regalia”, que cuida do pecúlio e passa os pedidos para os agentes que providenciam a sua compra. A Lei de Execução Penal garante a possibilidade do pecúlio para que os detentos possam suprir suas necessidades dentro do que for possível. Como se sabe, as despesas que o Estado possui para suprir as necessidades dos detentos são muito altas. Diante disso, fez-se necessário constituir uma forma pela qual os presos, por meio de seus investimentos, pudessem comprar aquilo que o presídio não estaria em condições de lhes disponibilizar.

Proporcionalidade do tempo para trabalho, descanso e recreação: conforme supracitado, os presos, dentro das condições oferecidas, possuem seu tempo para trabalho. O restante do tempo fica à disposição para descanso e lazer. Isso é funda-

mental para que ele possa retomar as atividades laborais no dia seguinte. O lazer se dá por meio da interação entre os próprios presos, como conversas, jogo de baralho e futebol. Embora não haja espaço destinado à prática de esportes na unidade, os detentos utilizam os meios disponíveis.

Exercícios das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a pena: diante das necessidades da unidade e como forma de remissão, os detentos utilizam seus conhecimentos profissionais, cada qual na sua área. Há também detentos que trabalham na cozinha, e seu labor garante o direito a remissão de três dias para cada um dia trabalhado. Há detentos que são responsáveis pelas instalações elétricas, hidráulicas e reparos de serviços, como pedreiros, carpinteiros e pintores, o que ajuda a minimizar os custos com reparos na unidade.

Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa: os presos contam com atendimentos de médicos, psicólogos e dentistas dentro da própria unidade. Casos que exigem atendimento diferenciado, devido à gravidade da situação, são encaminhados para os hospitais da cidade, onde recebem todo o atendimento necessário. Zelar pela saúde do preso é de suma importância, pois, devido aos grandes números de presidiários ocupando o mesmo espaço, poderia muito bem se proliferar uma epidemia, o que resultaria em problemas maiores para os presos e para a própria unidade.

Quanto ao acesso jurídico, aqueles que precisam têm suporte prestado pelo presídio, a fim de sanar qualquer dúvida quanto à sua situação. Os presos que têm advogado particular recebem visitas desses sem nenhuma restrição. Conforme levantamento feito na unidade, por meio da pesquisa direta com os presos, quanto ao quesito que diz respeito à visita de seus advogados, obteve-se o seguinte índice: dos 60 entrevistados, 10 recebem seus advogados a cada 15 dias; 2, a cada 30 dias; 10, quando solicitado; 12 não recebem visitas; 6 não informaram e; 20 não possuem advogados. Nota-

-se que a atenção dada aos presos pelos seus advogados ainda é muito baixa, levando em consideração que esses profissionais optaram livremente pela área criminalista.

O acesso educacional é disponibilizado pelo presídio, que oferece 27 vagas de estudo aos presos. Dos entrevistados, obteve-se os seguintes números, 18 estudam e 42 não estudam na unidade. Os presos recebem visitas de assistentes sociais e de religiosos. Em alguns casos, os próprios presos são os que fazem os cultos e cerimônias religiosas, porém é facultativa a participação.

No que concerne aos direitos elencados no artigo 41 da Lei de Execução Penal, o Presídio Regional de Blumenau, dentro de suas limitações, consegue estabelecer parcialmente um bom desempenho. É importante observar que a unidade se mantém através dos recursos destinados pelo Estado, os quais não são suficientes para sanar as dificuldades encontradas pela unidade.

A ESTRUTURA E A REALIDADE VIVIDA PELOS DETENTOS NO CÁRCERE

A quem se aplica a lei no Brasil hoje? O Estado Democrático de Direito não deveria seguir a imperiosidade constitucional e aplicar a lei a todas as pessoas? E a dignidade humana dos presos do país, como garantir o mínimo existencial em meio a tantas dificuldades?

A Carta Magna, imperioso diploma constitucional, é a base do ordenamento jurídico e a ela se atribui o poder maior. Entretanto, é notória a violação de vários princípios constitucionais, os quais rasgam a Constituição Federal de 1988 e passam por cima de todos os cidadãos. Os princípios constitucionais versam acerca da dignidade da pessoa humana, que se aplica a todas as pessoas, dentro do cárcere ou fora dele, seja detento ou não, sem distinção de raça, cor, sexo ou ideologias — o que é regido pelo texto constitucional no artigo 5º, caput, o qual disciplina que todos são iguais perante a lei.

Esse respaldo também se dá no artigo 3º, IV, no que tange a promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de preconceito. Ainda no mesmo diploma legal, tal princípio é enfatizado no artigo 4º, II, que se refere à prevalência dos direitos humano. No artigo 7º, ao tratar dos direitos sociais, na esfera trabalhista, o texto veda a discriminação por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou por ser portador de deficiência física, tanto no que diz respeito à contratação quanto à diferença de remuneração.

Todas essas formas de vedar quaisquer tipos de discriminação possuem amparo na Carta Magna de 1988. Isso é o que podemos denominar como igualdade formal e material, conforme os ensinamentos de Casado Filho:

Quando falamos de isonomia, não podemos deixar de lembrar que a igualdade costuma ser vista sob dois aspectos: a igualdade formal, representada pela igualdade perante a lei, e a igualdade material, externada pelos mecanismos constitucionais, em especial os direitos sociais e econômicos, que buscam assegurar a igualdade dos pontos de partida. (Casado Filho, 2012, p. 103-104)

Pode-se observar que a Constituição enaltece o direito à igualdade entre as pessoas. Independentemente do âmbito jurídico, todos devem ser abraçados por tal princípio. Porém, não é essa a realidade que se destaca nas unidades penitenciárias do país, muito menos na unidade de Blumenau/SC.

A unidade apresenta uma estrutura precária, que, ao longo dos anos, desde a sua construção, é considerada inapropriada para suas atividades. As celas encontram-se em condições insalubres, muitas delas apresentam umidade pelas paredes e, quando chove, entra água pelo teto. As celas não possuem sanitários apropriados e, em um compartimento, 60 presos são obrigados a usar os mesmos

banheiros. Há muitos detentos que dormem no chão, dividindo o pequeno espaço — isso quando conseguem dormir, o que não é o caso em noites chuvosas, as quais inundam as celas dos detentos.

Nesse diapasão, nota-se que o Estado permanece inerte ou negligente ao se omitir em relação aos problemas estruturais que apresenta a unidade prisional de Blumenau, o que viola completamente a dignidade da pessoa humana. Castilho já preconizava que “A dignidade é um valor em si mesmo. E é dever do Estado garantir as condições mínimas de existência propiciando aos indivíduos uma vida digna” (Castilho, 2012, p. 259).

Não obstante aos problemas estruturais encontrados, os detentos têm que vencer uma batalha incansável todos os dias e noites contra a fome, pois a alimentação fornecida pela unidade se mostra insuficiente para dar condições de passarem uma noite menos temerosa. Isso porque a última refeição acontece às 17h de um dia e a primeira refeição às 6h do próximo dia, ou seja, 13h depois. Essa situação causa muita revolta nos detentos, pois alguns dependem única e exclusivamente da refeição fornecida pelo presídio para se alimentar.

Outros detentos — que têm a oportunidade de exercer atividades laborais dentro ou fora da unidade — possuem renda para constituir pecúlio e comprar algumas coisas para poder suprir essa falta de alimentação durante a noite. Salienta-se que as verbas destinadas à alimentação, que vêm da Secretaria de Justiça, não são suficientes para a grande proporção da massa carcerária encontrada no Presídio Regional de Blumenau, o que dificulta o fornecimento de alimentação na medida adequada para os detentos.

O acesso à formação escolar também é destacado como precário, pois a unidade oferece poucas vagas para estudo, tendo em vista o alto número de detentos. É imprescindível o fornecimento de vagas para formação escolar dessas pessoas, pois o acesso aos estudos, quando oportunizado, traz benefícios para os detentos e para a própria comunidade.

Diante de situações como essa é que os detentos sentem vir à tona a vontade de voltar para seu lar, sua casa. Tentar sobreviver em meio a tanto descaso, em condições sub-humanas, sem alimentação apropriada, é uma tarefa difícil de conseguir. Por esses e outros motivos, são constantes os números de tentativas e de fugas no Presídio Regional de Blumenau.

A administração da unidade, que possuía a frente como diretor o senhor Daniel Sena, possui um novo campo de visão no que tange à adequação necessária para os detentos. A unidade está trabalhando para dirimir os problemas encontrados, a fim de proporcionar aos presos o que é estabelecido por lei. As dificuldades encontradas são grandes, pois os problemas perduraram por muito tempo sem uma solução. No entanto, não será da noite para o dia que tudo poderá ser resolvido.

Com a instalação da nova penitenciária industrial de Blumenau, pode-se ganhar mais espaço dentro das celas. Com isso, a superlotação, conseqüentemente, diminuirá gradativamente. O efetivo ganhou reforço e hoje a unidade encontra-se com um número adequado para a demanda, contando com 254 agentes penitenciários. Salienta-se que, com a abertura da penitenciária industrial de Blumenau, esse número foi reduzido, pois houve a necessidade de lotar agentes penitenciários para a nova unidade prisional. Dessa forma, consegue-se prestar um trabalho com maior eficácia, podendo fazer escoltas de presos que necessitam de atendimento médico em hospital com maior segurança e em tempo hábil, bem como escoltas jurídicas e transferências com mais segurança.

A unidade prisional de Blumenau tem capacidade para receber 451 detentos, mas, segundo dados obtidos antes da abertura da nova penitenciária industrial de Blumenau, o presídio de Blumenau tinha uma lotação de 909 detentos, mais do que o dobro da capacidade. Esse número hoje está sendo reduzido, o que facilitará o trabalho da nova administração da unidade.

Dessa forma, a unidade busca melhorar os números acerca do serviço prestado para com o detento. O desafio é grande e a tarefa é árdua, porém as melhorias estão aparecendo. A grande maioria dos entrevistados apontou algumas melhorias com a administração atual, como de estrutura, pois com as transferências de presos condenados, as galerias ficaram menos superlotadas. Apesar da crise que o país enfrenta, a unidade conseguiu ao menos manter o trabalho laboral para quem já exercia. O efetivo novo se mostra mais humanizado. O atendimento com médico, psicólogo e dentista melhorou muito, pois antes não era acessível a todos os detentos. Ocorreu o fim da corrupção interna, que beneficiava apenas detentos que tinham poder aquisitivo. Com relação à alimentação, a sua qualidade melhorou, mas a quantidade ou distribuição entre os horários ainda precisa melhorar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar a ressocialização do detento é uma tarefa muito complexa, pois o tema diverge em vários aspectos e divide muitas opiniões. Contudo, é necessário o estudo acerca das condições de vida que os detentos possuem dentro desses estabelecimentos, para que possa compreender por que muitos deles saem piores do que entraram. Isso ocasiona um retrocesso na vida dessas pessoas. Além disso, há o fator do estigma pós-cárcere, que eles terão que carregar consigo para o resto de suas vidas, fazendo que com que sejam rotulados com ex-presidiários, o que afeta totalmente sua imagem, honra e moral, algo que não se consegue trocar ou desfazer. Infelizmente, nesse sentido, o preconceito da sociedade prevalece. Nesse sentido, já ensinava Napoleão “O direito à privacidade, a honra e a imagem constituem a intimidade intransponível de cada pessoa” (2012, p. 99).

O presente artigo teve como objetivo fazer um levantamento acerca das origens do Presídio Regional de Blumenau e abordar alguns momentos

que marcaram a sua história, bem como os problemas encontrados na unidade e como esses problemas refletem negativamente no desenvolvimento da ressocialização dos detentos. Buscou-se averiguar se os direitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal de 1984 estão sendo respeitados, tomando-a como base para o desenvolvimento do artigo, além de demonstrar os reflexos que a nova Penitenciária Industrial de Blumenau pode trazer para o Presídio Regional de Blumenau, incluindo o trabalho da nova administração (com base nos depoimentos dos próprios presos).

Observa-se que a estrutura da unidade é precária e não apresenta condições salubres para nenhuma pessoa viver. A revolta quanto a essas condições é visível, pois, ainda que utilizem todas as formas para reivindicarem seus direitos, o Estado permanece inerte no que tange a dar uma resposta que possa melhorar as condições de vida dos detentos. A ressocialização se torna um tiro no escuro diante dessa realidade. Não há de obter êxito em programas de incentivo ao estudo e ao trabalho se não há condições físicas, materiais e estruturais para oferecer aos detentos.

Outrossim, é necessária uma resposta rápida no que tange aos incentivos do Estado a ressocializar essas pessoas, pois o tempo dentro do cárcere se torna um ladrão de almas. Ocupar o tempo ocioso é a melhor forma de tentar reprimir as falhas do sistema, seja por meio de melhoramentos estruturais, como em alimentação, ou até em oferta de cursos profissionalizantes etc.

Dessa forma, conforme a proposta apresentada na problemática, restou comprovada que a unidade, num lapso temporal que compreende a sua origem até a data da pesquisa, sempre enfrentou problemas estruturais e administrativos. A ressocialização dos detentos sempre foi vista com descaso pelo Estado, o que sempre acarretou vários transtornos e foi um grande gerador de problemas para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ACABAYA, C.; REIS, T. Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública. G1, 19 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoas-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em: 14 maio 2022.
- ALMEIDA, S. L. de. Racismo Estrutural. 3. ed. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ANDRADE, V. R. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BATISTA, N. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689. Acesso em: 22 fev. 2022.
- CASADO FILHO, N. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CASTILHO, R. Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DOMENICI, T.; BARCELOS, I. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Agência Pública, 6 maio 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 15 maio 2022.
- EXCLUSIVO: 83% dos presos por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. G1, 21 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/21/exclusivo-83percent-dos-presos-injustamente-por-reconhecimento-fotografico-no-brasil-sao-negros.ghtml>. Acesso em: 14 maio 2022.
- GARCIA, G. F. B. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- KELNER, L. A Inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia à voz dos encarcerados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- KELNER, L. Inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia crítica à voz dos encarcerados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- KLOCK, H.; MOTTA, I. D. da. O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MELLO, C. M. Constituição da República Anotada e Interpretada. Campo Grande: Contemplar, 2013.

- NOGUEIRA, P. L. Comentários à Lei de Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NUCCI, G. S. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, G. S. Manual de Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Genebra: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- PASOLD, C. L. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PAVARINI, M. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Curitiba: LedZe Editora, 2012.
- PELLEGRINI, A. G. Execução penal. São Paulo: Max Limonard, 1987.
- RAMOS, A. C. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REALE, M. Fundamentos do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- RODRIGUES, C. S. Direito Penal: parte geral I. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROSSINI, T. R. D. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. Direito Net, 6 jan. 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 22 set. 2020.
- SANTOS, J. C. dos. Direito penal: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SILVA, H. C. da. Manual da Execução Penal. São Paulo: Bookseller, 2003.
- SILVA, J. A. Comentário contextual à Constituição. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- ZAFFARONI, E. R. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, E. R. O inimigo do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.