ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Desvelando o segredo de justiça

Há cerca de um ano, as Corregedorias-Gerais do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo publicaram recomendação conjunta a seus membros, no sentido de interromper prática comum de *acordos* entre as partes enquanto expediente destinado ao julgamento antecipado da ação socioeducativa, movida em face de adolescentes acusados da prática de ato infracional. Segundo o texto da Recomendação conjunta n. 01/2015, infere-se que a prática implica a renúncia das partes à instrução processual, com o consequente "julgamento antecipado" da ação socioeducativa, tendo sido assim descrito em artigo específico sobre o tema: "(...) *O promotor de Justiça elabora uma representação contra o adolescente, e é designada uma data para audiência de apresentação, na qual podem comparecer o adolescente e seus representantes legais. Até a audiência, a criança ou adolescente ficam internados provisoriamente. Nessa audiência, negocia-se livremente a liberdade do adolescente: Se o adolescente confessar, o Ministério Público desiste de produzir outras provas. A defesa precisa concordar. Se o 'acordo' for realizado, imediatamente o adolescente é sentenciado ao cumprimento de qualquer medida diferente da internação e, no mesmo dia, sai da Fundação Casa. Se não confessar, o Ministério Público requer a manutenção da internação provisória, o juiz mantém o adolescente internado e designa data para audiência em continuação* ".[1]

Em tempos de espetacularização da justiça criminal e de assombrosa celebração do instituto da delação premiada como mecanismo legítimo à constituição de sentenças penais condenatórias em todos os cantos do país, a iniciativa das instituições paulistas, muito embora possa causar, à primeira vista, estranhamento por ter de recomendar a seus membros que se abstenham de violar o direito ao devido processo legal, é especialmente oportuna e nos lembra que, em tempos como os que atualmente vivemos, muitas vezes é necessário dizer e redizer o que parece óbvio.

Se, como ensina **Langbein**,[2] a operacionalização cada vez mais tenaz da transição do processo criminal acusatório para um processo de confissão, levada a cabo pela importação de modelos de pragmatismo anglo-saxão, como o *plea bargain*, pode ter efeitos devastadores na vida de qualquer adulto sujeito ao sistema de justiça criminal, de se imaginar as consequências de práticas semelhantes quando, no banco dos réus, estão sentados adolescentes. Sujeitos que experimentam um processo de formação já essencialmente doloroso, agravado por inúmeras violações de direitos e pela ausência quase absoluta de políticas e equipamentos públicos que lhes atendam e amparem – na medida em que, não nos esqueçamos, o sistema penal juvenil opera, estruturalmente, à semelhança do sistema criminal comum, podendo ser caracterizado como essencialmente seletivo. Não é exagero dizer que entre seus clientes preferenciais estão adolescentes pobres, periféricos, negros e violentados, antes de sua chegada às portas do sistema de justiça infracional, das mais diversas formas. Adolescentes experientes em toda classe de sofrimentos, privados de infância plena.

Submeter tais adolescentes à escolha pírrica de confessar a prática de ato infracional para que possam ter a liberdade restituída implica lhes ensinar que devem se declarar culpados porque não podem correr o risco de se dizerem e de se reconhecerem como inocentes. E, ainda que não o sejam ou ainda que não se reivindiquem como tal, envolve lhes negar o direito ao devido processo legal, em refutar qualquer análise detida e rigorosa de provas e em lhes aplicar verticalmente uma justiça impessoal e utilitarista, afastada das garantias que lhes são especial e prioritariamente devidas enquanto sujeitos de direito. Importa em lhes negar tratamento compatível com tal condição e em domesticar, quando não silenciar, o direto à defesa. Significa, no limite, reconhecer que não há qualquer espaço ao amadurecimento de uma compreensão mais ampliada quanto à constante criminalização da pobreza, que faz da juventude pobre brasileira alvo especialmente vulnerável, e em fazer com que a justiça funcione sob um código de ética peculiar e distorcido, capaz de fornecer uma única resposta a fenômenos tão complexos: a condenação e o estigma dela decorrente.

O direito penal juvenil é ainda área pouco explorada e desafiadora, principalmente porque algumas de suas premissas, como o melhor interesse do/a adolescente e o caráter socioeducativo das medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são altamente permeáveis e passíveis de colonização segundo os mais diversos interesses. Não por acaso, elas podem ser invocadas para afastar a incidência de garantias materiais ou processuais, procedimento que resulta na prática, muitas vezes, em conferir a adolescente tratamento mais rigoroso que aquele dirigido a adulto em situação semelhante, apesar de existir expressa vedação legal para tanto, no art. 35, I, da Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Nesse sentido, é digno de nota o primeiro aniversário da louvável iniciativa conjunta de duas das instituições atuantes no sistema de justiça infracional de São Paulo, como passo importante para que se caminhe na construção de um sistema de justiça mais empático, democrático e ressignificativo. Que esse exemplo alcance os demais estados do país e frutifique.

Notas

(1) Feller, Marcelo. Prender para confessar é uma realidade das varas da infância de São Paulo. Artigo publicado pelo CONJUR, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/marcelo-feller-prender-confessar-rotina-varas-infancia>.

(2) Apud Christie, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 145.

| Editorial

Reflexos da alteração do "erro essencial" no Código Civil sobre o tipo penal do art. 236 do Código Penal
Pablo Rodrigo Alflen _____ 2

Lei penal em branco: de drogas e legitimidades
Daniel Nicory do Prado _____ 4

A importância do paradigma de gênero
Karla Tayumi Ishiy _____ 6

A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14
Vitor Paczek Machado e Ivan Jezler Junior ___ 8

Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência
Ruiz Ritter _____ 10

Análise constitucional do direito ao esquecimento
Caroline Bussoloto de Brum _____ 12

O aumento do encarceramento feminino no Brasil e a não hediondez do crime de tráfico privilegiado
Carolina Sabbag Salotti e
Paulo César Corrêa Borges _____ 14

O *estado de coisas inconstitucional* e a execução antecipada da pena
Rodrigo de Oliveira Ribeiro _____ 15

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

Auxílio-reclusão: a luta pelo fim de um direito
Maria Leilza do Nascimento Bem _____ 17

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás _____ 1973

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1975
Superior Tribunal de Justiça ____ 1976
Tribunal Superior Eleitoral ____ 1978
Tribunais Regionais Federais ___ 1978
Tribunais de Justiça _____ 1979

EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM** a se reunirem em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se em 08 de dezembro de 2016, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver quorum estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte Ordem do Dia:

1. Eleição da Diretoria Executiva, Conselho Consultivo e Ouvidor (gestão 2017-2018);
2. Aprovação das contas do ano fiscal de 2016 até outubro, outorgando à Diretoria Executiva a aprovação de novembro e dezembro de 2016;
3. Apresentação e aprovação do relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2016;
4. Apresentação e aprovação das propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2017;
5. Reforma Estatutária;
6. Deliberação sobre as mensalidades para 2017;
7. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Reflexos da alteração do "erro essencial" no Código Civil sobre o tipo penal do art. 236 do Código Penal

Pablo Rodrigo Alflen

O delito de "induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento", tipificado no art. 236 do CP, configura-se, conforme dispõe o preceito, com a conduta do agente que "contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior". Trata-se de verdadeira hipótese de lei penal em branco, pois, como já tivemos a oportunidade de esclarecer, utiliza da chamada técnica de remissão *implícita*.(1) Isso se verifica pelo fato de a norma incriminadora empregar elementos vagos, cuja delimitação conceitual e alcance são fornecidos por outra disposição normativa, chamada *norma de preenchimento*. Tais elementos são precisamente os conceitos de "erro essencial" e de "impedimento", os quais são delimitados pelos arts. 1.557 e 1.521, do CCB (normas de preenchimento). E justamente em razão de as normas de preenchimento do branco consistirem em disposições legais de mesmo *status* constitucional, mas situadas fora do Código Penal, que o art. 236 do CP classifica-se como lei penal em branco em sentido amplo (de fonte formal homóloga heterovitelina).(2)

Apesar de essa norma incriminadora ser de pouquíssima incidência, as alterações promovidas no Código Civil, por ocasião da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), suscitam alguns questionamentos relativos, sobretudo aos seus efeitos. Tais alterações consistem, mais especificamente, na revogação do inc. I do art. 1.548, que estabelecia ser nulo o casamento contraído "*pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil*", e na revogação do inc. IV do art. 1.557, que caracterizava como erro essencial "*a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado*". O principal questionamento suscitado assenta nas implicações que referidas revogações teriam sobre a incidência da norma incriminadora disposta no art. 236 do CP. De modo mais específico, a questão pode ser formulada nos seguintes termos: a supressão do chamado "*erro essencial*" por desconhecimento, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, o qual era fundamento para a invalidação do casamento, conforme previa o revogado inc. I do art. 1.548 do CCB, *derrogou* a norma incriminadora do art. 236 do CP?

A solução para esta questão, porém, depende da resposta à outra, de natureza exclusivamente civil, mas que lhe é subjacente, qual seja: subsiste a situação de "*erro essencial*" como fundamento para a invalidade do casamento na ordem civil vigente, ou a revogação do inc. I do art. 1.548 e do inc. IV do art. 1.557 do CCB, pelo art. 123, incs. IV e V, da Lei 13.146/2015 eliminou de um todo tal categoria da ordem jurídica? Um exame singelo do ordenamento civil demonstra, de forma inequívoca, que a revogação do inc. I do art. 1.548 do CCB pelo art. 123, inc. IV, da Lei 13.146/2015, *não eliminou* da órbita do Direito Civil o chamado "erro essencial".

A revogação do citado inciso conduziu apenas à extirpação desta situação específica de erro essencial como um dos fundamentos, pelos quais se considerava *nulo* o casamento, ou seja, eliminou-se uma das hipóteses de invalidade do casamento, com efeito *ex tunc*. Por outro lado, o erro essencial subsiste como hipótese de anulação por vício da vontade, conforme dispõe o art. 1.550, inc. III, do CCB, o qual, aliás, remete aos arts. 1.556 e 1.557, que tratam a respeito do próprio "erro essencial". Assim, dispõe expressamente o art. 1.556 do CCB, que "*o casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto a pessoa do outro*". Considerando tal disposição legal citada, o legislador civil estabeleceu nos incisos I a III do art. 1.557 do CCB, que se considera erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: "*I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida comum ao cônjuge enganado; II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III – **a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contagio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;*** (*com a redação dada pela Lei n. 11.346, de 6-7-2015*)".

Vê-se que a Lei 13.146/2015 conduziu a dois importantes efeitos na órbita civil: por um lado, eliminou, exclusivamente, a hipótese de erro essencial por desconhecimento, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, dentre aquelas que conduzem à invalidação do casamento, com efeito *ex tunc*; e, por outro lado, alterou a hipótese legal de invalidação do casamento, com efeito *ex nunc*, ao conferir nova redação ao inc. III do art. 1.557 do CCB, no sentido de configurar

ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

erro essencial "*a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável* ***que não caracterize deficiência*** *ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência*".

Esclarecido isso, é possível retomar a questão inicial, visando oferecer uma resposta. Tendo-se suprimido da ordem civil exclusivamente o chamado "erro essencial" caracterizado por desconhecimento, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, evidentemente, a norma incriminadora do art. 236 do CP não foi derrogada, ao contrário, permaneceu incólume e plenamente aplicável. Deve-se observar, no entanto, que a norma disposta no art. 1.557, e incisos, do CCB, constitui *norma de preenchimento* do branco que está contido no art. 236 do CP. Logo, o que ocorreu foi a redução das hipóteses de incidência do tipo penal em branco, uma vez que a norma de preenchimento sofreu modificação. Em outras palavras, houve derrogação da *norma de preenchimento*, mediante a revogação de uma das situações que seriam determinantes da matéria de proibição. Isso se deve ao fato de que a situação jurídico-penal integral nas leis penais em branco, isto é, a matéria de proibição, é estabelecida pela conjugação da lei penal em branco com a norma de preenchimento, "*uma vez que ambas praticamente formam o 'tipo'*".[3] Por conseguinte, verifica-se ter ocorrido *abolitio criminis*, devido ao fato de não mais subsistir a hipótese de erro essencial antes prevista especificamente na norma de preenchimento disposta no inc. IV do art. 1.557 do CCB. Esta situação, aliás, assemelha-se àquela ocorrida em relação ao chamado cloreto de etila, o qual, até 1983, integrava o rol de substâncias proscritas, que determinam dependência física e/ou psíquica, nos termos da Lei 6.368/1976 (revogada pela Lei 11.343/2006). Porém, no ano seguinte, ao não ser incluído na Portaria 02 do DIMED, de 04.04.1984, ocorreu manifesta hipótese de *abolitio criminis*, reconhecida, inclusive, pelo STF[4] (apesar de no ano imediatamente subsequente nova Portaria do DIMED voltar a incluir o cloreto de etila entre as substâncias proscritas). Nesse sentido, quanto ao art. 236 do CP, não há mais que se falar em crime de induzimento a erro essencial no caso de um indivíduo contrair casamento com outro, ignorando o fato de este ser portador de doença mental grave "*que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum*". Contudo, subsistindo as demais hipóteses de *erro essencial*, previstas no art. 1.557, incisos I a III, do CCB, a lei penal em branco continua plenamente aplicável.

Outra questão diz respeito ao parágrafo único do art. 236 do CP, o qual, por sua vez, dispõe que "*a ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento*". A alteração ocorrida no CCB, do mesmo modo, afeta esta disposição, mas antes de tecer algumas considerações a respeito é necessário tomar uma posição em relação a determinado aspecto. A doutrina pátria diverge quanto à classificação jurídica desta disposição legal, no sentido de configurar *condição objetiva da punibilidade* ou *de procedibilidade da ação penal*,[5] ou, ainda, consistir em figura híbrida.[6] Pois bem, cumpre distinguir ambas as categorias jurídicas. As chamadas condições objetivas da punibilidade, como refere **Schmidhäuser**, "*consistem em circunstâncias que a lei penal pressupõe para a declaração de uma consequência jurídico-penal, que não pertencem aos elementos do injusto penal e da culpabilidade*".[7] São pressupostos materiais da punibilidade, não abarcados pelo dolo nem pela culpa, que podem estar contidos na descrição do acontecimento, em uma lei penal, desde que esta descrição possa ser compreendida sem levá-la em conta como elemento descritivo do injusto. Elas atuam, por razões de política criminal, como circunstâncias limitadoras da pena, porque o fato merecedor de pena somente é vinculado à pena, quando a condição objetiva estiver presente.[8] Daí serem chamadas também de elementos "anexos do tipo" (ou suplementares). Já as condições de procedibilidade, que, como bem esclareceu **Frederico Marques**, sequer se confundem com os pressupostos processuais (quiçá com as condições objetivas da punibilidade), consistem nos "*elementos e circunstâncias que tornam admissíveis a* ***persecutio criminis***" e, nesse sentido, "*abrangem todas as questões correlatas com o exercício da ação penal*",[9] como, por exemplo, as condições da ação penal, a representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça na ação penal pública condicionada etc. A questão aqui, e que permite tomar uma posição, radica em saber se: não existindo sentença transitada em julgado de anulação do casamento, por motivo de erro ou impedimento, se configura o fato punível tipificado no art. 236 do CP? O legislador pátrio estabeleceu no parágrafo único do art. 236 do CP, de forma inequívoca, uma condição para o exercício da ação penal, uma vez que o injusto penal previsto no *caput* do artigo se perfectibiliza independentemente desta condição. Logo, a ausência desta circunstância estabelecida na norma afeta a existência do processo e não do fato punível e sua punibilidade, daí não consistir em condição objetiva da punibilidade, mas sim em verdadeira *condição de procedibilidade da ação penal*. Tendo em vista isso, a nosso juízo, uma primeira consequência é a de que não há que se falar em questão prejudicial a ser suscitada no curso do processo (art. 92 do CPP)[10] no tocante a tal figura delitiva, uma vez que, por se tratar a sentença de anulação do casamento transitada em julgado uma condição de procedibilidade, sua ausência caracterizaria vício passível de nulidade do processo *ab initio*. Por fim, e retomando a questão inicial, cabe referir que a alteração promovida na norma civil, relativa ao erro essencial, conduz à extensão dos efeitos exercidos sobre o *caput* do art. 236 do CP, à condição de procedibilidade prevista no seu parágrafo único, em virtude da redução das hipóteses de incidência da norma incriminadora.

Notas

(1) Alflen, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 64; sobre a concepção originária de leis penais em branco Binding, Karl. *Die Normen und ihre Übertretungen*. 4. ed. Leipzig: F. Meiner, 1922. v. 1, p. 161 e ss.; com críticas à concepção originária de leis penais em branco, vide Tiedemann, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr, 1969. p. 91 e ss.

(2) Cf. Alflen, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 68.

(3) Schönke, Adolf; Schröder, Horst. *StGB. Kommentar.* 29. ed. München: Beck, 2014. p. 62-63; ademais Lackner, Karl; Kuhl, Kristian. *StGB. Kommentar.* 28. ed. München: Beck, 2014. p. 20; no mesmo sentido Alflen, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 52-53 e 179 e ss. (com ampla análise acerca da *abolitio criminis* e [ir] retroatividade de leis penais em branco).

(4) STF, *HC* 68.904-SP, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.12.1991, citado em Alflen, Pablo Rodrigo. Op. cit., p. 188.

(5) Greco, Rogerio. *Código Penal comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 813; Bitencourt, Cezar. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 851; Noronha, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

(6) Costa, Álvaro Mayrink. *Direito penal. P.E.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 6, p. 340; Nucci, Guilherme. *Manual de direito penal. P.G-P.E.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 890.

(7) Schmidhäuser, Eberhard. Objektive Strafbarkeitsbedingungen. *ZStW*, vol. 71, 1959, p. 547.

(8) Freund, Georg. *Strafrecht. A.T.*, 2. ed. Berlin: Springer, 2009. p. 63 e s.; Frister, Helmut. *Strafrecht. A.T.* 7. ed. München: Beck, 2015. p. 277 e s.; Gropp, Walter. *Strafrecht. A.T.* 3. ed. Berlin: Springer, 2005. p. 292; Heinrich, Bernd. *Strafrecht. A.T.* 4. ed. Berlin: Kohlhammer, 2014. p. 52; Krey, Volker; Esser, Robert. *Deutsches Strafrecht. A.T.* 5. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012. p. 149 e s.; Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafr.* 7. ed. Berlin: De Gruyter, 2004. p. 95; na doutrina brasileira Fragoso, Heleno. *Lições de direito penal. P.G.*, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 265 e ss.

(9) Marques, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p. 359-360; também Gössel, Karl Heinz. *Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, 1977. p. 133, mencionando expressamente que as condições objetivas da punibilidade não se referem à admissibilidade do processo penal; no mesmo sentido Roxin, Claus; Schünemann, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 28. ed. München: Beck, 2014. p. 145.

(10) Em sentido contrário: Fischer, Douglas; Pacelli, Eugenio. *Comentários ao CPP e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219; no mesmo sentido aqui sustentado: Noronha, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

Pablo Rodrigo Alflen
Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).
Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS).

ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Lei penal em branco: de drogas e legitimidades

Daniel Nicory do Prado

1. Introdução

A constitucionalidade das leis penais em branco heterogêneas é um dos problemas mais conhecidos da Teoria da Norma Penal, sobre o qual existe larga produção bibliográfica, mas a edição recente de dois atos, o Decreto Legislativo 273/2014 e a Lei 13.269/2016, motiva o seu reexame.

A lei penal em branco é aquela cujo preceito incriminador precisa ser complementado por outro instrumento normativo, para determinar o seu âmbito de incidência. De acordo com a natureza do complemento, ela será homogênea (complementada por outra lei) ou heterogênea (complementada por um ato normativo infralegal), e é precisamente nesse caso que se suscita um possível conflito com o art. 5.º, XXXIX, da Constituição, que positiva a clássica fórmula do *nullum crimen sine lege*.

É evidente que uma lei penal em branco só "define" o crime, como determina a Constituição, com o auxílio do seu complemento. Assim, citando o caso de maior impacto na prática jurídica, os dispositivos da Lei de Drogas não servem como orientação suficiente, nem sequer *a contrario sensu*, para a ação dos indivíduos que desejem saber quais são as drogas lícitas no país, como se pode ter acesso a elas, e quais são as drogas ilícitas, cuja posse faz incorrer nas penas dos seus tipos incriminadores.

Isto porque o art. 1.º da Lei 11.343/2006 simplesmente diz que drogas são "*as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*" (Brasil, 2006).

A única orientação prática que se pode extrair do preceito *supra* é que toda substância e todo produto capazes de causar dependência podem ser proscritos pela autoridade sanitária, inclusive o café e as bebidas alcoólicas, mas não indica se a sua aquisição e posse está ou não proibida, pois só é possível sabê-lo após a consulta aos atos normativos editados por aquela autoridade.

2. Argumentos legitimadores da lei penal em branco heterogênea

A evidente contradição entre a lei penal em branco heterogênea e a interpretação estrita do *nullum crimen* causa perplexidade em boa parte da doutrina (Garcia, 2008, p. 211), mas, por outro lado, o fato de o instituto ser tranquilamente aceito na prática judiciária leva à formulação, por aqueles que tentam justificar essa aceitação, de dois principais argumentos: o da rápida mutabilidade da realidade social e o da discricionariedade técnica (Guaragni, s.d., p. 4).

De acordo com o primeiro argumento, o processo legislativo seria lento demais para dar conta do surgimento cada vez mais acelerado de novas drogas sintéticas que, pelo vazio de legalidade, seriam lícitas por um período excessivamente prolongado, sendo possível, no máximo, quando fosse o caso, o enquadramento da conduta do vendedor no tipo penal de contrabando.

A solução ideal para esse problema seria a edição de Medidas Provisórias em matéria penal, que foi proibida pela Emenda Constitucional 32/2001, o que significa que o sistema jurídico brasileiro não admite a relativização do princípio democrático em matéria penal, sob o argumento da urgência, nem mesmo no caso de um ato privativo do Presidente da República e sujeito a controle congressual imediato, denotando que a instituição da lei penal em branco heterogênea, com esse mesmo fundamento, constituiria uma clara burla do legislador à vedação constitucional.

Resta examinar, portanto, o argumento da discricionariedade técnica. Em princípio, respeitada a moldura do texto legal que define as condutas e as sanções e delimita o espaço a ser complementado (Jakobs, 2009, p. 110), a interferência de um órgão técnico especializado não é incompatível com o princípio democrático, até porque este também pressupõe a separação dos poderes.

A legitimidade de órgãos técnicos autônomos, cujos chefes não são eleitos, é uma das grandes questões contemporâneas do Direito Administrativo (Lennertz, s.d., p. 2), cujo enfrentamento não é possível nos estreitos limites do presente trabalho, mas é preciso lembrar que o surgimento de agências reguladoras, dotadas de autonomia, durante a reforma do Estado brasileiro nos anos 1990, teve como propósito exatamente o impedimento de "*influências políticas sobre a regulação e a disciplina de certas atividades administrativas*" (Grotti, 2006).

De acordo com esse entendimento, a forma mais adequada de atender ao interesse público seria a atribuição, constitucional e legal, a órgãos técnicos, de tarefas como a definição da lista de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção, para evitar a influência do agronegócio, ou como a relação das drogas sujeitas a controle, para afastar as pressões da indústria farmacêutica.

Por mais que o argumento pareça razoável, o caso específico da definição das substâncias controladas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) demonstra que os critérios adotados não são puramente técnicos, tanto que o álcool etílico e a nicotina não constam da Lista de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, atualizada pela ANVISA por meio da Resolução da Diretoria Colegiada 87/2016 (Brasil, 2016b).

Dessa forma, o ideal da completa "despolitização" das decisões dos órgãos técnicos, sem entrar no mérito quanto à sua pertinência, é simplesmente irrealizável. Aliás, o fato de os atores sociais interessados na normatização pelo órgão técnico poderem participar do processo decisório, ainda que não pela via da democracia representativa, é fundamental para a sustentação da sua legitimidade.

Essa questão é de grande interesse prático, já que lista das drogas sujeitas a controle, que compõe o complemento do tipo penal em razão

do qual 27% da população carcerária foi privada de liberdade (Brasil, 2014, p. 69), está sob uma intensa disputa de legitimidade, entre o Poder Legislativo e a ANVISA, mesmo que essa circunstância não se reflita sobre os processos penais por tráfico de drogas, que tratam majoritariamente de substâncias não relacionadas com a disputa.

Embora tenham havido duas alterações recentes no regime jurídico do CBD – Canabidiol (Brasil, 2015) e do THC – Tetrahidrocanabinol (Brasil, 2016a), componentes da maconha, droga ilícita mais consumida no país (Laranjeira, 2012, p. 54-55), para permitir a importação de medicamentos à base das substâncias, desde que precedidos de prescrição médica, trata-se de uma modificação tímida, restrita à classe média ou à população com instrução suficiente para procurar a Defensoria Pública, e sem nenhuma repercussão na vida dos milhares de jovens negros encarcerados pelo envolvimento em condutas não violentas (Carvalho, 2015).

3. As recentes disputas de legitimidade pela definição da lista de drogas sujeitas a controle

Os dois casos recentes em que a disputa de legitimidade se manifestou são o da sibutramina, substância inibidora de apetite, e o da fosfoetanolamina, popularmente conhecida como "pílula do câncer". Em ambos, o Congresso Nacional interferiu na esfera de regulação que supostamente caberia à ANVISA; num deles, forçou a reformulação dos atos normativos do órgão técnico; no outro, teve a eficácia do seu ato suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A notável discrepância entre o sucesso de uma e o insucesso da outra iniciativa congressual são uma demonstração inequívoca de que a disputa está longe de ter uma solução definitiva. No caso da sibutramina, a ANVISA, depois de um longo processo decisório, que envolveu a oitiva de entidades médicas e farmacêuticas e de universidades, editou a Resolução da Diretoria Colegiada 52, de 9 de outubro de 2010, proibindo a comercialização de inibidores de apetite baseados na sibutramina (Mizutani, 2015, p. 15).

Diante da forte reação da comunidade médica e da indústria, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo 273, de 2 de setembro de 2014, invocando expressamente a competência constitucional para sustar ato do Poder Executivo que exorbite a competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa. Tal estratégia também evitou a submissão do ato à sanção presidencial, que poderia, ouvindo a autoridade sanitária, vetá-lo.

Diante do Decreto, a ANVISA editou nova RDC, a de n. 50/2014, para regulamentar a comercialização da sibutramina, impondo, no entanto, condições técnicas que desestimularam o registro de novos medicamentos pela indústria farmacêutica (Mizutani, 2015, p. 19).

Nesse momento, o Congresso Nacional criou importante precedente, segundo o qual se poderia interpretar que a competência da ANVISA estaria restrita à regulamentação do consumo, da distribuição e da venda das substâncias controladas, de acordo com os critérios técnicos, mas que a decisão sobre a proscrição de uma substância caberia exclusivamente ao Poder Legislativo, o que exigiria uma considerável revisão da normatividade em matéria de drogas e, no limite, o reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição das drogas hoje consideradas ilícitas pela mera inclusão na lista da ANVISA.

Curiosamente, o próprio Poder Legislativo excedeu a sua competência pouco tempo depois, com a edição da Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, dispensando o registro sanitário, aos pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, por sua livre escolha, desde que houvesse laudo médico comprovando a doença e que fosse firmado termo de consentimento esclarecido (Brasil, 2016).

O excesso foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501, proposta pela Associação Médica Brasileira, para suspender a eficácia do ato até o julgamento definitivo da demanda (Carneiro; Scocuglia, 2016).

No voto do Min. Marco Aurélio, relator da Ação, fica claro que o Poder Legislativo se excedeu ao dispensar o registro sanitário, ato concreto submetido a procedimento administrativo próprio precedido de estudos técnicos, que não poderia ser substituído por ato geral e abstrato, oferecendo risco potencialmente irreversível à saúde dos pacientes (Brasil, 2016c).

4. Conclusão

Embora ainda se trate de uma decisão liminar, a análise conjunta dos dois casos pode levar a uma delimitação adequada do instituto da lei penal em branco heterogênea, ao menos no que diz respeito às drogas ilícitas.

Em síntese, cabe à autoridade sanitária regular o acesso à substância, mas só o Legislativo pode vedá-lo. Portanto, é admissível a complementação da lei penal por uma lista de drogas sujeitas a controle editada pela ANVISA, e a prática de qualquer conduta típica envolvendo as substâncias, em desconformidade com a autorização regulamentar (aquisição sem prescrição médica, venda sem registro sanitário etc.) configurará, conforme o caso, os crimes do art. 28 (enquanto o STF não declarar a sua inconstitucionalidade) ou do art. 33 e seguintes da Lei 11.343/2006.

No entanto, é competência privativa do Congresso Nacional a proibição total da produção e comercialização de uma droga no Brasil, como o próprio Poder Legislativo afirmou no caso da proscrição da sibutramina pela ANVISA.

Tal entendimento respeitaria tanto a reserva de lei em matéria penal como a legitimidade técnica da autoridade sanitária, mas a sua aplicação prática dependeria, como sempre dependeu, da aceitação pelo Poder Judiciário dos massivos efeitos de direito intertemporal, com o reconhecimento da ilegalidade da lista de substâncias proscritas e, portanto, da atipicidade de todas as condutas previstas no art. 28 e no art. 33 e seguintes da Lei 11.343/2006, inclusive com efeitos retroativos, até a edição da lei com a lista das drogas ilícitas.

Se, de um lado, trata-se de uma quase impossibilidade político-jurídica, por outro lado, seria uma oportunidade única, compatível com o sistema jurídico vigente, de reverter o encarceramento em massa resultante da Política de Guerra às Drogas.

Referências

Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada 66, de 20 de março de 2016a. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada 87, de 28 de junho de 2016b. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2879690/%281%29RDC_87_2016.pdf/2954066f-f607-494d-90b3-f72e1eb6b670>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada 17, de 7 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/RDC_17_2015.pdf/d33c03b5-e5a2-4376-862a-31e4e23db124>. Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 21 jul 2016.

_____. Lei 13.269, de 13 de Abril de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm>. Acesso em: 21 jul 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016. p. 69.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501*. Voto do Relator. 2016c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016. p. 5-6.

Carneiro, Luis Orlando; Scocuglia, Lívia. Por 6 a 4, STF suspende a comercialização da pílula do câncer. *Jota*. 19/05/2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/por-6-4-stf-suspende-comercializacao-da-pilula-cancer>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Carvalho, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez. 2015. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1721/1636>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Garcia, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1, p. 211.

Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, v. 6, maio-jul. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf?q=reguladoras>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Guaragni, Fábio André. Critérios de compatibilização da norma penal em branco com o princípio da reserva legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para a edição de normas incriminadoras. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf>. Acesso em: 21 jul 2016.

Jakobs, Gunther. *Tratado de direito penal:* teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Laranjeira, Ronaldo. *Segundo levantamento nacional de álcool e drogas*. São Paulo: UNIFESP, 2012. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Lennertz, Mario. *A legitimidade democrática das agências reguladoras:* uma questão mal colocada. Versão preliminar para debate. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2604/TpD%20009%20-%20Lennertz%20-%20Legitimidade%20democratica%20das%20agencias%20reguladoras.pdf?sequence=1> Acesso em> 21 jul. 2016. p. 2.

Mizutani, Larissa Caetano. *Entre as legitimidades técnica e política:* a ANVISA, o Parlamento e o caso dos inibidores de apetite. 2015. (Trabalho de Conclusão de Curso). Especialização em Direito Administrativo. Escola de Direito de Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. p. 15.

Daniel Nicory do Prado
Mestre e Doutorando em Direito pela UFBA.
Professor da Faculdade Baiana de Direito.
Coordenador Estadual do IBCCRIM na Bahia.

A importância do paradigma de gênero

Karla Tayumi Ishiy

Na esteira do conservadorismo que marca a atual conjuntura do Poder Legislativo, com propostas de "cura gay", Estatuto da Família [heterossexual] etc., em 2015, a Câmara Municipal de Campinas aprovou uma moção de repúdio direcionada ao Ministério da Educação, pedindo a anulação de questão da prova do ENEM, que citava trecho da obra *O segundo sexo*, de **Simone de Beauvoir** "Ninguém nasce mulher. Torna-se mulher (...)". Segundo o autor da moção, vereador Campos Filho (DEM), a questão afronta o Plano Nacional de Educação que vetou a inserção da Ideologia de Gênero na pauta educacional. As suas palavras apenas comprovam a urgência em promover os estudos de gênero no país: "*Foram buscar lá em Simone de Beauvoir, **lá pro ano de mil trocentos e pouco**, com o conceito que tinha na época.* (...) *A grande maioria é favorável à lei da natureza: **homem é homem, mulher é mulher**, não podemos mudar isso aí"*. E acrescentou: "*Essa pulsão pode levar o senhor pra cadeia... Tomem cuidado com essa pulsão: Ah, hoje de manhã, eu sou menina, agora à noite eu sou homem*".

Em 1949, **Simone de Beauvoir** transformou a compreensão do feminino e masculino, apontando que o processo de socialização da mulher é essencial para o seu posicionamento como sujeito feminino, uma vez que toda a educação dispensada às mulheres conspira para que ela assuma a posição passiva na sociedade.[(1)] Se, na época, era uma voz quase isolada na França, que viu consolidar o conceito de gênero na década de 1960, no Brasil do século XXI, os seus estudos permanecem mistificados sob o rótulo de ideologia de gênero e são desconhecidos por considerável parcela da população.

Infelizmente, a rejeição dos estudos de gênero do Plano Nacional de Educação agrava o desconhecimento generalizado acerca do fundamento filosófico (e não ideológico) envolvido nas discussões de gênero que atinge todas as instâncias do Poder Público e da sociedade civil, e traz reflexos marcantes também no campo da Justiça Criminal e das ciências penais que, do mesmo modo, mantêm as teorias da Criminologia Feminista em último plano.

Com a finalidade de preencher uma lacuna nos dados criminais, o DEPEN/MJ lançou no dia 5 de novembro de 2015, de forma inédita, o INFOPEN MULHERES, que sistematizou as informações disponíveis sobre as mulheres encarceradas. Revelou o já conhecido perfil da população prisional feminina: jovens (abaixo dos 34 anos), negras (67%), solteiras (57%), com baixo índice de escolaridade (50% não concluíram o ensino fundamental, apenas 11% concluíram o ensino médio), presas em sua maioria por tráfico de drogas (68%) e outros crimes praticados sem violência. Essa evidente seletividade do sistema de justiça penal demonstra a urgência de se elaborarem políticas sociais mais eficazes, razoáveis e proporcionais para lidar com a exclusão social, que não o cárcere.

Contudo, em nada se avançará se esses dados não transcenderem a esfera do papel e da teoria jurídica para atingirem as políticas públicas e as práticas judiciais. Se, de um lado, o Poder Executivo tem responsabilidade direta pelas deficiências do cárcere no tocante às especificidades das mulheres, de outro, o Poder Judiciário, ao recorrer sistematicamente ao aprisionamento de uma parcela específica da população feminina, seja por meio de prisões preventivas, seja pela aplicação de penas privativas de liberdade a despeito das medidas não corporais, compartilha com

o Poder Executivo a responsabilidade pela superlotação carcerária e suas consequências nefastas amplamente reconhecidas, que impõem às pessoas presas uma realidade de privação e humilhação, ao arrepio dos preceitos constitucionais.

As decisões judiciais que, muitas vezes de forma acrítica, determinam o encarceramento e contribuem para o aumento progressivo das taxas de encarceramento feminino (aumento de 567,4% de 2000 a 2014), decorrem em grande medida da limitada disposição do julgador de penetrar e compreender a realidade da pessoa que está sendo julgada, numa contínua reprodução de discursos ideológicos fundamentados em estereótipos e preconceitos. Quando se trata da prisionalização feminina, nota-se a ausência de reflexão do Poder Judiciário acerca das especificidades da mulher, das questões de gênero que envolvem o fenômeno da criminalização e das consequências do cárcere, que poderiam ensejar práticas judiciais mais razoáveis e proporcionais.

Por isso, os índices revelados pelo INFOPEN MULHERES devem ser devidamente interpretados sob uma perspectiva de gênero, a fim de se identificarem as intersecções entre gênero e encarceramento, na contínua busca pelo aperfeiçoamento da Justiça Criminal e pela razoabilidade e proporcionalidade da punição. Tão (ou mais) importante quanto melhorar as condições existenciais das pessoas encarceradas, é diminuir as taxas de aprisionamento, especialmente de pessoas acusadas de delitos menos graves, praticados sem violência, em clara posição de vulnerabilidade e exclusão social.

Nesse sentido, na busca por identificar as questões de gênero envolvidas no fenômeno de encarceramento, foi realizada uma pesquisa sobre tráfico de drogas para dentro dos presídios e, de 70 processos criminais analisados, foi possível extrair o seguinte retrato dos acusados por essa prática: mulheres (81,4%), primárias, que violavam o próprio corpo para transportar drogas dentro da vagina (66%), para dentro de estabelecimentos masculinos (98,5%), destinadas aos seus maridos, companheiros, filhos ou irmãos (64,9%), sob a justificativa de serem vítimas de coação exercida pelo companheiro preso, medo de represália ao companheiro/irmão/filho que teria recebido ameaças em decorrência de dívidas contraídas na prisão, ou simplesmente a vontade de agradar o amásio.[2]

Apesar da profundidade das questões de gênero envolvidas, que evidenciavam a vulnerabilidade de determinadas mulheres, as decisões judiciais sequer tangenciaram o tema, fazendo interpretações preconceituosas sobre o comportamento, culpabilidade e, principalmente, quanto à adequação da resposta penal ao caso concreto: foram majoritariamente no sentido de manter a prisão preventiva como medida assecuratória e estabelecer a pena privativa de liberdade em regime fechado, diante da extrema *periculosidade* dessas mulheres, com constantes referências a pressupostos teóricos próprios do modelo médico-psicológico positivista, como "*desvio de personalidade*" ou "*personalidade criminosa*".

Assim, tem-se que a leitura extremamente formalista e acrítica do Direito, independentemente da análise da situação fática específica que envolve a conduta, especialmente sob uma perspectiva de gênero, contribui decisivamente para a manutenção de presídios superlotados de mulheres, pobres, envolvidas em acusações por crimes de pouca gravidade e lesividade.

Dessa forma, *propõe-se a inclusão do paradigma de gênero no processo de conhecimento e julgamento do comportamento socialmente problemático*, com vistas a proporcionar a aplicação da punição nos estreitos limites da legitimidade do Direito Penal e da proporcionalidade da sua incidência, na linha do paradigma das inter-relações sociais trazido pelo Professor **Alvino Augusto de Sá**[3] e que, resumidamente, propõe que a compreensão do comportamento socialmente problemático deve levar em consideração todos os elementos que integram a ocorrência da conduta, a história do indivíduo, o seu contexto pessoal e o contexto imediato no qual o crime é cometido, inclusive a responsabilidade das instâncias de controle no seu processo seletivo.

Para tanto, é de vital importância que os estudos sobre gênero sejam incluídos tanto nas escolas, quanto nos cursos jurídicos, para que a inserção do paradigma de gênero possa oferecer uma nova forma de pensar o Direito, revelando como o gênero e as relações de poder dele decorrentes são construídos e reproduzidos por meio do Direito, das suas normas e práticas jurídicas.

Notas

(1) Beauvoir, Simone. *O segundo sexo:* a experiência vivida. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

(2) Ishiy, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. Monografia Digital. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

(3) Sá, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Karla Tayumi Ishiy
Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais
pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.
Advogada.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO
Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14

Vitor Paczek Machado e Ivan Jezler Junior

A prova constitui a pedra angular do processo penal como instrumento recognitivo do fato histórico e persuasivo à decisão judicial, revelando como vetor essencial à validade, a manutenção de sua integralidade (e, portanto, originalidade) durante todo desenvolvimento do processo e da investigação preliminar.

E se o processo penal é o sismógrafo da Constituição do Estado,[1] ainda que se afaste a natureza processual da etapa inquisitorial, deve-se exigir uma persecução regida por critérios empíricos de legalidade, com a projeção de atos orientados à máxima eficácia dos direitos constitucionais; daí surge a cadeia de custódia como *standard* de validade indisponível da decisão judicial, que pretende assegurar o caráter racional do provimento.

Em uma síntese entre o Direito Penal e procedimental, já advertiu **Colomer**[2] que tendo como vetor de desenvolvimento a Constituição, a união básica deve ocorrer por meio dos princípios. Se isso é assim e as provas atuam na *fixação* de fatos no processo, dando legitimação à decisão judicial concomitantemente à imposição de limitações aos objetos e meios de prova,[3] a higidez da cadeia de custódia impõe que o injusto não seja "constituído" mas "regulado" pela decisão, mantendo-a com seu caráter "recognitivo" das normas e "cognitivo" dos fatos e não "constitutivo" de realidade parcialmente explicitada.

Significa a necessidade de manutenção do "todo", ou seja, um *standard* de confiabilidade e originalidade da prova, que permitirá, por intermédio de procedimentos, a verificação e refutação do fato histórico original e sua comprovação empírica, embargando qualquer filtro no material. O modelo constitucional exige, portanto, a manutenção da cadeia de custódia das provas com a preservação (integralidade e originalidade) de suas fontes, pois representará a publicidade endógena aos atos estatais, a efetivação do contraditório no momento da informação, além da própria tutela qualitativa da decisão judicial.

Na contemporaneidade em que a tecnologia informática permeia a vida cotidiana, não raras vezes a prova eletrônico-digital aparece como dado fundamental para resolução do caso penal, que longe de reduzir a complexidade das coisas, redunda no vertiginoso aumento. Essa prova dotada de efemeridade, precariedade, não durabilidade, volatilidade, instabilidade, imaterialidade, complexidade e pulverização (dispersão) torna-se ponto de delicado cuidado, razão pela qual afigura-se fulcral a proibição de alteração da prova no ato de recolhimento, armazenamento e tratamento, estabelecendo o princípio da documentação de todas as etapas, viabilizando a cadeia de controle ou custódia da prova eletrônico-digital.[4] Daí por que a preservação das fontes de prova se revela um dado fundamental, sobretudo naquelas cuja obtenção e produção ocorrem fora do processo, através de meios ocultos de investigação. Isso por um lado.

Por outro temos a realização de grandes operações policiais no Brasil, como a "Operação Lava Jato" que conta com 35[5] fases deflagradas até então, em que há volumosos expedientes para obtenção de prova,[6] tal como o impressionante número de 1.397 (mil trezentos e noventa e sete) procedimentos instaurados. O que nos remete a um velho problema, sobre o acesso aos autos da investigação preliminar e, sobretudo, da "*prova já documentada*".

Não eram raras as vezes que se impusera embargo ao acesso dos elementos de prova documentados em inquérito policial; por ser um dado reiterado e sintomático no sistema, incompatível com a Constituição Federal, o STF elaborou Enunciado Vinculante de n. 14, para quem "*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*".

Em que pese a Súmula Vinculante 14 seja um entendimento dotado no tempo, de acordo com determinado momento histórico, visualizamos hoje uma "nova" problemática que remete às velhas práticas policiais de embargo ao acesso do inquérito, em duas dimensões: volumosas operações realizadas através de processo eletrônico. Essa nova realidade exige uma releitura dos mecanismos de controle do atuar estatal. Daí compreender a Súmula Vinculante 14 como um vetor de controle da cadeia de custódia da prova.

Sobre a adequação, importante referir a compreensão da eminente Min. Ellen Gracie, quando debatida a proposta (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02.02.2009)[7] da Súmula Vinculante de n. 14, em que pontuava a tradição do Supremo Tribunal Federal compreender ser essencial que o "*Advogado – isto é um entendimento antigo – tem realmente direito ao acesso aos autos* ***e conhecimento integral*** *daquilo que é imputado contra o investigado*" (grifou-se, p. 12).

Nesse mesmo debate preliminar à aprovação da Súmula Vinculante 14, de forma lúcida, e esse é um dado elementar, o eminente Min. Celso de Mello, quando demonstrava a essencialidade do acesso à integralidade dos documentos, exaltava que a mencionada Súmula permitiria, para além do que se suscitava, a efetivação de destacado postulado constitucional, o Princípio da Comunhão da Prova, cuja – e essas são palavras dele – "*eficácia projeta-se* ***e*** *incide* ***sobre todos*** *os dados informativos, que,* ***concernentes*** *à 'informatio delicti',* ***compõem*** *o acervo probatório* ***coligido*** *– e formalmente* ***incorporado*** *aos autos – pelas autoridades e agentes estatais*" (grifos originais) – p. 50, proposta (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02/02/09)[8] da Súmula Vinculante 14.

Isso significa dizer que a prova penal, na lúcida observação do eminente decano, uma vez coligida aos autos não pertence ao Ministério Público, à PF ou à defesa, mas constitui "***acervo plenamente acessível***

*a todos quantos sofram, **em referido procedimento sigiloso**, atos de persecução penal por parte do Estado*", sendo "***por tal razão que se impõe assegurar**, aos investigados e aos réus em geral, **o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada** aos autos da persecução penal*" (grifos originais) – p. 51 e 53, proposta (n. 1-6/DF, Tribunal Pleno, 02/02/09)[9] da Súmula Vinculante 14.

Não é preciso ir além para compreender que qualquer tipo de filtro realizado na prova – quer seja por ocultação, destruição ou agregação de conteúdo –, é incompatível com o "acesso amplo aos elementos de prova", justamente por corresponder à parte de um todo. Daí por que na própria razão de ser do enunciado já se denotava a imprescindibilidade de acesso às fontes de prova.

A origem ontogenética da Súmula Vinculante mencionada tem abrigo na impossibilidade de o imputado conhecer direta ou indiretamente as diligências em andamento, aquelas que por sua própria natureza exigem o sigilo, em uma interpretação do art. 20 do Código de Processo Penal. Sob essa perspectiva, se a diligência já fora consumada e documentada, ainda que não integre formalmente o caderno inquisitorial ou processual, faz parte do perímetro material do "jogo", o que veda qualquer descarte sem o crivo do outro jogador.

As impurezas da sistemática processual não residem apenas na lei ou jurisprudência; mesmo em uma perspectiva ortodoxa, por vezes, poderia se compreender que a prova penal seria aquele elemento já residente nos autos, por atuação de ofício do juiz ou das partes. É o pomposo adágio, "o que não está nos autos não está no mundo".

Essa hermenêutica probatória tem abrigo na impossibilidade dos autores processuais encontrarem o ouro da realidade plena no tesouro oculto da imputação, especificamente na concepção neoiluminista de que a verdade absoluta é inalcançável. Mas, se o que temos na dinâmica procedimental é apenas um recorte da realidade fática, pois o fato histórico não pode ser reproduzido integralmente nos autos, torna-se possível e crível que existam outras fontes de prova "extramundo", e que sejam potencialmente importantes para as partes e julgador.

A atividade probatória não se resume à juntada de elementos ao feito, mas é detentora de etapas a serem cumpridas, onde cada passo deve ser passível de cognição das partes, para que o equilíbrio processual não seja objeto de erosão; aqui que se exalta a necessidade de preservação do "todo" e não de parca realidade a serviço de uma parte.

A partir da produção probatória surge para as partes o direito de conhecer as fontes, e exercer um juízo de discricionariedade quanto à pertinência fático-jurídica para a captura psíquica do julgador. Na operação "Negócio da China" se construiu um importante precedente do STJ,[10] acerca de uma necessária renovação semântica do Enunciado Vinculante 14 e a constatação de que a mera proposição do meio de investigação e sua consequente materialização encarcerará a prova, de maneira que seu envelopamento, danificação ou extirpação parcial da persecução penal, sem oitiva das partes e decisão judicial, provoca a ilicitude de todo o conteúdo atrelado pelo nexo causal – STJ, *Habeas Corpus* 160.662/RJ, Sexta Turma, julgado em 18.02.2014, *DJe* 17.03.2014. O móvel da concessão da ordem, na esteira do parecer de **Prado**,[11] foi o desaparecimento de correspondências eletrônicas (e-mails) e exclusão de áudios da interceptação telefônica, que os advogados do indiciado não tiveram acesso antes da apresentação de resposta à acusação; em suma, perdeu-se a originalidade da prova sendo considerada inadmissível.

Portanto, quando um ato de investigação é levado a cabo, necessário, para admissibilidade no processo, a preservação da originalidade da evidência, justamente por surgir ao arguido o direito de conhecer o fato histórico na sua integralidade; do contrário, ter-se-ia a perda da cadeia de custódia da prova, com a consequente inadmissibilidade no processo.

Ademais, como denunciado *ab initio*, a prova digital, mormente no processo eletrônico, é dotada de efemeridade, precariedade, não durabilidade, volatilidade, instabilidade, imaterialidade, complexidade e pulverização, o que torna, pela extraordinária dificuldade intrínseca à espécie, inviável determinar, com rigor, que dados foram acrescentados, modificados ou suprimidos, não sendo possível (e, portanto, utilizável) demonstrar "prejuízo", confrontando eventual "prova íntegra" com "prova alterada" (pela perda da originalidade), sendo, assim, até no inapropriado contexto das nulidades, inadmissíveis no processo.

Que seja feita, pois, uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14, permitindo o acesso às fontes de prova existentes, refinando a decisão judicial por meio da compreensão e controle da cadeia de custódia da prova, projetando a discussão no âmbito da reclamação, em que, caso se verifique (por meio de prova pré-constituída) a perda da originalidade do material, seja decretada a inadmissibilidade no processo.

Notas

(1) Roxin, Claus. *Derecho procesal penal.* 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000. p. 10.

(2) Colomer, I. Gómez. *Temas dogmáticos y probatórios de relevância em el processo penal del siglo XXI*. Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2010. p. 83.

(3) Gomes Filho, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 92.

(4) Rodrigues, Benjamin Silva. *Da prova penal*. t. IV. *Da prova – electrónico-digital e da criminalidade informático-digital*. Portugal: Rei dos Livros, 2011. p. 41-46.

(5) Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acessado em: 16 maio 2016.

(6) Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>. Acessado em: 16 maio 2016.

(7) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acessado em: 16 maio 2016.

(8) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acessado em: 16 maio 2016.

(9) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>. Acessado em: 16 maio 2016.

(10) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=160662&b=ACOR&p=true&t=JURI DICO&l=10&i=2> Acessado em: 16 maio 2016.

(11) Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12.

Vitor Paczek Machado
Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Especializando em Ciências Penais pela PUC-RS.
Advogado.

Ivan Jezler Junior
Mestrando em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professor de Processo Penal na Escola Superior da Advocacia (OAB/BA), da Pós-graduação em Ciências Criminais – UCAMRJ, do Centro de Estudos José Aras (CEJAS) e da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB).
Advogado.

ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência

Ruiz Ritter

Em meio a tantos escândalos de corrupção no País, com consequentes cobranças sociais por respostas imediatas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo (tendo-se o Ministério Público Federal, inclusive, sugerido 10 medidas contra a corrupção – as quais já foram muito bem *enfrentadas* em edição especial deste *Boletim*),[1] não é de todo surpreendente a decisão do STF (*HC* 126.292 – julgado em 17.02.2016)[2] que, alterando a jurisprudência da Corte, passou a admitir a execução antecipada da pena (leia-se após o julgamento em segunda instância).

Isso não diminui um justificado sentimento de *frustração*, é verdade. Um ataque como esse à Constituição é frustrante a qualquer cidadão que reconhece o Estado Democrático de Direito. Mas, tampouco diminui o compromisso que a academia deve ter com a democracia (na perspectiva substancial do conceito, frisa-se), que se vê ameaçada e *precisa* resistir. É nesse contexto, portanto, que se insere o presente texto, que tem por finalidade a consignação de uma profunda *irresignação* e a acentuação, em tom de advertência, da dimensão da presunção de inocência, vítima desse lamentável julgamento.

Sem adentrar no mérito dos argumentos (extremamente problematizáveis) lançados no acórdão já publicado (17.05.2016)[3] para fundamentar o *infundamentável*, há algo de nefasto no respectivo *decisum*, que por mais que se volte atrás (e se espera que sim), impõe uma reflexão imediata: a *expressa violação* da Constituição Federal pela Corte que deve(ria) lhe *resguardar(!)*, por meio da relativização da (con)sagrada presunção de inocência. É isso mesmo. Assim como a grande parte das nulidades processuais penais (para não dizer todas),[4] agora foi a vez dela. Ora valerá até trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ora até o julgamento em segunda instância.

Aliás, a relação da relativização das nulidades com tal decisão também deve ser aqui registrada. Afinal, quando se fala (e muito se tem ouvido e lido isso) de que em terceira instância não se julga o mérito da causa, ignora-se que um mérito em que foram violadas garantias constitucionais em primeiro grau, confirmado em segundo grau – por eventual convalidação ou interpretação de que não houve prejuízo(?!) –, não serve à Constituição e tampouco ao Estado Democrático de Direito. Serve, será, a alguém?

Enfim, fechando os olhos, por falta de espaço, para as demais consequências *desastrosas* resultantes dessa nova jurisprudência (como, a título de exemplo, as questões atinentes ao duplo grau de jurisdição; ao devido processo legal; ao trânsito em julgado; ao ativismo judicial; à insegurança jurídica; à prescrição da pretensão executória; e, aos arts. 63, 118, 119, 122, 123, 133, 283, 334, 377, 379, 428, 581, XIX, 674, 686, 689, § 2.º, 691, entre outros, do CPP; sim, elas são muitas), oportuníssimo momento para se recordar a *extensão e a importância do princípio da presunção de inocência*, para que então se possa avaliar se é aceitável que os Ministros do STF passem a lhe obstaculizar (em termos de efetividade).

A título de contextualização e já para no âmago da questão adentrar, não é demais sublinhar que se está a falar de um princípio que exige que todos sejam tratados como inocentes até *o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória* (ao contrário do que sugeriu o Supremo), sendo, pois, mais do que um direito substancial, uma expressão clara de liberdade,[5] "*um princípio básico do Estado Democrático de Direito no campo das garantias processuais penais, com o objetivo de tutelar as liberdades individuais, coibindo abusos do Estado* [...]".[6] Por meio dele, lembra **Beccaria** que "*Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas. [...] aos olhos da lei, todo homem é inocente se o crime não for provado*".[7]

Mas para muito além de um simples considerar inicialmente inocente o sujeito que se vê acusado de um crime, o que se extrai, de fato, dessa ordem constitucional, é *como se deve tratar os indivíduos que se encontram em tal condição; a quem incumbe a prova da culpa no processo;* e *como deverá atuar o julgador nesse contexto, sobretudo ao final, quando se deparar com um fato sem prova consistente de sua ocorrência nos autos*. À luz dessa interpretação, pode-se, então, compreender a extensão do referido princípio, como *norma de tratamento* (tratamento conferido aos acusados de algum ilícito), *norma probatória* (ônus da prova da acusação), e *norma de juízo* (que se manifesta em toda atividade judicial a fim de que se utilize sempre de uma interpretação favorável ao imputado, quando não houver prova *segura* e *incontestável* de que a alternativa que lhe prejudica deve prevalecer).[8]

Eis o porquê de não se poder confundi-lo (reduzi-lo) ao *in dubio pro reo* (pertencente à *norma de juízo*), em que pese atuem no mesmo sentido (favoravelmente ao acusado). Enquanto a presunção de inocência constitui-se de um direito fundamental, a qualquer pessoa, de ser considerada inocente até prova em contrário (repita-se até condenação criminal transitada em julgado!), o *in dubio pro reo* é aquele a imperar nos casos de dúvida do magistrado acerca da existência do fato ou de sua autoria, bem como em todo momento que se lhe exige a tomada de uma decisão. Assim, ao julgador sempre restará uma interpretação favorável ao réu quando a prova não for suficiente e segura para que se atinja a certeza de que o fato ocorreu.[9] É, com efeito, um princípio inspirador de interpretação que sempre deverá ser invocado nos casos em que não se podendo ver um lastro probatório rigorosamente uniforme, obrigatoriamente se deverá optar pela interpretação mais favorável ao réu.[10]

Equivale dizer que, não tendo sido exitosa a acusação em comprovar a culpabilidade do acusado no processo, prevalece-se a presunção de inocência, que impera em toda a fase processual e somente poderá ser superada quando diante de material probatório incriminador suficientemente satisfatório.(11) A propósito disso, no magistério de **Carnelutti**: "*Es necesario, pues, para condenar, que las pruebas sean suficientes para eliminar una duda relevante tanto sobre la existencia de los requisitos constitutivos como sobre la inexistencia de los requisitos invalidativos o extintivos*".(12) Admitir o contrário é aceitar o modelo de regimes totalitários em plena democracia, em que no lugar do *in dubio pro reo* vige o *in dubio pro civitate*.(13) E não é essa, claro, a concepção garantista que se pretende reconhecer no processo penal democrático-constitucional. Ao contrário, o que se deve verificar neste modelo de Estado é justamente a força normativa de tal princípio, já que intimamente ligado à liberdade do cidadão.

Dito isso, e superada a possível confusão entre presunção de inocência e *in dubio pro reo*, pode-se avançar para outro importante reflexo do princípio em apreço, acima identificado por *norma probatória*, que orientará a atividade processual penal, impondo que se o acusado é presumido inocente, aquele que disser o contrário (que é culpado) é quem deverá provar a alegação.(14) Afinal, "*Si por principio general, toda persona es inocente hasta que se pruebe lo contrario, la carga de la prueba del delito, imputabilidad, culpabilidad y demás circunstancias, así como el monto del daño causado, descansa en el Ministerio Público*".(15)-(16) Consequentemente, ao acusado, desnecessária a produção de provas, posto que na falta delas a sentença absolutória é a única decisão legítima para o julgador.(17) No entanto, tal desnecessidade não se confunde com restrição ao direito que possui o acusado de provar o que entender pertinente à sua defesa. Basta compreender que se trata de um direito e não de um dever a produção de prova para o réu, que poderá fazê-la a fim de criar uma dúvida razoável para tornar crível sua alegação.(18)

Por derradeiro, cumpre se compreender o princípio em questão como verdadeira *norma de tratamento*, que impõe que antes da *condenação definitiva* ninguém deve estar sujeito a medidas restritivas de direitos que antecipem um juízo de culpa.(19) De observar, que tal imposição permeia toda a apuração do fato criminoso, devendo orientar a atividade persecutória desde o descobrimento do ilícito. Disso decorre que juízos antecipatórios condenatórios, atitudes como deixar algemado sem necessidade o investigado em audiências e violações da intimidade do suspeito com divulgações de informações que aparentemente (ao arrepio do contraditório) lhe colocam em posição delicada, violam a presunção de inocência em seu caráter de garantia de tratamento,(20) devendo ser repudiadas. Que dirá prender antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para cumprimento antecipado de pena! Evidente o equívoco, para dizer o mínimo, do Supremo.

Refere **Giacomolli**, a esse respeito, que a regra de tratamento da pessoa possui efeitos tanto endoprocessuais, servindo de orientação para o agir dos sujeitos processuais, quanto extraprocessuais, servindo de orientação a terceiros, sobretudo no tocante a preservação da imagem do indivíduo.(21) Ou seja, é no tratamento do sujeito investigado que se verá se há ou não respeito à consagrada presunção de inocência. Na dimensão interna se determinará que a prova seja produzida pela acusação; que a dúvida leve invariavelmente à absolvição e que a prisão seja somente a *ultima ratio* – não podendo ser banalizada, mormente por suas consequências negativas incalculáveis para aquele que se presume inocente (note-se, aqui, o erro crasso do STF); na dimensão externa, por sua vez, se cuidará da imagem do investigado, atuando contra uma publicidade abusiva e estigmatizante.

Em apertada síntese, portanto, é essa a configuração do princípio da presunção de inocência em sua amplitude (ou tríplice função delimitadora: *in dubio pro reo*, ônus da prova e regra de tratamento). Incontestavelmente, se está diante de um princípio-garantia,(22) que muito mais do que preservar um *status* de não culpabilidade antes de uma decisão condenatória definitiva, preserva a *dignidade(!)* do cidadão frente ao Estado. No contexto atual, que inicialmente se referiu e agora conta com o aval do STF, a dúvida que se coloca é: se é aceitável que tal princípio seja *violado* (ou, no mínimo, relativizado) como fez a Suprema Corte. Acaso a resposta seja afirmativa, resta apenas alertar que será altíssimo o preço a ser pago.

Notas

(1) *Boletim IBCCRIM* n. 277 (Edição especial), publicado em dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>.

(2) Para não generalizar, vale registrar que a decisão se deu por maioria, tendo sido acompanhado, o Ministro Relator Teori Zavascki, pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, ficando vencidos Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

(3) Que, diga-se, foram tratados como *superinterpretações* – entendidas como leituras inadequadas, caracterizadas pela ultrapassagem do limite semântico do texto, prevalecendo a imposição da vontade do leitor –, responsáveis por uma verdadeira "*mutilação constitucional*", para utilizar os mesmos termos constantes da ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil envolvendo o julgamento em questão.

(4) Uma leitura imprescindível sobre o tema é "Nulidades no processo penal" de Ricardo Jacobsen Gloeckner.

(5) Náder Kuri, Jorge. Dónde está el principio de presunción de inocência. *Iter Criminis:* Revista de Ciências Penales, México, n. 12, p. 301, out.-mar. 2004/2005.

(6) Thumbs, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 153.

(7) Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 47. É também o que leciona Alberto Bovino, ao se referir ao estado de inocência reconhecido a todos os seres humanos: "*según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos*" (Bovino, Alberto. Contra la inocencia. *Ciencias Penales*: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 16, nov. 2005).

(8) Zanoide de Moraes, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 424-476.

(9) Montero Aroca, Juan et al. *Derecho jurisdiccional III*: proceso penal. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 288.

(10) Bettiol, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. p. 296.

(11) Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 154.

(12) Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal civil y penal:* principios del proceso penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. p. 255.

(13) Bettiol, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal* cit., p. 195.

(14) Giacomolli, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal:* considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 15.

(15) Rivera Silva, Manuel. *El procedimiento penal*. 38. ed. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 203.

(16) Válido observar a distinção em relação à regra do processo civil de distribuição do ônus da prova (art. 373, I e II, do NCPC), de inviável aplicação no processo penal, em que o estado de inocência prepondera.

(17) Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 153.

(18) Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

(19) Gomes Filho, Antônio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

(20) Idem, ibidem, p. 138.

(21) Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal*… cit., p. 100.

(22) Gomes Filho, Antônio Magalhães. Presunção de inocência... cit., p. 130.

Ruiz Ritter
Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).
Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).
Advogado criminalista.

Análise constitucional do direito ao esquecimento

Caroline Bussoloto de Brum

A memória é uma dádiva inerente ao ser humano. Sendo boas ou ruins, todo o indivíduo as possui como marcas de sua trajetória na vida. Infelizmente, o ser humano, na maioria dos casos, não pode escolher o que será ou não guardado pelo seu subconsciente. Assim, as memórias são marcas do tempo que permanecem na mente dos indivíduos, às vezes ultrapassando a singularidade deste, e atingindo uma coletividade.

O direito ao esquecimento surge a fim de auxiliar os casos onde os envolvidos em situações que lhes trouxeram de alguma forma prejuízos à sua imagem, honra e intimidade, possam adentrar ao esquecimento coletivo, uma vez que impossibilita o reavivamento daquele evento. Na sociedade moderna, conectada das mais diversas formas e mediante os mais avançados dispositivos, todos então sempre um passo à frente sobre toda e qualquer informação que se busque sobre algo, ou sobre alguém.

O direito ao esquecimento vem como um alento àqueles que buscam um fim para uma história da qual se arrependem, por fazer parte, por estar pagando por isso, ou por já ter pago sua "dívida" perante a sociedade. Trata-se de uma nova chance de reintegração social que somente é possível com o natural decurso do tempo e o consequente esquecimento dos fatos.

Não possuindo respaldo na legislação pátria em forma de norma expressa, esse direito é uma construção doutrinária e jurisprudencial, e há tempos conhecido, com outras vestimentas, no Direito Penal. Pelas palavras do advogado **Eduardo Moretti**, em entrevista ao "STJ Notícias",(1) o direito ao esquecimento se fundamenta no choque entre princípios constitucionais, estando ambos encontrados no art. 5.º da Constituição, um após o outro. No inc. IX, o princípio da liberdade de expressão e informação, constituindo base para o Estado Democrático de Direito; e no inc. X, a proteção à honra, à privacidade e à intimidade do indivíduo, forma de proteção e extensão dos direitos de personalidade. Encontrando-se ambos na mesma hierarquia das normas, existe o conflito que para ser dirimido necessita ir além da interpretação literal do texto, após uma análise do caso concreto.

O direito à privacidade se encontra subentendido nos direitos de personalidade garantidos na Constituição Federal. A tutela constitucional ao direito à privacidade está elucidada no art. 5.º da Carta Magna, em seu inc. X, sendo, ainda, um direito personalíssimo, inerente ao ser humano, tendo como característica essencial a subjetividade, dando a possibilidade de o sujeito agir ou não de certo modo.

Não obstante, existem exceções normativas ao direito à privacidade, podendo este ser relativizado por expressa permissão legal ou por ordem judicial. Estas exceções operam-se à medida que há o conflito entre este direito e outras garantias ou bens constitucionais envolvidos, extrapolando as barreiras da sua conceituação.

Diferentemente do direito à privacidade, que advém dos direitos de personalidade, o direito à informação ou à liberdade de expressão vêm dos direitos de liberdade. O direito em epígrafe é trazido na Constituição Federal em diversos momentos, mas para o estudo da liberdade de informação, faz-se necessária a análise do inc. IX do art. 5.º e do art. 220 da Carta Magna. O termo "informação" pressupõe um estado de consciência sobre os fatos ou dados, que implica um esforço intelectual para transmitir a informação à sua percepção ou entendimento, constituindo, a partir disso, duas direções, a do direito de informar e a do direito de ser informado.(2)

O limite da liberdade de informação ou de expressão surge quando a manifestação for exacerbadamente agressiva, pois, apesar de ampla a liberdade de expressão, esta não possui caráter absoluto, encontrando "*limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios*".(3) Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre *a posteriori*, a reação estatal, expondo àqueles que os praticarem as sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

O direito ao esquecimento surge essencialmente como uma antinomia constitucional. Se este é suscitado, houve, então, uma suposta violação do direito à intimidade pelo direito à informação de terceiros. Os limites à liberdade de informação e expressão ocorrem, como já exposto, quando depararem com outros direitos fundamentais. A colisão de direitos fundamentais se caracteriza "*por um embate* in

concreto *de direitos fundamentais*",[4] ocorrendo este embate, conforme **Andrade**, quando a Constituição proteger simultaneamente dois ou mais bens em contradição concreta.[5] As colisões existem em face de não serem os direitos absolutos e imutáveis.

Utiliza-se, para a resolução das antinomias, um método de interpretação em que, dado o caso concreto, haverá essa análise com base em alguns princípios, dentre eles a ponderação de bens envolvidos, feita pelo Poder Judiciário. O mais adotado pelas doutrinas tradicionais, como expõe, por exemplo, **Alexy**,[6] é utilizar o sopesamento dos princípios envolvidos, chamando sua tese de "lei de colisão", na qual explica que "*ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis*".

Para a resolução desta antinomia formada pelo direito ao esquecimento, parte-se do princípio de que nenhum destes direitos é absoluto,[7] devendo, conforme dita **Godoy**,[8] "*na hipótese concreta, ponderar as circunstâncias que, afinal, venham a determinar a prevalência de um ou outro direito*". Na opinião de **Sampaio**,[9] não se leva em consideração, na resolução do conflito de normas, a veracidade ou não dos fatos abordados, mas sim a atitude invasiva que pode gerar responsabilidade, ou não, a quem a emitiu no seu direito de informar.

É inerente ao processo penal a publicidade, preceituando o art. 93, IX, da CF que a realização pública de justiça pertence a todos e passa a ser de conhecimento notório, conferindo legitimidade às posturas estatais de mando e de imposição de regras.[10] Por outro lado, a própria Carta Magna concede preservação dos atos, em seu art. 5.º, LX, ditando que "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

O direito ao esquecimento advém da necessidade da proteção à vida privada e à intimidade; ao passo que se choca com o direito à informação, tal construção vem incorporada a diversos institutos que buscam estabilizar o passado e conferir estabilidade ao futuro.[11] Para **Khouri**,[12] "*o objeto da proteção é a própria pessoa na sua intimidade e as novas tecnologias da informação colocam em risco sobremaneira esse direito de personalidade*".

No ano de 2013, o STJ aprovou na VI Jornada de Direito Civil o Enunciado 531, que advém de uma interpretação do art. 11 do Código Civil, o qual estabeleceu que "*a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*". Cabe, por fim, destacar a frase de **Almeida**, dando fechamento ao tema quando afirma que "*fazer justiça, então, é atualizar o esquecimento, fazê-lo presente e desativá-lo, impedir que a ferida fique aberta e esteja presa ao tempo*".[13]

Notas

(1) *STJ Noticias* #20 – Dúvidas sobre direito ao esquecimento. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kWRAd2yasu0>. Acesso em: 11 out. 2014.

(2) Grecco, 1974 apud Leyser, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Direito à liberdade de imprensa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 50.

(3) Voto do Min. Marco Aurélio Mello no *HC* 82.424-2.

(4) Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

(5) Andrade, 1987 apud Steinmetz, 2001, p. 63.

(6) Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94.

(7) Dotti, 1980 apud Godoy, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

(8) Godoy, Op. cit., p. 72.

(9) Sampaio, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada:* uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 390.

(10) Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

(11) Brasil. STJ. REsp 1.334.097-RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10.09.2013. *Diário Oficial da União*. p. 14.

(12) Khouri, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 463, set. 2010.

(13) Almeida, Bruno Rotta. Culpa, ressentimento e memória: traços problemáticos de um pensar transicional da justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará*, v. 34, p. 97-114, 2013, especialmente p. 14.

Caroline Bussoloto de Brum
Pós-Graduanda na Especialização em Direito Penal e Políticas Criminais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul-RS.
Advogada.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, André Felipe Pellegrino, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Beatriz Ferreira Jubilut, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Clara Masiero, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, João Jacinto Anhê Andorfato, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luan Nogués Moyano, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marina Ludovico Bruno, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael de Souza Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Renata Macedo Souza, Ricardo Caiado Lima, Roberto Portugal de Biazi, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Rodrigo de Castro Sardenberg, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Thiago Tezani, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Ludmila Bello, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

O aumento do encarceramento feminino no Brasil e a não hediondez do crime de tráfico privilegiado

Carolina Sabbag Salotti e Paulo César Corrêa Borges

Em 2015, o "Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil"[1] trouxe dados alarmantes a respeito do encarceramento feminino no país. De acordo com este relatório, entre 2005 e 2012, o crescimento da população masculina no sistema prisional foi de 70%, enquanto a população feminina, na mesma situação, elevou-se 146%.

Indicando a mesma tendência, em junho de 2004, o Infopen Mulheres[2] apresentou dados comprovando que, entre 2000 e 2014, a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567%, chegando a totalizar 37.380 mulheres. Em contrapartida, a taxa de homens na mesma situação elevou-se, nesse mesmo período, em 220%. De modo que, se em 2000 a população prisional feminina representava 3,2% da totalidade de encarcerados, em 2014 passou a representar 6,4% deste total.

Ainda de acordo com este relatório, dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, o tráfico de drogas figura nas primeiras posições, tanto no que se refere aos ilícitos imputados aos homens quanto às mulheres. Entretanto, enquanto para estas o percentual é de 68%, sendo maioria esmagadora, para aqueles é de 26%, mesmo percentual dos crimes de roubo.

O grande crescimento do encarceramento de mulheres está estreitamente relacionado a processos políticos e econômicos que prevalecem no mundo todo. O regime internacional de proibição das drogas, que repercute diretamente no Brasil; o aumento do fluxo, tanto de mercadorias quanto de pessoas, decorrente de uma maior liberalização do mercado e consequente circulação nas fronteiras; e a globalização, trazendo a ampliação das modalidades de trabalho formais e informais, são fatores que não podem deixar de ser considerados ao se analisar o presente quadro. Nesse contexto, é cada dia maior o número de mulheres que ingressam no mercado de trabalho formal e informal. Este ingresso, entretanto, não supera a vulnerabilidade social e as opressões e violências de gênero por elas vivenciadas na sociedade, o que faz com que acabem ocupando a "ponta da cadeia" no comércio ilegal de drogas, com maior visibilidade e correndo o risco constante de serem presas.[3]

Ainda, a maneira como a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) trata o tráfico de entorpecentes repercute de maneira direta e muito negativa na relação das mulheres com o sistema prisional. Não existem critérios objetivos claros para distinguir a traficante da usuária, ficando ao arbítrio do Poder Judiciário esta distinção. Este, em geral, de maneira subjetiva, extremamente rígida e seletiva, estabelece seus parâmetros segundo características sociais, econômicas, etárias, regionais, de gênero e raça, o que acaba prejudicando aquelas em situação de maior vulnerabilidade.

Esse delito também figura na lista dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), sendo, portanto, inafiançável, insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos e necessário o cumprimento de dois terços e dois quintos de sanção, respectivamente, para a obtenção do livramento condicional e da progressão de regime. Suas penas são mais altas e o tempo de prisão temporária é maior.

No dia 23 de junho de 2016, o STF julgou o *HC* 118.533/MS, impetrado pela Defensoria Pública da União questionando a decisão do STJ, passando a não considerar hediondo o tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, Lei 11.343/2006), também chamado de habitual, sendo aquele em que a pena do agente é reduzida nos casos de o réu ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Essa decisão engendrou uma série de possibilidades aos condenados por esses delitos, como a concessão de indultos, de *sursis*, de penas menores, além de ser necessário um menor tempo para a obtenção do livramento condicional e da progressão de regime. E isso, conforme acentua **Raquel da Cruz Lima**,[4] beneficia sobremaneira as mulheres. Estas, em sua maioria, são as principais responsáveis pelo sustento da família e pela guarda dos filhos. Quanto mais tempo ficam encarceradas, mais sofrem as consequências da fragilidade e do desgaste em suas relações pessoais, podendo levar, inclusive, à perda do poder familiar, com inúmeras consequências negativas para elas e seus parentes próximos. Além disso, a inserção no mercado de trabalho formal, já dificultada pelas diferenças de gênero impostas pela sociedade, privilegiando homens em detrimento de mulheres, somada à condição de egressas, torna-se ainda mais complicada.

Especificamente no que se refere às mulheres estrangeiras, sua maioria é composta pelas chamadas "mulas" do tráfico, que, tecnicamente, enquadram-se no tráfico privilegiado. Assim, a despeito de serem presas com quantidades significativas de drogas, em sua grande maioria, são primárias, possuem bons antecedentes e não pertencem a organizações criminosas, cometendo os delitos sob coação, enganadas a respeito das atividades que desempenham ou motivadas por questões de vulnerabilidades externas. Nessas condições, tratá-las com a rigidez conferida aos crimes hediondos seria, no mínimo, um contrassenso.[5]

Em um país no qual o crescimento do encarceramento de mulheres supera exponencialmente o de homens e no qual o crime de tráfico figura, de longe, como a maioria dos crimes tentados e consumados, uma decisão desse teor é sinal de vitória, tanto dos órgãos oficiais, especialmente da Defensoria Pública, quanto da sociedade civil, amparada, sobretudo, pelos movimentos contra o encarceramento e pelos direitos das mulheres. Entretanto, há de se considerar que, apesar de a decisão, à primeira vista, implicar uma flexibilização no enfrentamento da presente problemática, ainda existem muitas barreiras a serem transpostas.

Primeiramente, a concessão deste benefício será objeto de pedidos

ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

de advogados e defensores públicos e do julgamento de magistrados de primeira instância, que estão acostumados a empregar uma interpretação diversa da que lhe foi atribuída pelo STF. Desse modo, a liberdade das mulheres acusadas de tráfico habitual dependerá, mais do que nunca, da atuação desses agentes. Ademais, a seletividade do sistema criminal ainda está longe de acabar e não se findará pela não hediondez em questão: as mulheres, negras, jovens, das periferias, de classes econômicas e sociais menos privilegiadas, ainda serão os principais alvos do sistema. E, por fim, há uma série de forças conservadoras e punitivistas na sociedade, a favor de um sistema cada vez mais rígido, que pressiona para que a "guerra às drogas" recrudesça, em vez de aceitar a falência desta e do sistema punitivista e, em especial, do prisional.

Notas

(1) PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Mapa do encarceramento*: os jovens do Brasil 2015. Disponível em:< http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

(2) MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias:* Infopen Mulheres – junho 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

(3) ANGOTTI, Bruna. O encarceramento feminino como ampliação da violação de direitos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 7 dez. 2015. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=2005>. Acesso em: 20 ago. 2016.

(4) LIMA, Raquel da Cruz. *PBPD entrevista*: Raquel da Cruz Lima. [jul. 2016]. Entrevistador: Harumi Visconti. Disponível em: <http://pbpd.org.br/wordpress/?p=4006>. Acesso em: 22 ago. 2016.

(5) Idem. Queria que não tivesse nenhuma mulher no sistema penitenciário. *Instituto Terra, Trabalho e Cidadania*, 7 jun. 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/queria-que-nao-tivesse-nenhuma-mulher-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 22 ago. 2016.

Carolina Sabbag Salotti
Pós-graduanda (Mestrado) em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"- UNESP (2015).
Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"- UNESP (2015).
Membro do corpo editoral e revisora da Revista de Estudos Jurídicos UNESP.

Paulo César Corrêa Borges
Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla – Espanha (2012).
Doutor em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (2003).
Mestre em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (1998).

O *estado de coisas inconstitucional* e a execução antecipada da pena

Rodrigo de Oliveira Ribeiro

O Tribunal guardião-maior da Lei Fundamental, no início de 2016, assinalou a guinada jurisprudencial que vem agora a autorizar a execução antecipada da pena, por meio do julgamento do *HC* 126.292. Ao trilhar esse caminho, o Supremo Tribunal Federal aparentemente não levou em conta a incompatibilidade desse precedente com os últimos julgados que culminaram no reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário.

Em setembro de 2015, foi levada a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a Medida Cautelar na ADPF 347. Na decisão ali construída, restou declarado, diante do *status* de nosso parque penitenciário, o que se convencionou denominar "*estado de coisas inconstitucional*", definição emprestada da Corte Constitucional da Colômbia:

"*SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – **VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS** – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas** e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, **deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'***" (destacou-se).

A mesma Corte Constitucional, ao declarar esse *estado de coisas inconstitucional*, na voz do Min. Luiz Fux, reconheceu que o duplo grau de jurisdição *não filtra devidamente as ilegalidades*: "(...) *nós deparamos diuturnamente, nas Turmas, com prisões sem fundamentação, prisões mal decretadas e todas essas perplexidades que foram narradas na ação* (...).[1]

Segundo a Corte Constitucional da Colômbia e seu paradigma, para que esteja configurado o *estado de coisas inconstitucional* é necessária a presença de três pressupostos: *a) situação de violação generalizada de direitos fundamentais*; *b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação*; e, *c) a superação das transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades*.

Na mesma época, o termo *violação massiva de direitos fundamentais* foi empregado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 592.581/RS. Neste julgamento, o Poder Judiciário determinou à União e demais Estados que fossem realizadas obras em presídios, independentemente de dotação orçamentária. Destacamos do voto do relator, Min. Ricardo Lewandowski, em que constata a "*total falência do sistema carcerário brasileiro*" e o "*caos institucional*": "*Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos*

sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios".

Nessa toada, no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 580.252, que trata da responsabilidade civil do Estado por danos morais aos presos submetidos a condições desumanas ou degradantes de encarceramento, o Min. Luís Roberto Barroso chegou a afirmar:(2) "*Mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade*".

A genuína preocupação em "*não se ter o cumprimento da integralidade da pena no regime fechado*"(3) em nosso sistema penal é mais do que justa. A preocupação possui, igualmente, íntima ligação com a proteção da dignidade da pessoa humana. Em *mais de 60* unidades espalhadas pela Federação *há quatro pessoas ou mais por vaga*.(4) Atualmente, *para cada pessoa no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado* e, para cada pessoa no regime semiaberto, há cerca de três no fechado.(5) *Oito em cada dez unidades custodiam pessoas de mais de um tipo de regime ou natureza de prisão*.(6)

Cada dia em desvio de execução deveria ser evitado a todo custo pelo Estado e pelo Poder Judiciário, seja em respeito à dignidade do preso, ou pela economia para os cofres públicos.

Além de contraditório, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não está a se coadunar com o moderno entendimento adotado pelo Comitê de Prevenção à Tortura europeu, cujas recomendações são seguidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos:(7) atualmente não se consideram maus tratos apenas os atos dirigidos ao corpo do indivíduo privado de sua liberdade, mas também as condições de detenção – incluindo-se o direito de não ser custodiado em um ambiente superlotado.(8)

Exige-se coerência da mesma Corte que reconheceu a importância da progressão de regime,(9) estendendo-a aos crimes de tortura, hediondos e equiparados; espera-se desse mesmo Tribunal que não permita ser iniciada a execução da pena (principalmente àqueles que responderam regularmente ao processo em liberdade), baseada em título condenatório precário e não definitivo.

A execução antecipada das penas de forma sistemática inaugurará, de forma incontornável, uma verdadeira enxurrada de desvios de execução das penas. De que adiantará reformar a dosimetria de uma pena, anular uma causa de aumento, se a fase inicial em regime fechado já terá decorrido? A mera possibilidade genérica de se cumprir a pena *integralmente ou além do devido* em regime fechado fere, ao menos, três garantias constitucionais: *i) o direito de o condenado ter a sua pena individualizada* (art. 5.º XLVI); *ii) o direito de não receber pena considerada cruel* (art. 5.º, XLVII, letra *e*); *iii) o direito de cumprir a pena legalmente estabelecida "em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado"* (art. 5.º, XLVIII).

Antes mesmo do advento da Carta Política – e a consagração, em seu art. 5.º, LVII, do princípio da presunção de não culpabilidade –, a LEP (Lei 7.210/1984) já condicionava a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 105). O art. 164 da LEP estabelece claramente que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado vale como título executivo judicial.(10) Da mesma forma, ocorre com a execução da pena restritiva de direitos (art. 147).

As razões para que a execução ocorra apenas nesse momento têm sua causa em motivos intrinsecamente relacionados à matemática e à lógica progressiva da execução penal.(11) As penas corporais enquanto parcelas determinadas e exatas de tempo, numérica e objetivamente definidas; as progressões decorrentes de frações previstas em lei; os indultos a exigir requisitos objetivos estabelecidos em lapsos temporais da pena estabelecida, cumprida e remanescente; basta uma alteração singela no título condenatório penal, por meio de recurso criminal, e já é possível vislumbrar um *efeito cascata* sobre as diferentes frações envolvidas na progressão do regime e na execução da pena restritiva de liberdade.

Pensando nesses fundamentos é que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 2009, havia recolocado a jurisprudência no caminho certo – assim como atualmente, naqueles idos havia divergência de entendimento na Corte no tocante à execução da pena antes do trânsito em julgado –, ao definir, no *HC* 84.078/MG:

"*8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida*".

Isso se traduz em dias, semanas, meses e muitas vezes anos de pena cumprida em desvio de execução, seja em estabelecimentos inadequados, seja sem fazer jus à liberdade condicional no momento estabelecido em lei,(12) ou sem fazer jus aos benefícios que permitem ao apenado trabalhar e estudar fora das dependências prisionais. Trazemos à lembrança o voto do Min. Marco Aurélio, no mesmo *HC* 84.078/MG: "(...) *perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica*".

Dessarte, em face dos recentes posicionamentos da Corte Constitucional no âmbito da questão penitenciária, espera-se que a jurisprudência volte a palmilhar a única interpretação possível do texto constitucional no tocante a presunção de não culpabilidade. Sabemos como a legislação de pânico acomete sazonalmente o Congresso Nacional mediante propostas demagógicas de aumento indiscriminado de penas, e conhecemos os seus resultados. Não precisamos nesse momento de uma nova jurisprudência do mesmo viés.

Notas

(1) Min. Luiz Fux, ADPF 347 MC/DF, p. 114.
(2) Voto em elaboração, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf >.
(3) Min. Marco Aurélio. Debates orais. Proposta de Súmula Vinculante 30/DF, p. 4.
(4) Idem, p. 38.
(5) Infopen. Levantamento Nacional de informações penitenciárias,

2014. p. 20. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>. Atualmente, mais de 40% dos presos cumprem suas penas em regime fechado.

(6) Idem, p. 28.

(7) E que mereceria ser utilizado como baliza para o nosso sistema, na medida em que nele encontra perfeita aplicabilidade, se não até mais em nossas terras do que alhures.

(8) Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. *Revista eletrônica de Direito Penal*, ano 1, v. 1, n. 1, jun. 2013. Embora o Comitê não seja um órgão jurisdicional, suas recomendações foram aplicadas pela CEDH a partir do caso "*Kudla v. Polônia*".

(9) *HC* 90.262; *HC* 85.677, QO; AI 460.085 EDv-AgR; *HC* 86.224; AI 504.022 EDv-AgR; *HC* 88.231; R*HC* 86.951. Súmula Vinculante 26 e PSV 30.

(10) Igualmente, registre-se, ocorre com a execução da pena restritiva de direitos.

(11) À guisa de exemplo, o art. 112 da LEP prevê a progressão da pena após cumprida a fração de 1/6. Àqueles condenados pelo cometimento de crimes hediondos, a fração exigida é de 2/5 da pena se o agente for primário. Caso reincidente, a fração é de 3/5 (art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/1990). Para a obtenção da liberdade condicional, são exigidas frações de tempo de 1/3 (aos não reincidentes em crime doloso e possuidores de bons antecedentes), 1/2 (aos reincidentes em crimes dolosos) e 2/3 (aos condenados por crimes hediondos (art. 83 do CP).

(12) A última etapa do sistema progressivo penitenciário, segundo: Lyra, Roberto *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1955. v. II, p. 498.

Rodrigo de Oliveira Ribeiro
Membro efetivo do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro.
Membro da Comissão de Processo Penal da OAB/RJ.
Advogado criminalista.

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

Auxílio-reclusão: a luta pelo fim de um direito

Maria Leilza do Nascimento Bem

1. Considerações iniciais

Especialmente agora, que o auxílio-reclusão encontra-se envolto em polêmicas e preconceitos, buscar resgatar o seu fim social é uma forma de abrir caminhos para desfazer a equivocada visão disseminada em redes sociais acerca desse benefício. É de se observar, porém, que o preconceito de que se fala tem suas raízes fincadas no processo de estigmatização do preso, que se reverbera em sua família. Esse mesmo processo de estigmatização parece estar mascarado na alteração que restringiu o direito ao benefício na Emenda Constitucional 20/1998, bem como na proposta de Emenda Constitucional 304/2013, que propõe o seu fim.

Esse trabalho justifica-se pela necessidade de se defender um direito, uma prestação positiva do Estado. Essa defesa importa não só aos beneficiários de auxílio-reclusão, mas a toda a sociedade, pois o fim do auxílio-reclusão representa uma grave lesão às bases dos direitos humanos. Se houver autorização para essa lesão, outras tantas poderão ocorrer, alude-se aqui **Bertolt Brecht** em "A indiferença".(1)

A fim de atingir os objetivos propostos, utiliza-se de instrumentos metodológicos dedutivos, buscando suporte na criminologia crítica, nos fundamentos constitucionais penais, nos direitos sociais, servindo-se de dados bibliográficos que fortalecerão a argumentação desenvolvida ao longo do trabalho.

2. O auxílio-reclusão no Brasil

O auxílio-reclusão somente ganhou assento constitucional na Constituição Federal de 1988. A inclusão desse benefício no art. 201 da Constituição Cidadã deveu-se ao fato de que o legislador constituinte originário considerava a prisão do segurado como risco social que deveria ser coberto pelo regime geral da previdência social, cobertura esta que se estende à família (dependentes) do recluso, e não ao financiamento de crime. Originalmente, a Lei 8.213/1991,(2) que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, autorizava a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recolhido à prisão independentemente do valor do último salário de contribuição, ou seja, era um direito de todos os dependentes de segurados, sem mencionar qualquer restrição quanto à renda destes. Todavia, com a EC 20/1998 a concessão do benefício ficou restrita aos dependentes dos segurados de baixa renda.

A prisão, seja no regime fechado, semiaberto ou mesmo nos moldes da prisão cautelar, constitui-se no evento que enseja o requerimento de auxílio-reclusão, o qual para ser concedido requer, ainda, que na data da prisão, o recluso comprove a qualidade de segurado do INSS. Também deverá ser comprovado que este não está recebendo remuneração da empresa, nem está em gozo de auxílio-doença, ou de aposentadoria, ou de abono de permanência em serviço. A partir da EC 20/1998, também passou a ser requisito de concessão, a comprovação de o recluso auferir baixa renda. Para continuidade do benefício, os dependentes devem apresentar à Previdência Social, a cada três meses, atestado de que o segurado continua preso, emitido por autoridade competente.

Com o advento da Lei 13.135, de 17.06.2015, foram introduzidas significativas alterações em alguns benefícios previdenciários, especialmente no benefício de pensão por morte, as quais se estendem integralmente ao benefício de auxílio-reclusão. A principal alteração refere-se à duração do benefício. Assim, se a reclusão ocorrer sem que o segurado instituidor conte com 18 contribuições mensais vertidas ao INSS, o benefício será pago apenas por quatro meses ao cônjuge ou companheiro. Igual situação também acontecerá se o casamento ou união estável tiver menos de dois anos na data da reclusão. Preenchidos os requisitos das contribuições e do período de, pelo menos, dois anos de casamento ou de união estável, a duração do benefício variará de acordo com a idade do beneficiário cônjuge/companheiro, de modo que, quanto maior a expectativa de vida, menos tempo de benefício.

3. A luta pelo fim de um direito

Entende-se que a EC 20/1998, que limitou o benefício à pessoa com baixa renda, já revelava uma face discriminatória, pois não há motivo concreto que demonstre a desnecessidade dos dependentes de maior renda. Ora, da alta renda do segurado não decorre a conclusão lógica de que seus dependentes terão condições dignas de sobreviver, ausente essa renda, Raupp (2009). Essa desarrazoada seletividade traveste-se de punição. É este viés punitivo que também está arraigado nos projetos de EC 30/2011 e 304/2013, em tramitação.

Por meio de pesquisa, **Chies** e **Passos**[3] apontaram que um movimento iniciado em listas de e-mails e redes sociais na internet, a partir de 2009, retirou o auxílio-reclusão da quase invisibilidade e o levou ao amplo debate público denominado "bolsa-bandido". Esse debate culminou na elaboração do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 30/2011,[4] que visa trazer mais uma restrição ao benefício, não bastasse a que institui o requisito baixa renda. Apresentado pelo deputado federal Fernando Francischini (PSDB-PR) o projeto aguarda um posicionamento da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJC). De acordo com a proposta, o auxílio-reclusão passaria a não ser devido a presos condenados por crimes hediondos. Esse projeto de lei revela, em última análise, que o autor de um crime hediondo tem uma família hedionda, que também é rotulada como inimiga da sociedade. Esse inimigo, de acordo com **Zaffaroni**,[5] é visto tão somente como ente perigoso, a quem se pode negar direitos exatamente por não ter qualidade de pessoa. Essa exclusão alcança a família do preso, a qual acaba fazendo parte do mesmo processo que vitima o preso. Assim, embora se tenha a garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do condenado, na realidade prática ela insiste em passar, graças ao descompasso existente entre o pensamento constitucional penal moderno e a política criminal, posta em prática pelas vias estatais.

Em 2013, mais uma vez a sociedade se mobilizou contra o auxílio-reclusão, dessa vez, apoiando a iniciativa do projeto de lei que prevê a extinção do benefício. De acordo com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 304/2013,[6] da deputada Antonia Lucia do PSC/SC, o auxílio-reclusão deve ser extinto, e criado benefício para as vítimas. Em consulta realizada em 03.09.2016, verificou-se que o projeto aguarda Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). No texto de admissibilidade do projeto consta a seguinte consideração:

"(...) *Ademais, o fato do criminoso saber que sua família não ficará ao total desamparo se ele for recolhido à prisão, poderia facilitar sua decisão em cometer um crime, motivo pelo qual entendem que é mais justo amparar a família da vítima do que a família do criminoso*".[7]

A família do criminoso não é igual às outras famílias, é o que foi dito. Foi dito, também, que a família do preso deve sim ficar exposta a risco social, desamparada, quem sabe assim o criminoso deixa o crime. O uso dessa fundamentação discriminatória é incompatível com os ditames constitucionais, a começar pela ideia fundante da dignidade da pessoa humana. Ao comentar a PEC 304, na página da Câmara dos Deputados (enquete), **Maria Berenice Dias**, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, assim se manifestou:

"*Não vejo justificativa para se extinguir o auxílio-reclusão, porque ele vem beneficiar não o réu, mas sua família. Me parece uma coisa um pouco vingativa, aquela visão de que cometeu um crime, azar, vai mofar na cadeia e a família que morra de fome. Não dá para* linkar *esse auxílio-reclusão com esse auxílio às vítimas e tirar de um para conceder ao outro*".[8]

De acordo com o projeto, as vítimas de violência ficam desacobertadas, enquanto as famílias dos presos teriam o direito de auxílio-reclusão garantido pelo INSS. É preciso esclarecer que assim como os dependentes de auxílio-reclusão, as vítimas também contam com prestações previstas no âmbito do INSS, caso algum evento incapacitante lhe sobrevenha. Nesse sentido, há previsão de concessão de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez. São todos benefícios pensados para proteger o trabalhador nas situações de incapacidade, seja ela temporária ou definitiva. No caso do evento morte, os dependentes do falecido poderão requerer a pensão por morte. É preciso esclarecer, porém, que esses são benefícios previdenciários, assim como o é o auxílio-reclusão, são portanto de caráter contributivo. A vítima que não contribui, pode, ainda, recorrer ao benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/1993, o qual poderá ser acionado no caso de incapacidade para a vida e para o trabalho, e por ser assistencial, não depende de contribuição. Por último, temos a reparação civil, pois, acordo com a lei, aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Uma questão importante nasce aqui, aquela relacionada ao caráter contributivo do INSS, porque em razão dela, muitos presos, por não serem contribuintes, não podem ser instituidores do auxílio-reclusão, como também não poderiam, fosse o caso, instituir benefício para a vítima.

É louvável que se reconheçam direitos às vítimas, mas não para fazer outras vítimas, do desumanizante processo que relega o indivíduo à condição de não pessoa, inimigo, aquele excluído de direitos humanos e fundamentais. A infâmia que recai sobre o preso se espraia a ponto de alcançar sua família. Isso só vem revelar a expansão do sistema punitivo, que encontra na sociedade contemporânea respaldo para seu recrudescimento. O discurso que justifica esse recrudescimento é o mesmo que fortalece a ideia de que somente uma parcela da sociedade pratica crimes, as classes subalternas, já que os delitos típicos das classes dominantes, em sua maioria, não alarmam a sociedade, graças à seletividade do processo penal. Nesse contexto, aduz **Alessandro Baratta**: "[...] *o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas*" (Baratta, 2002, p.165).[9]

O caráter desigual do sistema penal determina o combate dos desajustados, do elemento desviante, do estigma, que na construção de **Goffman**,[10] caracteriza-se por um tipo de percepção sobre os atributos individuais considerados fora do padrão ou da norma por valores preestabelecidos. Os desacreditados, em geral, são os deficientes, os presos, os loucos, os desempregados, os negros ou, simplesmente, o estranho. A discriminação das pessoas estigmatizadas

gera o processo de exclusão de direitos, o qual se enfrenta aqui. Os dependentes de auxílio-reclusão acabam marcados de forma reflexa pelo estigma do crime.

A enquete lançada pela Câmara dos Deputados, que pedia voto da população pelo fim do benefício, para apoiar o projeto de emenda à Constituição proposto pela deputada Antonia Lúcia, contou com mais de 1 milhão e meio de votos, sendo 95,5% favorável ao projeto (Portal de notícias ac24horas).[11] Acredita-se que, pelo menos, uma parte da população também apresente repulsa ao conhecimento acerca do benefício, isso para seguir de olhos fechados, negando-se ao benefício da dúvida. O diálogo entre política penal e política social converge para a formação do cenário de repulsa apresentado. Registre-se aqui o papel da mídia na construção do medo, do risco a que se vê exposta a sociedade. Essas construções não estariam tão agravadas, se o poder da mídia fosse usado tão somente para espelhar a realidade.

O auxílio-reclusão também encontra resistência em razão de a sociedade entender que paga o benefício. No entanto, no âmbito da Previdência Social, somente aquele que verte contribuições diretamente para essa entidade é que poderá fazer jus as suas prestações. Assim, um recluso que não tem qualidade de segurado, não pode ser titular ou instituidor de benefício previdenciário. Todavia, é importante observar que a Previdência Social, nos termos do art. 194 da Constituição Federal, integra a seguridade social. Esta, ainda de acordo com a Carta Maior (art. 195), dentre outras formas de financiamento, será custeada por toda a sociedade de forma direta, e indireta. De forma direta, todos aqueles que, compulsoriamente ou por ato voluntário, vertem contribuições para o INSS. Indiretamente, toda a sociedade contribui para seguridade social, isso porque somente as contribuições da Previdência Social não seriam suficientes para o custeio da seguridade social, pois o sistema único de saúde e a assistência social também a integram, e é cediço que o sistema único de saúde, bem como a assistência social, não são de caráter contributivo, de modo que os serviços e prestações dessas entidades são custeados por toda a sociedade.

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no inciso I do art. 3.º da Constituição Federal, é construir uma sociedade livre, justa e solidária. Uma leitura da seguridade social, imperiosamente passa por esta construção, numa sistematização que se impõe em matéria constitucional. O princípio da solidariedade traduz o verdadeiro sentido da seguridade social, e, por conseguinte, da previdência social que a integra, pois a proteção coletiva se forma a partir das contribuições individuais. Nesse contexto, se o segurado que contribuiu por vários anos e por um infortúnio foi preso, não é razoável pensar que a família dele deva ficar excluída do direito de auxílio-reclusão, se ele, como contribuinte, dava sua parcela de contribuição para o sistema de proteção coletivo. O INSS não poderá estabelecer seleção preconceituosa de contribuintes, de modo a promover verdadeira exclusão lombrosiana[12] de pessoas do âmbito de sua cobertura. Do mesmo modo, esse preconceito não pode existir no momento de pagar os benefícios.

Toda a repulsa ao benefício vem revelar que a reflexividade social sobre o fenômeno da criminalidade apresenta-se severamente acrítica com relação à atuação seletiva e excludente da justiça criminal. Essa acriticidade retroalimenta o sistema de segregação e exclusão que culmina em alinhavados projetos de emenda constitucionais tendentes a lesionar direitos fundamentais, a exemplo da PEC 304/2013.

4. Conclusão

O contexto em que está envolto o auxílio-reclusão só vem revelar o quanto está agravado o recrudescimento do sistema penal, a ponto de a família do preso também ser vista como inimiga da sociedade. Não obstante o elevadíssimo número da população carcerária brasileira, a sociedade não encontra a segurança, que, em tese, deveria advir do encarceramento. Com isso, novas formas de vingança vão sendo postas em prática em resposta à segurança perdida. Os ataques ao auxílio-reclusão são uma dessas formas.

Por fim, qualquer restrição ou mesmo a extinção do auxílio-reclusão refletirá o viés punitivo dos institutos, dada a função social que legitima a presença do benefício no nosso ordenamento.

Notas

(1) Faz-se alusão ao poema *A indiferença*, escrito por Bertolt Brecht (1898-1956), por se entender que ele retrata perfeitamente o contexto explicitado no parágrafo.

(2) Lei 8.213, de 24.07.1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

(3) Chies, L. A. B.; Passos, R. A. Auxílio-reclusão: a bizarra transmutação de um direito social e sua colonização perversa por um populismo punitivo. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 273-291, ago.-dez. 2012.

(4) Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda a Constituição n. 30/2011*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=374129FF4B5E044159FD9AFAC339F43C.proposicoesWeb1codteor=873634&filename=PEC+30/2011>. Acesso em: 20 abr. 2016.

(5) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

(6) Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda a Constituição 304. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1123340&filename=PEC+304/2013>. Acesso em: 29 abr. 2016.

(7) Disponível em: <ttp://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2ECFC85A348A8D283A9886094D4C16D6.proposicoesWeb2?codteor=1123340&filename=PEC+304/2013>. Acesso em: 14 jul. 2016.

(8) O comentário consta da página da Câmara dos Deputados, na enquete sobre o fim do auxílio reclusão, podendo ser acessado no endereço: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/468349-ENQUETE-SOBRE-PEC-QUE-EXTINGUE-AUXILIO-RECLUSAO-JA-TEM-MAIS-DE-120-MIL-VOTOS.html>. Acesso em: 12 jul. 2016.

(9) Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 165.

(10) Goffman, E. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

(11) Disponível em: < http://www.ac24horas.com/2015/05/04/mais-de-15-milhao-de-pessoas-votam-pelo-fim-do-auxilio-reclusao/> . Acesso em: 12 jun. 2016. Na pagina da Câmara, a enquete já se encontra encerrada.

(12) Que se refere a Lombroso, criminalista italiano (1938 -1909), ou às suas teorias, segundo as quais é possível reconhecer o criminoso pelo seu biotipo. Trata-se da criminalidade inata, que apresenta um indivíduo inferior na escala evolutiva.

Maria Leilza do Nascimento Bem
Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central – FACHUSC, cursando o 9.º período.
Técnica judiciária no Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

ANO 24 - Nº 288 - NOVEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

TV IBCCRIM

Os vídeos do IBCCRIM onde você estiver



São diversas palestras de renomados juristas nacionais e internacionais, disponíveis *online* para você assistir quando e onde quiser!

Se você ainda não é um membro do IBCCRIM, associe-se agora mesmo e tenha acesso a mais esta facilidade!

Saiba mais em
www.ibccrim.org.br/tv_ibccrim

IBCCRIM