

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 31 - Nº 362 - JANEIRO/2023



CADERNO DE DOCTRINA

4 **Populismo penal midiático, formas de violência e garantias do acusado**

André Nicolitt e José Vitor Carvalho Garcia

7 **Um ano de Lei 14.197/2021: mudança de paradigma ou persistência da memória?**

Maria Jamile José

1 **Estândares de prova e presunção de inocência: desconstruindo um equívoco**

Anderson Pires Giampaoli

14 **Breves considerações acerca da utilização do reconhecimento facial como instrumento de segurança pública e persecução**

Renan Barboza de Faria

Renatha Gonçalves da Mota e Silva

18 **Notas sobre o reconhecimento de pessoas por videoconferência**

Heitor Moreira de Oliveira

2 **A lei Henry Borel (Lei 14.344/2022) e o Direito Penal simbólico: uma análise crítica**

Bernardo Picanço Bensi Campinho

Hamilton Gonçalves Ferraz

25 **Sobre viver o cárcere: uma discussão acerca do projeto Respirando Liberdade e a dignidade na execução da pena**

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade,

Giulia Vanessa Henriques de Oliveira

e Tainá Ferreira e Ferreira

DIÁLOGOS

29 **Receptação e crimes patrimoniais: a centralidade dos bens móveis na tutela penal**

Alamiro Velludo Salvador Netto

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL NO PLANTIO DE CANNABIS PARA FINS MEDICINAIS

31 Superior Tribunal de Justiça

O IBCCRIM E A LUTA CONSTANTE PELO FORTALECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO

A fundação do IBCCRIM, no fatídico 2 de outubro de 1992, tem causas e propósitos conhecidos e repetidos ao longo de seus 30 anos de existência, completados no último ano. A partir do episódio do massacre do Carandiru, em São Paulo, esforços foram unidos por cidadãos mais proximamente ligados ao funcionamento do sistema penal brasileiro e a cidadania deu um passo importante para que o futuro então avistado pudesse ser menos covarde, cruel e desumano. Reclamava-se, desde então, a observância dos direitos fundamentais, das garantias de existência e sobrevivência dignas, e, particularmente, o efetivo controle da atuação do aparato criminal estatal.

Nunca nos encastelamos nos bancos das academias e nem abraçamos interesses corporativos.

Além disso, vale a pena começar este novo ano com outra lembrança: o Instituto nasceu sob a égide do Estado Democrático de Direito, inaugurado em 5 de outubro de 1988. E isso, no primeiro editorial do Boletim de 2023, não é de pequena importância.

Ainda há organismos e pessoas que representam setores mais ou menos influentes, que olham para a realidade com olhos pré-1988. Há quem não valorize até hoje a seriedade da garantia da presunção de inocência. Há quem seja leniente com processos penais amparados em provas ilícitas e faça pouco caso de quem porventura se defronte com a cena de uma persecução penal. Há quem, ainda pior, desconsidere que quem está preso – que tem cor, gênero e história – jamais deixará de ser um semelhante e que a própria prisão, em si um mal, deve ser a todo custo evitada.

Sirva de exemplo do renitente espírito autoritário brasileiro o último quadriênio, quando se colocou em risco a noção de democracia como ideia fundante de exercício de Poder a partir da convivência harmônica e observadora dos direitos das pessoas pelo simples fato de que ninguém merece mais consideração do que seu semelhante, e de que todos e todas indistintamente têm o mesmo direito de felicidade. Isso, inclusive, a partir de políticas públicas de implemento de armamentismo e depreciação de pessoas nas mais diversas situações de vulnerabilidade, mal escamoteando práticas discriminatórias ou saudosistas do pior período recente com o verniz da liberdade de expressão.

Associar a longevidade do IBCCRIM ao advento da Constituição de 1988 vai, pois, além dos motivos fundantes de 1992, e tem a ver também com o ideal da construção do Estado Democrático de Direito. Há, por parte do IBCCRIM, e deve haver por parte da comunidade, o efetivo engajamento com os ideais de 1988, a partir do pilar da dignidade da pessoa humana.

No campo das ciências criminais, coube ao Instituto o protagonismo de ações e discussões, desde sua fundação, para contribuir com a redução da dramática situação de superencarceramento, de aplicação seletiva (em prejuízo de pessoas negras e pobres) dos mecanismos repressores de atuação estatal, e de proposição de leis mais bem orientadas nos mais variados aspectos do sistema de justiça penal. É para o chamamento de toda a sociedade que foram realizados 28 Seminários Internacionais, além dos regionais, inúmeras mesas e debates; e com esse viés de alerta e aprofundamento técnico e intelectual, que consagramos também as nossas publicações e cursos, reconhecidos nacional e internacionalmente. Não acreditamos em ciência neutra, muito menos a criminal.

Mas claro que não conseguimos atingir todos os objetivos. Não conseguimos frear o ímpeto irracional, muitas vezes percebido sem dificuldade, de mais e mais draconianas leis penais de um lado, e silenciosas – ou nem isso – tolerâncias com ações letais de agentes policiais, de outro. Não conseguimos, ainda, construir uma sociedade mais solidária, a partir da ideia de que, parafraseando Milton Nascimento, é cobrando o que fomos que nós iremos crescer.

Estamos aqui, como a mais legítima Instituição a representar os ideais civilizatórios de um Estado mais humanista e menos segregacionista, esforçando-nos para que as políticas públicas, que vão desde as lavraturas da prisão em flagrante até o cumprimento de execuções penais, sejam realmente concretizadas como percursos nos quais os direitos das pessoas devem ser fielmente respeitados.

Atentamos a todos os debates da justiça criminal, desde temas como câmeras que possibilitem gravar as atividades de agentes policiais, revogação de leis antidemocráticas como a Lei de Segurança Nacional, e discussões sobre novos Códigos Penal e de Processo Penal, participações em audiências públicas e como *amicus curiae* em tribunais, até o encaminhamento de carta com propostas de segurança pública aos postulantes ao cargo de Presidente da República nas últimas eleições.

Hoje, em qualquer cenário que se imagine haver alguma ação que diga respeito a temas de justiça penal, o IBCCRIM está lá, com as melhores contribuições a partir de seus integrantes. Isso, inclusive com postura antirracista, que é a única admissível se é para se levar o Estado Democrático de Direito a sério, o que se nota na composição dos quadros da diretoria e demais departamentos do próprio Instituto e o comprometimento firmado com o lançamento do manifesto contra o racismo de novembro de 2022.¹

Começamos o ano de 2023 fortes na permanência das atividades para que se abandone, com a máxima e urgente velocidade, o viés seletivo e racista que tantas vezes caracterizam a atuação estatal na Justiça Criminal, por um lado empilhando vítimas que se avolumam de tal forma que há quem qualifique tal procedimento não como erro, mas como projeto; por outro perpetuando a desigualdade nos cargos representativos desse próprio estado de coisas. É preciso diagnosticar, refletir e atuar para que esse moto-contínuo deixe de existir.

Por isso, e por outras razões que extravasam este espaço, além da continuidade na perseguição dos fins dos ideais estatutários, foi firmado o convênio com o LAUT – Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo, para que as

reflexões dos pesquisadores daquele instituto sobre o Estado Democrático de Direito e a democracia, particularmente as da Justiça Criminal, passem a ser veiculadas no Boletim do IBCCRIM. A cada dois meses, serão publicados artigos de reflexão de pesquisadores e pesquisadoras comprometidos com esses ideais. A aproximação entre os institutos espraia para todos os leitores do Boletim reflexões distintas do conhecido vocabulário de juízes-promotores-defensores e oxigena as reflexões que têm, como ponto de partida, a incondicional defesa do Estado Democrático de Direito. Somando as perspectivas a partir da mesma raiz chegamos mais longe.

A convergência de ideias entre o IBCCRIM e o LAUT se nota, inclusive, pela seguinte passagem, constante de documento institucional do último, que não há quem possa imaginar equivocada: "situação de violações de direitos no país é crítica e complexa, uma vez que exige analisar tanto a atuação dos muitos órgãos e poderes diretamente envolvidos com a justiça criminal, como os órgãos do sistema de justiça, da gestão da segurança pública, as polícias e o legislativo na esfera penal, quanto os efeitos sociais policêntricos e profundos destas violações, em especial sobre grupos historicamente marginalizados no país, principais clientes do sistema criminal e suas práticas autoritárias."

Não nos orgulhamos do estado inconstitucional de coisas aonde chegamos, mas nos orgulhamos por continuarmos contribuindo, a partir das primeiras reflexões, com ações propositivas. Temos toda a esperança de que é possível, com nossos esforços e a continuidade de nossas atitudes, construir um país mais solidário e justo, no qual as instituições penais como um todo só tenham um propósito: fazer com que todos, sem distinção, vivam melhor e com mais liberdade.

Notas

- ¹ Assine o manifesto você também: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8987>

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **Populismo penal midiático, formas de violência e garantias do acusado**
André Nicolitt e José Vitor Carvalho Garcia
7. **Um ano de lei 14.197/2021: mudança de paradigma ou persistência da memória?**
Maria Jamile José
11. **Estândares de prova e presunção de inocência: desconstruindo um equívoco**
Anderson Pires Giampaoli
14. **Breves considerações acerca da utilização do reconhecimento facial como instrumento de segurança pública e persecução**
Renan Barboza de Faria e Renatha Gonçalves da Mota e Silva
18. **Notas sobre o reconhecimento de pessoas por videoconferência**
Heitor Moreira de Oliveira
22. **A lei Henry Borel (Lei 14.344/2022) e o Direito Penal simbólico: uma análise crítica**
Bernardo Picanço Bensi Campinho e Hamilton Gonçalves Ferraz
25. **Sobre viver o cárcere: uma discussão acerca do projeto respirando liberdade e a dignidade na execução da pena**
Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade, Giulia Vanessa Henriques de Oliveira e Tainá Ferreira e Ferreira
29. **DIÁLOGOS**
Receptação e crimes patrimoniais: a centralidade dos bens móveis na tutela penal
Alamiro Velludo Salvador Netto
31. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Ausência de tipicidade penal no plantio de *cannabis* para fins medicinais

Superior Tribunal de Justiça

POPULISMO PENAL MIDIÁTICO, FORMAS DE VIOLÊNCIA E GARANTIAS DO ACUSADO

CRIMINAL MEDIA POPULISM, FORMS OF VIOLENCE AND GUARANTEES OF THE ACCUSED

André Nicolitt

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa. Mestre em Direito pela UERJ. Professor do PPGD, Faculdade Guanambi, BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF. Membro do IBCCRIM. Membro do Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo, RJ. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5066963398936027> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3857-3838> anicolitt@gmail.com

José Vitor Carvalho Garcia

Discente no curso de Direito da UFF. Monitor de Processo Penal. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1525884158778438> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7665-9248> josevitorcarvalho@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como escopo demonstrar como discursos midiáticos marcados pelo sensacionalismo e pelo uso de recursos apelativos com a finalidade de explorar o crime mercadologicamente, violam o princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, consagrados pelo Direito brasileiro, mormente após o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo e a promulgação da Constituição Federal de 1988 – de viés garantista. Abordar-se-á, ainda, como essa prática se insere no ciclo de violência que atinge principalmente os estamentos sociais localizados em áreas com baixa atuação do Estado Providência e pouca efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Populismo Penal; Mídia; Garantismo; Direitos e Garantias Fundamentais.

Abstract: The present article aims to demonstrate how media discourses marked by sensationalism and the use of appealing resources with the purpose of exploring crime commercially, violate the principle of presumption of innocence and human dignity, enshrined by Brazilian Law, especially after the phenomenon of contemporary constitutionalism and the promulgation of the Federal Constitution of 1988 – of a guarantor bias. It will also address how this practice is part of the cycle of violence that mainly affects the social strata located in areas with low welfare state performance and little effectiveness of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Criminal Populism; Media; Guarantees; Fundamental Rights and Guarantees.

1. Introdução

Inicialmente, faz-se mister dilucidar que a presente abordagem tem como paradigma o fato de que o Brasil, ao menos no plano normativo, traduz-se como Estado Democrático de Direito e seu arcabouço jurídico se assenta na Teoria Garantista. Essa última ressalva se faz necessária na medida em que a análise meramente dogmática do Direito, sem considerar de fato sua realidade material, é, na melhor das hipóteses, miopia epistêmica. O fato é que o art. 1º da Constituição, *Lex Fundamentalis* do nosso ordenamento jurídico, desenha a República com esse cariz e todas as suas decorrências afiguram-se como pretensões exigíveis dos jurisdicionados, ainda que não isonomicamente concretizadas.

2. Dignidade da pessoa humana e presunção de inocência

O marco histórico da ascensão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fim da Segunda Guerra Mundial e o decorrente reproche coletivo aos regimes nazifascistas. Com efeitos, constitui-se como pedra de toque do constitucionalismo democrático, podendo ser definido como o valor fundamental, que concede unidade e certo conteúdo aos direitos e garantias fundamentais (BARROSO, 2013).

Para que possa gozar de concretude e operabilidade no ordenamento jurídico, é preciso definir – ao menos minimamente – o que enuncia esse fundamento. Nesse caminho, destacam-se as contribuições

dos autores José G. Canotilho e Günter Dürig. Lecionando a respeito, Nicolitt (2022) expõe que a teoria dos cinco componentes (Canotilho) tem como base antropológica o ser humano como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, apresentando cariz positivo. Desta feita, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana imporia, no primeiro momento, a afirmação da integridade física e espiritual do homem, em caráter irrenunciável. Em uma segunda dimensão, significa a garantia da identidade da pessoa, mediante ao livre desenvolvimento de sua personalidade. A terceira acepção liga-se à ideia de mínimo existencial, determinando a libertação da “angústia da existência”, por meio de mecanismos de socialidade e acesso ao trabalho (mínimo existencial). O quarto e o quinto componente remetem, respectivamente, à limitação do poder do Estado a conteúdos, formas e procedimentos (Devido Processo Legal) e ao tratamento igualitário perante a lei.

Se a teoria dos cinco componentes dispõe de viés positivo, a teoria alemã da fórmula objeto de Dürig caminha em sentido diverso, com matriz negativa, ao passo que não indica em que consiste a Dignidade da Pessoa Humana, mas sim quando ela é violada. Nesse sentido, haveria violação do princípio sempre que a pessoa se tornar *res*, isto é, sempre que for instrumentalizada como meio. Trata-se de teoria com inspiração kantiana, tendo como base a ideia de que o ser humano constitui um fim em si mesmo, vedando a sua objetificação.

Ciente da questão racial que perpassa todas as sociedades cunhadas pelo colonialismo europeu, cabe ainda abeberar-se das lições de **Fanon** (2008) no que tange a zona de não ser. Assim, o autor dispõe de que o homem negro é, na prática, um não homem, uma vez que a cultura imperial assim o condenou ao eleger o homem branco como padrão universal. O reconhecimento desse estado de subjugação se faz indispensável para uma compreensão mais rente à realidade, não proporcionada por visões universalistas, destacadamente quando se trata do sistema penal.

No que tange ao Princípio da Presunção de Inocência (cuja base normativa é o inciso LVII do art. 5º da Lei Maior, com redação "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), é interessante notar que o texto dado pelo constituinte originário torna o caso brasileiro singular em todo mundo, na medida em que condiciona, de forma expressa, que o trânsito em julgado da decisão é condição para a consideração de culpa. Nesse sentido, a Constituição vai além do entabulado no art. 8º, item 2 do Pacto de San Jose da Costa Rica¹ e do Art. 6º, 2. da Convenção Europeia dos Direitos Humanos,² que vinculam a manutenção do Estado de Inocência à comprovação legal da culpa, sem, contudo, citar a necessidade de formação de coisa julgada.

Não obstante, por ora cumpre abordar as duas regras medulares que, consoante o entendimento majoritário, decorrem da Presunção de Inocência: regra probatória e regra de tratamento. A regra probatória confunde-se com o brocado *in dubio pro reo*, que implicará que seja provada a culpa do acusado, acima de qualquer dúvida, para que se profira sentença condenatória. Desse modo, o ônus da prova compete à acusação – em regra o *Parquet* – sendo mister que este traga provas capazes de dar supedâneo ao alegado, e não que o acusado comprove sua inocência, vez que esta já se presume. Trata-se de uma regra de julgamento, pois se aplicará após a instauração da relação processual, e nos casos em que, esgotada a atuação das partes, ainda remanesça dúvidas quando ao delito imputado (NICOLITT, 2020). Configurada tal hipótese, o caminho político previamente adotado pelo Direito brasileiro é o da absolvição. Por sua vez, a regra de tratamento consiste na ideia de que, independentemente das circunstâncias e das condições pessoais do acusado, este deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da eventual condenação. Veda-se, dessa maneira, que o Estado se reporte ao agente passivo do Processo Penal como se culpado fosse consagrando assim a regra geral de liberdade.

Nesse ponto, é imperioso destacar que, malgrado o princípio da presunção de inocência se aplique comumente em perspectiva vertical (relação entre Estado e indivíduo), apresenta igualmente eficácia horizontal (relação entre particulares). Cuida-se de fato infosismável, uma vez que a referida norma e seus decorrentes lógicos (regra probatória e regra de tratamento), compõem o gênero dos direitos e garantias fundamentais, já restando amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência a incidência destes nas relações entre iguais.

Cita-se como exemplo o RE 158.215-4, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu existir ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal na exclusão de membro de associação por decisão da assembleia, sem que este tenha tido a oportunidade de expor razões em contrário. Outrossim, o direito à inviolabilidade do domicílio é ilustrativo da eficácia horizontal, sendo cediço que o sujeito passivo cujo qual se impõe a obrigação negativa não é apenas o Estado – na forma de seus agentes –, mas qualquer particular não autorizado a adentrar o espaço protegido.

É de bom alvitre atentar para o fato de que a adoção de um sistema garantista, instrumentalizado mediante um Processo Penal democrático, decorre de uma opção política adotada pelo povo –

por meio de representantes eleitos. Não se olvida que tal escolha valorativa pode causar como efeito colateral a absolvição de pessoas que efetivamente cometeram algum crime. Todavia, o escopo maior do garantismo é evitar que inocentes sejam injustificadamente punidos, ou ainda, que sejam infligidas penas de caráter cruel e excedentes aos limites aceitáveis em uma sociedade que preza pela igualdade e civilidade.

Em suma, trata-se de um risco conscientemente assumido, com vistas à proteção do conceito hodierno de democracia e humanidade, o que, gize-se, justifica-se pela análise histórica dos suplícios (FOUCAULT, 1987) e da subjugação de pessoas humanas por seus pares. Quanto a este último, não permite olvidar as mazelas oriundas de um passado de escravização e genocídio de pessoas pretas e indígenas, operado não somente em território nacional, mas em toda América Latina (GALEANO, 2000).

3. A espetacularização do crime e do acusado com motivações mercadológicas

O termo "mídia" representa o conjunto de meios de comunicação em massa (*mass media*), a partir dos quais se compartilha informações para variados públicos. Enquadram-se nesse amplo conceito a televisão, o rádio, os jornais e com elevada magnitude em tempos atuais, a internet. Trata-se de uma indústria com inenarrável relevância para o funcionamento do corpo social, na medida em que, por meio da seleção de pautas e direcionamento do discurso, dissemina quais – e de que forma – informações comporão os temas centrais do debate na esfera pública, revelando-se, desta feita, instrumento essencial a difusão de conhecimento, educação e também entretenimento (GARCIA, 2015, p. 72).

Resta inconteste que os meios de comunicação em massa constituem-se como uma ferramenta de poder para quem detém o controle de seu exercício. Nesse diapasão, ao mesmo tempo em que cumpre papel fundamental para a democracia, pode representar um efetivo risco ao próprio pilar democrático, vez que o conteúdo difundido goza de credibilidade perante grande parcela do público, possibilitando dessa maneira que a disseminação de informações parciais e inverídicas fomenta no imaginário coletivo uma visão excessivamente distorcida da realidade (GARCIA, 2015, p. 74), causando alienação em larga escala.

Convém, ainda, relevar que, embora cediço a importância de refletir sobre o papel da mídia tradicional, não se pode olvidar da dimensão digital, que hodiernamente se constitui como espaço de ampla influência e arena de debates de interesse público. Nessa senda, cumpre mencionar a obra "No enxame: perspectivas do digital" do sul-coreano **Byung-Chul Han**. No livro, o autor discorre sobre os impactos que a adesão ao mundo digital ocasiona na sociedade contemporânea, entre eles, o que denomina de "desmediatização". Conforme preleciona, a mídia digital se diferencia da tradicional, mormente pela ausência de mediação entre a informação produzida e o seu receptor. Nesse sentido, figuras como a do jornalista clássico perdem espaço e o fluxo de conteúdo se intensifica demasiadamente, haja vista que a circulação da informação não se dá mais de maneira passiva, de sorte que o agente – antes mero destinatário – passa a ser remetente e produtor (HAN, 2018). Para o autor, esse fenômeno tem o poder de ameaçar, inclusive, a estabilidade política, uma vez que acarreta a massificação da linguagem e da cultura. Outrossim, parece plausível a preocupação quanto à possibilidade dessa nova mídia potencializar o sensacionalismo relativo à questão criminal, uma vez que a fluidez da troca de informações, aliada à dificuldade de regulação, poderão resultar em uma exposição abusiva e sem precedentes do agente sob suspeita, com base em narrativas de confiabilidade questionável.

Os riscos da produção de efeitos deletérios em virtude da

irresponsabilidade retórica por parte da mídia (clássica e digital), torna-se consideravelmente mais preocupante quando o que está sob ameaça são direitos fundamentais. Nesse sentido, é imprescindível refletir sobre a exploração mercadológica da criminalidade (CASARA, 2018). Como característica marcante da prática, identifica-se o uso de recursos linguísticos e gestuais com o propósito de espetacularizar o suposto delito retratado. Nesse esteio, não raro são os momentos em que se faz, de forma explícita, apologia à violência policial e o menosprezo aos Direitos Humanos, sob a falácia de que a consagração de um sistema de garantias mínimas do investigado tenha o condão de gerar impunidade. Desta feita, o foco deixa de ser informar o público-cliente sobre os fatos ocorridos, para tornar-se um verdadeiro teatro do horror, onde a vítima e o agente acusado tornam-se objeto do discurso manejado, atores involuntários de um espetáculo que tem como objetivo precípua angariar audiência e engajamento mediante à incitação de sentimentos intensos, como ódio, medo e excitação.

Esse *modus operandi* alimentado por interesses comerciais cumpre papel essencial para que a roda de violência continue a girar, haja vista que o discurso voltado à vulnerabilização dos direitos e garantias da pessoa criminalizada, torna invisíveis as engrenagens sociais (racismo, seletivismo das agências penais primárias e secundárias, desigualdade social, privação de um mínimo existencial, manutenção de relações de poder discriminatórias, existência de áreas de exceção dentro de um Estado que se pressupõe democrático de direito, etc.) que preservam o *status quo*.

Ademais, essa performance tem como fim causar no telespectador/leitor sentimentos de excitação e revolta, alimentam o *ethos* guerreiro perigosamente aderido pelos agentes públicos. Assim, não somente cria-se na população um estado psicológico favorável ao recrudescimento de políticas autoritárias – fortalecimento do Estado de Polícia – como impele os membros da segurança pública a uma perspectiva de guerra (SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 115), vide a afamada guerra às drogas. Em uma guerra, atitudes de exceção, como homicídios, invasões de domicílio, tortura e lesões corporais tornam-se justificáveis, pois o outro, aqui o criminalizado, torna-se inimigo público a ser vencido. Essa mentalidade bélica, maniqueísta e pseudo-heróica

explica, em partes, a ignóbil taxa de letalidade das operações policiais, na condição de vítima ou executor. Igualmente, auxilia na compreensão do porquê promotores de justiça pugnam pelo cerceamento da liberdade em casos que caberiam medidas alternativas menos restritivas de direito, e por que os juízes acolhem o pleito.

Nessa toada, o Brasil ocupa hoje o indecoroso terceiro lugar de maior população carcerária no mundo e os números tendem a crescer. Os dados apontam que o populismo penal (ANDRADE, 2020) midiático, além de ser nocivo ao bem-estar democrático, pauta-se em meias verdades. Não há que se falar em impunidade em um país que tem mais de 800 mil presos, sendo quase metade deles presos provisórios. Em verdade, há um leque de crimes que são desproporcionalmente punidos, de sorte que se há impunidade, esta beneficia apenas alguns segmentos minoritários da sociedade (Direito Penal do amigo do poder), mas essa estrutura desigual não logra ser abordada em reportagens que transformam a perseguição penal em espetáculo. *Ex positis*:

Nas imagens do pseudojornalismo policial, os presos são expostos à coisificação, à desumanização, a uma cena de tortura midiática praticada com convívio de agentes do Estado. Para quem pratica o ato das entrevistas jocosas, uma completa corrupção do jornalismo. Enfim, é uma cena de covardia (SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 112).

4. Conclusões

Ante ao exposto, conclui-se que o direito à liberdade de mídia não é absoluto, podendo ser minorado quando em conflito com outro princípio de elevação constitucional, no caso, a presunção de inocência e a dignidade humana. Cabe ainda ressaltar que, apesar de a análise ser feita no caso concreto, a regra geral pressupõe que, na hipótese de o discurso ofender direitos e garantias fundamentais, a postura a ser adotada é a de proteção dos últimos. A liberdade de expressão e de mídia, pilares inarredáveis de uma democracia saudável, não podem ser manejadas para enfraquecer o próprio Estado Democrático e os direitos inalienáveis de outrem, mormente se as motivações por trás do discurso forem essencialmente mercadológicas. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais permite a responsabilidade cível e penal em razão de abusos nesse campo.

Notas

¹ Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...].

² Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Referências

ANDRADE, André Lozano. *Populismo penal: comunicação, manipulação política e democracia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. F86v. Trad. Raquel Ramalhet. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Galeno de Freitas. 39. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (Coleção Estudos Latino-Americanos, v. 12).

GARCIA, Naiara Diniz. *A mídia versus o Poder Judiciário: a influência da mídia no processo penal e a decisão do juiz*. 2015. 165. p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2015.

HAN, Byung-chul. *No enxame*: perspectivas do digital. Trad. Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP).

NICOLITT, André. Dignidade humana e tráfico de mulheres. *Migalhas*, Rio de Janeiro, 21 mar. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/361953/dignidade-humana-e-trafico-de-mulheres>. Acesso em: 29 jun. 2022.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. (Convenção Europeia de Direitos Humanos). OEA. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 29 jun. 2022.

Autores convidados

UM ANO DE LEI 14.197/2021: MUDANÇA DE PARADIGMA OU PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA?

ONE YEAR SINCE LAW 14.197/2021: A PARADIGM SHIFT OR THE PERSISTENCE OF MEMORY?

Maria Jamile José

Mestra em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0831664075623957>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2153-0436>

mariajamil@mjjadv.com.br

Resumo: O presente artigo se destina a esmiuçar a evolução legislativa no campo dos crimes contra a segurança do Estado no Brasil, com enfoque específico na mudança de paradigma observado entre a Lei 7.170/1983 – orientada pela doutrina de segurança nacional, de inspiração autoritária, e promulgada sob a égide do regime militar no país – e a recente Lei 14.197/2021 – sancionada com o objetivo de adequar o tratamento de tais delitos aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito. O trabalho procura analisar, ainda, se o espírito do novel texto legislativo vem se mantendo hígido na *práxis* forense, um ano após sua promulgação.

Palavras-chave: Lei 7.170/1983; Lei 14.197/2021; Lei de Segurança Nacional; Crimes contra o Estado Democrático de Direito; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The article is intended to scrutinize the legislative evolution in the field of crimes against State security in Brazil, with a specific focus on the paradigm shift observed between Law 7.170/1983 – which was enacted under the auspices of the military regime – and the most recent Law 14.197/2021 – passed with the goal of adjusting the treatment of said crimes with the guiding principles of the Federal Constitution of 1988 and the Democratic State and Rule of Law. The work also seeks to analyze if, one year after the promulgation of the new law, its spirit remains untouched by the daily practice of law.

Keywords: Law 7.170/1983; Law 14.197/2021; National Security Law; Crimes against the Democratic State and Rule of Law; Democratic State and Rule of Law.

*As coisas que não conseguem ser
olvidadas continuam acontecendo.¹*

1. Introdução

Durante as últimas décadas, nosso ordenamento jurídico assistiu a um fenômeno *sui generis*: a longa sobrevida da Lei 7.170/1983, gestada e parida sob a égide da ditadura militar, em pleno regime democrático.

De fato, a despeito de sua não recepção pela Constituição Cidadã de 1988, a legislação com a marca da caserna perdurou por longos anos após o debacle do regime que a inspirara – e do qual, aliás, trazia marcas claras: criminalizava o exercício de liberdades pessoais, usava e abusava de critérios excepcionais de competência, e viabilizava o uso do Direito Penal como instrumento de perseguição política e manutenção do poder.

Enquanto isso, dezenas de projetos de leis, emendas e pareceres se multiplicavam nos escaninhos da República – sem, todavia, convergir para uma solução.

Foi preciso o país chegar ao limiar de uma crise institucional para

que fosse finalmente promulgada, em 2021, a Lei 14.197 – que revogava a norma anterior e anunciava uma mudança de paradigma no tratamento da matéria.

Após um ano de vigência da nova norma, porém, é preciso avaliar se a aplicação prática das novas disposições legais pelos operadores do Direito vem se adequando aos ideais teóricos do legislador.

2. A evolução legislativa no Brasil e a doutrina de segurança nacional

Até a década de 1930, não existia, no Brasil, legislação especial destinada a tratar dos crimes contra a segurança do Estado. Muito ao contrário: a tipificação de tais delitos ficava, até então, a cargo do Código Penal em vigor.

Foi apenas em 1935 – não por acaso, pouco antes da implementação do chamado Estado Novo, governo encabeçado por **Getúlio Vargas** e de fortes traços antidemocráticos – que esses tipos penais foram extirpados da codificação penal comum e inseridos em legislação apartada – a Lei 38 –, de modo a permitir que recaísse sobre eles repressão excepcional.

Ao longo do século XX, as normas destinadas a tratar desta gama de condutas se tornaram cada vez mais severas, alcançando o auge do rigor com o advento do regime militar no país – período em que foi introduzida, em nosso ordenamento jurídico, a chamada doutrina de segurança nacional.

Corrente teórica de raízes estadunidenses – onde se alastrou sem peias durante a Guerra Fria, sob a justificativa de fazer frente a uma suposta ameaça comunista –, a doutrina de segurança nacional encontrou terreno fértil para se desenvolver também no Brasil, no período da ditadura militar, equilibrando-se na ideia de conferir proteção jurídica a: “certos objetivos nacionais permanentes, entre os quais se incluem a paz pública e a prosperidade nacional” (FRAGOSO, 1983, p. 61).

Em termos penais, tal doutrina caracterizava-se pelas disposições legislativas marcadas por termos imprecisos e indeterminados, que tinham por objetivo fabricar a sensação de que os “interesses nacionais” estariam sendo protegidos, e acabavam por: “confundir a criminalidade comum com a criminalidade política” (FRAGOSO, 1983, p. 61).

Aliás, **Helene Frago** destaca que: “uma das críticas mais constantes que se tem feito às leis de segurança que estiveram em vigor desde 1967 é a do emprego de expressões vagas e indeterminadas, que atingem, como se sabe, o princípio da reserva legal” (1983, p. 67).

A imprecisão legislativa não era por acaso, muito ao contrário: a intenção do legislador era, ao fim e ao cabo, favorecer o aparelho estatal e a manutenção do poder, justificando medidas extremadas. **Miguel Reale Júnior** e **Alexandre Wunderlich** (2020, p. 34) chamam a atenção para a: “repressão exagerada desde o Estado Novo até as legislações da Ditadura Militar”, por meio do:

Recurso aos conceitos vagos e indeterminados na construção de modelos legais, na suposta busca da preservação dos elementos essenciais do Estado, em “defesa da Nação” e dos “objetivos nacionais”. É visível que a defesa da Segurança Nacional ficou ao encargo das Forças Armadas, dos militares e dos teóricos da Doutrina de Segurança Nacional produzida pela Escola Superior de Guerra, instituição que desempenhou papel relevante na construção dos conceitos básicos e na formação da unidade do discurso, bem como na implementação contínua da doutrina ideológica da segurança no Brasil. Em síntese, a Segurança Nacional tende para o absoluto e os Estados como o Brasil, que tomaram como base este conceito, empregaram violências de Estado contra seus inimigos (REALE JÚNIOR; WUNDERLICH, 2020, p. 34).

Na prática, a doutrina de segurança nacional cria, a pretexto de proteger “interesses do Estado” – propositadamente difusos –, verdadeira *carte blanche* para o uso do arbítrio e da violência. É – na irretocável expressão de **Helene Frago** (1978, p. 73) – a verdadeira “mística da segurança nacional”.

E foi precisamente dessa fonte que bebeu a Lei 7170, de 14 de dezembro de 1983 – que, muito embora anunciasse proteger “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito” (art. 1º,

II), carregava epígrafe que não esconde seu real objeto: “crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social”.

E, de fato, os dispositivos legais contidos na lei não escondem os traços inconfundíveis da doutrina de segurança nacional, tais como a competência da Justiça Militar para o processo e julgamento dos tipos penais ali previstos – classificada por **Helene Frago** como o “defeito máximo” (1980a, p. 5) do texto legal – e a imprecisão dos termos empregados para descrever as condutas típicas – ressaltando **Grace Mendonça**, que o diploma legislativo apresentava: “termos vagos em certos comandos, que podem causar insegurança jurídica quanto à sua definição e aplicação” (2020, p. 5).

É mesmo indiscutível que o compromisso do texto legislativo passava longe de ser com o Estado Democrático de Direito. Conforme bem apontam **Miguel Reale Júnior** e **Alexandre Wunderlich** (2020, p. 69): “como se deflui da Exposição de Motivos e da Ementa, peças que explicitam o objeto do diploma legal e oferecem sua chave interpretativa, [o foco da lei] é a Segurança Nacional e não o Estado de Direito”.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o desalinhamento da Lei 7170 à nossa ordem jurídica – e ao Estado Democrático de Direito – ficou evidente. Aliás, conforme já apontávamos outrora: “a anacrônica LSN não foi mesmo recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Afinal, como poderia uma Carta Política que constituía um Estado democrático de Direito, logo em seu primeiro dispositivo, abraçar uma legislação fundada na ‘segurança nacional’?” (2021, n.p.).

Todavia, surpreendentemente, a legislação parida sob a égide da ditadura ainda teve longa sobrevivência no período democrático: a despeito de inúmeros projetos de lei gestados ao longo de décadas nas duas casas do Congresso Nacional por representantes das mais diversas matizes ideológicas, foi apenas em 2021 – quase quatro décadas após a sua promulgação – que o texto legislativo em questão foi, finalmente, revogado, com a sanção da Lei 14.197/2021.

3. A Lei 14.197, de 1 de setembro de 2021

Nos primeiros anos da década de 2020, recrudesciu, no Brasil, o emprego da Lei de Segurança Nacional para a repressão de crimes de opinião – o que acabou por reacender o debate legislativo em torno da matéria e culminou com a aprovação pelo Senado Federal, em 11 de agosto de 2021, do Projeto de Lei 2.108/2021 – cuja origem remontava ao Projeto de Lei 2.462/1992, de autoria do então Deputado Federal **Hélio Bicudo**, apresentado à Câmara dos Deputados no longínquo ano de 1991.

Assim, em 1º de setembro de 2021, foi publicada na Imprensa Oficial, a Lei 14.197, que:

[...] acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei 7170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

A novel legislação se esforça em distanciar-se o máximo possível do texto legal que revoga. A começar pela nomenclatura adotada: ao tratar os tipos penais ali enumerados por “crimes contra o Estado Democrático de Direito” – abandonando a velha terminologia dos “crimes contra a segurança nacional” – a norma já anuncia, logo de largada, que o objeto da proteção legal deixa de ser o Estado e passa a ser a própria Democracia, com seus princípios e regras fundantes.

Sintomático é, também, o fato de o novo diploma legislativo ter, finalmente, abolido a competência da Justiça Militar para o processo e julgamento dos delitos previstos em seu bojo – a qual passa a ser, *a priori*, da Justiça Federal, nos termos dos artigos 144, parágrafo 1º, I, 109, IV, e 102, II, *b*, todos da Constituição Federal.

É de especial relevo, ainda, o fato de os tipos penais criados pela Lei 14.197/2021 terem sido inseridos na sistemática do Código Penal – sendo abandonada, finalmente, a antiga e reiterada *práxis* de regulamentação do tema por meio de legislação especial.

Não se trata, de fato, de mudança meramente formal, muito ao revés – já que, conforme lembra **Heleno Fragoso** (1980a, p. 7):

O sistema de leis especiais para repressão desses crimes surgiu para submetê-los a disciplina especial, abandonando garantias elementares do direito e do processo penal, em nome de suposta repressão mais eficaz. Isso é profundamente antidemocrático e termina por conduzir a um terrorismo penal.

Com a alteração promovida pela nova lei, a tipificação retorna: “ao Código Penal e passam a seguir integralmente as diretrizes da parte geral da codificação. Ganha-se com a lógica de sistema e a isonomia de sua aplicação aos crimes comuns, sinal de amadurecimento democrático” (NUNES, 2021, n.p.).

E a própria formulação dos tipos penais parece demonstrar a intenção do legislador contemporâneo de não mais criminalizar os conflitos de classe ou manifestação de ideias – dedicando-se, ao revés, a proteger os princípios fundantes do regime democrático.

Justamente por isso, os tipos penais são organizados dentro de títulos a serem introduzidos no *codex* penal – títulos estes cuja nomenclatura, não por acaso, coincide com a das principais instituições democráticas: a soberania nacional, as instituições democráticas constitucionalmente estabelecidas e o processo eleitoral.

Assim, a nova lei insere no Código Penal o Título XII, denominado “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito” – o qual foi, por sua vez, subdividido em Capítulos.

O primeiro – “Dos crimes contra a soberania nacional” – dedica-se a tipificar condutas que coloquem em risco a independência do Estado brasileiro, sua autonomia, autoridade plena e governo próprio, tanto dentro do território nacional quanto em suas relações com outros estados.

O Capítulo II, por sua vez, cuida “Dos crimes contra as instituições

democráticas”, voltando sua proteção ao Estado Democrático de Direito *per se*. Assim, zela pelo regular funcionamento do regime democrático e de suas instituições constitucionalmente estabelecidas – em especial, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Já o Capítulo III, trata “Dos crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral”, voltando suas atenções, portanto, às eleições.

Por fim, o derradeiro capítulo dedicado às tipificações penais – o Capítulo IV – cuida “Dos crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais”, e tem por objetivo resguardar a defesa nacional – colocando sob sua tutela os meios de defesa do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, mostra-se especialmente relevante a inserção, na sistemática do *codex* penal, do artigo 359-T – que se dedica a garantir, expressamente, os direitos à crítica, à manifestação de opinião, à reunião, à atividade jornalística, demonstrando que o novo

texto legislativo não se contentou em simplesmente excluir de seu escopo os crimes de opinião e de manifestação do pensamento previstos na Lei 7.170. Foi, de fato, muito além: garantiu, de forma expressa e efetiva, o direito ao seu exercício.

Tal dispositivo sela o antagonismo da Lei 14.197 em relação à peça legislativa anterior – sacramentando, de uma vez por todas, o compromisso da norma com o Estado Democrático de Direito.

Diante de todas essas significativas mudanças – de sistematização e conteúdo – parece ser indiscutível a intenção do legislador de pôr fim: “à era das ‘leis de segurança nacional’! A Lei 7.170/1983, agora revogada, foi a última de uma linhagem de textos normativos, assim conhecidas, que

muito serviram aos governos de turno (e coturno) para a repressão da divergência política-ideológica” (CUNHA; SILVARES, 2022, p. 12).

4. Mudança de paradigma ou a persistência da memória?

O primeiro ano de vigência da lei mostrou, porém, que a separação entre as legislações de matizes autoritária e democrática talvez não seja tão estanque quanto se imaginava.

Posto à prova em casos rumorosos, o novel texto legislativo acabou se mostrando, em certa medida, fungível à legislação da caserna – já tendo nosso Supremo Tribunal Federal reconhecido, inclusive, a ocorrência do fenômeno da continuidade normativo-típica em relação a alguns dos tipos penais da lei anterior.

Foi o que se viu no julgamento da AP 1044, levado a efeito em 20 de abril de 2022, no qual o Plenário da Corte Constitucional, ao condenar o ex-Deputado Federal **Daniel Silveira**, reconheceu expressamente, por maioria de votos, a continuidade normativa dos artigos 18 e 23 da Lei 7.170 (BRASIL, 2022a).

Em seu voto condutor, o Ministro Relator **Alexandre de Moraes** frisou a: “inexistência de *abolitio criminis* das figuras típicas previstas na Lei 7.170/1983”, ressaltando que não ocorreu, na hipótese:

"O PRIMEIRO ANO DE VIGÊNCIA DA LEI MOSTROU, PORÉM, QUE A SEPARAÇÃO ENTRE AS LEGISLAÇÕES DE MATIZES AUTORITÁRIA E DEMOCRÁTICA TALVEZ NÃO SEJA TÃO ESTANQUE QUANTO SE IMAGINAVA."

[...] alteração substancial na descrição da conduta anteriormente narrada pelo novo tipo penal, que mantém a estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada entre os crimes previstos: (a) nos antigos arts. 18 e 23, IV, da Lei 7.170/83 e no atual art. 359-L do Código Penal; e (b) no antigo art. 23, II, da Lei 7.170/83 e no delito previsto no art. 286, parágrafo único, do Código Penal.

Na ocasião, o Relator destacou que:

[...] a revogação de uma lei penal não implica, necessariamente, na descriminalização de todas as condutas nela tipificadas, haja vista que pelo princípio da continuidade normativo-típica haverá possibilidade de que certas condutas previstas na norma penal revogada tenham sido objeto da norma revogadora.

O entendimento esposado pelo Ministro Relator foi acompanhado por quase todos os demais integrantes da Corte, à exceção do Ministro **André Mendonça** – que, contrariamente aos demais, manifestou-se pela ocorrência da *abolitio criminis*, frisando que: “a Lei de Segurança Nacional foi expressamente revogada pelo art. 4º da Lei 14.197, de 2021, e restaram abolidos os tipos penais nela previstos”.

Em seu voto vogal, André Mendonça anota que:

[...] é bem verdade que a simples revogação de um tipo penal não significa que a conduta nele descrita deixou de ser criminosa. [...] No entanto, uma vez revogada a LSN, a conduta então prevista no seu antigo art. 23, IV, cumulado com art. 18, não mais encontra atualmente adequação típica em qualquer outra norma penal vigente no país. Em outras palavras a conduta, em si, deixou de ser criminosa. Não há qualquer outro crime atualmente em vigor cujo tipo tenha redação capaz de absorver a conduta praticada pelo Deputado neste caso específico. Enfim, não houve continuidade típico-normativa. Nunca é demais lembrar que todas as condições exigidas pela lei no tipo penal devem estar presentes para que possa haver a aplicação de sanção. Não há tipificação penal por analogia. Logo, não pode haver sanção criminal por condutas parecidas, próximas, semelhantes a uma outra que porventura esteja tipificada.

Merecem atenção, de fato, as ponderações feitas pelo Ministro, já que os dispositivos legais da norma revogada, embora próximos em sentido, não encontram correspondência plena no novo texto legislativo. Encontrar aproximação de sentido entre as normas penais em questão é possível, sim; mas exige certo esforço interpretativo.

Ocorre, todavia, que, à luz do princípio da legalidade – pedra de

toque de nosso Estado Democrático de Direito, justamente o objeto maior de proteção da Lei 14.197 –, não se deve tolerar de esforços interpretativos para a aplicação de sanção penal. Muito ao contrário: apenas pode ser punida a conduta que se amoldar, de forma precisa, à tipificação penal.

É de se questionar, então, se o expediente adotado no caso em testilha não acabaria por configurar, em última análise, ele próprio, uma ameaça à ordem jurídica que pretende proteger.

Não obstante, o precedente forjado na ocasião vem sendo replicado em outros casos de repercussão. Mais recentemente, os tipos penais da lei revogada foram utilizados como fundamento de ainda outra decisão da lavra do Ministro **Alexandre de Moraes**, que autorizava monocraticamente, no bojo da PET 10.543/DF (BRASIL, 2022b), a implementação de diversas medidas cautelares em desfavor de inúmeros investigados.

Outras questões de relevo exsurtem desta última decisão – que, ao fim e ao cabo, procura subsumir o que essencialmente podem ser descritas como mensagens trocadas em aplicativos de mensageria aos tipos penais insculpidos nos noveis artigos 359-L e 359-M do *codex* – os quais tipificam, respectivamente, as condutas de: “tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais” e “tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído”.

Ora, não é possível deixar de questionar se tal decisão, ainda que proferida em sede cautelar, não estaria a se distanciar por demais da *mens legis*, vez que, por fim, rotula como crimes contra o Estado Democrático de Direito a mera manifestação de opinião por meio de mensagens privadas – entendendo ser dispensável, inclusive, para a configuração do delito, a efetiva existência de violência ou grave ameaça, elemento constitutivo do tipo. Não estaria tal decisão, por fim, criminalizando a manifestação de opinião – como fazia, outrora, a Lei de Segurança Nacional?

É necessário ponderar, portanto, se, após um ano em vigência, a aplicação diuturna da Lei 14.197 vem honrando seu ideário original – ou se os vícios de tantas décadas vêm se fazendo sentir nas entrelinhas das decisões.

Notas

- ¹ QUINTANA, Mario. Uma alegria para sempre. In: *Baú de espantos*. São Paulo: Globo, 2006. p. 104.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 1.044/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes, data de julgamento 20 de abril de 2022a. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/API044N2681352022GABLMAindultoesusenosdemedidascautelares.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 10543/DF*. Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, data de julgamento 19 de agosto de 2022b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET10543PUBLICO.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: JusPodivum, 2022.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva Jus, 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Penal*, n. 30, jul./dez. 1980a.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e de Criminologia*, n. 35, Ed. Forense, Rio de Janeiro, jan-jun. 1983, p. 60-69.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal. Ano 15, n. 59, jul-set/1978, p. 71-86.

JOSÉ, Maria Jamile; GOMES, Theuan Carvalho. O Estado democrático de Direito pede

a revogação da Lei de Segurança Nacional. *Revista Consultor Jurídico*, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-22/opinio-estado-democratico-direito-revogacao-lsn>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. Consulta. *Ordem dos Advogados do Brasil; Conselho Federal; Comissão de Estudos Constitucionais*, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-avalia-proposicao-adpf-questionando.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

NUNES, Diego. Crimes políticos: competência para o julgamento dos delitos da Lei 14.197/2021. *Revista Consultor Jurídico*, 8 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-08/nunes-competencia-julgamento-delitos-lei-141972021>. Acesso em: 08 jun. 2022.

QUINTANA, Mario. Uma alegria para sempre. In: *Baú de espantos*. São Paulo: Globo, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Lei de segurança nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil. *Parecer; Instituto de Estudos Culturalistas*, 14 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022.

Autora convidada

ESTÂNDARES DE PROVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DESCONSTRUINDO UM EQUÍVOCO

STANDARDS OF EVIDENCE AND PRESUMPTION OF INNOCENCE: DECONSTRUCTING MISCONCEPTION

Anderson Pires Giampaoli

Mestre em Direito Probatório pela Universidade de Barcelona. Professor de Criminologia na Academia de Polícia de São Paulo (ACADEPOL).

Professor de Direito Processual Penal na UNITA e na PROORDEM. Delegado de Polícia no estado de São Paulo (PCSP).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6389905236681008>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3762-6843>

agiampaoli@uol.com.br

Resumo: O presente escrito objetiva desfazer um equívoco, consistente na confusão que se faz entre estandar de prova e presunção de inocência. Assim, partindo da concepção de um Processo Penal racionalista voltado para a busca da verdade, da correta aplicação da lei penal e do respeito aos direitos do acusado, as linhas que se seguem tratam do raciocínio judicial a partir da sua valoração e posterior decisão. Para tanto, serão trazidas para o bojo do breve estudo noções de epistemologia jurídica, de erro judiciário e da regra intitulada *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Estandar de prova; Presunção de inocência; Epistemologia jurídica; Erro judiciário; *In dubio pro reo*.

Abstract: This writing aims to dismantle a misconception, consistent in the confusion that is made between a standard of proof and presumption of innocence. Thus, starting from the conception of a rationalistic criminal procedure aimed at the search for truth, the correct application of criminal law and respect for the rights of the accused, the lines that follow deal with judicial reasoning from its valuation and subsequent decision. To this end, notions of legal epistemology, judicial error and the rule entitled *in dubio pro reo* will be brought to the fore of the brief study.

Keywords: Evidence standard; Presumption of innocence; Legal epistemology; Judicial error; *In dubio pro reo*.

1. Introdução

O cometimento de uma conduta definida pelo Estado-legislador como crime na maioria das sociedades contemporâneas legitima o Estado-juiz, com o auxílio de outras instituições de controle formal da criminalidade, em especial a polícia e o Ministério Público, a imputar ao acusado a prática de um fato pretérito. A consequência será, a depender do bem jurídico violado, a imposição de uma pena, em regra, de prisão, supervisionada pelo Estado-administração. Para tanto, leia-se, impor a um cidadão uma pena privativa de liberdade, o corpo social, outrossim, por intermédio do Estado-legislador, exige, comumente, a instauração e o regular andamento de um processo, com respeito aos direitos e às garantias do acusado.

Por força dos recortes necessários e da limitação deste escrito, temas de relevância como a hipótese a ser construída pela polícia por meio do método abduativo (AGUILERA, 2020, p. 43); a proposição formulada pela acusação, a qual será objeto de prova; os indícios ou razões epistêmicas que darão (ou não) sustentação à hipótese formulada e, ainda, toda a atividade probatória desenvolvida no curso do processo cujo escopo principal é a busca da verdade não poderão ser abordados. O enfoque a ser dado, assim, se voltará à valoração, individual (atomística) e coletiva (holística), dos elementos de prova produzidos sob o contraditório e a ampla defesa, dando-se ênfase ao momento da decisão judicial, denominado terceira e última etapa da atividade probatória (FERRER BELTRÁN, 2016, p. 93).

Nessa linha de raciocínio, seguindo o pensamento de **Gascón Abellán** (2010, p. 67), para atingir o ponto culminante do Processo

Penal, instrumento de implementação de política pública (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 148), o juiz, valendo-se de um silogismo prático, verifica se a sua premissa menor (o resultado do raciocínio acima mencionado, ou seja, o enunciado probatório) subsome-se à premissa maior (a norma proibitiva com consequências penais) e extrai a conclusão, que resultará, a depender da justificação e consoante exposto anteriormente, em condenação ou absolvição do acusado.

Para decidir por meio de uma série de inferências, o juiz, sem se ater ao seu estado psicológico, deve raciocinar e estabelecer se a hipótese fática proposta pela acusação restou demonstrada e corroborada pelos elementos de prova trazidos para o processo. Ainda, deve verificar se hipóteses alternativas, tais como as apresentadas pela defesa, não superaram as da acusação.

Eis, aqui, a inserção dos institutos indicados no título destes apontamentos, que buscam desconstruir, a partir da epistemologia jurídica, a ideia segundo a qual estândares de prova e garantia do estado de inocência de qualquer pessoa acusada de um crime são sinônimos.¹

2. A epistemologia jurídica

O Processo Penal, nas sociedades ocidentais modernas, é um instrumento de cognição (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 49), de busca da verdade, entendida como correspondência (FERRAJOLI, 2010, p. 50-51) entre aquilo que se afirma em juízo (proposição) e o que de fato ocorreu fora dos autos. Ocorre que tal procura, nos organismos sociais democráticos, não constitui o único objetivo a

ser perseguido, havendo outros valores em jogo, por exemplo, a correta aplicação da lei penal e os direitos do acusado (BADARÓ, 2019, p. 275). Pois bem, é nesse incessante esforço promovido pelos diversos atores do sistema de justiça criminal que os aportes da epistemologia jurídica ganham relevância (LAUDAN, 2013, p. 23).

Preocupada com o conhecimento dos fatos (*quaestio facti*), e não da norma (*quaestio iuris*), a epistemologia jurídica auxilia esses agentes a raciocinar e a justificar as questões de fato trazidas ao bojo do Processo Penal (MATIDA; HERDY, 2016, p. 209). Por meio dela, é possível verificar se as diversas regras e institutos regulamentados pela lei processual penal de um determinado país refletem o comprometimento da sociedade com a perquirição da verdade e com a diminuição de erros judiciários, tais como a condenação de inocentes ou a absolvição de culpados (LAUDAN, 2013, p. 22).

Tal perspectiva implica analisar não apenas os meios de prova ou o sistema de valoração do conjunto probatório adotados por determinada comunidade, sendo necessário o estudo de todas as regras institucionalizadas, constitucionais ou infraconstitucionais, apontando o seu caráter epistêmico ou não.

Assim, exemplificando, o direito que o réu tem de recorrer de uma decisão condenatória de primeira instância é uma regra epistêmica, pois permite que juizes de uma instância superior revisem o ato e, se for o caso, corrijam a decisão anteriormente dada, valorando novamente a prova. Por outro lado, impedir que decisões judiciais sejam revistas, tal como ocorre com as sentenças absolutórias proferidas pelos jurados no sistema estadunidense, configura um claro preceito antiepistêmico.

Conclui-se o presente tópico consignando que, a partir dos aportes da epistemologia jurídica, é possível oferecer propostas, tais como a incorporação de padrões de prova para as principais decisões tomadas no curso de uma persecução penal, de modificação do sistema normativo-processual, reduzindo, assim, a quantidade daquilo que se denomina de falsos positivos e falsos negativos (AGUILERA, 2020, p. 20).

3. A presunção de inocência e a regra do *in dubio pro reo*

O estado de inocência de uma pessoa acusada de um crime, garantia historicamente prevista, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,² é uma proteção que acompanha o infrator da lei desde o cometimento daquele, razão pela qual, na doutrina e na jurisprudência, pondera-se que há várias facetas na sua exata compreensão (FERRER BELTRÁN, 2010, p. 169).

Inicialmente, observa-se uma dimensão extraprocessual da referida garantia, dirigida, a título de exemplo, aos particulares, com especial atenção aos meios de comunicação, que são impedidos de imputar um crime a um determinado cidadão até que sobrevenha uma sentença condenatória em seu desfavor.

Sob outra perspectiva, analisando a extensão processual, além de ser princípio informador de toda a persecução, a garantia em estudo é uma regra de tratamento, vale dizer, o acusado não pode ser considerado culpado até o advento de uma sentença penal condenatória, o que impede, como regra, que o juiz lhe imponha uma medida privativa de liberdade antes da decisão que o condene ou o inocente.

Prossequindo, destaca-se ainda a faceta de regra probatória da salvaguarda. Embora não haja consenso nesse aspecto, o que se leva em consideração é a atividade de produzir provas em si mesma, ou seja, a conformação, a admissibilidade e a produção de razões epistêmicas (elementos de prova ou indícios) por intermédio dos diversos meios de prova admitidos.

Por fim, e aqui está a faceta que interessa ao presente estudo, destaca-se a dimensão do estado de inocência como regra de julgamento ou de juízo. Pois bem, nesta perspectiva, qual seja, a de pensar e aplicar a garantia quando da decisão proferida pelo juiz, o que se leva em consideração é a valoração do conjunto probatório produzido no curso do processo. Desse modo, não se comprovando a culpa do réu (não corroboração dos elementos de prova com a proposição inicialmente formulada) a partir do padrão de prova exigido pelo sistema jurídico vigente, diante da incerteza instalada no momento crucial do Processo Penal, aplica-se o adágio *in dubio pro reo*, absolvendo-o.

A questão que se coloca é que a maioria dos sistemas jurídicos não diz quando a hipótese ou a proposição considera-se provada, o que, segundo Ferrer Beltrán (2010, p. 182), torna a garantia em debate inoperativa, já que o cidadão acusado de um crime desconhece quando o conjunto probatório o favorece ou não.

Assim, ainda segundo o mesmo autor (2010, p. 182), partindo de uma concepção racionalista da prova, afastando-se, portanto, de qualquer ideia subjetivista, a presunção de inocência, observada aqui sob a faceta de regra de julgamento, representação do *in dubio pro reo*, não implica qualquer critério a ser considerado pelo julgador para que tenha por provada ou não a hipótese a ser testada. Entretanto, a mesma garantia exige que haja um padrão, no presente caso, para o Processo Penal, intersubjetivamente controlável, permitindo, dessa forma, que a decisão final seja verdadeira e juridicamente válida (LAUDAN, 2013, p. 39).

Mas o que se entende por um padrão de prova, sabendo-se que o referido instituto não se reduz a um conceito unicamente jurídico (GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 423)?

4. Padrões de prova

Padrões de prova são instrumentos comumente advindos do sistema de *common law*, os quais apontam para o julgador quando se considera provada a proposição fática formulada no início do processo (NARDELLI, 2018), ou seja, quando se justifica aceitar como verdadeira a hipótese que se formula sobre fato pretérito e relevante para o direito, *in casu*, penal.

Deve-se dizer, ademais, que embora se discuta neste escrito qual seria o critério de suficiência probatória apto a condenar ou absolver o acusado ao final de um Processo Penal, não se olvida, conforme mencionado, que os padrões, como critérios racionais de decisão, podem e devem ser utilizados em outras importantes fases da persecução (BADARÓ, 2019, p. 240). Como exemplo, podem ser mencionados a instauração de uma investigação preliminar, a decretação de uma prisão em flagrante, temporária ou preventiva, o indiciamento de um suspeito, o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia do réu, a concessão de uma cautelar patrimonial ou probatória.

Aqui, em razão da limitação, não se discutirão os inúmeros problemas que envolvem os padrões de prova, como a justa distribuição do risco do erro (falsos positivos e falsos negativos) (LAUDAN, 2013, p. 110); a quem cabe definir o padrão de prova (legislador ou juiz) (NARDELLI, 2018); qual seria a metodologia responsável pela fixação desse critério de suficiência (modelo de Bayes ou de Bacon e Cohen) (TARUFFO, 2016, p. 251-252) e, por fim, a proposta de um padrão de prova à luz do sistema racionalista e da necessidade do controle intersubjetivo da decisão judicial (FERRER BELTRÁN, 2020, p. 451-452).

A ideia, consoante se observa pela leitura do título deste artigo, é apenas desfazer o equívoco comumente visto na doutrina – aliás, muito bem destacado por Badaró (2019, p. 241), e na jurisprudência

(inclusive em cortes constitucionais) –, o qual atribui à garantia da presunção de inocência um critério de suficiência probatória apto a dizer se a hipótese fática, graças aos elementos de prova e razões epistêmicas produzidas no curso do processo, foi comprovada. Ledo engano, eis que tal tarefa deve ser atribuída ao estândar de prova (PEIXOTO, 2021, p. 61).

Nessa linha de raciocínio, considerando mais uma vez os recortes necessários, ou seja, permanecendo na seara processual penal, o que se tem observado nos sistemas de *civil law* é a importação do estândar de origem dos sistemas de *commom law*, cujo enunciado traduz-se na fórmula *proof beyond any reasonable doubt*.

Dessarte, sem adentrar nas inúmeras críticas que se faz ao referido critério estadunidense de suficiência probatória (LAUDAN, 2013, p. 123), o que se destaca aqui é a ideia segundo a qual, no Processo Penal, considerando o que está em jogo, isto é, a liberdade do acusado, o grau de suficiência elegido, necessário para afastar todas as hipóteses de inocência, deve ser um verdadeiro método de prova (NARDELLI, 2018) cuja valoração seja, segundo **Taruffo** (2011, p. 422), racional (*ex ante* e *ex post*) e, portanto, objetivamente controlável por meio da justificação.

Nesse diapasão, para ilustrar o acima exposto, vale mencionar o modelo brasileiro de veredito para reconhecer a culpa de um acusado por um crime doloso contra a vida (art. 472 do Código de Processo Penal). Em tal modelo, denominado sistema da íntima convicção, os juízes de fato não necessitam justificar suas decisões, de maneira que, se não há um método legalmente estabelecido de suficiência probatória, fica a reflexão se não seria o momento oportuno para que o legislador, por intermédio de uma reforma, criasse estândares de

prova capazes de afastar as crenças que permeiam o estado mental do julgador não investido no cargo.

5. Considerações

Asseverar, nos Estados Democráticos de Direito, que uma pessoa é culpada por um crime, exige, necessariamente, o respeito ao devido processo legal, com todas as garantias que lhe são inerentes (BARROS, 2020, p. 21). Entre elas, a presunção de inocência, sob as suas diversas facetas, e o seu consectário, o *in dubio pro reo*, asseguram ao réu o estado de não culpabilidade até que a referida culpa seja declarada em juízo e a acusação se sujeite à prova e à refutação (FERRAJOLI, 2010, p. 505).

Ocorre que, quando que se considera provada a hipótese ou a proposição acusatória?

Conforme se procurou demonstrar ao longo das linhas acima, a resposta ao referido questionamento passa, imperiosamente, pela definição de um critério objetivo e racionalmente controlável, denominado estândar de prova, instituto pouco estudado e incomum no sistema romano-germânico, em que prevalece o sistema da livre valoração da prova (VÁZQUEZ, 2013, p. 13).

Arrematando, compreender o Processo Penal como um verdadeiro instrumento epistêmico de implementação de política pública, portanto, voltado para a busca da verdade (e consequente diminuição do risco de erros), correta aplicação da lei penal e respeito aos direitos do acusado, perpassa pela indubitável distinção entre presunção de inocência e estândar probatório, responsável, este último, por conferir operatividade àquela e racionalidade à decisão judicial devidamente justificada por razões epistêmicas.

Notas

¹ Exemplos dessa confusão podem ser visualizados nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol na STC 66/2009 e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Penal 676/Mato Grosso. Na primeira, fazendo referência ao entendimento consolidado da Corte Constitucional, aduziram os ministros, *in verbis*: “[...] aunque la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable [...]” (ESPANHA, 2009). Já na segunda, observe-se o seguinte trecho da ementa, *in verbis*: “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é

tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2017).”

² “Artigo 9º: Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor (não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela Lei.” (DECLARAÇÃO..., 1789).

Referências

AGUILERA, E. Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. In: FERRER BELTRÁN, J.; VÁZQUEZ, C. (ed.). *Del derecho al razonamiento probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

BADARÓ, G. H. *Epistemología judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROS, V. D. M. *O conteúdo lógico do princípio da inocência: uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 676 Mato Grosso*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. Operação Sanguessuga. Deputado Federal. Quadrilha, corrupção passiva e crime licitatório do art. 90 da Lei 8.666/1993. Colaboração premiada. Ausência de corroboração. Insuficiência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de inocência. Absolvição. Relatora: Min. Rosa Weber, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. [S. l.: s. n.], 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 66/2009, de 9 de marzo*. Boletín Oficial del Estado, 14 de abril de 2009. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6485>. Acesso em: 25 abr. 2022.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRER BELTRÁN, J. *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*. Girona: Universitat de Girona, 2010.

FERRER BELTRÁN, J. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Editora Jurídica Grilley, 2016.

FERRER BELTRÁN, J. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 7, n. 2, p. 137-164, 2017.

FERRER BELTRÁN, J. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El

test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: FERRER BELTRÁN, J.; VÁZQUEZ, C. (org.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 435-464.

GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, D. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. In: FERRER BELTRÁN, J.; VÁZQUEZ, C. (org.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 415-434.

LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MATIDA, J.; HERDY, R. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, J. E. (org.). *Epistemologias críticas do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 209-237.

NARDELLI, M. A. M. Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. *Academia.edu*, [s. l.], p. 20, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38656612/Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Standards_de_Prova_e_Racionalidade_das_Decis%C3%B5es_sobre_os_Fatos_no_Processo_Penal. Acesso em: 21 abr. 2022.

PEIXOTO, R. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VÁZQUEZ, C. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 11-20.

Recebido em: 29.07.2022 - Aprovado em: 29.08.2022 - Versão final: 03.10.2022



BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FACIAL COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO

*BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE USE OF FACIAL RECOGNITION AS AN INSTRUMENT OF
PUBLIC SAFETY AND PROSECUTION*

Renan Barboza de Faria

Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Bacharel em Direito pela FMU. Assistente Jurídico do TJ-SP. Membro do IBCCRIM.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9222185855891560>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8496-3570>
renanbarboza@hotmail.com

Renatha Gonçalves da Mota e Silva

Graduanda em Direito pela UNINASSAU
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3337710589339737>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7299-1662>
renathamotta_@hotmail.com

Resumo: O artigo realiza breve análise da adoção do reconhecimento facial como reação à sofisticação da criminalidade. Objetiva-se traçar o panorama da utilização dessa tecnologia no Brasil e suas principais dificuldades, sobretudo considerando a desproporcional ingerência em direitos fundamentais.

Palavras-chave: Segurança pública; Tecnologia; Reconhecimento facial; Imprecisão; Racismo.

Abstract: The article does a brief analysis of the adoption of facial recognition as a reaction to crime sophistication. The objective is to outline the outlook of this technology usage in Brazil and its main difficulties, especially considering the disproportionate interference with fundamental rights.

Keywords: Public safety; Technology; Facial recognition; Imprecision; Racism.

1. O desenvolvimento tecnológico e a adequação dos mecanismos de prevenção e repressão

As transformações do mundo contemporâneo foram construídas mediante a incidência da modernização tecnológica, que buscava produzir velocidade nos processos e na comunicação. Nesse sentido, as práticas ilícitas também foram favorecidas, aprimorando as condutas já existentes e incidindo no surgimento de novas, em que a sensação de liberdade e impunidade proporcionada pela criação do ambiente virtual impactou o crescimento e propagação de ações e discursos de ódio, compra e venda de ilícitos, além da

quebra de privacidade, que se tornou cada vez mais comum, com a invasão, sequestro e divulgação de dados, que buscam a exposição pública ou favorecimento de outros crimes.

À vista disto, destaca-se como a modernização tecnológica, trazendo à tona um modelo de comunicação muito mais acessível, permitiu a facilitação na organização de ações criminosas, bem como na manipulação de informações, principalmente no âmbito virtual. Nota-se também que, além da sofisticação tecnológica, a criminalidade também se utiliza das fragilidades sociais para prática de infrações.

Tal cenário permite notar também a paulatina substituição da criminalidade clássica, caracterizada pela limitação a ambientes físicos, pela criminalidade praticada no ciberespaço ou com a utilização de métodos atualizados e que dificultam sua apuração, tratando-se, assim, de verdadeiro fenômeno de busca por espaços de oportunidade criminosa (MIRÓ-LLINARES; MONEVA, 2019, p. 3).

Este fenômeno ao mesmo tempo estabeleceu forçadamente aos Estados a necessidade de adequação dos métodos de busca e produção de provas aos avanços da tecnologia da informação e comunicação, exigindo novas perspectivas na forma e regulamentação dos procedimentos de apuração e prevenção de delitos, trazendo à tona, inclusive, uma postura reativa, buscando a incorporação de novos mecanismos e técnicas de investigação e controle, bem como atualização daquelas já existentes, sobretudo com a introdução da inteligência artificial, sob o pretexto da obtenção e análise eficiente de dados. Um dos usos da inteligência artificial para fins de prevenção e repressão de delitos se verifica no reconhecimento facial.

2. Apontamentos acerca do sistema de reconhecimento facial e sua implementação no Brasil

Conforme indicado, o veloz desenvolvimento tecnológico, sobretudo nas áreas da comunicação e vigilância, levou à busca incessante da sociedade por segurança, permitindo a incorporação de sistemas de reconhecimento facial às câmeras de monitoramento utilizadas tanto em locais públicos como privados. Diante do crescimento na utilização dessa tecnologia, o debate acerca de sua incorporação em larga escala têm assumido relevância.

Normalmente apontado como exemplo de mecanismo eficiente de gestão de risco e apuração de delitos, sua implementação é defendida sob a justificativa da segurança pública, sem que sejam indicados maiores esclarecimentos acerca das precauções de sua utilização, certamente redutora de direitos fundamentais. Esse tipo de tecnologia tem como grande ponto negativo a opacidade, ou seja, a dificuldade (e até impossibilidade) de verificação e reprodução do *iter* de funcionamento de sistemas que utilizam técnicas de *machine learning* (MIRÓ-LLINARES, 2018, p. 113).

Importante destacar que esse mecanismo é uma forma de identificação biométrica, um processo que possibilita a identificação ou verificação da identidade a partir de características físicas ou comportamentais inerentes a uma pessoa. Entretanto, a captura de dados parte de inúmeras fontes (câmeras de vigilância, celulares, etc.), que operam de forma incessante e, principalmente, sem que o titular do dado perceba. Essas características são fundamentais para possibilitar o rastreamento secreto e massificado por reconhecimento facial.

O procedimento de reconhecimento facial para identificação e localização estrutura-se em quatro fases: inicia-se com a utilização de um algoritmo que permite a localização do rosto da pessoa na imagem (detecção); em seguida, há o dimensionamento e

alinhamento da face para comparação com as demais processadas pelo algoritmo (preparação); posteriormente, o algoritmo extrai as características da face que podem ser quantificadas de forma numérica, como a distância entre os olhos, nariz e boca ou a textura da pele (extração de características); na fase final de identificação, o algoritmo examina grupos de imagens de rostos e emite uma pontuação que reflete o grau de identificação entre as faces cadastradas no sistema e aquela submetida à identificação (GARVIE; BEDOYA; FRANKLE, 2016, p. 9).

Destaca-se que essa análise é possível apenas porque o sistema passou por procedimento de *machine learning* supervisionado. Tal aprendizado, com a utilização de dados testes, embora traga ganhos significativos na velocidade de obtenção de resultados de identificação, o faz sacrificando valores como transparência e explicabilidade, além de outros princípios que deveriam nortear a aplicação de sistemas de reconhecimento facial.

Considerando a realidade brasileira, segundo relatório do Instituto Igarapé, a utilização de sistemas de reconhecimento facial no Brasil em diferentes áreas é reportada pelo menos desde 2011 (INSTITUTO IGARAPÉ, 2019). Na cidade de São Paulo, por exemplo, constata-se o uso de câmeras de reconhecimento facial no sistema de transporte público desde 2017 (GARAY, 2019, p. 7).

Entretanto, nota-se grande dificuldade no acesso às informações sobre os impactos da implementação dessa tecnologia, cuja regulamentação caminha a passos lentos e na contramão de outros países, que inicialmente procuraram estabelecer premissas básicas para sua utilização (NUNES, 2019, p. 70).

Diante dessa situação, a utilização do reconhecimento facial tem como garantias mínimas em nosso país aquelas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 - LGPD), uma vez que o dado biométrico é expressamente reconhecido

como dado pessoal e de natureza sensível. Contudo, apesar dos princípios gerais de proteção e direitos do titular previstos pela LGPD serem plenamente aplicáveis ao uso de reconhecimento facial, a referida lei excepciona sua incidência no tratamento de dados para manutenção de segurança pública e persecução/apuração de delitos.

Em 2019, dois decretos presidenciais (Decreto 10.046/2019 e Decreto 10.047/2019) possibilitaram a criação de uma grande base unificada e compartilhada de dados pessoais dos cidadãos. Os decretos ilustram os atuais riscos de implementação e normalização de sistemas de vigilância em massa, uma vez que permitem o armazenamento de dados biométricos faciais, associados a diversos outros dados biográficos.

Esse cenário, acrescido da implementação do reconhecimento facial, apresenta sérios riscos a direitos fundamentais, tais como: precisão na identificação; impactos desproporcionais na identificação de pessoas; impacto em liberdades públicas; e descontrole na retenção e utilização de dados pessoais.

"[...] A CAPTURA DE DADOS PARTE DE INÚMERAS FONTES (CÂMERAS DE VIGILÂNCIA, CELULARES, ETC.), QUE OPERAM DE FORMA INCESSANTE E, PRINCIPALMENTE, SEM QUE O TITULAR DO DADO PERCEBA."

3. Riscos apresentados pelo uso do reconhecimento facial

3.1 Precisão na identificação e descontrole na utilização de dados pessoais

Sistemas de reconhecimento facial normalmente podem desempenhar três tipos de funções. O sistema pode ser concebido para identificar uma pessoa desconhecida; para verificação de identidade (sistemas de liberação de acesso); e para localização de múltiplas faces previamente identificadas (LYNCH, 2020, p. 5).

Importante ressaltar que, em vez de identificar positivamente uma pessoa desconhecida com um único resultado, muitos sistemas de reconhecimento facial são desenvolvidos para calcular a probabilidade de identificação entre a pessoa desconhecida e as inúmeras fotos armazenadas em uma base de dados, dando como resultado múltiplos potenciais correspondentes, ranqueados de acordo com o grau de probabilidade da identificação correta (LYNCH, 2020, p. 6).

Isso pressupõe que todo sistema de reconhecimento facial deveria comunicar sua taxa de erros, incluindo o número de falsos positivos e falsos negativos. O falso positivo ocorre em situações nas quais o sistema acusa a correspondência da face de uma pessoa com uma das imagens armazenadas em uma base de dados, porém tal correspondência não é verdadeira. O falso negativo, por outro lado, verifica-se na hipótese de falha do sistema em encontrar uma imagem correspondente à face submetida à comparação, porém há, de fato, uma imagem correspondente armazenada na base de dados.

O sistema de reconhecimento facial, portanto, deve ser desenvolvido para operar almejando o menor grau possível de falsos positivos, uma vez que a ocorrência do falso negativo é menos danosa à sociedade.

Considerando ainda a utilização em massa do reconhecimento facial, a coleta e armazenamento de grande quantidade de dados pessoais pode incrementar riscos à segurança dessas informações, ainda que retidos em bases de dados governamentais.

Embora recente, é notável o crescimento na utilização de sistemas de reconhecimento facial e seu emprego em diversos ramos da segurança pública e também na administração geral do estado para identificação de pessoas e prestação dos mais diversos serviços (como banco de dados utilizados para controle de habilitações para condução de veículos). Dessa forma, a utilização de sistemas integrados, embora eficiente para a prestação dos serviços, pode acarretar brechas externas e internas de segurança e causar a exposição ou alteração de dados pessoais, de sorte que é necessária maior transparência do Estado acerca da implementação, utilização e aproveitamento dos resultados.

3.2 Impacto em liberdades públicas

Eventuais violações aos direitos fundamentais em razão de decisões discriminatórias que venham a ser tomadas pelo sistema, carecem de meios inteligíveis de justificação e verificação. Tal situação, especialmente em relação à preservação da segurança pública, pode atingir severamente a liberdade dos indivíduos.

A privacidade é uma das faces da liberdade mais atingidas pela utilização do reconhecimento facial. Considerando-a como a capacidade de controle do indivíduo sobre seus dados pessoais sem, contudo, esquecer a necessidade de relacionamento com terceiros (LEONARDI, 2012, p. 88), a mera possibilidade de registro em qualquer lugar e de submissão à verificação por sistema de reconhecimento facial, sujeitando-se, portanto, aos problemas apontados nos

tópicos anteriores, representa, por si só, desmesurada violação, caracterizando indevida vigilância e podendo resultar na afetação de outras formas de liberdade diante de detenções e acusações injustificadas.

É comum o raciocínio de que a utilização de câmeras em locais públicos não feriria o direito à privacidade, uma vez que os indivíduos nesses espaços não teriam expectativa a esse direito, pois optaram por publicamente expor seus rostos. O equívoco nesse pensamento é considerar que a informação sensível em jogo é apenas a face dos indivíduos, ou seja, não se considera para qual finalidade é empregada a tecnologia, uma vez que a face é meramente o objeto de análise para a extração de diversas outras informações, em relação às quais não houve a intenção do indivíduo de apresentar publicamente e em relação às quais certamente há expectativa de privacidade (HIROSE, 2017, p. 1604), caracterizando verdadeira obtenção sub-república de dados sensíveis sem prévia autorização judicial.

3.3 Impactos desproporcionais na identificação de pessoas negras

Considerado uma extensão dos problemas de precisão, uma vez que sua gênese está na obtenção de falsos positivos, faz-se necessário analisar o impacto social da utilização do reconhecimento facial, ponderando o viés racial enraizado em nossa política penal. Visto que a sociedade brasileira experimenta, na ótica de **Sueli Carneiro** (2005, p. 43), o dispositivo racialidade, que descreve bem a disparidade de tratamento policial e jurídico para pessoas negras. Assim, elenca-se o questionamento se a referida tecnologia ajudaria a reduzir o racismo estrutural.

Pesquisas mostram que o reconhecimento de pessoas negras tendem a apresentar falsos positivos no comparativo de imagens (KLARE *et al.*, 2012, p. 1799; WHITTAKER, 2018, p. 16). Como exemplo, temos a tecnologia utilizada pelo Google, que reconheceu como

"[...] MUITOS SISTEMAS DE RECONHECIMENTO FACIAL SÃO DESENVOLVIDOS PARA CALCULAR A PROBABILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO ENTRE A PESSOA DESCONHECIDA E AS INÚMERAS FOTOS ARMAZENADAS EM UMA BASE DE DADOS [...]"

peças negras imagens de gorilas e objetos. Logo, a utilização do reconhecimento facial como instrumento probatório e de segurança certamente contribuiria no crescimento de prisões arbitrárias, além de facilitar as violências comuns em abordagens policiais, perpetuando a coação social (SILVA; SILVA, 2019).

Nesse sentido, as falhas destacadas acima reforçam o tratamento preconceituoso a pessoas negras, que têm o tom de sua pele correlacionado à criminalidade, de forma que o incentivo à utilização da tecnologia pelo Estado, desconsiderando sua imprecisão, além de naturalizar desigualdades sociais, enfatizaria sua responsabilidade pela distinção racial de tratamento, transmitindo à sociedade a aceitabilidade dessas violências.

Ainda, a utilização e divulgação do reconhecimento facial antes do reconhecimento pessoal na fase investigativa influenciaria diretamente na produção de falsas memórias, aumentando os riscos de criminalização indevida, principalmente em relação à população negra.

O maior número de imagens de pessoas negras em bases de dados utilizadas para comparação também acarreta desproporcional desvantagem na utilização do reconhecimento facial para checagem de antecedentes em outras searas (como o mercado de trabalho), sobretudo diante da desatualização de dados provenientes de sistemas de Persecução Penal (LYNCH, 2020, p. 10).

Em pesquisa realizada pelo *National Institute of Standards and Technology*, na qual foram avaliados 189 algoritmos de 99 desenvolvedores de reconhecimento facial para medir as ocorrências de falsos positivos e falsos negativos, foi verificada maior taxa de falsos positivos para rostos asiáticos, negros e indígenas quando comparado a pessoas brancas. Ainda segundo esse estudo, mulheres negras representam o grupo mais atingido (GROTHER; NGAN; HANAOKA, 2019).

Segundo apontado anteriormente, o reconhecimento facial depende do treinamento de inteligência artificial, de sorte que esse sistema sempre estará sujeito à dificuldade de verificação do caminho utilizado pela máquina para tomada de decisão na comparação de imagens e apresentação de resultados.

Assim, a análise e controle da utilização do sistema se revela muito dificultosa, principalmente a tarefa de despi-la de vieses preconceituosos, ainda que não tenham pautado a criação do sistema.

4. Conclusão

Embora pouco retratada em nosso ordenamento jurídico, a tecnologia do reconhecimento facial já é utilizada no Brasil desde 2017, contudo, com pouca ou nenhuma informação acerca de sua implementação, funcionamento e limites que deveriam pautar sua utilização.

Embora apresentada como sinônimo de eficiência na segurança pública, de todos os sistemas biométricos, esse é o que tem as mais altas taxas de falsos positivos e falsos negativos, o que acaba comprometendo demasiadamente sua eficácia e afetando diretamente direitos fundamentais, como o direito à privacidade, o tratamento de dados sensíveis, além de liberdades públicas em geral diante de identificações equivocadas.

Considerando, ainda, que as taxas elevadas de falsos positivos afetam, sobretudo, grupos já marginalizados socialmente, como pessoas negras e mulheres, comprometendo não só medidas de segurança pública e repressão de crimes, como também a eventual persecução, o uso de tecnologias de reconhecimento facial revela-se especialmente arriscado em contextos nos quais determinados grupos já são historicamente objeto de tratamento discriminatório, funcionando mais como instrumento de perpetuação do racismo do que de segurança pública.

Referências

- ABBAS DA SILVA, Lorena.; FRANQUEIRA, Bruna Diniz; HARTMANN, Ivar A. O que os olhos não veem, as câmeras monitoram: reconhecimento facial para segurança pública e regulação na América Latina. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v8i1p171-204. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/173903>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- ALMEIDA, Sílvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ARAÚJO, Rômulo de Aguiar; CARDOSO, Naiara Deperon; PAULA, Amanda Marcélia de. Regulação e uso do reconhecimento facial na segurança pública do Brasil. *Revista de Doutrina Jurídica*, v. 112, p. e021009, 2021. DOI: 10.22477/rdj.v112i00.734. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/734>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- BOTELLO, Nelson Arteaga. Regulación de la videovigilancia en Mexico. *Gestión de la ciudadanía y acceso a la ciudad. Espiral* (Guadalajara), v. 23, n. 66, may./ago. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2SxQBkI>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005, 339 p. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. *Parecer sobre a legalidade dos Decretos nº 10.046/2019 e 10.047/2019*. Rio de Janeiro, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3fNDiH7>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- GARAY, Vladimir. Mal de ojo: reconocimiento facial en América Latina. In: DERECHOS DIGITALES. *Latin America in a Glimpse*, p. 1-9, nov. 2019. Disponível em: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/glimpse-cap-rec-facial.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- GARVIE, Clare; BEDOYA, Alvaro; FRANKLE, Jonathan. The perpetual line-up: unregulated police face recognition in America. *Georgetown Law Center on Privacy & Technology*, out. 2016. Disponível em: <https://www.perpetuallineup.org>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- GROTHER, Patrick; NGAN, Mei; HANAOKA, Kayee. *NIST Interagency/Internal Report (NISTIR) 8280 - Face recognition vendor test (FRVT)*. Part 3: Demographic Effects. NIST, Dez. 19, 2019.
- HIROSE, Mariko. Privacy in public spaces: the reasonable expectation of privacy against the dragnet use of facial recognition technology. *Connecticut Law Review*, v. 49, n. 5, sep. 2017.
- INSTITUTO IGARAPÉ. *Reconhecimento facial no Brasil*. Desde 2011 vem sendo utilizado o reconhecimento facial no Brasil. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2L89rvh>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- KLARE, Brendan F.; BURGE, Mark J.; KLONTZ, Joshua C.; BRUEGGE, Richard W. Vorder; JAIN, Anil K. Face recognition performance: role of demographic information. *IEEE Transactions on Information Forensics and Security*, v. 7, n. 6, p. 1789-1801, Dec. 2012. Disponível em: <http://openbiometrics.org/publications/klare2012demographics.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LYNCH, Jennifer. Face off: law enforcement use of face recognition technology. *Electronic Frontier Foundation*, Apr. 20, 2020. Disponível em: <https://www.eff.org/pt-br/wp/law-enforcement-use-face-recognition>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- MIRÓ-LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, v. 20, p. 87-130, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446>
- MIRÓ-LLINARES, Fernando; MONEVA, Asier. What about cyberspace (and cybercrime alongside it)? A reply to Farrell and Birks "Did cybercrime cause the crime drop?" *Crime Science*, v. 8, n. 12, 2019. Disponível em: <https://crimesciencejournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40163-019-0107-y>. Acesso em: 21 nov. 2022.
- NUNES, Pablo. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. *Retratos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas*. CESeC, jun./out. 2019, p. 67-70. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2019/11/1relatoriorede.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- SILVA, Rosane Leal da; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues da. Reconhecimento facial e segurança pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 5, 2019, Santa Maria. *Anais* [...]. Santa Maria, RS: UFSM, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.23.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- WHITTAKER, Meredith et al. *AI Now Report 2018*. Dec. 2018. Disponível em: https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

Recebido em: 15.08.2022 - Aprovado em: 20.10.2022 - Versão final: 29.11.2022

NOTAS SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS POR VIDEOCONFERÊNCIA

NOTES ON THE EYEWITNESS IDENTIFICATION BY VIDEOCONFERENCE

Heitor Moreira de Oliveira

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Bacharel em Direito pela UFG, com intercâmbio na Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Constitucional.

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro do IBCCRIM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2964405138464732>

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2592-1183>

heitor.ufg@gmail.com

Resumo: Já faz tempo que a doutrina discute os problemas relacionados ao reconhecimento de pessoas no Processo Penal brasileiro, principalmente o risco de falsos reconhecimentos que dão ensejo a condenações injustas. Recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem manifestado precedentes rigorosos em relação a falhas procedimentais que desrespeitam o rito legal, negando valor probatório ao reconhecimento de um único suspeito (*show-up*) ou mediante a apresentação de álbum de fotografias. Nesse contexto, o avanço da videoconferência, a partir do advento da pandemia de Covid-19, impulsionou a recorrência de uma nova forma de se realizar o reconhecimento de pessoas: em meio eletrônico, pela tela do vídeo. Por meio do método hipotético-dedutivo, a partir de ampla revisão bibliográfica, este artigo objetiva perquirir sobre a compatibilidade desse procedimento com as garantias processuais do réu.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal; Videoconferência; Reconhecimento por vídeo; Garantias no Processo Penal; Prova penal.

Abstract: It's been a long time since the doctrine has been discussed the problems related to the eyewitness identification in Brazilian criminal proceedings, especially the risk of false recognitions that give rise to unfair convictions. Recently, the jurisprudence of the Superior Court of Justice has manifested strict precedents in relation to procedural flaws that disrespect the legal procedure, denying evidential value to the recognition of a single suspect (*show-up*) or through the presentation of an album of photographs. In this context, the advance of videoconferencing, since the advent of the Covid-19 pandemic, has led to the recurrence of a new way of eyewitness identification: electronically, through the video screen. So, using the hypothetical-deductive method, and based on a broad literature review, this article aims to investigate the compatibility of this procedure with the defendant's procedural guarantees.

Keywords: Eyewitness identification; Videoconference; Eyewitness identification by video; Guarantees of criminal proceedings; Criminal evidence.

1. Introdução

O presente artigo, sob o método hipotético-dedutivo, a partir de ampla revisão bibliográfica, tem por objetivo examinar, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), a compatibilidade do reconhecimento de pessoas por meio de videoconferência – prática que se tornou usual com o advento da pandemia de Covid-19 – com as garantias processuais do acusado. Para tanto, serão tecidas considerações sobre o procedimento do reconhecimento de pessoas, com destaque para as polêmicas,

doutrinárias e jurisprudenciais, decorrentes da inobservância do rito previsto no Código de Processo Penal (CPP). Em sequência, será examinada a (des)conformidade do reconhecimento feito em audiência virtual ou remota, isto é, por vídeo.

2. Sobre o reconhecimento de pessoas e a sua fragilidade epistêmica

O reconhecimento de pessoas é prova admitida no Processo Penal brasileiro e encontra regência nos artigos 226 e 228 do CPP. Tais dispositivos disciplinam o procedimento a ser adotado

na hipótese em que determinada pessoa é convocada a efetuar o reconhecimento de outra pessoa.

O reconhecimento pode ser determinado pela autoridade policial na fase pré-processual (art. 6º, VI, CPP) ou pelo magistrado na fase processual (art. 226, CPP). Por ele, alguém é levado a examinar visualmente uma pessoa, a fim de confirmar ou infirmar a sua identidade.

Em linhas gerais, a pessoa chamada a realizar o reconhecimento deve, de início, descrever a pessoa a ser reconhecida; em seguida, se possível, a pessoa a ser reconhecida é colocada ao lado de outras com características físicas similares; após, o reconhecedor é convidado a apontar qual indivíduo reconhece; por derradeiro, procede-se à lavratura de auto pormenorizado pela autoridade competente, no qual será relatado se a pessoa reconheceu, ou não, o suspeito.

O reconhecimento pessoal, contudo, desperta indisfarçáveis polêmicas no meio jurídico, sobretudo em razão da forma como é feito na prática. Isso porque: “no dia a dia de delegacias e fóruns, é comum que as autoridades não se atenham às disposições do art. 226 do CPP” (LIMA, 2019, p. 740). Com efeito: “o ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal [...]. Infelizmente, prática bastante comum na *praxe forense* consiste em fazer ‘reconhecimentos informais’” (LOPES JR., 2020, p. 534). O nível de inobservância do procedimento legal não raras vezes fragiliza a credibilidade da prova produzida por meio de reconhecimentos altamente enviesados, que, ao fim e ao cabo, podem fundamentar condenações injustas.

A bem dizer, o reconhecimento de pessoas, por envolver em sua natureza a comparação entre o que se vê e o que se guardou na memória, que comumente é falha: “tem um inerente risco de produção de falsos positivos, o que afeta grandemente a confiança que o sistema de justiça – e a sociedade, em geral – pode depositar nesse tipo de prova” (VIEIRA, 2019, p. 13). O desrespeito ao procedimento previsto no CPP pode potencializar ainda mais os riscos decorrentes desse tipo de prova.

Recentemente, os tribunais superiores estão se posicionando de forma contundente em desfavor dos reconhecimentos realizados em desconformidade ao regime procedimental determinado no art. 226 do CPP. A 6ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do HC 598.886/SC, Rel. Min. **Rogério Schietti**, em 27/10/2020, decidiu que o art. 226 do CPP é garantia mínima para a pessoa que se encontra na condição de suspeito da prática de um crime, de sorte que a inobservância do procedimento descrito na norma processual torna inválido o reconhecimento. O julgamento foi um verdadeiro marco de viragem paradigmática sobre o tema no Brasil, na medida em que no julgado foram: “fixaram diretrizes gerais e apontam para importante mudança jurisprudencial no assunto” (BORRI; ÁVILA, 2021), firmando-se a necessidade de se observar

o procedimento legal, garantia processual do acusado. Na verdade, a *práxis* da prova de reconhecimento pessoal, no Poder Judiciário e nas Delegacias de Polícia, nunca mais foi a mesma após a mudança da jurisprudência do STJ (MATIDA *et al.*, 2020). Em continuidade, a 2ª Turma do STF, no RHC 206.846/SP, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgado em 22/02/2022, entendeu que o descumprimento das formalidades exigidas para o reconhecimento de pessoas gera a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios. Após, em 15/03/2022, a 6ª Turma do STJ, no julgamento do HC 712.781/RJ, Rel. Min. **Rogério Schietti**, reafirmou seu entendimento no sentido de que o reconhecimento pessoal feito em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP é prova inválida, que não pode ser usada para lastrear juízo sobre a autoria do crime, nem mesmo de forma suplementar. Na oportunidade, o STJ esclareceu que, quando realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, contudo, mesmo nessa hipótese não terá força probatória absoluta, razão pela qual não pode lastrear, isoladamente, juízo de certeza da autoria, em razão de sua fragilidade epistêmica.

De fato, o reconhecimento pessoal é uma prova frágil, que não pode servir, por si só, para fundamentar juízo de condenação, mormente quando não encontra correspondência com outra prova produzida nos autos. O reconhecimento é uma prova pessoal, que depende da acurácia dos sentidos do sujeito (o reconhecedor), que, a partir do confronto visual com diversas pessoas, colocadas lado a lado, deve resgatar fragmento de sua memória e realizar comparativo entre o que vê e o que lembra e, se possível, identificar o que se ajusta entre as duas imagens (a visual e a que guarda em sua memória). É, portanto, um ato que se sujeita à falibilidade da memória.

O reconhecimento pessoal é frágil justamente porque dependente de nossa memória, que é: “suscetível à distorção mediante sugestões de informações

posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem, sim, influenciar a forma como recordamos dos fatos” (STEIN *et al.*, 2010, p. 26). Além disso, o contexto, a forma e sob que condições a memória é acessada podem torná-la suscetível à sugestibilidade e influência, produzindo falsas memórias.

A bem dizer, um falso reconhecimento pode derivar: (i) das limitações da memória humana, passível de falhas, ou (ii) de fatores intrínsecos ao crime. Afinal, as emoções vivenciadas durante a prática criminosa sofrida ou testemunhada podem dificultar a evocação da memória, notadamente porque: “as vítimas, em geral, estão submetidas a maior estresse, sendo certo que, quanto maior o estresse e a violência empregadas na ação delituosa, menor será o grau de exatidão nas identificações realizadas” (VIEIRA, 2019, p. 15).

A forma como o reconhecimento é feito pode afetar o seu resultado. Uma terceira causa que pode ensejar a ocorrência de falso reconhecimento é, justamente: (iii) a forma (o modo) como é conduzido o ato. Vale dizer: “os procedimentos utilizados pelo sistema de justiça

"O RECONHECIMENTO PESSOAL, CONTUDO, DESPERTA INDISFARÇÁVEIS POLÊMICAS NO MEIO JURÍDICO, SOBRETUDO EM RAZÃO DA FORMA COMO É FEITO NA PRÁTICA."

também podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento, como as instruções dadas à testemunha no momento do reconhecimento. Estes fatores são chamados variáveis de sistema" (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 174).

A formalidade prevista no art. 226 do CPP tem o objetivo precípuo de conferir maior fidelidade e precisão ao ato de reconhecer, tornando-o mais verossímil e crível. Justamente por isso, por exemplo, a exigência de que o suspeito seja colocado ao lado de outras pessoas que consigo guardem semelhanças (estatura, porte físico, cor da pele, etc.), é uma forma de desafiar a memória de reconhecimento, acionando-a com maior fidedignidade. "Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada" (LOPES JR., 2020, p. 537). Entretanto, mesmo que o ato obedeça ao procedimento do art. 226 do CPP, sempre persistirá o risco de falsos positivos. São os riscos epistêmicos inerentes ao ato que desautorizam que certa pessoa seja condenada tão só porque foi reconhecida por outrem, ainda que conforme o procedimento do CPP. Conforme decidiu o STJ, é preciso que o reconhecimento seja corroborado por outras provas. Embora não elimine totalmente a possibilidade de reconhecimentos equivocados, as regras do art. 226 do CPP se colocam como um *standard* probatório de aplicação cogente. Logo, o desrespeito ao devido procedimento probatório torna a prova inválida, justamente porque retira as cautelas mínimas vocacionadas a evitar a contaminação do reconhecimento.

Como visto alhures, a jurisprudência do STJ tem negado valor probatório ao ato feito ao arrepio das normas legais, em hipóteses que elevam o risco de falso reconhecimento ou potencializam os erros de identificação (*eyewitness misidentification*).

Por exemplo, cite-se o reconhecimento de um único suspeito (*show-up*), quando é mostrada para a vítima/testemunha uma foto do suspeito e, então, instada a dizer se a pessoa da foto é ou não o autor do crime. Ora: "o problema do *show-up* reside na falta de alternativa para que a vítima/testemunha possa comparar rostos" (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 418). Trata-se de procedimento altamente sugestivo, que representa grande risco a falsos reconhecimentos, na medida em que provoca efeito indutor, uma vez que é estabelecida uma percepção precedente, isto é, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do delito, bem como conduz o reconhecedor, em atos posteriores, a uma tendência de repetir a mesma resposta, por um viés de confirmação.

Cite-se, ainda, o reconhecimento feito mediante apresentação de álbum de fotos, quando: "uma pluralidade de suspeitos é apresentada ao mesmo tempo. Se uma vítima de roubo procura ajuda em uma delegacia, a ela será exibido um álbum com inúmeros indivíduos previamente selecionados pelas autoridades policiais" (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 418). Ocorre que não há clareza sobre os critérios usados pela autoridade para a inclusão/exclusão da fotografia de determinada pessoa no catálogo, não são seguidos quaisquer protocolos, tornando tal método terreno fértil para arbitrariedades. E, como consequência do procedimento, o fato é que: "depois da realização do reconhecimento mediante *show-up* (apresentação de um único suspeito para a testemunha ou vítima) ou por álbum fotográfico de suspeitos, por exemplo, a memória humana não permanece indene" (BORRI; ÁVILA, 2021). Ocorre que, uma vez afetada/contaminada, a prova processual que depende da recuperação fidedigna da memória perde a sua qualidade para

fins de eventual condenação criminal. Vale dizer, após uma primeira realização por procedimento equivocado, de nada adiantará repetir o reconhecimento, que estará potencialmente maculado por um viés de confirmação do que a testemunha viu anteriormente. Em verdade: "o reconhecimento de um suspeito é uma prova irrepetível, pois é em si um processo sujeito a alterar memória original" (CECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018, p. 1063). Por isso, o cuidado especial que se deve ter para que o reconhecimento pessoal seja realizado segundo criteriosamente as regras previstas na legislação processual.

3. O reconhecimento por videoconferência e as limitações do vídeo

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu como pandemia o surto decorrente da Covid-19, doença transmitida pelo novo coronavírus. Em consequência, restaram suspensas as atividades presenciais em todo o Poder Judiciário brasileiro, inclusive as audiências. Para assegurar a continuidade da prestação jurisdicional, investiu-se na realização das audiências por videoconferência, autorizadas e regulamentadas por atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). "A partir dessa autorização, grande parte das audiências de instrução e julgamento em processos criminais ocorreram em ambiente virtual" (LIOTTI; JANUÁRIO, 2022, p. 14). Desde então, em boa medida, o reconhecimento pessoal passou a ser realizado no curso das audiências remotas, por mediação da internet, em meio eletrônico.

A questão que ora se coloca à reflexão é a seguinte: o reconhecimento de pessoas por videoconferência é constitucional? Ou, noutras palavras, o reconhecimento pessoal realizado à distância, em audiência virtual, respeita as garantias constitucionais do réu no Processo Penal?

O artigo 4º, § 1º, da Resolução CNJ 329/2020 diz que os atos realizados por videoconferência devem observar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente. Por sua vez, o artigo 7º, inciso I, da Resolução CNJ 354/2020 equipara as oitivas por videoconferência às presenciais para todos os fins legais. Daí porque, indene de dúvidas, o reconhecimento realizado em audiência virtual deve seguir, integralmente, o procedimento previsto no art. 226 do CPP. Destarte, inicialmente, o reconhecedor deverá descrever as características físicas da pessoa que se pretende reconhecer; após, o acusado deve ser posto lado a lado de outras pessoas com qualidades físicas semelhantes, de forma tal que o vídeo possa captar todo o cenário, isto é, os indivíduos posicionados em conjunto; enfim, o reconhecedor, após mirar a imagem pela tela de seu notebook, smartphone ou do computador da sala do fórum (no caso de audiência híbrida, em que o réu participa por videoconferência, mas a vítima/testemunha encontra-se fisicamente), deve ser questionado se reconhece algum dos sujeitos que avistou remotamente. Nesse sentido, o item 6 do Comunicado CG 208/2022, do Tribunal de Justiça de São Paulo, dispõe que: "Havendo necessidade de se proceder ao reconhecimento pessoal do acusado, quando da comunicação da data e horário da Audiência ao estabelecimento prisional, será determinado que além do réu, sejam apresentadas duas outras pessoas que guardem com ele semelhança" (SÃO PAULO, 2022).

Na trilha da jurisprudência do STF e do STJ, a inobservância do procedimento legal fulminará o ato de nulidade e será inválido para fins probatórios. É o caso, por exemplo, da vítima que, ao visualizar o réu na sala virtual, é indagada se se trata do autor do crime. Tal

“reconhecimento” é inútil, porque feito sem que o suspeito tenha sido confrontado com outras pessoas.

Porventura cumprido rigorosamente o teor do art. 226 do CPP, questiona-se: o reconhecimento por videoconferência é válido?

Em primeiro lugar, importa esclarecer que o reconhecimento virtual tem previsão legal no art. 185, § 8º, do CPP, de aplicação limitada às hipóteses excepcionais que autorizam o interrogatório do réu preso por videoconferência. Para os demais casos, não há previsão legal expressa.

Em segundo lugar, há quem entenda que a videoconferência dificulta a apreensão escoreta de elementos não verbais, visuais e gestuais. Trata-se de elementos que podem ser decisivos para o ato do reconhecimento. “Os gestos, a entonação da voz, a postura do corpo, a emoção do olhar, dizem, por vezes, mais que as palavras. Mensagens subliminares são transmitidas e recebidas dos dois lados, ensejando, por vezes, rumos inesperados” (OLIVEIRA, 1996, p. 1). No reconhecimento por videoconferência, fica comprometido o “olho no olho”, o que pode favorecer equívocos de identificação. A propósito: “Estudos de psicologia cognitiva indicam a capacidade humana de reconhecer faces familiares a partir de vídeos com baixa qualidade; em contraste, o reconhecimento de faces não familiares seria altamente suscetível a erros” (GUEDES; FARDIM; RICCIO, 2022, p. 324). Para quem entender que a videoconferência não assegura um reconhecimento fidedigno, porque afeta a capacidade sensorial do reconhecedor, o expediente é inválido, porque vulnera as garantias constitucionais do acusado, especialmente da oralidade, imediação e presencialidade. O ato é inconstitucional e, portanto, nulo.

A propósito, um estudo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) entende que o reconhecimento pessoal somente poderia ser realizado por videoconferência se houver a concordância expressa da defesa e se for garantido justo alinhamento, ou seja, se as pessoas apresentadas guardarem semelhança física com a pessoa suspeita: “com o fim de evitar qualquer mácula na memória a ser capturada

por meio do ato do reconhecimento” (IDDD, 2021, p. 26).

Noutro giro, há quem entenda que o nível da evolução tecnológica atual permite experiências virtuais equiparáveis ao contato físico em tudo e por tudo, ou até em maior qualidade. Inclusive: “os sistemas de zoom das câmeras mais modernas permitem tal grau de aproximação do objeto focado, que é possível identificar gestos e expressões fisionômicas do acusado ou da testemunha, que não seriam perceptíveis a olho nu” (ARAS, 2005). Ainda, considerando que a audiência por videoconferência é gravada (art. 7º, inciso IV, da Resolução CNJ 354/2020), o reconhecimento realizado nessa modalidade guardaria vantagem axiológica em comparação àquele feito na via tradicional. Com a mídia armazenada aos autos, o julgador (incluindo o Tribunal) e as partes poderão valorar o modo como ocorreu o reconhecimento (imagine-se, por exemplo, que a vítima reconheceu o réu após dilatado espaço de tempo, depois de muito titubear e vacilar, dizendo reiteradas vezes “eu acho”). Para quem se alinhar a tais ponderações, a modalidade virtual não malfez a essência do ato, que se mantém constitucional.

4. Considerações finais

A (in)constitucionalidade do reconhecimento pessoal por videoconferência evoca controvérsia histórica relacionada à compatibilidade das audiências remotas ao sistema processual penal, pelo qual a forma é garantia – e não mera formalidade inútil. Para alguns, o reconhecimento feito em audiência virtual é imprestável, porque a mediação tecnológica não consegue replicar a imediação imprescindível à prova oral, havendo inevitáveis perdas sem o contato físico, o que eleva riscos de falsos positivos e erros de identificação. Para outros, o reconhecimento remoto não é, por si só, inválido, sobretudo porque o avanço dos meios tecnológicos permite captar, com nitidez e qualidade, a imagem e elementos visuais. O ato será constitucional, conquanto observe rigorosamente o procedimento previsto no art. 226 do CPP. Caso contrário, o reconhecimento será um campo fértil para o erro judicial.

Referências

- ARAS, Vladimir Barros. Videoconferência no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, Ano 10, n. 585, 12 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6311>. Acesso em: 21 ago. 2022.
- BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Comentário de Jurisprudência. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais [versão digital], v. 179, maio 2021.
- CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbppv8i2.5312>. Acesso em: 23 set. 2022.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Preveniendo injusticias: cómo la psicología del testimonio permite comprender y prevenir el falso reconocimiento de un sospechoso. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, Colombia, v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>. Acesso em: 21 ago. 2022.
- GUEDES, Clarissa Diniz; FARDIM, Giulia Alves; RICCIO, Vicente. O reconhecimento criminal de pessoa a partir de vídeo de vigilância. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Ano 16, v. 23, n. 1, p. 312-342, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.64373>. Acesso em: 21 ago. 2022.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). *Justiça Virtual e Direito de Defesa*: parâmetros mínimos para a efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil. São Paulo: IDDD, 2021. Disponível em: <https://idd.org.br/wp-content/uploads/2021/10/justica-virtual-e-direito-de-defesa-1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LIOTTI, Lucas Barosi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Audiências virtuais criminais em contexto pandêmico: uma crítica à “retirada do réu da sala virtual” à luz do art. 217 CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Ano 30, n. 356, p. 14-16, jul. 2022.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdppv7i1.506>. Acesso em: 21 ago. 2022.
- MATIDA, Janaina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROSA, Alexandre Moraes da; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; LOPES JR., Aury; HERDY, Rachel. A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma. Limite Penal. *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>. Acesso em: 23 set. 2022.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Interrogatório on-line. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 42, p. 1, jun. 1996.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Corregedoria-Geral de Justiça. *Comunicado CG nº 208/2022*. Publicado em: 11 abr. 2022. São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/AudienciasVirtuais/ComunicadoCG-208-22_Teleaudiencias.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.
- STEIN, Lilian Milnitsky [...] et al. *Falsas memórias*: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, Ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

Recebido em: 21.08.2022 - Aprovado em: 06.09.2022 - Versão final: 09.11.2022

A LEI HENRY BOREL (LEI 14.344/2022) E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

THE HENRY BOREL LAW (LAW 14.344/2022) AND THE SYMBOLIC CRIMINAL LAW:
A CRITICAL ANALYSIS

Bernardo Picanço Bensi Campinho

Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9683261982089159>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1986-8363>

bernardopbc@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutor em Direito pela PUC-Rio com estágio pós-doutoral em Direito

Penal em curso na UERJ. Mestre em Direito Penal pela UERJ.

Professor Adjunto de Direito Penal (UFF-MDI).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-2529>

ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Resumo: O artigo analisa a Lei Henry Borel (Lei 14.344/2022) em relação ao conceito de Direito Penal Simbólico, verificando sua compatibilidade com os princípios penais fundamentais. O trabalho é baseado em pesquisa teórica por revisão bibliográfica. Primeiramente, apresenta-se o princípio da legalidade, o conceito de bem jurídico e o princípio da proporcionalidade como parâmetros de análise da nova legislação; na sequência, são estudadas a Lei Henry Borel e suas principais inovações; finalmente, é sugerida análise crítica da nova lei em referência à ideia de Direito Penal Simbólico.

Palavras-chave: Lei Henry Borel; Criminalização; Direito Penal Simbólico.

Abstract: The article analyses the Henry Borel Law (Law 14.344/2022) in relation to the concept of Symbolic Criminal Law, verifying its compatibility with the fundamental penal principles. The work is based on theoretical research by bibliographic review. Firstly, the principle of legality, the concept of legal good and the principle of proportionality are presented as parameters for the analysis of the new legislation; next, the Henry Borel Law and its main innovations are studied; finally, a critical analysis of the new law in reference to the idea of Symbolic Criminal Law is suggested.

Keywords: Henry Borel Law; Criminalization; Symbolic Criminal Law.

1. Introdução

Não é novidade o fato de que, nos últimos anos, o legislador vem inflacionando o número de leis penais, as quais se apresentam de maneira *ad hoc* e assistemática, múltiplas vezes violando preceitos essenciais da dogmática. Tendo em vista esta realidade fática, a doutrina penal trata de se debruçar sobre referida dinâmica buscando realizar uma reflexão mais detida sobre seus estímulos e consequências.

O ponto de partida deste trabalho é o caso do menino Henry Borel, de 4 anos, o qual foi morto em sua residência na data de 8 de março de 2021, chocando a sociedade brasileira e com repercussão na grande mídia. Conforme consta do laudo produzido, Henry apresentava lesões contundentes no crânio, hematomas e ferimentos internos. Consequentemente, as investigações sugeriram que sua morte pode ter sido decorrente de tortura ou outro meio cruel empregado por seu padrasto. Até o momento de finalização deste artigo, o padrasto e a genitora respondem a processo perante a vara criminal do II Tribunal do Júri da comarca da capital do Rio de Janeiro.

É neste contexto que se insere a Lei 14.344/2022, apelidada de "Lei Henry Borel", fruto de grande comoção popular e midiática com a morte trágica e revoltante do menino Henry Borel. No campo penal, a lei qualificou o homicídio praticado contra menores de 14 anos e adicionou ao art. 121 do Código Penal o § 2º-B, que apresenta majorantes para a conduta agora qualificada.

Assim, por meio de pesquisa teórica por revisão bibliográfica, o trabalho se propõe a analisar criticamente as alterações penais promovidas pela Lei 14.344/2022 e suas consequências para o sistema jurídico a partir do princípio da legalidade, do conceito de bem jurídico e do princípio da proporcionalidade, buscando

entender se a novidade legislativa está ou não de acordo com tais mandamentos.

Primeiramente, a lei será compreendida a partir do princípio da legalidade, da teoria do bem jurídico e do princípio da proporcionalidade. Em seguida, será feita uma breve demonstração sobre as alterações promovidas pela Lei 14.344/2022 no Código Penal. Após, a referida lei será analisada, iniciando-se com a exposição do regramento jurídico pretérito, que já era demasiadamente gravoso, passando pela conceituação do Direito Penal Simbólico e suas implicações e riscos para o Direito Penal.

2. Contornos principiológicos básicos da criminalização primária no Direito Penal: legalidade, bem jurídico e proporcionalidade ■

Antes de analisar as inovações trazidas pela Lei 14.344/2022, é necessário falar sobre as peculiaridades que circundam a lei penal. As leis penais consistem no instrumento de que o ordenamento dispõe para impor uma punição ao indivíduo, limitando o seu direito de liberdade, sendo este o motivo pelo qual a doutrina, ao longo da história evolutiva do Direito Penal, tratou de traçar limites rígidos para a sua aplicabilidade, a partir da introdução, no que interessa a este trabalho: (i) do princípio da legalidade; (ii) do conceito de bem jurídico; e (iii) do princípio da proporcionalidade.

De início, o princípio da legalidade, previsto nos arts. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 e 1º do CP ("não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal"), tem por principal finalidade não apenas a contenção do arbítrio judicial durante o processamento do acusado, mas também a imposição ao legislador, diante da necessidade de criminalização de dada conduta, da obrigação de produção de uma norma legal que defina claramente

a conduta que deseja proibir ou comandar, e, também, imponha as respectivas consequências legais para sua comissão ou omissão, em uma perspectiva de restrição do poder, não de sua legitimação ou ampliação (TAVARES, 2022, p. 889).

Da legalidade passa-se ao bem jurídico, o qual exige que a lei penal guarde relação com objetos legítimos de referência. Apesar de intensa discussão doutrinária sobre o tema,¹ para os propósitos mais singelos deste trabalho, como sustenta **Juarez Tavares**, bem jurídico é “um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental” (2018, p. 97). Assim, é inadmissível uma lei que simplesmente crie ou reconheça pretensos bens jurídicos, ou eleve à categoria de bem jurídico o que não ostenta de mínima legitimidade para ser assim considerado, como justificativa utilitária e casuística para maior punição.

Ademais, por se tratar de uma norma punitiva, a lei penal deve passar por um rigoroso exame de sua proporcionalidade na atividade legislativa. O princípio da proporcionalidade, em relação à legislação, desdobra-se em três dimensões de controle: (i) controle de evidência; (ii) controle de justificabilidade; e (iii) controle material de intensidade (MENDES; BRANCO, 2021, p. 546-547).

O controle de evidência se caracteriza pelo reconhecimento do amplo poder de conformação delegado pela Constituição ao legislador, condicionando-se a constitucionalidade das suas atividades à idoneidade das medidas para a proteção do bem jurídico. O controle da justificabilidade busca analisar se os fundamentos da lei estão de acordo com parâmetros de apreciação objetiva e justificáveis, isto é, busca-se entender se o legislador fez uma análise contida de todas as informações disponíveis. Já o controle material de intensidade é aplicado nas decisões legislativas que, por afetar de maneira abrupta bens jurídicos de grande relevância, como a liberdade individual, devem se orientar em relação a causas de extrema importância.

3. Sobre as mudanças penais promovidas pela Lei 14.344/2022 ■

Sabendo que a Lei 14.344/2022 (Lei Henry Borel) foi influenciada pelo homicídio do menino Henry Borel, no campo penal, sua principal finalidade foi endurecer o tratamento do homicídio cometido contra menores de 14 anos, razão pela qual se acrescentou, no texto do art. 121 do Código Penal a qualificadora do homicídio de pessoa menor de 14 anos, dentre outras majorantes, restando o dispositivo assim estruturado:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Assim, o homicídio praticado contra menor de 14 anos passou a ser enquadrado na pena do homicídio qualificado, cuja pena varia de 12 a 30 anos. Além disso, acrescentaram-se majorantes específicas a este delito, previstas no art. 121, § 2º-B.

Anteriormente à Lei Henry Borel, para o fato ao qual a Lei pretendeu oferecer tratamento mais rigoroso, o delito de homicídio previa como causa de aumento de pena sua prática contra menor de 14 anos na segunda parte do seu § 4º do art. 121: “[...] Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.” É curioso que a nova lei, a despeito de elevar o homicídio contra

menor de 14 anos a uma qualificadora autônoma, não revogou a referida majorante.

Ademais, caso a conduta fosse enquadrada como feminicídio, também havia a causa de aumento prevista no § 7º, inciso II, do Código Penal – esta sim, por outro lado, expressamente revogada.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental.

Soma-se a isso o fato de o Código Penal também tratar como agravante o crime cometido contra criança ou pessoa enferma (vedado *bis in idem*):

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

Há de se ressaltar que, caso a legislação optasse por não prever a majorante, o Código Penal contém outras hipóteses contidas no art. 61, inciso II, que incidiriam para exasperar a pena do crime, quais sejam: “e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”, demonstrando a escalada punitiva quanto ao tema.

Inclusive, vale destacar que o Código Penal, em seu art. 92, dispõe:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.

Ou seja, além das altas penas que já seriam aplicadas normalmente como consequências do delito – sem que a Lei Henry Borel tenha trazido, neste ponto, nenhuma novidade além do maior rigor penal –, o condenado ainda pode perder o poder familiar como efeito da condenação.

Outro fator que torna maior a penalidade prevista é a Lei Henry Borel ter considerado o homicídio contra pessoa menor de 14 anos crime hediondo, inserindo-o na Lei 8.072/1990, em seu art. 1º, inciso I, o que acarreta consequências muito mais severas na execução penal. Contudo, esse tipo de fato, certamente, já habilitaria, no mínimo, a incidência da qualificadora de motivo torpe, uma das principais e mais utilizadas qualificadoras do homicídio no cotidiano forense.

4. Análise crítica

4.1 A Lei Henry Borel e o Direito Penal Simbólico

Tendo em vista os contornos terríveis do caso do menino Henry Borel, ainda em processamento pela justiça criminal do Rio de Janeiro, resta claro que a Lei 14.344/2022 é sua consequência direta. O legislador, com a finalidade de mostrar prestatividade e revolta com os fatos ocorridos, endureceu ainda mais a pena desse tipo de homicídio em nome de passar para a população uma (falsa) sensação de segurança. Como afirma **André Lozano Andrade** (2014, p. 101; 109), o que persistirá é a maior ocupação do Judiciário com delitos de menor importância, enquanto os realmente graves seguem relegados em uma grande fila de espera no sistema de justiça, em parte causada pela (in)atividade do próprio Legislador, o qual, com esse tipo de legislação, opta por (pseudo)soluções fáceis em detrimento de medidas que poderiam ser mais eficazes (como aperfeiçoamento da legislação processual penal ou das normas relativas à investigação policial), o que acaba por gerar uma perda de legitimidade do sistema penal.

Ainda na visão de **Andrade** (2014, p. 100), se apenas os bens jurídicos de maior relevância deveriam ser tutelados pela lei penal, o que se vê na realidade fática é uma incessante produção de leis penais *ad hoc*, com completa ausência de sistemática e observância dos princípios essenciais da matéria. É exatamente o que ocorreu com a Lei 14.344/2022, a qual, por exemplo, sequer revogou a segunda parte do § 4º do art. 121, incidindo em evidente *bis in idem* ao reputar uma mesma circunstância, simultaneamente, como qualificadora e causa de aumento de pena referente ao mesmo delito.

O fenômeno de promulgação de leis penais *ad hoc*, leis penais pautadas apenas na vontade de resposta do legislador, é o chamado Direito Penal Simbólico (ANDRADE, 2014, p. 99-117), fonte de grande perda de legitimidade do Direito Penal. É **Claus Roxin** (2009, p. 24) que leciona que as leis penais simbólicas –, que, na sua visão, são as leis não essenciais para assegurar uma vida em comunidade e, portanto, referentes a finalidades externas ao Direito Penal, como “acalmar” eleitores –, não buscam tutelar bens jurídicos. Como descreve **Baratta**, o déficit de tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de ilusões de segurança e sentimentos de confiança no ordenamento e nas instituições, cujas bases reais são cada vez mais escassas, haja vista a continuidade das violações às normas penais e suas correspondentes cifras ocultas (2004, p. 85-86).

Por outro lado, **Torres e Ferreira** (2017, p. 120) também caracterizam este fenômeno como “populismo punitivo”, contexto no qual o legislador faz uso da sua atividade para minorar a sensação de insegurança cidadã e a desconfiança perante a atividade Estatal, resultando em restrições arbitrárias, atécnicas, casuísticas e severas a direitos e garantias. Não raro – e este é o caso da Lei Henry Borel –, o populismo punitivo se manifesta no Direito Penal por meio da crescente consideração política da importância da vítima, com a qual a sociedade passa a se identificar (ela, também, como vítima potencial de delitos), o que acarreta, segundo **Bechara**, na transposição dos graves riscos de parcialidade e irracionalidade que costumam caracterizar a posição de vítima para o próprio Direito Penal, às custas de direitos e garantias fundamentais dos acusados (2014, p. 207).

4.2 O descompasso do Direito Penal atual com o princípio da *ultima ratio*

O princípio da *ultima ratio*, há tempos consagrados na doutrina penal, prescreve que a criminalização deve ser, sempre, a última solução possível e disponível para conter o ilícito, ou seja, o Direito Penal não pode ser o primeiro mecanismo de contenção de um ilícito jurídico, devendo-se acionar, primeiramente, o Direito Civil e o Direito Administrativo.

Como percebe **Antonio Martins** (2019, p. 51-52), o sentimento de segurança dos cidadãos passou a ser considerado, direta ou indiretamente, como algo a ser tutelado como se bem jurídico fosse. Assim, o desejo de segurança se sobrepõe ao direito de liberdade, o que acaba por inverter a lógica do Direito Penal, o qual passa a agir preventivamente e não repressivamente ao crime.

Desde outra perspectiva, mas em conclusão similar, **Roxin** (2009, p. 11-12) afirma que a criminalização de um comportamento pelo Direito Penal não pode senão proteger bens jurídicos concretos, e não correntes políticas, morais ou religiosas. A Lei 14.344/2022 criou uma especialização do bem jurídico vida humana extrauterina, pois, com a nova qualificadora, apenas se ateuve à faixa etária do indivíduo, sem maiores fundamentos, o que também cria precedentes de criminalização perigosos: se a idade é razão, por si só, para qualificação de um delito, o que impediria que uma lei reputasse qualificado o homicídio ou qualquer outro crime relativo a, por exemplo, pessoas idosas?

Nesse sentido, o constante crescimento da legislação penal, principalmente no caso da Lei 14.344/2022 (Lei Henry Borel), não está de acordo com o princípio da *ultima ratio*, pois grande parte das novas normas penais busca cominar maiores penas para os delitos existentes, enquadrar novas condutas nas altas penas já estipuladas em lei ou até mesmo criar novos tipos penais sem referência a bens jurídicos, não sendo diverso o entendimento de **Andrade** (2014, p. 100), o qual observa que a doutrina, muitas das vezes, acaba se vendo obrigada a trabalhar na análise e interpretação de falsos bens jurídicos.

5. Conclusão

A Lei Henry Borel, em seu aspecto penal, qualificou a conduta do homicídio cometido contra menor de 14 anos, além de prever causas de aumento para circunstâncias de saúde que acrescentem à sua vulnerabilidade ou em relações de parentesco ou autoridade. No entanto, depreende-se que o Código Penal já era dotado de normativa para reprimir referida conduta de forma suficiente, seja com as qualificadoras e majorantes estabelecidas no art. 121 e a previsão das agravantes legais, seja com os efeitos da condenação constantes do art. 92.

Estabeleceu-se o enquadramento da Lei 14.344/2022 como mais um exemplo de Direito Penal Simbólico, integrando o fenômeno mais amplo do chamado “populismo punitivo” – cuja norma mais emblemática é, hoje, a “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019) –, atestando-se sua desconformidade com o princípio da proporcionalidade, a inobservância e esvaziamento do conceito de bem jurídico e o uso da lei penal como forma de, pretensamente, tutelar sentimentos de segurança – e, por que não dizer, de vingança – dos cidadãos.

Notas

¹ Por todos, conferir no assunto Santos (2020); Bozza (2015); Bechara (2014).

Referências

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do Direito Penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades*, n. 17, p. 99-117, set./dez. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7399>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal* (compilación *in memoriam*). Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

MARTINS, Antonio. A erosão do Direito Penal pela política criminal da Segurança. In: MARTINS, Antonio; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; JOFFILY, Tiago. *Projeto de Lei Anticrime: análise crítica dos professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 51-66.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Org. e Trad. André Luiz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. A relação entre direito e estado de exceção. In: RAMALHA, Larissa (org.). *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. v. 3. Curitiba: Íthala, 2022. p. 879-902.

TORRES, Henrique Abi-Ackel; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. A instrumentalização das vítimas e sua utilização como grupos de pressão legislativa: uma perspectiva político-criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar da vítima nas Ciências Criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 117-139.

Recebido em: 11.09.2022 - Aprovado em: 23.11.2022 - Versão final: 05.12.2022

SOBRE VIVER O CÁRCERE: UMA DISCUSSÃO ACERCA DO PROJETO RESPIRANDO LIBERDADE E A DIGNIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA

ON LIVING IN PRISON: A DISCUSSION ABOUT THE PROJECT BREATHING FREEDOM AND DIGNITY IN THE EXECUTION OF THE PENALTY

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade

Mestrando em Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias no PPGD/UFGA. MBA em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis. Juiz de Direito do Estado do Pará.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5881412731640554>
ORCID: <https://orcid.org/0000-002-9531-68X>
agenor.andrade@tjpa.jus.br

Tainá Ferreira e Ferreira

Doutoranda e Mestra em Direito na linha de pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos no PPGD/UFGA. Especialista em Ciências Criminais pela PUCMG. Assessora de Juiz no TJ/PA.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7864814304817740>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2291-9280>
ferreira.taina@yahoo.com.br

Giulia Vanessa Henriques de Oliveira

Graduanda em Direito pela UFGA.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8253428881401390>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8480-8872>
giulivanessa2014@gmail.com

Resumo: Este artigo propõe discutir em que medida o princípio da dignidade humana é realizado na execução da pena privativa de liberdade por meio dos atuais processos de remição previstos na Lei de Execução Penal. A partir do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, serão analisados os limites do instituto da remição penal e a necessidade de que a dignidade humana seja a norteadora da execução penal, a partir do estudo do projeto Respirando Liberdade em execução em casas penais no estado do Pará. Concluiu-se que o termo ressocialização e o engessamento da legislação em vigor têm sido os principais obstáculos à expansão de formas de trazer modificações para a vida dentro do cárcere a fim de alcançar a individualidade de cada preso.

Palavras-chave: Execução Penal; Política Criminal; Dignidade; Pena; Remição.

Abstract: This article proposes to discuss the extent to which the principle of human dignity is carried out in the execution of the custodial sentence through the current redemption processes provided for in the Penal Execution Law. Through the deductive method, and the bibliographic and documentary research, the limits of the penal redemption institute and the need for human dignity to be the guide of penal execution will be analyzed, from the study of the project "Breathing freedom" running in homes penal institutions in the State of Pará. It was concluded that the term resocialization and the stiffening of the legislation in force have been the main obstacles to the expansion of ways to bring changes to life within the prison in order to achieve the individuality of each prisoner.

Keywords: Penal Execution; Criminal Policy; Dignity; Feather; Redemption.

1. Introdução

O que representa o termo "ressocializar"? De acordo com o dicionário, significa "voltar a socializar-se". Observar o funcionamento do sistema carcerário brasileiro conduz a um questionamento complexo: Como ressocializar, restabelecer esse vínculo de pertencimento a uma sociedade afastando o indivíduo do convívio social?

Segundo **Lola Aniyar de Castro** (1983, p. 187-188), nota-se que, historicamente, a pena não é pensada para o preso que irá cumpri-la,

mas em função da sociedade que se mantém distante do ambiente prisional. A partir desse pressuposto, este breve artigo se propõe a discutir a seguinte problemática: Em que medida o princípio da dignidade humana é realizado na execução da pena privativa de liberdade mediante processos de remição previstos na Lei de Execução Penal (LEP)?

Assim, o objetivo primordial dessa pesquisa é analisar quais os limites existentes na atual redação da LEP acerca dos institutos da remição penal e quais os caminhos que podem ser seguidos para

que a dignidade humana seja o princípio norteador da execução penal.

Para tanto, será aplicado o método dedutivo de pesquisa, eis que a discussão parte do referencial teórico predominantemente garantista para a análise do problema proposto, e será aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do referencial teórico que será apresentado e do estudo do projeto Respirando Liberdade em funcionamento no Complexo do Presídio Metropolitano de Marituba, localizado na Região Metropolitana de Belém, PA.

2. Política criminal e garantismo na Lei 7.210/1984

Definir o conceito de política criminal é uma atividade complexa, **Baratta** (1996, p. 57) comenta que ao mesmo tempo em que sua finalidade é unívoca, os seus instrumentos são indetermináveis. O autor afirma que durante muito tempo falar de política criminal era sinônimo de controle da criminalidade, porém, com o passar do tempo, mostrou-se que era necessário expandir esse objeto, incluir a vítima e também a sociedade nesse campo de planejamento.

Política criminal, portanto, deve (ou deveria) ser compreendida como espécie de política pública, ou seja, aquela voltada aos órgãos políticos e legislativos, que ao mesmo tempo se submetem à obediência de princípios como legalidade e taxatividade, na busca de uma melhor gestão da segurança pública a partir da real observância de como esse sistema penal é aplicado na prática.

Um dos principais fatores que impactam na determinação de uma política criminal democrática, está na ideológica contraposição entre política de segurança e política social. **Baratta** (1996, p. 58) destaca que ao falar de política criminal acrescenta-se ao substantivo segurança, de modo implícito ou não, os adjetivos: nacional, pública, urbana. Assim, discute-se a questão sempre a partir de conotações coletivas, portanto, não se trata propriamente da segurança dos direitos dos sujeitos individuais.

Vera de Andrade (2012, p. 278) compreende a política criminal contemporânea como aquela que circunscreve o campo dos movimentos-modelos de controle penal, entendidos como respostas teórico-práticas à crise do sistema penal.

A autora refere-se ao campo pelos quais os movimentos-modelos abolicionistas, minimalistas e eficientistas emergem, qual seja o campo de deslegitimação dos sistemas penais desvelado graças aos estudos da Criminologia Crítica (ANDRADE, 2012, p. 278-279).

Segundo **Andrade** (2012, p. 288-289), em que pese tal percepção, a crise é socialmente percebida como um mau funcionamento do sistema por não combater eficientemente a criminalidade. Assim, estrutura-se um eixo de continuidade expansionista, que concorre de maneira desigual com modelos e práticas minimalistas, abolicionistas e/ou garantistas, ou seja, a política social, que requer uma atuação mais incisiva do Estado em prol da garantia dos

direitos dos grupos mais vulneráveis, é engolida pelas práticas de defesa social que se torna sinônimo de política criminal.

2.1 Parâmetro de legitimação do Direito Penal: Ferrajoli e o utilitarismo reformado

A teoria do Garantismo Penal, construção teórica de **Luigi Ferrajoli**, aborda de maneira detalhada, a relação do Direito Penal e do Processo Penal com o Estado Democrático de Direito, ao chegar à conclusão de que este modelo somente é compatível com uma espécie de Direito Penal, qual seja a garantista. Diante da complexidade da teoria em questão, para os fins desta discussão, é importante destacar a crítica realizada pelo autor ao que chama de doutrinas utilitaristas da pena, as também conhecidas como teorias relativas.

Segundo **Ferrajoli** (2002, p. 209) o utilitarismo constitui um elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal, tendo se desenvolvido como doutrina política e jurídica. Durante o iluminismo, a função utilitarista tornou-se a base comum de todo pensamento penal reformador, reunindo-se expressamente com a doutrina da separação entre direito e moral.

Ocorre que, de acordo com o autor italiano, tal compreensão acerca do utilitarismo, por si só, não é suficiente para fundar sistemas garantistas de Direito Penal mínimo. Isto ocorre, pois essa concepção utilitarista tem como finalidade a máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes (FERRAJOLI, 2002, p. 210-211).

Sob essa perspectiva, a finalidade da pena é voltada aos interesses da segurança social, distintos dos interesses daqueles que suportam a pena, o que torna impossível a avaliação entre custos e benefícios (FERRAJOLI, 2002, p. 211).

Sendo assim, o que o autor busca esclarecer é que todas as doutrinas

da prevenção historicamente discutidas apontam para um padrão de utilitarismo voltado para o bem-estar da maioria não desviante, porém há outra dimensão necessária para que a pena possa ser legitimada na concepção de Direito Penal mínimo.

Para o filósofo, é importante que se considere o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, este segundo parâmetro é essencial para desenvolver o papel de objeto justificante, ou até deslegitimante, do Direito Penal. Dessa forma, a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas igualmente as injustas punições, servindo não apenas como um meio, mas como um fim, qual seja a minimização da reação violenta ao delito (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

3. As moedas de troca da liberdade

O sistema de execução penal brasileiro é pensado a partir de uma série de concessões aos presos em troca de determinadas formas de se cumprir a pena. A seguir, será dado enfoque ao processo de remição das penas.

"POLÍTICA CRIMINAL, PORTANTO, DEVE (OU DEVERIA) SER COMPREENDIDA COMO ESPÉCIE DE POLÍTICA PÚBLICA, OU SEJA, AQUELA VOLTADA AOS ÓRGÃOS POLÍTICOS E LEGISLATIVOS [...]"

3.1 O que é remir a pena? Formas de remição e sua previsão legal

A remição da pena é um instituto que possibilita ao condenado reduzir o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade em razão do trabalho ou do estudo. A Lei de Execução Penal trouxe o instituto da remição como forma de estimular e premiar o condenado que ocupar seu tempo no cárcere realizando alguma atividade produtiva. Ademais, é importante instrumento na ressocialização e de preparação do apenado para que, quando termine de cumprir sua pena, possa ter menos dificuldades de ingressar no mercado de trabalho.

Configura-se como uma forma de cumprimento virtual da pena em função de trabalho ou estudo e só tem eficácia se for deferida por sentença judicial, sendo tal competência em primeiro grau do juízo das execuções penais, que deverá ouvir previamente o Ministério Público, podendo ser aplicada ao preso condenado ou ao preso cautelar (art. 126, § 7º, LEP).

3.2 A remição pela leitura e a previsão fora da LEP

Em razão da sua natureza jurídica como instituto despenalizador ao possibilitar a abreviação da pena, os Tribunais Superiores têm expandido o sentido da norma prevista no art. 126 da LEP, realizando analogia *in bonam partem* para admitir a remição da pena em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal. Com base nessas premissas é que, além da remição pelo trabalho e pelo estudo, também devem ser levadas em consideração outras possíveis modalidades.

A remição pela leitura é uma delas, a qual foi estabelecida a possibilidade de comutação de parte de tempo de execução da pena por meio da leitura, tendo em vista que o estudo está estreitamente ligado à leitura e à produção de textos, atividades que exigem dos indivíduos a participação efetiva enquanto sujeitos ativos desse processo, levando-os à construção do conhecimento. Nesse sentido, foram editadas a Portaria conjunta 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como a Recomendação 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Recomendação 44, de 26 de novembro de 2013, do CNJ, dispunha sobre as atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo estabelecendo critérios para admissão da leitura como forma de atividade complementar e de remição de pena. Esta recomendação foi inclusive revogada e a matéria passou a ser disciplinada por meio de uma resolução que dispõe de força cogente muito maior, a Resolução 391/2021, do CNJ, que estabelece os procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade.

A doutrina também já vinha admitindo a remição pelo esporte (ROIG, 2018, p. 207), tendo em vista que o art. 41 da LEP elenca como direito do preso o exercício das atividades desportivas compatíveis com a execução da pena (inciso VI). No Resp. 1666637/ES, Rel. Ministro

Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 26/09/2017, o STJ decidiu ser possível a remição da pena pela atividade musical do reeducando em coral.

Dessa forma, observa-se que a Resolução 391 do CNJ (que tem força normativa de lei, conforme precedente do STF) veio aclarar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tratamento dado à remição de pena no país, passando a considerar o cálculo da remição para três tipos de atividades educacionais realizadas durante o período de encarceramento: educação regular (quando ocorre em escolas prisionais), práticas educativas não escolares e leitura.

4. Como trazer a dignidade para dentro do cárcere? O projeto Respirando Liberdade

O projeto Respirando Liberdade foi elaborado em cooperação com a Fundação Arte de Viver, juntamente da Diretoria de Reinserção Social da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (DRS/SEAP), do Centro de Recuperação de Itaituba (CRRJ), no Estado do Pará, em que é viabilizada a realização do *Prision Program*, inspirada no programa *Prision Smart*, em desenvolvimento pela Fundação desde 1992, com fundação do líder humanitário **Sri Sri Ravi Shankar**, o qual ampliou a aplicação do programa em uma faixa de 50 países.

Ademais, quanto ao objetivo do programa, traça-se a meta de romper com o ciclo de violência dentro e fora dos presídios por meio das práticas de técnicas de respiração, em específico a utilizada Sudarshan Kriya, yoga e meditação, atividades que viabilizam o controle do estresse, autoconhecimento e estabilidade na saúde mental, o que influencia diretamente no cotidiano das pessoas, sendo realizada em acompanhamento dos orientadores do curso por um período consecutivo de 40 dias.

"QUANTO AO OBJETIVO DO PROGRAMA, TRAÇA-SE A META DE ROMPER COM O CICLO DE VIOLÊNCIA DENTRO E FORA DOS PRESÍDIOS [...]"

A princípio, a implementação do projeto se dava de maneira presencial, todavia, em março de 2020, com a pandemia do Coronavírus, as ações foram interrompidas. Entretanto, no Centro Regional de Recuperação de Itaituba (CRRJ), foi viabilizada a continuação do programa *Prision Smart* de forma online. Com isso, houve um desenvolvimento considerável, ao levar em conta também a economia dos custos, recursos que seriam utilizados na maneira presencial.

Outro ponto de destacável relevância diante do perfil da maioria da população carcerária denota o insuficiente alcance às formas de educação, principalmente em razão de suas condições socioeconômicas, o que segrega a acessibilidade quanto à saúde, educação e cultura desses indivíduos. Portanto, ao se pôr em prática um projeto como o Respirando Liberdade, possibilita-se um notável progresso no que tange ao contato com formas de educação, saúde e culturas não antes possíveis.

O projeto Respirando Liberdade entrou em vigor para sua reprodução a partir da Portaria 2.291/2020, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em que são traçados os alinhamentos estratégicos, justificativas, público-alvo, objetivos, metas, metodologia, cronograma, recursos, equipe, tabela de resultados e benefícios alcançados, parceiros externos e mais disposições complementares.

Entretanto, no que tange ao processo de validação do projeto Respirando Liberdade, o referido não se encontra especificamente na Lei de Execução Penal, apesar do exercício do projeto ter potencial para ser identificado como prática social educativa reconhecida para a remição da pena, de acordo com o Ato Normativo 0001883-74.2021.2.00.0000, pelo CNJ.

Assim, houve um extenso processo burocrático cujo início, como já relatado, ocorreu em Itaituba, PA, em que a demanda principal foram os equipamentos, profissionais, materiais e readaptação dos servidores ao programa, tanto do sistema penal, quanto dos responsáveis pela orientação da prática, no sentido de estarem no processo de compreensão das atividades e do direito dos presos.

Ademais, foi necessário o período de adaptação e acessibilidade aos custodiados do projeto para verificar a eficácia e demanda dos aprisionados, para então se passar às questões de ampliação e ao objeto de remição da pena, o que, posteriormente, foi desenvolvido e obtido resultados no cotidiano dos custodiados, conforme os relatos adquiridos nas visitas dos elaboradores do projeto aos presídios e pela procura dos participantes pela evolução e reprodução do projeto.

Além disso, o trajeto da consideração da prática como remição de pena, iniciou-se com a tentativa de conciliar a prática do projeto com a inovação da Resolução 391, de 10 de maio de 2020, do CNJ, mencionada anteriormente, incluindo-se as atividades como práticas não escolares, em que, inclusive, são possíveis de ser organizadas e oferecidas pelos próprios custodiados, o que coincide com a proposta do projeto Respirando Liberdade.

Houve ainda a tentativa desse reconhecimento pelo Projeto de Lei 4.725, de 2020, o qual disserta sobre o projeto Respirando Liberdade e seus resultados e tem como finalidade a alteração do inciso I, § 1º do art. 126 da Lei de Execução Penal, em que versaria o inciso de tal maneira: "Art. 126. § 1º I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - ou em curso de desenvolvimento pessoal, devidamente certificado, que contribua para a ressocialização do condenado, nos termos do regulamento da autoridade federal ou estadual competente, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias".

Diante disso, em outubro de 2020, foi expedido ofício à Corregedoria Geral de Justiça do Pará, 0004688-17.2020.2.00.0814, requerendo a legitimação da remição da pena quando praticadas as atividades do projeto, e em resposta ao pedido foi deliberada a realização e reprodução do processo, mas foi desfavorável quanto à finalidade de remição de pena, por não ser reconhecida pela Lei de Execução

Penal, em que pese, de acordo com a Recomendação 44, do CNJ, hajam definições no que tange atividades educacionais complementares da remição de pena por meio do estudo, seguindo com a fundamentação de que as alterações da LEP, ao validarem as atividades educacionais complementares, são limitadas às atividades de ensino fundamental, médio, profissionalizante ou superior, de forma a ser voltado, de certa maneira, unicamente à qualificação profissional ou formal.

Mesmo com as dificuldades para considerar a atividade como forma de remição da pena, atualmente, o programa está em funcionamento em cinco unidades prisionais do Estado do Pará, com mais de 85 participantes ativos e com novas turmas sendo montadas. Segundo informações obtidas com os responsáveis pela direção das casas penais em que o projeto foi implantando, os resultados vêm sendo satisfatórios no que se refere à melhora da qualidade de vida dos internos que, inclusive, após o período estabelecido pelos instrutores, passam a reproduzir as práticas com outros presos.

5. Considerações finais

A partir do relatado acima, percebe-se que o engessamento e as dificuldades encontradas na implantação do projeto Respirando Liberdade demonstram que, mesmo que a "ressocialização" seja constantemente reiterada quando se fala em cumprir a pena, ela pouco é associada à dignidade da pessoa presa.

Conforme expõe **Valois** (2020, p. 277), o preso precisa ser verdadeiramente ouvido, precisa participar de qualquer transformação que se pretenda operar por iniciativa dos profissionais penitenciários, porque ele precisa participar da organização de sua própria vida.

O programa aqui apresentado vem justamente mostrar que o cárcere precisa ser encarado a partir da perspectiva do preso e, por via de consequência, a partir das peculiaridades de cada um e dos direitos e deveres pertencentes a cada indivíduo. Em que pese essa população carcerária tenha um perfil homogêneo, e aqui a Criminologia Crítica traça os caminhos que levam a essa "clientela", não se pode pensar política criminal a partir de uma massa de pessoas, mas sim a partir do que essas pessoas precisam para que a pena implique no menor sofrimento possível.

Um sistema penal garantista jamais irá legitimar a utilização de penas mais violentas do que a violência produzida pela prática do delito, tampouco aceita a imposição de comportamentos para os presos. Dessa forma, o modelo atual de remição da pena encontra-se engessado, limitado e pouco contribui para a racionalização dos termos deste sistema.

Referências

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
BARATTA, Alessandro. *Defesa dos direitos humanos e política criminal*. Discursos sediosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: 1996.
CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
PACHECO, Rodrigo. *Projeto de Lei nº 4.725, de 2020*. Disponível em: <https://www25.sena-do.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144946>. Acesso em: 10 mar. 2022.
PIMENTEL, Amanda; BARROS, Betina Warmling. *As prisões no Brasil: espaços cada vez mais destinados à população negra do país*. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Ano 14. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: [\[ranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf\]\(https://forumsegu-ranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf\). Acesso em: 20 abr. 2022.
PROGRAMA Prison Smart. *Arte de viver*. Disponível em: <https://www.artofliving.org/br-pt/programa-prison-smart>. Acesso em: 15 abr. 2022.
ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. Portaria 2291/2020-GP, de 13 de outubro de 2020. *Diário de Justiça*, Ed. 7010/2020.
VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
VANZOLINI, Patrícia. *Teoria da Pena*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.](https://forumsegu-</p></div><div data-bbox=)

Recebido em: 25.08.2022 - Aprovado em: 15.11.2022 - Versão final: 06.12.2022

RECEPTAÇÃO E CRIMES PATRIMONIAIS: A CENTRALIDADE DOS BENS MÓVEIS NA TUTELA PENAL

RECEIVING AND PROPERTY CRIMES: THE CENTRALITY OF MOVABLE PROPERTY IN CRIMINAL
GUARDIANSHIP

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7154108447806564>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4750-9352>

alamiro@avsn.com.br

Resumo: O artigo debate a polêmica possibilidade de o delito de receptação ter como objeto material também as coisas de natureza imóvel. Para realizar a análise são retomadas questões que envolvem desde o contexto histórico de surgimento da receptação e dos delitos patrimoniais, além da evolução dogmática da matéria.

Palavras-chave: Direito Penal; Parte especial; Crimes contra o patrimônio; Receptação.

Abstract: The article discusses the controversial possibility of the crime of receiving as a material object also things of immovable nature. In order to carry out the analysis, issues that involve from the historical context of the emergence of reception and property crimes, in addition to the dogmatic evolution of the matter, are resumed.

Keywords: Criminal Law; Special part; Crimes against property; Receiving.

O estudo dos delitos patrimoniais permite uma infinidade de temas e debates. Em oportunidade pretérita, aliás, já foi dito que a pródiga casuística dessa modalidade delitiva, fruto de sua notória incidência massiva, conduz ao surgimento constante de problemas (SALVADOR NETTO, 2014, p. 5 ss), de soluções jurisprudenciais tanto viáveis quanto inoportunas, desafiando sempre o intérprete na busca simultânea da justiça no caso concreto, da racionalidade do sistema penal patrimonial e, principalmente, do respeito ao princípio da legalidade.

Uma das formas mais tradicionais de organização dos delitos patrimoniais se dá pelas classificações propostas pela doutrina. Um exemplo desse modelo é a divisão das infrações entre aquelas cometidas mediante violência, por um lado, e as cometidas mediante fraude, de outro. Enxerga-se, ainda, a separação dos delitos com base no bem jurídico atingido, ou seja, crimes contra a propriedade e crimes contra o patrimônio. O que mais interessa para a abordagem aqui proposta, contudo, é a percepção de que os delitos patrimoniais são capazes de atingir bens de diversas naturezas factuais, os quais se apresentam na qualidade de móveis e de imóveis.

Sobre esse ponto, a pergunta que aparece é aquela a respeito do objeto material inserido em cada uma das modalidades típicas. O furto (art. 155 CP) e a apropriação indébita (art. 168 CP) apenas podem realizar-se, na sua dinâmica de apoderamento, no ataque ao patrimônio consubstanciado em coisas móveis, enquanto o esbulho possessório, por sua vez, destina-se a proteger bens imóveis (art. 161, II, CP). Já o estelionato, ao seu turno, a princípio tutela a patrimonialidade em sua dimensão integral, permitindo com que o sinalagma “vantagem/prejuízo” possa consistir em bens tanto móveis quanto imóveis.

Algumas modalidades típicas, contudo, instauram dúvidas aos intérpretes. Nesse aspecto, a receptação é paradigmática, ou seja, seria possível, em decorrência da ausência de expressa previsão no tipo, o crime recair também sobre os bens imóveis ou, ao contrário, essa figura estaria cingida aos bens móveis? A doutrina mais festejada tende a afirmar que apenas os bens móveis podem ser objeto de receptação. Essa é a postura de Prado (2011, p. 642), o qual categoricamente atesta que o: “imóvel não pode ser receptado, uma vez que tal conduta pressupõe um deslocamento físico da *res*, do poder de quem criminosamente a detém para o do receptor, obstaculizando sua recuperação pelo proprietário”. A propósito, esse é o argumento central reproduzido pela jurisprudência brasileira, ou seja, o injusto da receptação se justificaria por esse afastamento da coisa em face do proprietário, situação que só pode ser pensada à luz de bens móveis.

Entretanto, novas demandas têm surgido e intencionado exigir que o tipo penal do art. 180 do CP cumpra também a tarefa de proteger bens imóveis que foram adquiridos por meio de práticas delitivas anteriores. A ocupação ilegal de terras públicas, posteriormente negociadas entre pessoas conhecedoras dessa mácula espúria original, é um bom exemplo a motivar a tentativa de alargamento do âmbito de proteção da norma penal. Aqui, o delito de receptação poderia funcionar como uma ferramenta importante no combate à grilagem na Amazônia.

Essa necessidade de tutela penal, a qual parece dotada de legitimidade e relevância inquestionável, sofre, todavia, uma grande dificuldade de ser feita por meio da espécie da receptação. Essa afirmativa advém de duas reflexões necessárias. A primeira delas de cunho histórico, a qual redundará na conclusão de que os delitos patrimoniais, tal qual os conhecemos hoje, acentuam a centralidade

dos bens móveis. Dito de outra forma, eles foram concebidos preponderantemente com a finalidade de proteger aquelas coisas que podem ser levadas de um lugar a outro. A segunda questão diz respeito à própria origem dogmática do delito de receptação, fator que impede, sob pena de violação à legalidade, a sua aplicação a casos cujo objeto material são, *v.g.*, edifícios e terrenos urbanos e rurais.

Resumidamente, a história dos delitos patrimoniais exsurge com a consciência da fragilidade possessória atinente às coisas móveis. Essa percepção da maior vulnerabilidade dos bens móveis às condutas de apossamento foi um dos fatores que formatou a própria origem da atual modelagem dos delitos patrimoniais, inclusive a justificar a severidade com que o Direito Penal trata essas figuras. Isto ocorre principalmente com o surgimento do processo de industrialização e, ao mesmo tempo, de incremento urbano e de sua população. A desagregação do regime feudal, cuja riqueza da terra representava seu esplendor, conduz ao estabelecimento da então recente relação entre a burguesia industrial e o proletariado, a qual é mediada pelos meios de produção e pelas mercadorias produzidas.

Na medida em que esses meios de produção e as mercadorias são, em regra, bens móveis, passam a aparecer como objetos de sedução, motivo pelo qual os proprietários se veem ameaçados pelas condutas criminosas do proletário despossuído. É preciso, portanto, regras que reafirmem a necessidade de não apossamento, além, e principalmente, de respeito no manuseio e convívio próximo com os bens alheios. Eis aí o protagonismo legal e judiciário do furto, das fraudes e da apropriação indébita, essa última na condição de autêntica infidelidade patrimonial.

Foucault, em suas já clássicas aulas no ano de 1973, destacava que o grande receio da elite em meados do século XIX advinha exatamente dessa ameaça presencial do contato da riqueza com o operário. De acordo com o autor, o capitalismo industrial fez com que a acumulação do capital se apresentasse de: "modo visível, na forma de materialidade tangível e acessível, em estoques, máquinas, matérias-primas, mercadorias". Em outras palavras, o: "medo estava ligado a essa presença física do corpo do operário, de seu desejo, ligado ao próprio corpo da riqueza", ou seja, "a riqueza burguesa, assim exposta, assumia novos riscos, desde a erosão cotidiana do roubo até as grandes destruições coletivas de máquinas" (2021, p. 190-191).

Evidente que o servo da gleba jamais representaria essa ameaça ao senhor feudal, já que a terra, pela sua imobilidade fáctica, no máximo exige um desforço violento de desocupação. Essa diferença de maior vulnerabilidade dos bens móveis em relação aos imóveis clama por um elemento de compensação, qual seja, o aparato jurídico de reforço ao título proprietário. O Direito Penal contemporâneo nasce exatamente com essa função, isto é, consubstanciar um sistema normativo que constranja à obediência factual de não ingerência e lesão à propriedade alheia. Em síntese, toda a dinâmica dos crimes contra o patrimônio está forjada à luz dos bens móveis, ainda que se possa encontrar, em muito menor número e relevância, alguns episódicos e esparsos tipos incriminadores que objetivem proteger também os imóveis.

Soma-se a isso a própria razão dogmática de existir da receptação. Originalmente, o tratamento à ocorrência hoje identificada como

receptação apresentava-se na forma de regra geral de concurso de pessoas pós-delitivo. Esse é o modelo adotado pelos códigos penais brasileiros oitocentistas. O Código Criminal do Império (1830) estipulava, especificamente em seu art. 6º, 1º, que seriam cúmplices do delito aqueles que recebessem, ocultassem ou comprassem coisas obtidas por meios criminosos. O Código Criminal da República (1890) praticamente reproduz essa mesma regra em seu art. 21, § 3º. Nessa lógica de ampliação dos intervenientes do delito pretérito não há dúvida que aquele que adquirisse qualquer coisa, móvel ou imóvel, contemplada no tipo incriminador preteritamente infringido poderia incidir, na condição de participante posterior, nas penas nele cominadas.

O surgimento do delito de receptação como tipo penal autônomo, o que ocorre pela primeira vez no Código Penal da Baviera em 1813, tem como finalidade resolver esse impasse (SALVADOR NETTO, 2014, p. 88). Por um lado, politicamente era necessário punir aqueles que se aproveitavam de crimes anteriores, inclusive dificultando a recuperação do bem e incentivando furtos e roubos. Por outro lado, a fórmula de participação posterior até então existente era uma atrocidade jurídico-dogmática, pois a teoria do concurso de pessoas somente admite a colaboração de intervenientes, seja na condição de autores ou partícipes, com o *pactum sceleris* realizado antes ou durante a execução do delito, mas jamais após. Tornar alguém partícipe após a consumação de um crime importa em fazer retroceder o injusto, o que pode gerar, aliás, desproporções punitivas. Afinal, o aproveitador do delito será responsabilizado pelo próprio delito antecedente, trazendo para si toda a peculiar gravidade e as respectivas sanções da prática consumada.

O delito de receptação, por isso mesmo, aparece autonomamente para impedir a responsabilização do aproveitador pelo delito anterior, e sim permitir a sua autêntica punição pelo apossamento de uma *res* que traz consigo uma mácula, um injusto por empréstimo. Ao mesmo tempo, essa figura típica está intimamente ligada aos delitos contra a propriedade, fundamentalmente o roubo, o furto e a apropriação indébita. Não se trata, portanto, de um marco de defesa da patrimonialidade em geral. A sua razão de ser é evitar a motivação dos indivíduos no cometimento desses massificados delitos de apoderamento antecedentes e, ao mesmo tempo, minorar a dificuldade do proprietário em reaver a coisa. Essas nuances, por motivos evidentes, não se fazem presentes nas hipóteses de delitos que recaiam sobre bens imóveis, já que as medidas cíveis de reintegração são suficientes, aptas a demandar muito menos a necessidade do reforço penal de tutela. Daí, inclusive, a percepção do tratamento muito menos incisivo dado pelo Direito Penal à propriedade imobiliária.

Em suma, difícil é a compreensão da receptação como um tipo capaz de envolver as coisas imóveis. Isso decorre de sua história, de razões político-criminais e da sua formulação dogmática. Estender a incidência do delito para permitir sua aplicação a casos envolvendo edifícios e terras promove um alargamento violador do princípio da legalidade. Nada impede, a propósito, que o legislador brasileiro, caso politicamente assim entenda oportuno, formule um tipo penal específico para tutelar a conduta de indivíduos que sabidamente adquiram ou transacionem propriedades imóveis objeto de delitos antecedentes. Valer-se, contudo, da tradicional modalidade de receptação é ir além da lei e, principalmente, da própria sistemática dos delitos patrimoniais.

Referências

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 2, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Mediafashion; Folha de S. Paulo, 2021.
SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Lavagem de dinheiro e seu protagonismo no Direito Penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Crônicas franciscanas do mensalão: comentários pontuais do julgamento da ação penal nº 470, junto ao STF, pelos professores de direito penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 88.

Autor convidado

TEMA:

AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL NO PLANTIO DE CANNABIS PARA FINS MEDICINAIS

Superior Tribunal de Justiça

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. 1. UTILIZAÇÃO DO *MANDAMUS* COMO SUBSTITUTO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AFERIÇÃO DE EVENTUAL FLAGRANTE ILEGALIDADE. 2. **PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO. PLANTIO DE MACONHA PARA FINS MEDICINAIS. NECESSIDADE DE EXAME NA SEARA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DO MEDICAMENTO NA SEARA CÍVEL. AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL NA SEARA PENAL.** 3. SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO ÓRGÃO COMPETENTE. ESFERA CÍVEL. **SOLUÇÃO MAIS ONEROSA E BUROCRÁTICA. NECESSIDADE DE SE PRIVILEGIAR O ACESSO À SAÚDE.** 4. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (ART. 196 DA CF). REPRESSÃO AO TRÁFICO (ART. 5º, XLIII, DA CF). NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. LEI 11.343/2006 QUE PROÍBE APENAS O USO INDEVIDO E NÃO AUTORIZADO. ART. 2º, P. ÚNICO, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE A UNIÃO AUTORIZAR O PLANTIO. TIPOS PENAS QUE TRAZEM ELEMENTOS NORMATIVOS. 5. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. BENEFÍCIOS DA TERAPIA CANÁBICA. USO MEDICINAL AUTORIZADO PELA ANVISA.** 6. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. SAÚDE PÚBLICA NÃO PREJUDICADA PELO USO MEDICINAL DA MACONHA. **AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL E CONGLOBANTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE CRIMINALIZAR QUEM BUSCA ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.** 7. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES. AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO ATIVO. ATIPICIDADE NA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE TIPIFICAR O CRIME DE CONTRABANDO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SALVO-CONDUTO QUE DEVE ABRANGER TAMBÉM REFERIDA CONDUTA. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. PRECEDENTES. (...) 2. No julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 123.402/RS, concluí que a autorização para plantio de maconha com fins medicinais depende de critérios técnicos cujo estudo refoge à competência do juízo criminal, que não pode se imiscuir em temas cuja análise incumbe aos órgãos de vigilância sanitária. - De igual sorte, considerando que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de fármacos à base de *cannabis* sativa, considere que o direito à saúde estaria preservado, principalmente em razão da existência de precedentes desta Corte Superior,

favoráveis ao custeio de medicamentos à base de canabidiol pelo plano de saúde (REsp n. 1.923.107/SP), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 1.165.959/SP), que, em repercussão geral, fixou a tese de que "cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada." - **Dessa forma, vinha determinando que o pedido fosse analisado administrativamente, com possibilidade de, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, porém à jurisdição cível competente, privilegiando a auto-contenção judicial na seara penal.** 3. Contudo, ao me deparar novamente com a matéria na presente oportunidade, passados quase dois anos do julgamento do recurso acima indicado, verifico que o cenário não se alterou administrativamente. De fato, a ausência de regulamentação administrativa persiste e não tem previsão para solução breve, uma vez que a Anvisa considera que a competência para regular o cultivo de plantas sujeitas a controle especial seria do Ministério da Saúde e este considera que a competência seria da Anvisa. - Ademais, apesar de a matéria também poder ser resolvida na seara cível, conforme anteriormente mencionado, observo que a solução se revela mais onerosa e burocrática, com riscos, inclusive, à continuidade do tratamento. **Dessa forma, é inevitável evoluir na análise do tema na seara penal, com o objetivo de superar eventuais óbices indicados por mim, anteriormente, privilegiando-se, dessa forma, o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto.** 4. A matéria trazida no presente *mandamus* diz respeito ao direito fundamental à saúde, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o direito penal, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia. - Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006. Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, constata-se que, a *contrario sensu*, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que "pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas". - **Nesse contexto, os dispositivos de Lei de Drogas que tipificam os crimes, trazem um elemento normativo do tipo redigido nos seguintes termos: "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Portanto, havendo autorização ou determinação**

legal ou regulamentar, não há se falar em crime, porquanto não estaria preenchido o elemento normativo do tipo. No entanto, conforme destacado, até o presente momento, não há qualquer regulamentação da matéria, o que tem ensejado inúmeros pedidos perante Poder Judiciário. 5. Como é de conhecimento, um dos pilares da dignidade da pessoa humana é a prevalência dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, garantido, de acordo com a Constituição Federal, mediante ações que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. - Contudo, diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população e já reconhece os benefícios medicinais da *cannabis sativa*, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União. - Desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de *Cannabis sativa*, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente. 6. **Trazendo o exame da matéria mais especificamente para o direito penal, tem-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública, a qual não é prejudicada pelo uso medicinal da *cannabis sativa*. Dessa forma, ainda que eventualmente presente a tipicidade formal, não se revelaria presente a tipicidade material ou mesmo a tipicidade conglobante, haja vista ser do interesse do Estado, conforme anteriormente destacado, o cuidado com a saúde da população.** - Dessa forma, apesar da ausência de regulamentação pela via administrativa, o que tornaria a conduta atípica formalmente – por ausência de elemento normativo do tipo –, tem-se que a conduta de plantar para fins medicinais não preenche a tipicidade material, motivo pelo qual se faz mister a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento, evitando-se, assim, criminalizar pessoas que estão em busca do seu direito fundamental à saúde. 7. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à *cannabis sativa*. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância. - Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde. (...) 8. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida de ofício, para expedir salvo-conduto em benefício do paciente, para que as autoridades responsáveis pelo combate ao tráfico de drogas, inclusive da forma transnacional, abstenham-se de promover qualquer medida de restrição de liberdade, bem como de apreensão e/ou destruição dos materiais destinados ao tratamento da saúde do paciente, dentro dos limites da prescrição médica, incluindo a possibilidade de transporte das**

plantas, partes ou preparados dela, em embalagens lacradas, ao Laboratório de Toxicologia da Universidade de Brasília, ou a qualquer outra instituição dedicada à pesquisa, para análise do material. Parecer ministerial pela concessão da ordem. Precedentes.

(STJ – *habeas corpus* n. 779.289/DF – Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA – QUINTA TURMA – j. 28.11.2022) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6414**).

Ementa: RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SALVO-CONDUTO. **CULTIVO ARTESANAL DE *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS**. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE. **AUSÊNCIA DE OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OMISSÃO REGULAMENTAR. DIREITO À SAÚDE**. 1. O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser *ultima ratio*. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade. 2. **A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal dispar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares.** 3. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa “mera opção do Poder Legislativo” (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade. 4. **O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina.** 5. **Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva *cannabis sativa* para extração de canabidiol para uso próprio.** 6. **Recurso em *habeas corpus* provido para conceder salvo-conduto a (...), para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de *cannabis sativa* a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.**

Trecho do voto do Ministro Relator: “Sob o filtro penal, o que se

discute é se este Tribunal Superior deve obstar previamente a perseguição penal em relação à produção caseira de canabidiol para paciente em tratamento médico. Primeiramente, em relação à comprovação do alegado, especificamente a necessidade médica, a autorização da ANVISA para importação e a expertise para extração do óleo para fins medicinais, entendo-os comprovados. (...) O ponto em discussão é **a aparente contradição entre a norma penal incriminadora, arts. 33 a 39 da Lei n. 11.343/2006, e a omissão do estado brasileiro em regulamentar o plantio, a cultura e a colheita de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, especificamente a maconha e o canabidiol, possibilidade prevista no art. 2º, parágrafo único, da mesma lei.** A questão reflete longa discussão sobre a distinção entre o uso medicinal e o uso recreativo. (...) **Ora, considerando que o delito de tráfico traz ínsito à sua descrição típica a busca pelo lucro, o cultivo da planta para fins medicinais encontra-se fora da tipicidade, pois realiza finalidade constitucional e legal, a saber, o direito à saúde.** Ganha especial relevo, neste ponto, a noção de ofensa ao bem jurídico como pedra angular da noção de crime. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de óleo para uso próprio medicinal, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina. (...) Desde a primeira previsão até os dias atuais, nota-se um avanço da técnica e das aplicações de derivados da maconha, que sequer estavam no horizonte do legislador de 1976. A despeito disso, a lacuna legal persiste. **Essa omissão regulamentar alija, reitero, inúmeras pessoas, como o ora recorrente, que, com prescrição médica, fica impedido de obter o melhor tratamento e, assim, de ver atendido o direito à saúde, em razão dos custos de importação e da recalcitrância do poder público.** Desse modo, eminentes pares, entendo prosperar a pretensão recursal. (...) **Não é razoável exigir que o recorrente conviva com os problemas de saúde relatados à fl. 41 (ansiedade severa, depressão recorrente, fobia social, insônia não orgânica e diabetes mellitus - CID10 + F40.1 + F43.1 + F41.1 + F41.2 + F33 + F51.0 + E10), diante da possibilidade de produzir, com custo acessível, ao invés de comprar os medicamentos (Hempflex e Procanvan). No caso, o custo da aquisição do canabidiol torna-se barreira intransponível e segregadora do acesso à saúde. A eventual concessão do presente salvo-conduto não se cuida propriamente de uma novidade em termos dogmáticos.** (...) Destaco, por fim, que falta a esta Sexta Turma competência para reconhecer o direito ao plantio de plantas psicotrópicas; não é disso que se trata. Saliento que a presente decisão apenas afasta a perseguição penal sobre o presente caso. Vislumbro, apenas, flagrante ilegalidade na instauração de perseguição penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva *cannabis sativa* para extração de óleo para uso próprio.

(STJ – Recurso em *habeas corpus* n. 147169/SP – Min. Rel. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – SEXTA TURMA – j. 20.06.2022) - (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6415).

Ementa: RECURSO ESPECIAL. CULTIVO DOMÉSTICO DA PLANTA *CANNABIS SATIVA* PARA FINS MEDICINAIS. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. RISCO PERMANENTE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SALVO-CONDUTO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA DESNECESSIDADE. ANVISA. REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico a partir da prática de dezoito condutas relacionadas a drogas – importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer –, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo “drogas”. 2. A definição do que sejam “drogas”, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A *Cannabis sativa* integra a “Lista E” da referida portaria, que, em última análise, a descreve como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. 3. Uma vez que é possível, ao menos em tese, que os pacientes (ora recorridos) tenham suas condutas enquadradas no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento de *habeas corpus* para os fins por eles almejados: concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis sativa*, da qual se pode extrair a substância necessária para a produção artesanal dos medicamentos prescritos para fins de tratamento de saúde. (...) 6. **A análise da questão trazida a debate pela defesa não demanda dilação probatória, consistente na realização de perícia médica a fim de averiguar se os pacientes realmente necessitam de tratamento médico com canabidiol. A necessidade de dilação probatória – circunstância, de fato, vedada na via mandamental – foi afastada no caso concreto, tendo em vista que os recorridos apresentaram provas pré-constituídas de suas alegações, provas essas consideradas suficientes para a concessão do *writ* pelo Tribunal de origem, **dentre as quais a de que os pacientes estavam autorizados anteriormente pela Anvisa a importar, com objetivo terapêutico, medicamento com base em extrato de canabidiol, para tratamento de enfermidades também comprovadas por laudos médicos, devidamente acostados aos autos.** (...) 7. Se para pleitear aos entes públicos o fornecimento e o custeio de medicamento por meio de ação cível, o pedido pode ser amparado em laudo do médico particular que assiste a parte (STJ, EDcl no REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1a S., DJe 21/9/2018), não há razão para se fazer exigência mais rigorosa na situação dos autos, em que a pretensão da defesa não implica nenhum gasto financeiro ao erário. 8. Há, na hipótese, vasta documentação médica atestando a necessidade de o tratamento médico dos pacientes ser feito com medicamentos à base de canabidiol, inclusive com relato de expressivas melhoras na condição de saúde deles e esclarecimento de que diversas vias tradicionais de tratamento foram tentadas, mas sem sucesso, circunstância que reforça ser desnecessária a realização de dilação probatória com perícia médica oficial. 9. **Não há falar que a defesa pretende, mediante o *habeas corpus*, tolher o poder de polícia das autoridades administrativas. Primeiro, porque a própria Anvisa, por meio de seu diretor, afirmou que a regulação e a autorização do cultivo doméstico de plantas, quaisquer que sejam elas, não fazem parte do seu escopo de atuação. Segundo, porque não se objetiva nesta demanda obstar a atuação das autoridades****

administrativas, tampouco substituí-las em seu mister, mas, apenas, evitar que os pacientes/recorridos sejam alvo de atos de investigação criminal pelos órgãos de persecução penal. 10. Embora a legislação brasileira possibilite, há mais de 40 anos, a permissão, pelas autoridades competentes, de plantio, cultura e colheita de *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006; art. 2º, § 2º, da Lei n. 6.368/1976), fato é que até hoje a matéria não tem regulamentação ou norma específica, o que bem evidencia o descaso, ou mesmo o desprezo – quiçá por razões morais ou políticas – com a situação de uma número incalculável de pessoas que poderiam se beneficiar com tal regulamentação. (...) 11. Em 2019, a Diretoria Colegiada da Anvisa, ao julgar o Processo n. 25351.421833/2017-76 – que teve como objetivo dispor sobre os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo da planta *Cannabis* exclusivamente para fins medicinais ou científicos –, decidiu pelo arquivamento da proposta de resolução. Ficou claro, portanto, que o posicionamento da Diretoria Colegiada da Anvisa, à época, era o de que a autorização para cultivo de plantas que possam originar substâncias sujeitas a controle especial, entre elas a *Cannabis sativa*, é da competência do Ministério da Saúde, e que, para atuação da Anvisa, deveria haver uma delegação ou qualquer outra tratativa oficial, de modo a atribuir a essa agência reguladora a responsabilidade e a autonomia para definir, sozinha, o modelo regulatório, a autorização, a fiscalização e o controle dessa atividade de cultivo. 12. O Ministério da Saúde, por sua vez, a quem a Anvisa afirmou competir regular o cultivo doméstico de *Cannabis*, indicou que não pretende fazê-lo, conforme se extrai de Nota Técnica n. 1/2019- DATDOF/CGGM/GM/MS, datada de 19/8/2019, em resposta à Consulta Dirigida sobre as propostas de regulamentação do uso medicinal e científico da planta *Cannabis*, assinada pelo ministro responsável pela pasta. **O quadro, portanto, é de intencional omissão do Poder Público em regulamentar a matéria.** 13. Havendo prescrição médica para o uso do canabidiol, a ausência de segurança, de qualidade, de eficácia ou de equivalência técnica e terapêutica da substância preparada de forma artesanal – como se objetiva em desfavor da pretendida concessão do *writ* – torna-se um risco assumido pelos próprios pacientes, dentro da autonomia de cada um deles para escolher o tratamento de saúde que lhes corresponda às expectativas de uma vida melhor e mais digna, o que afasta, portanto, a abordagem criminal da questão. (...) **16. A conduta para a qual os recorridos pleitearam e obtiveram salvo-conduto no Tribunal de origem não é penalmente típica, seja por não estar imbuída do necessário dolo de preparar substâncias entorpecentes com as plantas cultivadas (nem para consumo pessoal nem para entrega a terceiros), seja por não vulnerar, sequer de forma potencial, o bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras da Lei de Drogas (saúde pública).** 17. O que pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis* não é a extração de droga (maconha) com o fim de entorpecimento – potencialmente causador de dependência – próprio ou alheio, mas, tão somente, a extração das substâncias com reconhecidas propriedades medicinais contidas na planta. Não há, portanto, vontade livre e consciente de praticar o fim previsto na norma penal, qual seja, a extração de droga, para entorpecimento pessoal ou de terceiros. 18. Outrossim, a hipótese dos autos também não se reveste de tipicidade penal – aqui em sua concepção material –, porque a conduta dos recorridos, ao invés de atentar contra o bem jurídico saúde pública, na verdade intenciona promovê-lo – e tem aptidão concreta para isso – a partir da extração de produtos medicamentosos;

isto é, a ação praticada não representa nenhuma lesividade, nem mesmo potencial (perigo abstrato), ao bem jurídico pretensamente tutelado pelas normas penais contidas na Lei n. 11.343/2006. (...) 20. **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria Constituição Federal à generalidade das pessoas** (Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”). (...) 22. **Se o Direito Penal, por meio da “guerra às drogas”, não mostrou, ao longo de décadas, quase nenhuma aptidão para resolver o problema relacionado ao uso abusivo de substâncias entorpecentes – e, com isso, cumprir a finalidade de tutela da saúde pública a que em tese se presta –, pelo menos que ele não atue como empecilho para a prática de condutas efetivamente capazes de promover esse bem jurídico fundamental à garantia de uma vida humana digna**, como pretendem os recorridos com o plantio da *Cannabis sativa* para fins exclusivamente medicinais. 23. Recurso especial do Ministério Público não provido, confirmando-se o salvo-conduto já expedido em favor dos ora recorridos.

(STJ – Recurso Especial n. 1.972.092/SP – Min. Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ – SEXTA TURMA – j. 20.06.2022) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6416**).

Nosso comentário: No que se refere à outorga de autorização para plantio de maconha com fins medicinais, durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que tal permissão dependia da avaliação de critérios técnicos, cujo escrutínio escapava à competência do juízo criminal. Em vista da ausência de regulamentação administrativa específica que perdura há mais de 40 anos, o que bem evidencia o descaso com a situação de um número incalculável de pessoas que poderiam se beneficiar com tal regulamentação, o Superior Tribunal de Justiça evoluiu na análise do tema, na seara penal, a fim de privilegiar o acesso à saúde, por todos os meios possíveis, ainda que pela concessão de salvo-conduto em sede de *Habeas Corpus*. Embora destacando, textualmente, que a Corte carece de competência para reconhecer o direito ao plantio de plantas psicotrópicas, salientou-se que o salto qualitativo na jurisprudência representa, em verdade, o afastamento da persecução penal diante da circunstância concreta que logre conjugar a necessidade médica, a autorização da ANVISA para importação e a expertise para extração do óleo para fins medicinais. No caso de uso medicinal da *cannabis sativa*, em lugar de se atentar contra o bem jurídico saúde pública – objeto de tutela pela Lei de Drogas –, intenciona-se, a bem da verdade, promovê-lo, o que torna a conduta carente de tipicidade material.

Compilação e curadoria científica de: **Anderson Bezerra Lopes e Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires dos Santos**

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tofic Simantob**
1.º Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
3.ª Secretária: **Ester Rufino**
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzola Vieira**
Diretores(as) Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:
Maria Carolina de Melo Amorim
Leonardo Palazzi
Vinícius Assumpção



CONSELHO CONSULTIVO

Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Sérgio Salomão Shecaira, Luis Fernando Niño, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Daniel Zaclis.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Adriana Pazini de Barros Lima, Eliakin Pires, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

ESTAGIÁRIA: Mabilly Cristina Oliveira dos Anjos

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP – São Paulo/SP), Danielle Ferreira Medeiro Da Silva De Araujo (UNB – Brasília/DF), Fábio da Silva Bozza (UFSB – Itabuna/BA), Fernando Nogueira Martins Junior (UFLA – Lavras/MG), Gustavo Noronha de Avila (PUCRS – Porto Alegre/RS), Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (UNB – Brasília/DF), Júlia Palmeira Macedo (UNICAP – Recife/PE), Luciana de Freitas (UNESP – São Paulo/SP), Luís Gustavo Durigon (Unicruz – Cruz Alta/RS), Luis Ricardo de Oliveira Dantas (Universidade de Sevilha / Espanha), Marcio Evangelista Ferreira da Silva (UniCEUB – Brasília/DF), Monica Antonieta Magalhaes da Silva (UFBA – Salvador/BA), Pollyanna Quintela Falconery (UFBA – Salvador/BA), Tomás Grings Machado (PUCRS – Porto Alegre/RS) e Vinícius de Souza Assumpção (UNB – Brasília/DF).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade (UFPA – Belém/PA), Alamiro Velludo Salvador Netto (USP – São Paulo/SP), Anderson Pires Giampaoli (Unifac – Campinas / SP), André Nicolitt (UFF – Niterói/RJ), Bernardo Picanço Bensi Campinho (UFF – Niterói/RJ), Giulia Vanessa Henriques de Oliveira (UFPA – Belém/PA), Hamilton Gonçalves Ferraz (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Heitor Moreira de Oliveira (UNIVEM – Marília/SP), José Vitor Carvalho Garcia (UFF – Niterói/RJ), Maria Jamile José (USP – São Paulo/SP), Renan Barboza de Faria (USP – São Paulo/SP), Renatha Gonçalves da Mota e Silva (UNINASSAU – Aracaju/SE) e Tainá Ferreira e Ferreira (UFPA – Belém/PA).

PRODUÇÃO GRÁFICA: Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

PRODUÇÃO DE CAPA: Avocar Comunicação | Tel.: (11) 3063-3775 | E-mail: jornalismo@avocar.com.br

REVISÃO: Primavera Assessoria Revisão de Textos | E-mail: primaverarevisao@gmail.com

IMPRESSÃO: Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

BASES DE DADOS INDEXADAS:



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 apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

LAB*

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Uma experiência no campo da iniciação científica com aulas expositivas, dialogadas, interativas e fomento de pesquisas temáticas. Para estudantes das mais diversas áreas de graduação: Direito, História, Psicologia, Filosofia, Ciência Política, Políticas Públicas, Jornalismo etc. Novas turmas em 2023 em todos os Estados e no Distrito Federal. Processo seletivo no início do ano.

GEA*

GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS

Aprofundamento de pesquisa em temas relevantes no campo das ciências criminais para graduados e estudantes de Direito ou demais áreas das Ciências Humanas e Sociais que tenham interesse nos temas discutidos. Encontros mensais com debates de textos, interação entre os participantes e construção coletiva de conhecimento, realizados em várias cidades do Brasil por meio das Coordenações Estaduais do IBCCRIM no país. Edital em breve no site do IBCCRIM e divulgação dos temas nas redes.

* O LAB e o GEA são benefícios exclusivos para associados/as do IBCCRIM que participarem e forem aprovados no processo seletivo, sem nenhum custo adicional. Associe-se e também tenha acesso à Biblioteca do IBCCRIM, ao Boletim mensal, à monografia ganhadora do Concurso e muito mais!

QUER SABER MAIS SOBRE OS LABS?

Assista à apresentação dos melhores trabalhos no Simpósio do LAB



www.youtube.com/@lbccrimvideos

LEIA OS ARTIGOS NO LIVRO

“Cadernos do Laboratório de Iniciação Científica”, com os melhores trabalhos



<https://editorialcasa.com.br/>

ARTIGOS DISPONÍVEIS TAMBÉM NA BIBLIOTECA DO IBCCRIM

WWW.IBCCRIM.ORG.BR