

prática FORENSE

www.zkeditora.com

ano IV

janeiro/2020

nº 37



 zakarewicz
editora

Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação

Nova redação dada pela Lei nº 13.968/19 ao
art. 122 do Código Penal



Know How

Os direitos fundamentais como
base ontológica do Processo Penal

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Enfoque

Lei Romeo Mion

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

Casos Práticos

A Dignidade da Pessoa Humana
e a Intolerância Religiosa

Reis Friede

ASSINE conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

prática FORENSE

EDITORIA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nas-sif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.




zakarewicz
editora



POR WILIAN DIAS

ARQUIVO PESSOAL

Limites da liberdade de expressão

“Democracia não é democracia sem igualdade, portanto, a imprensa deve tratar o indivíduo e as instituições de forma ética e responsável, sob pena de diminuí-lo e comprometer o próprio fundamento que a originou.”

Toda liberdade encontra limites, seja no plano natural seja no plano do “dever ser”. A liberdade de expressão não é exceção a tal afirmativa e encontra limitações ao se deparar, por exemplo, com o direito de personalidade.

Por possuírem idêntico valor dentro do ordenamento brasileiro, é preciso encontrar uma forma de harmonizar tal conflito. Normalmente, o que prevalece é o público sobre o privado; o coletivo sobre o individual, contudo, essa divisão não é tão clara quando se trata de liberdade de expressão ou de direitos da personalidade.

Nem sempre um direito da personalidade é puramente uma expressão do que é privado, pois pode haver interesse público em sua própria essência. Nem sempre a liberdade de imprensa é expressão do interesse público, podendo ser, na realidade, a máscara da qual os interesses privados eventualmente vestem.

A imprensa se fixou no Brasil há pouco mais de duzentos anos e participou ativamente na construção da sociedade e da identidade brasileira. Diante da clara visão que todos tinham do poder da imprensa, ela ficou sujeita a todo tipo de abuso por parte do Estado, que dependia dela para se firmar ou para legitimar certas ações; bem como passou a praticar todo tipo de abuso para buscar seus interesses.

Essas facetas causam uma dicotomia: De um lado, o temor da restrição liberdade de expressão e da manipulação da informação pelo Estado autoritário (que pode ser observada até hoje no discurso jornalístico); de outro, o temor da ampliação da liberdade de imprensa, cujo uso foi e é marcado por abusos, movidos pelos mais diversos interesses que não o público.

A imprensa é fundamental tanto para o regime democrático, como para a própria pessoa humana, que detém o direito de se expressar, de informar e de ser informado.

No campo das pessoas naturais, a imprensa jamais poderá invadir a intimidade de uma pessoa, ao menos que haja legítimo interesse público que justifique tal incursão. Ainda, tal privacidade ganha maior flexibilidade, conforme o grau de publicidade, notoriedade e importância que uma pessoa ou instituição carrega consigo.

A crítica e as manifestações humorísticas são válidas como o direito de opinião, mas serão consideradas abusivas quando for perceptível que o ânimo que as originou era na realidade de injuriar, difamar ou caluniar. Na mesma toada, deve-se atenção com relação as mensagens que forem tendenciosas em marcar ideologia e deturpar instituições de relevância pública.

A solução da antinomia poderia ser resumida em duas palavras: ética e responsabilidade. A liberdade de imprensa é fundamental para a democracia e para o ser humano, mas não é o único pilar que o sustenta. Uma ou outra restrição não deve ser interpretada como uma afronta à liberdade de expressão, mas como a garantia de outros direitos basilares à organização do Estado.

Democracia não é democracia sem igualdade, portanto, a imprensa deve tratar o indivíduo e as instituições de forma ética e responsável, sob pena de diminuí-lo e comprometer o próprio fundamento que a originou.

Assim, em caso prático, entendemos ser adequada a suspensão de notícias que carregam consigo caráter tendencioso em macular a imagem de instituições de base. Evidentemente, vivemos em uma era em que a transmissão da informação não depende de uma fração de segundo para chegar ao conhecimento da massa e formar opiniões.

A informação midiática, portanto, é uma faca de dois gumes que não tem direitos irrestritos, fazendo-se jus à Tutela para evitar propagação de falsas notícias que tenham força para desestruturar instituições de absoluto interesse público.

Não concordamos em qualquer hipótese que se deva perseguir a liberdade de expressão, mas o Estado é formado de instituições de interesse público, que, embora, lamentavelmente, marcados pelo caráter de corrupção no Brasil, merecem respaldo para que possam atuar em prol de uma sociedade melhor. 

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."

SUMÁRIO

3

Primeira Página

Limites da liberdade de expressão

Wiliam Dias

8

Especial



Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação:

Nova redação dada pela Lei nº 13.968/19 ao art. 122 do Código Penal

Eduardo Luiz Santos Cabette

22

Destaque

Pacote Anticrime, Prisão Preventiva e Princípio da Congruência

Carlos Eduardo Rios do Amaral

24

Fichário Jurídico



Uma análise sobre o bem estar animal e a vivisseção. Uma abordagem da bioética através dos métodos alternativos

Cristiane Feldmann Dutra e Emeline Kunz Pereira

36

Planejamento Financeiro



As vacas gordas e as vacas magras

Leticia Camargo

38

Direito e Ficção



Coringa

Alcilei da Silva Ramos

42

Gestão de Escritório



Escritórios de Advocacia. Onde investir em 2020

José Paulo Graciotti

44

Política Educacional



Ensino básico precisa, sim, de psicólogos e assistentes sociais

Iara Grandino

46

Direito e Literatura



Resenha – Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: Governança e Planejamento Patrimonial e Sucessório

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

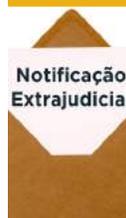
52

Vade Mecum Forense



Novas nomenclaturas, práticas antigas

Tammy Fortunato

54**Questões de Direito****Nova Lei de Franquia. Maior transparência e segurança jurídica***Daniel Alcântara Nastri Cerveira***60****Know How****Os direitos fundamentais como base ontológica do Processo Penal***Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson***88****Expressões Latinas****Ab intestato – II***Vicente de Paulo Saraiva***94****Enfoque****Lei Romeo Mion***Eudes Quintino de Oliveira Júnior***99****Processos e Procedimentos****Portaria cria atalho ilegal para cobrança da dívida ativa***Cláudio Lopes Cardoso Júnior***104****Prática de Processo****O acordo de não persecução penal***Rômulo de Andrade Moreira***57****Visão Jurídica****CRISPR/Cas9 – Edição genética: Novo tema bioético***Tiago Vieira Bomtempo***73****Painel Universitário****A crise da discricionariedade dos atos administrativos e o controle pelo Poder Judiciário***Lara Lemos Maia e Marcus Vinicius Rozzetto Silva***92****Saiba Mais****O que é ISO 27701 e como entender a aplicação da norma para gestão de privacidade da informação em 5 passos***José Antonio Milagre e Carolina Bonfim***96****Casos Práticos****A dignidade da pessoa humana e a intolerância religiosa***Reis Friede***102****Prática de Processo****O que fazer quando receber uma notificação extrajudicial?***Carla Graziela Porto***112****Espaço Aberto****Grande quantidade de fake news sobre o coronavírus preocupa***Luiz Augusto Filizzola D'Urso*

Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação: Nova redação dada pela Lei nº 13.968/19 ao art. 122 do Código Penal

POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Não há mais exigência dos resultados lesões graves ou morte para que haja o crime e a pena. Atualmente o induzimento, a instigação e o auxílio material ao suicídio ou à automutilação configuraram o crime, com ou sem tais resultados. De crime eminentemente material, se converteu, por força da Lei 13.968/19, em crime formal.”



SUICÍDIO E AUTOMUTILAÇÃO

O ato suicida não é previsto como crime por razões de política criminal, de forma que a pessoa que tenta suicidar-se não comete infração penal. O tipo penal descrito no art. 122, CP, visa à punição daquele terceiro que induz, instiga ou auxilia outrem ao suicídio, num quadro em que o suicida figura na qualidade de vítima. Com o advento da Lei nº 13.968/19, não é somente o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio que é incriminado no art. 122, CP. Passa a ser também previsto como crime o ato de induzir, instigar ou prestar auxílio a outrem a fim de que tal pessoa se automutila, ou seja, se autolesione, cause lesões a si mesma, no próprio corpo, sem a necessidade de pretender tirar a vida. Seria o caso de induzir, instigar ou auxiliar alguém a, por exemplo, amputar ou mutilar um dos dedos da mão ou do pé, a se cortar, a se queimar com cigarros, a ingerir substâncias que possam causar mal estar, doenças ou distúrbios, ainda que não letais etc. Observe-se que também a autolesão ou automutilação não é prevista em si como crime. Quem se automutila não é criminoso, possivelmente tem algum distúrbio nervoso ou mental.¹ O criminoso, nos termos do art. 122, CP, é aquele que induz, instiga ou auxilia *outra pessoa* a se automutilar.

Observe-se, porém que embora seja impune aquele que tenta matar-se ou que tenta ou mesmo consegue se automutilar, a vida e a integridade física continuam sendo bens jurídicos indisponíveis, tanto que a lei não considera ilegal a coação praticada para impedir o suicídio (ver art. 146, § 3º, II, CP).

OBJETIVIDADE JURÍDICA

Os bens jurídicos tutelados são a vida humana e a integridade física da pessoa. Neste ponto surge uma questão importante. O crime previsto no art. 122, CP está no Título I – “Dos Crimes contra a pessoa”, Capítulo I – “Dos Crimes contra a Vida” do Código Penal Brasileiro. Até o surgimento da Lei nº 13.968/19 não havia dúvida de que se tratava de um crime exclusivamente contra a vida. Acontece que essa novel legislação incluiu também o induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, o que implica na abrangência de outro bem jurídico, que já não é mais somente a vida humana, mas também a integridade física. Certamente, a melhor opção do legislador seria ter incluído essa questão do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, não no art. 122, CP, mas diretamente no Título I – “Dos Crimes contra a pessoa”, Capítulo II – “Das Lesões Corporais”, do Código Penal Brasileiro. A automutilação ficaria melhor alocada no corpo do art. 129, CP e não no art. 122, CP como foi procedido. Com isso, o legislador acabou criando um tipo penal anômalo, que embora esteja no capítulo dos crimes contra a vida, tutela também, em parte, a integridade física. Isso, como se verá mais adiante, gerará, inclusive, problemas quanto à competência para o processo e julgamento das condutas tipificadas no atual art. 122, CP, requerendo atenção do intérprete e do aplicador da lei, não só na seara penal como também na Processual Penal.

SUJEITO ATIVO

Qualquer pessoa, tratando-se de crime comum.

SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa que tenha capacidade de resistência à prática do suicídio ou da automutilação. Se essa capacidade é nula ou inexistente, não ocorre o crime do art. 122, “caput”, CP, nem mesmo as figuras qualificadas pelos resultados lesão grave ou gravíssima (art. 122, § 1º, CP) CP, ou morte (art. 122, § 2º, CP), mas sim aquelas previstas nos §§ 6º e 7º, do mesmo art. 122, CP. Estes parágrafos por último mencionados tratam, respectivamente dos resultados lesões gravíssimas e morte. Entretanto, qual seria a diferença desses §§ 6º e 7º para os §§ 1º e 2º, que também se referem aos resultados respectivos lesões graves ou gravíssimas e morte?

Em primeiro lugar, enquanto o § 6º, que trata de lesões se refere especificamente a lesões gravíssimas, o § 1º, menciona tanto o resultado lesões gravíssimas, como lesões graves.

Mas, a distinção principal se encontra exatamente na condição da vítima que não tem capacidade de resistência psíquica à influência do criminoso. Basicamente, nos §§ 6º e 7º, as vítimas serão aqueles denominados no Código Penal Brasileiro como “vulneráveis”, ou seja, os menores de 14 anos; pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem ofertar resistência. Nessas situações, considera a legislação que a vítima não toma uma decisão válida a ser considerada quanto à conduta de se autolesionar ou se matar. A vítima não passa de um títere nas mãos do influenciador, numa situação aproximada de autoria mediata (ousa-se denominar a essa situação de “autoria mediata vitimal”). Dessa forma, se impõe a si mesma lesões gravíssimas, o influenciador responderá nas penas do crime de lesões gravíssimas, de acordo com o § 6º, do art. 122, CP. Se vier a se suicidar, não responderá o influenciador nas penas do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, mas sim naquelas do crime de homicídio.

Anteriormente a essa previsão legal, já se considerava doutrinária e jurisprudencialmente, que o influenciador, nos casos de vítima incapaz de resistência psíquica, não responderia nos termos do art. 122, CP, mas por crime de lesão corporal ou de homicídio, conforme o que ocorresse.

A Lei 13.968/19 converteu essa solução dogmática em lei e a positivou.

A nosso ver, tal positivação se deu de maneira bastante débil. Explica-se:

Antes da alteração, sempre que alguém influenciasse outrem incapaz a se autolesionar ou a se matar, responderia, no primeiro caso por lesões corporais, de acordo com o resultado (leves, graves ou gravíssimas) ou por homicídio, no segundo caso. Quanto ao homicídio não há alteração na solução, apenas sua positivação. Mas, no que tange à lesão corporal a situação fica confusa.

Observe-se que as qualificadoras pelos resultados previstas nos §§ 1º e 2º, são aplicáveis aos casos de vítimas capazes, não vulneráveis. Então a responsabilização mais gravosa quando a vítima é vulnerável ou incapaz, somente se dará no caso de lesão “gravíssima” “ex vi” do art. 122, § 6º, CP, o qual não menciona as lesões graves. Isso deixa uma margem interpretativa que gera insegurança jurídica.

Duas compreensões podem surgir:

a) No caso de vítimas vulneráveis, se houver lesões gravíssimas, o influenciador responderá no art. 122, § 6º, CP. Mas, se houver lesões leves responderá no art. 122, “caput”, CP. E se houver lesões graves, no art. 122, § 1º, CP. Isso porque o § 6º, do art. 122, CP não cita as lesões leves ou graves.

b) A nosso ver, a solução acima é insustentável porque as vítimas vulneráveis não têm capacidade de resistência e equivalem, como já dito, a um títere, uma massa de moldar nas mãos do influenciador. Elas, vítimas, não passam de uma “longa manus” do influenciador. Dessa forma, há que reiterar, nos casos de lesões leves ou graves, o antigo sistema que seguia a orientação dogmático – jurisprudencial não positivada. Ou seja, o influenciador deve responder pelo crime de lesão corporal e não pelo de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação. Responderá por lesões leves se as lesões forem assim, por lesões graves se forem graves (respectivamente, art. 129, “caput”, CP e art. 129, § 1º, CP). Ademais, no caso dos menores de 14 anos, respondendo pelo art. 129, “caput” ou 129, § 1º, nos casos respectivos de lesões leves ou graves, haverá que impor o aumento da ordem de um terço da pena, de acordo com o disposto no art. 129, § 7º, CP. A vulnerabilidade da vítima está a exigir maior rigor na reação penal e isso ocorrerá certamente no caso das lesões graves (o art. 122, § 1º, CP prevê pena de reclusão, de 1 a 3 anos; já o art. 129, § 1º, CP prevê pena de reclusão, de 1 a 5 anos). Porém, no caso das lesões leves, mesmo que se trate de vítima menor de 14 anos, em que ocorrerá o aumento de pena do art. 129, § 7º, CP, já mencionado, a pena será sempre menor do que aquela prevista no art. 122, “caput”, CP. A situação é uma encruzilhada. Por isso, entende-se que o melhor seria que o legislador não houvesse alterado essa questão e simplesmente deixado que fosse tratada de acordo com o estado da arte da dogmática e da jurisprudência.

Em resumo, o entendimento defendido neste trabalho é o seguinte:

a) Para vítimas maiores e capazes (não vulneráveis):

– Havendo influência e ocorrendo lesões leves ou ausência de lesões, o crime será o do art. 122, “caput”, CP.

– Havendo influência e resultando lesão grave ou gravíssima, o crime será o do art. 122, § 1º, CP.

– Havendo influência e ocorrendo morte da vítima, seja decorrente de suicídio ou de agravamento da automutilação, o crime será o do art. 122, § 2º, CP.

b) Para vítimas vulneráveis ou incapazes que qualquer resistência psíquica à atuação do influenciador:

– Havendo lesões leves, responderá por crime de lesão corporal leve, nos termos do art. 129, “caput”, CP, com eventual aumento de pena previsto no art. 129, § 7º, CP se o caso for de vítima menor de 14 anos (retomar-se-á o tema mais abaixo). Se, nessa situação, não houver lesões, mas a vítima chegar a tentar praticá-las diante da influência do infrator, haverá o crime de tentativa de lesões corporais leves, também com eventual aumento supra mencionado (art. 129 c/c 14, II, CP ou art. 129, § 7º, c/c 14, II, CP).

– Havendo lesões graves, responderá pelo crime de lesões corporais graves, nos termos do art. 129, § 1º, CP, com eventual aumento de pena previsto no art. 129, § 7º, CP se o caso for de vítima menos de 14 anos. Comprovado o dolo do agente em causar lesões de natureza grave na vítima, usando-a como instrumento, mas não o conseguindo por motivos alheios à sua vontade, haverá o crime de tentativa de lesões corporais graves (art. 129, § 1º c/c 14, II, CP).

– Havendo lesões gravíssimas, responderá pelo crime previsto no art. 122, § 6º, CP, com as penas previstas para o crime de lesões corporais gravíssimas, de acordo com o art. 129, § 2º, CP. Como se verá melhor mais adiante no estudo da tentativa do art. 122, CP, comprovado o dolo do agente em causar lesões de natureza

gravíssima na vítima, usando-a como instrumento, mas não o conseguindo por motivos alheios à sua vontade, descartado o resultado mais gravoso, haverá responsabilização pelo art. 122, “caput”, CP.

– Havendo morte decorrente do suicídio ou de agravamento das lesões autoinfligidas, responderá pelo crime do art. 122, § 7º, CP, com as penas previstas para o crime de homicídio, que poderá ser simples ou qualificado, conforme o caso, nos termos do art. 121, “caput”, CP ou 121, § 2º, CP (essa questão também será melhor explorada mais adiante). Aqui também descartado o resultado mais gravoso, haverá responsabilização pelo art. 122, “caput”, CP.

O legislador acabou, ao positivizar sofrivelmente a antiga solução dogmático – jurisprudencial, criando duas situações do que se chama de “crime remetido”, que ocorre quando “a sua definição se reporta a outros delitos, que passam a integrá-lo”.² Ora, é exatamente isso que acontece com os §§ 6º e 7º, do art. 122, CP, quando descrevem a conduta, mas remetem o intérprete ou aplicador às penas respectivas dos arts. 129, § 2º, CP e 121, CP.

Frise-se que no caso e efetivo suicídio, nas circunstâncias do art. 122, § 7º, CP, as penas do homicídio aplicáveis ao caso poderão ser as do art. 121, “caput”, CP (simples) ou também do art. 121, § 2º, CP no caso de haver alguma qualificadora (v.g. cometer o induzimento para obter a impunidade por outro crime, por motivo fútil, por motivo torpe, com emprego de veneno, por meio insidioso etc.).

As pessoas vulneráveis, como já visto, podem ser por questão etária (menores de 14 anos). Nesse caso será inevitável a discussão sobre se esse limite etário será objetivo ou se variará subjetivamente de acordo com cada vítima concreta. A nosso ver, tendo em conta a sistemática do Código Penal e o entendimento jurisprudencial acerca da vulnerabilidade etária, já firmado inclusive pelo STJ, a análise é simples e objetiva. Se a vítima tem menos de 14 anos, incide o influenciador nas penas dos §§ 6º ou 7º, conforme o caso, bastando a prova documental da idade (v.g. RG, Certidão de Nascimento). Isso porque no caso do “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP) já se manifestou sumularmente o STJ no seguinte sentido:

“Súmula 593, STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso como o agente”.

Se a idade da vítima é absolutamente determinante, segundo a orientação do STJ, para aferir sua capacidade de discernir para a prática ou não de atos sexuais, o que dizer da situação em que se trata de discernimento para a prática em si mesma de lesões corporais gravíssimas ou suicídio, estando em jogo, não a mera liberdade sexual (que em geral se refere a uma opção), mas a integridade física atingida de forma extrema e, pior, a vida humana?

Já no caso do enfermo ou deficiente mental há que ponderar e avaliar em cada caso concreto o grau da enfermidade ou deficiência para saber se a pessoa tem ou não discernimento suficiente para não ser considerada como vulnerável.

Finalmente, quando a lei aqui trata da pessoa que “por qualquer outra causa” não é capaz de ofertar resistência, pode-se estar diante de casos em que a vítima não é menor de 14 anos e é hígida mentalmente, no entanto é induzida a erro, enganada, ludibriada. Um exemplo clássico é o do ator de teatro que simula em uma

peça um suicídio com uma pistola cenográfica. Em certa apresentação, outro ator que o invejava, troca a pistola cenográfica por uma pistola real e a vítima efetua um disparo letal na própria têmpora. Externamente há um “suicídio”, mas internamente jamais a vítima deliberou matar-se. Por isso seria o caso de aplicação das penas por homicídio, nesse caso certamente qualificado pelo motivo torpe (inveja) e pelo meio insidioso.

Aproveitando a menção da qualificadora do motivo torpe para a pena do homicídio, note-se que pode haver quem entenda que as penas do homicídio qualificado seriam afastadas nos casos do art. 122, § 7º, CP, tendo em vista que os casos mais comuns, que seriam os motivos torpe e fútil, estão previstos como causas de aumento de pena no § 3º, inciso I do art. 122, CP, de modo que a aplicação da pena qualificada do homicídio resultaria em “bis in idem”. Tal entendimento certamente é equivocado, pois que, tendo em vista a interpretação lógica e sistemática do Código Penal, bem como a posição topográfica do § 3º, é de se concluir que ele somente é aplicável aos casos do “caput” e §§ 1º e 2º, do art. 122. Um parágrafo, normalmente, se aplica somente às figuras que ficam acima dele e não abaixo.

Para a configuração do crime do art. 122, CP, em qualquer das suas modalidades, é necessário, porém que a vítima (s) seja (m) determinada (s).³ Vejamos exemplos

a) Um indivíduo convence uma ou mais pessoas determinadas a suicidarem-se porque o fim do mundo está próximo – configura-se o crime do art. 122, CP.

b) O mesmo indivíduo escreve um livro sobre o assunto para venda em geral – Fato Atípico.

5) TIPO OBJETIVO

O tipo penal prevê três condutas (crime de ação múltipla, de conteúdo variado ou tipo misto alternativo), a saber: induzir, instigar e prestar auxílio material. As duas

“Embora seja impune aquele que tenta matar-se ou que tenta ou mesmo consegue se automutilar, a vida e a integridade física continuam sendo bens jurídicos indisponíveis, tanto que a lei não considera ilegal a coação praticada para impedir o suicídio (ver art. 146, § 3º, II, CP).”



primeiras (induzimento e instigação) são chamadas de “participação ou concurso moral”, enquanto o auxílio é chamado de “participação ou concurso físico ou material”.

As condutas do induzimento e da instigação diferem. No induzimento o agente cria a ideia do suicídio ou da automutilação que não existia na vítima. Já na instigação o agente apenas incentiva uma ideia anterior de matar-se ou automutilar-se, oriunda da própria vítima. Em ambos os casos a conduta do agente é meramente psicológica, de convencimento. Agora, no auxílio, existe uma participação material do autor. Por exemplo, fornecendo uma arma, fornecendo veneno, ministrando instruções sobre meios de suicidar-se ou de automutilar-se, montando um aparato para o suicídio ou automutilação, iludindo um vigia que impediria o suicídio ou a automutilação para que a vítima possa dar cabo da própria vida ou se autoleionar, dificultando o socorro imediato do suicida etc. Não obstante é importante notar que essa intervenção física do agente não pode extrapolar o mero auxílio e acabar adentrando em atos de execução da morte ou lesão, senão ocorrerá homicídio ou crime de lesão corporal. Por exemplo, o indivíduo chuta a cadeira para a vítima seja enforcada; o indivíduo, na hesitação da vítima, pega a lâmina de barbear e faz vários cortes em seu braço (da vítima). Observe-se que, por obviedade, não importará em nada o consentimento da vítima nesses atos, eis que estamos diante de bens jurídicos indisponíveis (vida e integridade física). Observe-se que no Brasil, nem mesmo a “eutanásia” ou o chamado “suicídio assistido” nos casos de doentes terminais são permitidos. No primeiro caso ocorrerá, de regra, homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP); no segundo caso, ficará configurado, sem dúvida, o auxílio ao suicídio (art. 122, “caput” ou §§ 1º, 2º, 6º ou 7º, dependendo das consequências do ato e das condições psíquicas da vítima).

A doutrina e a jurisprudência vêm considerando que os simples maus-tratos infligidos à vítima não configuraram o tipo penal em discussão, a não ser em casos extremos, comprovado o dolo do agente.⁴

A prática do crime por omissão tem sido objeto de polêmica:

Em primeiro lugar, tratando-se de suposto crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, há que analisar a relevância dessa omissão, ou seja, somente configurar-se-ia eventual figura típica nos casos em que o agente tivesse o “dever jurídico” de atuar para impedir o suicídio ou a automutilação, nos estritos termos do art. 13, § 2º, “a”, “b” e “c”, CP.

A questão se divide doutrinariamente com mais destaque quando se trata da questão da possibilidade do “auxílio” por omissão:

São da opinião da possibilidade Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Mirabete. Em sentido contrário posicionam-se Frederico Marques, Damásio E. de Jesus, Bento de Faria, Heleno Fragoso e Euclides Custódio da Silveira.⁵

A orientação que melhor se afigura no caso é aquela que admite a possibilidade inclusive da prática do “auxílio” por omissão. Veja-se elucidativo exemplo de Altavilla:

“Em um hospital é internado um doente que sofre atrozmente e manifesta propósitos suicidas. O enfermeiro, violando a norma do regulamento que manda recolher as armas de toda pessoa internada, deixa-lhe o revólver, para que ele (o doente) possa realizar seu desígnio. Essa omissão não configura induzimento ou instigação, mas auxílio ao suicídio.”⁶

Tendo em vista a inclusão da figura da automutilação, é preciso atentar para eventuais casos em que alguém induza, instigue ou auxilie outrem a práticas que

causam, de certa forma, lesões no corpo, mas que são socialmente usuais. Tratam-se, por exemplo, de tatuagens, Body Piercing, brincos com furo na orelha etc. A questão deve ser tratada da mesma forma que já se faz com relação ao ilícito de lesão corporal, com a única diferença de que no caso do art. 122, CP, será a própria suposta vítima quem irá proceder à aplicação da técnica respectiva, causando eventual lesão em si mesma. Se a influência se dá para a realização da técnica em situação legalmente regulada e permitida, envolvendo pessoas maiores, ou mesmo menores, mas com autorização dos responsáveis e cumprindo todas as normas de saúde pública, não há ilícito. E essa exclusão se dará por qualquer caminho dogmático que se tome em relação à Teoria do Delito. No Finalismo, haverá a explicação da Adequação Social; na Teoria da Imputação Objetiva, o Risco Permitido; na Tipicidade Conglobante, a atipicidade e assim por diante. Agora, se a influência se dá para que a pessoa provoque lesões em si, mediante uso dessas técnicas fora dos padrões legalmente estabelecidos. Um menor, por exemplo, que se tatua por indução de terceiro, sem o consentimento dos pais. Ou uma pessoa, ainda que maior, induzida a fazer a aplicação e Body Piercing sem os devidos cuidados higiênicos. Nesses casos irregulares, poderá, em tese, haver a configuração do crime do art. 122, CP, assim como, se realizada a conduta por terceiro sobre a vítima, haveria o crime de lesões corporais.

Finalmente importa salientar que também com a inclusão da automutilação, a influência de alguém a se embriagar até passar mal, como costuma ocorrer em alguns “trotos” universitários, pode configurar também o crime do art. 122, CP.

NECESSIDADE DE RESULTADO APÓS A LEI Nº 13.968/19?

Na redação original do Código Penal o crime do art. 122, só ocorreria se houvesse um dos resultados preconizados no preceito secundário (morte ou lesão corporal de natureza grave), sendo as penas então previstas respectivamente de reclusão de 2 a 6 anos e de 1 a 3 anos. Portanto, não existia tentativa, ou ocorria um dos resultados ou o fato era atípico.

Mas, hoje, com o advento das alterações promovidas pela Lei 13.968/19, tudo isso é passado.

Não há mais exigência dos resultados lesões graves ou morte para que haja o crime e a pena. Atualmente o induzimento, a instigação e o auxílio material ao suicídio ou à automutilação configuraram o crime, com ou sem tais resultados. De crime eminentemente material, se converteu, por força da Lei 13.968/19, em crime formal.

Eventuais resultados como lesões graves, gravíssimas ou morte decorrentes da prática do suicídio, da tentativa de suicídio ou da automutilação, somente surgem agora como qualificadoras nos §§ 1º, 2º, 6º, e 7º, todos do art. 122, CP. Suas aplicações variarão, como visto, de acordo com a vítima (vulnerável ou não).

Atualmente se alguém induz, instiga ou auxilia outrem a se suicidar ou automutilar, mesmo que não ocorra resultado algum derivado da tentativa de suicídio ou automutilação ou ocorram apenas lesões leves, estará configurado o art. 122, “caput”, CP, salvo no caso de vulneráveis, em que poderá ocorrer crime de lesão corporal leve ou grave consumado ou tentado, eis que não previstas essas consequências nos §§ 6º e 7º, do art. 122, CP. A ausência, portanto, dos resultados lesões graves ou morte, não mais implica atipicidade.

Sendo o crime formal em sua redação atual, surge possível polêmica quanto à tentativa. A consumação se dá com o induzimento, instigação ou auxílio. No caso do auxílio material o crime estará consumado com o fornecimento da ajuda material, venha ou não a vítima a suicidar-se ou automutilar-se. Aí está preservada a característica formal do crime. Mas, obviamente, será viável a tentativa, vez que se trata de conduta plurissubsistente, com o “iter criminis” fracionável, sendo plenamente possível que alguém impeça o infrator de fornecer o auxílio à vítima. Por exemplo, um indivíduo pede uma arma para se matar. Quando o infrator vai lhe levar tal arma, é submetido a uma revista pessoal, vez que a vítima estava internada num manicômio, sendo encontrada a arma e apurado o seu fim de auxílio ao suicídio alheio. Há tentativa (art. 122 c/c 14, II, CP).

Quanto aos verbos induzir ou instigar, a tentativa somente se daria por escrito, como é regra nos crimes formais. Diante desses verbos, o crime se consuma com o ato de induzimento ou instigação, independentemente da atuação da vítima, que será mero exaurimento da infração ou ensejará qualificadoras (v.g. art. 122, §§ 1º, 2º, 6º e 7º, CP). Dada a natureza desses verbos, é bem possível que o agente chegue a induzir ou instigar a vítima, mas esta não venha a perpetrar ato algum de tentativa de suicídio ou de automutilação. Nesse caso, parece mais correto reconhecer o crime consumado com o mero induzimento ou instigação, principalmente tendo em vista que o legislador deixou de exigir resultados ulteriores para a configuração do ilícito, o que dá a entender que considera criminoso já o próprio induzimento ou instigação. Por exemplo, uma pessoa reclama de problemas existenciais. O infrator lhe propõe o suicídio como alternativa, mas a vítima descarta tal proposta como absurda. O crime está consumado. Eventual suicídio seria exaurimento e configuraria qualificadora, conforme acima exposto. Este entendimento adotado neste trabalho se dá tendo em vista o raciocínio usado em geral pela doutrina para solucionar os casos da chamada “receptação imprópria” (art. 180, “caput”, parte final, CP – “influir para que terceiro, de boa fé adquira, receba ou oculte”), onde o verbo “influir” é considerado formal, bastando a mera “influência” de terceiro de boa fé e não necessitando que este último adquira, por exemplo, o bem oriundo de ilícito.⁷ Não há motivo para que as interpretações desses dois tipos penais formais venham a divergir. Elas devem, em verdade, convergir, em nome da segurança jurídica e de uma interpretação sistemática sólida do Código Penal.

TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de induzir, instigar ou auxiliar a vítima ao suicídio ou à automutilação. Nesse passo, pode-se afirmar que a descrição típica permite que a finalidade do agente se direcione para duas possibilidades, o suicídio da vítima (sua morte) ou a automutilação (a lesão).

O dolo poderá ser direto, eventual ou mesmo alternativo, inexistindo previsão de figura culposa. Observe-se ainda que se o agente atua com vistas somente à automutilação, o art. 122, CP não é um “crime doloso contra a vida”. E ainda que resulte morte derivada dessa automutilação, esse resultado mais gravoso se dará a título de preterdolo. Já quanto à ocorrência de lesões graves ou gravíssimas no caso de automutilação, essas poderão decorrer do dolo do agente (ele visa, desde o início a lesão mais gravosa) ou mesmo de preterdolo (o agente visava uma lesão mais leve, mas ocorre uma mais grave). Doutra banda, quando o agente visa o

suicídio da vítima e ocorre apenas lesão (leve, grave ou gravíssima), na verdade, seu dolo era superior ao que de fato acabou resultando. Mas, esse dolo é suficiente para configurar o crime do art. 122, CP, já que atualmente, como já visto, os resultados mais graves não são exigência para a punição, mas tão somente circunstâncias que qualificam o crime.

Alguns doutrinadores falam em dolo específico, considerando este a finalidade de obter a morte da vítima (v.g. Magalhães Noronha e Manzini) e atualmente, alternativamente, a autolesão. Outros consideram o dolo genérico porque sempre está presente no ato de indução ao suicídio o desejo da morte da vítima (Mirabete e Damásio), o mesmo se podendo afirmar com relação ao desejo de lesão quando a indução é à automutilação. O segundo entendimento parece ser o mais consentâneo com o bom senso, pois é mesmo impensável que alguém instigue outrem ao suicídio sem a intenção inerente a essa conduta de que a vítima morra ou a induza à automutilação sem o intento de provocar lesão.

Como visto, não existe modalidade culposa. Se, culposamente, se participa de um suicídio ou de uma autolesão, pode haver responsabilização por homicídio culposo ou lesão culposa, mas jamais por infração ao art. 122, CP. No entanto, há autores (v.g. João Mestieri e Mirabete) que consideram impossível a responsabilização por homicídio culposo, sendo simplesmente fato atípico.

Mais uma vez deverá ser analisado caso a caso pelo seguinte critério:

a) Se houve realmente eliminação voluntária da vida pela pessoa ou autolesão voluntária, possibilitada pela conduta culposa, trata-se de fato atípico, pois inexistente participação culposa em suicídio ou em automutilação. Por exemplo, se o pai negligente deixa a arma ao alcance do filho, sendo este filho de idade mais avançada (v.g. 20 anos), tendo plena consciência de seus atos. Se pega a arma e se mata ou se autolesiona, trata-se realmente de fato atípico.

b) Se a conduta culposa inicial leva a um acontecimento acidental que causa a morte, tem-se um caso de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa. Por exemplo, o mesmo pai desidiioso que deixa uma arma ao alcance do filho menor, o qual é de pouca idade (v.g. 03 anos) e, acidentalmente, se fere e morre ou apenas se lesiona. Não houve propriamente um suicídio para que se pudesse falar em “participação culposa atípica”, também não foi o caso de automutilação deliberada. Houve mesmo um homicídio culposo ou uma lesão corporal culposa, conforme o resultado, informados pela negligência.

AUMENTOS DE PENA

O antigo Parágrafo Único do art. 122, CP foi excluído pela Lei 13.968/19 e atualmente os aumentos de pena estão regulados nos §§ 3º, 4º, e 5º, do mesmo dispositivo.

No § 3º, há duplicação da pena nos antigos casos previstos no excluído Parágrafo único. Inova-se, porém, no inciso I, ao acrescentar, além do “motivo egoístico”, os motivos “torpe” e “fútil” como causas também de aumento de pena.

No motivo egoístico há a revelação do desprezo do agente pela vida alheia, sobrepondo interesses pessoais. São exemplos: desejo de receber herança, desejo de receber seguro de vida, eliminação de rival em caso amoroso, competição em negócios, vingança, ódio, maldade etc. Note-se que o motivo egoístico, para sua caracterização, não pressupõe somente interesses materiais.

Torna-se um desafio a distinção entre o “motivo egoístico” e o “motivo torpe”. A princípio não se vê diferenciação plausível, mas apenas formas diversas de

expressão da mesma circunstância. Neste sentido, por exemplo, Teles caracteriza o “motivo egoístico” justamente pela sua “torpeza”.⁸ Entretanto, Nucci acena com a alegação de que o “motivo egoístico” seria uma espécie do gênero mais abrangente “motivo torpe”.⁹

Já o motivo fútil é aquele em que se revela a desproporção entre o ato gravíssimo de influenciar alguém a se matar ou se autolesionar e aquilo que motivou a conduta do agente. Por exemplo, praticar indução ao suicídio contra alguém devido a uma dívida de dois reais.

No segundo caso (inciso II do § 3º), o que vai ser aferido é a capacidade *psíquica* de resistência da vítima ao convencimento da prática do suicídio. A rigor, quando a lei fala em “menor” significariam os menores de 18 anos (art. 27, CP). Existem, porém, posições doutrinárias (v.g. Damásio E. de Jesus e Magalhães Noronha), afirmando que seriam os menores entre 14 e 18 anos, pois que, numa interpretação sistemática do Código Penal, os que estivessem abaixo dos 14 anos não apresentariam *nenhuma* capacidade de resistência a influências externas, de modo que seriam então vítimas de homicídio ou de lesão corporal (neste último caso, considerando a nova figura da automutilação). Há ainda um terceiro entendimento, apontando para a necessidade de verificação no caso concreto, independentemente da idade da vítima, se esta tinha plena resistência ou não, sendo a menoridade apenas um indicativo não conclusivo. Entretanto, tem predominado ainda neste caso o posicionamento que interpreta a palavra “menor” ora enfocada como sendo aqueles entre 14 e 18 anos. Ademais, com a Lei 13.968/19 e a atribuição explícita das penas de homicídio ou lesão corporal gravíssima para o caso de influência de menores de 14 anos (art. 122, §§ 6º e 7º, CP), a tese de que a palavra “menor” no art. 122, § 3º, II, CP se refere à faixa entre 14 e 18 anos, ganha força total. É evidente, de acordo com a redação do art. 122 e parágrafos que se a vítima for menor de 14 anos, haverá responsabilização nas penas de lesões corporais (automutilação) ou homicídio (suicídio). Então, o aumento de pena para vítima menor, somente pode se referir àqueles menores entre 14 anos completos e 18 anos incompletos.

Afora os menores, o inciso II do dispositivo ora enfocada abre fórmula genérica para abarcar outras pessoas, embora maiores, que tenham sua capacidade de resistência psíquica *diminuída*. Estariam abarcados então os alienados, débeis mentais, embriagados, drogados, enfermos etc., os quais tenham *diminuída* sua capacidade de resistência. Não se pode esquecer que se tais pessoas não têm qualquer capacidade de resistência ao invés de sofrerem de somente uma *diminuição* dessa capacidade, ocorrerá aplicação das penas de lesões corporais (automutilação) ou de homicídio (suicídio).

O § 4º prevê outra causa de aumento da ordem do dobro para os casos em que a conduta seja praticada por meio de rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. Note-se que ainda há aqui necessidade de determinação da vítima, não cabendo a tipificação do art. 122, CP em casos de vítimas indeterminadas, conforme já esclarecido. Certamente o que motivou essa causa de aumento foi o fenômeno do “jogo” que ficou conhecido como “Baleia Azul”, no qual, por meio de redes sociais ou contatos via internet, pessoas eram influenciadas a praticarem “desafios”, chegando à autolesão e até mesmo à prática suicida. Ainda com o mesmo escopo, vem o § 5º, do art. 122, CP determinar nova causa de aumento de metade da pena quando o agente é líder ou coordenador de grupo ou rede social. Isso significa que se a influência à automutilação ou ao suicídio se

dá por meio informático a pena é aplicada em dobro para todos os participantes desse evento. Porém, se identificado o líder ou coordenador de um grupo que se dedica a tal prática, este receberá a pena em dobro e mais um acréscimo de metade.

Dois pontos são relevantes sobre esses aumentos de pena:

a) Eles são aplicáveis cumulativamente, pois nada impede que ocorram conjuntamente num mesmo caso, não configurando “bis in idem”. Por exemplo, digamos que alguém induza outrem ao suicídio por motivo egoístico, por meio de comunicação virtual por internet, envolvendo um grupo de pessoas do qual é o líder ou coordenador. Os aumentos de pena serão aplicados em cascata. Somente não haverá aplicação em cascata no caso dos dois incisos do § 3º, do art. 122, CP estarem presentes concomitantemente. Ali somente é previsto o aumento do dobro para os dois casos. Seria interessante que no § 3º o legislador não houvesse estabelecido um aumento fixo do dobro, mas um aumento escalonado, por exemplo do dobro até o triplo ou de metade até o dobro, o que resolveria a situação em que o indivíduo incidisse em ambos os incisos por meio de individualização do “quantum” de incremento penal.

b) Devido à posição topográfica dos §§ 3º, 4º e 5º, do art. 122, CP, esses aumentos somente são aplicáveis ao crime simples do art. 122, “caput”, CP ou às formas qualificadas do art. 122, §§ 1º ou 2º, CP. Ocorre que, em regra, um parágrafo somente se aplica às figuras legais que estão acima dele no dispositivo que compõe. Significa que nos casos de crimes qualificados no art. 122, §§ 6º ou 7º, CP, não é possível a aplicação das majorantes em estudo. Além da questão topográfica de técnica legislativa, é preciso observar que nas qualificadoras que envolvem vulneráveis a pena aplicada já será muito mais gravosa, de lesão corporal gravíssima ou de homicídio simples ou mesmo qualificado. Assim sendo, a aplicação de aumentos de pena configuraria uma violação à proporcionalidade por excesso punitivo. Imagine-se que uma pessoa realmente matasse a outra (vítima vulnerável) e tivesse a pena aplicada normalmente de acordo com o art. 121, CP. Por outro lado, se não matasse diretamente, mas apenas induzisse a vítima vulnerável a se suicidar, usando, porém, recurso de rede social. Teria a pena do art. 121, CP aplicada em dobro. Ora, isso nitidamente viola do princípio da proporcionalidade, pois que não se pode duvidar do fato de que o crime de homicídio é mais grave do que o de induzimento ao suicídio, o mesmo valendo para a efetiva lesão corporal e o mero induzimento à automutilação.

AÇÃO PENAL E COMPETÊNCIA

O crime previsto no art. 122, CP, é de ação penal pública incondicionada em todas as suas formas (inteligência do art. 100, CP). Como visto, com a inclusão indevida da automutilação em um crime doloso contra a vida ao invés de alocar tal conduta no crime de lesão corporal, surge uma alteração na competência para o processo e julgamento das figuras do art. 122, CP.

Se o induzimento, instigação ou auxílio se dirigir à prática do suicídio, pretendendo, portanto, o agente atingir o bem jurídico vida, a competência para processo e julgamento será do Tribunal do Júri.

Contudo, se o induzimento, instigação ou auxílio se voltar tão somente à automutilação, ainda que dela resulte preterdolosamente a morte, porque o agente queria apenas a autolesão, decorrendo desta a morte que não era objetivada, a competência

será do Juiz Singular, tendo em vista que claramente não se trata de um crime doloso contra a vida, embora alocado no Capítulo “Dos Crimes contra a vida”.

Será sempre necessário, portanto, para fins de estabelecimento de competência para o processo e julgamento do art. 122, CP, em qualquer de suas modalidades, a aferição do dolo do agente, se informado pelo intento de provocar o suicídio ou de provocar autolesão. Afinal o Júri somente tem competência para o processo e julgamento dos “crimes dolosos contra a vida”, não de crimes que são informados pelo “animus laedendi” ou “animus nocendi” ou mesmo por preterdolo.

DIREITO INTERTEMPORAL

A Lei nº 13.968/19 criou novas condutas criminosas e incrementou algumas punições nos casos do art. 122, CP.

A inclusão da previsão como crime da indução, instigação ou auxílio à automutilação constituiu, em todas as figuras em que aparece (tirante aquelas que envolvem vulneráveis), “novatio legis incriminadora”, de modo que não pode retroagir a situações pretéritas nas quais a autolesão, ainda que considerando a conduta de quem influenciava terceiro para isso, era fato atípico.

Também constitui “novatio legis incriminadora” a conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao suicídio, sem que haja os resultados lesões graves ou morte. Antes da Lei 13.968/19 essa conduta não configurava sequer a tentativa do crime, sendo fato atípico. Novamente impossível a aplicação retroativa do disposto no art. 122, “caput”, CP.

Houve continuidade normativo – típica e manutenção da pena antes prevista no caso de influência ao suicídio com lesões graves ou gravíssimas, sendo a vítima capaz. Assim, não havendo nem melhora nem agravamento sob o aspecto penal, pode haver aplicação retroativa do art. 122, § 1º, CP. O mesmo se diga da hipótese em que o suicídio se consuma e o influenciado é capaz (art. 122, § 2º, CP).

Também houve continuidade normativo – típica para os casos lesões leves, lesões graves, gravíssimas ou morte, sendo a vítima vulnerável. Nessas situações, conforme visto, o agente não responderá por participação em suicídio ou em automutilação, mas, considerando a incapacidade de resistência (nula) da vítima, continuará respondendo pelos crimes supra mencionados (lesões leves ou graves), como sempre foi, já que o prejudicado não passa de um instrumento para a prática criminal pelo autor. Na última hipótese acima (morte), apenas se deve sublinhar que o autor não responderá propriamente por homicídio (simples ou qualificado), mas *nas penas do homicídio (simples ou qualificado conforme o caso)*. O mesmo se diga das lesões gravíssimas. O indivíduo responderá *nas penas do crime de lesões gravíssimas*, mas não pelo crime de lesões gravíssimas. Acontece que essa já era a solução dada, mesmo antes do advento de sua positivação pelo art. 122, §§ 6º e 7º, CP, de maneira que nada se altera, a não ser a tipificação. A reação penal se dá na mesma intensidade e proporção anteriores. Portanto, também o art. 122, §§ 6º e 7º, CP, pode ser aplicado retroativamente. Lembremos que se a morte derivar de automutilação inicial com preterdolo, também não poderá haver retroação, já que se trata de “novatio legis in pejus”. Acontece que sendo a vítima incapaz de resistência, haveria lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, CP), cuja pena é bem menor do que a do art. 122, § 7º, CP, que remete ao art. 121, CP.

Quanto aos aumentos de pena agora previstos, tratando-se de inovações e, portanto, “novatio legis in pejus”, não poderão retroagir aqueles previstos no art.

122, §§ 4º e 5º, CP. Essas causas de aumento não existiam e não podem ser aplicadas a casos pretéritos.

Por outro lado, os aumentos previstos no § 3º, do art. 122, CP têm o mesmo patamar de incremento punitivo (a pena é duplicada). Assim sendo, se o caso de aumento for o motivo egoístico (primeira parte do inciso I) ou a vítima menor ou com capacidade de resistência diminuída (inciso II), ocorre continuidade normativa típica e os aumentos podem permanecer sendo aplicados a casos pretéritos apenas se alterando o dispositivo, antes um Parágrafo Único, agora o § 3º Entretanto, se a causa de aumento for embasada no “motivo torpe” ou no “motivo fútil” (parte final do inciso I), haverá configuração de “novatio legis in pejus”, já que esses incrementos não eram previstos antes da Lei 13.968/19. Assim sendo, não podem ter força retroativa. ⚡

NOTAS

- 1 Clayton descreve a chamada “automutilação não suicida” no Manual MSD dentre os distúrbios da saúde mental. Cf. CLAYTON, Paula J. Automutilação Não Suicida. Disponível em <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/comportamento-suicida-e-automutila%C3%A7%C3%A3o/automutila%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-suicida>, acesso em 13.01.2020.
- 2 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.
- 3 Neste sentido, ver pela doutrina em geral: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 96-97.
- 4 Ver por todos: MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. V. II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.
- 5 Cf. Op. cit., p. 51.
- 6 Apud, Op. cit., p. 51.
- 7 Ver Delmanto apontando a impossibilidade de tentativa da receptação imprópria e Greco, citando Cezar Roberto Bitencourt e a doutrina em geral, apontando para a característica formal e a consumação com a mera “influência”. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 656. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 919.
- 8 TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. V. II. São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.
- 9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 709.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- CLAYTON, Paula J. Automutilação Não Suicida. Disponível em <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/comportamento-suicida-e-automutila%C3%A7%C3%A3o/automutila%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-suicida>, acesso em 13.01.2020.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. V. II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Paulo: RT, 2008.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2004.



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia aposentado, Parecerista Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

ARQUIVO PESSOAL

Pacote Anticrime, Prisão Preventiva e Princípio da Congruência

“O Pacote Anticrime, com acerto, consagra finalmente o Sistema Acusatório em nosso País, após uma demora de oitenta anos ou mais, se verificados os diplomas processuais desde as ordenações do reino, em matéria tão cara na seara dos direitos humanos universais.”

Como já é de conhecimento de toda a comunidade jurídica, o Pacote Anticrime, sancionado através da nova Lei nº 13.964/2019, acaba com a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz. Agora, este só poderá decretá-la mediante requerimento expresso do Ministério Público, do Assistente de Acusação ou por representação da Autoridade Policial (art. 311).

O Pacote Anticrime, assim, rompe uma tradição de quase oitenta anos, que possibilitava ao magistrado, sem qualquer provocação no processo, acionar a medida de cautela mais extrema do processo penal, qual seja, a segregação provisória da liberdade do indivíduo, que não raras vezes perdurava até a decisão de mérito condenatória ou absolutória, inclusive em instâncias superiores.

Pois bem. A partir da Lei nº 13.964/2019 entra em cena no campo processual da prisão preventiva o velho Princípio da Congruência ou Adstrição. Antes da nova lei, o Princípio da Congruência, em matéria processual penal, só era lembrado quando da prolação da sentença, em que o juiz deveria se ater aos termos da denúncia ou queixa-crime.

Será completamente vedado ao magistrado, na fundamentação de sua decisão que decreta a prisão preventiva, completar ou fomentar o pedido da acusação. O que era permitido até a entrada em vigor do Pacote Anticrime. Assim, aquelas expressões “cabe ainda ressaltar”, “vislumbra-se ainda”, “igualmente observa-se de fls. tais”, entre outras tantas que por durante décadas autorizava o juiz ultrapassar os limites da causa de pedir da acusação para a decretação da prisão preventiva, foram banidas de nosso sistema processual penal.

O Princípio da Congruência ou Adstrição, sagrado no processo civil desde os seus primórdios da era republicana, passa ganhar seu status de peso no processo penal brasileiro. O juiz, ao analisar o pedido de decretação da prisão preventiva, deverá decidir a pretensão acusatória dentro dos limites objetivados pela parte, não podendo proferir decisão extra ou ultra petita, sob pena de caracterização da abolida decretação de prisão preventiva de ofício, sanável mediante simples embargos de declaração ou impetração de habeas corpus ao Tribunal.

O Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal, durante a tramitação do Pacote Anticrime, não deixa margem à dúvida:

“2.11. Prisão preventiva

De acordo com o Substitutivo, o juiz deixa de ter a possibilidade de decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311)”.

Do portal eletrônico oficial da Câmara dos Deputados (Atualizado em 05/12/2019 – 00:27), extrai-se:

“Ao contrário do que prevê atualmente o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), o juiz não poderá mais decretar uma medida cautelar por conta própria (de ofício), sem pedido das partes, do delegado ou do Ministério Público.

Uma das mais conhecidas medidas cautelares é a prisão preventiva. Ela não poderá ser decretada por decisão própria do juiz, dependendo de requerimento do Ministério Público, do delegado ou da parte que se sente sob risco”.

Em verdade, o Pacote Anticrime, com acerto, consagra finalmente o Sistema Acusatório em nosso País, após uma demora de oitenta anos ou mais, se verificados os diplomas processuais desde as ordenações do reino, em matéria tão cara na seara dos direitos humanos universais. Banindo-se, assim, para sempre o sistema inquisitorial de nosso Direito Processual Penal em vigor. 🚧

Uma análise sobre o bem estar animal e a vivissecção

Uma abordagem da bioética através dos métodos alternativos

por CRISTIANE FELDMANN DUTRA E EMELINE KUNZ PEREIRA



“Os avanços tecnológicos e científicos, nos demonstram que técnicas arcaicas como abrir um animal vivo para estudar o seu funcionamento, não precisam mais serem desenvolvidas e realizadas.”

O Tema desta pesquisa é sobre o Bem-Estar animal com a utilização da vivisseção, a delimitação deste tema se faz, pelo recorte da utilização dos animais para fins científicos e didáticos no território brasileiro. O objetivo é analisar se as leis e diretrizes, são eficazes para a proteção destes seres, e se de alguma forma sofrem com os métodos aplicados para o desenvolvimento da “ciência”. Tendo como princípio, trazer os conceitos de bem-estar animal dentro da realidade atual, tanto no Brasil como em alguns países. A metodologia utilizada para esta pesquisa foi a qualitativa, dialética e revisão bibliográfica. Utilizamos do procedimento de pesquisa, diversos livros, artigos jurisprudências, monografias acadêmicas, todos os meios de informação possíveis na internet. O Princípio dos 3Rs, Substituição Redução e Refinamento, traz uma forma ética nas experimentações com animais. De modo a não utilizar animais, ou utiliza-los em menor número e de forma consciente e senciante. Visando sempre o foco, nos entendimentos das legislações e jurisprudências do Brasil.

O CONCEITO DE BEM ESTAR ANIMAL

Com os avanços da pesquisa em etologia animal na década de 1970, as preocupações com a proteção do bem-estar animal, por vezes rotuladas anteriormente como “leigas”, começam a adentrar de maneira importante o ambiente acadêmico. O estudo científico do comportamento animal pavimenta as bases para o reconhecimento da complexidade da vida animal individual. (MIRANDA, 2005, p.3).

Os animais devem ser felizes e saudáveis, eles não devem sofrer de dor desnecessária, não devem ser colocados em situações que sejam tão artificiais que possam impedi-los de ter uma boa qualidade de vida. Essas preocupações não são principalmente sobre justiça ou virtude humana, mas sobre a qualidade de vida dos animais, elas a ser expressas sob o termo “bem-estar animal”. (FRASER, 2012, p. 47 e 48)

A teoria do direito dos animais visa a abolição por completo da utilização dos animais para qualquer benefício humano. Rejeita a visão do animal como um objeto, isto é, uma propriedade do homem, por isso qualquer forma de exploração deve ser erradicada para que o sofrimento desnecessário deixe de existir. (MEDEIROS, 2013, p.149).

AS EXPERIÊNCIAS COM ANIMAIS ATRAVÉS DA VIVISSECÇÃO

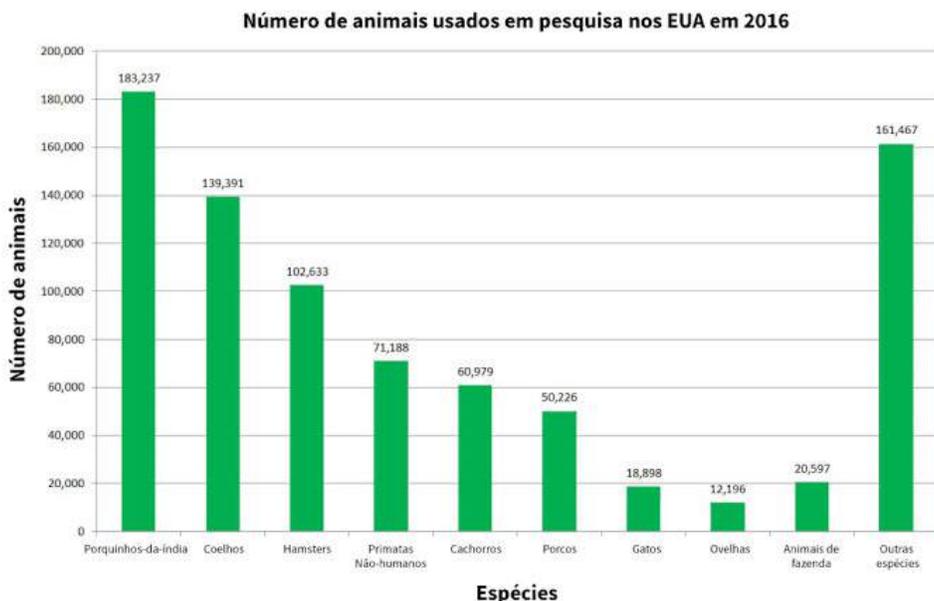
A vivisseção ganhou seu lugar a partir do século XVI, e era aplicada em três grandes áreas: movimento do coração, respiração e a formação do embrião. (TRÉZ, 2013, p.14).

A realização de experiência dolorosa em animal vivo é denominada vivisseção, que consiste no uso de seres vivos, principalmente animais, para o estudo dos processos da vida e de doenças, e todo o tipo de manipulação sofrida pelos seres vivos em diversos tipos de testes e experimentos. (DIAS, 2000, p. 163).

Atualmente ele corresponde a qualquer procedimento, invasivo ou não, no qual se induz, em um animal vivo, um determinado estímulo, obtendo-se outro em troca. Cortar um animal vivo, injetar nele qualquer substância ou forçá-lo tomar uma droga oralmente, também é vivisseção. (GREIF, 200).

Tanto no campo didático quanto no científico, inúmeras experiências dolorosas são exaustivamente repetidas nos animais a fim de demonstrar teses cujos resultados são notórios. (LEVAL, 2004, p. 67).

NÚMERO DE ANIMAIS USADOS EM PESQUISAS NOS EUA



Fonte: Speaking o research

É comum que, experimentos realizados em animais para fins didáticos não produzam os resultados almejados, dando muitas vezes margem a interpretações confusas. Estes resultados duvidosos são decorrentes de diferentes fatores: imperícia técnica na condução do experimento; desequilíbrio da saúde física e psíquica do animal, previamente ao início do experimento; diferenças individuais de cada animal de uma mesma população, entre outros. (GREIF, 2003, p.25).

Grandes quantidades de animais em departamentos universitários das áreas florestal e psicológica, por exemplo; muitos mais são utilizados com fins comerciais, para testar novos cosméticos, xampus, corantes alimentares e outros artigos supérfluos. Tudo isto só é possível graças ao nosso preconceito de não levar a sério o sofrimento de um ser que não é membro da nossa espécie. Geralmente, os defensores da realização de experiências com animais não negam que estes sofrem. Não podem negar o seu sofrimento porque precisam sublinhar as semelhanças existentes entre os humanos e os outros animais para afirmar a relevância das suas experiências para o conhecimento dos humanos. (SINGER, 2012, p.25).

Além das diferenças entre organismos dos humanos e dos animais, consistem no fato de que os animais não podem descrever efeitos colaterais não evidenciados externamente, bem como se cita que o tempo de observação da exposição de seus organismos a essas drogas é muito curto, visto que os efeitos desta (ou os desdobramentos de seus efeitos colaterais) podem durar anos no organismo. Assim compreende-se que, não é por ter sido testada em animais que uma droga oferece garantias absolutas para ser ingerida por indivíduos humano. (FELIPE, 2007, p. 96).

O PRINCÍPIO DOS 3R'S COMO DESENVOLVIMENTO DA EXPERIMENTAÇÃO HUMANITÁRIA COM ANIMAIS

No final da década de 50, o Princípio dos 3R's de William Russell e Rex Burch, elaboraram a normativa ética mais conhecida e amplamente difundida entre os países para uso de animais em pesquisas. A reflexão de sempre tentar reduzir o número de animais por procedimento experimental em um estudo, substituir o uso de animais sempre que possível e aprimorar métodos já descritos e validados para minimizar o desconforto animal. (ANDERSEN; HELFENSTEIN, 2015, p. 10).

O conceito dos 3Rs surgiu como forma de se ponderar a utilização dos animais tanto didaticamente quanto experimentalmente. Deve-se obrigatoriamente priorizar a redução (Reduction), substituição (Replacement) ou refinamento (Refinement) da utilização dos mesmos. Esta linha de pensamento bem-estarista trouxe alguns avanços visando princípios de bem-estar animal e a diminuição do uso de animais em diversas áreas. (MORAES, 2019, p. 26).

O único experimento animal aceitável é aquele que usa o menor número possível de animais (redução) e causa o mínimo possível de dor ou estresse (refinamento), é consistente com o alcance de um propósito científico justificável, e é necessário porque não existe outra forma de se chegar a este propósito (substituição). (TRÉZ, 2013, p. 5).

A SUPERIORIDADE HUMANA COMO JUSTIFICATIVA NAS EXPERIMENTAÇÕES

Em virtualmente todos os sistemas políticos e econômicos modernos, os animais são explicitamente considerados mercadorias cujo único valor é aquele que lhes é atribuído por seus proprietários. A condição (ou status) dos animais como propriedade não é nova; tem estado conosco por milhares de anos. De fato a evidência histórica indica que a domesticação e a posse de animais estão intimamente relacionados com o desenvolvimento das próprias ideias de propriedade e dinheiro. (FRANCIONE, 1954, p. 118).

O mundo é reconstituído ao redor do Homem, que pensa. E a natureza, como não pensa, é relegada a condição de matéria. Matéria viva ou inerte, não importa, mas, dominada pelo ser humano. (BARRACHO JÚNIOR, 2000, p.173).

Há quem defenda a superioridade humana em razão da linguagem. No entanto esse tese é completamente inconsistente. Primeiro, porque não é possível confirmar que os animais realmente não falam. Segundo, porque seria perfeitamente viável o entendimento de que eles não só falam por meio de linguajar próprio, não compreendido pelo homem, como também se comunicam de forma superior a exemplo da telepatia entre os golfinhos. (ZIMMER, 1999, p. 166).

Alguns filósofos e juristas conseguiram ver que o exercício do Direito não é condição essencial para a sua existência. A prática de crueldade, segundo tal raciocínio, ofende um bem jurídico preexistente, ainda que o animal agredido não tenha condições de reivindicá-lo. (LEVAI, 2004, p. 127).

Nenhum animalista defende direito de voto para os animais, assim como, nenhuma mulher defende direito de fazer um aborto para homens. De fato, pode se dizer que homens e mulheres, negros e brancos, altos e baixos, americanos e

chineses, judeus e islâmicos são diferentes. Contudo, o reconhecimento deste fato evidente, não impede a extensão do princípio básico da igualdade material entre eles. É nesse sentido que logicamente podemos estender esse princípio para os demais animais, afirmando que a relação entre humanos e não-humanos, o fato de não humanos pertencerem à outra espécie não nos dá o direito de utilizar o sistema jurídico contra eles. Nenhuma forma de poder pode justificar a exploração de outro ser. Porém, apesar da relevância científica do debate, ainda persistem preconceitos populares, até mesmo na academia, contra o fato de se levar a sério os interesses dos animais. Perguntas como: como é possível alguém perder o seu tempo tratando da igualdade dos animais quando a verdadeira igualdade é negada a tantos seres humanos? São comumente proferidas, esquecendo que cada um de nós deveria fazer um pouco para evitar qualquer forma de exploração. (SINGER, 2010, p. 65-66).

O homem como ser racional, tem a obrigação de proteger os animais não somente para o bem estar social e continuidade da vida sobre esse planeta, mas também em razão do direito inerente a cada ser vivo. Inaceitável o argumento de que a vida humana possui valor liderante a sobre a de outros seres vivos. (RODRIGUES, 2012, p. 63).

OS SERES SENCIENTES

A senciência dos animais é um dos principais argumentos para que os interesse dos animais prevaleçam.

A Diretriz Brasileira para o cuidado e manejo de animais de 2016, traz um breve conceito do termo senciente, a capacidade que um ser tem de sentir percepções conscientes do que lhe acontece e do que o rodeia. Portanto, sensações como a dor ou a agonia, ou as emoções, como o medo ou a ansiedade, são estados subjetivos que são percebidos conscientemente pelos animais. Ser sencientes, é o ser que apresenta senciência. (BRASIL, 2016, p. 8).

É inegável o sofrimento a que esses animais não humanos são submetidos, mesmo por vezes procedimentos não invasivos sejam realizados, ou, quando invasivos, seja apherada a anestesia. O grau de sofrimento psicológicos e estresse é imensurável. A questão é controversa e suscetível, ainda, de muito debate, contudo não se pode mais admitir o tratamento dos animais não humanos como seres “coisificados” sem sentimentos, ou mesmo, sem dignidade, sem interesses a serem defendidos. (MEDEIROS, 2013, p. 227-228).

Somente o fato dos animais serem criaturas sencientes já lhes devia assegurar nossa consideração moral, impedindo a inflição de maus tratos ou a matança advinda de interesses humanos. (LEVAI, 2004, p. 128).

A CONSTITUIÇÃO de 1988 E A LEI Nº 11.794 de 2008

Na equivocada defesa de que os animais existem para satisfazer as necessidades da espécie humana, vivenciar-se-á uma nova etapa no mundo jurídico no qual, gradualmente, esta suposta verdade sócio jurídico será repensada. (FERREIRA, 2004, p. 26).

No passado não muito distante, a visão que se tinha do meio ambiente era a de um bem inesgotável, tanto que nenhuma Constituição anterior à de 1988 trazia

especificamente qualquer artigo sobre a proteção ao meio ambiente. (OLIVEIRA FILHO, 2009, p. 65).

O Brasil foi carente de leis sobre ética na experimentação animal por um longo período. Mesmo diante dos esforços prévios, foram necessárias décadas até a implementação de uma lei nacional sobre uso de animais em pesquisa e em ensino. (BRASIL, 2015, p. 10).

Constituição Federal Brasileira de 1988, disciplina em seu artigo 225, claramente, o direito e o dever, tanto do Estado, quanto da coletividade, de prestar proteção ambiental. (SARLET, 2005, p. 53). A proteção da fauna em uma tentativa de que se evite o sofrimento desnecessário aos animais. (AGUIAR, 2018, p. 15).

É dever do Poder Público proteger a fauna impedindo as práticas que colocam em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção de espécies. (MACHADO, 2009, p. 57). Esta tutela constitucional confirma o crescente interesse do mundo jurídico quanto ao tratamento dispensado aos animais não humanos e está arraigando no mesmo espírito que acarretou as transformações inseridas nas legislações. (CASTRO, 2006, p. 31).

A Lei nº 6.638/79 foi a primeira ação nacional de se criar normas para atividades didático-científicas da vivissecção de animais, tendo sido revogada pela Lei Federal nº 11.794/08. A Lei nº 6.638/79 apresentava ênfase na vivissecção, explicitando o emprego obrigatório de anestesia e presença de técnico especializado, mas também mencionava a necessidade de registrar biotérios e centros de pesquisa e estudo que exerciam essas atividades em órgão competente. Ressalta-se que esta lei não tinha função punitiva, uma vez que autorizava a vivissecção em todo o País, ainda sem medidas eficazes de fiscalização. (BRASIL, 2015 p. 5).

Após criação da Lei nº 11.794/08, houve a implementação do CONCEA (Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal). Cita-se aqui que todas as Instituições legalmente estabelecidas no Brasil com uso de animais em atividades de ensino ou de pesquisa passaram a obrigatoriamente constituir uma CEUA (Comissão de Ética no Uso de Animais), a requerer credenciamento junto ao CONCEA. As imposições legais permitiram a discussão em contextos universitários, encontros regionais e debates nacionais envolvendo a participação da comunidade, complementando as iniciativas de se incorporar as novas medidas éticas atreladas ao bem-estar animal. (ANDERSEN; HELFENSTEIN, 2015, p. 5).

No entanto a criação dos comitês de ética gera, ao mesmo tempo, uma sensação de controle da atividade científica pelo público leigo e uma maior visibilidade e aceitação dos resultados das pesquisas não apenas dentro da comunidade acadêmica, mas em toda a sociedade. Mas esses comitês não representam obstáculo algum à continuação da prática da experimentação com animais, uma vez que são os próprios pesquisadores que têm poder de decisão sobre o que pode ou não ser feito nos experimentos. (VICENTE; COSTA, 2014, p. 845).

Pode-se matar (para a satisfação do paladar humano), mas não se pode maltratar, cindindo-se, dessa forma, o sentido da morte do sentido de maus-tratos (resquício da filosofia da consciência), entretanto, para fins científicos (Lei Arouca), pode-se submeter os animais a “dor”, “angústia” e “intensos sofrimentos” (termos utilizados na Lei Arouca), relacionando-se o sentido de crueldade não com o sofrimento impingido, mas com o propósito pelo qual o sofrimento é empregado – ainda que sem o consentimento daquele que experimenta o sofrimento. (MEDEIROS, 2017, p. 19).

MÉTODOS ALTERNATIVOS NA EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL

Ao longo da história das civilizações, desde a Antiguidade, os animais sempre foram utilizados pela Medicina como único meio capaz de se conhecer o corpo humano, bem como desenvolvimento e a profilaxia de doenças. Ocorre que, atualmente, mesmo diante do nível da evolução científica e tecnológica que a humanidade alcançou, os animais continuam sofrendo na clausura dos laboratórios. (STEFFANELLI, 2011, p. 106).

Na evolução do movimento de proteção do animal não humano nas últimas décadas com o escopo de desenhar os contornos do quadro no qual adveio e se desenvolve, lenta e gradualmente, o direito a proteção dos animais. (MEDEIROS, 2013, p. 139).

Mesmo que os experimentos em animais produzirem informações vantajosas para a saúde humana, não se pode concluir que os experimentos em animais sejam o único, ou mais eficiente, modo de resolver os problemas de saúde humana. (FRANCIONE, 1954, p. 97).

MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA A SUBSTITUIÇÃO OU REDUÇÃO DO USO DE ANIMAIS NA PRODUÇÃO OU TESTES DE VACINAS

VACINA	ANIMAL OU MÉTODO						
	Macaco	Cachorro	Coelho	Camundongo	Células humanas	Ovos com embrião de galinha	Teste de Floculação
Adenovírus	P				P T		
Difteria							T
Catapora	P	P			P	P	
Pólio	P T				P		
Raiva			P		P T	P	
Rubéola	P	P	P		P	P	
Variola			T		P	P T	
Tétano				T			T
Febre Amarela				T	P T		

P – Produção; T – Teste.

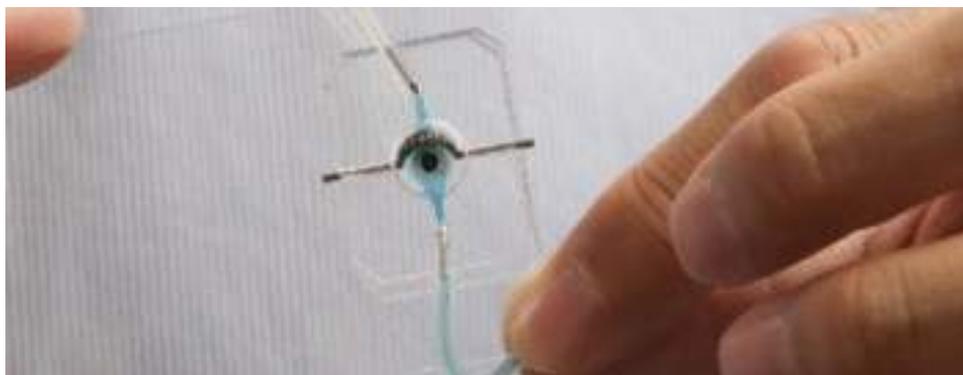
Fonte: Animais de laboratório ANDRADE, Antenor. PINTO, Sergio Correia. OLIVEIRA, Rosilene Santos de. Animais de laboratório: criação e experimentação. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz. 2002. p. 340.

A Diretriz brasileira para o cuidado e a utilização de animais para fins científicos e didáticos, demonstra um breve conceito de que a utilização de métodos alternativos em ensino deve ser estimulada e induzida pelas Instituições e pelas CEUAs. Não é recomendado o uso de animais com o propósito de demonstrar fatos biológicos conhecidos. São vetadas a indução de lesão ou dor a animais apenas para ilustrar fatos biológicos conhecidos a estudantes. (BRASIL, 2016, p. 22).

Aqueles que apoiam o uso de animais em experimentos argumentam que esse uso é moralmente aceitável quando necessário para a saúde humana, onde não houver alternativas viáveis e o pesquisador aja no sentido de minimizar dor e desconforto nos animais. (FRANCIONE, 2013, p. 92).

A substituição animal é um método alternativo que segue uma corrente mundial para o desenvolvimento de técnicas que não incluam o uso de animais em experimentos e no ensino. (CAZARIN; CORRÊA; ZAMBRONE, 2004, p. 289).

FIGURA – OLHO NO CHIP



Fonte: NAVS OSENKOWSKI, Pam. **Tecnologia Inovadora:** Eye-on-a-chip, como alternativa à experimentação animal. Chicago. Disponível em: <https://www.navs.org/groundbreaking-eye-on-a-chip-technology-as-an-alternative-to-animal-experimentation/#.XZSf80ZKjLU>. Acesso em: 2 out. 2019.

Apenas nos últimos anos, aqui no Brasil, várias escolas superiores vem se empenhando na busca de alternativas à experimentação animal, como a Zootecnia adota o método de Laskowski, que consiste no treinamento de técnica cirúrgica em animais que tiveram morte animal), a Universidade Federal do Estado de São Paulo (que usa um rato de PVC nas aulas de microcirurgia), a Universidade de Brasília (onde o programa de farmacologia básica do sistema nervoso autônomo é feito por simulação computadorizada), dentre tantas cujo departamento de patologia realiza pesquisas apenas com o cultivo de células vivas. Culturas de tecidos, provenientes de biópsias, cordões umbilicais ou placentas descartadas, dispensam o uso de animais. Vacinas também podem ser fabricadas a partir da cultura de células do próprio homem, sem necessidade das dolorosas técnicas experimentais em cavalos, envolvendo a sorologia. Isso sem falar dos modernos processos de análise genômica e sistemas biológicos *in vitro*, que, se realizados com ética, tornam absolutamente desnecessárias antigas metodologias relacionadas a *vivissecação*, em face das alternativas hoje existentes para a obtenção do conhecimento científico. (LEVAI, 2004, p. 69).

FIGURA – VIVISSECÇÃO VIRTUAL COM TABLETS



Fonte: Universidade Cruzeiro do Sul. FRANÇA, Meire Pereira de. **Vivissecação Virtual com tablets:** um guia prático para professores de biologia. São Paulo. Universidade Cruzeiro do Sul, 2014. p. 21. Disponível em: https://www.cruzeirodosul.edu.br/wp-content/uploads/2016/03/PE_MeirePereiraFran%C3%A7a-2014-v-publicada.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

Há que se relacionar aqui, alguns dos mais conhecidos recursos alternativos que se ajustam ao propósito do legislador ambiental: Sistemas biológicos ‘in vitro’ (cultura de células, de tecidos e de órgãos passíveis de utilização em genética, microbiologia, bioquímica, imunologia, farmacologia, radiação, toxicologia, produção de vacinas, pesquisas sobre vírus e sobre câncer); Cromatografia e espectrometria de massa (técnica que permite a identificação de compostos químicos e sua possível atuação no organismo, de modo não-invasivo); Farmacologia e mecânica quântica (avaliam o metabolismo das drogas do corpo); Estudos epidemiológicos (permitem desenvolver a medicina preventiva com base em dados comparativos e na própria observação dos processos das doenças); Estudos clínicos (análise estatística da incidência de moléstias em populações diversas); Necropsias e biópsias (métodos que permitem mostrar a ação de doenças no organismo humano); Simulações computadorizadas (sistemas virtuais que podem ser usados no ensino das ciências biomédicas, substituindo o animal); Modelos matemáticos (traduzem analiticamente os processos que ocorrem nos organismos vivos); Culturas de bactérias e protozoários (alternativas para testes cancerígenos e preparo de antibióticos); Uso da placenta e do cordão umbilical (para treinamento de técnica cirúrgica e testes toxicológicos); Membrana corialantóide (teste CAME, que utiliza a membrana de ovos de galinha para avaliar a toxicidade de determinada substância). (LEVAI, 2001, p. 45-46).

Na obra de Greif & Tréz, a veterinária alemã Dr. Corina Gericke, esclarece sobre o uso de realidade virtual e outras formas de não utilizar animais em experimentos: métodos de substituição como, realidade virtual, simulações em computadores, filmes são alternativas boas para o ensino de fisiologia, mas não para o ensino de cirurgia. Existem alguns métodos alternativos disponíveis para o ensino de cirurgia: por exemplo, um “braço para a prática de sutura” (suture practice arm), que é feito de uma pele sintética. Ele tem diversos ferimentos, que permite ao estudante a prática da sutura de ferimentos. Então ele/ela pode abrir e tentar novamente. Outra alternativa feita de borracha (ruber foam) simula um estômago, no qual você pode praticar certas técnicas cirúrgicas. Em um outro modelo, órgãos provenientes de abatedouros (como fígado, rim, etc.) são submetidos à uma corrente de um líquido semelhante ao sangue. Isso pode ser utilizado para o manuseio de vasos hemorrágicos. Em um rato artificial, você pode aprender microcirurgia, por exemplo, anastomose de vasos sanguíneos finos (o estudo de anastomose microcirúrgica pode ser estudado também, e com maior eficiência, em vasos sanguíneos de placentas humanas). Atualmente existem muitíssimos softwares úteis para procedimentos cirúrgicos experimentais. Um desses chamado “virtual section” recebeu a aprovação e o investimento (sponsor) financeiro de parte da Universidade de Stanford na Califórnia. Depois existem indústrias que produzem membros artificiais feitos de material com a mesma consistência dos tecidos humanos. (GREIF; TRÉZ, 2000, p. 14-15).

Um motivo pelo qual a demanda pela imediata abolição da experimentação em animais não foi capaz de persuadir o público é que os cientistas respondem que aceitar essa exigência é desistir da perspectiva de encontrar a cura para doenças importantes, que ainda matam a nós e a nossos filhos. (SINGER, 2010, p. 127).

CONCLUSÃO

O contexto histórico da humanidade, nos demonstra que os animais, são utilizados como método de pesquisa, a centenas de anos. Estudos demonstram que no período antes de Cristo, as pesquisas com animais já se realizavam.

Antes os animais eram utilizados por serem considerados inferiores e sem alma, quando comparados com os seres humanos, e o homem exercia a sua superioridade divina.

Os testes em animais, como forma de comprovação de que substâncias farmacêuticas ou cosméticas não causem danos aos seres humanos, são ainda o principal método que utilizam animais em testes.

As mais diversas substâncias tóxicas, cancerígenas, vírus, e diversas atrocidades e crueldades são realizadas com os animais dentro dos laboratórios. A maioria dos animais são mortos ao final do procedimento, como uma alternativa, para que as substâncias que foram testadas neles, não se propagem, além do custo e a quantidade de animais usados ser grande e não haver adequações para que os animais permaneçam nos laboratórios. Apenas alguns são encaminhados para a adoção.

A maioria das pesquisas realizadas em animais, não trazem conclusões exatas, pois os animais possuem metabolismo e fisiologias diferentes do ser humano, além de que, as acomodações em que permanecem até o momento da pesquisa causam diversas mudanças psicológicas e físicas no animal. Grande parte dos experimentos em animais, já foram testados e pode-se concluir que fazem algum mal.

A partir dos entendimentos de que os animais teriam algum tipo de reação, como por exemplo medo, aflição e estresse, o método como alternativa, os 3Rs, surge com o intuito da comunidade científica de reduzir, substituir e reutilizar. Como uma forma de repensar os procedimentos utilizados até a década de 50 com o uso de animais.

Há procedimentos, órgãos de proteção e leis que impõem regras para que as pesquisas com animais ocorram. Porém, sabemos que elas não são cumpridas como deveriam.

Os avanços tecnológicos e científicos, nos demonstram que técnicas arcaicas como abrir um animal vivo para estudar o seu funcionamento, não precisam mais serem desenvolvidas e realizadas.

O argumento de que o uso de animais é um mal necessário, que o caminho da ciência manifesta-se com o uso dos animais, o de que o pesquisador vivencia a sensibilidade do animal ao usá-lo e que se não fosse necessário não o usaria, são argumentações a favor dos testes em animais que já estão obsoletas, carecendo de novas interpretações, e que a sociedade reveja seus conceitos.

A convicção da superioridade do homem em relação aos animais, já manteve-se por muito tempo intacta. Está na hora de rever parâmetros, da mesma forma como os direitos da mulher, a escravidão, a exploração de crianças e os direitos dos homossexuais, foram reconhecidos. A sociedade carece de novos ideais. Cabe o consentâneo de que os animais são seres sencientes, e da mesma forma que os a favor de procedimentos invasivos em animais, ainda insistem nas pesquisas com esses seres, por eles terem uma fisiologia “similar” com o homem, devem aplicar essa mesma premissa neste caso de que os animais sentem dor na mesma proporção que os humanos.

Deve-se levar em consideração que: os animais são seres sencientes, a dependência animal dever ser superada, a maioria dos testes em animais não possuem validade em humanos e as alternativas existentes em pleno século XXI já podem ser colocadas em prática.

Por vezes, ainda que existam diversas opções de alternativas na experimentação animal, os biotérios continuam a ser usados, por questões financeiras e de que o investimento em uma nova técnica demandaria uma nova estrutura e treinamento.

Os mais diversos métodos como alternativas a experimentação em animais, já estão no mercado e muitos deles o custo para as instituições seriam menores. Temos como exemplo de métodos que podem ser citados como alternativas: métodos *in vitro*, utilização de células humanas, linhagens celulares, métodos de vídeo, *visussecção* virtual, entre outros. E caso ainda exista a necessidade do uso de cobaias vivas, que seja feito com animais que tenham como morte a causa natural.

Nossa atual realidade, já nos traz, a possibilidade, de que se estivermos confiantes e se houver interesse do governo e investimento em saúde, métodos com animais já poderiam ter sido abolidos, por centenas de opções presentes na contemporaneidade científica e médica.

Cabe ao homem ter compaixão e respeito com os animais. 🦋

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Jade Lagune Lanzieri. *Direito dos animais sob os aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2018.
- ANDERSEN, Monica Levy; HELFENSTEIN, Tatiana. *Guia prático da legislação vigente sobre experimentação animal* – CEUA/UNIFESP. São Paulo 2015. Disponível em: https://www.unifesp.br/reitoria/ceua/images/E_Book_CEUA_UNIFESP.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.
- BARRACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. Diretriz brasileira para o cuidado e a utilização de animais para fins científicos e didáticos – DBCA. Brasília/DF, 2016. Disponível em: http://www.cena.usp.br/ceua/dbca_2_fev_2016.pdf. Acesso em: 6 nov. 2019.
- BRASIL. Guia prático da legislação vigente sobre experimentação animal – CEUA/UNIFESP. São Paulo 2015. Disponível em: https://www.unifesp.br/reitoria/ceua/images/E_Book_CEUA_UNIFESP.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.
- CASTRO, João Marcos Adede y. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- CAZARIN, K. C. C.; CORRÊA, C. L.; ZAMBRONE, F. A. D. *Redução, refinamento e substituição do uso de animais em estudos toxicológicos: uma abordagem atual*. Revista Brasileira de Ciências Farmacêuticas, v. 40, n. 3, 2004. Disponível em: <https://www.unifal-mg.edu.br/pet/sites/default/files/Apostila%20M%C3%A9todos%20Alternativos-PET-Bio-UNIFAL.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.
- DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K207814.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.
- FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2007.
- FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

- FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?* Tradutora: Regina Rheda. Campinas: Editora Unicamp, ano 1954.
- FRASER, David. *Compreendendo o bem-estar animal: a ciência no seu contexto cultural*. Ed. Eduel. Londrina, 2012.
- GREIF, S. *Alternativas ao uso de animais vivos na educação: pela ciência responsável*. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/176610/TCC%20ANNA%20REMOR%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da Experimentação animal: a sua saúde em perigo*. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional “Fala Bicho”, 2000. Disponível em: <http://falabicho.org.br/PDF/LivroFalaBicho.pdf>. Acesso em: 22.jan.2020.
- LEVAL, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Ver. Ampl. e atual. pelo autor. Campos do Jordão, SP. Editora Mantiqueira, 2004.
- LEVAL, Tâmara Bauab. *Vítimas da ciência: limites éticos da experimentação animal*. Campos de Jordão: Mantiqueira, 2001. 45-46.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MOLENTO, C. F. M. *Bem-Estar e Produção Animal: Aspectos Econômicos Revisão*. Archives of Veterinary Science 2005. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/55954b537f1d4.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- MORAES, Fernanda Rosalinski. Simpósio multidisciplinar sobre relações harmônicas entre seres humanos e animais – SIMHHANIMAL. Uberlândia, 2019. Disponível em: http://www.eventos.ufu.br/sites/eventos.ufu.br/files/documentos/anais_simhhanimal_2019.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.
- OLIVEIRA FILHO, Ari Alves de. *Responsabilidade civil em face dos danos ambientais*. Rio de Janeiro: Forense. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2014/08/MAUS-TRATOS-CONTRA-ANIMAIS.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução: Marly Winck, Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- STANELLI, Lúcia Cristiane Juliato. *Experimentação animal: considerações éticas, científicas e jurídicas*. São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/novembro2011/biologia_artigos/9experimentacao_animal.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.
- TRÉZ, Thales. *Entendendo a Experimentação animal*. Instituto de Ciência e tecnologia Universidade Federal de Alfenas. Minas Gerais. 2013. Disponível em: <https://issuu.com/probem/docs/entendendo-experimentacao-animal>. Acesso em: 2 out. 2019.
- VICENTE, Alexandre Meloni; COSTA, Maria Conceição da. *Experimentação animal e seus limites: core set e participação pública*. Campinas, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.scieilo.br/pdf/physis/v24n3/0103-7331-physis-24-03-00831.pdf>. Acesso em: 3 out. 2019.
- ZIMMER, Carl. *A beira d'água: a macroevolução e a transformação da vida*. Ed. Jorge Zahar. 1999. p. 166.



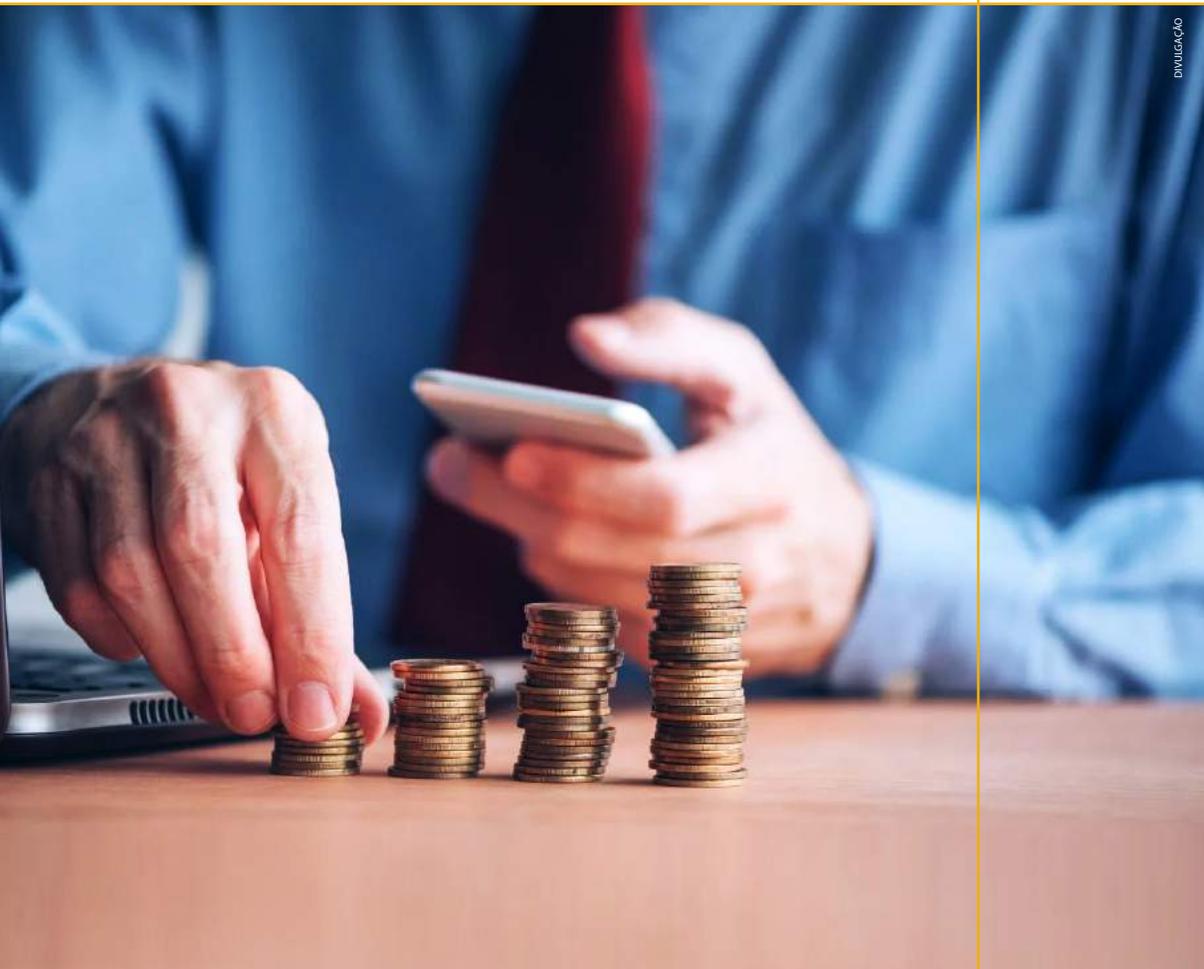
ARQUIVO PESSOAL

CRISTIANE FELDMANN DUTRA é Doutoranda em Educação na Universidade Unilasalle. Mestre em Direito na Laureate International Universities – UNIRITTER. Pós-graduada em Direito e Processo Civil. IMED. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. IDC. Professora da Graduação em Direito da Faculdade CESUCA-RS.



ARQUIVO PESSOAL

EMELINE KUNZ PEREIRA é Bacharel em direito na faculdade INEDI CESUCA.



As vacas gordas e as vacas magras

POR LETICIA CAMARGO

“O planejamento financeiro é democrático! Ele não depende de classe social ou idade. Só depende de você querer. Você pode começar a mudar a sua realidade financeira a hora que quiser.”

Todos temos altos e baixos em nossas vidas. Há momentos em que está tudo bem e momentos em que as coisas não vão tão bem assim. Do ponto de vista financeiro, não é diferente: há épocas de vacas gordas, com muita abundância financeira, dinheiro sobrando, e períodos de vacas magras, com recursos escassos e necessidade latente de mudanças.

Embora esse seja o ritmo natural da vida, muita gente não se planeja para isso. Algumas pessoas simplesmente não se preparam enquanto estão no período de bonança. Sem nenhum controle, algumas famílias acabam gastando tudo sem se preocupar com o futuro, ou sobre o singelo argumento de que “não dá”, “não sobra nada”... Esse tipo de coisa nos faz lembrar daquela velha máxima que diz: o dinheiro que vem fácil, acaba indo fácil também.

Como nem tudo são flores, uma hora vem o período das vacas magras (vale lembrar que isso é natural), e elas resolvem correr atrás do prejuízo. Mas aí a coisa já não fica tão fácil... E essas pessoas acabam sofrendo as consequências da falta de planejamento.

O ideal seria se planejar enquanto está tudo correndo bem, quando o dinheiro está entrando fácil. Dessa forma, quando as coisas estiverem mais difíceis, a reserva e o planejamento serão mais do que suficientes para ultrapassar esses momentos de aperto sem tanto estresse, sem dívidas e sem colocar em risco a qualidade de vida de toda a família.

Que bom seria se todos pensassem assim e se planejassem!

Mas, a boa notícia é que sempre é tempo de começar a cuidar das finanças e procurar fazer uma reserva para as emergências. Não é fácil ter a disciplina e o comprometimento para mudar, mas trata-se de uma questão de hábito. O começo tende a ser um pouco mais difícil, mas depois tudo começa a acontecer naturalmente.

Tenha um olhar diferente sobre o seu dinheiro e dedique algum tempo do seu mês para cuidar dele. Lembre-se de que para quase tudo o que fazemos, precisamos de recursos. Até para ir à praia, que parece ser um programa gratuito, dependemos de recursos para chegar lá....

Quando as pessoas começam a ter um olhar cuidadoso a respeito de suas finanças, percebem que muitas vezes gastam seus recursos naquilo que não é importante, deixando de fazer o que realmente vale a pena em suas vidas. Sonhos fascinantes e memoráveis acabam cedendo espaço para os prazeres imediatos proporcionados pelo consumo inconsciente.

O planejamento financeiro é democrático! Ele não depende de classe social ou idade. Só depende de você querer. Você pode começar a mudar a sua realidade financeira a hora que quiser e, de preferência, o quanto antes.

E você? Como vem cuidando de suas finanças? Já tinha pensado nas vacas gordas e nas vacas magras? 



LETÍCIA CAMARGO é Planejadora Financeira.

Coringa

POR ALCILEI DA SILVA RAMOS



“O que precisamos é perceber as atuais falhas do sistema e buscar meios seguros de lidar com todo e qualquer tipo de distúrbio mental que gere impunibilidade.”

SINOPSE DO FILME

O filme é adaptado nos anos 1980 e salienta a fictícia cidade de Gotham, estremecida pela desigualdade social. Dependente de remédios para controlar uma doença neurológica, o personagem recorre ao serviço de saúde pública, que tempos depois suspende o fornecimento de seus remédios.

Sentindo-se ignorado pelas políticas públicas e pela sociedade, Fleck começa a desencadear surtos de loucura vindo a se transformar no criminoso conhecido como Coringa.

CENÁRIO FÁTICO

Recentemente indicado a 11 categorias na premiação mais importante do cinema, Coringa, fenômeno de bilheteria, tem atraído a cada dia que passa mais e mais espectadores às salas de cinema por aí.

Tida como subversiva, a obra tem despertado diversas interpretações quanto à sanidade de Arthur Fleck, o comediante fracassado que se transmuta em Coringa.

Em tempos de debates sobre a saúde mental, o Brasil vive um importante período. Há anos, inclusive, a reforma psiquiátrica preconiza a humanização e a restauração da cidadania do paciente com transtorno mental.

Contudo, o foco a ser tratado nesse artigo girará em torno das consequências penais hoje estabelecidas em relação a quem, com transtornos mentais, comete algum ilícito penal.

CENÁRIO JURÍDICO

Retirando do filme a ficção que lhe envolve e o direcionando para nossa realidade diária, como que uma pessoa com sérios transtornos mentais e que pratica ilícitos penais são tratados em nosso sistema penal brasileiro?

Bem, há muito tempo, por conta da complexidade da matéria e pela sua multidisciplinaridade (medicina, antropologia e direito), o doente mental criminoso vem sendo objeto de estudo.

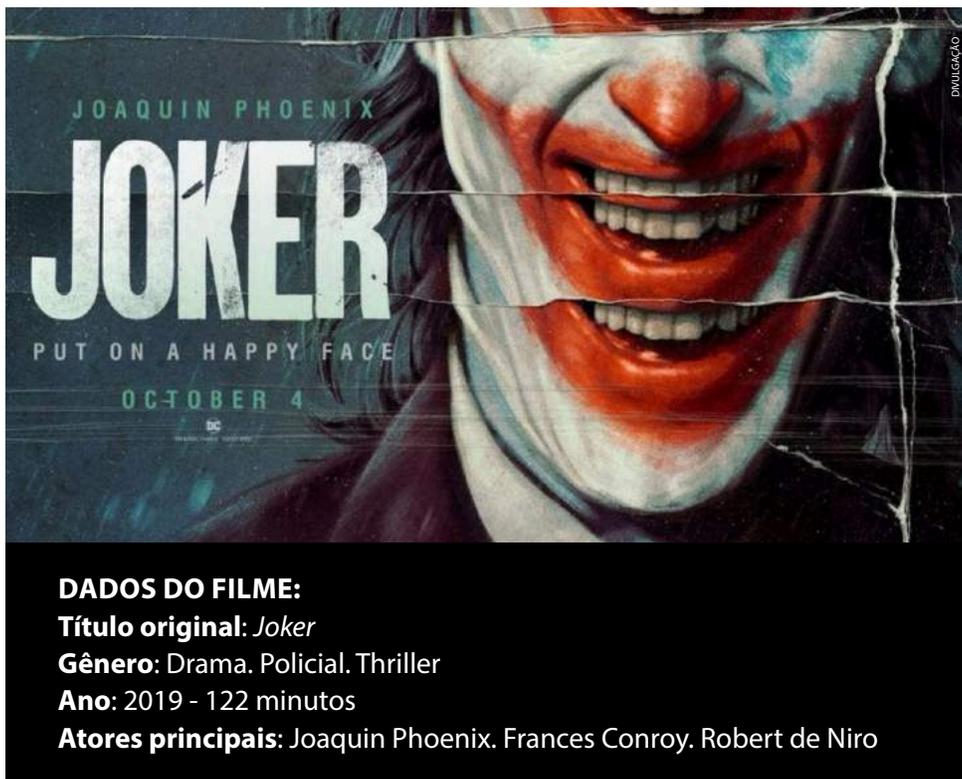
Contextualizando conforme nosso ordenamento jurídico, quando ao tempo da infração penal, o agente não possuía discernimento necessário para compreender a proibição imposta e a consequência de seus atos, o chamamos de inimputável.

Esse fenômeno, em tese, exclui a responsabilidade desse agente sobre o resultado do dano advindo de seu comportamento.

Para nós (ordenamento jurídico brasileiro), que adotamos a teoria finalista do crime, consideramos a inimputabilidade penal por doença mental causa de exclusão de culpabilidade (um dos elementos que compõem aquela teoria).

Isso significa que sendo a culpabilidade um juízo de reprovação, o sujeito só pode ser responsabilizado pela prática de um fato ilícito quando capaz de compreender que seu ato é contra a norma penal.

O agente precisa ser capaz de compreender essa ilicitude e agir de acordo com esse entendimento e isso só ocorrerá quando ele tiver estrutura psíquica suficiente para querer e entender o caráter ilícito de algum fato.

**DADOS DO FILME:****Título original:** *Joker***Gênero:** Drama. Policial. Thriller**Ano:** 2019 - 122 minutos**Atores principais:** Joaquin Phoenix. Frances Conroy. Robert de Niro

O sistema de aferição de inimizabilidade adotado como regra pelo nosso ordenamento jurídico é critério biopsicológico, o qual combina dois outros sistemas, quais sejam, o sistema biológico e o psicológico.

O primeiro considera apenas o desenvolvimento mental do agente, independente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação. Ou seja, basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

O segundo considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental. Isto é, não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

O critério adotado por nós, então, o biopsicológico, combina os dois acima e entende que será inimputável aquele que em razão de causa prevista em lei (doença mental), tenha completa incapacidade de entendimento do caráter ilícito, bem como de determinar-se de acordo com esse entendimento.

E assim sendo, são requisitos para que o agente seja considerado inimputável - (a) causal: que são as causas previstas em lei, que consideram a existência da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; (b) cronológico: que se refere à condição do agente ao tempo da ação ou omissão da infração e (c) consequencial: que é a perda total do entendimento ou da capacidade do querer.

Ok, reconhecida a prática da infração penal e comprovada a anomalia psíquica, o que fazer com os “coringas” da vida? Bem, de acordo com o nosso sistema, o agente deverá ser submetido a medida de segurança, que é uma modalidade de sanção penal, imposta com finalidade preventiva e curativa, destinada a tratar o indivíduo e evitar futuras infrações penais.

No processo, o agente tem a infração penal reconhecida judicialmente, mas a pretensão punitiva não é acolhida (sentença absolutória imprópria).

Nosso sistema apresenta duas espécies de medida de segurança, a detentiva que é aquela destinada a crimes punidos com reclusão onde o agente é submetido a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou qualquer outro estabelecimento adequado e a restritiva que é aquela destinada aos crimes punidos com a pena de detenção onde o agente fica sujeito a tratamento ambulatorial, comparecimento periódico ao médico para acompanhamento.

E por quanto tempo o sujeito fica submetido a essa medida de segurança? Bem, levando em consideração a letra fria da lei, consta lá estipulado que a internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado. Isso, óbvio, gerou discussões acaloradas sobre a constitucionalidade ou não desse dispositivo, vez que a Constituição Federal veda a pena de prisão perpétua.

Só a título de curiosidade, esse entendimento foi adotado pela juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani que classificou a prisão de Francisco da Costa Rocha, o “Chico Picadinho” como absolutamente ilegal, já que se dava devido a uma interdição civil e excedia os 30 anos previstos pela Lei.

Em maio de 2017, o desembargador Ricardo Dip, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu que é do juiz da Vara da Família, Jorge Passos Rodrigues a prerrogativa de apreciar eventuais medidas urgentes do caso.

Foi Rodrigues que, contrariando decisão da Vara de Execuções Criminais (VEC), decidiu pela manutenção da custódia. De acordo com o juiz, Chico Picadinho, hoje com 75 anos, está cumprindo pena com finalidade médica, já que na década de 1970 em um laudo médico ele foi apontado como personalidade sádica e psicopática.

Na decisão, o magistrado afirma que a Casa de Custódia é o “*melhor local para albergar civilmente Francisco, com registro que está adaptado à rotina diária, à disciplina, recebe tempestiva e eficazmente a medicação psiquiátrica*”. A decisão de Jorge Passos Rodrigues foi avaliada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, para onde foi levado o conflito de jurisdição, e reafirmada cautelarmente. Chico Picadinho continua preso enquanto isso.

Para colocar um ponto final nessas discussões e decisões divergentes, O STJ editou a súmula 527, que dispõe que “*o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado*”.

A conclusão do Superior Tribunal de Justiça é baseada nos princípios da isonomia e proporcionalidade (proibição do excesso), não se podendo tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, concordo com os princípios ora aventados. Mas, na prática, como a sociedade fica? Como lidar com indivíduos como o Pedrinho Matador, que assume ser um psicopata, que não sente remorso e que ainda tem vontade de matar? Como a sociedade fica sabendo que ele está à solta e sem monitoramento? Isso, um tratamento específico a esses indivíduos que mais cedo, mais tarde, sairão da cadeia, ainda não foi pensado juridicamente.

Logo, o que precisamos é perceber as atuais falhas do sistema e buscar meios seguros de lidar com todo e qualquer tipo de distúrbio mental que gere inimputabilidade. 📌



ALCILEI DA SILVA RAMOS é Analista Jurídica da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina – Advogada graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil de Porto Velho – ILES ULBRA – Pós-graduada em Direito Civil e seus instrumento de tutela pela Rede de Ensino LFG (Universidade Anhanguera /SP) – Articulista.



Escritórios de Advocacia

Onde Investir em 2020

POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“Escritórios devem ter em mente que são empresas prestadoras de serviços, num mercado extremamente competitivo e os clientes estão se tornando consumidores. Nesse ambiente, a palavra fidelidade depende de se continuar satisfazendo-os e se possível surpreendendo-os sempre com novidades que os deixem felizes.”

Vamos partir da fórmula transformadora, que todo e qualquer escritório deve adotar para atingir maior eficiência, produtividade e principalmente competitividade: “(E+G) x (IT³ +Q)” onde: E é Estratégia, G é Governança, I é Informação, T³ é o trinômio Tecnologia, Talento, Trabalho e tudo isso somado à Q, a Qualidade.

Todos os componentes são sensíveis a investimentos, mas três deles são particularmente mais impactados pela política de investimento que a empresa adota (notem que novamente utilizo a palavra empresa, pois é isso que escritórios de advocacia são). São eles: Tecnologia, Talentos e Qualidade!

Tecnologia: O padrão americano de investimento em tecnologia (pois são eles que mais investem em tecnologia no Direito), entendendo-se aqui o termo investimento erroneamente como todos os custos e despesas direcionadas à tecnologia, ou seja, licenças de softwares,

manutenções, atualizações, desenvolvimentos, hardware, links e equipe interna e terceirizadas, gira em torno de 3% a 7% do faturamento bruto.

Para que um escritório se mantenha competitivo no mercado, deve investir pesadamente em sistemas de automação de documentos, sistemas de seleção, arquivamento, indexação e busca inteligente de informações (também chamado de Knowledge Management), Analytics (BI e predição), colaboração interna e com clientes e tudo mais que a tecnologia pode oferecer na atualidade (IA, Algoritmos, Machine Learning etc.) para melhorar a eficiência e produtividade.

Talentos: Partindo-se dos seguintes princípios (que infelizmente alguns escritórios ainda não se deram conta): (i) “O patrimônio de todo escritório de advocacia desce o elevador todos os dias e vai para casa e (ii) Empresas prestadoras de serviços intelectuais “vendem tempo de cérebro” de seus profissionais, essas empresas são 100% formadas por pessoas e trabalhando 100% para pessoas e por esses motivos a atenção ao fator humano é fundamental.

A empresa americana Caliper, especializada em traçar perfil psicológico de profissionais publicou, há algum tempo, uma estatística preocupante onde mostra que apenas 7% a 12% dos advogados e sócios de escritórios tem o atributo da sociabilidade desenvolvido. Entenda-se aqui o termo como a capacidade de desenvolver uma relação de empatia com clientes e colaboradores e isso mostra claramente a dificuldade que estas empresas podem encontrar neste quesito.

A preocupação, a atualização, os investimentos (não somente financeiros) constantes nas políticas de atração, motivação e retenção de talentos são fundamentais para a saúde e perenidade dessas empresas.

Qualidade: Este é outro ponto de extrema importância e que tem se alterado ao longo dos últimos anos. Tradicionalmente, o grande diferencial entre escritórios sempre foi a capacidade e qualidade técnica (obviamente jurídica) de seus sócios e colaboradores o que, em parte, justificou a grande onda de terceirização de serviços jurídicos ocorrida no Brasil entre as décadas 1990 e 2000.

A abertura do mercado brasileiro possibilitou o crescimento explosivo do mercado jurídico criando uma massa concorrente, competitiva e mais preparada. Esse fenômeno associado às mudanças tecnológicas, crise econômica, novos players (ALSP's) e principalmente à ascensão das novas gerações (gerações Y e Z), transformaram a forma como é percebida a qualidade nas agora chamadas empresas prestadoras de serviços jurídicos.

Investimento em sistemas de controle de qualidade na prestação dos serviços devem ser largamente aplicados/ultrizados com a adoção de KPI's específicos para avaliar, por exemplo, tempos de resposta, satisfação do cliente, além da adoção de sistemas (não só tecnológicos) que garantam acesso fácil e intuitivo pelos clientes às suas informações. Esses são apenas alguns exemplos de como alterar a percepção de qualidade pelo cliente, além da obrigatória qualidade técnica.

Escritórios devem ter em mente que são empresas prestadoras de serviços, num mercado extremamente competitivo e os clientes estão se tornando consumidores. Nesse ambiente, a palavra fidelidade depende de se continuar satisfazendo-os e se possível surpreendendo-os sempre com novidades que os deixem felizes. 📌



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, palestrante internacional, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, já editado em 3 idiomas, sócio e fundador da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 30 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

Ensino básico precisa, sim, de psicólogos e assistentes sociais

POR IARA GRANDINO

“A presença do psicólogo e de assistentes sociais nas escolas públicas será importante para o desenvolvimento de projetos que contribuam para resolver os desafios e dificuldades nas instituições de ensino.”

O Diário Oficial da União publicou dia 12 de dezembro último a Lei nº 13.935/2019, sancionada pelo presidente da República após a aprovação pelo Congresso Nacional. A nova lei prevê a obrigatoriedade de as redes públicas de educação básica contarem com serviços de psicologia e de serviço social para atender às necessidades e prioridades definidas pelas Políticas de Educação, por meio de equipes multiprofissionais. Agora, os sistemas públicos de ensino básico terão até 12 de dezembro de 2020 para se adequar à nova lei. Trata-se de um tempo bastante razoável para trabalhar em prol dos estudantes.

O fato é que nos meus 35 anos de atuação como professora, sendo 32 na rede pública, presenciei vários casos que poderiam ter sido solucionados caso houvesse algum profissional de análise comportamental nas escolas. Existem casos, por exemplo, em que as crianças sofrem *bullying*, mas o professor não percebe a gravidade da situação, achando que é simples desinteresse do aluno em relação às aulas.

Em relação aos problemas dos alunos, o apoio de profissionais especializados em análises comportamentais e do cenário que envolve determinadas situações nas escolas pode trazer melhores condições para definir uma ação assertiva tanto dos pedagogos como dos gestores de educação. Ao contrário do que muitos imaginam, não se trata de uma análise individual sobre cada aluno. O trabalho desses profissionais permite uma visão ampla sobre a causa e o efeito, em relação ao que gerou determinado problema.

Ao fazer parte do convívio escolar, o psicólogo realiza trabalhos junto à comunidade, família e escola, com o objetivo de perceber o

que tem de fragilidade no cenário, para, assim, desenvolver uma ação de acordo com a necessidade específica do aluno.

Numa escola em que trabalhei, na cidade de São Paulo, tinha um aluno que vivia chutando a porta para sair da sala de aula. Ele também mordida seus colegas de classe frequentemente. Diante dessa situação, resolvemos conversar com o garoto para entender o que ocorria e, no bate-papo, ele disse: “Você vai me deixar fechado em algum lugar? Vai chamar a polícia?”.

Com muita conversa e paciência, descobrimos que na escola anterior os responsáveis o trancavam numa sala escura quando fazia algo errado. Além disso, o menino apanhava do pai constantemente. Se na época houvesse um psicólogo naquela escola, este avaliaria o contexto e, com certeza, o aluno não passaria por aquela situação; além disso, a equipe educacional agiria de maneira menos traumática.

Além do apoio aos alunos, outro aspecto do trabalho do psicólogo numa escola diz respeito à barreira comportamental entre os próprios docentes. Muitos professores, por exemplo, tratam os problemas da sala de aula como se fossem apenas dos alunos – o que é incorreto. O pedagogo precisa perceber o seu envolvimento direto no que está ocorrendo com o aluno e que, algumas vezes, ele pode ser o responsável pela situação. Na grande maioria das vezes, obter essa percepção de análise só é possível com um auxílio profissional.

Problemas de aprendizado, desatenção, ausência da sala de aula e alteração de comportamento não ocorrem unicamente por causa da própria criança. Existe um cenário que também envolve a maneira como o docente lida com determinadas situações, como é o caso da rotina da vida fora dos muros das instituições de ensino.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) 2017, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dos 10,3 milhões de alunos no País, a rede municipal tem uma participação de 67,8% no total de matrículas dos anos iniciais e concentra 83,5% dos alunos da rede pública. No dia a dia, os professores dessas escolas públicas convivem com crianças que levam para as instituições suas fragilidades e problemas de casa, gerados pelo contexto familiar.

A presença do psicólogo e de assistentes sociais nas escolas públicas será importante para o desenvolvimento de projetos que contribuam para resolver os desafios e dificuldades nas instituições de ensino. Tais profissionais poderão avaliar com mais clareza e, principalmente, aprofundamento técnico, as situações. Eles atenderão estudantes, professores e diretores das escolas públicas com o único objetivo de buscar melhorias no processo de aprendizagem e das relações entre alunos, professores e a comunidade escolar.

Muitos dos problemas do ensino público nacional não estão relacionados apenas ao conteúdo didático – envolvem igualmente a vida dos alunos em seus mais variados aspectos. E para avaliar corretamente a melhor tomada de decisão, o psicólogo e o assistente social são profissionais que poderão trazer as soluções mais adequadas.

Afinal, precisamos de todas as ferramentas disponíveis para melhorar a educação brasileira, o aprendizado e o futuro dos nossos alunos. 📌



IARA GRANDINO é coordenadora educacional da Universidade Brasil, é mestre em Linguística. É formada em Pedagogia, Letras (Português e Inglês) e Psicopedagogia.

Resenha



“Os méritos do livro estão exatamente naquilo que o próprio título da obra estabelece, ou seja, tratar de diferentes aspectos da empresa familiar, todos relevantes e extremamente vitais para todos aqueles que militam na área ou que de alguma forma possuem relacionamento com este tipo de empresa.”

PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013. 301p.

POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

Pontual, investigativo e universal a edição deste livro organizado por Roberta Nioac Prado, especialmente no tocante ao formato e pela amplitude do trabalho e artigos (teóricos e práticos) desenvolvidos pelos autores integrantes do Grupo de Estudos de Empresas Familiares (GEEF) da escola de Direito GV (GV Law). O trabalho apresenta diferentes abordagens, visões, teorias, conceitos e debates relevantes dentro das disciplinas de Direito, Psicologia, Economia e áreas correlatas. Os autores, de forma muito bem organizada, lograram mérito de percorrer e dialogar com as diversas experiências e correntes da disciplina, com grau de isonomia e imparcialidade. Não obstante, a estrutura da obra interage com o leitor de forma a estabelecer conclusões pontuais ao final de cada capítulo, apontando pontos-chave, questões para discussões e reflexões sobre a temática da empresa familiar.

O trabalho é resultante de discussões e encontros de integrantes do Grupo de Estudos de Empresas Familiares (GEEF) da escola de Direito GV (GV Law), que congrega profissionais de diversas áreas, desde governança corporativa até psicologia, sempre envolvendo o estudo da empresa familiar e o conseqüente e necessário planejamento patrimonial e sucessório das famílias envolvidas em empreendimentos. O grupo de estudos foi iniciado em 2009 e desde então tem como escopo fomentar discussões interdisciplinares, teóricas e práticas, sobre a sucessão em empresas familiares.

O livro está dividido em 4 grandes partes. A primeira delas trata de um conjunto de entrevistas conduzidas pela organizadora Roberta Nioac Prado com diversas personalidades, sempre baseadas em um mesmo roteiro de perguntas e orientações propostas previamente. A segunda parte trata das empresas familiares propriamente ditas, sob a ótica interdisciplinar dos diversos autores que colaboraram com a obra. A terceira parte percorre o tema da governança familiar, também desenvolvido por autores integrantes do GEEF. A quarta e última parte é dedicada ao estudo e análise de 2 casos práticos.

A primeira parte, escrita por Roberta Nioac Prado, e subdividida em 3 capítulos. No primeiro, apresenta a metodologia que utilizou para realizar entrevistas com renomados profissionais e especialistas de áreas relacionadas à gestão, governança e assessoria às empresas familiares. Tratou de problemas que devem ser equacionados em uma empresa familiar e em uma família empresária, e dos problemas relacionados a estes temas – dificuldade para equacionar os problemas e acomodar interesses –, tratando de temas como governança familiar e psicologia, governança corporativa, planejamento jurídico sucessória e a relação entre os profissionais e assessores e os clientes. O segundo capítulo desta parte é dedicado à análise das soluções mais efetivas para a questão de empresa familiar e família empresária, considerando casos concretos, utilizando a mesma sistemática de temas – governança

familiar e psicologia, governança corporativa, planejamento jurídico sucessório e a relação entre os profissionais e assessores e os clientes. Um ponto muito relevante levantado por Roberta Prado nesta parte relaciona-se ao planejamento em si, que segundo ela qualquer planejamento sucessório “deve ser revisto periodicamente, sempre que houver um fato novo na família que possa afetar o controle ou a gestão da empresa, ou a cada período de tempo preestabelecido, por exemplo, a cada três anos.”¹ O terceiro e último capítulo desta primeira parte é direcionado para a avaliação geral dos procedentes e estudos considerados nos capítulos anteriores, apontando, então, sugestões e possíveis passos para o estudo e a compreensão das empresas familiares. Dentre as diversas soluções, destacamos uma que sempre requer bastante discussão e reflexão, tanto por parte da família, quanto dos profissionais que estão dando suporte ao planejamento jurídico sucessório. Segundo Roberta Prado todos devem avaliar e “estudar consensos de metodologias possíveis para a avaliação de empresas nos diferentes casos de saída (falecimento, divórcio, recesso, exclusão, saída voluntária), bem como formas possíveis de reavaliações periódicas mantendo-se um padrão de avaliação da empresa em funcionamento e em liquidação etc.”²

A segunda parte da obra, e de maior número de trabalhos dos colaboradores, e também de maior variedade de abordagens e temas. Os autores desta parte são todos integrantes do Grupo de Estudos de Empresas Familiares (GEEF) da escola de Direito GV (GV Law).

Inicia esta segunda parte da obra com um capítulo da psicóloga Célia Brandão, que avalia e estuda, sob a ótica da psicologia, a sucessão familiar e as identidades pessoais e relações de poder entre familiares (homens e mulheres). Percorre o estudo da crise da identidade na pós-modernidade, avaliando a transformação social no seio da entidade familiar, confrontando temas de identidade, amor e poder, sempre com uma efetiva interface com a psicologia. Segundo Célia, “a psicologia das relações familiares põe em foco a interação entre o sujeito e sua rede de relações, que tende cada vez mais a se horizontalizar no que se refere ao exercício da autoridade na família. É cada vez maior a participação dos filhos nos processos de negociação.” Aponta, também, que “o foco da psicologia e mediação familiar passa a ser a garantia de identidade dos sujeitos em meio à multiplicidade de opções, levando em conta as diferenças e o potencial individual de desenvolvimento.”³ Termina o artigo avaliando, conforme os tópicos anteriores abordados, a questão do conflito de poder na sucessão familiar.

O segundo capítulo desta parte do trabalho é da advogada Karime Costalunga, e trata da transmissão patrimonial nas empresas familiares, especialmente sob a ótica dos pactos antenupciais. A autora avalia desde a perspectiva histórica da evolução do Direito de Família e das relações de sucessão, até a atual regulação da matéria fixada no Código Civil brasileiro vigente, especialmente o Livro do Direito de Família. A autora desenvolve seu texto de maneira a percorrer a atual regulação do tema e verificar questões polêmicas, especialmente uma, cujo estudo motiva a parte final do artigo. Segundo Karime, as últimas alterações no Direito de Família acabaram por criar situações possivelmente problemáticas, ou que dificultem uma melhor estruturação do planejamento jurídico sucessório. Especialmente quanto à unidade sistemática do Livro do Direito de Família, Karime alerta que as últimas alterações acabaram “por propiciar a inclusão no rol dos herdeiros necessários daqueles matrimoniados pelo regime da separação total de bens, sem distinguir



“O livro aprofunda a avaliação de diversos aspectos da governança na empresa familiar e sua aplicação e contribuição para um melhor desenvolvimento do planejamento patrimonial sucessório.”

entre os que escolheram voluntariamente essa via e aqueles que casaram com separação total por imposição legal.”⁴ Após avaliar os problemas causados por tal confusão legislativa, especialmente quanto à possibilidade de alteração da real vontade dos matrimônios à época de sua instituição, em função da morte de um dos cônjuges e abertura de sucessão, Karime recomenda aos profissionais que atuam no suporte e assessoria à empresa familiar e à família empresária que encontrem, “no próprio organismo familiar e empresarial, alternativas para a transmissão patrimonial que não comprometam a vontade das partes.”⁵

Segue esta parte do livro com o terceiro capítulo, de autoria das advogadas Maria Fernanda Vaiano S. Chammass e Renata Silva Ferrara, tratando do planejamento familiar e sucessório no contexto da sucessão entre companheiros. Alertando para a importância do planejamento familiar e sucessório, as autoras adentram no estudo, de forma comparativa, das regras de sucessão no casamento e na união estável. Analisa, também e especialmente, a questão dos bens adquiridos onerosamente e sua regulação segundo o Código Civil vigente frente aos diversos regimes de bens (especialmente o da comunhão parcial) e da união estável. Cumpridos estes marcos, as autoras trazem ao trabalho pesquisa jurisprudencial e avaliam a mesma frente aos problemas verificados em questões de sucessão no casamento e na união estável. Finalizam com um importante alerta apontando que “a inconsistência da jurisprudência e a insuficiência da legislação recomendam, mais e mais, que as famílias empresárias busquem estabelecer regras para seu núcleo, de modo a minimizar, tanto quanto possível, a incerteza que o tratamento da matéria desperta.”⁶

O quarto capítulo desta parte é da advogada Juliana G. Meyer Gottardi, focado especificamente em contratações empresariais, visa oferecer uma visão comparativa e descritiva dos instrumentos jurídicos abordados, que considera serem frequentemente utilizados em contextos empresariais familiares. Trata especificamente da sociedade em conta de participação – SCP –, *joint venture*, e da sociedade de propósito específico – SPE.

O advogado Marcos Puglisi Assumpção assina o quinto capítulo desta parte, que trata de dissolução parcial de sociedades e da dissolução da relação social limitada a um sócio. O capítulo é extremamente didático e com diversos esquemas e quadros-resumo, nos quais o autor sintetiza o estudo imediatamente feito. Após introduzir o tema, Marcos traça considerações gerais sobre as sociedades no direito brasileiro e sobre dissolução das sociedades, ingressando diretamente no tema da dissolução parcial e suas mais variadas formas e manifestações. Neste sentido, trata da dissolução parcial por *causa mortis*, pelo exercício do direito de retirada, pela exclusão de sócio, pela liquidação da quota a pedido de credor particular de sócio e por renúncia de sócio. O capítulo ainda trata do importante tema da apuração de haveres, relacionando três formas de pagamento dos mesmos, a saber: forma estabelecida em contrato, modo convencionado pelas partes e por determinação decorrente de sentença (diferenciando-se os dois primeiros, pois no segundo caso, trata-se de omissão do contrato social). Por fim, Marcos em suas conclusões aponta a forma e o direito de que o sócio tem de desligar-se da sociedade, a depender do intuito societário, distinguindo os procedimentos para sociedades onde impera o *intuitu personae* e das que impera o *intuitu pecuniae*.

O último capítulo da segunda parte é de autoria de Ana Paula Cestari, que avalia os instrumentos de planejamento patrimonial e sucessório, especialmente fundações e outros instrumentos jurídicos decorrentes do exterior. Ao avaliar tais opções, a autora pondera que não existe uma resposta objetiva e determinada sobre quais seriam os melhores instrumentos, pois primeiramente dependem do arbítrio individual, e também dependem do desencadeamento de ações e planos que cada planejamento pode exigir e causar. Assim, com relação aos investimentos no exterior, a autora avalia os instrumentos de investimento existentes e comuns, dividindo-os em “planejamento com diferimento de pagamento de tributos” (fundos de investimento e empresas no exterior) e “amplo planejamento sucessório” (fundações e trusts). Dedicou um tópico para avaliar a utilização, na sucessão, de instrumentos de direito estrangeiro para famílias com patrimônio no exterior, até chegar à avaliação específica de dois institutos, a fundação e o trust, percorrendo seus aspectos gerais, vantagens e desvantagens, assim como a utilização dos institutos para fins de planejamento jurídico sucessório. Concluiu apontando que tem sido verificada uma maior utilização do trust para este objetivo, em função da Convenção de Haia determinar que a lei aplicável ao trust é aquela escolhida pelo instituidor, mas indica que “essas pessoas podem ser afetadas por vários sistemas jurídicos vigentes em tais países e têm a necessidade de encontrar uma solução que atenda a seus interesses locais e internacionais”. Alerta que para países com legislação civil como o Brasil, “para indivíduos e as famílias brasileiras, pode ainda ser mais confortável a utilização das fundações no exterior, em função de estas serem instituições que têm personalidade jurídica e regulamentação civil, com conceitos parecidos com os da regulamentação brasileira.”⁷

Concluída a segunda parte, a obra apresenta dois estudos de casos práticos na terceira parte, subdividindo-se assim em dois capítulos. O primeiro é de autoria

de Amadeo Papa e estuda a história, os acontecimentos e os problemas verificados pelo Grupo Lavra e sua família empresária, desde sua fundação na década de 40, passando pela expansão, apogeu, estagnação e abertura do mercado brasileiro na década de 90, até os eventos que causaram o colapso do Grupo. O segundo capítulo, do consultor Telmo Schoeler avaliar o caso de *turnaround* da empresa Excelsior Alimentos S/A, uma empresa familiar de origem da região sul do Brasil. Neste capítulo é apresentada a história do Grupo, assim como a estrutura familiar relacionada, e são apresentados os casos, divergências e potenciais soluções apresentadas durante o curso de suas atividades, mas que nunca conseguiram ser implementadas. Desenvolve a forma como foi proposta a solução de *turnaround* da empresa, seu equacionamento e objetivos familiares e sucessórios, até a implementação da mesma, extraíndo, ao final, conclusões e ensinamentos do projeto, que acabou por se mostrar viável e um caso de sucesso.

Por fim, os méritos do livro estão exatamente naquilo que o próprio título da obra estabelece, ou seja, tratar de diferentes aspectos da empresa familiar, todos relevantes e extremamente vitais para todos aqueles que militam na área ou que de alguma forma possuem relacionamento com este tipo de empresa, seja como sócio, como familiar, como consultor, como mediador, como psicólogo ou mero observador. O livro aprofunda a avaliação de diversos aspectos da governança na empresa familiar e sua aplicação e contribuição para um melhor desenvolvimento do planejamento patrimonial sucessório. 

NOTAS

- 1 PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.
- 2 PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.
- 3 BRANDÃO, Célia. *Sucessão Familiar. Identidade e Poder nas Relações Homem e Mulher. Interfaces com a Psicologia da Família Empresária*. IN PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 84 e 85.
- 4 COSTALUNGA, Karime. *A Transmissão Patrimonial nas Empresas Familiares: uma Análise sob a ótica dos Pactos Antenupciais*. IN PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102 e 103.
- 5 COSTALUNGA, Karime. *op. cit.*, p. 107
- 6 CHAMMAS, Maria Fernanda Vaiano S. e FERRARA, Renata Silva. *Planejamento Familiar e Sucessório no Contexto da Sucessão entre os Companheiros*. IN PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102 e 103.
- 7 CESTARI, Ana Paula. *Instrumentos de Planejamento Patrimonial e Sucessório: Fundações e outros Instrumentos Jurídicos no Exterior*. IN PRADO, Roberta Nioac. *Aspectos Relevantes da Empresa Familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. Organizadora Roberta Nioac Prado; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.



ARQUIVO PESSOA

LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.



Novas nomenclaturas, práticas antigas

POR TAMMY FORTUNATO

“A sororidade é um dos grandes alicerces do feminismo que busca a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não somente na lei, mas na sociedade de um modo geral.”

A violência contra a mulher, cometida por homens, tem sido bastante combatida nos últimos anos e, principalmente, após a aplicação da Lei do Feminicídio¹, nos casos em que mulheres são assassinadas por essa razão.

Violências são cometidas em vários ambientes, não somente no doméstico, mas no dia a dia. Nossa sociedade é machista, e ainda tem a visão da soberania do masculino sobre o feminino, embora a Constituição Federal², em seu art. 5º, traga a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

O movimento feminista teve grande importância na conquista das mulheres pela igualdade de direitos e obrigações, mas ainda há muito o que ser conquistado, e nesse diapasão, menciona-se a mudança cultural e da sociedade em que vivemos.

Mulheres lutam diuturnamente pelo fim do machismo, e mais do que tudo, lutam pelo fim da violência a que são submetidas a cada segundo e, infelizmente, não se menciona uma metáfora, mas uma triste realidade.

Novas nomenclaturas surgem para antigas práticas de violência psicológica, moral e sexual contra as mulheres, dentre elas: *mansplaining*, *maninterrupting*, *bropropriating*, *gaslighting*, *cyberstalking*, *revenge porn*.

Mansplaining, ou a explicação do homem, acontece quando um homem explica coisas óbvias a uma mulher, menosprezando sua inteligência.

Maninterrupting, ocorre todas às vezes em que uma mulher é interrompida desnecessariamente por um homem, durante a sua fala, para que perca ou tenha seu raciocínio prejudicado.

Bropropriating, ocorre quando uma mulher tem suas ideias e projetos apropriados por um homem, e pode ser percebido quando uma mulher expõe suas ideias, conhecimentos e projetos, que são ignorados por homens, até que outro diga exatamente a mesma coisa, e colha os aplausos.

Gaslighting, é um tipo de violência praticado contra as mulheres quando se quer fazer uma manipulação psicológica, fazendo com que a mulher não acredite em si própria.

Cyberstalking, é uma caçada virtual, ambiente no qual a mulher é perseguida, cujo perigo é que ela pode se tornar real, sofre violenta pressão psicológica e moral.

Revenge porn, também conhecida como pornografia da vingança, é o compartilhamento virtual de fotos e vídeos íntimos, sem a autorização da mulher.

No entanto, pouco se fala na violência praticada por mulheres, contra mulheres. Um exemplo é o *slut shame*. O termo inglês significa vergonha de *puta*. Tal nomenclatura é utilizada para pejorar mulheres e meninas que não se vestem e se comportam como deseja a sociedade. Nas entrelinhas, leia-se, como desejam outras mulheres.

Termos como “mulher decente” e a atual expressão “bela, recatada e do lar” conceituam a mulher que atende aparentemente as expectativas da sociedade, o que, em pleno século XXI, conflita com mulheres que lutam por sua independência, causando repulsa tais expressões.

Outro exemplo bem simples: a sociedade aceita que homens tenham relações sexuais com parceiras aleatórias no decorrer de sua vida, mas não aceitam o mesmo de uma mulher. Quando uma mulher decide usufruir livremente de sua vida sexual, logo é taxada de promiscua entre outros termos pejorativos.

A violência do *slut shame* que atinge a moral e o psicológico da vítima, é, em grande maioria praticada por mulheres. Mulheres sendo algozes das próprias mulheres, julgando-as e, condenando-as, por não atenderem aos padrões “pré-determinados”.

Mulheres também são julgadas e condenadas por outras mulheres quando são vítimas de violência praticada por homens, como em casos de violência física e sexual, com frases como “bem feito”, “mereceu”, “com aquela roupa, estava pedindo”.

A CF roga que todos sejam iguais perante a lei, mas a sociedade faz questão de trazer e manter as diferenças entre os gêneros. É preciso que as mulheres tenham maior sororidade entre si e menos julgamentos.

A sororidade é um dos grandes alicerces do feminismo que busca a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não somente na lei, mas na sociedade de um modo geral.

Precisamos na sociedade de mulheres que respeitem e apoiem outras mulheres, não de mulheres que julguem, e pior, condenem outras mulheres pelo modo como agem e como se vestem. 🚩

NOTAS

- 1 Lei 13.104/2015, alterou o Código Penal que passou a vigorar com a seguinte redação: art.121: “(...) Homicídio qualificado
§ 2º Se o homicídio é cometido: (...)
VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (...)
§ 2º A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
I – violência doméstica e familiar;
II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.
- 2 Constituição Federal/1988, art. 5º: “(...) I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”



TAMMY FORTUNATO é Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 17.987 e Presidente da Comissão de Combate às Violências Contra a Mulher do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC, e pós graduada em Direito e Negócios Internacionais.



Nova Lei de Franquia Maior transparência e segurança jurídica

POR DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA

“A nova legislação trouxe alívio para controvérsias existentes e aumentou o leque de informações a serem incluídas na Circular de Oferta, pontos bem-vindos uma vez que têm como objetivos conceder maior transparência e segurança jurídica nas negociações e celebrações dos contratos de franquia.”

Foi sancionada pela Presidência da República, em 26 de dezembro de 2019, a nova Lei de Franquia (Lei nº 13.996/19), bem como revogada a Lei nº 8.955/94. O veto proferido, que ainda será objeto de apreciação pelo Congresso, cuidou do art. 6º, que dispunha sobre a obrigação da franqueadora “pública” seguir os ditames da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e estabelecia outras regras.

Abaixo o resumo das principais novidades:

- Atualiza o conceito de franquia. Afasta expressamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre a franqueadora e o franqueado. Positiva a inexistência de vínculo trabalhista entre os empregados do franqueado e a franqueadora. Prevê as hipóteses de empresas estatais e entidades sem fins lucrativos exercerem a condição de franqueadora.

“Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.

§ 1º Para os fins da autorização referida no *caput*, o franqueador deve ser titular ou requerente de direitos sobre as marcas e outros objetos de

propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia, ou estar expressamente autorizado pelo titular.

§ 2º A franquia pode ser adotada por empresa privada, empresa estatal ou entidade sem fins lucrativos, independentemente do segmento em que desenvolva as atividades”.

· Suprime algumas informações a serem inseridas na Circular de Oferta de Franquia (COF), acrescenta e altera outras.

“X – relação completa de todos os franqueados, subfranqueados ou subfranqueadores da rede e, também, dos que se desligaram nos últimos 24 (vinte quatro) meses, com os respectivos nomes, endereços e telefones”;

*Na Lei anterior eram dos últimos 12 meses.

“XI – informações relativas à política de atuação territorial, devendo ser especificado: (...)

c) se há e quais são as regras de concorrência territorial entre unidades próprias e franqueadas”;

**Este item merece críticas. O conceito de “unidade própria” é subjetivo e o texto legal já determina que conste na COF a política acerca da exclusividade e preferência territorial da rede.

“XIII – indicação do que é oferecido ao franqueado pelo franqueador e em quais condições, no que se refere a:

a) suporte;

b) (...)

d) incorporação de inovações tecnológicas às franquias;

(...)

XIV – informações sobre a situação da marca franqueada e outros direitos de propriedade intelectual relacionados à franquia, cujo uso será autorizado em contrato pelo franqueador, incluindo a caracterização completa, com o número do registro ou do pedido protocolizado, com a classe e subclasse, nos órgãos competentes, e, no caso de cultivares, informações sobre a situação perante o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC);

XVII – indicação da existência ou não de regras de transferência ou sucessão e, caso positivo, quais são elas;

XVIII – indicação das situações em que são aplicadas penalidades, multas ou indenizações e dos respectivos valores, estabelecidos no contrato de franquia;

XIX – informações sobre a existência de cotas mínimas de compra pelo franqueado junto ao franqueador, ou a terceiros por este designados, e sobre a possibilidade e as condições para a recusa dos produtos ou serviços exigidos pelo franqueador;

XX – indicação de existência de conselho ou associação de franqueados, com as atribuições, os poderes e os mecanismos de representação perante o franqueador, e detalhamento das competências para gestão e fiscalização da aplicação dos recursos de fundos existentes;

XXI – indicação das regras de limitação à concorrência entre o franqueador e os franqueados, e entre os franqueados, durante a vigência do contrato de franquia, e detalhamento da abrangência territorial, do prazo de vigência da restrição e das penalidades em caso de descumprimento;

XXII – especificação precisa do prazo contratual e das condições de renovação, se houver;

XXIII – local, dia e hora para recebimento da documentação proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, quando se tratar de órgão ou entidade pública”.

· Permite que a franqueadora sublocadora do ponto comercial onde se encontra a unidade franqueada promova a chamada ação renovatória de contrato de locação

prevista na Lei do Inquilinato e impede a exclusão das partes das relações locatícias por ocasião da renovação judicial do arrendamento – antes da nova Lei de Franquia somente a sublocadora parcial de imóvel tinha o direito de ajuizar a ação renovatória. Desde que não implique em onerosidade excessiva, a franqueadora sublocadora, a partir de agora, poderá cobrar um valor de aluguel superior a quantia paga em virtude da locação originária – a Lei do Inquilinato qualifica como contravenção penal o sublocador cobrar aluguel pela sublocação maior que o locativo do arrendamento primitivo.

“Art. 3º Nos casos em que o franqueador subloque ao franqueado o ponto comercial onde se acha instalada a franquia, qualquer uma das partes terá legitimidade para propor a renovação do contrato de locação do imóvel, vedada a exclusão de qualquer uma delas do contrato de locação e de sublocação por ocasião da sua renovação ou prorrogação, salvo nos casos de inadimplência dos respectivos contratos ou do contrato de franquia.

Parágrafo único. O valor do aluguel a ser pago pelo franqueado ao franqueador, nas sublocações de que trata o *caput*, poderá ser superior ao valor que o franqueador paga ao proprietário do imóvel na locação originária do ponto comercial, desde que:

I – essa possibilidade esteja expressa e clara na Circular de Oferta de Franquia e no contrato; e

II – o valor pago a maior ao franqueador na sublocação não implique excessiva onerosidade ao franqueado, garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da sublocação na vigência do contrato de franquia”.

· Estabelece regras específicas aos contratos de franquia internacionais e autoriza a utilização da arbitragem para a solução de conflitos.

“Art. 7º Os contratos de franquia obedecerão às seguintes condições:

I – os que produzirem efeitos exclusivamente no território nacional serão escritos em língua portuguesa e regidos pela legislação brasileira;

II – os contratos de franquia internacional serão escritos originalmente em língua portuguesa ou terão tradução certificada para a língua portuguesa custeada pelo franqueador, e os contratantes poderão optar, no contrato, pelo foro de um de seus países de domicílio.

§ 1º As partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia.

§ 2º Para os fins desta Lei, entende-se como contrato internacional de franquia aquele que, pelos atos concernentes à sua conclusão ou execução, à situação das partes quanto a nacionalidade ou domicílio, ou à localização de seu objeto, tem liames com mais de um sistema jurídico.

§ 3º Caso expresse o foro de opção no contrato internacional de franquia, as partes deverão constituir e manter representante legal ou procurador devidamente qualificado e domiciliado no país do foro definido, com poderes para representá-las administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações”.

· Entrada em vigor em 90 dias a contar de 27 de dezembro de 2019.

Como se observa, a nova legislação trouxe alívio para controvérsias existentes e aumentou o leque de informações a serem incluídas na Circular de Oferta, pontos bem-vindos uma vez que têm como objetivos conceder maior transparência e segurança jurídica nas negociações e celebrações dos contratos de franquia. 📌



DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA é sócio do escritório Cerveira, Bloch, Goettems, Hansen & Longo Advogados Associados. Professor dos cursos MBA em Varejo e MBA em Gestão de Franquias da FIA – Fundação de Instituto de Administração. Professor de Pós-Graduação em Direito Imobiliário do Instituto de Direito da PUC/RJ. Integrante da Comissão Jurídica da ABF – Associação Brasileira de Franchising. Consultor jurídico do Sindilojas-SP. Pós-Graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

CRISPR/Cas9 – Edição genética: Novo tema bioético

POR TIAGO VIEIRA BOMTEMPO



“Urge-se, por uma discussão que trate de forma mais aprofundada os contornos que envolvem a edição genética, sobretudo, no perigo de se violar a dignidade da pessoa humana, reduzindo o próprio indivíduo a instrumento da técnica, com o risco de comprometer as gerações atuais e futuras.”

O advento da engenharia genética mudou o paradigma da concepção do humano com as possibilidades obtidas a partir do mapeamento genético na identificação de genes defeituosos causadores de doenças, da manipulação genética, da terapia gênica com a correção de enfermidades genéticas, do diagnóstico pré-implantatório, na possibilidade de introduzir no útero um embrião sadio com a reprodução assistida e a clonagem (BOMTEMPO, 2015).

Junto a estes avanços inimagináveis, a ciência médica, por meio da Genética, trouxe novas formas de cuidar da saúde, não somente no sentido do tratamento, mas com a prevenção, por meio da medicina preditiva, oriunda de testes genéticos. Assim, a engenharia genética tornou-se instrumento capaz de melhorar consideravelmente a qualidade de vida, trazendo esperança de cura para doenças antes mesmo de se manifestarem. Mas, por outro lado, descortina “o brincar de Deus”, dando a possibilidade de criar, se assim pode-se dizer, e, se é possível, o ser humano perfeito, produzido geneticamente (BOMTEMPO, 2016).

Nesse contexto, técnica recente e que revolucionou a engenharia genética é a edição genética, conhecida como CRISPR/Cas9, a qual, conforme Lins, Gonçalves e Mello (2018), é um processo preciso e previsível na modificação do genoma. O DNA pode ser removido, substituído ou inserido em determinada região.

A CRISPR/Cas9 foi descoberta por acaso, como meio de defesa de bactérias contra DNA invasor. “A Cas9 é uma enzima que corta DNA, e a CRISPR é uma coleção de sequências de DNA que dizem à Cas9 onde exatamente deve cortar, que juntamente com o RNA guia formam um complexo e vão até o sítio exato para realizar a edição.” (LINS; GONÇALVES; MELLO, 2018, p. 366).

Assim, a CRISPR/Cas9 promete resultados promissores na engenharia genética, na medida em que é uma técnica de baixo custo e mais precisa que a terapia gênica, estando na atualidade nos holofotes da biologia molecular.

Esta técnica é mais um dos desdobramentos da engenharia genética, podendo ser utilizada com o objetivo de curar ou prevenir doenças ligadas à genética ou não, a partir da modificação, substituição ou acréscimo de determinado gene para o tratamento.

Assim como a terapia gênica, a CRISPR/Cas9 pode ser aplicada nas células de linhagem reprodutiva ou germinativa, como espermatozoides, ovócitos e as células do embrião ainda nas primeiras fases de formação, e nas células somáticas, que são as demais células do organismo (NYS, 2002).

Questão que envolve bastante polêmica é o uso nas células germinativas, com a alteração do genoma do futuro ser com fins de melhoramentos, como características físicas: altura, cor da pele e olhos, capacidades físicas, como força e rapidez, e intelectuais, tornando-se em “superbebês”, que transmitirão estas características às suas descendências.

Se desde o Projeto Genoma Humano a identidade genética da pessoa já estava em risco, sobretudo nas relações laborais, na contratação de seguros e

nas relações familiares, a CRISPR/Cas9 aparece como nova técnica que possa causar discriminação genética.

Não obstante, torna-se ainda mais preocupante a questão do eugenismo, uma vez que, além da reprodução assistida, a CRISPR/Cas9 também pode ser uma “porta de entrada” para a criação de um ser humano melhorado de capacidades físicas, estéticas, biológicas e intelectuais que possam dividir a raça humana entre os melhorados geneticamente e os não modificados geneticamente. Por conseguinte, poderia ocorrer uma higienização daqueles que não atenderiam os padrões de “perfeição” (JUNGES, 1999).

Nesse sentido, traz-se a discussão do recente caso das gêmeas chinesas, criadas em laboratório, como sendo supostamente o primeiro experimento bem sucedido com a CRISPR/Cas9 em células germinativas, imunes ao vírus HIV.

He Jiankui, cientista chinês, se valeu de um experimento a partir do uso da CRISPR/Cas9 em fertilização *in vitro* para desativar o gene CCR5, o qual permite que o HIV tenha acesso às células (CHINÊS..., 2018). Não houve seleção de embriões para evitar que nascessem crianças com HIV, mas a modificação genética para que essas crianças sejam imunes ao vírus, o que, na verdade, configura uma forma de melhoramento, pois a doença não existia para ser tratada.

Urge-se, portanto, por uma discussão que trate de forma mais aprofundada os contornos que envolvem a edição genética, sobretudo, no perigo de se violar a dignidade da pessoa humana, reduzindo o próprio indivíduo a instrumento da técnica, com o risco de comprometer as gerações atuais e futuras. 🚫

REFERÊNCIAS

- BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Melhoramento humano no esporte: o Doping Genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. *El Dopaje Genético y Eugenesia: Diálogos más allá del deporte*. Revista Latinoamericana de Bioética, [S.l.], v. 16, n. 31-2, p. 82-101, jul 2016. Disponível em: <<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/1816>>. Acesso em: 03 jan. 2020.
- CHINÊS alega ter criado bebês geneticamente modificados. VEJA, 26 nov. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/chines-alega-ter-criado-bebes-geneticamente-modificados/>>. Acesso em: 07 jan. 2020.
- JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- LINS, Amanda Aparecida; MELLO, Priscila Luiza; GONÇALVES, Flavio Buratti. Edição genética associada ao uso da nova técnica CRISPR/Cas9, ferramenta de defesa utilizada pelas bactérias contra DNA invasor. Revista Eletrônica Científica da UERGS, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 358-367, out. 2018. Disponível em: <<http://revista.uergs.edu.br/index.php/revuergs/article/view/1048>>. Acesso em: 03 jan. 2020.
- NYS, Herman. *Terapia Gênica Humana*. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002, p. 66-80.



TIAGO VIEIRA BOMTEMPO é Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pelo IEC-PUC Minas. Professor universitário.

Os direitos fundamentais como base ontológica do Processo Penal

por ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Ao analisarmos os pensamentos filosóficos que cominarão com a formação do Estado liberal, o qual buscou preservar a liberdade individual, limitando a atuação estatal, constata-se que essa limitação foi construída tendo por base um arcabouço jurídico de proteção aos direitos humanos. Sendo exatamente essa construção dos direitos fundamentais do homem que se mescla com a juridicização do processo penal, cunhando-se os *standarts* do princípio da não culpabilidade, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da prisão como medida excepcional, da celeridade do processo, entre outros.”



O indiciado, o acusado ou o condenado em um processo crime possuem prerrogativas esculpidas na Constituição Federal que limitam o *ius puniendi* do Estado.

Podemos citar como princípios, referentes à matéria penal, a do devido processo legal, da proporcionalidade, da publicidade, o direito a uma defesa técnica, do juiz e promotor natural, do contraditório e ampla defesa, princípio da não culpabilidade ou estado de inocência, dentre outros.

Tais princípios, hoje patentes, “inquestionáveis”, tido como universais, os quais se tornaram parte do senso comum da sociedade, vindo a proteger aqueles acusados ou condenados por crime contra a força monopolizadora do Estado, no exercício do seu direito de punir, eram desconhecidos, num passado não muito remoto.

Até o movimento iluminista do século XVIII, um pouco mais de 200 anos atrás, não se poderia falar se quer em Direito Penal, pois a pena era um instrumento de terror, de intimidação da sociedade, em face dos interesses papal ou reais, onde crimes e procedimentos eram criados a bel prazer, aplicados contra aqueles que contrapunham os interesses políticos do momento.

Quando surgem idéias de limitação do agir do Estado nas palavras de Beccaria, vislumbra-se uma preocupação incisiva na regulamentação da persecução criminal, do procedimento para a aferição do crime, e, num ponto específico, nas formas de apuração de provas tidas como legítimas.

Isso teve uma relevância muito superior do que o estudo do crime em si mesmo, não que isso fosse menos importante ou necessário.

Percebemos, principalmente nos estudos do processo penal que os doutrinadores rejeitam a análise da parte histórica e filosófica que constitui o processo criminal moderno, deixando a cargo dos manuais de Direito Penal tal função, os quais, vale ressaltar, deixa muito a desejar, pois o seu foco é o crime e não o processo de sua apuração.

O desenvolvimento do presente trabalho tem por escopo realizar uma análise das origens do processo penal vindo a justificar a necessidade de sua normatização, tendo por pano de fundo os ideais humanistas da filosofia iluminista, onde cominou com a jurisdicização desse ramo do direito com a formação do Estado liberal burguês, possibilitando, assim, uma revalorização dos princípios esculpidos na nossa Carta Maior, vindo, de tal sorte, a contradizer correntes modernas que procuram relativizá-los ou suprimi-los, em certos casos.

Deixemos bem claro, logo de início, que só se pode falar em processo penal, em jurisdicização do Direito Penal adjetivo com a formação do Estado liberal, formado após a revolução francesa.

E como bem preleciona Floriano Peixoto de Azevedo¹, não se pode estudar o Direito Público, e conseqüentemente os seus sub-ramos, afastado das características e estruturas do Estado.

O publicista, retro, critica que atualmente os estudiosos do Direito Público que no caminhar de suas pesquisas vem deixando de levar em consideração as transformações nas quais passam o Estado, vindo a indagar: “... até que ponto pode manter-se incólume o arcabouço teórico constituidor do Direito Público à luz das transformações por que passa o conceito de Estado?”²

Discorre o autor:

(...). Efetivamente, tem-se verificado uma crescente indiferença entre as reflexões que são feitas na Ciência Política (e – poderíamos acrescentar – na Economia, na Sociologia) e

no Direito. Mais estranhamente ainda, neste final de século, marcado por transformações que parecem desafiar fortemente os pressupostos do Estado e do Direito, nota-se que o Direito Público se distanciou da Teoria Geral do Estado, como se os dois ramos pudessem sobreviver autonomamente. É fato que a doutrina publicista não tem, em regra, se dedicado mais às questões do Estado como outrora. Com efeito, se recorrermos aos doutrinadores do Direito Público de fins do século passado, e mesmo do início deste, veremos que toda obra doutrinária neste campo dedicava ampla atenção ao fenômeno político Estado. Para ficar em apenas alguns, Orlando, León Duguit, Otto Mayer ou, entre nós, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – todos eles davam grande atenção ao Estado como base indissociável da construção doutrinária do Direito Público. Com a autonomização dos ramos específicos do Publicismo e com o crescimento do temário próprio a cada uma destas áreas, passou-se a desvencilhar o estudo do Direito Público da reflexão sociológica, política e, mesmo, jurídica acerca do Estado.³

A partir disso se constrói a ilação de que os fundamentos e pressupostos que configuraram e legitimaram o Estado burguês, são os que vêm por determinar, nesse período, a sistematização e normatização da persecução criminal.

É por isso que só se pode falar em processo penal a partir dessa fase de evolução do Estado.

DO ESTADO LIBERAL

As Peculiaridades do Estado Liberal

O que foi o Estado liberal senão a transferência do exercício de poder da nobreza para a classe burguesa, tendo por base uma ideologia liberal caracterizada por um conceito individualista, onde a verdadeira essência é o indivíduo e não o grupo social, onde os valores individuais são superiores ao coletivo, pois aquele define o seu fim e constrói a sua história.

O individualismo aqui tratado é um individualismo abstrato⁴, onde se concebe o indivíduo num aspecto geral, e não singular, no qual se deduz sua igualdade e semelhança com os demais, onde cada indivíduo possui igual direito a desenvolver sua exigência, conseqüentemente o de respeitar a pretensão semelhante dos demais.

Vislumbra-se que esse individualismo permite uma transcendência onde se valoriza a dignidade da pessoa humana, tendo por base o ideal de comum participação dos indivíduos em certas verdades e valores derivados imediatamente da razão.

De tal forma essa espécie de individualismo seculariza a idéia de humanidade e a tese de que nenhum homem pode ser obstaculizado no desenvolvimento de sua personalidade.

Tem-se com esse individualismo o pilar do liberalismo onde se cultua a afirmação da liberdade como manifestação de igualdade entre os homens, concebendo o Estado como instrumento para efetivar essa liberdade.

Manuel Garcia-Pelayo⁵ aponta três meios pelo qual o Estado liberal tentou desenvolver tal propósito:

a) El reconocimiento patente y solemne de un grupo de derechos individuales que acotan una esfera de libertad personal frente al poder del Estado;

b) Un principio de organización de su poder de manera que se limite a si mismo y garantice la vigencia de tales derechos (división de poderes y otros métodos);

c) la sumisión de la actividad del Estado a unas normas jurídicas precisas mediante las cuales quede eliminado todo arbitrio peligroso para la seguridad de la esfera jurídica individual y contrario la dignidad e igualdad sustancial de los sometidos (Estado de Derecho).

O Estado Liberal é o resultado do movimento reacionário contra o absolutismo, onde as teorias iluministas serviram de base para transmutar o direito, no intuito de reter/limitar a intervenção e os arbítrios do Estado em face dos interesses particulares/individuais.

As bases do contrato social vêm por construir uma noção de que os homens são iguais e livres naturalmente, sendo o Estado uma figura concentradora de poder que tem por função garantir essa igualdade e essa liberdade⁶.

Entretanto, a concentração do poder na mão de um único homem gera o cometimento de abusos e distorções que vão de encontro aquele estado natural do ser humano.

Nesse ínterim, vislumbra-se a divisão desse poder como técnica necessária a conter a sede de ganância do governante, pois somente um poder pode conter outro poder.

Temos aqui a alusão à teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, onde o filósofo em questão defendeu que o fracionamento do poder nas principais funções do Estado, os quais seriam a legislativa, a administrativa e a judiciária, poderiam conter o abuso do exercício do poder estatal, bem como assegurar a idéia, natural, de igualdade e liberdade entre os homens.

Corroborar a teoria da tripartição dos poderes com o desenvolvimento de um legislador universal, ou seja, a existência de um único órgão que emanasse normas válidas em todos os lugares e para todo o tempo, pois a falta de unidade no sistema jurídico propiciava práticas arbitrárias, como bem ocorria na França do séc. XVIII, onde havia uma região que se baseava no costume e outra, no direito comum romano.

Temos aqui o início da formação do princípio da legalidade, onde a lei, manifestação escrita veiculadora de norma, elaborada pela autoridade competente, asseguraria ao homem o seu direito de liberdade limitando a atuação estatal.

Não se tem mais um poder regido segundo a conveniência de um homem, e sim um poder fracionado, onde a entidade pública só pode fazer/agir segundo os ditames legais.

Com esse mesmo fim, temos, após a Revolução Francesa, o movimento constitucionalista que procurava, num documento formal-escrito, determinar a estrutura do Estado, os direitos inerentes ao homem, bem como as competências desse Estado.

Ver-se o desenrolar de um positivismo, onde o que vale é o direito posto, o direito escrito, havendo a constrição do Estado por meio de um ordenamento jurídico único, formal e hierarquizado.

Teorias Racionalistas – Base Filosófica do Estado Absolutista ao Liberal

Tais teorias têm por base a “razão”, ou seja, a capacidade intelectual do homem em ordenar, organizar de forma clara e compreensível a realidade a sua volta, sendo o oposto a emoções (sentimentos), conhecimentos ilusórios, crença religiosa (verdade baseada na fé) e ao misticismo.

Por meio dessa “razão” os teóricos racionalistas fundamentavam que a origem do Estado se deu de forma convencional, como produto da razão humana.

Partem de um estudo das primitivas comunidades, em estado de natureza, e, através de uma concepção metafísica do direito natural, chegam à conclusão de que a sociedade civil (o Estado organizado) nasceu de um acordo utilitário e consciente entre os indivíduos.⁷

Esse racionalismo corporificou-se na Idade Moderna com a reforma protestante, contrária a Igreja Católica, que com bases nas obras de Descartes que ensinou sobre o raciocínio sistemático, o qual conduz a uma dúvida completa, pregava a livre interpretação das escrituras sagradas, valorizando a inteligência individual e contrapondo-se a idéia de um Estado comandado por “Deus”.

Temos aqui um jusnaturalismo subjetivo e formal, contrapondo-se a filosofia escolástica, onde se desloca de figura central, “Deus” (teocentrismo), para o homem (antropocentrismo).

Tendo a natureza como fonte do direito, por influência do racionalismo matemático faz-se uso de método dedutivo, onde a partir de uma hipótese lógica sobre o estado natural do homem se concatena, racionalmente, preposições.

Wieacker⁸ afirma ser a noção de sistema a maior contribuição do jusnaturalismo, isto é, que a relação entre hipóteses e preposições, geradoras de um agregado de verdades, pressupõe a correção e perfeição formal da dedução, onde as partes formam um todo em meio de uma ordenação que as liga de forma idônea.

Dentro do racionalismo jusnaturalista a natureza do homem pode ser concebida socialmente (Grócio, Pufendorf, Locke) ou individualista (Hobbes, Spinoza, Rousseau).

Na visão de Grócio há o direito positivo e o natural, onde este é superior, imutável e absoluto, independente no tempo e espaço, decorrente da própria natureza do homem.

Esse direito natural seria o ditame da razão, onde o método dedutivo faz alcançar regras invariáveis da natureza humana, sendo esta a necessidade de se interrelacionar socialmente, formando pactos sociais.

Concebe-se nos dizeres de Grócio a obrigatoriedade de se cumprir esse pacto social, por ser ele consequência lógica da própria natureza humana, disso se derivou a máxima da teoria geral dos contratos civis a *pacta sunt servanda* (os pactos existem para serem cumpridos).

Grócio conceituou o Estado como “uma sociedade perfeita de homens livres que tem por finalidade a regulamentação do direito e a consecução do bem-estar coletivo”⁹.

Pufendorf foi discípulo de Grócio, considerado um filósofo sincrético pela capacidade que teve de conjugar a razão e “Deus”.

Defendia a existência de um direito natural imutável criada por “Deus”, tendo por princípio da razão, o qual utilizado pelos homens, após se multiplicarem, constata-se a imperiosa necessidade de se estabelecerem em sociedade, formando a figura Estatal, no intuito de preservar a ordem, tranqüilidade e a conservação do gênero humano¹⁰.

Veja que o direito natural é resultante de uma prescrição divina, porque assim se constatou por meio do uso da razão.

Na visão de Locke a lei natural é mais inteligível e clara do que o direito positivo, cujo é complicado e ambíguo, sendo justo quando tem por seu cerne os ditames da lei natural¹¹.

Saliente-se que o direito natural, para Locke é determinado pelos métodos empíricos, combatendo de forma ferrenha o inatismo da lei natural. Esta seria determinada facilmente pela razão através das experiências dos homens.

Em seus trabalhos, o filósofo político acima, acredita num Estado de Natureza pacífico, onde essa paz ficava comprometida pela falta de um terceiro para julgar conflitos. Assim o Estado Civil seria erigido para garantir a vigência e a proteção dos direitos naturais, os quais se encontravam desprotegidos no Estado de Natureza¹².

No jusnaturalismo de cunho individualista salta com a importância de Hobbes, por ser o primeiro filósofo a sistematizar o contratualismo como teoria que justificava o Estado.

Hobbes, contrapondo-se a visão aristotélica, afirma que o homem em seu estado de natureza, o qual propiciava o uso amplo da liberdade, não vivia pacificamente, ao contrário, ele é naturalmente individualista, a – social, de modo que vivia guerreando, viviam num estado de violência, onde o “homem é o lobo para os outros homens”.

Num intuito de sair desse estado caótico, cada homem, detentor de poder, sede parte desse poder para outro homem ou assembléia de homens, personificando a coletividade, tem por missão conter esse estado de guerra.

De tal maneira o homem se associa por uma questão de necessidade, para poder conter a fúria natural individual, onde o detentor do poder cedido pelos demais, possui um poder irresistível e ilimitado, com fulcro em preservar o próprio homem.

Concebe-se, assim, uma sociedade civil como um produto artificial derivado de um pacto voluntário, deduzido pela razão, o que permitiria o aperfeiçoamento da natureza.

Temos com isso a fundamentação para o Estado Absolutista, justificando a concentração do poder e o seu uso ilimitado, pois entre a ditadura de todos é preferível a ditadura de um.

Spinoza corrobora os pensamentos de Hobbes, só que coloca a figura da Nação acima do Estado, pois os homens ao transferir o poder, não transferem a liberdade de pensar, sendo assim, caso o governo não se harmonize com os ideais da Nação, aquele tem que ser dissolvido e constituído um novo.

Além de que o uso da razão, para Spinoza, faz com que o homem chegue à conclusão de preferir a paz ao invés da guerra, o amor ao invés do ódio. Perceba que a conclusão de Hobbes é que o homem é naturalmente egoísta e individualista, não deixando de ser pelo fato de constituir uma sociedade civil. Este produto da razão serve para coibir esse natural individualismo desacerbado do homem, para que ele não se destrua.

Rousseau, em oposição a Hobbes e Spinoza, vem por descrever um estado natural da humanidade, anterior a sociedade e a cultura, onde o homem não socializado é bom, mas a sociedade o corrompe.

Esse homem bom é regido pelo princípio da autoconservação e na repugnância pelo sofrer alheio. Disso deduz-se na necessidade de se organizar em sociedade por meio de um pacto e como nenhum homem é superior ao outro, esses pactos devem respeitar a condição de liberdade e de igualdade dos homens.

O instituto do contrato social aparece como uma forma de garantir e proteger a liberdades individuais, ao mesmo tempo em que formaliza a constituição de Estado ou sociedade civil com a transferência de poder nas mãos de um representante. Este, caso não faça uso desse poder em prol do bem comum, respeitando a igualdade e liberdades dos homens, justifica a legitimidade do povo em substituir o governo e refazer um novo pacto.

Sintetiza o pensamento de Rousseau, Sahid Maluf¹³:

O Estado é convencional, afirmou Rousseau. Resulta da vontade geral, que é uma soma de vontade manifestada pela maioria dos indivíduos. A nação (povo organizado) é superior ao rei. Não há direito divino da Coroa, mas, sim, direito legal decorrente da soberania nacional. A soberania nacional é ilimitada, ilimitável, total e inconstrangível. O governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo. Não correspondendo ele com os anseios populares que determinaram a sua organização, o povo tem o direito de substituí-lo, refazendo o contrato... (sustenta, pois, o direito de revolução).

O SURGIMENTO DO PROCESSO PENAL

Fica clarividente, após análise das características formadoras do Estado liberal do porque em só falar em jurisdicação do processo penal nesse modelo estatal.

A visão racionalista individualista proporcionou fundamentar o exercício do poder estatal, não num direito divino, mas no consenso da vontade geral dos cidadãos de um determinado território, vindo daí o fundamento da intervenção estatal legitimada na liberdade dos membros daquela nação, em prol da liberdade comum, do bem comum, do interesse público.

No momento que a razão extrai da natureza as proposições de que é inerente ao homem a liberdade, a existência e o seu desenvolvimento, a razão de ser do Estado restringiu-se a garantir e maximizar o exercício desses direitos inerentes ao homem.

Percebe-se que esse mesmo bem comum que legitima a existência do Estado é ao mesmo tempo o limite para a intervenção do Estado na liberdade das pessoas.

Essa concepção filosófica individualista que vê o homem em si mesmo como detentor de direitos mínimos, dá o mote para a construção do que chamamos de direitos humanos, direitos de cunho absoluto, universal e imprescritível¹⁴, sem os quais não se pode vislumbrar a própria existência do homem, devendo ser respeitados pelos outros homens e pelo Estado.

Corroborar com a nossa afirmação os dizeres do magistrado federal Dirley da Cunha Júnior¹⁵:

O Estado é o instrumento por meio do qual o homem – o fim – satisfaz os seus direitos e alcança a felicidade. O Estado só existe e só se justifica se respeitar e promover os direitos fundamentais do homem. O Estado, em suma, nasce exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais.

No momento que se forma um governo que tem por pedra angular o respeito à dignidade da pessoa humana, onde o poder é legitimado pela vontade comum do povo, tendo por técnica a teoria da tripartição dos poderes para controle desse poder, não se admite que o Estado abuse do exercício do direito de punir.

Nessa fase da história do Estado torna-se imperiosa a necessidade de criar normas que regulamentem o exercício do poder de punir do Estado, para que a liberdade dos homens não seja afetada de forma indevida e desproporcional, ocorrendo, assim, a jurisdicação do processo penal, só sendo possível com a existência de um órgão legislativo legítimo e independente, capaz de emanar normas de eficácia geral, veiculados por meio de lei.

Constata-se que o surgimento e a criação do processo penal confundem-se com a própria história e com os mesmos fundamentos dos direitos humanos, onde se afere ao ler a gloriosa Declaração dos Direitos do Homem de 1789, ou a

Constituição Americana, na qual, dessa primeira geração¹⁶ de direitos fundamentais, vislumbra-se serem essencialmente de matéria processual penal.

De tal sorte, concordamos com a tese do juiz federal Walter Nunes de que a Teoria Geral do Processo Penal possui a mesma essência dos direitos fundamentais, divergindo da doutrina esmagadora que coloca o processo penal e civil como tendo a mesma base ontológica:

Na dimensão do neoconstitucionalismo ou do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em teoria geral do processo penal, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais.¹⁷

Ou seja, o limite do poder-dever de o Estado interferir na liberdade das pessoas esta preceituadas nos direitos fundamentais, onde esses mesmos direitos constituem os limites para a persecução criminal desenvolvida pelo referido Estado.

Na transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, já no Século XIII, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do poder-dever de punir do Estado, utilizando como um dos instrumentos mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Os direitos fundamentais, portanto, formam o núcleo duro das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria teoria constitucional do processo penal.¹⁸

“Dos Delitos e Das Penas” – marco filosófico nas mudanças do paradigma do dever-poder do Estado em punir

No que tange especificamente a matéria penal, e muito mais ao processo penal do que ao Direito Penal, no cerne do movimento iluminista temos a figura do italiano Cesare Beccaria que em 1764¹⁹, anterior a grande Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, publicou uma obra, em titulado “Dos Delitos e das Penas”, o qual faz críticas veementes às formas como é exercida a justiça criminal, sendo considerado pelos doutrinadores da Escola Positiva como precursor da Escola Clássica:

A denominação “escola clássica” foi dada pelos positivistas, com sentido negativo. Essa doutrina – de conteúdo heterogêneo – se caracterizava por sua linha filosófica, de cunho liberal humanitária. Classicismo significa equilíbrio, apogeu, expressão acaba de uma tradição.²⁰

Tendo sido influenciado por Bentham, com sua doutrina utilitarista²¹, por Montesquieu e Rousseau²², Beccaria preconizou um sistema baseado na lei²³, o que retiraria o subjetivismo das interpretações normativas²⁴ feitas pelos juízes²⁵, onde o descumprimento dessa lei penal, a qual prescreve normas imperativas proibindo a prática de condutas, as mais lesivas a sociedade, legitimaria a atuação do poder-dever do Estado em sancionar o “delinqüente” com a pena²⁶, pois o mesmo violou o “contrato social”, comprometendo o direito de liberdade do semelhante.

Vislumbre que o pensamento beccariano coaduna-se com o perfil do Estado liberal, a pouco comentado, pois a punição de uma conduta dita como crime

estaria vinculada a sua previsão legal, onde a lei limitaria a forma de atuar desse direito de punir do Estado, tendo por pressuposto legitimador o restabelecimento da ordem social (bem comum – proteção da liberdade do homem em face dos outros homens) rompido com a prática do delito.²⁷

Essa visão liberal da matéria penal, elogiada pelo grande enciclopedista Diderot²⁸, foi o cavalete necessário a reforma do sistema penal em toda a Europa, propagando a idéias de “proteção da liberdade individual contra o arbítrio – judiciário, supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de que a pena só tem fins políticos, desprezados todas as exigências religiosas ou puramente morais”.²⁹

É palmar a influência de Beccaria na formação do processo penal no momento que o juiz é limitado pela lei, onde a decretação de prisão não pode ser em face da discricionariedade do magistrado, só podendo ele o fazer quando embasado em lei, ou seja, a prisão processual tem que ser uma exceção, tendo fins meramente acautelatórios.

O clamor público, a fuga, as confissões particulares, o depoimento de um cúmplice do crime, as ameaças que o acusado pode fazer, seu ódio inveterado ao ofendido, um corpo de delito existente, e outras presunções semelhantes, bastam para permitir a prisão de um cidadão. Tais indícios devem, porém, ser especificados de maneira estável pela lei, e não pelo juiz, cujas sentenças se tornam um atentado à liberdade pública, quando não são simplesmente a aplicação particular de uma máxima geral emanada do código das leis.³⁰

Retrata o autor retro o direito do acusado em pedir a retirada de certos juízes que inspiram suspeitas, como ocorre nos julgamentos pelo tribunal do júri, onde tanto a defesa como a acusação podem pedir a retirada dos jurados quando do sorteio do conselho de sentença (direito de ser julgado por um juiz imparcial, que não esteja impedido ou suspeito).³¹

As provas, bem como as audiências devem ser públicas, pois só a opinião da sociedade pode refrear os abusos perpetrados em face da paixão e da violência (princípio da publicidade).

O autor ainda critica que a condenação de uma pessoa não se pode basear exclusivamente em depoimentos de testemunhas³², que é um absurdo o Estado tolerar as acusações e penas secretas³³. Como se defender se não sabe do que esta sendo acusado? Seria um processo kafcaniano.

Defende, ainda, a proibição dos interrogatórios sugestivos pela tortura³⁴, pois obrigado os homens inocentes a se acusar em face de sua pouca resistência a dor. Constata a contradição em juramentos para dizer a verdade³⁵, pois o acusado irá mentir para se proteger, proclamando, assim, o direito ao silêncio do réu e do estado de inocência, o qual tem como corolário de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A obra do autor italiano se ver um brilhantismo quando, já no século XVIII, proclama pela celeridade do processo, pois a pena tem que ser aplicada o mais próximo possível do delito para que atinja o fim da prevenção, bem como a demora no processo poderá dar ensejo ao instituto da prescrição, perpetuando o sentimento de injustiça.

Atente-se para o fato da celeridade processual só ter sido institucionalizado no patamar de princípio constitucional, de forma explícita, na ordem constitucional brasileira, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência de tudo que foi exposto, no corpo desse singelo trabalho, o qual, em absoluto não tem por escopo esgotar o assunto, chega-se a algumas ilações finais.

Primeiramente só podemos estudar o Direito Público não nos esquecendo de fazer as devidas correlações com os pressupostos do Estado, analisados na disciplina da Teoria Geral do Estado.

A partir disso, ao analisarmos os pensamentos filosóficos que cominarão com a formação do Estado liberal, o qual buscou preservar a liberdade individual, limitando a atuação estatal, constata-se que essa limitação foi construída tendo por base um arcabouço jurídico de proteção aos direitos humanos.

Sendo exatamente essa construção dos direitos fundamentais do homem que se mescla com a juridicização do processo penal, cunhando-se os *standarts* do princípio da não culpabilidade, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da prisão como medida excepcional, da celeridade do processo, entre outros.

Ou seja, ao falar em limitação do Estado na esfera de liberdade do particular, nessa primeira fase dos direitos fundamentais, é falar em limitação do exercício do direito de punir.

Constata-se a contribuição filosófica de Beccaria para o desenvolvimento de tal modelo de Estado e dessa normatização do processo penal.

Aferi por toda a obra de Beccaria, em seus comentários e descrições, como se deve proceder na constatação do fato delituoso, tendo por base a lei, encontrando-se inculpido, hoje em todos os países ocidentais, suas recomendações, seja nas leis processuais penais ordinárias, sejam nas Constituições.

A atualidade da obra retro encaixa-se com perfeição a realidade brasileira, nos fazendo lembrar o que custou lutar por certos direitos básicos e porque não admitir a sua mitigação ou relativização deles, em prol de um combate a violência, na inocência de que problemas de estrutura base do Estado se solucionaria com um sistema penal mais rigoroso e enérgico, retornando as origens de um “Estado Policialesco”. 📌

NOTAS

- 1 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 2 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, op. cit., p. 3.
- 3 Ibidem, p. 3.
- 4 Há uma concepção concreta do individualismo onde se galga um indivíduo singular, único, o que proporciona a distinção de um para o outro, acarretando a desigualdade entre os homens, pro natureza. De tal modo, por esse conceito o direito do indivíduo se restringiria a esfera de onde o seu poder se estender. Isto é, o direito do indivíduo de se desenvolver fica limitado a sua pequena esfera de poder, a qual te quem contrapor a esfera de poder de outros indivíduos. (GACIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4. ed. Madri: Revista de Occidente, S.A., 1957, p. 143).
- 5 GACIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4. ed. Madri: Revista de Occidente, S.A., 1957, p. 144.
- 6 É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o

que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Tradução de Antonio Lázaro de Almeida Prado. In_Coleção “Os pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 74).

- 7 MALUF, Sahid, Teoria geral do estado. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.
- 8 Apud, DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.
- 9 Apud, MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.
- 10 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 248.
- 11 Apud, DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.
- 12 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 250.
- 13 MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.
- 14 “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 562.)
- 15 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008, p. 553.
- 16 “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente...
Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anties-tatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico. São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 563-564.)
- 17 SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Belo Horizonte: Renovar, 2007, p. 10.
- 18 SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Belo Horizonte: Renovar, 2007, p. 10.
- 19 “É, seguramente Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que se deve iniciar a lista daqueles que, sem dúvida, podem ser considerados os próceres de nossa ciência”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 234).
- 20 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, V. 1, p. 78.
- 21 A teoria utilitarista surge para contrapor-se a limitação do exercício do poder público pelos governantes baseados no direito natural da liberdade inata do homem, sendo por isso invioláveis tais direitos. Bentham nega a teoria secular do jusnaturalismo, e tendo por base a natureza do próprio homem, o qual toma as decisões buscando o maior grau de satisfação, determinar que o único critério que deve inspirar o legislador é o da utilidade da norma ao homem, ou melhor, leis que proporcione o maior grau de felicidade no maior número de pessoas possíveis. De tal maneira, se justifica as limitações das intervenções do poder público no interesse privado, não

- mais se fundamentando dos intrínsecos e inexistentes direitos naturais, mas no fato de que o indivíduo rejeita a dor e busca o prazer, constituindo assim um critério objetivo, donde se deduz que a melhor sociedade é aquela que consegue obter a felicidade para o maior número de componentes. Com a contribuição de Bentham desencadeia a renovação do debate sobre os direitos no homem em virtude da crise dos fundamentos jusnaturalistas e o utilitarismo passa a ser o maior aliado do liberalismo para justificação do Estado. (Cf., BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 62-67).
- 22 “Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público... Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 18-19)
- 23 “... só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 20).
- 24 Essa veiculação da norma penal em lei dar a matéria penal o caráter de previsibilidade do fato ilícito. E como preleciona Bettiol “é a idéia de previsão... que se opõe a qualquer tentativa destinada a ampliar analogicamente as previsões já estabelecidas, ou dirigidas a criar outras novas. É no âmbito destas ideologias que qualquer interpretação da lei penal, é tendencialmente, considerado um mal. A interpretação devia ser banida, e em seu lugar devia entrar em ação a pura e simples obra de subsunção do fato à norma, com base num critério puramente mecanicista. Norma abstrata e fato concreto devem ser simplesmente averiguados, nunca valorados, porque qualquer valoração acaba no campo do poder judicial discricionário, e cria, portanto, uma zona de perigo para as liberdades do indivíduo”. (BETIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução de Ricardo Rodrigues gama. Campinas: LZN editora, 2003, p. 42).
- 25 “O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 22).
- 26 “Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 19).
- 27 “Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 19-20).

- 28 *Ibidem*, p. 118.
- 29 LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 58.
- 30 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 26.
- 31 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.
- 32 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 30.
- 33 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 33.
- 34 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 35 e 37.
- 35 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 36.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BETIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução de Ricardo Rodrigues gama. Campinas: LZN editora, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1983.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antônio Cardinali. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Lígia M. Ponde Vasalo. São Paulo: Editora Vozes, 2007.
- GACIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4. ed. Madri: Revista de Occidente, S.A., 1957.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Antonio Lázaro de Almeida Prado. IN: Coleção "Os pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, V.1.
- SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Belo Horizonte: Renovar, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

ARQUIVO PESSOAL



ROCCO ANTONIO RANGELI ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais" do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Autor do livro *Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I* (1. ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II* (1. ed., Curitiba: Juruá, 2017).



A crise da discricionariedade dos atos administrativos e o controle pelo Poder Judiciário: O Poder Judiciário deve fazer o controle do mérito dos atos administrativos discricionários?

POR LARA LEMOS MAIA E MARCUS VINICIUS ROZZETTO SILVA

“Os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, devem passar pelo controle do Judiciário, pois a crise moral, ética, legal e discricionária que se encontra a administração pública não permite qualquer segurança aos cidadãos.”

O Estado é um ente personalizado dotado de direitos e deveres, de forma que todos os órgãos públicos da Administração Pública, seja direta ou indireta, devem cumprir com os encargos estabelecidos em lei, visando sempre o interesse coletivo. O Direito Administrativo brasileiro é repleto de princípios constitucionais e leis infraconstitucionais que regulam as ações da Administração Pública.

Nesse artigo, será abordada a evolução do Estado, bem como suas funções e divisões de poderes.

Nessa perspectiva, o Estado não se equipara ao cidadão comum, pois, vinculado aos princípios previstos na Constituição da República, em especial o princípio da legalidade, é permitido fazer apenas aquilo que está previsto em lei. Além desse preceito, existem outros de suma importância a serem citados, bem como explicados, como o princípio da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, e talvez um dos mais importantes, princípio da supremacia do interesse público. É importante ressaltar que os princípios norteadores são normas que regulamentam o exercício dos agentes públicos, mais ainda, que protegem os cidadãos frente ao poder da Administração.

Será exposto como se dá a prestação de serviços da Administração Pública e a diferenciação do Poder Vinculado para o Poder Discricionário. Em suma, ambos estão relacionados ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, que trazem uma segurança aos cidadãos. No entanto, um vincula a Administração a normas, exigindo que os agentes atuem em conformidade com o exposto, enquanto o Poder Discricionário, o legislador, deixa para o administrador uma certa liberdade em agir para cada caso concreto, seguindo os critérios de equidade e justiça.

Ademais, será abordado minuciosamente a respeito dos atos administrativos vinculados, que decorrem do Poder Vinculado, apontando como são realizados pelos agentes públicos e como é feito seu controle. Caso sejam executados com inconformidade a algum comando legal podem ser invalidados pelo próprio Poder Executivo ou mesmo pelo Judiciário. E ainda, com relação aos atos administrativos discricionários, decorrentes do Poder Discricionário, no qual a Administração Pública possui parâmetros a serem seguidos, ou seja, comandos que trazem mais de uma possibilidade de ação, uma liberdade ao administrador.

Conforme mencionado adiante, e objeto central desse artigo, o posicionamento majoritário doutrinário e jurisprudencial é que em se tratando dos atos administrativos discricionários, somente será objeto de análise pelo Poder Judiciário a parte legal do ato administrativo, ou seja, a parte vinculada. No que se refere ao mérito do ato administrativo discricionário, esse só poderá sofrer controle pelo próprio Poder Executivo.

Dessa forma, com a abertura que os administradores possuem, será visto que os agentes públicos têm agido com abuso de poder devido a crise da discricionariedade, o que traz uma enorme insegurança jurídica e administrativa aos cidadãos, tendo em vista não ser permitido o controle por parte do Poder Judiciário.

Apesar da discricionariedade da Administração Pública ser tratada para a justiça brasileira com limites, na prática os agentes se aproveitam dela para agir com abuso e isso é um dos maiores motivos para a ocorrência de improbidade administrativa.

Foi utilizado o método dedutivo na elaboração desse artigo. Isso porque, partindo de princípios e leis constitucionais, bem como teorias consolidadas, foi aplicada uma nova teoria. A partir de uma premissa maior, ou seja, o tema central, foi problematizado, com o objetivo de chegar a premissa menor.

Através dos dados utilizados, quais sejam: artigos e pesquisas já realizadas, doutrinas e legislações interpretadas, é possível perceber que o entendimento majoritário no direito administrativo brasileiro difere do resultado dessa pesquisa, tendo em vista considerar que todos os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, quando não demonstrarem motivação e observância aos princípios constitucionais, devem sofrer controle pelo Poder Judiciário.

ORIGEM, FUNÇÕES E EVOLUÇÃO DE ESTADO

Não se pode precisar o momento em que o Estado surgiu, mas pode-se afirmar que sua origem é fruto de uma evolução política dos grupos sociais na Idade Média.

Quando os indivíduos viviam livremente em tribos ou clãs, não se falava em comandos superiores. Essas sociedades sequer precisariam de um Estado. No entanto, foram surgindo agrupamentos humanos que passaram a exigir um chefe, alguém que os administrasse.

À medida que foram surgindo ameaças, disputas de interesses e aumento dos grupos, a lei de Deus foi se tornando insuficiente diante dos conflitos. A situação foi amedrontando os grupos, de forma que a maneira que encontraram para conseguir de volta a segurança era a criação de uma entidade que aplicasse sanções e administrasse os interesses de todos.

Diante disso, ao Estado era transferida uma parte dos poderes de cada membro do grupo para que este desenvolvesse seu papel de administrar e proteger cada um.

Contudo, aqueles que representaram toda a sociedade não cumpriam com o objetivo a que foram escolhidos. Surgiram os autoritários, os opressores. O Estado autoritário submetia os cidadãos as suas vontades, ninguém tinha liberdade.

Durante o modelo de Estado Absoluto, a vontade do soberano prevalecia. Dessa forma, as leis eram elaboradas sem a participação do povo, e sua aplicação controlada por um grupo específico do governo. Tudo era concentrado nas mãos de um governante, que legislava, punia e administrava. Aristóteles (382-322 a.C.) já dizia existir três funções distintas, porém acreditava que deviam ser exercidas pelo poder soberano, concentrado em um único órgão.

A divisão do Estado em três poderes independentes e autônomos entre si surgiu com Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”. Ele entendia que cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) exercia uma função típica, bem como funções atípicas.

O objetivo principal dessa divisão é combater a concentração de poder, o absolutismo, e garantir a liberdade individual por meio do equilíbrio político, minimizando o abuso de poder.

Com os anseios, reivindicações e a evolução social da população, encontraram sustentação no movimento cultural na Europa. As revoluções burguesas surgiram em oposição ao absolutismo. O interesse do povo era colocar os governantes sob a vontade da lei, mas sobretudo, garantir a liberdade individual.

A Revolução Francesa instituiu o chamado Estado Liberal de Direito, aderindo a tripartição de poderes e os ideais de igualdade entre todos, liberdade e fraternidade, embalados pelo liberalismo econômico e político.

A respeito desse assunto, Enio Moraes da Silva (2005, p. 6), escrevendo para a Revista de Informação Legislativa, discorre: “O Estado de Direito, de cunho liberal, portanto, é caracterizado, em suma, pela presença de dois elementos: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem”.

O Estado de Direito, desde sua concepção tem como um de seus maiores objetivos a submissão do governo à lei, garantindo liberdade do cidadão frente a um Estado autoritário e assegurando órgãos institucionalizados e independentes.

O Estado liberal de Direito deveria garantir a segurança de todos e a sociedade se organizaria livremente, de forma que o Estado só interviria nos casos em que houvesse descumprimento de regras. Acreditavam que a sociedade devia ser livre, sem a interferência do Estado. No entanto, essa não interferência do Estado num sistema capitalista gerou inúmeros danos, pois não se investia em questões sociais, só se investia e queria obter lucro.

Devido à grande insatisfação da população frente a ineficácia de um Estado Liberal, foi reconhecido que o Estado deveria promover o bem-estar social. Essa visão trouxe reformas constitucionais visando o interesse social, políticas de intervenção na atividade econômica, criando-se assim o Estado do bem estar.

Com relação ao Estado Social, encontra-se muito bem explicado no seguinte trecho da obra de José Afonso da Silva (1999):

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social (p. 119).

A sociedade ansiava por uma intervenção mais democrática engajados nas revoluções. O grande desafio era aproximar o Estado do indivíduo, conseguir uma interação para que o mesmo não tomasse suas decisões unilateralmente, mas sim com fiscalização daqueles que os elegessem. A grande mudança ocorreu com a transição da abstenção do Estado para a intervenção pública em prol do social, visando melhorar a situação de toda população e diminuir as desigualdades.

Nessa perspectiva, Enio Moraes da Silva (2005, p. 11) na Revista de Informação Legislativa explica muito bem: “O Estado de Direito inicia, então, seu processo histórico de mudanças fundamentais, numa evolução a justificar, portanto, o novo rótulo que passaria a receber de “Estado Social”.

Adota-se no sistema brasileiro a tripartição de poderes exposta por Montesquieu estabelecida na Carta Magna de 1988 expressamente: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CF, art. 2º).

Dessa forma, o Legislativo tem suas funções típicas de legislar e fiscalizar a parte financeira, contábil, orçamentária e patrimonial do Executivo, e como

função atípica de natureza executiva dispõe sobre sua organização, além da natureza jurisdicional, que, para exemplificar, temos o art. 52, inciso II da Constituição Federal, rezando que o Senado deve julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

No que diz respeito ao Executivo, sua função típica pode ser definida como a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Já com relação às funções atípicas de natureza legislativa pode ser citada a medida provisória com força de lei adotada pelo Presidente da República e o julgamento e apreciação de defesas e recursos administrativos para as funções de natureza jurisdicional.

No que tange à função típica do Judiciário esta sucintamente é definida como dever de dirimir os conflitos que lhe são levados aplicando a lei e dizendo o direito no caso concreto. Relativamente as funções atípicas de natureza legislativa podem ser representadas pelo regimento interno de seus tribunais e a concessão de férias aos magistrados, bem como administração dos tribunais representa uma função de natureza executiva.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Isso quer dizer que, além de ser um Estado Social, que busca maior igualdade material através de políticas públicas, o território brasileiro é um Estado Democrático de Direito que busca uma maior democracia representativa e, principalmente, proteger a soberania popular. Esse Estado deve trazer de fato a proteção e garantia dos direitos humanos, de forma a preservar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIOS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O conceito de Administração Pública surgiu com a adoção da teoria da tripartição dos poderes. A administração deixou de ser apenas uma função do Estado, assumiu um papel de poder estatal, o poder Executivo. Ocorre que o Direito judicializou a atividade administrativa, criando então o Direito Administrativo, que estabelecia direitos e deveres da Administração Pública, que deveria agir conforme os dispositivos legais.

Nessa perspectiva, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 4), elucidam: “É importante frisar que, embora a atividade de administração pública seja função típica do Poder Executivo, os outros Poderes (Legislativo e Judiciário) também praticam atos que, pela sua natureza, são objeto do direito administrativo”.

O Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito Público, é considerado novo. Este surgiu para disciplinar a relação da Administração com seus órgãos, entidades e todas empresas portadoras de serviço público. Mas o mais importante é a garantia dada aos cidadãos contra abusos praticados por agentes públicos.

A respeito disso, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014) exemplificam:

Em síntese, o objeto do direito administrativo abrange todas as relações internas à administração pública – entre os órgãos e entidades administrativas, uns com os outros, e entre a administração e os administrados, regidas predominantemente pelo direito público ou pelo direito privado, bem como atividades de administração pública em sentido material

exercidas por particulares sob regime de direito público a exemplo da prestação de serviços públicos mediante contratos de concessão ou permissão (p. 4).

No âmbito jurídico brasileiro, a Administração Pública divide-se em direta e indireta. Isso quer dizer que os serviços são prestados pelos órgãos públicos integrantes da administração direta e pelas entidades públicas componentes da administração indireta: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

A Administração Pública, como entidade, tanto pode prestar seus serviços através de seus órgãos como pode delegá-los a terceiros para que assim o façam. No entanto, esses serviços devem sempre visar o bem comum, tendo em vista o Brasil ser um país que adota em seu texto constitucional o Estado Democrático e Social de Direito.

Dentre esses serviços, alguns devem ser exclusivamente prestados pela administração pública direta, como no caso da segurança pública, e outros prestados pelas entidades da administração pública indireta. Além desses serviços, existem aqueles prestados pelas empresas particulares mediante parcerias público privadas.

Um dos temas mais importantes dentro do Direito Administrativo brasileiro diz respeito aos princípios que estão dispostos de forma implícita ou explícita no texto da Constituição Federal, que norteiam as condutas da Administração. Em se tratando daqueles previstos no art. 37 da Carta Magna, são eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Com relação aos outros inerentes a função administrativa deve-se enfatizar: supremacia do interesse público, motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da legalidade impõe a Administração Pública uma conduta estritamente ligada a lei. Todos os atos e atividades devem seguir a lei, de tal forma que somente poderá atuar quando existir uma lei que determine ou autorize a conduta, podendo ser vinculada ou discricionária. Mas, mesmo que discricionária deve seguir os limites e autorizações legais.

Dessa forma, na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Quando se trata de particular, é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

O princípio da impessoalidade determina que a Administração deve tratar a todos com imparcialidade, ou seja, não pode haver benefícios para alguns em detrimento de outros. Da mesma forma, não se permite perseguições ou favoritismo. Isso porque a Administração deve buscar concretizar o interesse público e não do particular.

O princípio da Moralidade, previsto também no texto constitucional, é um dos mais importantes. A moralidade administrativa é exigida em todos os atos dentro de uma Administração, de forma que a moral é analisada juridicamente, podendo inclusive invalidar os atos praticados sem a observância deste. Deve-se enfatizar, contudo, que o controle jurídico da moralidade não se confunde com análise do mérito administrativo.

Conforme Pedro Lenza (2017, p. 1487), “a Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, deve agir com boa-fé, sinceridade, probidade, lealdade e ética”.

O princípio da publicidade está ligado a transparência que a Administração Pública tem como dever frente a sociedade. Na esfera administrativa o sigilo só

se admite, a teor do art. 52, XXXIII, quando “imprescindível a segurança da Sociedade e do Estado”.

Por fim, o último princípio expresso no art. 37 da Carta Magna denomina-se Princípio da Eficiência. Este consiste na organização dos meios e recursos humanos para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.

A eficiência tem uma relação com os meios que os agentes públicos usam na Administração, o desempenho e o resultado alcançado.

Em relação aos princípios implícitos pelo texto da Carta Magna, necessário falar sobre a motivação, que encontra fundamento nos arts. 1º e 93, inciso IX. Este princípio é o basilar para a produção deste artigo, tendo em vista que todos os atos administrativos devem ser motivados, servindo como causa para edição desse ato. Posteriormente quando analisado o ato administrativo em si, sua motivação, controle e validade será abordado melhor esse princípio.

A respeito disso, Celso Antônio Bandeira de Mello (1975, p. 1-19) entende: “Motivo é pressuposto do ato, pressuposto do fato, situação ocorrida no mundo das relações empíricas, fato real, dado verificado na esfera das objetividades materiais.”

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão implícitos na Constituição, e como alguns doutrinadores afirmam se tratar de um mesmo princípio, devem ser vistos conjuntamente. A proporcionalidade evidencia que a Administração deve agir conforme sua competência, dentro da extensão e validade necessárias, não podendo ultrapassar, sob pena de agir com abuso de poder. Nessa perspectiva, a razoabilidade permite verificar se as condutas da Administração Pública que fogem aos seus limites são ilegais. Caso sejam consideradas ilegais o ato pode ser anulado pelo Poder Judiciário.

Por último, mas não menos importante, o princípio da supremacia do interesse público apresenta relação com os atos administrativos, isto porque, é condição de existência para uma sociedade, nenhuma administração deve analisar o interesse de um particular em detrimento do interesse público. A respeito desse tema, elucidada o Prof. Dr. Marcus Rozzetto (p. 26) em sua tese:

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a administração como instrumento para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele, que, existindo conflito entre o interesse público e o particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

Dessa forma, todos os princípios são ideias centrais de um ordenamento jurídico que estabelecem diretrizes a serem seguidas, neste caso, pela Administração Pública, de forma a promover o bem comum através de seus atos administrativos, determinando o alcance de todas condutas praticadas pela administração.

PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO

Como exposto anteriormente, a Administração Pública possui poderes e deveres frente aos cidadãos, e estes poderes e atribuições inerentes estão todos vinculados ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público pelo privado, tendo

em vista que o poder estatal é regrado pelo sistema jurídico vigente e não pode violar essas regras, sob pena de agir com ilegalidade.

Dessa forma, esses preceitos impostos a administração atingem vários aspectos de uma atividade, e quando forem estreitos, de forma que a lei não possibilita agir de forma diferente, o ato será vinculado. A doutrinadora Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017) entende que a lei não deixa opções, impondo que diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de uma forma ou de outra. Neste caso o particular tem o direito subjetivo de exigir da administração a edição de determinado ato quando se tratar de poder vinculado, sob pena de correção judicial caso não cumpra.

No entanto, há alguns casos em que o poder da administração é discricionário. Isso quer dizer que a lei deixa margem para o administrador decidir em determinados casos concretos, optando por uma solução válida dentre várias possíveis. Uma grande questão a ser abordada é que no caso do poder discricionário, mesmo o administrador podendo adotar posições distintas, este sempre o deve fazer seguindo os critérios de equidade, conveniência, oportunidade e justiça.

A grande justificativa para a existência do poder discricionário se dá devido ao legislador não conseguir reger todos os assuntos e fatos que surgirão no âmbito da Administração Pública, e que interessam ao direito e a sociedade.

A respeito do Poder Discricionário, Edimur Ferreira de Faria (2011) explica:

O poder discricionário é a arte de escolher o melhor, a arte de apreciar e avaliar todas as coisas, tendo em vista a sua finalidade. A escolha verifica-se quanto a conveniência ou a oportunidade, pois os interesses sociais não escapam a previsão legislativa. Desta forma, o agente administrativo, mesmo sob o poder discricionário, deve agir segundo o fim querido pela lei (p. 146-147).

Sendo assim, o poder discricionário nunca poderá ser utilizado em benefício de interesse particular, sempre de acordo com o interesse geral, em conformidade com o princípio da Administração Pública da supremacia do interesse público sobre o privado.

Vale ressaltar que o poder discricionário é exercido pela Administração dentro dos limites legais estabelecidos, sendo assim, caso a lei seja silenciosa não há que se falar em prática de qualquer ato, isso porque o administrador não deve agir segundo sua própria vontade.

A discricionariedade decorrente desse poder no Estado de Direito brasileiro tornou-se incômoda, pois os atos que decorrem do poder discricionário não estão sujeitos a apreciação do poder judiciário, e, portanto, possibilita abusos de poder e desvios de finalidade por parte do administrador.

ATOS ADMINISTRATIVOS – REQUISITOS, MÉRITO E MOTIVAÇÃO

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre atos administrativos e atos da administração. Atos da administração são aqueles que embora praticados pela Administração Pública não são analisados como os atos administrativos e não carregam uma importância grande para o Direito.

Como explica Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017, p. 270): “Essa expressão – ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo,

que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”.

Para o presente artigo, é necessário abordar apenas a respeito dos atos administrativos, dissertando a respeito dos seus requisitos e classificações.

Preliminarmente, em se tratando dos requisitos do ato administrativo, importante salientar quanto a enorme divergência doutrinária em relação ao número desses requisitos ou, ainda, elementos, como alguns doutrinadores denominam. Para que estes atos sejam considerados válidos, obrigatoriamente, como primeiro requisito deve ser executado pelo sujeito competente, ou seja, aquele que a lei denomina ser o competente para a prática do ato.

Além disso, deve-se analisar o objeto ou conteúdo do ato administrativo, que nada mais é que o efeito jurídico que este ato produz, ou seja, qual direito nasce, extingue-se ou se transforma com ele.

Outro elemento ou requisito do ato administrativo é a forma. Existem duas teorias que defendem esse elemento. A teoria que adota a concepção restrita considera forma como o modo de exteriorização do ato. Em contrapartida, a concepção ampla entende que a forma não é somente o modo que esse ato se exterioriza, também todos os preceitos a serem seguidos durante o processo de formação desse ato. A concepção que parece mais válida é a ampla, tendo em vista que a forma do ato não deve ser analisada somente como o modo que ele chega a ser público, mas também todo o procedimento para a prática do ato.

Um dos requisitos mais importantes denomina-se finalidade. Este nada mais é que o fim que a Administração busca com a prática do ato, ou seja, o efeito mediato alcançado. Atrelado a esse elemento, está um que talvez seja considerado o principal deles, o motivo. O motivo é o que justifica a execução do ato, ou seja, deve ter o pressuposto de direito, que é o dispositivo legal permitindo essa prática e o pressuposto fático, circunstâncias que fundamentam este ato. A administração pública deve apresentar o porquê da prática do ato, conjuntamente com a finalidade. Caso haja ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

Com relação às classificações dos atos administrativos, estas não serão abordadas de forma completa, apenas a diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários.

O ato vinculado ou também chamado de regrado é praticado no exercício do poder vinculado. Conforme exposto no tópico anterior, a Administração Pública tem regulamentado certos comportamentos que o administrador deve seguir, de forma que essa lei determina medidas e condições a serem praticadas, sem deixar margem de escolha.

Alguns autores renomados como, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) e Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017), entendem que o ato não devia ser denominado discricionário, mas sim, ato decorrente do exercício o poder discricionário. Essa corrente adota tal posição por entender que a discricionariedade é do administrador, tendo em vista que a lei o confere o poder e esse decide conforme a conveniência e oportunidade. No entanto, a corrente majoritária adota a posição de que os atos são por si discricionários, e não apenas o poder da Administração.

O mérito do ato administrativo é ligado ao fato dele ser vinculado ou discricionário. Quando o administrador está diante de um ato administrativo vinculado, todos os elementos a serem seguidos vêm definidos em lei. Em se tratando de

um ato discricionário, alguns dispositivos vêm descritos em lei e outros são critérios do administrador. Sendo assim, necessário se falar em legalidade e mérito dos atos. Sobre esse tema Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017) tem o seguinte posicionamento:

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir (p. 296).

Dessa forma, o mérito do ato administrativo discricionário diz respeito a parte não vinculada que ele possui, ao aspecto relativo a conveniência e oportunidade do administrador, reservada a análise do poder executivo, mas não do judiciário como no caso da legalidade.

Somente com a motivação obrigatória o judiciário pode investigar aspectos ainda mantidos na penumbra. Todo ato administrativo pode ser levado ao judiciário para análise do juiz. Cabe a ele examiná-lo, verificando quais os aspectos vinculados e quais os discricionários. É importante ressaltar que o juiz pode e deve ter acesso a todos os atos, o que ele não pode é manifestar contra a manutenção desse ato se, sendo ele vinculado estiver conforme os ditames da lei, ou sendo ele discricionário, proceder dentro dos comportamentos alternativos validados. Caso o juiz verifique que o administrador executou o ato fora do que estava resguardado legalmente, anulará este ato, deixando à Administração a oportunidade de praticar novo ato, dentro dos limites opcionais.

O mais importante hoje, é a motivação dos atos discricionários, isto porque, faz-se necessário demonstrar que estão nos limites postos pela lei. Nota-se, portanto, que, embora haja controle dos aspectos discricionários do ato, a motivação é sempre elemento indispensável para essa análise do judiciário, porque, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação é necessária.

É pela motivação que o administrador busca persuadir os destinatários de que o ato administrativo feito daquela maneira foi a melhor solução. Demonstra que a interpretação se deu segundo a razoabilidade.

Para Florivaldo Dutra de Araújo (2005), a legalidade do ato deve ser analisada conforme as alegações feitas. Portanto, substituir essas alegações por outras, seria reedição do ato, o que só pode ser feito internamente pela Administração Pública, através da autotutela. Já no caso de abundância de motivação, o órgão controlador poderá fazer a análise para detectar entre vários fundamentos aquele que se encaixa no ato praticado. Se houver ilegalidade ou desarmonia com a finalidade legal, estará caracterizado desvio de poder ou ofensa à lei, o que implicará em anulação do ato.

DISCRICIONARIEDADE E SEUS LIMITES – ABUSO DE PODER

O administrador, apesar de possuir poder discricionário, não possui uma discricionariedade plena para adotar condutas conforme sua livre escolha. A vontade da lei sempre vai ser imposta frente a vontade subjetiva do administrador.

Dessa forma, o poder discricionário está condicionado a limites internos e externos. Esses limites internos são relativos aos princípios que se valem para atuar no caso concreto, como a supremacia do interesse público, motivação,

razoabilidade, necessidade, entre outros. Já os limites externos são aqueles que colocam a Administração em uma situação perante a prática daquele ato, ou seja, são fatores ou direitos subjetivos dos administrados que limitam.

A razoabilidade é um conceito jurídico que possibilita limitar a atuação dos administradores. Os atos administrativos devem observar o princípio da razoabilidade, e caso não seja feito, estará ultrapassando os limites da discricionariedade. Da mesma forma o princípio da proporcionalidade limita o poder discricionário da Administração Pública, pois atua como um ponto de equilíbrio entre o ato praticado pelo administrador e o que se pretendia alcançar com ele.

O abuso de poder é caracterizado para Edimur Ferreira de Faria (2011, p.180) como: “compreende a atuação do agente administrativo, sem previsão legal ou fora dos limites legais ou ainda contrários aos fins previstos na lei”.

Atualmente, com a grande crise que a discricionariedade está sofrendo, verifica-se com frequência o abuso de poder. Os administradores estão agindo além dos limites da discricionariedade impostos por lei, pra atender objetivos diversos daqueles que deveriam ser.

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública exerce seu controle através da fiscalização hierárquica, recursos administrativos e fiscalização financeira e orçamentária. A fiscalização hierárquica acontece conforme a organização da Administração, de forma que, agentes e órgãos trabalham com uma relação de subordinação, cabendo aos superiores ordenar e coordenar as ações inferiores.

Os recursos administrativos são meios pelos quais o administrado ou o agente público solicita o reexame de determinado ato praticado. Os recursos administrativos de iniciativa do administrado fundam-se no art. 5º, XXXIV da Constituição da República. São espécies de recursos a representação administrativa e reclamação administrativa.

A motivação em se tratando do autocontrole dos atos administrativos é de suma importância, tanto quando se tratar de fiscalização hierárquica, que exercida previamente faz com que o conhecimento de outros motivos de atos da mesma natureza praticados na Administração sirvam de bússola, bem como na hipótese de fiscalização posterior ao ato perfeito, o agente que deve homologar, por exemplo, importará saber as razões que envolvem a prática do ato.

No que diz respeito aos recursos administrativos, primeiramente, é visto que se motivado e fundamentado o ato ao administrado, muitas vezes lança mão do recurso. Além disso, mesmo que feito o recurso pelo administrado, a motivação exposta no ato impugnado, o controlador terá ciência das razões de legalidade e conveniência que geraram o ato.

A Constituição da República teve clara preocupação em fortalecer o Poder Legislativo, de forma que, além de sua função típica de legislar, este tem maior poder de fiscalização do executivo. Dentre outras formas de fiscalização do executivo pelo Poder Legislativo, há de ser ressaltado: a) a fiscalização dos atos por meio de comissões parlamentares de inquérito; b) controle do Poder Regulamentar e da delegação legislativa; c) controle dos atos executivos em geral, incluindo da Administração Indireta.

Mais uma vez vê-se a importância da motivação para o controle do ato administrativo no que diz respeito a verificação da legalidade do ato que está sendo examinado.

Saliento a prerrogativa parlamentar de sustação dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, contida no art. 49, V da CF. Isto porque, na prática, o administrador que emitia um regulamento, quase sempre não se limitava ao âmbito estrito de suas faculdades legais, e o judiciário, que detinha integralmente o controle do poder regulamentar, se limitava a julgar, por preocupação a separação de poderes. Por isso, a Constituição da República possibilitou ao legislativo o poder de impedir que o executivo ultrapasse os limites que lhe são impostos. O administrador além de não ultrapassar os limites, deve cuidar de demonstrar a motivação dos atos administrativos gerais e abstratos, sendo basicamente uma exposição de motivos.

O controle judiciário é exercido na órbita civil e penal. Na primeira, o controle ocorre nas hipóteses em que a Administração exija prestação patrimonial, ou que nela seja convertida. Já no âmbito penal, o controle é feito para quem viola a lei, impondo uma penalidade.

Como já dito, nenhum ato, seja ele vinculado ou discricionário, foge ao controle do Poder Judiciário, que examina os atos mediante procedimento comum ou ações com ritos especiais. O procedimento comum dá-se pela ação ordinária, enquanto que as ações especiais, além de terem o rito mais acelerado, são de berço constitucional.

Entre as ações especiais, cito três que considero de suma importância: a) ação de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, devendo ser amplo o controle jurisdicional, seja na fixação do preço ou nas nulidades processuais, abrangendo também a verificação das circunstâncias legais invocadas para sua validade. Por isso a motivação é de suma importância, pois por ela será analisado os instrumentos legais utilizado pelo administrador, a norma que prevê a hipótese de expropriação, bem como os elementos fáticos que levaram a ocorrência da hipótese invocada; b) ação de *habeas corpus*, quando a autoridade pública pratica ato que ameaça ou viola a liberdade de locomoção de alguém, caracterizando abuso de poder. No entanto, é importante ressaltar que tem casos em que a intervenção administrativa é urgente, podendo a manifestação da Administração, bem como sua motivação virem depois, exprimindo o inteiro teor das providências e suas respectivas motivações; c) ação de mandado de segurança, em que é reconhecido direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Tendo em vista as garantias e direitos individuais, as normas aplicáveis ao Poder Público, e os princípios que regem o direito administrativo, é necessária a motivação anterior ou contemporânea ao ato, sob pena de responder pela anulação do ato, independentemente de ser válido ou não, pois este não está motivado.

CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Como é possível perceber até o presente momento, os atos administrativos sofrem controle tanto pela própria administração, quanto pelo poder Legislativo e Judiciário. No entanto, esses atos submetidos a controle são feitos apenas no âmbito da legalidade, sendo vinculado ou discricionário. Dessa forma, os atos discricionários que possuem além da legalidade o mérito, para o direito brasileiro, somente sofrem controle pela própria administração.

A justificativa da doutrina majoritária e jurisprudência para tal posicionamento é que seria uma violação a Tripartição de Poderes, de forma que o Poder Judiciário estaria intrometendo na seara do Poder Executivo.

No entanto, a ideia defendida neste artigo está em conformidade com o pensamento do Edimur Ferreira de Faria, entre outros professores e estudiosos que entendem que o excesso de poder da administração se dá em decorrência da falta de controle dos atos.

Apesar de não haver uma discricionariedade plena, os administradores encontram formas de burlar a lei, agindo com abuso de poder, muitas vezes beneficiando poucos, ignorando os princípios básicos da Constituição impostos a Administração Pública. A inobservância de qualquer um dos princípios resulta em ilegalidade do ato.

Nessa perspectiva, é evidente que a discricionariedade vem sofrendo uma crise absurda, pois agentes públicos praticam atos baseados na conveniência e oportunidade, mas, muitas vezes não apresentam finalidade e motivação para esses atos. No entanto, quando feito o controle pela própria administração, não verificam tais condutas e o judiciário analisa apenas o âmbito da legalidade dos atos, não adentrando no seu mérito.

Com tudo isso, sabe-se que os posicionamentos dos juristas mudaram um pouco com relação ao controle pelo judiciário, bem como com relação a necessidade de restringir a discricionariedade dos agentes públicos. Os entendimentos têm mudado, mas a prática ainda não.

O objetivo do legislador ao declarar que a Administração Pública teria poder discricionário para praticar determinados atos, não foi deixar o agente público livre para escolher como achasse melhor, não foi para que praticassem condutas abusando do poder. O objetivo foi que o administrador tivesse discricionariedade frente a um caso concreto não conhecido ainda legalmente, mas com razoabilidade, com proporcionalidade.

Acerca disso o professor Edimur Ferreira de Faria (2011) explana:

Na prática, o que o legislador efetivamente quis nessa situação não foi conferir ao administrador competência ou poder para escolher a seu talante a solução que melhor lhe agrade. Não, não foi isso. O agente público não tem, nessa condição, vontade livre. A vontade que manifesta é a vontade da lei, é a vontade social, é a vontade que verdadeiramente atende ao interesse público (p. 253).

Posto isso, o exame do mérito do ato administrativo discricionário pelo Judiciário tem basicamente o intuito de verificar sua conformidade com normas e princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Ademais, não se encontra na Constituição Federal, nem em leis infraconstitucionais norma que proíba o referido controle.

Os princípios da moralidade, da eficiência, da supremacia do interesse público são os que mais são transgredidos quando um agente público age com má fé, com abuso de poder ou não adota a melhor solução ao interesse público.

CONCLUSÃO

O Estado divide-se em três poderes que são autônomos e harmônicos entre si, sendo eles: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um desses poderes possui

funções típicas e atípicas, de forma que nenhum pode ultrapassar ou adentrar na esfera do outro. Contudo, durante a história do Brasil, o Estado passou por diversas mudanças, desde o absolutismo, ao Estado Liberal, mudando para Estado do bem-estar social, até hoje, que pode ser chamado de Estado Democrático de Direito. As normas que regulam esse atual panorama que encontra o país visa mais igualdade material e mais isonomia.

Dessa forma, cada ente federativo, seja município, estado ou união, através de políticas públicas, devem buscar a isonomia e o bem-estar social.

A administração Pública pode prestar serviços à população de forma direta ou indireta, delegando funções, mas sempre buscando o bem comum. Todos os órgãos da Administração Pública devem respeitar inúmeros princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos. Como regra geral, todos visam o tratamento igualitário dos cidadãos, além de frear os atos praticados pela Administração Pública, de forma que só pode ser feito aquilo que está legalmente previsto, e moralmente aceito, sendo ambos analisados juridicamente e podendo invalidar os atos praticados.

Dentro desses atos praticados pela Administração Pública, existem aqueles que são decorrentes de um Poder Vinculado e aqueles decorrentes de um Poder Discricionário. Importante reforçar que, mesmo sendo discricionário, o agente público deverá agir buscando sempre a equidade e justiça, não podendo ser usado em benefício de particular, mas sempre de acordo com interesse coletivo. Todos esses atos administrativos, sejam eles decorrentes da vinculação ou discricionariedade, podem ser analisados por qualquer dos poderes, quando se tratar da análise da legalidade do mérito, da moralidade. Com relação ao mérito desse ato administrativo, este não pode ser analisado pelo Poder Judiciário.

O grande problema enfrentado atualmente com os agentes públicos está relacionado à excessiva discricionariedade dos atos administrativos. Isso porque, um ato administrativo quando é vinculado, segue exatamente o que é legalmente previsto, de forma que não há meios de extrapolar, pois os elementos são todos permitidos ou não anteriormente em lei. Quando se trata de um ato administrativo discricionário, alguns elementos veem descritos em lei, mas outros devem ser usados conforme o critério do administrador. Caso esse agente público não respeite o princípio da legalidade, poderá esse ato administrativo, mesmo que discricionário, ser revisto e anulado pelo Poder Judiciário. No entanto, quando se tratar do mérito do ato administrativo discricionário, ou seja, quando diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público, não poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, todos os atos administrativos vinculados podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, pois dizem respeito apenas a legalidade, mas, com relação aos atos administrativos discricionários, só será objeto de controle a parte vinculada, pois a parte discricionária só pode ser analisada pelo poder Executivo.

O método mais eficaz para conseguir regram a Administração Pública talvez seja a motivação do ato. Quando este é vinculado, não há dificuldade, mas quando for discricionário, e quanto menos regrado, menos vinculação tiver, mais difícil fica de controlá-lo. Por isso, a motivação se faz importante, pois limita o abuso de poder dos agentes públicos, de forma que deve ser demonstrado porque a prática do ato foi a melhor solução, seguindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Caso haja incoerência entre a motivação e prática do ato, este poderá ser invalidado.

Apesar de ser entendimento majoritário na doutrina que os atos administrativos discricionários não sofrem controle pelo Poder Judiciário, em observância a Tripartição de Poderes, este artigo está em consonância com a doutrina minoritária, entendendo que a crise da discricionariedade, por parte da Administração Pública, tem trazido imenso abuso de poder.

Grande parte dos administradores e agentes públicos burlam a lei, desrespeitando os princípios constitucionais, e, mesmo que não exista uma discricionariedade plena, sempre encontram meios para agir com abuso de poder ou desvio de finalidade.

A partir do método dedutivo utilizado para a construção desse artigo, o entendimento final é de que os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, devem passar pelo controle do Judiciário, pois a crise moral, ética, legal e discricionária que se encontra a administração pública não permite qualquer segurança aos cidadãos. Deve-se ainda, restringir o poder discricionário dos agentes públicos, para que esses não possam agir com livre escolha e com inobservância dos princípios constitucionais.

Foi possível chegar a esse desfecho através de análises de teorias já consolidadas por autores renomados, bem como da Carta Magna e leis em sentido amplo. Além disso, os dados secundários utilizados como, doutrinas, artigos e legislações comentadas foram os materiais de apoio para conseguir obter um resultado preciso e original. 

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Flivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FARIA, Edimur Ferreira. *Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARCELO, Alexandrino; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade, fundamentos, natureza e limites. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 122, p. 1-19, out./dez. 1975).
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Constituição Federal – Anotada e Comentada – Doutrina e Jurisprudência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SILVA, E. N. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 1-18, jul/set. 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Marcus Vinicius Rozzetto. *Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário*. Orientadora: Maria Maida. 2015. 143f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina, 2015.



LARA LEMOS MAIA é graduanda do 9º período do Curso de Direito no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves.



MARCUS VINICIUS ROZZETTO SILVA é Doutor em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino e professor no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves.



DIVULGAÇÃO

Ab intestato – II

por VICENTE DE PAULO SARAIVA

“A representação (*successio in locum*, i. é, a sucessão no lugar [de]), diga-se de passagem, não era estranha ao direito romano, que já a conhecia desde o *jus antiquum* (direito antigo) da Lei das XII Tábuas, em linha reta, vindo a estender-se aos colaterais pela reforma de JUSTINIANO.”

Continuando nossa exposição anterior sobre os herdeiros intestados no direito romano. JUSTINIANO estabeleceu quatro classes de herdeiros, com as superiores excluindo as inferiores: 1ª) dos descendentes (encontrassem-se ou não sob a *patria potestas* [como os emancipados e os filhos adotivos]); 2ª) dos ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs germanos e seus filhos; 3ª) dos irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos e seus filhos; e 4ª) do colateral mais próximo – que excluía o mais remoto, não se estabelecendo limitação de grau.

Embora não expressamente previsto nas aludidas Novelas 118 e 127, interpreta-se ter JUSTINIANO admitido a delação da *herança à mulher*, em não havendo sequer colaterais, a teor do que já estava previsto na Novela 53 (Cap. VI), que beneficiava o cônjuge pobre sobrevivente com a quarta parte dos bens do falecido (v. tb. Nov. 107, Cap. V).

Historicamente, todos os povos da Antiguidade, do Oriente ao Ocidente, conheceram a sucessão *legítima* além dos romanos, como p. ex. os gregos, egípcios, babilônios, hindus e chineses, sendo de direito costumeiro entre os celtas, germanos e fripões – os três últimos desconhecendo o testamento, este de criação creditada aos romanos, ao que parece remontando à Lei das XII Tábuas (5, 1/6 e 8 – ed. Riccobono).

A reforma justinianéia, consolidando a prevalência da cognação sobre a agnação, naquela firmando a *ordem* vocacional, lançou as bases do sistema sucessório moderno ocidental, especialmente nos países de mentalidade latina, como o nosso. Certo que, em princípio, a sucessão se abre com a morte. Só que, no direito romano, sem precisar de ato seu, apenas o *heres sui* adquiria a herança, mesmo *invitus* (contra a própria vontade); os demais, não: *delata* (aberta) a sucessão com a morte, intermediava a herança jacente, até que eles viessem a formalizar a aceitação (*acquisitio*).

Por volta do séc. XIII, entretanto, é que o *droit de saisine* (direito à posse), de origem presumivelmente germânica, foi endossada pelo Parlamento francês, repudiando a praxe medieval de pagamento dos herdeiros ao senhor pela posse dos bens deixados pelo servo falecido: por esse direito passou-se a estabelecer, em definitivo, que a posse e o domínio dos bens deixados pelo *de cuius* (o defunto) transmitiam-se diretamente da pessoa dele para os hederiso. O princípio tornou-se consagrado, entre nós, desde o Alvará de 09.11.1754, sendo acolhido pelo nosso Código Civil de 1916, em seu art. 1.572 e mantido pelo art. 1.784 do atual CC/02 (aliás, tanto para a sucessão legítima quanto para a testamentária – cuja coexistência, portanto, é acolhida, ao contrário, também, do direito romano). Daí, não necessitar o herdeiro de requerer judicialmente a posse dos bens, a não ser para defendê-la contra a agressão de terceiros, para o que se acha legitimado *ad causam* (para a causa) mesmo se detentor de ínfima quota hereditária (ant. CC, par. único do art. 1.580). Mas qualquer herdeiro, inclusive o necessário, tácita ou expressamente deverá aceitar a herança, ou a ela expressamente renunciar (CC, art. 1.806).

Conciliando o princípio da liberdade de testar (CC, art. 1.786) com os direitos dos herdeiros *necessários* – os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (este

último a grande inovação do CC/02 em seu art. 1.845) –, a lei reserva a metade dos bens do testador (reserva essa, por isso, denominada “legítima”), a ponto de poder ser reduzida, senão anulada, qualquer disposição em contrário (CC, art. 1.846). O teor da Táb. 5 da Lei das XII Tábuas permite presumir que, entre os romanos, era omnímota a liberdade de testar, inicialmente: contudo, a partir do final da república, pelo menos, certos herdeiros legítimos (os *sui* o eram desde o *jus antiquum*) passaram a ter direito a serem instituídos herdeiros testamentários, fazendo jus à **portio legitima/debita** (quota legítima/devida), caso não fossem regularmente deserdados; e se o fossem injustamente (*ab irato [impulsu]*, isto é, por um impulso de ira), era-lhes facultada a *querela inofficiosi testamenti* (queixa [judicial] contra o testamento [exarado] ao arrepio do dever [de piedade/afeição para com os parentes próximos]) [Instas. 2, 18] – a fim de reclamarem a quota hereditária que lhes caberia se a sucessão fosse abintestada.

Diferentemente, ainda, do direito romano, o herdeiro, sub-rogando-se muito embora no ativo e no passivo patrimonial do falecido, não estava obrigado, porém, ao que excedesse ao valor da massa (CC, arts. 1.792 e 1.821).

Como a idéia predominante na ordem da vocação hereditária (arts. 1.829/1.844) é o parentesco, nosso Código Civil atual distribuiu os herdeiros em *classes* preferenciais, a consanguinidade prevalecendo sobre a afinidade (excluído o grau mais remoto pelo mais próximo – acolhendo, assim o princípio cardeal romano): 1ª) os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (art. 1.829, I); 2ª) os ascendentes, em concorrência com o cônjuge (art. 1.829, II); 3ª) o cônjuge sobrevivente (art. 1.829, III); 4ª) Os colaterais (arts. 1.829, IV e 1.840); 5ª) o/a companheiro/a (art. 1.790); 6ª) os Municípios, o Distrito Federal ou a União (art. 1.844, mantendo a redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.06.90).

E assim, pelo art. 1.833, o herdeiro, chamado diretamente à sucessão, herda por direito próprio (= **proprio jure**) – os mais próximos excluindo os mais remotos, ressalvado o direito de representação; esclarece ainda o art. 1.835 que os filhos sucedem por cabeça (*in/per capita*), enquanto os outros descendentes o fazem por cabeça (*in/per capita*) ou por estirpe (*in/per stirpes*), conforme se achem ou não no mesmo grau. Atente-se nenhuma distinção se poder mais fazer entre os descendentes da mesma classe – sejam *legítimos, legitimados* ou *ilegítimos, naturais* ou *adulterinos, espúrios* ou *incestuosos, adotivos* enfim, que têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes (art. 1.834), ante a penosa e gradativa evolução igualitária a que se chegou atualmente, quer pela legislação infraconstitucional, quer em decorrência dos princípios estabelecidos pelo § 6º do art. 227 da Constituição Federal de 1988. É que, pela redação originária de nosso ant. Código Civil, achavam-se fora da sucessão hereditária os filhos incestuosos e adulterinos; o filho natural, reconhecido na constância do casamento, só tinha direito à metade do que coubesse ao filho legítimo ou legitimado (ant. CC, art. 1.605, § 1º – em sua redação originária); e ao filho adotivo, concorrendo com os legítimos, supervenientes à adoção, só tocava a metade da herança cabível a cada um daqueles (*id., ib.,* § 2º – também em sua redação originária).

Mas o art. 51 da chamada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26.12.77), modificando o art. 2º da Lei nº 883, de 21.10.49 (que há dispunha, então, sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, *i. e.*, adúlteros), determinou que, “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”. Restavam de fora, ainda assim, os incestuosos (por ser-lhes impossível o reconhecimento), bem como os adotivos (por falta de regulamentação específica).

Em face, todavia, de mudança na concepção de filiação, quaisquer filhos – mesmo os incestuosos, adúlteros e naturais, afora os legitimados, legítimos ou adotivos – encontram-se hoje em igualdade de situação para efeitos sucessórios. Desta forma, revogados foram os aludidos §§ 1º e 2º do art. 1.605 do ant. Código Civil, esvaindo de conteúdo a equiparação aos legítimos, para fins sucessórios, dos filhos legitimados, naturais reconhecidos e adotivos, prevista no *caput* do mesmo artigo.

No que diz respeito aos adotivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.90), na sequência do comando constitucional, especificou, em seu art. 41, que “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Ora, dada a reciprocidade que existe no direito sucessório, em morrendo o filho adotivo, sem descendentes, sua herança transmitir-se-á aos pais adotivos. Mas o § 2º do mesmo art. 41 do referido Estatuto foi mais além, ao explicitar – avançando naquele princípio – que “É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

Cumpra observar que, na hipótese de o herdeiro falecer *antes* da abertura da sucessão, herdará por *representação* (= *jure alieno*) os descendentes do herdeiro anteriormente falecido, sucessivamente; herdará também os filhos de irmãos daquele, se com irmãos deste concorrerem (CC, arts. 1.852 e 1.853 c/c o art. 1.840) – quando, então, a sucessão se faz por estirpe. Inadmitte-se a representação para os ascendentes (CC, art. 1.852), advirta-se, a qual, aliás, é própria da sucessão *ab intestato*. E, assim, vem ela excepcionar o princípio geral *de que* os herdeiros mais próximos excluem os mais afastados.

A representação (*successio in locum*, *i. e.*, a sucessão no lugar [de]), diga-se de passagem, não era estranha ao direito romano, que já a conhecia desde o *jus antiquum* (direito antigo) da Lei das XII Tábuas, em linha reta, vindo a estender-se aos colaterais pela reforma de JUSTINIANO.

Como anteriormente assinalado, no direito romano o pretor podia conceder a *bonorum possessio unde vir et uxor*, ensejando praticamente a sucessão entre os cônjuges, afora ter-se vindo a reconhecer à mulher sobrevivente a quarta parte dos bens do marido falecido, em não havendo colaterais. 📌



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, 856 p.).

SAIBA MAIS



O que é ISO 27701 e como entender a aplicação da norma para gestão da privacidade da informação em 5 passos

POR JOSÉ ANTONIO MILAGRE E CAROLINA BONFIM

“A ISO 27701 tem como objetivo contribuir para que empresas demonstrem a agências, órgãos públicos, investidores e sociedade que a organização está empenhada em adotar controles eficazes e que são considerados melhores práticas internacionais em proteção de dados.”

A norma ISO 27701 especifica os requisitos e fornece diretrizes para o estabelecimento, implementação, manutenção e melhoria contínua de um sistema de gestão de privacidade da informação (SGPI).

Assim como as demais normas da família 27000, em especial 27001 e 27002, a ISO 27701 apresenta requisitos relacionados ao SGPI (Sistema de Gestão da Privacidade da Informação) e também diretrizes para os controladores e operadores de dados pessoais, atores com grandes responsabilidades nas atividades de tratamento.

É aplicável a todos os tipos de organizações, tanto públicas quanto privadas e também se relaciona com outras normas técnicas que lhe dão suporte para a implementação da conformidade.

A norma nasce como uma extensão de requisitos da ISO 27001 e de diretrizes da 27002, todos focados em privacidade da informação e não

em um sistema de gestão próprio. A norma complementa as demais normas de segurança da informação com seus requisitos específicos.

Para compreensão da ISO 27701 é preciso ter em mente que ela se relaciona a todo instante com as normas de segurança da informação, ora ampliando diretrizes e requisitos, ora criando novas e específicas, até mesmo mantendo as diretrizes já disciplinadas nas normas de segurança da informação.

Dentre os 5 passos para entender a norma, rapidamente citamos:

1) Compreender que a seção 5 traz requisitos específicos de um sistema de gestão de privacidade da informação, em momentos ratificando os da 27001, em outros promovendo acréscimos e atualizações.

2) Compreender que a seção 6 traz diretrizes específicas de um sistema de gestão de privacidade da informação, em parte ratificando os da 27002, ora promovendo acréscimos e atualizações. Aqui, aliás, temos muitos acréscimos em comparação com a seção 5.

3) Compreender que a seção 7 traz o que chamamos de diretrizes adicionais à ISO 27002 para controladores e que também tem relação com o Anexo A da norma, que trata dos controles e objetivos de controle específicos para controladores.

4) Compreender que a seção 8 traz o que chamamos de diretrizes adicionais à ISO 27002 para operadores e que também tem relação com o Anexo B da norma, que trata dos controles e objetivos de controle específicos para operadores de DP.

5) Compreender os anexos da norma, sendo o “A” destinado a controladores e “B” a operadores (atualizando os controles e objetivos de controle da ISO 27001), o “C” traz um mapeamento da norma com os princípios de privacidade, o “D” e “N/A” fazem o mapeamento entre as exigências da GDPR e LGPD e os controles trazidos pela norma, que ajudam na conformidade, e o “E” uma relação da norma com outras ISOs não menos importantes, 27018 (Cloud) e 29151 (diretrizes e controles adicionais). Não se pode tirar de vista o anexo “F”, que justamente nos ensina como aplicar a ISO/IEC 27701 com as normas “base”, 27001 e 27002.

Deste modo, a ISO 27701 tem como objetivo contribuir para que empresas demonstrem a agências, órgãos públicos, investidores e sociedade que a organização está empenhada em adotar controles eficazes e que são considerados melhores práticas internacionais em proteção de dados.

Estes 5 (cinco) passos apresentam de forma clara e simples como compreender a aplicação e utilizar as seções da norma na adequação de empresas e negócios. Após esta atividade, é momento de iniciar o plano de implementação, que envolve avaliação, priorização de pontos críticos, implementações e auditoria periódica. Não há tempo a perder e quanto mais ágil for a resposta corporativa a esta importante fase que inaugura a ISO 27701, melhor para o avanço rumo à conformidade com um padrão internacional envolvendo a privacidade da informação. 📝



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ ANTONIO MILAGRE é Data Protection Officer (DPO) Certified ITCERTS.CA, Privacy and Data Protection Foundation Certified EXIN. Advogado especialista em Direito Digital e Proteção de Dados, técnico em processamento de dados, perito em informática, Mestre e Doutorando em Ciência da Informação pela UNESP (Universidade Estadual Paulista), Pesquisador em direito e dados do Núcleo de Estudos em Web Semântica e Análise de Dados da USP (Universidade de São Paulo). Fundador do Instituto de Defesa do Cidadão e Consumidor na Internet – IDCI, Presidente da Comissão de Direito Digital da Regional da Vila Pudente da OAB/SP, Autor de dois livros pela Editora Saraiva (Marco Civil da Internet: Comentários a Lei nº 12.975/2014 e Manual de Crimes Informáticos).



ARQUIVO PESSOAL

CAROLINA BONFIM COELHO é Especialista em Direito Digital e Dados, membro do escritório José Milagre & Associados.



Lei Romeo Mion

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Ao lado da evolução e crescimento moral e espiritual do homem, uma nova estruturação legal também se desenvolveu no sentido de prestigiar a natureza humana em sua totalidade, fazendo ver que a unicidade do homem deve ser reconhecida, prestigiada e valorizada. Cada pessoa carrega a semente da humanidade, que assim vai se perpetuando e se aperfeiçoando.”

A lei, embora seja um instrumento normativo e disciplinador das atividades humanas, nem sempre recebe aplausos da população porque, em grande parte dos casos, traz em seu conteúdo regras limitadoras ou até mesmo as que majoram tributos, impostos e taxas, que irão trazer sérios dissabores aos contribuintes.

Mas algumas leis, por outro lado, canalizam seu conteúdo pelo campo estritamente social visando aperfeiçoar o relacionamento humano, traçando novas diretrizes que irão gravitar em torno do reconhecimento de novos direitos com acentuada tutela humanista.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 13.977, de 08 de janeiro de 2020, conhecida por Lei Romeo Mion, que instituiu a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea), a ser expedida gratuitamente pelos órgãos responsáveis pela execução da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os estabelecimentos públicos ou privados engajados na divulgação poderão exibir a fita quebra-cabeça, que é o símbolo mundial do transtorno do aspecto autista, para sinalizar a prioridade de atendimento às pessoas assim consideradas.

Ao modificar a Lei nº 12.764/2012, conhecida por Lei Berenice Piana, a *novatio legis* estabelece claramente seus objetivos no art. 3º-A: “É criada a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea), com vistas a garantir atenção integral, pronto atendimento e prioridade no atendimento e no acesso aos serviços públicos e privados, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social”.

O parâmetro basilar estabelecido na Constituição Federal quando erigiu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático do Direito (art. 1º, III), assim como da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015), é a promoção da igualdade entre as pessoas.

A Constituição Federal não ungiu cidadãos de primeira e segunda classes e nem criou uma base utópica protetiva, aparelhando as pessoas com os mesmos potenciais. Toda pessoa humana contém, na sua imensa grandeza, o sentido próprio do universo, assim como é depositária de todo o valor da humanidade. Se todos são iguais perante a lei, o regramento isonômico não permite outra interpretação a não ser um posicionamento inequívoco em defesa da vida.

A Lei nº 12.764/2012 é taxativa em afirmar que a pessoa com transtorno do espectro autista é pessoa considerada com deficiência para todos os efeitos legais e, conseqüentemente, passa a ser destinatária dos cuidados e direitos expostos no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ribeiro, de forma arguta, comentando o artigo 4º da referida lei, arrebata: “Sua natureza jurídica incorporou um novo modelo social, alvidrado pelos Direitos Humanos, que é a reabilitação da própria sociedade como um todo, trazendo a necessidade de minorar as barreiras de exclusão e incluir a pessoa com deficiência na comunidade. Garante o Estatuto à pessoa com deficiência uma vida independente, com igualdade de direitos, no exercício de sua plena capacidade jurídica.”¹

Percebe-se, até com certa facilidade nos dias atuais, que, ao lado da evolução e crescimento moral e espiritual do homem, uma nova estruturação legal também se desenvolveu no sentido de prestigiar a natureza humana em sua totalidade, fazendo ver que a unicidade do homem deve ser reconhecida, prestigiada e valorizada. Cada pessoa carrega a semente da humanidade, que assim vai se perpetuando e se aperfeiçoando.

A respeito de Romeo Mion é um jovem autista, entusiasta e cheio de vida, que contou com a incessante luta de seu pai e de toda comunidade autista para a aprovação da lei. A conquista, na realidade, é da comunidade brasileira. 🙌

NOTA

- 1 Ribeiro, Luciana Esteves Zumstein. Estatuto da pessoa com deficiência. Coordenador Antonio Cláudio da Costa Machado. São Paulo: Estante de Direito, 2019, p. 46.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Reitor da Unorp, Advogado.

A Dignidade da Pessoa Humana e a Intolerância Religiosa

POR REIS FRIEDE

“Considerando os ditames da Carta Magna com relação à proteção da liberdade religiosa, mormente em se tratando de direitos fundamentais, os organismos de Estado precisam se empenhar ainda mais para fazer cumpri-la, como convém no Estado Democrático de Direito.”

Poucos anos atrás, uma menina carioca de apenas 11 anos levou uma pedrada na cabeça após ser vítima de um ato de intolerância religiosa. O emblemático caso, dentre tantos outros, foi, – como não poderia deixar de sê-lo –, obviamente repudiado pela enorme maioria dos brasileiros.



Aquele fato nos remete à lembrança de outro, igualmente grave, que foi a veiculação pelo Google Brasil (e pela internet) de conteúdos claramente denotativos de intolerância e discriminação religiosa às crenças de matrizes africanas, o que levou o Ministério Público Federal, à época, a ajuizar Ação Civil Pública com vistas à condenação da empresa a retirar dos meios públicos virtuais todos os conteúdos ofensivos.

O Poder Judiciário, através do Tribunal Federal da 2ª Região, decidiu pela imediata retirada dos vídeos listados pelo MPF da rede mundial de computadores, exatamente por entender que eram potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra tais religiões, o que não corresponde ao legítimo exercício do direito à liberdade de expressão.

A menina, de acordo com dados amplamente publicados pela mídia, saía de um culto de candomblé e não estava só, mas acompanhada de um grupo de pessoas com roupas típicas da religião. Os agressores, paradoxalmente, levantaram a Bíblia e começaram primeiro a agredi-los verbalmente, – “diabos”, “vão para o inferno” –, em seguida, lançaram pedras na direção em que estavam. Uma delas acertou a cabeça da menina, que, ferida e sangrando muito, foi levada às pressas para o hospital.

A contradição está no fato de terem usado um livro sagrado para cometerem atos de violência, desconhecendo o amor de CRISTO, transcrito, por exemplo, no Evangelho de SÃO JOÃO, que nos noticia o caso de uma mulher acusada de adultério trazida até o templo, onde JESUS ensinava, por escribas e fariseus. Esses indagam a Ele se a punição à mulher deveria seguir a Lei Mosaica, ou seja, a condenação ao apedrejamento para casos assim. JESUS então disse sua célebre frase: “aquele que dentre vós está sem pecado, seja o primeiro que lhe atire uma pedra” (JOÃO 7:53 até JOÃO 8:1-11).

Ora, a Constituição Federal protege os direitos do indivíduo, sobretudo os relacionados à liberdade de pensamento e de expressão, portanto, de consciência, de crença e de culto. Também a Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014, trata, expressamente, da proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

Como direitos fundamentais, as liberdades asseguradas na Constituição garantem aos seus destinatários não apenas a obrigação do Estado em respeitá-las,



como também a obrigação de cuidar para que sejam respeitadas pelos próprios particulares em suas relações recíprocas. São as *diferenças* e o *absoluto respeito a elas* que se constituem a expressão do Estado liberal laico e, conseqüentemente, da verdadeira Democracia.

“(Estamos diante de um) delicado momento para a sociedade brasileira, permeado de ações que apontam para um grave retrocesso nas conquistas sociais garantidas gradativamente com a Constituição de 1988. Entre elas, figura a consagração do Estado brasileiro como uma entidade laica.” (NEI LOPES; *Consciência negra e religiosidade*, O Globo, 25/11/2017, p. 21)

Vale assinalar que, embora a liberdade de crença seja garantida constitucionalmente, casos de intolerância religiosa (especialmente quanto aos cultos de matriz africana) têm aumentado em diferentes estados da Federação, denotando que a proteção a esse direito fundamental ainda é um desafio para as autoridades.

Em todo o país, o número de denúncias saltou de 15, em 2011, para 759, em 2017, segundo o serviço “Disque 100”. O Procurador da República JAIME MITROPOULOS afirma que, até setembro de 2017, havia uma denúncia de discriminação, violência ou intolerância religiosa a cada 15 horas. Para ele, essa estatística reflete tanto a proliferação dessas práticas na internet quanto a ausência de uma resposta firme por parte do Estado para esse tipo de crime.

O ritmo de crescimento desses episódios é igualmente avassalador em alguns estados. Na Bahia foram registrados, de janeiro a maio de 2019, 67 casos de intolerância religiosa, quase o mesmo número de todo o ano passado (77), segundo a Promotoria de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa de Salvador.

No Rio de Janeiro essa situação, por si só inaceitável, se torna ainda mais dramática devido ao envolvimento do crime organizado nos ataques, muitos deles dirigidos a templos de religiões de matriz africana. Em Campos, no norte do estado, 15 terreiros foram fechados de janeiro a maio de 2019 devido a intimidações ou agressões, sendo que o maior número de ataques a esses locais religiosos, comandados pelo tráfico, ocorre na Baixada Fluminense (Autoridades Precisam Conter Onda de Intolerância Religiosa no País, O GLOBO, Rio de Janeiro, 12/06/2016, p.02).

Nunca é por demais lembrar que a glória da criação está em sua infinita diversidade (em todas as suas modalidades e naturezas) e na forma que nossas *diferenças* se combinam para criar *significado e beleza*.

O discurso do ódio (ou de incitação ao ódio), conjunto de manifestações de ideias capazes de suscitar atos de violência, ódio e/ou discriminação racial, social ou religiosa, precisa ser, portanto, continuamente reprimido.

A sociedade brasileira encontra-se em um momento de conflitos e radicalizações (principalmente no campo político), não havendo razão para se acrescentar a esse cenário inflamável mais uma área de tensão. Portanto, considerando os ditames da Carta Magna com relação à proteção da liberdade religiosa, mormente em se tratando de direitos fundamentais, os organismos de Estado precisam se empenhar ainda mais para fazer cumpri-la, como convém no Estado Democrático de Direito. 📌



REIS FRIEDE é Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Portaria cria atalho ilegal para cobrança da dívida ativa

por CLÁUDIO LOPES CARDOSO JÚNIOR

“A iniciativa da PGFN de criar alternativas para melhorar a eficiência da cobrança de débitos inscritos em dívida ativa é louvável. A tentativa de fazer isso sem a observância dos parâmetros legais e constitucionais, não.”



A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) editou a portaria nº 948 e criou o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade (“PARR”). O art. 1º diz que o ato normativo “regulamenta o procedimento administrativo para apuração de responsabilidade de terceiros pela prática da infração à lei consistente na dissolução irregular de pessoa jurídica devedora de créditos inscritos em dívida ativa administrados pela PGFN”.

O PARR será instaurado pela unidade da PGFN responsável pela cobrança da dívida contra terceiro cuja responsabilidade se pretende apurar. O potencial responsável será notificado e terá o prazo de 15 dias para apresentar impugnação. A impugnação será apreciada pelo próprio “Procurador da Fazenda Nacional em exercício na unidade descentralizada responsável pela inscrição em dívida ativa” (art. 5º). Se a impugnação for considerada improcedente, o terceiro será incluído na inscrição em dívida ativa na condição de devedor (art. 7º, § 1º). Existe previsão de recurso administrativo, que será apreciado por procurador de cargo superior àquele que apreciou a impugnação. A autoridade superior poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 6º, § 2º).

As impugnações e recursos deverão ser apresentados pelos devedores por meio do portal Regularize, que foi criado pela PGFN e disponibiliza uma série de serviços e informações relacionados à dívida ativa federal.

A análise das informações disponibilizadas na plataforma Regularize revela que o PARR vem sendo adotado pela PGFN com bastante frequência, inclusive com várias intimações realizadas por edital, o que acende um alerta vermelho para muitas pessoas que podem se tornar devedores e não tomar conhecimento desta condição.

Feito o resumo do procedimento e um breve comentário sobre o portal Regularize, passamos à análise crítica do ato normativo editado pela PGFN.

Primeiramente, chama a atenção a apresentação, pela Portaria, de dois termos bastante genéricos, quais sejam: (i) *terceiro* e (ii) *dissolução irregular*. A inexistência de definição sobre quais pessoas ou situações estariam abarcadas pelos dois conceitos abre campo para muitas controvérsias.

Com relação a ausência de definição sobre quais seriam as pessoas abarcadas pelo termo terceiro, isso significa que, a princípio, qualquer um que não seja a própria pessoa jurídica devedora poderia vir a ser acionado via PARR. Nesse contexto, indaga-se: quais são as pessoas que podem ser responsabilizadas por débito de pessoa jurídica dissolvida irregularmente? Pode o sócio-administrador? Sócio (não administrador)? Administrador (não sócio)? Ex-sócio? Ex-administrador? Sócio de fato?

Além da *função* do terceiro, deve-se considerar também *quando* ela foi exercida, ou seja, se o exercício da função foi contemporâneo ao fato gerador do tributo objeto da cobrança ou à dissolução irregular em si. Seria possível responsabilizar sócio e/ou administrador que não exercia essa função no momento do fato gerador do tributo e/ou da ocorrência da dissolução da empresa?

No que diz respeito à *dissolução irregular*, uma leitura a *contrario sensu* da Portaria dá uma ideia do entendimento da PGFN sobre o significado da expressão. Prescreve a Portaria que, na impugnação, poderá ser juntada “cópia dos documentos que comprovem o regular funcionamento da pessoa jurídica, como notas fiscais, livros contábeis e fiscais, extratos bancários, relação de empregados e comprovação de tributos correntes”.

O texto suscita reflexão. Ausência de conta bancária, empregados ou pagamento de tributos correntes representa dissolução irregular de pessoa jurídica? A paralização da atividade, só por só, gera responsabilização de terceiros?

Como visto, o tema pode gerar uma multiplicidade de situações. Além disso, deve-se considerar que não existe consenso na jurisprudência sobre muitas das questões suscitadas nos parágrafos anteriores. A combinação destas circunstâncias provocará muitos embates no PARR.

Falei a respeito das discussões que podem ser travadas no âmbito do PARR, mas, em rigor, elas sequer poderiam ocorrer. E não poderiam porque, na essência, o PARR é ilegal. Dois motivos dão suporte à assertiva.

Primeiro, o PARR é ilegal porque foi criado por ato infralegal e isso, no meu entender, deveria ser disciplinado por lei aprovada pelo Congresso Nacional. O segundo motivo ajuda a entender o primeiro. No ordenamento jurídico brasileiro, três são as situações que autorizam a constituição de título executivo contra determinada pessoa. São elas: i) processo administrativo com as garantias do *due process of law*; ii) consentimento do devedor, que ocorre no caso do cheque e das dívidas fiscais declaradas pelo próprio contribuinte; e iii) decisão proferida por juiz de direito. No caso, o PARR quer ser um processo administrativo (i) para dispensar a decisão judicial (iii).

Se bem analisado, é possível notar que o PARR foi criado para contornar a exigência de decisão judicial para o redirecionamento das execuções fiscais. O PARR criou um atalho para o redirecionamento. O procedimento, no entanto, é tão curto quanto ilegal.

Na verdade, da forma como foi disciplinado, nem uma lei poderia criar o PARR. É que o procedimento administrativo apto a criar um título executivo a autorizar a execução forçada contra o patrimônio de pessoa física ou jurídica é aquele em que estejam asseguradas garantias básicas e constitucionais do devido processo legal. Não há *due process of law* sem direito de defesa e contraditório. E tais direitos não são observados quando não se tem juízes imparciais e independentes. O PARR, como se viu, criou um procedimento em que os procuradores do Fisco atuam como juízes da própria causa.

A iniciativa da PGFN de criar alternativas para melhorar a eficiência da cobrança de débitos inscritos em dívida ativa é louvável. A tentativa de fazer isso sem a observância dos parâmetros legais e constitucionais, não. 🚫



O que fazer quando receber uma notificação Extrajudicial?

POR CARLA GRAZIELA PORTO

“Sempre tome uma atitude ao receber uma notificação Extrajudicial, se o que se pede na notificação extrajudicial não tiver procedência, ou seja, trate-se, por exemplo, de uma obrigação que você já cumpriu, procure respondê-la por escrito, com aviso de recebimento.”

Notificação Extrajudicial

A notificação extrajudicial é um comunicado feito fora de um processo judicial. É uma ferramenta usada para notificar uma pessoa sobre um pedido, para fazer um comunicado ou para tentar solucionar um conflito, sem que seja preciso ajuizar uma ação na Justiça.

As Notificações Extrajudiciais referem-se a situações cujo processo judicial ainda não foi instaurado, ou seja, é ainda uma fase amigável, mas não menos séria, e se as providências forem imediatas por parte do notificado, pode-se evitar um processo judicial.

A notificação extrajudicial é importante porque, caso não seja suficiente para solucionar uma questão entre duas partes em conflito, pode ser usada como prova em um processo judicial.

Dentro das várias formas que uma notificação extrajudicial pode ser usada com objetivos diferentes, temos:

- Solicitar uma cobrança de um valor devido e não pago;
- Solicitar que um inquilino desocupe um imóvel alugado;
- Notificar o cancelamento de uma procuração dada anteriormente;
- Solicitar documentos a um órgão público ou empresa;
- Solucionar um conflito com um vizinho;
- Fazer o protesto de duplicatas;
- Obrigar que um contrato assinado fosse cumprido;
- Comunicar sobre a existência de uma situação que pode gerar consequências;
- Comunicar um inquilino que o imóvel será vendido, dando a ele a preferência para a compra, etc.

Se o destinatário da notificação se recusar a recebê-la, o Oficial do Cartório responsável pela entrega vai anotar a situação na certidão de entrega. Da mesma forma, se for entregue pelos Correios, o AR vai conter a anotação da negativa de recebimento.

Esse fato é importante para comprovar que o remetente da notificação extrajudicial tentou solucionar o conflito, sem obter resposta da outra parte.

Sempre tome uma atitude ao receber uma notificação Extrajudicial, se o que se pede na notificação extrajudicial não tiver procedência, ou seja, trate-se, por exemplo, de uma obrigação que você já cumpriu, procure respondê-la por escrito, com aviso de recebimento, informando:

Como, quando e onde você já cumpriu essa obrigação, archive esse comprovante de retorno. Também, se você tiver um motivo justo para descumprir, por exemplo, uma cobrança de um serviço cancelado, informe o ocorrido com clareza de dados, informando números de protocolo, e tudo o que for possível. Mas se a notificação realmente for para solicitar um conflito que se encontra sem solução, procure uma orientação profissional para a solução do caso e defender os seus direitos.

Quanto mais tempo o profissional tiver para trabalhar no seu caso, maiores suas chances de conseguir o melhor resultado possível na situação. 📌



CARLA GRAZIELA PORTO é colaboradora do escritório Giovani Duarte Oliveira, responsável pelo setor de Cobrança. Graduada em Processos Gerenciais e graduanda em Direito.

O acordo de não persecução penal



DMULGACAO

POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Este novo art. 28-A não encerra no Brasil, muito pelo contrário, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aliás, decorrente do princípio da legalidade. O que houve, e já o havia, foi a sua relativização, perfeitamente possível em um processo penal de feição acusatória.”

Com a promulgação da Lei nº 13.964/19, que acrescentou ao CPP o art. 28-A, passamos a ter possibilidade de um acordo de não persecução penal, a ser realizado entre o MP e o investigado.

Este acordo só poderá ocorrer se não for o caso de arquivamento do procedimento investigatório, pois se não houver justa causa ou faltarem os pressupostos processuais ou as condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento, nos termos do art. 28, CPP.¹

A iniciativa do acordo, segundo a lei, será sempre do MP, não se admitindo nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Além da falta de previsão legal (tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo), ficaria sem solução a hipótese em que houvesse a recusa da vítima em fazer a proposta, pois nem o Juiz poderia fazê-lo de ofício (dispondo de uma ação penal em um processo de estrutura acusatória, o que é inadmissível), tampouco o MP, cuja legitimidade de atuação limita-se às ações penais públicas (art. 129, I, CF). Este entendimento pode ser objetado pelo fato de que haverá casos nos quais autores de crimes mais graves (de ação penal pública) poderão ser beneficiados com o acordo, ao contrário de agentes que praticaram crimes menos graves (de ação penal de iniciativa privada). Trata-se de um sólido argumento jurídico; mas, é preciso lembrar que as ações penais de iniciativa privada obedecem a outros princípios: veja-se, por exemplo, a possibilidade do perdão, da perempção, da renúncia e da decadência, incabíveis nos crimes de ação penal pública. É do sistema, portanto!

O acordo pode ser feito com qualquer investigado em um procedimento formal de natureza investigatória/criminal², seja instaurado na Polícia (federal, militar ou civil) ou no próprio MP; a propósito, observa-se que a palavra utilizada no texto legal é sempre “investigado”, e não “indiciado”.

Também é possível no caso de investigado com prerrogativa de função, inclusive no próprio STF (neste caso, a partir da iniciativa do PGR). A nova lei acrescentou o § 3º ao art. 1º da Lei nº 8.038/90: “Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, o MP poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do CPP.” Nestas hipóteses, o relator sorteado deverá submeter o acordo ao órgão colegiado competente para o processo e julgamento; se preferir homologar monocraticamente, deverá fazê-lo *ad referendum*, pois, do contrário, estaria usurpando uma competência que (constitucionalmente) não é dele, mas do órgão colegiado; afinal, também a ele não cabe, monocraticamente, receber a denúncia, caso oferecida. Assim, se não lhe compete, singularmente, receber a peça acusatória, com mais razão não lhe cabe, monocraticamente, homologar um acordo de não persecução penal.

O pressuposto para a formalização do acordo é que se trate da investigação de uma infração penal (portanto, crime ou contravenção) praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Logo, não se admite tais acordos quando se trate de crime cuja pena mínima seja igual ou superior a 4 anos, ou, ainda que não o seja, tenha sido praticada com violência ou grave ameaça.

Segundo a lei, para aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Assim, poderá não ser

possível a formalização do acordo caso a pena máxima seja de três anos, mas esteja prevista uma causa de aumento de pena de 1/3. Por outro lado, no crime com pena máxima igual ou superior a 4 anos admite-se o acordo, caso haja uma causa de diminuição de pena. Se a causa de aumento de pena é variável (de 1/3 a 2/3, por exemplo), deve-se levar em consideração o “aumento mínimo”, pois é a pena mínima o pressuposto para o acordo. Ao contrário, existindo causa de diminuição de pena variável, aplicar-se-á o maior percentual, ou seja, “a diminuição máxima”.³ Em relação às agravantes e às atenuantes, não devem ser levadas em consideração, pois são circunstâncias genéricas, cujo *quantum* não vem estabelecido aprioristicamente pela norma penal.

Eis o pressuposto; vejamos os requisitos.

Como primeiro requisito, a lei exige que haja a confissão do investigado, e que esta confissão seja feita formalmente, ou seja, que esteja expressamente esclarecida nas cláusulas do acordo, que deve ser feito por escrito e na presença do Defensor e do MP. A lei condiciona a homologação do acordo à realização de uma audiência (que deverá ser, por óbvio, pública e oral) na qual o Juiz das Garantias deverá verificar a voluntariedade da aceitação do acordo, devendo, para isso, ser ouvido o investigado, na presença do seu Defensor; nesta mesma audiência, o Magistrado verificará a sua legalidade, isto é, se está presente o pressuposto, se estão preenchidos os requisitos legais e, finalmente, se as condições acordadas estão conforme a lei.

Esta confissão deve ser feita também circunstancialmente, ou seja, devem estar detalhados todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas, atentando-se sempre para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza, conforme exige o art. 8º, 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Se o investigado praticou, supostamente, duas ou mais infrações penais, tendo confessado apenas uma delas, o acordo somente poderá ser feito em relação ao fato admitido, devendo ser oferecida denúncia (caso haja justa causa) no que diz respeito ao outro fato.

Se o investigado confessa a autoria, mas indica fato que lhe favoreça (como, por exemplo, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo eximentes de pena), não há obstáculo legal para a formalização do acordo. Neste sentido, observa-se que o STJ já decidiu que a chamada “confissão qualificada” deve ensejar a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do CP. Ora, se ela serve para atenuar a pena, porque não serviria para admitir o acordo?⁴

Uma questão que deverá ser enfrentada pela jurisprudência diz respeito à validade jurídica dessa confissão como elemento de prova para fundamentar uma sentença condenatória, caso o investigado, não tendo cumprido o que foi acordado, venha a ser denunciado e condenado. A questão não é de fácil solução, pois, nada obstante ter sido uma confissão feita fora dos autos, de toda maneira, foi ratificada perante o Juiz das Garantias, numa audiência pública, oral, na presença do Defensor (constituído, dativo ou Público) e do membro do MP. Nada obstante, entendendo que, não tendo havido ainda (quando foi feita a confissão) uma acusação formal, tampouco instrução criminal, não pode aquela confissão, em nenhuma hipótese, servir de base para uma sentença condenatória.

Em outras palavras: caso o investigado tenha confessado para fins do acordo, ainda que formal e circunstancialmente (ratificando-a na audiência), mas, posteriormente, quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória; afinal, a confissão não foi realizada no bojo de uma ação penal. Aliás, como se sabe, nem mesmo a confissão feita durante o interrogatório é prova insofismável e irrefutável da autoria do crime.⁵

Ademais, conforme já referido, quem tem competência para a homologação do acordo é o Juiz das Garantias (art. 3º-B, XVII, CPP) e, conforme estabelece o art. 3º-C, § 3º, os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias não são apensados aos autos do processo enviados ao Juiz da Instrução e Julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas não repetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. Tais autos ficarão acautelados na secretaria do Juízo das Garantias à disposição do MP e da Defesa.

Um segundo requisito exigido pela lei é que o acordo seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” Como se vê, trata-se de uma repetição, *ipsis litteris*, da última parte do que contém o art. 59 do CP que estabelece os parâmetros para a determinação da sanção aplicável em caso de uma condenação (ao lado do art. 68, CP). O que seria mesmo um acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime? Esta é uma matéria extremamente delicada, pois toca a questão das finalidades da pena, razão pela qual é absolutamente imprópria para constar como requisito a um acordo penal, ainda mais em uma fase em que nem sequer houve uma acusação formal contra alguém.

Neste aspecto, é importante ressaltar, com Mir Puig, “que o nosso modelo de Estado recomenda que entre a alternativa básica da retribuição ou da prevenção deve-se decidir a favor de uma ‘prevenção limitada’, que permita combinar a necessidade de proteger a sociedade não só com as garantias que ofereciam a retribuição, mas também com as que oferecem outros princípios limitadores.”

Assim, ao não propor um acordo de não persecução penal, o membro do MP deverá atentar que “só uma prevenção assim limitada poderá deflagrar um efeito positivo de afirmação do Direito próprio de um Estado social e democrático de Direito, e só assim poderão ser conciliadas as exigências antitéticas de retribuição, prevenção geral e prevenção especial em um conceito superior de ‘prevenção geral positiva’.”⁶

É preciso estarmos atentos, conforme adverte Baratta, que é “muito perigoso para a democracia e para o movimento operário cair na patranha, que atualmente lhe é armada, e cessar de defender o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no Estado de direito.” Por isso, “nenhum compromisso deve ser feito sobre este ponto, com aquelas forças da burguesia que, por motivos estruturais bem precisos, estão interessadas em fazer ‘concessões’ ou recuar em matéria de conquistas do direito burguês e do Estado burguês de direito.”⁷

Fiquemos, portanto, vigilantes para que fórmulas como esta – “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” – não sirvam para inviabilizar acordos de não persecução penal, propiciando denúncias ilegítimas e temerárias. Também é preciso atenção aos Juizes para que não as reproduzam em suas

decisões, mesmo porque se considera nula, posto não fundamentada, qualquer decisão judicial, mesmo uma interlocutória, que se “limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida ou empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, bem como invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, nos termos do art. 315, § 2º, c/c art. 564, V, ambos do CPP.

Por fim, são também requisitos para o acordo de não persecução: a) não ser cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) não ser o investigado reincidente; c) não existirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; d) ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e) não ter sido o crime (não contravenção) praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (não agressora).

Observa-se, então, não ser possível o acordo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Na Justiça Militar sim, por força do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, e também na Justiça Eleitoral. Já em relação aos crimes da competência do Tribunal do Júri, a situação é diversa, em razão do disposto no art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF.

Quanto ao requisito indicado na alínea “c”, há algumas impropriedades graves, como, por exemplo, a referência a “elementos probatórios” em uma fase ainda meramente investigatória, em que não houve produção de provas, mas atos investigatórios; ademais, falar-se em “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” é valer-se de termos cujos conceitos não estão definidos pela lei brasileira, violando-se o princípio da legalidade. Por exemplo: para que se caracterize a habitualidade delitiva, reiterada ou profissional seria necessária a prática de quantos delitos? Bastariam investigações em curso, denúncias oferecidas ou sentenças condenatórias (recoráveis ou não)? E o que seriam, ou não seriam, “insignificantes infrações penais”? Estar-se-ia falando do princípio da insignificância? Ora, mas se a infração penal passada foi insignificante, quem o disse? O MP, ao não oferecer uma denúncia, ou o Juiz, ao absolver o réu por atipicidade da conduta anterior, em razão da aplicação do mesmo princípio? São questões, vê-se, que devem ser enfrentadas, pois, do contrário, teremos uma enxurrada de casos em que acordos não serão propostos sob a alegação genérica de que se tratava de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional.

Por fim, atentar que, em relação ao último requisito (alínea “e”), a lei impede o acordo apenas quando se tratar de “agressor”; logo, sendo uma “agressora” não há impedimento para o acordo.

Eis os requisitos; vejamos, então, as condições exigidas pela lei para a formalização do acordo, que devem ser “ajustadas cumulativa e alternativamente”:

a) reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo MP, como instrumentos, produto ou proveito do crime; neste caso, ressalvada a legislação especial, o destinatário será o Fundo Nacional de Segurança Pública (art. 3º, VI, da Lei nº 13.756/18);

aqui, a questão é que há um verdadeiro confisco de bens sem que tenha havido uma sentença penal condenatória definitiva, como exige o art. 91, II, CP;

c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo Juízo da Vara de Execuções Penais (art. 46 CP);

d) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; observa-se que, ao contrário do que permite o art. 45 do CP, neste caso, a prestação pecuniária não pode ter como beneficiária a vítima ou os seus dependentes;

e) ou, alternativamente, outra condição indicada pelo MP, a ser cumprida em prazo determinado, e desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada; o caso concreto dirá qual a condição melhor para ser acertada, cuidando-se para que condições draconianas e impraticáveis não sejam propostas, inviabilizando o acordo.

Pela redação legal, deve-se considerar como obrigatórias, aplicadas “cumulativamente”, as quatro primeiras condições, salvo a impossibilidade de adimplemento como, por exemplo, a falta de recursos do investigado para reparar o dano ou para pagar a prestação pecuniária, ou a inexistência de instrumentos, produto ou proveito do crime. “Alternativamente”, poderá ser também estabelecida a quinta condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Eis, por fim, as condições; vejamos, em seguida, os demais aspectos do novo procedimento.

Segundo a lei, “caso Juiz considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.”

Neste aspecto, deu-se ao Juiz uma possibilidade de “fiscalizar” os termos do acordo, algo incompatível com um processo penal de estrutura acusatória (art. 3º-A, CPP). Imiscuir-se o Juiz nesta fase procedimental, “sugerindo” ao MP a reformulação da proposta, não está conforme um processo de modelo acusatório; assim, apresentado o acordo, das duas uma: homologa-se ou não se homologa!

O Juiz não deverá homologar o acordo no qual não foram observados os requisitos legais; recusada a homologação, o Juiz devolverá os autos ao MP para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. Da mesma maneira, se as condições estabelecidas não estejam em conformidade com a lei, o Juiz também deve recusar a homologação, consignando expressamente os motivos pelos quais a homologação foi rejeitada. Caberá ao MP, então, ajustar os termos do acordo, apresentando uma nova proposta ao investigado (que aceitará ou não).

Caso o MP entenda que a proposta atende os parâmetros legais (não sendo o caso de “ajustes”) poderá interpor um recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, CPP). Este recurso também poderá ser utilizado pelo investigado, claramente prejudicado pela não homologação.

Em caso de interposição do recurso, sendo ele julgado procedente, e transitada em julgado a decisão, o acordo deverá ser obrigatoriamente homologado pelo Juiz;

julgando-se-lhe improcedente, surge uma questão: estará o MP obrigado a oferecer denúncia, já que o Tribunal entendeu pela rejeição da proposta? A resposta é positiva, pois o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública ainda vige no Brasil.

Este princípio, como ensina Figueiredo Dias, corresponde ao dever do Estado “de administração e realização da justiça penal, obtendo a condenação judicial de todos os culpados e só dos culpados da prática de uma infração.” Continua não havendo no Brasil, ao menos nos casos de ação penal pública, “qualquer juízo de oportunidade sobre a promoção e prossecução do processo penal, antes esta se apresenta como um dever para o MP, uma vez presentes os pressupostos processuais (e a inexistência de obstáculos processuais), a punibilidade do comportamento, o conhecimento da infração e existência de indícios suficientes que fundamentem a acusação.”⁸

No caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, a lei possibilita que o investigado recorra para o órgão colegiado do MP, aquele mesmo que tem atribuições para homologar (ou não) a promoção de arquivamento, na forma do art. 28 do CPP. O prazo para este recurso administrativo será de 30 dias, contados da data da intimação (art. 28, § 1º, CPP).

Assim, sempre que, em tese, seja cabível o acordo e o MP, ao contrário, optar pelo oferecimento da denúncia, deve, em separado, expor as razões pelas quais não foi feita a proposta, intimando-se o investigado. Este pronunciamento deve ser fundamentado, conforme exige a CF (arts. 129, *caput*, VIII, *in fine*, c/c arts. 129, § 4º e 93, IX).

Não deve ser cogitada a aplicação, por analogia, da Súmula 696 do STF, primeiro porque de analogia não se trata mesmo, e, segundo, em razão da estrutura acusatória que deve ter o nosso processo penal, por força da CF e do CPP (art. 3º-A).

Se houver o oferecimento da peça acusatória, nada obstante ser caso de acordo, restará ao Juiz, em obediência ao art. 129, I, CF, receber a denúncia (se não for inepta, se houver justa causa e se estiverem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação); neste caso, o réu poderá interpor um HC para trancar o processo, afinal, trata-se de exercício abusivo do dever de acusar.

Finalmente, estando o acordo em conformidade com o pressuposto legal, presentes os seus requisitos e estabelecidas as condições, o Juiz deverá homologá-lo por sentença, devolvendo-se os autos ao MP para que, junto à Vara de Execuções Penais, providencie o início da execução. Como dito acima, a recusa em homologar trata-se de uma decisão recorrível (art. 581, XXV, CPP).

Entendo, nada obstante a lei não estabelecer expressamente, que a sentença homologatória do acordo penal é apelável, nos termos do art. 593, II (segunda parte), do CPP, tal como se dá com a sentença homologatória da transação penal (art. 76, § 5º, da Lei nº 9.099/95).

A vítima deverá ser intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento, nada obstante não ter legitimidade para recorrer (judicial ou administrativamente) da sentença homologatória, já que se trata de uma atribuição do órgão de execução do MP. Tampouco será cabível a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, pois, às escâncaras, não houve inércia do MP.⁹

A sentença homologatória deverá ser enviada ao membro do MP junto à Vara de Execuções Penais para que inicie a sua execução. A iniciativa será do MP, não do Juiz, como se dá com as sentenças condenatórias, devendo ser observadas as disposições contidas na Lei nº 7.210/84.

Já no Juízo da Vara de Execuções Penais, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o MP deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Segundo a lei, o descumprimento também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo; assim, temos um novo requisito negativo para a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95: o descumprimento do acordo anterior de não persecução penal.

A celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir um novo acordo, conforme acima referido. Cumprido integralmente, o Juízo da Vara de Execuções Penais declarará extinta a punibilidade, observando-se que o prazo prescricional fica suspenso enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo (art. 116, IV, do CP).

Para concluir, observa-se que este novo art. 28-A não encerra no Brasil, muito pelo contrário, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aliás, decorrente do princípio da legalidade. O que houve, e já o havia, foi a sua relativização, perfeitamente possível em um processo penal de feição acusatória.¹⁰ 🚩

NOTAS

- 1 Sobre o novo procedimento para o arquivamento de peças de informação, veja-se, por todos, o artigo de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>, acessado em 11 de janeiro de 2020).
- 2 A nova lei também passou a permitir a celebração de acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92).
- 3 *Mutatis mutandis*, veja-se a Súmula 723 do STF: trata-se da possibilidade de suspensão condicional do processo, cujo pressuposto também é a pena mínima; sendo o caso de continuidade delitiva (que implica em um aumento da pena de 1/6 a 2/3), a Suprema Corte determina a aplicação “do aumento mínimo”; é o mesmo raciocínio.
- 4 AgRg no REsp nº 1.198.354/ES.
- 5 A propósito, um levantamento feito nos EUA pelo *Innocence Project* “revelou que, de todos os prisioneiros libertados nos últimos anos com base em provas de DNA, 25% foram presos porque se incriminaram, fizeram confissões por escrito ou gravadas em fita cassete à polícia ou se declararam culpados. Estudos de casos mostram que essas confissões não derivaram de conhecimento dos réus sobre o caso, mas foram motivadas por influências externas”: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>, acessado em 19 de janeiro de 2018.
- 6 PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal – Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 81 (tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto).
- 7 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997, p. 206 (tradução de Juarez Cirino dos Santos).
- 8 DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 125 e 126.
- 9 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 325.
- 10 Veja-se o caso da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), da delação premiada (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13) e do acordo de leniência (arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/11).



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça e Professor de Direito Processual Penal.



ARQUIVO PESSOAL

POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

Grande quantidade de *fake news* sobre o coronavírus preocupa

A crescente quantidade de notícias falsas sobre o coronavírus é grave, pois podem causar alarde, especulações e até desordem. Hoje temos voz e vez nas redes sociais, modificando nosso papel em sociedade e, principalmente, nossa responsabilidade, obrigando-nos, assim, a conferir a informação antes de publicá-la ou compartilhá-la.

Um compartilhamento irresponsável de uma *Fake News* que viraliza pode causar pânico e caos, além de gerar punições a estes que divulgam, pois anunciar desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto, trata-se de contravenção penal, com pena de 15 dias a 6 meses de prisão.

A vacina no combate à desinformação, são as próprias notícias verdadeiras. Lembrem-se, se compartilharmos, com responsabilidade, as notícias divulgadas por fontes confiáveis, conseguiremos combater este problema do coronavírus, com informação e prevenção.

O Ministério da Saúde também preocupado com esta situação, criou um selo de alerta de *Fake News*, para marcar as notícias falsas sobre o coronavírus.

Além disso, a preocupação com esta epidemia também chamou atenção de cibercriminosos, que estão se aproveitando das buscas por informações sobre o coronavírus para espalhar ataques via e-mail com malwares da família Emotet, com objetivo principal de roubar dados pessoais.

Portanto, estamos diante de uma emergência mundial de saúde, que reclama a participação responsável de todos também na internet e nas redes sociais. É hora de combatermos o coronavírus, a desinformação e também punir estes cibercriminosos. Chega de *Fake News*!! 🗡️

LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO é Advogado especialista em Direito Digital e Cibercrimes, Professor de Direito Digital no MBA de Inteligência e Negócios Digitais da FGV, Coordenador e Professor do Curso de Direito Digital e Cibercrimes da FMU, Presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Cibercrimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas.

MESMO QUE ELA TENHA SE OFERECIDO.
MESMO QUE ELA ESTEJA PRECISANDO DO DINHEIRO.

#MENORNÃO

EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL É CRIME.
É VERGONHOSO. É IMPERDOÁVEL. É NÃO.