

Prática FORENSE

www.zkeditora.com

ano II

janeiro/2018

nº 13



ESPECIAL

O direito fundamental da liberdade de pensamento

Prática de Processo

O uso abusivo do *habeas corpus*
e a seletividade penal em
crimes do colarinho branco

Daniela Chammas

Fichário Jurídico

Estupro de vulnerável à luz
do Estatuto da Pessoa
com Deficiência

Eduardo Luiz Santos Cabette e
Bianca Cristine dos Santos Cabette

Saiba Mais

A possibilidade de aplicação da
teoria das janelas quebradas (broken
windows theory) no Direito brasileiro

Aline Pretel Giusti

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

Editora chefe: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, 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 Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, 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., Igor Tenório, 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, Néilson 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.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Prática Forense é uma publicação mensal 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

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

 zakarewicz
editora



Evolução e busca de objetivos

Neste aniversário de primeiro ano de vida da Editora Zakarewicz, todos nós das equipes de redação, de revisão, de design e direção agradecemos aos leitores e colaboradores, sobretudo aos articulistas, que gentilmente contribuem com seus estudos, pela participação na difusão da cultura jurídica no Brasil.

Após a ampla experiência que destacou os periódicos do Grupo Consulex, avançamos nas áreas de fornecimento de informações e de formação cultural em nosso país. As revistas **Conceito Jurídico**®, **Prática Forense**®, **Conceito Jurídico Administrativo e Político**® e ainda a **Conceito Jurídico Trabalhista, Sindical e Previdenciário**® inovaram a concepção de periódicos jurídicos, desde que agregaram outros saberes necessários à completa formação dos operadores do Direito.

Ao trazer temas de relevância social aos debates que abordam legislação, Ciência Política, Economia, Sociologia e Psicologia Jurídica, além de outras disciplinas relevantes ao mister dos leitores, as revistas da **ZK Editora** contribuem não apenas para a disseminação do conhecimento, mas também para os profissionais do Direito encontrarem os subsídios de que precisam para aprimorarem a composição de suas peças jurídicas.

Pesquisadores, juristas, militantes e professores das mais diversas áreas do Direito e de outros campos das Ciências Humanas se uniram à missão de abarcar os assuntos em maior efervescência no universo jurídico, transformando as matérias publicadas pela ZK Editora em um verdadeiro jornalismo transdisciplinar.

A visão de propiciar a ampliação do conhecimento jurídico é o valor que orienta todos nós da ZK Editora a produzirmos as revistas orientadas ao pleno exercício profissional dos operadores do Direito.

Que a construção de saberes realmente faça sentido na evolução e busca de objetivos. Este é e sempre será o ideal de nossa organização.

Adriana Zakarewicz
Editora-chefe

SUMÁRIO

6

Especial



O direito fundamental da liberdade de pensamento

Lorrainy da Costa Vieira Araújo

3

Editorial

Evolução e busca de objetivos

Adriana Zakarewicz

14

Destaque

O “legado” da corrupção

Reis Friede

16

Saiba Mais

A possibilidade de aplicação da teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*) no Direito brasileiro

Aline Pretel Giusti

21

Gestão Ambiental

Biofísica do sucesso

Isnar Amaral



22

Questões de Direito

Compliance como instrumento de combate à corrupção

Renee do Ó Souza e Rogério Sanches de Lima



26

Know How

Freud e a guerra

Rômulo de Andrade Moreira



32

Painel Universitário

Análise do pensamento jusfilosófico de São Tomás de Aquino sob a concepção de Robert Alexy

David Ariel Sousa Torres Araújo, Rodrigo de Lima Leal e Jardel Feitosa



39

Vade Mecum Forense



Trocando em miúdos: teria um fim o Direito Penal?

Ana Cristina Gomes

60

Enfoque



A inteligência artificial e o Direito

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

66

Expressões Latinas



Exceptio

Vicente de Paulo Saraiva

75

Prática de Processo



O uso abusivo do *habeas corpus* e a seletividade penal em crimes do colarinho branco

Daniela Chammas

82

Espaço Aberto

Desafios para as novas famílias brasileiras

Bruno Tasso

44

Fichário Jurídico



Estupro de vulnerável à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Eduardo Luiz Santos Cabette e Bianca Cristine dos Santos Cabette

63

Enfoque



Lawtechs e Legaltechs

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

68

Redação Forense



Impessoalidade na redação

Murilo Oliveira de Castro Coelho

79

Prática de Processo



Documentos eletrônicos no novo Código de Processo Civil

Ezequiel Frandoloso



O direito fundamental da liberdade de pensamento

por LORRAINY DA COSTA VIEIRA ARAÚJO

A liberdade de pensamento previsto constitucionalmente está diretamente ligada aos princípios da isonomia e da legalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu em seu artigo 5º, inciso IV, a liberdade de pensamento como sendo um direito fundamental.

No entanto, a liberdade de expressão de pensamento não configura um direito absoluto. Portanto, compreender seus conceitos e valores é de suma importância.

Assim, analisar a dimensão na qual o direito fundamental da liberdade de pensamento está inserido contribuirá para a definição deste direito, pois, apesar de a Constituição Federal vedar o anonimato, discute-se sobre as denúncias apócrifas e, para tanto, será a posição dos tribunais que determinará a posição atual de tais denúncias.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No *caput* de artigo 5º Constituição Federal está a primeira garantia fundamental, regendo que todos são iguais perante a lei, que é o princípio da igualdade ou da isonomia. Já o princípio da legalidade está previsto no inciso II do mesmo artigo.

Para entender os princípios da isonomia e da legalidade faz-se necessário saber o que significa o termo “princípio”, uma vez que existem inúmeras interpretações.

O respeitável doutrinador André Puccinelli Júnior (2012), define o vocábulo. Veja-se:

“O direito fundamental da liberdade de pensamento só poderá ser usufruído pelos indivíduos quando não ultrapassar os limites dos princípios da igualdade e da legalidade, previstos constitucionalmente, pois este direito que os indivíduos têm desde o nascimento não é absoluto, já que a Lei Maior rege-se pelo princípio da legalidade, (artigo 5º, inciso II) o qual estabelece que a pessoa só poderá fazer aquilo que a lei não proibir, delimitando, assim, a liberdade de expressão.”

Há várias acepções para o vocábulo “princípio”. Apesar disso, cremos ser lícito defini-lo como uma norma com alto grau de abstração e generalidade, que assume funções informativas, interpretativas e supletivas, operando como verdadeiro alicerce de determinado sistema (PUCCINELLI, 2012, p. 87).

Assim, pode-se entender por princípio o alicerce, a base que fundamenta um determinado sistema, o qual fundamenta a isonomia e a legalidade.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia ou da igualdade é um dos princípios mais complexos, pois abarca uma igualdade formal, e uma igualdade material ou substancial. (PUC-CINELLI, 2012).

O doutrinador Pedro Lenza (2010, p. 751) traz a máxima da igualdade, qual seja, “a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

André Puccinelli Júnior (2012) ilustra o aspecto formal da igualdade ao afirmar que:

Sob o aspecto formal, afirma-se retoricamente que todos são iguais perante a lei, sem se preocupar com a efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais que propiciem iguais oportunidade de acesso a bens ou interesses próprios (PUCCINELLI, 2012, p. 215).

O mesmo autor, também ilustra a igualdade substancial. Veja-se:

[...], a igualdade substancial postula tratamento justo a todos os indivíduos, de modo a compensar eventuais desvantagens financeiras, físicas, sociais ou de qualquer outra natureza, sempre com o intuito de assegurar uma fruição igualitária dos bens da vida (PUCCINELLI, 2012, p. 215).

Assim, ao prever que todos são iguais perante a lei é preciso se preocupar com o aspecto formal e com a igualdade substancial de tal sorte que estejam de acordo com os valores constitucionais.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio rege o comportamento dos particulares e o comportamento que a Administração pública deverá ter.

Para os particulares, vigora o princípio da autonomia da vontade, sendo que “no âmbito das relações particulares pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe” (LENZA, 2012, p. 756).

Já para a Administração pública existe outra concepção, pois “a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza prévia e expressamente, não bastando a simples ausência de proibição legal” (PUCCINELLI, 2012, p. 218).

Portanto, ao particular cabe fazer tudo o que a lei não proíbe, mas a Administração pública só poderá fazer aquilo que a lei permitir.

O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE PENSAMENTO

O direito fundamental da liberdade de pensamento relaciona-se com os direitos fundamentais estampados na Carta Magna, de maneira que veda o anonimato, previsto no inciso IV do artigo 5º, estando visceralmente ligado ao princípio da legalidade, com previsão no inciso II do artigo 5º.

A Lei Maior, no inciso IV do artigo 5º, veda o anonimato, assegurando, assim, a liberdade de manifestação de pensamento. Caso esta manifestação de pensamento cause danos a outrem, seja material, moral ou à imagem caberá direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização correspondente ao dano causado, segundo dispõe o inciso V do artigo 5º (LENZA, 2010).

Para Mauricio Krieger (2013), o ser humano tem a liberdade de fazer escolhas conforme a sua própria vontade. No entanto, o direito de liberdade não é um direito absoluto, pois uma pessoa só poderá fazer aquilo que não é proibido por lei, pois esse conceito baseia-se no princípio da legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, o direito fundamental da liberdade de pensamento está intimamente ligado ao princípio da legalidade, de tal sorte que as liberdades dos indivíduos poderão ser limitadas.

CONCEITO DE LIBERDADE DE PENSAMENTO

Quando se vê a expressão “liberdade de pensamento” a reação imediata é de interpretar que a palavra “liberdade” quer dizer que é permitido fazer todas as coisas, e, unindo os vocábulos “liberdade” e “pensamento” entende-se que se pode expressar o pensamento de forma livre.

André Puccinelli Júnior (2012) traz o seguinte conceito:

A liberdade de pensamento consiste no direito de expressar, por qualquer meio ou forma existente, opiniões, pensamentos ou ideias particulares em matéria de arte, ciência, política, religião ou qualquer outra atividade humana (PUCCINELLI, 2012, p. 219).

O artigo 220 da Lei Maior corrobora com esse conceito ao determinar que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição”.

Clever Vasconcelos (2015) traz a definição da liberdade de pensamento. Veja-se:

Define-se a liberdade de pensamento como o direito de exteriorização do pensamento. Mas não só. Mencionado conceito é restrito perto de sua real amplitude, eis que compreende também o direito ao pensamento íntimo, fruto da consciência humana, e o direito ao silêncio, o direito de não manifestar o pensamento. Dentro da primeira perspectiva (o direito de exteriorização), o pensamento engloba a manifestação verbal, corporal e simbólica (como, por exemplo, queimar a bandeira do país) (VASCONCELOS, 2015).

Assim, pode-se conceituar a liberdade de pensamento como sendo o direito que todo homem tem de exteriorizar seu pensamento, utilizando-se de qualquer meio ou forma sem restrição, desde que não cause danos a terceiros.

OS VALORES DA LIBERDADE DE PENSAMENTO

Para Simões (2013), o Estado, em sua acepção ontológica, deverá salvaguardar e promover o direito fundamental da liberdade de pensamento, de modo que possa

vir a cumprir sua finalidade, garantindo que o princípio da dignidade da pessoa humana seja aplicado em sua totalidade.

André Puccinelli Júnior (2012) ainda demonstra que o direito fundamental de liberdade de pensamento, de expressar opinião sobre algo, é conjugado em dois valores, quais sejam: a indiferença e o respeito. Veja-se:

[...] a livre expressão do pensamento enlaça a noção de indiferença ou tolerância na medida em que ninguém pode ser discriminado ou sofrer sanções pelas convicções externadas. [...] garantindo-se ao particular o direito de expressar suas opiniões sem o risco de sofrer penalidades. De outro vértice, a liberdade de pensamento tomada na acepção de “exigência” implica o pleno respeito às opiniões manifestadas pelos particulares, que poderão inclusive exigir que o Estado as leve em consideração para eximi-los de alguma obrigação legal (PUCCINELLI, 2012, p. 219-220).

O inciso VIII do artigo 5º da Lei Maior prevê a aplicação dos dois valores. Veja-se:

Art. 5º [...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

Assim, a “tolerância” ou “indiferença” está inserta na primeira parte do inciso VIII, o qual prevê que o Estado deve agir de forma neutra, não podendo aplicar sanções que privem os direitos do homem em decorrência da exteriorização de opiniões. Já a noção de “exigência” ou “respeito” está inserida na segunda parte do inciso VIII, em que se permite ao particular cobrar, exigir do Estado o cumprimento de prestações, de obrigações alternativas (PUCCINELLI, 2012, p. 220).

Neste diapasão, os valores indiferença e respeito salvaguardam a aplicação da liberdade de pensamento ou de opinião.

A DIMENSÃO DO DIREITO DA LIBERDADE DE PENSAMENTO

Os artigos 10º e 11 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789, dispõem que ninguém pode ser molestado por suas opiniões e que a livre comunicação das ideias e das opiniões são preciosos direitos do homem. Veja-se:

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Para André Puccinelli Júnior (2012), o direito à liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental de primeira dimensão, pois é carregado de traços característicos dos regimes democráticos, que deverão ser exercidos de forma responsável e harmoniosa, garantindo a privacidade, a honra e a intimidade de cada ser humano, visão já inclusa na Declaração de Direitos do Homem, de 1789.

POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS QUANTO ÀS DENÚNCIAS APÓCRIFAS

O ministro Celso de Mello, em um de seus julgados, entende não ser possível para a instauração de procedimento investigatório a utilização da denúncia anônima, pois viola a vedação ao anonimato prevista no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal (Inquérito 1.957, Rel. Min. Carlos Veloso, voto do Min. Celso de Mello, j. 11.05.2005).

Nesta mesma linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entende que, em caso de impetração de *habeas corpus*, o impetrante deve assinar a petição inicial para que não se torne apócrifa, de tal sorte que não viole os requisitos de admissibilidade da ação constitucional. Veja-se:

IMPETRANTE: LEONARDO RIBEIRO LOPES PACIENTE: EDUARDO APARECIDO PIRES DA CRUZ SILVA RELATOR: DES. IVO FAVARO DECISÃO MONOCRÁTICA. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Leonardo Ribeiro Lopes em favor de Eduardo Aparecido Pires da Cruz Silva, qualificado, preso em flagrante em 1º.09.2015, com conversão em preventiva no dia 03.09.2015, e denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 180 do Código Penal. Aponta autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jataí. O impetrante alega que é inviável a prisão preventiva para delito cuja pena abstrata máxima não ultrapassa quatro anos, nos termos do artigo 313, I, do Código de Processo Penal. Sustenta que estão ausentes fundamentos e requisitos legais para amparar a custódia, devendo ser observados os bons predicados pessoais do paciente e o princípio da presunção de inocência. Pugna pela liminar e, ao final, pela concessão definitiva da ordem, para que o paciente seja colocado em liberdade com aplicação de medidas cautelares. Juntou documentos de fls. 16/219. É o relatório. Constata-se, de pronto, que a **petição inicial não foi assinada pelo impetrante, estando, portanto, apócrifa, violando os requisitos de admissibilidade da presente ação constitucional.** Não obstante a natureza célere do rito do *writ*, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive sem habilitação legal, sua exordial deve preencher condições mínimas para que seja apreciada, nos termos do artigo 654, § 1º, “c”, do Estatuto Processual Penal. Nesse sentido: “*HABEAS CORPUS*. PETIÇÃO APÓCRIFA. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. INDEFERIMENTO LIMINAR. Indefere-se liminarmente a petição de *habeas corpus* que não contém a assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever. Inteligência do artigo 654, parágrafo 1º, alínea “c”, do Código de Processo Penal. PETIÇÃO INDEFERIDA LIMINARMENTE” (TJGO, HC nº 201094227129, Rel. Des. Itaney Francisco Campos). Ante o exposto, indefiro liminarmente a petição inicial (art. 235, I, do RITJGO). Intime-se. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com baixa na distribuição. Goiânia, 27 de novembro de 2015. Des. Ivo Favaro Relator 08. (TJGO, *HABEAS CORPUS* 425659-95.2015.8.09.0000, Rel. DES. IVO FAVARO, 1ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 27/11/2015, DJe 1931 de 16/12/2015). (Grifos nossos).

DECISÃO MONOCRÁTICA – Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Waltercides Domingos do Prado em favor de Marcelo Ferreira Mendonça, preso em flagrante no dia 23.10.2015, com conversão em preventiva, e denunciado pela suposta prática do crime do artigo 33 da Lei 11.343, por vender 01 (um) tablete de maconha e manter em depósito outras 09 (nove) porções da mesma substância, pesando 6,395 Kg (seis quilogramas

e trezentos e noventa e cinco gramas). Aponta autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jataí, ao argumento de que excesso de prazo para o término da instrução. De logo, **constata-se que a petição inicial não foi assinada pelo impetrante, estando, portanto, apócrifa, o que viola os requisitos de admissibilidade da presente ação constitucional.** Não obstante a natureza célere do rito do *writ*, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive sem habilitação legal, sua exordial deve preencher condições mínimas para que seja apreciada, nos termos do artigo 654, § 1º, “c”, do Estatuto Processual Penal. Ante o exposto, indefiro liminarmente a petição inicial (art. 235, I, do RITJGO). Intime-se. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com baixa na distribuição. Goiânia, 17 de março de 2016. Des. Ivo Favaro Relator 04. ((TJGO, *HABEAS CORPUS* 89368-38.2016.8.09.0000, Rel. DES. IVO FAVARO, 1ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 17/03/2016, DJe 2002 de 06/04/2016). (Grifamos).

Portanto, a posição dos tribunais é de que não poderão ocorrer denúncias apócrifas com a intenção de violar a vedação do anonimato garantido constitucionalmente. No caso de petição inicial de impetração de *habeas corpus*, se for uma inicial apócrifa, ou seja, sem assinatura do impetrante, será indeferida liminarmente, pois viola os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 654, parágrafo 1º, alínea “c”, do Código de Processo Penal. Veja-se:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências. (BRASIL, 1941).

Desta forma, o direito fundamental da liberdade de pensamento deverá ser usufruído com cautela, não ultrapassando os limites da legalidade que coordena todos os ramos de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início da vida humana, o ser humano é livre para fazer suas próprias escolhas, segundo suas próprias vontades.


Pode-se conceituar a liberdade de pensamento como sendo o direito que todo homem tem de exteriorizar seu pensamento, utilizando-se de qualquer meio ou forma, sem restrição, desde que não cause danos a terceiros.

O valor “respeito” salvaguarda a aplicação da liberdade de pensamento ou de opinião. A indiferença está ligada à neutralidade, na forma que o Estado deve agir, e o respeito é o direito que o particular tem de exigir do Estado o cumprimento de prestações alternativas.

O direito à liberdade de pensamento é um direito fundamental de primeira dimensão, pois é carregado de traços característicos dos regimes democráticos,

que deverão ser exercidos de forma responsável e harmoniosa, garantindo a privacidade, a honra e a intimidade de cada ser humano, pois, em caso de eventuais danos caberá o direito de resposta, além da cobrança de indenização.

A posição dos tribunais é de que não poderão ocorrer denúncias apócrifas com a intenção de violar a vedação do anonimato garantida constitucionalmente.

Desta forma, o direito fundamental da liberdade de pensamento só poderá ser usufruído pelos indivíduos quando não ultrapassar os limites dos princípios da igualdade e da legalidade, previstos constitucionalmente, pois este direito que os indivíduos têm desde o nascimento não é absoluto, já que a Lei Maior rege-se pelo princípio da legalidade, (artigo 5º, inciso II) o qual estabelece que a pessoa só poderá fazer aquilo que a lei não proibir, delimitando, assim, a liberdade de expressão. 

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal (1941)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Habeas-Corpus 425659-95.2015.8.09.0000*, Rel. DES. IVO FAVARO, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 27/11/2015, DJe 1931 de 16/12/2015. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Habeas-Corpus 89368-38.2016.8.09.0000*, rel. des. Ivo Favaro, 1a Câmara Criminal, julgado em 17/03/2016, DJe 2002 de 06/04/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 393. Inq. 1957/PR*. Brasília, DF, junho 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo393.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- KRIEGER, Mauricio Antonacci. *O direito fundamental da liberdade de pensamento e de expressão*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42138&seo=1>>. Acesso em: 05 abr. 2016.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SIMÕES, Alexandre Gazetta. *A abordagem constitucional da liberdade de expressão*. 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8017/A-abordagem-constitucional-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 05 abr. 2016.
- USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- VASCONCELOS, Clever. *Liberdade de expressão. A Livre Manifestação do Pensamento e sua Responsabilidade*. Revista Consultor Jurídico, 5 de fevereiro de 2015, 8h39. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-05/clever-vasconcelos-livre-manifestacao-responsabilidade>>. Acesso em: 19 jul. 2016.



LORRAINY DA COSTA VIEIRA ARAÚJO é advogada, especialista em Direito Constitucional pela Uniderp/MS.



O “legado” da corrupção

POR REIS FRIEDE

Estamos vivendo tempos realmente extraordinários no Brasil, nas mais variadas (e, lamentavelmente, piores) traduções do vocábulo. Se, por um lado, nunca houve tantas denúncias de corrupção, por outro, nunca existiram tantos interesses pessoais (inconfessáveis) por trás delas.

O ideário relativo à defesa do bem comum e, em particular, do bem público, neste contexto, parece, portanto, que nunca esteve tão divorciado do seu verdadeiro sentido republicano.

Ainda que mereça especial registro as inéditas (e sempre elogiáveis) investigações, apurações e punições conduzidos pela Justiça, representada, em sua vertente mais genuína, pela tríade composta pela Polícia Judiciária Federal, pelo Ministério Público Federal e pelo Poder Judiciário Federal, merece igual destaque que o desvio de recursos públicos, perpetrado através da realização de obras públicas superfaturadas, nunca antes, na curta existência democrática brasileira,

atingiu o atual estágio. Seja na inédita (e hiperbólica) dimensão dos valores desviados, seja na absoluta, surpreendente e, igualmente, inédita inutilidade das obras empreendidas, com o agravante de sua própria qualidade técnica duvidosa e altamente comprometedora.

Se, no passado, era possível argumentar que, ao menos, as obras superfaturadas pela corrupção (endêmica e estrutural) ostentavam qualidade técnica e utilidade prática em sua destinação, caracterizando-se, inclusive e muitas vezes, como obras necessárias (ou, ao menos, úteis) – ainda que tal fato não subtraísse ou diminuísse a sua correspondente condenação legal e moral –, hoje a novidade repousa não somente no volume, intensidade e constância (e, em certo aspecto, banalização) da prática cotidiana de desviar recursos públicos, mas, sobretudo, na deplorável qualidade técnica das obras, que, em sua grande maioria, poderia simplesmente ser conceituada como voluptuária, posto que dolosamente destinadas ao simples embelezamento estético-arquitetônico, para nítidos fins de criminosa promoção político-eleitoral.



Divulgação

Esse é o novo e, de uma certa maneira, inovador legado da corrupção brasileira, que passou a incorporar o terrível condão de destruir duplamente os frágeis pilares da novel democracia verde-amarela, já que por um lado subtrai da coletividade parcela substancial dos escassos recursos públicos, enquanto por outro impõe à sociedade monumentos representativos da mais completa inutilidade prática, homenageando, em última análise, a exacerbação da própria imoralidade política, em seu mais elevado grau.

Se outrora já causava indignação o uso (irônico ou não) do famoso bordão “rouba, mas faz” para caracterizar a gestão de alguns administradores e sua contumaz prática de superfaturamento em obras públicas, resta a grande dúvida de como nominar a nova geração de algozes do patrimônio público, com sua nova (e extraordinariamente cruel) forma de atuar em duplo “desbenefício” da sociedade brasileira: “rouba, não faz ou faz mal”? 🚫

REIS FRIEDE é desembargador federal, diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito. Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com

A possibilidade de aplicação da teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*) no Direito brasileiro

POR ALINE PRETEL GIUSTI



DIVULGAÇÃO

O presente trabalho se propõe a discutir a possibilidade de aplicação da teoria norte-americana das janelas quebradas no Brasil, tendo em vista que atualmente é aplicado o “Direito Penal mínimo”, ou seja, a teoria segundo a qual o Direito Penal deve apenas intervir nos casos mais graves, deixando os menos gravosos sob as normas dos Direitos Administrativo e Civil.

Nesta perspectiva, duas questões que nortearam este trabalho foram elaboradas. A primeira é se a possibilidade de se “importar” uma teoria já pronta e aplicada com sucesso em outro país aqui no Brasil não levaria em conta o ordenamento jurídico, a cultura e os costumes. Enquanto a segunda é sobre o princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela, reconhecido e aplicado amplamente no Direito Penal brasileiro. Como ficaria esta teoria importada à luz do Direito Penal?

“A teoria das janelas quebradas é muito mais uma prevenção do que a repressão, não se trata de um Direito Penal do autor, em que se pune a pessoa pelo que ela é, mas sim a punição em relação ao delito, ainda que de menor gravidade. O objetivo desta teoria é criar uma sociedade mais justa, mais organizada onde as pessoas respeitem as leis e as cumpram.”

A relevância do tema leva-nos à reflexão sobre “importar” teorias e, muitas vezes, do risco de elas se sobreporem à cultura, aos costumes e às normas jurídicas brasileiras.

Alguns autores, de forma bem fundamentada, são favoráveis à aplicação da teoria das janelas quebradas no Brasil, pois, se deu certo nos Estados Unidos, também pode dar certo no Brasil, tendo em vista que Nova York era considerada uma das cidades com maior índice de criminalidade do mundo, mas, após aplicada esta teoria, os índices de criminalidade praticamente chegaram a zero.

Conforme Daniel Sperb Rubin:

A desordem é comprovadamente, fonte de criminalidade e deve ser rigorosamente combatida. O pensamento que se convencionou chamar de “Direito Penal Mínimo peca ao considerar como dignos de proteção pela norma penal apenas condutas que configurem atos de violência grave exercida contra a pessoa, atuando, portanto, apenas repressivamente, e não preventivamente em relação à criminalidade violenta a norma penal deve proteger, também, aqueles bens cuja violação gera desordem, medo e, mais tarde, criminalidade (RUBIN, s.d., p. 199).

O objetivo deste trabalho é mostrar a importância da discussão sobre o tema e os vários posicionamentos a respeito, bem como os impactos que podem causar – favoráveis ou não – na sociedade.

O cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos norte-americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um artigo

intitulado *The Police and Neighbourhood Safety*, traduzido como “A Polícia e a Segurança da Comunidade”, em que faziam uma relação de causalidade entre a criminalidade violenta, a desordem e a não repressão a pequenos delitos e contravenções.

O experimento contou com a experiência na qual foram colocados dois carros em cidades diferentes. Uma em Palo Alto, Califórnia, e a outra no Bronx, Nova York. O carro parado no Bronx foi imediatamente depenado e destruído, após vinte e quatro horas já servia de playground para as crianças. O veículo estacionado em Palo Alto não foi tocado por uma semana, quando os pesquisadores resolveram quebrar uma janela do carro e o resultado logo apareceu: o veículo foi depenado em pouco tempo.

Os pesquisadores explicam a diferença de condutas entre Bronx e Palo Alto. Nos dois veículos foram depenados e destruídos a única diferença foi o tempo levado para que ocorresse tal evento. Bronx ocorreu mais rápido por conta da frequência com que os carros são abandonados e pela sensação de que ninguém se importa com que ocorre por lá.

A conclusão desta experiência foi que se a janela quebrada não fosse imediatamente consertada passaria a impressão de que ninguém ligaria para aquele carro, ou seja, uma sensação de descuido e, assim, logo iniciaria a decadência do local onde o carro estaria inserido. Seria habitado por vagabundos e meliantes. As casas logo começariam a ser pichadas e, assim, todo o bairro entraria em decadência. Presumiu-se que pequenos delitos levariam à grande desordem e, mais tarde, ao crime.

Schecaira (2009, p. 166) elenca os principais elementos desta teoria:

(i) ao lidar com a desordem e com pequenos desordeiros, a polícia fica bem mais informada e se põe em contato com os autores de crimes mais graves, prendendo também os mais perigosos; (ii) a alta visibilidade das ações da polícia e de sua concentração em áreas caracterizadas pelo alto grau de desordem, protege os bons cidadãos e, ao mesmo tempo, emite mensagem para os maus e aqueles culpados de crimes menores no sentido de que suas atitudes não serão toleradas; (iii) os cidadãos começam a retomar o controle sobre os espaços públicos, movendo-se para o centro dos esforços de manutenção da ordem e prevenção do crime.

O Estudo ficou conhecido como *Broken Windows* em razão das janelas quebradas, lançando os fundamentos da moderna política criminal norte-americana (RUBIN, 2001).

Na década de 1990, Nova York sofreu com altos índices de criminalidade, havia desordem, não pagamento de passagem de metrô, pichações em estações e vagões, pessoas sem-teto ocupavam praças e parques, sendo que todos estes fatos não eram reprimidos, elevando ainda mais a criminalidade.

Quando Rudolph Giuliani, em 1993, venceu as eleições para a Prefeitura de Nova York ele nomeou Bratton para chefiar o Departamento de Polícia. A primeira ação de Bratton foi barrar as pessoas que não pagavam a passagem de metrô, após começaram as limpezas de pichações, ou seja, pequenos delitos ou vandalismos eram combatidos até mesmo para que não virassem crimes de maior gravidade.

Após meses de implantação da referida teoria, os altos índices de criminalidade haviam caído drasticamente, justamente porque foi implantando o sistema

de tolerância zero para crimes de menor potencial ofensivo, que era justamente o que a teoria das janelas quebradas pregava: combater os crimes de menor potencial ofensivo, para prevenir-se os de maior gravidade.

Ao que a Polícia, o Poder Judiciário e o Ministério Público davam pouca importância anteriormente, ou seja, atitudes que poderiam ser punidas em outras esferas do Direito, como a Civil ou a Administrativa, passaram a sofrer a intervenção do Direito Penal. Consequentemente, começou a haver a redução da criminalidade.

Schecaria (2009, p. 168) critica a teoria das janelas quebradas ao afirmar que:

[...] a opção pela polícia era clara: atingir jovens representantes de minorias, especialmente negros, latinos e imigrantes [...] havendo uma verdadeira *race profiling*, isto é, a escolha de alvos do policiamento pela cor da pele.

Já Rubin (2001, p.191) rebate, dizendo que não se trata de forma alguma de tirania da maioria, justificando que:

[...] a desordem tem consequências mais graves em comunidades pobres pois estas são justamente as que mais precisam de ordem a fim de evitar o aumento da criminalidade.

Agora, pensemos se a teoria em análise poderia ser aplicada no Brasil. Não esbarraria no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da nossa Constituição Federal?

Para Odon (2016), o grande problema de se importar tal teoria é o risco que se tem não de cultura e costumes diferentes, mas sim pelo fato de no Brasil ainda vigorar a cultura da violência. Vale lembrar que a teoria das janelas quebradas foi aplicada, mas sem comprovação empírica. No Brasil, provavelmente não daria certo até porque o encarceramento não resolve a questão da criminalidade, ao contrário, haveria ainda mais revolta quando o criminoso saísse da prisão.

Há ainda outro contraponto, que seria o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, segundo o qual o Direito Penal só poderia se aplicar aos crimes de maior repercussão, crimes mais graves, e em uma contravenção penal como uma perturbação ao sossego, por exemplo, não deveria intervir, deixando para o Direito Civil a solução para o problema.

Rudin (2001, p. 196) não concorda, e fundamenta que o Direito Penal deve, sim, intervir, inclusive quando a infração for de menor gravidade, pois, segundo este autor: “[...] resta comprovado que desordem, contravenções e pequenos delitos, quando não reprimidos, levam à criminalidade violenta”.

Para Schecaria (2009), quando o Direito Penal age em qualquer contravenção ou delito em que outras áreas do Direito poderiam resolver tem-se o encarceramento, aprofundando ainda mais as desigualdades, impactando não só na vida do detento, mas também na de sua família, deteriorando a situação financeira e enfraquecendo os vínculos afetivos com os filhos.

Conforme Rudin:

Quando as pequenas janelas estão quebradas, não adianta correr para tentar evitar que as grandes janelas sejam quebradas. Elas inevitavelmente o serão. Ou seja, não adianta invocar o Direito Penal para cuidar de crimes violentos quando desprezou-se seu poder


de coerção com relação a crimes menores, invocando-se princípios como o da intervenção mínima. Isto significa atuar apenas no resultado e não na prevenção. O resultado só pode ser o aumento da criminalidade (RUDIN, 2001, p.197).

Para Reis (2007), se a teoria sob análise fosse aplicada no Brasil haveria a incompatibilidade com o princípio da bagatela, pois os delitos que se encaixariam no princípio da insignificância seriam punidos severamente com a finalidade de se prevenir que crimes de maior gravidade fossem cometidos. Este autor afirma que a teoria não é comprovada cientificamente, não tendo respaldo em provas empíricas que demonstrem sua eficiência no combate aos delitos pequenos, que impediriam o cometimento de crimes de maior gravidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto percebe-se que o tema é espinhoso, pois há vários argumentos favoráveis e contrários à aplicação da teoria das janelas quebradas no Brasil, apesar de não haver comprovação científica, pois já passamos de índices aceitáveis de criminalidade e, portanto, não podemos ignorar que a aplicação da teoria das janelas quebradas em Nova York foi um sucesso.

Os que têm contato com a aludida teoria pela primeira vez, sem analisar os principais aspectos dela, parece ser uma solução autoritária, uma perseguição à classe oprimida, ou mesmo uma *race profiling*.

Na verdade, a teoria das janelas quebradas é muito mais uma prevenção do que a repressão, não se trata de um Direito Penal do autor, em que se pune a pessoa pelo que ela é, mas sim a punição em relação ao delito, ainda que de menor gravidade. O objetivo desta teoria é criar uma sociedade mais justa, mais organizada onde as pessoas respeitem as leis e as cumpram. 

REFERÊNCIAS

- BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e Racismo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- LIMA JUNIOR, José César Naves de. *Manual de Criminologia*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas: sobre o risco de se importar teorias e políticas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março 2016 (texto para discussão nº 194). Disponível em: www.senadoleg.br/estudos. Acesso em: 29 mar. 2017.
- REIS, André Wagner Melgaço. *A Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory), o Programa de Tolerância Zero e os Delitos de Bagatela*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano 11, n. 18, pp. 66-72, jun-jul/2007.
- RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2001, n. 49, pp. 175-200.
- SHECARIA, Sérgio Salomão. *Tolerância Zero*. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, São Paulo, 2009, n. 5, pp. 165-176, outubro/2009.



ALINE PRETEL GIUSTI é Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/FIAM-FAAM. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela UCAM/ProMinas. Pós-graduanda em Direito Ambiental pela PUC/Minas e em Direito Comercial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora Universitária

Biofísica do sucesso

POR ISNAR AMARAL

O homem é o único ser vivo que tem a capacidade de adaptar o seu ambiente de acordo com as suas necessidades ou seus anseios. As plantas se adaptam ao seu ambiente, as do clima tropical e as do clima frio, cada uma com suas características. Os diversos animais se adaptam ao seu ambiente conforme as circunstâncias peculiares. Todavia, o homem constrói edifício quando falta espaço horizontal, constrói pontes para transpor barreiras, constrói aviões para chegar mais rápido ao destino, e assim por diante.

Em centenas de empresas nas quais já prestei consultoria em relação ao ambiente básico, a grande maioria quer mudar os resultados urgentemente, ou melhor, precisa mudar. Contudo, permanecem com os mesmos hábitos ou paradigmas. Então, por meio da alteração do fluxo de energia sistêmica do ambiente querem mudar os resultados auferidos.

Ora, isto é possível, mas requer tempo necessário, porém elas não dispõem deste tempo. Sendo assim, o mais eficaz e imediato para mudar resultados é trabalhar o ambiente e seguir as sugestões de mudança de atitude. As que trilham este caminho conseguem atingir o equilíbrio, cumprem suas metas e mantêm a constância da situação.

Podemos citar outros fatos, por exemplo, se mandarmos o nosso carro para um reaperto e lavagem e voltarmos para a mesma estrada esburacada e empoeirada, em pouco tempo estará como antes. Se alguém que largou o vício da bebida voltar a frequentar o boteco de alcoólatras é muito grande a probabilidade de reincidência. Quando alguém toma banho coloca a mesma roupa suja? O fato repetitivo de as empresas treinarem seus colaboradores com frequência, mas não modificarem a energia do seu ambiente faz com que, em pouco tempo, tudo volte a ser como antes.

A criação de um ambiente propício é ação necessária para a mudança dos resultados, tanto quanto o treinamento da equipe. O ambiente da empresa é constituído por elementos visíveis, como a sua estrutura arquitetônica, as cores, os equipamentos, mas é a sua energia sistêmica que vai dar a sensação de bem-estar, harmonia e induzir o comprometimento da equipe de forma extrínseca.

Comprovadamente, este modelo é eficaz, vencedor e de sucesso. Todavia, respaldado somente por um empresário visionário, arrojado e de vanguarda. Os demais correm atrás e pagam o preço. Há, ainda, os que não acreditam em nada que não seja visível ou palpável, mas utilizam telefone celular, internet, controle remoto, GPS, TV via satélite, alarme com sensor e outros. Como assim, isto não tem fio? Bem, o que importa é o resultado. 📌



***Compliance* como instrumento de combate à corrupção**

POR RENEE DO Ó SOUZA E ROGÉRIO SANCHES DE LIMA



Você acredita que a corrupção pode ser combatida pelo cidadão? Você sabe o que é *compliance*? Neste trabalho vamos demonstrar que a chaga da corrupção conta com uma nova ferramenta de combate, que, de forma inovadora, tem a capacidade de estimular e envolver os cidadãos e as empresas brasileiras a praticarem atos éticos e probos, seja nas relações eminentemente privadas, seja nas relações com o Poder público.

A mencionada ferramenta é o *compliance*, que, embora previsto antes na Lei Anticoncorrencial (Lei nº 12.529/2011), tem nova configuração conforme será demonstrado.

Com efeito, a edição da Lei nº 12.846/2013, popularmente batizada de Lei Anticorrupção, sem descuidar da responsabilidade do agente público robusteceu o protagonismo do particular, seja alcançando-o no sistema de responsabilidade, seja investindo-o como principal articulador de um conjunto de normas que previnem atos de corrupção e fomentam a ética como valor humano. Além da Lei nº 13.303/2016 acima mencionada, a Lei Anticoncorrencial brasileira (Lei nº 12.529/2011) também prevê a adoção compulsória pelas empresas de um programa de *compliance*.

“A adoção do *compliance* no Brasil revela uma nova perspectiva da legislação brasileira para enfrentar o problema da corrupção com a possibilidade de quebrar um ciclo perverso de atos de corrupção que permeia os negócios escusos existentes nos contratos com a Administração pública.”

Dentre outras inovações, a Lei Anticorrupção trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de as empresas adotarem os chamados programas de integridade, também conhecidos como programas de *compliance*.

Trata-se de instituto timidamente difundido no país, de contornos jurídicos e sociais indefinidos, razão pela qual o seu estudo merece atenção, principalmente diante do caráter inovador que lhe é peculiar, ou seja, o de fomentar a ética nas atividades privadas empresariais. Esta é a primeira impressão dada por Patrícia Toledo de Campos (2014), ao afirmar que “O *compliance* constitui um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais e um sinal de que a empresa deve adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva”.

O termo “*compliance*” é traduzido do inglês como conformidade, observância, complacência ou submissão, substantivo que advém do verbo inglês *to comply* cuja tradução é adequar, cumprir, obedecer.

Após a edição de leis internacionais, sobretudo norte-americanas (*FCPA-Foreign Corrupt Practices Act*) e inglesas (*UK Bribery Act*), que passaram a exigir que as empresas apresentassem um programa geral de adequação de suas normas e práticas a determinados marcos legais comuns ao setor em que atuavam na economia, o termo *compliance* popularizou-se e ganhou significado próprio. Passou a

corresponder às regras, sejam leis, valores morais ou éticos, razão pela qual passou a ser um conceito de comportamento moral ou de honestidade.

Com efeito, após alguns escândalos de corrupção que ganharam notoriedade internacional, os Estados Unidos editaram, em 1977, a *FCPA-Foreign Corrupt Practices Act*, legislação que, dentre outras inovações, passou a exigir das empresas que operam na Bolsa de Valores de Nova York a adoção de um conjunto de regras que buscavam evitar e punir fraudes de toda espécie, essencialmente aquelas ligadas a atos de corrupção.

Compliance pode ser definido, então, como o conjunto de ações e planos adotados facultativamente por pessoas jurídicas visando a garantir o cumprimento de todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando a evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção.

Observe-se, desde logo, que a Lei nº 12.846/2013 adotou a expressão “programa de integridade” para nominar o *compliance*, muito embora não o tenha definido inteiramente.

A imprecisão conceitual acerca do que seja programa de integridade ou *compliance* aproxima o instituto daquilo que se convencionou denominar no Direito de conceito jurídico indeterminado, isto é, institutos jurídicos cujo conteúdo deve ser valorado, caso a caso, pelo julgador, tomando como base os dados concretos da situação em apreciação.

Como se sabe, os conceitos jurídicos indeterminados são comuns ao atual modelo constitucional no qual se insere o Direito, uma vez que a dinâmica dos acontecimentos da vida moderna impossibilita que todas as situações sejam previstas em leis.

Alguns dos conceitos abertos possibilitam que a interpretação das normas seja permeada por valores éticos, de modo a evitar que, em nome do frio cumprimento da lei, sejam validados atos incompatíveis com os ideais de uma vida moderna virtuosa.

A textura aberta é verificada no termo “programa de integridade” previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção, o que proporciona, sob os influxos do pós-positivismo, a sua aproximação com valores da ética e da justiça. De outro lado, no atual estágio em que se encontram as relações negociais, celebradas com grande velocidade, informalidade e sem conhecimento de fronteiras geopolíticas, exigir que a legislação regulamente programas de integridade detalhadamente levaria ao risco de uma constante desatualização do instituto e ao conseqüente desestímulo na sua adoção.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 8.420/2015, que se destina a regulamentar a Lei nº 12.846/2013, no qual, em seu artigo 41, prevê que o programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, assim como na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração pública, nacional ou estrangeira.

De qualquer modo, em qualquer programa de *compliance* devem ser identificados parâmetros mínimos que caracterizem adequadamente o instituto, previstos no artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.


Na Lei Anticorrupção *o compliance* não é de implementação obrigatória, sendo que a sua adoção é estimulada na medida em que funcionar como mero atenuante de pena, caso a empresa seja condenada por uma das infrações previstas na Lei nº 12.846/2013. Pode parecer pouco, mas como assinala José Anacleto Abduch, Mateus Bertoncini e Ubirajara Custódio Filho (2014, p. 187) não se pode esquecer que a Lei Anticorrupção adotou o sistema de responsabilidade objetiva, em que as absolvições são restritas a casos em que houver quebra donexo causal. Neste contexto, investir em um mecanismo seguro de atenuação de pena é mais produtivo. Assim, se por um lado a comprovação de mecanismos de *compliance* pela empresa não tem o condão de isentá-la da infração cometida, por outro lado a atenuação da pena ganha muita importância, sobretudo se considerarmos que a multa prevista pela lei é bastante elevada.

Embora à luz da Lei nº 12.846/2013 o *compliance* tenha o propósito de funcionar como atenuante de eventual pena de multa, é inegável que o instituto tem efeito secundário e comercial de certificação para a empresa que o adota.

Este tipo de efeito midiático, para além de mera manobra de marketing, pode agregar valor imaterial à pessoa jurídica que realiza *compliance*, seja em decorrência da melhora de sua imagem e reputação perante o mercado, seja na eliminação dos prejuízos que os atos de corrupção costumam representar.

Uma boa imagem da empresa é capaz de atrair novos investidores ávidos por um ambiente que reflita confiança e segurança econômica. Conforme salienta Amartya Sen (1999, p.71), quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas.

Essa postura da legislação brasileira de estímulo a comportamentos social e empresarial éticos é alvissareira e revela o nascimento de uma política pública indutora de comportamento com características behavioristas neoliberais capazes de produzir práticas sociais aptas a enfrentar condutas antiéticas e de corrupção da população e também de empresas brasileiras.

A adoção do *compliance* no Brasil revela uma nova perspectiva da legislação brasileira para enfrentar o problema da corrupção com a possibilidade de quebrar um ciclo perverso de atos de corrupção que permeia os negócios escusos existentes nos contratos com a Administração pública. 

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Patrícia Toledo de. *Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção*. maio de 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943/92155>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT. 2014.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.



ARQUIVO PESSOAL

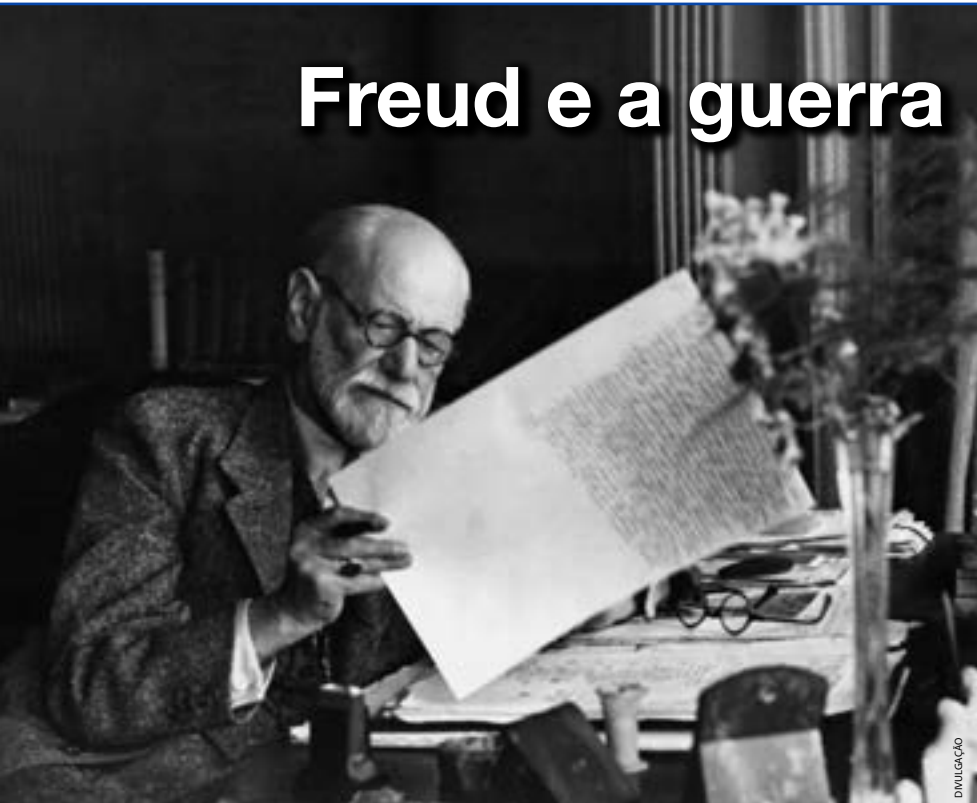
RENEE DO Ó SOUZA é Promotor de Justiça em Mato Grosso. Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Integra o grupo de pesquisa de Tutela Penal dos Interesses Difusos da UFMT e de Política Criminal do UNICEUB (Centro Universitário de Brasília). É Mestrando em Direito e Política Pública da mesma Instituição. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. Membro do Grupo Nacional do Membros do Ministério Público.



ARQUIVO PESSOAL

ROGÉRIO SANCHES DE LIMA é Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso e do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva).

Freud e a guerra



POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Impulsos tidos como maus pela comunidade – o egoísmo e a crueldade, exemplificava Freud – estão, na verdade, “entre os primitivos”, percorrendo eles “um longo caminho de desenvolvimento até chegarem a se tornar ativos no adulto”.”

No início do século passado, a Europa atravessava um período de intensa turbulência política – muito em razão de acontecimentos do final do século XIX, já que alguns Estados europeus estavam inconformados com a partilha de territórios asiáticos e africanos para fins de colonização. Enquanto a França e a Inglaterra puderam explorar as terras estrangeiras – extremamente ricas em matéria-prima, colonizando-as –, países como a Alemanha e a Itália haviam sido excluídos do processo “imperialista”, fato que, não isoladamente, pode ser considerado como a gênese do primeiro grande conflito mundial, não apenas, repita-se.

Além da disputa pela matéria-prima, havia também intensos conflitos por conta da conquista de novos mercados consumidores

e, por conseguinte, uma perigosa corrida belicosa, ocasionando constante apreensão geopolítica, especialmente entre os países europeus.

Como afirma Bobbio, Mateucci e Pasquino (1998, p. 611) foi mais precisamente:

[...] nos fins do século XIX que se iniciou o estudo sistemático dessa série de fenômenos, isto é, só então surgem as primeiras teorias sobre o Imperialismo, dando origem a uma sequência de análises que nunca deixaram de se desenvolver, em quantidade e qualidade, até hoje. Isto está evidentemente ligado ao fato de que, nas últimas décadas do século XIX (particularmente depois de concluída a unificação italiana e alemã, em 1870), se iniciou uma fase histórica marcada por uma especial intensidade e qualidade dos fenômenos imperialistas. Com efeito, entre 1870 e a deflagração da Primeira Guerra Mundial, deu-se a repartição quase completa da África entre os Estados europeus e a ocupação (em que participou também o Japão e, em medida mais restrita, os Estados Unidos) de vastos territórios da Ásia, ou sua subordinação à influência europeia (China, Pérsia, império otomano).

O Império Otomano, segundo Krishan Kumar (2017, p. 113):

[...] ao contrário dos impérios ocidentais, era um império não cristão, o centro e o agente do islamismo, protetor dos Lugares Santos. Herdou o legado do Califado dos árabes e a missão de difundir o islamismo pelo mundo. Para o Ocidente, os conflitos com os otomanos podiam ser vistos como uma continuação das cruzadas medievais contra as terras árabes.

Arendt (2012, p. 314) lembra, de mais a mais, que:

[...] somente após a triunfal expansão imperialista das nações ocidentais nos anos 1880 cristalizaram-se em movimentos, seduzindo a imaginação de camadas mais amplas. As nações da Europa central e oriental, que não tinham possessões coloniais e mal podiam almejar a uma presença no ultramar, decidiram então que ‘tinham o mesmo direito à expansão que os outros grandes povos e que, se não (lhes) fosse concedida essa possibilidade no além-mar, (seriam) forçadas a fazê-lo na Europa’.

Tais nações, continua Arendt, “tinham de procurar colônias no continente e expandir-se de modo geograficamente contínuo a partir de um determinado centro de poder”.

Cabe lembrar que França e Alemanha – as duas das nações mais poderosas da Europa – eram rivais históricas, desde que os franceses, no final do século XIX, perderam para os alemães a região da Alsácia-Lorena – e a queriam de volta, durante a Guerra Franco Prussiana ou Guerra Franco-Germânica (iniciada em 19 de julho de 1870 e finda no dia 10 de maio de 1871). Nesta última guerra, o Reino da Prússia recebeu apoio da Confederação da Alemanha do Norte, da qual fazia parte, e do Grão-Ducado de Baden, do Reino de Württemberg e do Reino da Baviera.

A vitória germânica escreveu o desfecho da unificação alemã sob o comando da Alemanha, ao tempo em que também marcou a queda de Napoleão III e, consequentemente, da monarquia francesa e sua substituição pela Terceira República.

Ademais, os pangermanistas e pan-eslavistas, considerando-se Estados e povos continentais, tinham uma tendência nacionalista e unificadora, fator que aumentava a tensão no Velho Mundo.

De toda maneira, como se sabe, o marco histórico considerado o desencadeador do primeiro grande combate mundial foi, sem dúvida, a morte, por homicídio, de Francisco Ferdinando, príncipe do Império Austro-Húngaro, durante sua visita a Sarajevo (Bósnia-Herzegovina). O assassinato foi atribuído a um membro de um grupo sérvio conhecido como “Unificação ou Morte” ou “Mão Negra”, organização nacionalista que recorria ao terrorismo como forma de atividade política, e tinha conexões com alguns elementos pan-eslavistas do governo da Sérvia.

O Império Austro-Húngaro, insatisfeito com as providências tomadas pela Justiça da Sérvia em relação ao assassinato, declarou guerra à Sérvia no dia 28 de julho de 1914, iniciando-se a Primeira Guerra Mundial.

Em um dos campos da batalha estavam a Itália, o Império Austro-Húngaro e a Alemanha – formando a Tríplice Aliança. Do outro lado entrincheirava-se a Tríplice Entente, formada pela França, Rússia e Reino Unido. Apenas em 1917, os Estados Unidos juntaram-se aos países da Tríplice Entente, especialmente em razão de interesses comerciais que tinham com a Inglaterra e a França.

Em 11 de novembro de 1918, acabou o conflito mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes (verdadeira gênese da Segunda Guerra Mundial), deixando para trás, aproximadamente, 10 milhões de pessoas mortas, o triplo de feridos (entre civis e soldados), a destruição de campos agrícolas e de indústrias, além, por óbvio, de um prejuízo econômico monumental.

Pois bem.

Um ano após o início da guerra, Freud, então com 58 anos, escreveu um pequeno texto – porém magistral – intitulado “A desilusão causada pela guerra”, texto inserido no 12º volume das “Obras Completas de Sigmund Freud – Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos – 1914-1916”, mostrando-se alarmado com o conflito mundial de grandes proporções. Com este mote, o pai da psicanálise – nunca superado – mergulhou mais uma vez e com precisão, como quase sempre o fazia, na alma e na natureza humanas.

Diante do início ainda da guerra, Freud já constatava “que jamais um acontecimento destruiu tantos bens preciosos da humanidade, jamais confundiu tantas inteligências das mais lúcidas e degradou tão radicalmente o que era elevado”.

Notava, aparentemente surpreso que, mesmo os homens das ciências estavam apaixonados pelas respectivas causas. Assim, por exemplo, “o antropólogo tem que declarar o adversário um ser inferior e degenerado, o psiquiatra tem que diagnosticar nele uma perturbação espiritual ou psíquica”.

A guerra, então, “trouxe a [...] desilusão. Não é apenas mais sangrenta e devastadora do que guerras anteriores, devido ao poderoso aperfeiçoamento das armas de ataque e de defesa, mas pelo menos tão cruel, amargurada e impiedosa quanto qualquer uma que a precedeu”.

É bem verdade que Freud admitia que sempre haveria guerras, “enquanto os povos viverem em condições tão diferentes, enquanto divergirem de tal modo no valor que atribuem à vida individual, e enquanto os ódios que os dividem representarem forças psíquicas tão intensas”. Ele temia, no entanto, que esta guerra, em especial, deixasse “um legado de amargura que por longo tempo tornará impossível o restabelecimento dos mesmos”.

E ele tinha razão. O referido Tratado de Versalhes, que pôs fim oficialmente aos combates, foi a origem – a um só tempo, portanto – da Segunda Guerra Mundial, pois, nos termos em que foi imposto aos derrotados, causou forte impacto e

profundo ultraje na população derrotada, o que contribuiu, por exemplo na Alemanha, para a queda da República de Weimar, em 1933, e a ascensão do nazismo. O resultado, já sabemos.

A Primeira Grande Guerra mostrava-se impressionantemente diversa de todos os outros conflitos enfrentados pela humanidade. Ela ultrapassava “todos os limites que nos impusemos em tempos de paz, que havíamos chamado de Direito Internacional, não reconhece as prerrogativas dos feridos e dos médicos, a distinção entre a parte pacífica e a parte lutadora da população, nem os direitos de propriedade”. A guerra a tudo transpunha “em fúria enceguedida, como se depois dela não devesse existir nem futuro nem paz entre os homens”.

No seu texto, Freud faz uma digressão a respeito do monopólio estatal na “distribuição” da (in)justiça, afirmando que “o Estado proíbe ao indivíduo a prática da injustiça, não porque deseje acabar com ela, mas sim monopolizá-la, como fez com o sal e o tabaco”. Sendo assim, o Estado em guerra permite a ele próprio a prática de “qualquer injustiça, qualquer violência que traria desonra ao indivíduo”, agindo contra o inimigo, “não apenas da astúcia autorizada, mas também da mentira consciente e do engano intencional, e isso numa medida que parece ultrapassar o costumeiro em guerras anteriores”.

Em especial, ao que parece pela leitura do texto, duas coisas provocaram uma grande decepção em Freud (2010). A primeira teria sido: [...] a pouca moralidade mostrada exteriormente por Estados que nas relações internas posam de guardiães das normas éticas”. A segunda, “a brutalidade do comportamento de indivíduos que, como membros da mais elevada cultura humana, não acreditaríamos capazes de atos semelhantes”.

O segundo ponto, isto é, a segunda decepcionante constatação do psicanalista, leva-o a perguntar como se dá “o processo mediante o qual um indivíduo alcança um mais elevado estágio de moralidade?”. Uma primeira resposta – “ele é bom e nobre desde o início, de nascimento” – não foi levada em consideração pelo escritor. Já a segunda resposta àquela indagação deveria partir do pressuposto “de que se está diante de um processo de desenvolvimento”, consistente “em que as más inclinações do ser humano são nele extirpadas e, sob influência da educação e do ambiente cultural, substituídas por inclinações para o bem”.

A segunda resposta também foi refutada por Freud, pois, na realidade, não existe “extirpação do mal” alguma, e justamente a investigação psicanalítica mostrara “que a essência do homem consiste em impulsos instituais de natureza elementar, que são iguais em todos os indivíduos e que objetivam a satisfação de certas necessidades originais”. Segundo o próprio tradutor da obra de Freud, a tradução do vocábulo “instituais” não é “muito satisfatória para “triebregungen”, termo cunhado por Freud e composto de “trieb” mais “regung” (ligeiro movimento, impulso, emoção)”. Segundo ele, em versões para a língua espanhola, aparecem as expressões “tendências instintivas” ou “mociones pulsionales”. Os italianos traduziram para “moti pulsionali”.

Ora, como diz Freud, tais impulsos “não são bons nem maus em si. Nós os classificamos dessa forma, a eles e a suas manifestações, conforme sua relação com as necessidades e exigências da sociedade humana”.

Assim, impulsos tidos como maus pela comunidade – o egoísmo e a crueldade, exemplificava Freud – estão, na verdade, “entre os primitivos”, percorrendo eles “um longo caminho de desenvolvimento até chegarem a se tornar ativos no adulto”.

“Na verdade, os homens em guerra, ao deixarem de lado suas limitações de natureza moral, foram instados a se livrar daquela coação externa – sempre duradoura –, permitindo-lhes “temporariamente a satisfação de seus instintos reprimidos”. Logo, a transformação instintual “pode ser desfeita – duradoura ou temporariamente – por interferências da vida”, como a guerra, por exemplo, razão pela qual pode-se “esperar que em tempos mais tranquilos se restabeleça o enobrecimento de seus instintos”. ”

Ademais, às vezes determinadas reações “contra certos instintos criam a ilusão de uma mudança em seu conteúdo, como se o egoísmo se tornasse altruísmo e a crueldade, compaixão”.

O pai da psicanálise explica o fenômeno que ele denomina “ambivalência afetiva”, quando “alguns impulsos instintuais aparecem em pares de opostos quase que desde o início”. Assim, por vezes “o amor intenso e o ódio intenso surgem com muita frequência unidos na mesma pessoa”, acontecendo mesmo, e não raramente, de ambos os dois impulsos afetivos “tomarem a mesma pessoa por objeto”.

Superado após esse processo (doloroso, digo eu), com todos os seus percalços, forma-se, então, “o que chamamos de caráter de uma pessoa, e que sabidamente é classificado de ‘bom’ ou ‘mau’ de maneira muito precária”, pois, afinal de contas, diz Freud, “um ser humano é raramente bom ou mau por inteiro, em geral é ‘bom’ nesse aspecto, ‘mau’ naquele outro, ou ‘bom’ em determinadas circunstâncias e decididamente “mau” em outras”.

Ademais, dois fatores atuam para a transformação dos instintos “maus”. O primeiro, de natureza interna, “consiste na influência exercida nos instintos maus – egoístas, digamos – pelo erotismo, pela necessidade humana de amor no sentido mais amplo. Pela intromissão dos componentes eróticos os instintos egoístas são transformados em sociais”.

O segundo fator, este de natureza externa, é justamente “a coação exercida pela educação, que representa as demandas do ambiente civilizado, e que, depois, prossegue no influxo direto do meio cultural”, de uma tal maneira “que tendências egoístas cada vez mais se convertam em altruístas, sociais, pela adjunção de elementos eróticos”. A “coação externa, que a educação e o meio exercem, contribui ainda para mudar a vida instintual da pessoa em direção ao bem, para transformar seu egoísmo em altruísmo”.

A vida na sociedade civilizada obriga os seus integrantes a viverem em constante tensão em relação às exigências de natureza moral, obrigando-os “a um distanciamento ainda maior de sua disposição instintual”, sendo-lhes imposta “uma contínua repressão instintual”. Tais repressões, quando tomadas no âmbito da sexualidade, “em que é mais difícil efetuar essa repressão, ocorrem os fenômenos reativos das afecções neuróticas”.


Já em outros espaços – que não o da sexualidade – tal coação externa “não traz consequências patológicas, mas se exprime em malformações de caráter e na permanente propensão de os instintos inibidos irromperem em busca de satisfação, quando a oportunidade se apresenta”.

Eis, então, que surge a hipocrisia e o hipócrita, ou seja, aquele “obrigado a reagir continuamente segundo preceitos que não são expressão de seus pendores instintuais”. Ademais, “a nossa atual civilização favorece de maneira extraordinária a produção de tal espécie de hipocrisia”. Freud vai ainda mais além para afirmar que a nossa civilização, na verdade, “está edificada sobre essa hipocrisia, e que teria que admitir profundas mudanças, caso as pessoas se propusessem viver conforme a verdade psicológica. Portanto, existem muito mais hipócritas culturais do que homens realmente civilizados”. De toda maneira, ele próprio admite que “a manutenção da cultura, ainda que sobre uma base tão duvidosa (a hipocrisia, lembro), oferece a perspectiva de preparar o caminho, em cada nova geração, para uma transformação instintual mais ampla, portadora de uma cultura melhor”.

Portanto, conclui Freud “que era injustificada a amargura e a dolorosa desilusão pela conduta incivilizada de nossos concidadãos do mundo nesta guerra”. Tratava-se apenas de uma ilusão, pois, “na realidade eles não desceram tão baixo como receávamos, porque não tinham se elevado tanto como acreditávamos”.

Ou seja, na verdade, os homens em guerra, ao deixarem de lado suas limitações de natureza moral, foram instados a se livrar daquela coação externa – sempre duradoura –, permitindo-lhes “temporariamente a satisfação de seus instintos refreados”. Logo, a transformação instintual “pode ser desfeita – duradoura ou temporariamente – por interferências da vida”, como a guerra, por exemplo, razão pela qual pode-se “esperar que em tempos mais tranquilos se restabeleça o enobrecimento de seus instintos”.

Por fim, um “enigma” não decifrado pelo maior psicanalista da história da humanidade, revelado nas últimas linhas do texto: “Por que os povos-indivíduos de fato se menosprezam, se odeiam, se execram, e isso também em períodos de paz, cada nação fazendo o mesmo?”.

A resposta foi dada pelo próprio Freud, ao afirmar que “Eu não sei o que dizer sobre isso. É como se todas as conquistas morais do indivíduo se apagassem quando se junta um bom número ou mesmo milhões de pessoas, e restassem apenas as atitudes mais primitivas, mais antigas e cruas”. 

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*, São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- FREUD, Sigmund. *Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos – 1914 – 1916*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- KUMAR, Krishan. *Visões Imperiais*, Lisboa: Edições 70, uma chancela de Edições Almedina, 2017.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Análise do pensamento jusfilosófico de São Thomás de Aquino sob a concepção de Robert Alexy

por DAVID ARIEL SOUSA TORRES ARAÚJO, RODRIGO DE LIMA LEAL E JARDEL FEITOSA



DIVULGAÇÃO

Tomás de Aquino

Ao longo da história do Direito, as discussões giraram em torno do conceito de justiça. Atualmente, as principais correntes de discussão sobre o que seria o Direito resumem-se à aceitação ou não da relação entre a norma jurídica e a moral. Historicamente, duas teorias abrangeram os focos da discussão: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O jusnaturalismo teve início sistematizado em Aristóteles, com os ideais de virtude e busca pela felicidade, em que, segundo Aristóteles (1987), justiça é entendida pelo que é emanado do Legislativo, acima de tudo, tende para a concretização da felicidade, da vida política e de seus bens. Assim, a justiça se liga ao Direito, localizando em seu centro, mas não só isso, a justiça também tem um papel a desempenhar com a polis e a felicidade, sendo sua legitimação acima de uma simples correspondência com a lei positivada.

Tomás de Aquino foi fortemente influenciado pelo pensamento helenista, em especial o de Aristóteles. De modo geral, Tomás de Aquino sintetiza os ideais jusnaturalistas em uma mistura cristã-helenística, conforme o ensinamento de Umberto Padovani e Luís Castagnola (1977, p. 232- 233):

“Na classificação de Alexy (2014), Tomás de Aquino se encontra na acepção classificatória, o que quer dizer que, uma vez que o Direito contraria a moral, o Direito se torna inválido, assim, Tomás de Aquino seria um não positivista exclusivista, o que traz grandes implicações para a compreensão de muitos movimentos sociais e religiosos atualmente.”

Após uma longa preparação e um desenvolvimento promissor, a escolástica chega ao seu ápice com Tomás de Aquino. Adquire plena consciência dos poderes da razão, e proporciona finalmente ao pensamento cristão uma filosofia. Assim, converge para Tomás de Aquino não apenas o pensamento escolástico, mas também o pensamento patrístico, que culminou em Agostinho, rico de elementos helenistas e neoplatônicos, além do patrimônio da revelação judaico-cristã, bem mais importante.

Essa influência se estendeu a toda filosofia tomista, de modo que o jusnaturalismo se manteve em essência, ao mesmo tempo em que teve aspectos alterados. Para Tomás de Aquino (2001), Deus dirige o homem por meio de sua providência, o instruindo pela lei. Esta se divide em lei eterna, lei natural e lei divina positiva, sem falar na lei humana positiva, ou simplesmente lei humana, que é a ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o encargo da comunidade perfeita.

O jusnaturalismo ganhou força mediante a expansão da filosofia de Tomás de Aquino, que estava atrelada aos ideais cristãos que dominaram o Ocidente quase que exclusivamente até a Modernidade.

Na Modernidade, o teocentrismo deu espaço ao antropocentrismo, mudando as perspectivas de interpretação da realidade, tendo seu ápice na Revolução Francesa,

em 1789, destituindo também e principalmente o absolutismo (HICKS, 2011). A influência da modernidade afetou lentamente os ideais jusnaturalistas, dando início à corrente positivista. Segundo a lição de Kelsen (2000, p. 558):

A ciência jurídica dos séculos XIX e XX declara-se expressamente incapaz de incluir o problema da justiça no objetivo das suas investigações. Em princípio, pelo menos, o positivismo limita-se a uma teoria do Direito positivo e à sua interpretação. Consequentemente, ele se mostra ansioso por manter a diferença, e mesmo o contraste entre 'justo' e 'jurídico', uma antítese que se manifesta na nítida separação entre a filosofia jurídica e a ciência jurídica.

O juspositivismo, de modo mais explícito, pretende uma separação entre a moral e a norma positivada. Esta corrente vigorou por longo tempo e ainda influencia na contemporaneidade. Todavia, atualmente, no meio jurídico a discussão da relação entre Direito e moral foi trazida à tona de maneira forte, em especial pelo doutrinador Robert Alexy, que passou a dividir as principais correntes em positivistas e não positivistas.

Após esta sólida contextualização, o presente trabalho visa a uma comparação sintética entre os sistemas desenvolvidos por Tomás de Aquino e Robert Alexy. Uma vez que o sistema de Robert Alexy é muito mais abrangente, será visualizado onde Tomás de Aquino se encaixa no sistema de Alexy e, logo após, serão expostas as considerações essenciais para o Direito na atualidade.

O PENSAMENTO JUSFILOSÓFICO DE ROBERT ALEXY

O Direito ganhou níveis profundos de discussão no campo jusfilosófico. Robert Alexy se tornou um dos principais expoentes da discussão com relação ao conceito e à aplicação ao buscar em Gustav Radbruch a inspiração de suas ideias. Para Alexy (2014), Radbruch era um positivista de resultado e se transformou em um não positivista. Para Radbruch, o Direito deveria ser justo, porém o justo é controverso. Radbruch defendia que a moral tem uma conexão com o Direito, porém se a moral for controversa deve valer o Direito.

Alexy (2014) desenvolveu uma argumentação voltada à exposição de qual seriam os limites do positivismo jurídico e em como ele falha. Ele dividiu as correntes em as que defendem uma “conexão” entre o Direito e a moral e as que defendem uma “não conexão” entre o Direito moral. Seriam respectivamente as correntes não positivas e as positivas.

O positivismo é dividido por Alexy (2014, p. 227) em duas categorias: positivismo inclusivo e positivismo exclusivo. O não positivismo é dividido em: superinclusivo, inclusivo e exclusivo. Este autor afirma que:

A fim de determinar o que essa relação abrange é preciso distinguir duas versões do positivismo e três versões do não positivismo. As duas versões do positivismo são o positivismo exclusivo e o inclusivo. [...] Duas versões do não-positivismo não o fazem, a saber, o não positivismo exclusivo e o não positivismo superinclusivo. Somente uma terceira versão, o não positivismo inclusivo, representa adequadamente a dupla natureza do direito.

O positivismo exclusivo defende que nunca há conexão conceitual entre Direito e moral. O conceito de Direito válido não depende da moral. O positivismo inclusivo



Robert Alexy

defende que pode haver moral, mas pode não haver conexão entre Direito e moral. Não se aceita uma conexão necessária entre Direito e moral, a conexão é contingente. O próprio Direito positivo é quem determina se a moral será ou não utilizada (ALEXY, 2014).

Por outro lado, a divisão do não positivismo ocorre em virtude da diferença dos efeitos da conexão na validade das normas jurídicas. Segundo Alexy (2014), a conexão conceitual poderá ser qualificatória ou classificatória.

A classificatória leva à invalidade do Direito quando não houver sintonia entre o Direito e a moral. Significa que o Direito injusto, aquele que viola a moral, não é classificado como válido. A qualificatória diz que o Direito sempre se conecta com a moral, o Direito positivo injusto, aquele que viola a moral, apesar de ser qualificado como injusto, continua sendo válido (ALEXY, 2014).

No superinclusivo a conexão é sempre qualificatória. Para os superinclusivos o Direito deve estar de acordo com a moral. O Direito é qualificado como injusto, porém não é classificado como um Direito inválido. O Direito injusto é injusto, porém é válido. Pela segurança jurídica o Direito injusto deve ser válido. Acredita-se em uma moral universalista (ALEXY, 2014).

No exclusivo, a conexão é sempre classificatória. Diz que sempre que o Direito é injusto é inválido. Toda vez que o Direito for injusto deve ser classificado como inválido. O inclusivo afirma que o Direito injusto é Direito válido, exceto quando a injustiça for extrema. A injustiça extrema não é Direito (ALEXY, 2014).

Para Alexy (2014), o Direito apresenta uma dupla natureza, a saber, uma factual e uma ideal, sendo que a factual engloba a legalidade autoritativa e a eficácia

social, enquanto a ideal engloba elemento da correção moral. A corrente que mais é apropriada para Robert Alexy é o não positivismo inclusivo, uma vez que o não positivismo superinclusivo dá muito peso à segurança jurídica, ao passo que o não positivismo exclusivo é uma posição radical, pois dá muito peso à justiça e não dá peso à segurança jurídica. De acordo com este autor:

O não positivismo inclusivo não alega que defeitos morais sempre minam a validade do direito, nem que eles nunca o fazem. [...] o não positivismo inclusivo sustenta que defeitos morais minam a validade do direito se e somente se o limiar da injustiça extrema é ultrapassado. A injustiça abaixo desse limiar está incluída no conceito de direito como direito defeituoso, mas válido. Desse modo, a ambos os lados da dupla natureza do direito são dados os pesos devidos. (ALEXY, 2014, p. 228)

Uma vez que nem todo sistema de ordenamento social é necessariamente sistema jurídico, é importante destacar que o que diferencia, por exemplo, o sistema rapinante (que não é um sistema jurídico) do sistema de domínio (que é um sistema jurídico, por mais que injusto) é a pretensão de correção evocada, que estabelece uma conexão necessária entre Direito e moral. Esta relação é adequada perfeitamente dentro do contexto de dupla natureza do Direito pelo não positivismo inclusivo (ALEXY, 2014).

O PENSAMENTO JUSFILOSÓFICO DE SÃO TOMÁS DE AQUINO

Embora não tenha sido um jurista nem tido a formação que caberia a um jurista, São Tomás de Aquino foi um filósofo do Direito, formulando doutrina a respeito de justiça, da lei, do Direito natural e do Direito positivo. Tomás de Aquino construiu a sua filosofia raciocinando sobre princípios cristãos a partir de perspectivas aristotélicas. Tomás de Aquino, assim, desenvolveu conceitos de ética, como a distinção entre o mal e o bem, promovendo a distinção, a ação e os atos que visassem a realização do fim último, o bem, sendo este compreendido como “bem que agrada a todos” (BITTAR, et al., 2002).

O bem comum se relaciona com a justiça intimamente, uma vez que a justiça regula o comportamento externo do homem, dando a cada um o que lhe pertence. Dessa forma, Aquino (2001) desenvolveu a tese de que o Direito é objeto da justiça, sendo que o Direito busca afirmar a justiça, que é uma virtude, colocando-se, assim, como uma “causa meio” (está entre a carência e o excesso). Para o desenvolvimento do “justo”, Tomás de Aquino (2001) arguiu acepções distintas de leis, que se relacionam direta ou indiretamente com o Direito. Para Bittar *et all* (2002, p. 201-202):

Assim, de maneira sucinta, quando se fala em *lex* podem se detectar as seguintes categorias: lei eterna: é a lei promulgada para Deus e que tudo ordena, em tudo está, tudo rege; lei natural: trata-se de uma lei comum a homens e animais; lei comum a todas as gentes: trata-se de uma lei racional, extraída da lei natural, no entanto, comum somente a homens; lei humana: trata-se de uma lei puramente convencional e relativa, assim como altamente contingente e que deve refletir o conteúdo da lei eterna e natural.

Em Aquino (2001) a lei natural é derivada da lei eterna e também é a fonte da lei humana. A lei humana, por fim, só ganha força quando instituída pelo legislador,

caracterizando o Direito conhecido como positivo. Todavia, frisa-se que as leis são intrinsecamente relacionadas entre si, sendo a lei eterna imutável, a lei natural uma expressão eterna que pode ser atingida pela racionalidade humana, contudo é mutável, e a lei humana que depende inteiramente das anteriores, podendo ser justa ou injusta.

E, a esta luz, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta ordena o homem para o bem comum. Por onde, a justiça é considerada uma virtude geral. E como o próprio da lei é ordenar o homem para o bem comum, como já estabelecemos aí resulta que essa justiça geral, ao modo que referimos, chama-se justiça legal, porque, obedecendo-lhe o homem procede de acordo com a lei, ordenadora de todos os atos para o bem comum (Sum. Theol. *Secunda Secundae Partis*, q. LVIII, art. V).

A relação entre a lei humana e a lei natural, desponta como o conceito mais pertinente a ser observado, uma vez que na filosofia tomista essa relação é a maneira mais direta de se aplicar e vivenciar a justiça na sociedade. Destarte, a justiça se desenrola como virtude essencial para manutenção da organização social e como já foi observado em Alexy (2014) é necessário entender a relação existente entre a justiça (ou moral) e o Direito, que por si só já é existente na filosofia tomista. Agora, cabe a análise de até onde se estende esta “conexão”.

UMA ANÁLISE SINTÉTICA E ATUAL DAS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS DE SÃO TOMÁS DE AQUINO E ROBERT ALEXY

A palavra “justiça”, historicamente, ganhou inúmeras acepções, podendo até uma contradizer a outra, o que não impede que o conceito de justiça seja alçado na contemporaneidade, afinal é incontestável que o Direito existe. Assim, a pergunta relevante que se impõe é: o Direito se relaciona com a moral? Ou a justiça deve ser considerada como real? Estas perguntas são relevantes para o Direito e para a sociedade?

Em uma leitura breve de Aquino (2001) e Alexy (2014) é possível perceber que para os dois as perguntas são, sim, relevantes, e que, além disso, o Direito se relaciona diretamente com a moral. A diferença entre os dois autores se dá em quais são as influências da relação dentro do ordenamento jurídico. Na relação entre moral e Direito é possível observar em Tomás de Aquino que:

Se a lei escrita for injusta, por motivo de ter sido promulgada segundo o mero arbítrio do legislador ou por não está adequada a novos tipos de problemas surgidos em meio à constante escalada evolutiva humana, a sentença baseada nessa lei não será vinculativa ou obrigatória, pois uma lei só encontra força na natureza, e aquilo que contraria o bem comum, não tendo fundamento natural, não vincula os indivíduos. (BITTAR, *et al.*, 2002, p. 207)

Na classificação de Alexy (2014), Tomás de Aquino se encontra na acepção classificatória, o que quer dizer que, uma vez que o Direito contraria a moral, o Direito se torna inválido, assim, Tomás de Aquino seria um não positivista exclusivista, o que traz grandes implicações para a compreensão de muitos movimentos sociais e religiosos atualmente. Para Alexy (2014), como já exposto, a relação entre moral e Direito mais aceita seria a proposta pela vertente não positivista inclusiva, que

propõe que, mesmo quando imoral, o Direito é válido, a não ser que seja extremamente injusto.

As consequências dos dois são claramente distintas, o não positivismo exclusivo requer um ordenamento jurídico mais volúvel, uma vez que para se atender à necessidade de adequação moral seria necessária uma ação ágil, isso se impõe como causa complexa com relação direta com o tamanho do Estado. Por outro lado, para a vertente adotada por Alexy, o ordenamento jurídico poderia ser mais estático, preservando por sua segurança jurídica, que garante a estabilidade das mais variadas normas do ordenamento jurídico. A única pergunta que se levanta parece ser: o que é algo extremamente injusto? Todavia, isso foge à própria discussão proposta por Alexy, caindo em um campo extremamente filosófico, se torna claro que a dificuldade desta resposta não invalida as propostas de Alexy, pois sua área argumentativa é diversa da natureza do questionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, pode-se notar a relevância da discussão que Alexy traz em sua obra. É imprescindível uma posição sobre como se dá a relação entre Direito e moral, pois isto afeta diretamente o ordenamento jurídico. Partindo da perspectiva tomista é fácil perceber como se dá a mentalidade de um não positivista exclusivo, o que abre caminho suficiente para a identificação das espécies de leituras que as mais variadas pessoas, operadoras do Direito ou não, fazem do ordenamento jurídico. De modo geral, as classificações são dadas por Alexy em suas brilhantes obras, Aquino é um exemplo de como essa divisão funciona, além do mais, Alexy, como visto, argumenta sobre a própria classificação, o que traz para dentro do Direito a essencial questão: não seria muito pouco apenas classificar? A discussão se põe aberta em diálogo mais direto com o positivismo. Dessa forma, o Direito contemporâneo é evocado a ser ainda discutido nos locais onde alguns positivistas já consideram o debate superado, porque daí se impõe a norma jurídica que irá influenciar o dia a dia do indivíduo. 📌

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AQUINO, Tomás. *Suma Teológica. v. I, parte I*. 2. ed. São Paulo: Edições. Loyola, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicôrnaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. Período Sistemático e A escolástica. In: *História da Filosofia*. São Paulo: Melhoramentos, 1977.

DAVID ARIEL SOUSA TORRES ARAÚJO é acadêmico do terceiro período do curso de Direito do Instituto de Educação Superior Raimundo Sá.

RODRIGO DE LIMA LEAL é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. Especialista em Direito Previdenciário e Metodologia do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Professor. Advogado.

JARDEL FEITOSA é bacharel em Direito Pela Universidade Federal de Campina Grande. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.



Trocando em miúdos: teria um fim o Direito Penal?

POR ANA CRISTINA GOMES

Teria o Direito Penal um fim? Este questionamento já foi alvo de muitas discussões, seja no que diz respeito à finalidade ou função, seja no que diz respeito ao fim entendido como término. Porém, certo é que, assim como a pergunta, também as respostas podem ser múltiplas, tendo cada uma delas o seu fundamento, a sua crítica que nos leva à reflexão.

Não é possível estudar e compreender o Direito Penal descolado do cenário em que se insere. Os contextos social, político, econômico e cultural influenciam e acabam por causar irritações no sistema jurídico, de modo a ocasionar mudanças em todos os subsistemas jurídicos (LUHMANN, 2010).

Quando tratamos de questões que guardam problemas de origens sociológicas, econômicas, políticas e filosóficas é quase certo que, de um modo ou de outro, o Direito Penal será tocado por elas. Talvez, isso se dê porque, no imaginário leigo, o Direito Penal possa parecer um instrumento útil e capaz de gerar segurança e estabilidade, garantindo a tão sonhada paz social e concretizando nossas expectativas cognitivas (LUHMANN, 1993). De certa forma, foi assim que o Direito Penal surgiu. Seu aparecimento se deu em um momento histórico em que era necessário limitar os poderes punitivos do soberano, ou até mesmo criar limites razoáveis e previsíveis, de modo a não haver cidadãos acuados por decisões e resoluções arbitrárias e imprevisíveis. Talvez, esta seja a razão pela qual tanta esperança se deposita no Direito Penal, de modo a buscar junto a ele soluções, primeiro porque o problema não é jurídico, depois porque o Direito Penal, assim como o regramento jurídico, atuam quando existem conflitos, ou seja, não atuam na causa, mas na consequência.

Alvo de muitas críticas nos últimos anos, ao Direito Penal se atribuem adjetivos como “simbólico”, “seletivo”, “segregador”. Não que as críticas sejam inválidas, entretanto é preciso refletir um momento acerca do papel desempenhado hoje, não pelas Ciências Jurídico-Penais, mas sim pelo procedimento legislativo que,

“O Direito Penal tem, sim, uma função e uma missão, mas que só é possível alcançá-las, mesmo que minimamente, no âmbito jurídico, observando a relevância de tais bens e a real necessidade de tutela penal ante a aplicação dos princípios que regem o Direito Penal.”

por meio da elaboração de normas, responde com soluções de natureza penal às demandas sociais, econômicas e políticas, sem submetê-las a qualquer filtro jurídico, não observando a missão e a função do Direito Penal na qualidade de ciência apta a tratar de problemas de natureza jurídica.

Algumas observações podem ser feitas acerca dos três adjetivos citados, sendo elas um convite à reflexão.

Direito Penal simbólico, sem dúvida, é umas das mais presentes críticas ao Direito Penal, cabendo aqui alguns apontamentos. O simbolismo nada mais é do que o reflexo dos anseios sociais, das demandas que chegam ao Legislativo. Isso porque, ao atender os anseios de uma sociedade que busca soluções imediatas (talvez por ter se acostumado ao mundo da conexão, a aldeia global, segundo Bauman, onde nada é estanque), então, depositam no Direito Penal suas expectativas cognitivas

a fim de transmudá-las em expectativas normativas por meio do processo legislativo. O Legislativo, sem observar qualquer tipo de filtro jurídico (critérios político-criminais, dogmático-penal, processual penal ou criminológicos), passa, então, a elaborar leis, elevando condutas ao *status* de delito, sem observar a teoria do delito, o processo penal e a teoria da pena.

Para elucidar tais afirmações, vejamos Zygmunt Bauman (2007, p. 11):

[...] num planeta atravessado por 'autoestradas da informação, nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do 'lado de fora' intelectual. Não há terra *nulla*, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecido, muito menos incognoscíveis. A miséria humana de lugares distantes e estilos de vida longínquos, assim como a corrupção de outros lugares distantes e estilos de vida longínquos são apresentados por imagens eletrônicas e trazidas para casa de modo nítido e pungente, vergonhoso ou humilhante como o sofrimento ou a prodigalidade dos seres humanos próximos de casa, durante seus passeios diários pelas ruas das cidades.

O desencontro acaba por produzir “leis” que certamente não atendem às expectativas cognitivas da sociedade, inicialmente porque, na maioria das vezes, o problema é social ou cultural, não jurídico, sendo necessária a implementação de políticas públicas efetivas que não podem ser confundidas com as alternativas político-criminais. Assim, para Claus Roxin (2002, p. 32):

[...] en la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan”, del Estado.

De outro lado, ao transmudar tais expectativas cognitivas em expectativas normativas, dando-lhes o *status* de delito, alguns pontos são esquecidos. Primeiro, ao se elevar uma conduta à categoria de delito confere-se a ela um rol de garantias e direitos que só do Direito Penal e o Direito Processual Penal possuem, por exemplo, a presunção de inocência, a garantia ao silêncio, sem que este signifique confissão, a imprestabilidade da confissão como único meio de prova, a impossibilidade de utilização de provas ilícitas.

Apenas para esclarecimento, com tais afirmações não se quer convencer ou criar a ideia de que o Direito Penal ou o Processual Penal seja o melhor dos Direitos, que não tem imprecisões ou ainda um viés protecionista. Pelo contrário, a tentativa é apenas demonstrar que, quando um instituto não tem *status* jurídico e se atribui a este tais características, ainda mais no âmbito do Direito Penal, cria-se uma série de expectativas a respeito da questão ao mesmo tempo que à questão é atribuída um leque de direitos e garantias. Estas duas situações podem gerar novos conflitos, seja quanto à efetividade da regulamentação ou quanto à aplicabilidade prática e a capacidade transformadora.

Segundo, porque o Direito Penal não é medida pedagógica, não possuindo tal função, não sendo capaz de transformar, mas sim de demonstrar o desvalor da

ação, ou seja, a relevância jurídico-penal da expectativa que se pretende estabilizar tendo como limite os bens juridicamente protegidos e fundamentais ao livre desenvolvimento humano e comunitário dentro de um Estado Democrático de Direito (FERNANDES, 2003, p. 56).

Terceiro, é preciso compreender as Ciências Jurídico-Penais de formas global (DIAS, 1992, p. 93), dogmática, criminológica, de política criminal, de processo penal e execução penal, já que estão inter-relacionadas e precisam ser vistas em conjunto. Um quadro criminológico pode ser evidenciado sem que a melhor política criminal a ser adotada seja a regulamentação penal de condutas ou o recrudescimento penal, situação esta discutida diariamente hoje, no tocante a Lei de Entorpecentes, na questão da redução da maioridade penal, na Lei Anticorrupção. Seria o Direito Penal a resposta?

Outro ponto está relacionado não só a criminalização, mas aos anseios individuais dos cidadãos. Muitas vezes, quando a sociedade clama por medidas penais, pela regulamentação de condutas de modo a transmutá-las em ilícitos penais, se esquece que nem sempre a sanção será a pena privativa de liberdade. Um exemplo é o artigo 408 do Projeto de Lei nº 236/2012 (Reforma do Código Penal), que objetiva a incriminação dos maus-tratos sofridos por animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos. A sanção prevista para a tipificação do *caput* é de um a três anos de prisão. Pois bem, este *quantum* sancionatório permite ao autor do delito a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos, pois não ultrapassa o limite máximo de quatro anos, o qual permite a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Como a sociedade de modo geral não detém conhecimento acerca da teoria da pena, a aplicação de penas restritivas de direito acaba por gerar certa insatisfação ou ainda a sensação de impunidade, quando expectativas normativas são violadas, desestabilizadas. É o que acontece quase sempre quando um acidente de trânsito gera a morte ou lesão. A sistemática do Direito Penal e seus fundamentos teóricos estão muito longe da sociedade, que ainda o compreende como um corretor, quase da mesma forma em que era concebido, no tocante à teoria da pena, pela Escola Correcionista (DORADO MONTERO, 1973. p. 61-87).

Seletivo e segregador são dois adjetivos invocados para demonstrar as falhas das Ciências Jurídico-Penais. Entretanto, se o simbolismo guarda relação com o papel do Poder Legislativo tais adjetivos relacionam-se com os Poderes Judiciário e Executivo (representado tanto pelo Ministério Público como por meio dos funcionários públicos que atuam junto aos órgãos de segurança pública). A tão famigerada periculosidade dos *power lass* (SILVA-SÁNCHEZ, 2011, p. 99), alardeada aos quatro ventos e capaz de encarcerar dezenas de cidadãos, ante o reconhecimento dos agentes públicos como vítimas diretas ou em potencial, enquanto ao tratar da criminalidade dos *power full* este mesmo reconhecimento não se concretiza, tendo em vista a generalidade do papel atribuído à vítima, ou seja, a sociedade (quem se reconhece como vítima de um delito econômico?). Deste modo, seleciona-se e segrega-se, rotula-se e estigmatiza-se. Mas a resposta não será encontrada na teoria do delito ou na teoria da pena, tampouco na Criminologia ou na Política Criminal, a resposta talvez esteja na Filosofia, na Psicologia, na Política, na Economia, no estudo do comportamento humano e de como cada ser humano atribui valor ou relevância a algo, como constrói seus juízos valorativos. Imparcialidade?

É um ideal. Não que seja possível, visto que todo ser humano é provido de sentimentos, anseios, paixões, ilusões.

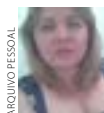
Responsabilizar as Ciências Jurídico-Penais e, principalmente, o Direito Penal por tais situações (simbolismo, segregação, seleção) é, no mínimo, desconsiderar os cenários sociológico, político e econômico que há muito deles se utiliza a fim de justificar e solucionar questões que não pertencem ao Direito e menos ainda ao Direito Penal.

O Direito, e neste caso o Direito Penal em específico, só é capaz de nos dar respostas jurídicas, soluções jurídicas. Quando se tem um problema social não é ao Direito que se deve recorrer, assim como quando se tem um problema de saúde não é na Engenharia que se busca a resposta, mas sim na Medicina. Se utilizarmos o instrumental correto e a Ciência adequada, certamente as soluções serão melhores e mais próximas do que almejamos e necessitamos. Assim também ocorre no que concerne ao Direito Penal, pois se os problemas a serem solucionados possuem natureza penal e os princípios penais são observados (fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, intervenção mínima) certamente por meio das Ciências Jurídico-Penais uma solução será encontrada, o que não significa dizer que tal solução é o cárcere. Mas este é outro assunto que deve ser tratado em outra oportunidade, com a devida relevância e a necessidade de diálogo e reflexão.

Resta dizer que o Direito Penal tem, sim, uma função e uma missão, mas que só é possível alcançá-las, mesmo que minimamente, no âmbito jurídico, observando a relevância de tais bens e a real necessidade de tutela penal ante a aplicação dos princípios que regem o Direito Penal. 📖

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: *LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- _____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



ANA CRISTINA GOMES é advogada, mestre em Direito pela UNESP, doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Estupro de vulnerável à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

por EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E BIANCA CRISTINE DOS SANTOS CABETTE

“A igualdade formal conferida pelo reconhecimento, em geral, da capacidade civil da pessoa com deficiência mental há que ser complementada pela análise cuidadosa de cada caso concreto e do grau de prejuízo ao discernimento dos indivíduos, a fim de possibilitar a chamada igualdade material e não prejudicar pessoa com deficiência mental quando se pretende respeitar sua suposta autonomia.”



O crime de “estupro de vulnerável”, previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, se propõe a tutelar a dignidade e a liberdade sexual de pessoas que não têm o necessário discernimento para o consentimento em atos desta natureza. Dentre os chamados “vulneráveis”, destacam-se os enfermos mentais sem discernimento.

Com o surgimento do “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (Lei nº 13.146/2015), os deficientes, inclusive mentais, na seara civil deixaram de ser apontados dentre os absolutamente incapazes. Esta alteração legal pode remeter a questionamentos sobre a eventual repercussão no campo penal, mais especificamente no que se refere ao ilícito classificado como “estupro de vulnerável”. Ao menos, em tese, é possível questionar a efetiva condição de vulnerabilidade de pessoas com deficiência mental e a legitimidade da repressão penal contra qualquer indivíduo que com eles mantenha alguma relação de caráter sexual consentida, ou seja, sem violência ou grave ameaça.

Há uma necessária intersecção entre o Direito Civil e o Direito Penal que deve ser tratada com base na interdisciplinaridade, e até mesmo na transdisciplinaridade, para chegar a uma conclusão razoável, sem que a pessoa com deficiência mental sem discernimento seja prejudicada, perdendo a proteção legal que, necessariamente, deve lhe ser conferida, mas também reconhecendo a autonomia e a liberdade inerentes às pessoas deficientes, inclusive as que têm deficiência mental, mas que são detentoras de capacidade decisória suficiente para dar ou não o seu consentimento em atos de natureza sexual. O tormentoso binômio liberdade-segurança será o desafio permanente nas linhas que seguem.

CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ENTRE A SEGURANÇA E A AUTONOMIA

Seja no estudo das inovações da capacidade civil das pessoas com deficiência mental, seja na investigação do tema do “estupro de vulnerável” na seara penal, é possível perceber que a deficiência mental, por si só, desde sempre, não confere ao seu portador incapacidade para os atos da vida civil e nem vulnerabilidade como vítima criminal, além de não ensejar a ultrapassada “presunção de violência” nos crimes sexuais.

Ademais, a alteração promovida no campo civil não necessariamente tem efeitos transcendentais para o âmbito criminal, considerando o fato de que os critérios para aferição de capacidade em cada uma das searas mencionadas são diversos.

A primeira questão a ser respondida é se uma mudança sobre a capacidade civil precisa necessariamente exercer alterações na seara penal. E a resposta é negativa. Isso porque os campos civil e penal são independentes, e ainda os critérios de aferição das capacidades civil e penal são completamente diferentes.

O Código Civil adota o critério do “discernimento”, enquanto nos campos penal e processual penal adotam-se o critério “político-jurídico”. Com base no critério do discernimento, avalia-se a capacidade civil de acordo com a efetiva demonstração de capacitação de cada pessoa para o exercício dos atos da vida civil. É por isso que o menor casado é considerado capaz, que o menor que se gradua em universidade torna-se capaz, e que pode haver o instituto da emancipação.

Já nos campos penal e processual penal o critério é estritamente político, ou seja, são adotadas certas idades e certas regras para cada uma delas. Por exemplo, o estabelecimento da inimputabilidade aos 18 anos não comporta alteração,

independentemente da capacidade civil da pessoa. A idade-limite é estabelecida por força legal e não comporta alteração. Se um menor de 18 anos emancipado, casado ou com nível superior de ensino, vier a cometer um ato definido como crime ou contravenção, normalmente responderá de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e não como um imputável em razão de os critérios civil e penal serem diversos e incomunicáveis, inclusive na esteira do disposto no próprio art. 2.043 do Código Civil.

Nesse diapasão, José Henrique Rodrigues Torres (2003) oferta interessante exemplo de desvinculação entre capacidades civil e penal, lembrando que o maior de 70 anos de idade é dotado de especial tratamento no Código Penal (art. 115 – prazo prescricional contado pela metade). Acrescente-se o especial tratamento dos maiores de 60 anos de idade na seara penal, com aumento de pena quando são vítimas, e agravantes especiais após o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003 – v.g. art. 61, II, “h”, CP ou art. 121, § 4º, “in fine”, CP). Não obstante, não passou pela cabeça de ninguém afirmar que tais dispositivos fariam com que, na seara civil, os maiores de 60 ou 70 anos de idade passassem a ser considerados incapazes ou relativamente capazes por influência do Código Penal ou do Estatuto do Idoso. Não, a capacidade civil do maior de 60 ou 70 anos de idade é indiscutível, a não ser que sofra de doença mental ou moléstia incapacitante, o que também pode ocorrer com uma pessoa muito jovem, que seja de 18, 20 ou 30 anos de idade (TORRES, 2003, p. 99).

Mais impactante ainda é outra assertiva de Torres, demonstrando que o reverso da moeda, ou seja, a influência do penal no civil também não se pode operar devido à discrepância de critérios e à independência de instâncias. Veja-se, nas oportunas palavras de Torres (2003, p. 100-101), que:

Por derradeiro, para colocar uma pá de cal sobre essa questão, lembre-se de que a responsabilidade penal ou a imputabilidade reconhecida pelo sistema penal jamais teve o condão de interferir nos limites da capacidade civil. Com efeito, o art. 23 da antiga Parte Geral do CP entrou em vigor em 1940, e o art. 27 da nova Parte Geral do mesmo Código é de 1984, ou seja, esses dois dispositivos penais entraram em vigor depois da edição do Código Civil de 1916, mas isso não autorizou nenhum jurista a afirmar que a responsabilidade ou a imputabilidade penal dos maiores de 18 anos estaria tornando-os plenamente capazes para os atos da vida civil, revogando assim o antigo art. 9º. do CC, que previa a capacidade civil plena somente a partir dos 21 anos de idade”. E segue afirmando: “Definitivamente, não há confundir ‘menoridade civil’ com ‘menoridade penal’, que são dois institutos distintos e com efeitos absolutamente diferenciados nos respectivos sistemas em que têm aplicabilidade específica.

A alteração da capacidade civil das pessoas com deficiência mental levada a termo pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), não tem, por si só, força para alterar a aplicação ou a interpretação e, especialmente, a vigência de normas penais que tratem da matéria.

Uma observação percuciente do tema demonstra que o próprio legislador, em momento algum, pretendeu deixar as pessoas com deficiência mental desprotegidas. A ideia matriz das alterações foi conferir à pessoa deficiente mental o reconhecimento de autonomia para os atos da vida civil, desde que não comprovado, no caso concreto e de forma concreta, a necessidade de assistência ou até mesmo de representação. Pensar a alteração legislativa de outra forma seria uma afronta

à dignidade humana destas pessoas e, inclusive, à sua liberdade ou ainda às suas integridades física, moral, patrimonial etc. Isso, sem falar na flagrante infração ao princípio da igualdade, sob o prisma material, e não somente formal.

E não poderia ser de outra forma, pois, conforme a lição de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (2016, p. 228-229):

O reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana nas suas mais variadas configurações é aspecto a ser destacado na Constituição da República de 1988. Com efeito, ao elevar a dignidade a vértice do ordenamento jurídico, optou o constituinte por se afastar das categorias abstratas e formais em prol de hermenêutica emancipatória. Tal diretriz axiológica tem sido designada como mecanismo de repersonalização promovido pela Constituição da República, que desloca a proteção do sujeito de direito abstrato e neutro para a pessoa concretamente considerada, em atenção aos princípios da solidariedade e da isonomia substancial.

Como ensina Amartya Sen, a salvaguarda dos direitos humanos não se pode dar por uma interpretação fria e inflexível da legislação. Há muitas vias de tutela e promoção dos direitos humanos, afora a legislação. E tais vias têm entre si uma “considerável complementaridade”. Para Amartya Sen (2011, p. 401):

A ética dos direitos humanos pode ser tornar mais efetiva com uma variedade de instrumentos inter-relacionados e uma versatilidade de meios e maneiras. Essa é uma das razões pelas quais é importante reconhecer o estatuto ético geral dos direitos humanos, o que lhe cabe, em vez de encerrar prematuramente o conceito de direitos humanos no quadro estreito da legislação, real ou ideal.

A necessidade de concreção da análise da capacidade para atos é muito bem destacada no Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil, que assim é redigido: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto (grifo nosso).

De acordo com Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (2016, p. 237-238): “os efeitos da incapacidade devem ser proporcionais à exata medida da ausência do discernimento”, a fim de que não se tolha, sob pretexto protetivo, a autonomia do sujeito, mas também não se abandone o desprotegido quando precisar de manto protetor da lei. Neste sentido, a lição de Fiuza (2015, p. 169) é oportuna, quando afirma que:

O objetivo da Lei é, evidentemente, o de preservar, ao máximo, *na medida do possível*, a autonomia do deficiente, *respeitadas as limitações do caso concreto*. A regra de que a curatela só atinja relações patrimoniais deve ser interpretada segundo esse contexto, isto é, *sempre que possível*, o curador não deverá interferir nas relações existenciais, a fim de preservar a autonomia e a dignidade do curatelado. *Entretanto, relações existenciais que tenham efeitos patrimoniais estariam dentro do campo de atuação do curador, e, em alguns casos, dependendo da gravidade da deficiência, mesmo as que não tenham efeitos patrimoniais, para se evitar prejuízos materiais, e para que sejam preservados o interesse e a dignidade do deficiente incapaz* (grifos nossos).

É importante destacar que o “discernimento” do deficiente, a partir do Estatuto, passa a ser visto como a regra. Excepcionalmente, não estará presente, ensejando

medidas protetivas legais nos mais diversos campos, inclusive o penal. Mas, para isso, como bem observa Rosenvald (2015, p. 744), trazendo à baila a dicção do art. 4º, III, do Código Civil, com a nova redação dada pelo art. 114 da Lei nº 13.146/2015, necessário é compreender “falta de discernimento” como “incapacidade de exprimir a própria vontade”. Lembremos que a capacidade de exprimir a vontade própria não é um conceito apenas no plano físico, de emissão de palavras, gestos etc., mas a vontade expressa tem de satisfazer um requisito de validade, isso em qualquer área do Direito, estejamos falando de contratos, negócios ou mesmo de atos sexuais. A vontade expressa com capacidade é aquela realmente livre e consciente, isenta de fraude, coação, erro, violência, horizonte informativo ilusório ou extremamente limitado etc., ou seja, a liberdade real é qualificada necessariamente por uma ação consciente e informada. Nas palavras de Rosenvald (2015, p. 744):

Como medida de incapacitação, a Lei 13.146/15 viabiliza a substituição do critério subjetivo do déficit cognitivo, embasado em padrões puramente médicos, por outro objetivo. Em vez de um diagnóstico técnico que aponte um desvio, qualifica-se a situação de uma pessoa e as suas circunstâncias: a absoluta impossibilidade de interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado. A impossibilidade não é qualquer dificuldade ou complexidade, mas um impedimento de caráter absoluto. *Não poder exprimir a sua vontade*, importa em situação de ausência de consciência de si e do entorno, para a qual todo um sistema de tomada de decisão apoiada seja insuficiente, sendo necessária a escolha de um curador para exercer assistência (grifo no original).

Na realidade, os tratos penal e civil da temática não se afastam tanto. Ao reverso, se aproximam bastante. Conforme destacam Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Souza (2016, p. 307), a mais atual jurisprudência do STJ tende a abrandar a importância até mesmo da natureza da sentença de interdição (se declaratória ou constitutiva), optando pela prevalência da “investigação do concreto grau de discernimento da pessoa com deficiência à época da realização do ato”. Assim sendo, asseveram os autores sobreditos que:

O melhor caminho parece consistir na análise do concreto grau de discernimento da pessoa à época da realização do ato, e, ao mesmo tempo, dos valores mercedores de tutela na específica situação. A partir dessa renovada postura metodológica – que corresponde, em verdade, à necessária análise funcional de todos os institutos civilísticos –, será possível concluir se o ordenamento do caso concreto sinaliza para a manutenção dos efeitos do ato ou, diversamente, para o reconhecimento (em certo grau) de sua invalidade.

É por essa mesma tábua que deve ser medida a capacidade da pessoa com deficiência mental em apresentar seu consentimento válido para a prática de atos sexuais, a afastar a prática do estupro de vulnerável.

Em artigo bem fundamentado sobre o tema, assim se manifesta Soares (2017):

Por outro lado, é de conhecimento amplo, também, até para os mais leigos, que existe uma infinidade de anomalias psíquicas catalogadas pela CID – 10 – Classificação Internacional de Doenças – cada qual com o seu respectivo grau de profundidade e de repercussão, variando entre distúrbios de alcance quase inexpressivo, capazes de oportunizar, ao seu detentor, uma vida absolutamente normal, até anormalidades mais sérias, as quais im-

põem um acompanhamento médico mais rigoroso. [...] Repare-se, neste sentido, que até o conceito de pessoa maior, absolutamente incapaz, não existe mais, visto que o estatuto trouxe significativa modificação no art. 3º. do Código Civil, que trata da incapacidade absoluta. O próprio Ministério Público, aliás, por intermédio do CNMP, elaborou uma cartilha para tratar, agora, da interdição na modalidade chamada parcial. [...] *Pois bem, a nosso ver, no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável, sem violência real, a leitura correta, à luz do atual cenário normativo, passa, necessariamente, pela análise das condições da pessoa portadora da enfermidade, vale dizer, ter-se-á que averiguar, no caso concreto – valendo-se da expertise de um profissional competente – se o deficiente mental detém, ou não, o necessário discernimento para a prática do ato*” (grifos nossos).

Neste ponto, o autor em destaque passa a afirmar que se a conclusão pericial for favorável à capacidade da pessoa com deficiência para a compreensão do ato, ter-se-ia operado o “fenômeno da *abolitio criminis*” (SOARES, 2017).^Discordamos neste aspecto, pois a questão da pessoa com deficiência sempre foi de natureza relativa, devendo-se apurar concretamente a capacidade de discernimento, aliás, como sempre esteve claro na dicção do § 1º, do art. 217-A do CP. O Estatuto somente vem a reforçar a orientação que já existia na lei. Não se trata de “*abolitio criminis*”, mas de continuidade normativo-típica com um reforço da orientação interpretativa para a devida aplicação da norma.

Agora, realmente, conforme aduz Soares (2017), se a pessoa, embora com deficiência, tem o necessário discernimento para a decisão sobre a prática do ato sexual, o fato é “atípico”, inclusive sob o prisma defendido por Zaffaroni e Pierangeli, da atipicidade “conglobante”, eis que o ordenamento jurídico não pode contradizer-se. O Estatuto da Pessoa com Deficiência permite que uma pessoa com deficiência exercite a sua sexualidade. Então, um impedimento absoluto na seara penal de que alguém mantenha relações sexuais com uma pessoa com deficiência tornaria todo o sistema contraditório e inviável. Analisada a legislação brasileira de forma conglobante, a capacidade de discernimento de uma pessoa com deficiência quanto ao ato sexual descaracteriza, torna conglobantemente atípica, a conduta.

A obra de Zaffaroni e Pierangeli mencionada por Soares foi a décima edição, de 2014. Nosso acesso foi à quinta edição, de 2004, onde consta que:

[...] em uma ordem normativa [...] não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas [...] Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isso significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade penal”. Em outras palavras mais simples, é imprescindível uma análise sistemática e global do ordenamento para concluir pela tipicidade material de uma conduta, para além da tipicidade formal. O estudo do tipo penal isolado, sem contato com o restante do ordenamento jurídico, é sujeito a terríveis falhas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 522).

Soares (2017) também, ao final e ao cabo, afirma que o Estatuto veio a reforçar a normatização já existente, quando diz que:

Note-se, aliás, que, nesse aspecto, o estatuto veio apenas para reforçar e esclarecer algo que já era presente em nosso ordenamento, dado que, desde a edição da Lei 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. Entendemos, portanto, que só o caso concreto dirá se o deficiente mental reúne, ou não, as condições psíquicas para manter uma relação, como expressão da sua sexualidade, pondo-se por terra, definitivamente, o superado entendimento anterior (art. 224, "b", do CP, revogado pela Lei 12.015/09). Como consectário lógico, ausente o discernimento necessário, devidamente comprovado, caracterizado está o crime do art. 217 – A, § 1º, do Código Penal, em toda a sua plenitude típica. Com efeito, são situações totalmente distintas aquela em que o sujeito faz sexo com um deficiente mental, de forma consentida e discernida, daquela em que esse mesmo sujeito aproveita-se da enfermidade mental, para usar o deficiente, inepto para o ato, apenas como objeto sexual da sua própria lascívia. Este é, portanto, o ponto nodal a ser enfrentado pelos operadores do direito: saber distinguir o deficiente, enquanto sujeito de direito, e, desse modo, plenamente capaz de manter a sua vida sexual, saudavelmente, daquele enfermo mental, vítima da exploração sexual de outrem, tido como objeto, impondo justa punição àqueles que atentem contra a sua dignidade sexual. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência, logo, teve, sim, repercussões na esfera penal, mas apenas para tornar mais sólida e clara a tutela protetiva e garantidora de direitos do deficiente, dando contornos mais precisos a uma realidade normativa que, a despeito de já existir, ainda ensejava inseguranças e incertezas quanto à sua aplicação* (grifos nossos).

Observe-se que, embora a lei civil apresente atualmente a curatela restrita a questões de gestão patrimonial, nada obsta que, excepcionalmente, as condições precárias do indivíduo sob os prismas mental e intelectual, condicionem a validade dos atos civis, à representação por parte de terceiros que devem zelar por sua integridade em sentidos diversos do patrimonial (questões existenciais). De acordo com a lição de Perlingieri (2008, p. 782-783):

Não parece também que se possa compartilhar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa. A enfermidade mental, mesmo se menos grave, pode criar ao *inabilitato* a necessidade de uma assistência que não se restringe ao plano patrimonial.

Procedendo a uma análise conjuntural dos próprios diplomas que trazem normas penais que versam sobre especiais proteções a pessoas mentalmente incapacitadas, inclusive o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), torna-se claro e evidente o fato de que jamais pretendeu o legislador descobrir do devido manto protetor especial tais indivíduos, jogando-os na vala comum, o que, aliás, seria inconstitucional, seja pelas determinações de proteção expressas constitucionais e convencionais, seja por violação ao princípio da igualdade material.

Com a devida parcimônia, aduzem Barboza e Almeida (2016, p. 225-226) que:

O exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade – reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do § 2º acrescido ao art. 1.550 do Código Civil, pelo Estatuto, segundo o qual 'a

pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador'. Permite-se repetir aqui as ressalvas feitas no sentido de que *o respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe, não haver, evidentemente condições de toma-las por causas físicas ou mentais.*

Alguns exemplos são interessantes e esclarecedores. O Código Penal prevê o crime de “abuso de incapazes”, em seu art. 173, visando à proteção do patrimônio dos incapazes. Seria crível que um indivíduo, a partir da alteração civil, se aproveitasse da inexperiência ou paixão de alienado ou débil mental, causando-lhe prejuízo dolosamente e ficasse impune? É claro que não. Isso seria o cúmulo do absurdo. É claro que a incapacidade deverá ser aferida caso a caso, não bastando a mera constatação da debilidade ou alienação, mas a comprovação de que ela afeta consideravelmente o discernimento da vítima. Ora, mas isso sempre foi assim e deve realmente ser.

Também são esclarecedores os arts. 106 e 108 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que antecipam a proteção penal quanto a possíveis lesões patrimoniais, transformando aquilo que seria mero ato preparatório de futuros estelionatos em conduta já prevista como crime e passível de reprimenda. Isso quando o idoso for pessoa “sem discernimento”. Esses crimes não tornam todos os idosos indivíduos incapazes. Seria uma aberração. Mas, reconhece que o idoso pode ser acometido de problemas físicos e/ou mentais que lhe retirem o discernimento para a prática de certos atos (v.g. acidente vascular cerebral, demência senil etc.). Nos mencionados casos, o indivíduo é protegido de forma antecipada. A mera outorga de uma procuração obtida dessa pessoa com má fé já é crime, independente de ocorrência de lesão patrimonial efetiva. A simples lavratura de ato notarial sem representação ou assistência já é crime, também independentemente de ocorrência de efetiva lesão patrimonial. Tudo isso está a indicar que, na seara penal, não se perdeu de vista o fato de que pessoas podem, sim, tornarem-se desdotadas de discernimento para atos da vida civil, devendo ser assistidas ou mesmo representadas por quem de direito e devendo haver a escorreita proteção legal especial a que fazem jus.

Em obra especializada, ao tratar do tema do envelhecimento, Gawande (2015, p. 31) expõe o seguinte:

A veneração aos idosos pode ter desaparecido, mas não porque foi substituída pela veneração aos jovens. Foi substituída pela veneração à independência pessoal. Resta um problema com esse modo de vida. Nossa reverência pela independência não leva em conta a realidade do que acontece na vida: mais cedo ou mais tarde, a independência se torna impossível. Seremos acometidos por doenças ou limitações sérias. É tão inevitável quanto o por do sol. Surge então uma nova questão: se vivemos pela independência, o que fazer quando ela não pode mais ser sustentada?

Portanto, se é correto que se deve respeitar a independência e a autonomia dos idosos, estejam eles completamente sãos ou portando alguma deficiência que não lhes tolha de forma extrema a capacidade, também é certo e imprescindível que se não os abandone à própria sorte numa selva de possíveis predadores patrimoniais e de todas as espécies imagináveis, com base em uma ilusão de que todos, a todo tempo, são realmente plenamente capazes, autônomos e independentes, sem necessidade de proteções legal, familiar e social.

Não se pode também olvidar o disposto no art. 91 do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem”. Novamente, exsurge uma antecipação protetiva, pois a mera retenção do cartão ou documento com intento lesivo patrimonial já configura crime, transformando o que seriam apenas atos preparatórios em conduta incriminada. E essa deficiência, conforme é trivial, pode ser perfeitamente a deficiência mental. Este caso é ainda mais emblemático para os fins argumentativos deste trabalho, pois é o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência que confere especial proteção penal às pessoas com deficiência, deixando claro que uma igualdade formal obtusa não pode ser o critério para tratar juridicamente tais pessoas na vida em comum. Portanto, não é crível que ao retirar as pessoas com deficiência do rol de incapazes se tenha pretendido levar a termo uma igualdade formal estúpida em prejuízo de uma efetiva igualdade material, obstando qualquer perquirição acerca da efetiva capacidade da pessoa avaliada em cada caso concreto.

E não é somente no art. 91 que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata de especiais proteções penais. Também há outras previsões nos arts. 89 e 90. Note-se que no art. 89, parágrafo único, I, há previsão de aumento de pena de um terço se o autor do crime de apropriação dos proventos da pessoa com deficiência for seu tutor ou curador. Ou seja, é claro e evidente que a pessoa com deficiência, de forma geral, e somente por causa da presença de uma deficiência qualquer, não pode ser tida como incapaz. No entanto, dependendo do grau e condições da deficiência, poderá necessitar de assistência ou mesmo representação por meio de institutos como a tutela e a curatela, tanto que a pena aumenta nos casos de tutelados ou curatelados. No art. 90, o abandono material da pessoa com deficiência é especialmente apenado, demonstrando, mais uma vez, que o legislador não quis embarcar numa aventura da igualdade formal isolada.

Dessa maneira, é correto afirmar, assim como Rogério Greco (2016, p. 62), que a pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não souber discernir sobre o ato sexual a que é conduzida não deixa, por força de alterações civis, de integrar o rol de vulneráveis que podem ser sujeitos passivos do crime de “estupro de vulnerável”. Isso não impede que tal vulnerabilidade seja aferida casuisticamente com o devido cuidado para, inclusive não apenar pessoas que não agem com má fé e lesar o próprio deficiente no seu direito de uma vida sexual ativa. Nas palavras do autor em destaque:

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis, previstos no art. 26, *caput*, do Código Penal. É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual. Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família. Assim mulhe-

res portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem tranquilamente engravidar, serem mães, cuidarem de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalharem, estudarem etc. Assim não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217 – A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.

Aproveitando o gancho, é visível que, se a alteração promovida no Código Civil quanto aos enfermos e deficientes mentais, conferindo-lhes, *a priori*, capacidade plena para os atos da vida civil, salvo prova em contrário, fosse geral, gerando alterações na seara penal, inclusive no crime de estupro de vulnerável, não seria somente aí que se criaria uma situação insustentável. Todos os exemplos já vistos seriam postos em xeque e, mais relevante ainda, o próprio reconhecimento da inimputabilidade por deficiência ou enfermidade mental ou da semi-imputabilidade, nos estritos termos do art. 26 do CP não mais se sustentaria, o que seria um absurdo ainda maior. Conferir capacidade plena para os atos da vida civil de maneira totalmente aleatória e sem qualquer consideração casuística já seria, no campo civil, algo inusitado e perigosíssimo. Mas, isso não se compara à atribuição de responsabilidade plena àqueles que não a têm, submetendo-os a sanções penais por condutas que não compreendem ou que não conseguem determinar de acordo com o entendimento que têm. Estaríamos retornando a épocas em que se faziam julgamentos de animais pela suposta prática de crimes (não se pretende equiparar pessoas deficientes a animais, justo o contrário, respeitar sua humanidade e igualdade material perante as demais pessoas; mas submeter um inimputável a julgamento sem mais é uma afronta e uma estupidez tão grande quanto pretender imputar responsabilidade penal a um animal, obviamente “*mutatis mutandis*”), conforme Luc Ferry (1993, p. 9-22), que narra históricos processos instaurados contra porcos, sanguessugas e até mesmo árvores e coisas inanimadas.

O destaque é dado à incapacidade de determinação, conforme um entendimento e a brutalidade que seria uma reação penal por considerarem-se, abstrata e genericamente, todos simplesmente plenamente capazes. A menção à apenação de animais no passado, reiterar-se, não tem o intento de equiparação, mas de expor o absurdo da situação. Scruton (2000, p. 27) distingue muito bem, contra a concepção de equiparação zoológica do homem aos outros animais, as considerações morais que se deve sustentar com relação aos animais e aos seres humanos, deixando claro que estes são “pessoas” e, por isso, suas relações entre si são “pessoais” ou “intersubjetivas” e jamais “animalescas” ou “animais”. A concepção aqui adotada, por obviedade, é aquela que distingue claramente o homem do animal, ao reverso de algumas correntes radicais hoje defendidas. Um exemplo é Peter Singer (2004), que considera a especial condição humana como o que denomina, com fulcro na terminologia originalmente cunhada por Richard Ryder, “especismo”, ou seja, algo equiparado ao racismo, ao sexismo ou coisas do gênero. Tratar os seres humanos de forma diferenciada e privilegiada seria um preconceito inaceitável.

Por isso, o pensamento de Scruton (2000, p. 30) é esclarecedor, afirmando não haver dúvida quanto ao fato de que animais não formam comunidades morais de mesma espécie que os humanos, tal como o citado autor descreve em sua obra. As ideias de liberdade, responsabilidade, direito e dever contêm uma tácita assunção de que todo componente do jogo moral (cada ser humano) conta como um e nenhum componente conta como mais de um. Pensando nestes termos, se assumem todas as pessoas como insubstituíveis e autossuficientes membros da

ordem moral. Seus direitos, deveres e responsabilidades são seus atributos pessoais.¹ Para isso, nada mais claro do que a necessidade de a pessoa humana estar realmente em condições de ser autossuficiente, ser capaz de compreender o contexto em que se acha. Caso contrário, deverá ser tratada diferencialmente, com especial proteção e consideração, devido à sua condição específica, o mais seria responsabilidade objetiva ou abandono protetivo.

É preciso saber discernir, não se trata agora do enfermo ou deficiente mental, mas do jurista e do operador do Direito. É necessário saber discernir, saber distinguir o “sujeito” do “subjugado ou submetido” e dar a cada um o que lhe é inerente e justo.

Althusser (1985, p. 103-104) opera em outro campo (o da Ciência Política), mas apresenta uma conceituação e uma distinção que podem ser valiosas neste ponto. O autor citado fala sobre duas acepções que se pode ter da palavra “sujeito”, reconhecendo sua ambiguidade semântica, quando afirma que:

Na acepção corrente do termo, sujeito significa 1) uma subjetividade livre; um centro de iniciativas, autor e responsável por seus atos; 2) um ser subjugado, submetido a uma autoridade superior, desprovido de liberdade, a não ser a de livremente aceitar sua submissão (ALTHUSSER, 1985, p. 103-104).

Mesmo um teórico que tem ideias absurdas, defendendo não somente o aborto, mas também o infanticídio até a primeira semana do nascimento, como Tooley (1972, p. 47), sob a alegação de que “são os desejos das pessoas que lhes conferem direitos”, razão pela qual um ser que ainda não tem planos não pode ser tratado como pessoa, mas como coisa. Observe-se que em publicação posterior o próprio Tooley abandona a ideia ilógica e absurda de que direitos derivam de desejos (TOOLEY, 1983, p. 109-112). Este autor apresenta como exceção à sua regra inusitada e cruel, as pessoas que padecem de perturbações “emocionais” ou, melhor dizendo, mentais. Afirma que muitas categorias de “toxicômanos e portadores de doenças mentais sofrem grave perturbação emocional, mas seus direitos, inclusive à vida, permanecem” (*apud* KACZOR, 2014, p. 28). Frise-se que Kaczor não é um seguidor das ideias de Tooley. Ao reverso, faz percuciente e irresponsável crítica às suas concepções trelouçadas. Ou seja, nesses casos, entende Tooley que os “desejos” de tais pessoas não são relevantes por serem marcados por uma perturbação mental. Nem mesmo um autor que beira à própria demência com sua tese esdrúxula consegue sustentar que uma pessoa privada de discernimento mínimo para fazer escolhas não pode ser tratada em pé de igualdade absoluta com outras em plena capacidade de discernimento.

Em face do atual quadro jurídico, seja no campo cível, seja no penal, cabe ao operador do Direito e ao jurista distinguir aquele que age realmente como sujeito, independentemente de sua condição de saúde mental, daquele que age submisso, subjugado ou submetido pela vontade alheia, muitas vezes maliciosa e prejudicial. O primeiro deve ter sua condição de pessoa, de ser humano capaz, respeitada e reconhecida. O segundo, para que tenha essa mesma condição reconhecida e respeitada, necessita de especial assistência, representação e proteção, o que justifica a curatela, incriminações especiais como o “estupro de vulnerável” e outros dispositivos já expostos, bem como toda uma gama de instrumentos que sejam capazes de produzir uma situação de igualdade material para além da mera declaração formal de igualdade. Afinal, como bem afirma Hans Jonas (1974, p. 126), é

preciso adotar um “princípio rigoroso”, segundo o qual “o absoluto desamparo exige a absoluta proteção”. Hans Jonas opera especialmente na área da bioética. Imagine-se um caso de uma pessoa mentalmente insana que assine um termo de responsabilidade para ser cobaia de experimentos em seres humanos. Considerar essa manifestação de vontade válida, sem maiores perquirições porque o Código Civil, mediante alteração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelece que a pessoa com deficiência é plenamente capaz, como regra, seria não somente uma aberração jurídica, mas também moral. O mesmo ocorre no caso de atos sexuais, de transmissão de bens, de negócios etc.

O perigo de medidas como a tomada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no campo civil é o de se tornar uma legislação simbólica, que acabará causando mais efeitos deletérios que benéficos, principalmente se mal e muito amplamente interpretada.

Segundo Kindermann (*apud* NEVES, 1994, p. 34), pode-se elaborar um “modelo tricotômico” para as espécies de legislações simbólicas, a saber: “a) confirmar valores sociais; b) demonstrar capacidade de ação do Estado; e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.

O reconhecimento da capacidade civil plena dos enfermos e deficientes mentais pode muito bem ser uma confirmação de valores sociais e uma demonstração de suposta capacidade de ação do Estado na promoção da igualdade e da justiça. Mas, quando isso é feito sem o devido cuidado, pode surtir efeitos contrários, porque a legislação meramente simbólica é pura demagogia. Ao reverso da “crença popular”, a verdade é que as leis isoladamente “não são capazes de mudar a realidade”. Uma discriminação secular não pode ser resolvida “por um ato instantâneo do Poder público” (MARTINS, 2016, p. 19).

Possivelmente, a redação do Código Civil possa ser mais bem elaborada, deixando claros os limites do reconhecimento da capacidade plena aos enfermos e débeis mentais, pois a igualdade não tem apenas uma face, pois, conforme Daniel Sarmiento (2007, p. 190):

E a isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. Ela não representa só um limite, mas configura também verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis extremos de desigualdade, presentes na sociedade brasileira, bem como a proteção dos mais débeis, diante da opressão exercida pelos mais fortes no cenário sócio – econômico.

Resta evidente que não basta promover a igualdade mediante declarações ou textos legais, conferindo supostos poderes ou faculdades a este ou aquele grupo de pessoas. É preciso disponibilizar uma rede de proteção aos mais débeis diante dos mais fortes, sob pena de simplesmente facilitar a dominação e a opressão, a exploração e até o abuso criminoso em várias áreas (sexual, patrimonial etc.).

A igualdade estabelecida de formas meramente abstrata e geral, pode converter-se em temível desigualdade, promovendo o desequilíbrio destrutivo para os mais débeis, segundo a lição de Jean Cruet (2008, p. 204), ao afirmar que:

A lei é uma regra abstrata e racional, mas para ela também é uma virtude ser concreta e empírica. A lei é uma regra uniforme, mas para ela também é um mérito promulgar prescrições especiais para as situações especiais, e prescrições locais para as situações locais. A

lei é uma regra igual para todos, mas para ela também é uma necessidade reconhecer que há desigualdades sociais atualmente indestrutíveis.

No caso do “estupro de vulnerável” e em outras situações em que pessoas com deficiência mental ou alienadas surgem como potenciais vítimas, mister se faz aferir se o consentimento, a deliberação ou o discernimento podem ser encarados como verdadeiro exercício de autonomia pessoal ou se não passam de manipulação e de abuso por parte de terceiros. E isso não é simplesmente um exercício de análise normativa. Trata-se de apuração empírica e casuística que não se reduz jamais a uma regra civil, a qual mesmo naquele campo deve ser aplicada com extrema cautela.

Como bem leciona Figueiredo Dias (2007, p. 483-484):

Para que o consentimento se assuma [...] como um ato de auto – realização, torna-se antes de tudo necessário que quem consente seja **capaz**. O CP entendeu – e bem – que essa capacidade não pode ser medida pelas (nem avaliada à luz das) normas jurídico – civis relativas à capacidade. Antes se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o *significado do consentimento e o sentido da ação típica*; o que supõe a maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica (grifos no original).

Um autêntico ato de autodeterminação só poderá existir caso o consentimento traduza “uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido” (DIAS, 2007, p. 484). Pois bem, esta constatação de presença de uma manifestação de vontade válida não se pode deduzir de uma norma civil genérica e abstrata, mas tão somente da análise cuidadosa de cada caso concreto sob exame.

Trazendo à baila a teoria psicanalítica freudiana, assim se manifesta Sá (2007, p. 44):

O homem, segundo Freud, não tem garantida e acabada sua capacidade de pensar sobre seus atos, mas ela deve ser conquistada por sua evolução e maturidade, o que equivale a dizer que também deve ser conquistada por sua evolução e maturidade a sua capacidade de saber o que faz.

E a enfermidade mental, pelo menos em suas formas mais agravadas, segundo Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 569):

[...] destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem porventura ser ‘explicados’, mas não podem ser ‘compreendidos’ como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade.

Sob o risco de deixar desamparados os que mais precisam de proteção penal é necessário não se deixar levar por uma ilusão de igualdade de conto de fadas, em que se faz de conta que não existem anomalias psíquicas que, devido à sua extrema gravidade, transformam o suposto “agente” ou “sujeito” “em objeto passivo de processos funcionais” ou intersubjetivos (DIAS, 2007, p. 580). Nestas condições é preciso ter consciência de que a anomalia psíquica leva à destruição ou, ao menos, ao ocultamento intenso do “sentido objetivo entre o seu portador e o fato que praticou” (DIAS, 2007, p. 583). Não há que se falar em liberdade de ação,

em deliberação consciente, em tomada válida de decisão ou em consentimento válido. Uma pessoa com deficiência é uma marionete nas mãos do abusador e a alteração no campo civil em nada influi para a suposta descaracterização do ilícito penal. Pode-se, certamente, ir mais longe. Nessas situações, até mesmo na seara civil, a regra geral da capacidade que não é afetada pela simples presença da enfermidade ou deficiência mental deve ser excepcionada, evitando o risco de a liberdade conferida à pessoa com deficiência seja transformada na mais odiosa injustiça e desigualdade material.

Cruet (2008, p. 196) é bastante incisivo ao afirmar que “não pode haver contrato verdadeiramente livre entre indivíduos desiguais. Ora na sociedade a desigualdade é a regra, a igualdade, a exceção”. É preciso lembrar a lição de Roxin (2003, p. 808):

Cuando el ordenamento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.

Como bem aduzem Silva e Souza (2016, p. 291):

A preocupação do sistema ao regular as incapacidades é muito mais pragmática: tem um viés eminentemente protetivo, diante da constatação de que *a promoção da dignidade humana nem sempre se associa a uma liberdade irrestrita*. Em síntese, nem a incapacidade implica a supressão da liberdade (uma vez que a maior parte dos atos da vida civil pode ser realizada pelo incapaz com a participação do representante ou do assistente), *nem a liberdade consiste no conteúdo único da dignidade humana, sendo necessário sopesar, em cada caso, em qual medida a promoção da liberdade favorece ou prejudica a promoção da dignidade da pessoa*. (...). *O fato de atos de natureza extrapatrimonial dizerem respeito de forma mais direta à promoção da personalidade do agente, contudo, não afasta totalmente a lógica do que se acaba de expor. Também (e, talvez, principalmente) em matéria extrapatrimonial a autonomia reconhecida ao indivíduo é proporcional ao seu grau de responsabilidade (ou, no entendimento da doutrina especializada, autorresponsabilidade) por ele apresentada*” (grifos nossos).

Talvez, alguém possa imaginar que toda essa preocupação com uma interpretação por demais ampla da capacidade das pessoas com deficiência mental seja um exagero, que nossos tribunais e nossos juristas não chegariam a conclusões tão absurdas, pretendendo conceder uma suposta “liberdade” a quem não tem capacidade alguma de exercê-la sem prejuízo próprio.

Pois bem, fato é que, em caso muito mais claro e evidente, versando sobre o estupro (na época “atentado violento ao pudor”) de uma criança de cinco anos de idade, em que o indivíduo procedeu a manipulações de seu órgão digital e sexo oral, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmou a inexistência de crime porque a criança teria “consentido livremente” no ato sexual sobredito. Consta desse julgado espúrio que “a vítima foi de espontânea vontade ao encontro do recorrente, atraída pelos dizeres do acusado”. E mais: “vamos, por assim dizer” que o ato se deu “com o consentimento da criança”, a qual “foi seduzida e não violentada”. Por felicidade esta decisão absurda foi reformada no Recurso Especial 714979/RS pelo Superior Tribunal de Justiça (PESSI; SOUZA, 2017, p. 39-41). Uma decisão como esta é certamente sintoma daquilo que se pode, com absoluta razão, chamar de “esquizofrenia intelectual”, caracterizada pelo “amor deliberado à unidade na fantasia e a rejeição da unidade na realidade” (RUSHDOONY, 2016, p. 144).


Ora, se algo desse jaez é possível de ocorrer numa corte de segundo grau de jurisdição, é de se concluir que a insanidade pode espalhar-se por qualquer canto e nas mais variadas circunstâncias, inclusive quando se tem de julgar a capacidade civil e a vulnerabilidade vitimal de insanos.

Por isso não é possível simplesmente descansar em berço esplêndido, deixando a questão das possíveis influências das normas de capacidade civil de pessoas com deficiência mental trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ser tratada como algo banal. Mister se faz deixar muito bem claro que a capacidade civil da pessoa com deficiência mental pode ser relativizada, inclusive no seu campo original, e também na seara penal, em específico no caso do “estupro de vulnerável”, desde que se trate de uma pessoa gravemente afetada pela doença ou deficiência, de modo que não tenha condições mínimas de discernimento. Enfim, a abstração legal há que ser adequada a cada caso concreto submetido à jurisdição.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi estudada a influência que a alteração da capacidade civil das pessoas com deficiência mental produzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência pode gerar, especialmente no campo penal e, mais especificamente, no que tange ao crime de “estupro de vulnerável”, envolvendo pessoa com deficiência mental.

Foi possível perceber que a igualdade formal conferida pelo reconhecimento, em geral, da capacidade civil da pessoa com deficiência mental há que ser complementada pela análise cuidadosa de cada caso concreto e do grau de prejuízo ao discernimento dos indivíduos, a fim de possibilitar a chamada igualdade material e não prejudicar pessoa com deficiência mental quando se pretende respeitar sua suposta autonomia.

Dessa forma, o crime de “estupro de vulnerável”, tendo como sujeito passivo uma pessoa com deficiência mental sem discernimento continua em vigor. As regras civis não alteram as regras penais sobre capacidade, pois emanam de distintos sistemas. Porém, o reconhecimento da capacidade civil plena dos deficientes mentais, no campo do “estupro de vulnerável”, reforça a noção de que o simples critério biológico ou de constatação clínica da presença de uma anomalia mental não é suficiente para tornar uma pessoa vulnerável ou desprovida de discernimento para atos existenciais, inclusive sexuais. Em cada caso concreto, essa capacidade ou incapacidade efetiva terá de ser avaliada, constatando-se a presença de uma vítima manipulada ou, simplesmente, de uma pessoa que exercita sua autonomia e dignidade no exercício de seus direitos sexuais. Da mesma forma, é preciso verificar se está presente, no caso concreto, um abusador ou manipulador de uma pessoa sem discernimento, ou somente um parceiro sexual consentido. 

NOTA

- 1 Originalmente: “The ideas of freedom, responsibility, right and duty contain a tacit assumption that every player in the moral game counts for one and no player for more than one. By thinking in these terms, we acknowledge all persons as irreplaceable and self – sufficient members of the moral order. Their rights, duties and responsibilities are their own personal possessions” (SCRUTON, 2000, p. 30).

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Trad. Francisco Carlos Desideri. 3. ed. Leme: Edijur, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.
- ENGLEWOCK, Cliff. *Philosophical essays*. New Jersey: Prentice-Hall, 1974.
- FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Porto: ASA, 1993.
- FIUZA, César. *Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2015.
- GAWANDE, Atul. *Mortais*. Trad. Renata Telles. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Niterói: Impetus, 2016.
- KACZOR, Christopher. *A ética do aborto*. Trad. Antonio José Maria de Abreu. São Paulo: Loyola, 2014.
- MARTINS, Bruna Lyrio. O recrudescimento penal como arma das minorias: uma resposta ineficiente para um problema de fato. *Boletim IBCCrim*. n. 287, p. 19 – 20, out., 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomsom – Civitas, 2003.
- RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Mobergismo, 2016.
- SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007.
- SCRUTON, Roger. *Animal Rights and Wrongs*. 2. ed. London: Metro Books, 2000.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottman e Ricardo Donelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. Porto Alegre: Lugano, 2004.
- SOARES, José da Costa. O crime de estupro de vulnerável em face de deficiente mental – Análise crítica à luz das inovações do Estatuto da Pessoa com deficiência. nov/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60387/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-em-face-de-deficiente-mental>> Acesso em: 16 set. 2017.
- TOOLEY, Michael. *Abortion and Infanticide*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- _____. *Abortion and Infanticide*. *Philosophy and Public Affairs*. v. 2. n. 1. Oxford: Blackwell-Publishing, 1972.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Reflexos do Novo Código Civil no Sistema Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 44, p. 89 – 102, jul./set. 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

ARQUIVO PESSOAL



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia 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.

ARQUIVO PESSOAL



BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE é Bacharel em Direito pelo Unisal, Pós – Graduada em Direito pelo Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Inovação Acadêmica Sustentável e Social do Unisal.

A inteligência artificial e o Direito

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



“Apesar de a lucubração científica parecer distante, deve-se, desde já, começar a formatar raciocínios jurídicos diferentes e, principalmente, coadjuvados por algoritmos de última geração, visando encontrar uma solução que seja adequada para a correta avaliação do fato novo.”

Quando se fala em inteligência artificial dá-se a impressão que o tema pertence a mais distante ficção científica, justamente por incorporar um mundo ainda não experimentado. Mark Twain tinha razão quando afirmava que a principal diferença entre a ficção e realidade é que a ficção tinha que ter um conteúdo de credibilidade, enquanto a realidade gozava de pleno crédito. Mas a realidade faz ver que já convivemos com ela, que apenas iniciou seus primeiros passos com algoritmos altamente inteligentes e com suporte racional suficiente para resolver, com perfeição, os mais intrincados problemas, os quais demandaria muito tempo para serem equacionados pelo ser humano, sem contar, ainda, a grande margem de erros que poderia haver.

A inteligência do homem não nasce pronta, vai se criando com o tempo pelos métodos convencionais de ensino e vai se alimentando da observação de tudo que vê ao seu redor, constituindo-se na soma de experiências de inúmeras áreas do saber, trilhando, desta forma, as chamadas inteligências múltiplas, percorrendo o caminho que leva à sabedoria.

As nações, na realidade, se preocupam em disputar a primazia e o poderio do progresso humano na busca de um super-homem, não se importando muito com o bem-estar do ser humano. Ocorre que, pela limitação do homem, até então não vencida pela ciência, o foco é utilizar uma máquina e programá-la para executar tarefas de várias ordens, copiando, no que for possível, os comportamentos humanos. Desta forma, receberá ela as atividades cognitivas semelhantes às do cérebro humano, que é formado por dois hemisférios bem definidos. Tanto é que, com tal pensamento, foi criado o computador “Deep Blue”, com especialidade no jogo de xadrez, que em 1997 venceu Gary Kasparov, campeão mundial da categoria.

Assim, as novas máquinas passaram a executar tarefas para as quais foram programadas. Com o aperfeiçoamento que lhes confere o homem e com a introdução dos modelos conexionistas, que copia o funcionamento do cérebro humano, fazendo a interação adequada com vieses cognitivos especializados para realizar determinadas tarefas, podem, muitas vezes, em poucos segundos, resolver problemas que o homem consumiria horas ou dias.

Nesta linha de raciocínio, a máquina pode traduzir um difícil e complexo texto que causaria aflição além de enorme grau de dificuldade ao mais experiente profissional, porém, não irá compreender o seu significado. “As máquinas” – esclarece eticamente De mais (2000, p. 107) – “por mais sofisticadas e inteligentes que sejam, não poderão jamais substituir o homem nas atividades criativas”.

Mas, o avanço incansável na área da inteligência artificial que, cada vez mais, amplia as interrogações a respeito de suas fronteiras, causa certa inquietação à humanidade. Pelo que se percebe e se anuncia, em pouco tempo o corpo humano será dotado de sensores para, numa rápida leitura biométrica, fornecer informações a respeito de todos os estímulos, emoções, sensações que passam no interior da pessoa, fazendo revelações até mesmo desconhecidas pelo próprio ser humano. Sem falar ainda dos carros autônomos que transitarão pelas ruas sem a convencional figura do motorista; os drones que riscarão os céus para se incumbirem de entregas de produtos; os robôs que substituirão os serviços e outras mais. Sem


cogitar, ainda, da criação da memória afetiva para a máquina, que passa a ser programada para uma superinteligência artificial e, a partir daí, poderá disputar espaços com seu criador, destronando-o com facilidade, vindo a assumir o controle do universo.

Faz lembrar a peça do autor checo Karel Tchépek, *A Fábrica de Robôs*, escrita em 1920, em que os robôs criados com a finalidade de executar todas as funções de uma indústria, após atingirem altíssimo índice de produtividade, revoltaram-se e destruíram o sistema. Com traços humanóides, assumem a linha de frente e extinguem a sociedade que os projetou, considerando-a sem importância.

Como ficariam, então, diante do quadro atual da inteligência artificial e do futuro que se avizinha, a ciência do Direito e seus operadores?

Uma vez que o Direito tem por finalidade estabelecer regras a respeito não só do comportamento social, idealizando-o como um espaço harmônico de convivência, mas também de regulamentar as relações sociais e comerciais entre pessoas e Estado, as novas leis devem ter um escopo mais realista com os dispositivos relacionados com a inteligência artificial para que os operadores do Direito possam desenvolver uma distribuição da justiça mais condizente com a nova era que se apresenta. Não se envolve mais unicamente o ser humano, mas também um sistema. De quem seria, por exemplo, a responsabilidade por um acidente provocado por um carro autônomo, ou por uma conduta inadequada de um robô doméstico?

Apesar de a lucubração científica parecer distante, deve-se, desde já, começar a formatar raciocínios jurídicos diferentes e, principalmente, coadjuvados por algoritmos de última geração, visando encontrar uma solução que seja adequada para a correta avaliação do fato novo. É sabido que, no Direito convencional, na área criminal, se o advogado alegar determinado fato a favor de seu cliente, cabe a ele o *onus probandi* e, para tanto, incumbe-lhe buscar e eleger as provas que tenham condições de fazer vingar sua pretensão absolutória. “Qual será o destino de todos esses advogados” – adverte o historiador israelense Harari (2016, p. 316), uma das maiores referências da inteligência artificial – “quando algoritmos sofisticados de busca forem capazes de localizar mais precedentes em um dia do que o faria o ser humano em toda a sua vida, e quando scanners de cérebro forem capazes de revelar mentiras e enganações só com o apertar de um botão?”

Os tempos mudam e os homens com eles. O Direito, obrigatoriamente, segue com ambos. 

REFERÊNCIAS

- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo – Entrevista a Maria Serena Palieri*. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado, Mestre em Direito Público, Pós-doutorado em Ciências da Saúde, reitor da Unorop, advogado.



Lawtechs e Legaltechs

por SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“O indivíduo que procura um escritório de advocacia jamais irá se contentar com um serviço de excelência na esfera digital. Certamente, gostará de ver a eficiência de uma banca que sabe usar a tecnologia em favor daqueles que são por ela patrocinados, mas não para ser tratado como um mero robô.”

As mudanças que vêm ocorrendo no campo tecnológico causam grande impacto no mundo moderno, não apenas por sua abrangência, atingindo todos os aspectos do cotidiano, como também pela velocidade com que se irradiam pelo planeta. Estima-se que, no próximo século, o mundo evoluirá em torno de vinte mil anos, sendo perfeitamente possível que o homem se torne um ser pré-histórico no breve interregno de sua existência biológica.

Nas redes sociais voltadas para o entretenimento profissional o que mais se vê é anúncio de palestras que tratam de assuntos referentes à *Blockchains*, *Bitcoins*, *Fintechs*, *Lawtechs*, entre outras inovações, nas quais os especialistas anunciam o fim de diversas profissões, a exemplo das atendentes de telemarketing, cirurgiões, policiais, entre outras atividades costumeiras, bem como inúmeros aparelhos eletrodomésticos. Em suma, todos os sistemas analógicos existentes na atualidade estão condenados a extinção, para se tornarem peças raras dos museus virtuais. Em relação aos objetos que conseguirão subsistir, muitas transformações ocorrerão em razão do desenvolvimento da inteligência artificial, como tem ocorrido na indústria automobilística, a qual lança no mercado veículos que dispensam condutores para chegarem aos seus destinos.

Vale ainda notar que a revolução digital não fica aprisionada apenas ao modo de produzir riquezas. Transcende aos interesses econômicos e alcança até mesmo as relações íntimas de afeto, como vem sendo desenvolvido pelo cientista japonês Hiroshi Ishiguro, que cria robôs de feições perfeitas capazes de substituir a família. O mundo jurídico, obviamente, não ficaria imune à nova era, muito menos nos dias atuais, em que tudo está sistematicamente interligado. Diversas ferramentas estão sendo criadas e aperfeiçoadas com o objetivo de tornar as atividades cartoriais mais eficientes, assim como os escritórios de advocacia têm vislumbrado a possibilidade de esquivarem-se das amarras oriundas da burocratização.

No Poder Judiciário, o conhecimento matemático tem sido usado em favor da celeridade do processamento das demandas, bem como no trâmite dos feitos judiciais. Em um país como o nosso, onde há mais de cem milhões de ações ajuizadas, dos quais metade o Estado figura como autor ou réu, a modernização dos métodos de judicialização não surge como opção, mas *conditio sine qua non* para evitar o colapso. É estarrecedor saber que litígios, por exemplo, que envolvem a Vasp e a Boi Gordo ainda se arrastam nos tribunais, sem qualquer expectativa de solução próxima. Não foi por acaso que os magistrados do Estado de São Paulo tomaram a iniciativa de implantar as novas varas empresariais, traçando metas na expectativa de melhorias quanto à execução das tarefas, hoje estimadas em trinta por cento.


Igualmente atentos às renovações estão os escritórios de advocacia. Não há mais como abrigar toneladas de papel em salas exclusivas para arquivos, repleta de clipes espalhados pelo chão, com furadores e grampeadores compondo a decoração. O mundo cibernético permite o armazenamento infinito de dados sobre as causas patrocinadas; cadastro de clientes acompanhado de uma avaliação minuciosa do perfil de cada um; auxílio da inteligência artificial na solução das questões sob análise; e o uso da Jurimetria, que não só auxilia os serventários da Justiça, mas os operadores do Direito como um todo, especialmente os advogados, que passam a estimar os riscos inerentes ao processo, com base em estudos estatísticos dentro de um sistema de algoritmos. Dessa forma, os profissionais da área poderão se dedicar com mais afinco às relações com seus outorgantes, entre outras rotinas de maior relevância para o aperfeiçoamento dos serviços prestados.

Entretanto, como acontece em todo período de bruscas transformações, deve-se ter cautela no que diz respeito aos movimentos em paralelo, liderados por oportunistas travestidos de *coaching*, que, na tentativa de atraírem a atenção do público, avançam com previsões inusitadas, sem qualquer compromisso com

a razão. Uma das mais gritantes distorções diz respeito ao prenúncio do fim da advocacia tradicional em razão da substituição do homem pela máquina. Alguns chegam ao ponto de repudiar o terno e a gravata como se representassem o símbolo de um modelo retrógrado e obsoleto, responsável pelo comum distanciamento entre patronos e assistidos. Aliás, o artifício de mudar o rótulo para vender falso conteúdo é milenar, não sendo preciso ir tão longe para ilustrar o embuste. Quantos já deixaram de aparar a barba para se intitular revolucionário de esquerda? Quantos, depois dos trinta, se dispuseram a marcar a pele com agulha e tinta como forma de trapacear os inexoráveis efeitos do tempo e dar sobrevida a uma juventude perdida?

O mesmo aconteceu na ocasião do Iluminismo. Os letrados acreditavam, fielmente, que tudo aquilo que chamavam de obscurantismo do período do *Anciën Regime* seria completamente abandonado, rompendo-se as inúmeras barreiras entre a ciência e a fé, a fim de que o racionalismo imperasse em todos os cantos e sobre todas as coisas. Porém, o que a maioria até hoje ignora é que, justamente naquele período, em que se fomentava a ideia de que o mundo havia se renovado inteiramente, era o tempo de emergência de uma era, uma série de paradoxos, como o próprio conceito de iluminismo, associado ao misticismo e à fé, o caráter elitista dos seus precursores, que colecionavam toneladas de mentiras nas enciclopédias, além de incontáveis novelas de terceira categoria recheadas de pornografia. Hoje, aprendemos exaltar o momento histórico, porque a luz do racionalismo nos permitiu enxergar com clareza os estudos de Locke, Voltaire, Rousseau, Diderot e Montesquieu, em meio a tantos outros pensadores dentro da gigantesca onda que sacudiu tronos e derrubou altares.

Aqueles que compreendem as transformações tecnológicas com serenidade sabem discernir o que está no campo do provável daquilo que deve permanecer recluso nas histórias em quadrinhos. Ninguém pretende se tornar um profissional de vanguarda na área jurídica apenas construindo um belo site repleto de ferramentas de alta tecnologia, estagiários andróides e sistema informatizado de aferição de produtividade e aplicativos que auxiliam o processo de gestão. Sem dúvida alguma, isso é uma realidade que não há como ser negada, e todos tendem a se adequar ao novo e inevitável modelo. Os engenhosos inventos deverão se conjugar ao que há de mais nobre no espírito humano, como os virtuosos impulsos do confidencialismo, complacência e fraternidade.

O indivíduo que procura um escritório de advocacia jamais irá se contentar com um serviço de excelência na esfera digital. Certamente, gostará de ver a eficiência de uma banca que sabe usar a tecnologia em favor daqueles que são por ela patrocinados, mas não para ser tratado como um mero robô. Ao contrário, deseja se sentir amparado por seres que possuam alma, sentimento e postura ética. Buscam especialistas que não sigam o degenerado ditado “amigos, amigos, negócios à parte”, que institucionaliza a falta de escrúpulos nas questões de *business*, mas sim aqueles que sabem conjugar o que há de melhor da revolução digital com os méritos da advocacia tradicional. 



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é advogado da AMARAL GURGEL Advogados; autor da Editora Impetus; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

JUSTICE

EXCEPTIO

POR VICENTE DE PAULO SARAIVA

“Esse objetivo romano da exceção persiste ainda hoje em dia: o de retardar, ou mesmo, paralisar a ação, opondo-se ao direito do adversário, sem discutir, contudo, o fundo do direito.”

Exceptio acha-se no nominativo singular, dado seu emprego em caráter absoluto – o que poderia também ser expresso pelo ablativo (precedido da preposição “de”), como *de exceptione* (= a respeito da exceção) – construção que é muito comum encontrar-se no título das obras, por exemplo, como se vê em César no seu *De Bello Galico* (= Sobre a Guerra nas Gálias) e em Cícero, no seu tratado sobre a velhice (= *De Senectute*).

No Direito romano, a *exceptio* (Insts. 4, 115/125; Instas. 4, 13; D. 44, 1, 44, 4; C. 8, 36) somente veio a ocorrer no processo formulário (v. *Actio*), constituindo uma parte acessória da fórmula, inserida logo após a *intentio* (= a pretensão [do autor]), sob pena de não se poder alegá-la posteriormente.

A *exceptio* era propriamente um meio indireto de defesa do réu, o qual não negava o direito, em si, do autor, mas referia fatos ou circunstâncias que se opunham ao dito direito, por exemplo, o pacto de dilação (que se fizera) do prazo de pagamento de um débito – suspendendo, assim, a ação –; ou o perdão do autor – paralisando a ação.

Ao autor, não obstante, era dada a *replicatio* (= réplica) contra as alegações do réu, e a este, a *duplicatio* (= a reduplicação [da exceção]), cabendo àquele, ainda, a *triplicatio* (= a tréplica), e ao réu, nova arguição – procedendo-se, assim, sucessivamente, de um para o outro (D. 44, 1, 2, 1/3).

As exceções tinham numerosas classificações. Dentre as mais importantes, anote-se:

Quanto à duração, as dilatórias ou temporárias (= *dilatoriae*), porque subordinavam o prosseguimento da ação a um certo prazo, convenionado entre as partes (ex.: quando se diferia a data de cobrança de uma dívida) [Insts. 4, 120 e 122/124; Instas. 4, 13, 8/10; D. 44, 1, 2, 4];

havia, ainda, as peremptórias ou perpétuas (= *peremptoriae*), porque não estavam sujeitas a qualquer prazo para serem alegadas ou concebidas, elidindo definitivamente a ação do autor; ex.: as exceções *metus causa* (= [obrigações assumidas] por medo) e as *doli mali* (= [obrigações assumidas, como fruto] de dolo “mau” [do autor]) [Insts. 4, 120, 121 e 125; Instas. 4, 13, 9].


Quanto às pessoas, relevam as exceções *personae cohaerentes* (= inerentes à pessoa), que só podiam ser arguidas por determinada pessoa (como aquela do sócio, que não se podia estender ao fiador [D. 44, 1, 7, par.]); e as *rei cohaerentes* (= inerentes à coisa), que podiam ser alegadas por quem quer que fosse, vinculadas que se achavam ao objeto da demanda (como as de coisa julgada ou de dolo “mau”) [D. 44, 1, 7, 1].

Na *extraordinaria cognitio* (= processo extraordinário), a *exceptio* passou a ser todo e qualquer meio indireto de defesa, capaz de repelir – sem negá-lo – o direito pretendido, quer no todo ou em parte, quer temporária ou definitivamente.

Em suma, segundo a definição de Paulo: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* (= A exceção é uma condição que, por vezes, exime o réu da condenação [e] outras vezes diminui a condenação) [D. 44, 1, 22, par.]. Ou, como mais explicitamente conceituava Ulpiano: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae inter opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est* (= A exceção foi dita [= definida] como uma certa exclusão, que se costuma opor à ação de qualquer coisa, para afastar o que foi deduzido na pretensão ou na condenação) [D. 44, 1, 2, par.].

Esse objetivo romano da exceção persiste ainda hoje em dia: o de retardar, ou mesmo, paralisar a ação, opondo-se ao direito do adversário, sem discutir, contudo, o fundo do direito. É um tipo de defesa indireta contra o processo. Daí, que nosso Código de Processo Civil/1973 somente admita – como exceções – as processuais ou instrumentais, a saber: a de incompetência relativa, a de impedimento e a de suspeição (arts. 304/314). As três são apenas dilatórias, suspendendo o processo, não se sujeitando à preclusão (salvo a primeira: art. 114) e sendo legitimados a interpô-las tanto o autor quanto o réu. Já as exceções peremptórias do Código Adjetivo/1939 – de litispendência e coisa julgada – atualmente terão de ser arguidas como integrantes da contestação, preliminarmente ao mérito (art. 301, V e VI); tratando-se de matéria de ordem pública, podem, contudo, ser levantadas a qualquer tempo, e mesmo ser conhecidas de ofício pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição (art. 267, V c/c § 3º); são, propriamente, objeções, juntamente com a incompetência absoluta (art. 301, II).

Na Justiça do Trabalho somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou de incompetência; as demais “exceções” são consideradas defesas que deverão ser alegadas como preliminares, não tendo caráter suspensivo, somente sendo decididas na sentença (CLT, arts. 799/802).

O processo penal conceitua, como exceções, a suspeição, a incompetência do juízo, a litispendência, a ilegitimidade da parte e a coisa julgada – não suspendendo, em regra, o andamento da ação penal (CPP, arts. 95 e 111). À parte, no art. 112, o Código admite também o impedimento, tratando-o como “exceção”, eis que o processo é o mesmo da exceção de suspeição. 



VICENTE DE PAULO SARAIVA é subprocurador-geral da República (aposentado) e autor da obra “Expressões Latinas e Forenses” (Saraiva, 1999, p. 856.)



Impessoalidade na redação

por MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO

“Os textos formais exigem a impessoalidade da linguagem escrita. As redações dissertativas-argumentativas, geralmente, são escritas em linguagem pessoal. Portanto, os acadêmicos precisam entender a necessidade de produzirem documentos oficiais com os mecanismos eficazes para uma comunicação escrita que não revele a sua opinião pessoal, a qual é a adequada para interagir com uma instituição de ensino superior ou com o Poder Judiciário.”

Mas é preciso tomar todos os cuidados para que a linguagem oficial escrita seja perfeitamente compreendida pelo interlocutor, uma vez que o operador do Direito tem o dever de salvaguardar a função social de sua profissão.

Obviamente, a marca pessoal estará presente nos trabalhos acadêmicos ou peças jurídicas em razão da necessidade que o autor tem de apresentar a sua opinião, tomar partido ou formar juízo de valor. Entretanto, a escrita impessoal sempre será utilizada na composição dos referidos tipos de texto a fim de imprimir um caráter formal. É importante lembrar ainda que a precisão vocabular, a objetividade e a coerência não podem ser negligenciadas.

Para produzir um texto com a devida impessoalidade é necessário utilizar, de preferência, a terceira pessoa no singular. Na comunicação impessoal não há um sujeito com o qual o verbo deverá fazer a concordância. Por isso, não se escreve uma redação na primeira pessoa. Além disso, o uso do pronome oblíquo “se” pode ter diversas funções para a redação formal, tais como partícula apassivadora, índice de indeterminação do sujeito, objetos direto e indireto e, ainda, partícula expletiva ou de realce.

Por exemplo, uma frase escrita na primeira pessoa já demonstra a opinião pessoal do autor. Observe:

Eu entendo que o princípio da legalidade deve ser observado.

A frase deve ser escrita com impessoalidade em virtude de tal característica conferir maior credibilidade ao texto. Trata-se de evitar a redundância, já que nas dissertações o autor, obrigatoriamente, já expõe a sua opinião. Logo, torna-se desnecessário haver marcas do tipo “eu creio” e “na minha opinião”.

Assim, a mesma frase poderia ter sido escrita com impessoalidade da seguinte maneira: “Entende-se que o princípio da legalidade deve ser observado”.

Neste caso, o sujeito foi propositalmente indeterminado, ou seja, tornado no tipo de sujeito que não se quer ou não se pode identificar. Tal indeterminação pode acontecer pela utilização do índice de indeterminação do sujeito “se” e o verbo na terceira pessoa do singular, mesmo que este seja intransitivo, transitivo indireto ou de ligação.

TORNE A SUA MENSAGEM IMPESSOAL

Em vez de construir o parágrafo na primeira pessoa do singular (eu) prefira a primeira e a terceira do plural (nós e eles). Dessa maneira, você evitará elementos que possam atribuir marcas de subjetividade em seu texto. Veja o exemplo:

Concluimos que ... ou conclui-se que ...

O texto poderá ficar bem mais objetivo pela ocultação do agente com o uso de expressões do tipo “é importante destacar”, “cabe lembrar que”, “ressalte-se ainda que”.

A voz passiva é sempre adequada para conferir a impessoalidade necessária aos textos científicos e oficiais.

Os princípios constitucionais que regem a boa-fé processual foram empregados na defesa do cliente.

De modo a indeterminar o sujeito, o autor ou pode suprimir o sujeito e colocar o verbo na terceira pessoa do plural (Entendemos que ...) ou usar o

verbo intransitivo, transitivo indireto ou de ligação acrescido do pronome “se”. Por isso, precisaremos revisar alguns aspectos gramaticais para não errar na escrita impessoal.

TRANSITIVIDADE DOS VERBOS

Uma revisão acerca da transitividade verbal se faz necessária antes de adentrarmos o assunto da passividade. Enquanto alguns verbos precisam de complementos (objetos) para terem um sentido completo, outros apresentam sentido sem necessidade de qualquer complementação.

Os verbos classificados como “transitivos” são os que precisam de objeto direto ou indireto. Assim, a transitividade de um verbo tem a ver com a necessidade de complementos para o seu sentido, já que o seu significado é incompleto. São chamados de complementos verbais o objeto direto e o objeto indireto.

VERBO TRANSITIVO DIRETO

O verbo transitivo direto precisa de um objeto direto para completar o seu sentido.

O verbo “fazer” é transitivo direto, já que precisa de um complemento, pois o seu uso pressupõe a pergunta: “fazer o quê?”. “Fazer” pressupõe, ou seja, que alguma coisa vai ser feita, quer seja fazer uma redação, uma busca ou uma alteração.

Os verbos transitivos diretos podem ser verificados fazendo-se as perguntas “o quê?” e “quem?” para se encontrar o elemento que sofre a ação verbal, porque não precisam de preposição para estabelecer regência verbal com o objeto direto.

O interrogado delatou o comparsa.

Sujeito: o interrogado

Predicado: delatou o comparsa

Verbo transitivo direto: delatou (quem?)

Objeto direto: o comparsa

VERBO TRANSITIVO INDIRETO

É o verbo transitivo indireto precisa de um objeto indireto para completar o seu sentido. De modo a identificar a necessidade de objeto indireto pode-se fazer as perguntas “a quem?”, “para quem?” e “de quem?”.

Por exemplo, o verbo “acreditar” (em quem?).

“Acreditar” pressupõe que é preciso haver alguém em quem se possa crer. Observe o exemplo da oração a seguir: *Eu acredito na Justiça!*

Sujeito: eu

Predicado: acredito na Justiça

Verbo transitivo indireto: acredito (em quem?)

Objeto indireto: na Justiça

Preposição: na

Logo, um verbo transitivo indireto obrigatoriamente depende de uma preposição para estabelecer a regência verbal com o objeto indireto.

VERBO TRANSITIVO DIRETO E INDIRETO

Em primeiro lugar, os verbos transitivos diretos e indiretos são, na verdade, verbos transitivos, já que não têm significado completo e, assim, necessitam de complementos verbais para terem sentido. Antigamente eram chamados de bitransitivos. Podem ter o seu sentido completado tanto por meio de um objeto direto como de um objeto indireto.

O professor ensina redação aos seus alunos.

O verbo “ensinar” é transitivo direto e indireto em virtude de se conectar tanto com “redação” como com “alunos”. Assim, a ligação se dá diretamente com “redação”, mas indiretamente com “alunos”. Ao mesmo tempo o professor ensina algo a alguém.

CLASSIFICAÇÃO VERBAL

Cabe destacar que é possível classificar o mesmo verbo como transitivo direto, transitivo indireto ou transitivo direto e indireto, de acordo com o significado que tiver em uma oração. Portanto, a classificação de um verbo deverá sempre levar em conta o contexto. Veja um exemplo com o verbo “emprestar”:

*O professor **emprestou** o livro (transitivo direto).*

*O professor **emprestou** ao aluno (transitivo indireto).*

*O professor **emprestou** o livro ao aluno (transitivo direto e indireto).*

VERBOS INTRANSITIVOS

Os verbos intransitivos não precisam de complemento algum para dar sentido. “Nascer” e “morrer”, por exemplo, não precisam de complemento para ter sentido. Entretanto, é importante lembrar que os verbos intransitivos geralmente são acompanhados de adjunto adverbial ou de predicativo.

Como já vimos, os adjuntos adverbiais indicam modo, lugar, tempo, entre outras circunstâncias. Apesar de não serem necessários para completar o sentido do verbo, aprimoram a frase. Se o adjunto adverbial for retirado o sentido não será prejudicado.

Observe um exemplo com o verbo “morar”.

Eu moro num país tropical!

Eu moro!

VOZ PASSIVA

Escrever na voz passiva faz com que o sujeito da oração se transforme no agente da passiva.

O juiz prolatou a sentença (voz ativa).

A sentença foi prolatada pelo juiz (voz passiva).

Na verdade, o objeto direto, “a sentença”, da primeira oração transformou-se no sujeito da segunda oração.

A voz verbal significa a maneira como uma determinada ação é expressada pelo verbo em relação ao sujeito.

A voz passiva pode ser sintética ou analítica.

SINTÉTICA

A voz passiva sintética é formada por um verbo transitivo direto (VTD) ou um transitivo direto e indireto (VTDI) conjugado na terceira pessoa do singular ou do plural, acrescida do pronome “se”, justamente em razão de o elemento paciente passar a ser sujeito.

O motivo é bastante simples: tanto o verbo transitivo direto como o transitivo direto e indireto podem ter complementos que não precisam ser acompanhados de preposição.

Na voz passiva sintética a oração será formada pelo verbo, o pronome apassivador e o sujeito paciente. O sujeito é denominado “paciente” em virtude de “sofrer” a ação verbal.

Entregaram-se os documentos.

Entretanto, com verbos transitivos indiretos (veremos logo a seguir) o “se” não é partícula apassivadora, mas sim índice de indeterminação do sujeito em razão de esses verbos não serem usados na voz passiva.

Isso significa que um verbo seguido de preposição permanece no singular.

Usa-se de artifícios para confundir a defesa (nesta frase foi utilizada a preposição “de” em razão de a transitividade do verbo ser indireta. No caso, “artifícios” é objeto indireto – voz ativa).

Usam-se artifícios para confundir a defesa (nesta frase a transitividade direta não pede preposição. Assim, “artifícios” é sujeito da voz passiva).

O caso tem a ver com a concordância verbal, já que em frases construídas com a partícula apassivadora “se” o verbo deve concordar com o sujeito (usam-se provas ilícitas).

Vamos ver mais um exemplo.

Valeram-se de provas ilícitas para convencer o magistrado.

Em razão de a frase ter sujeito indeterminado, o verbo permanece na terceira pessoa do singular. Logo, podemos verificar que o verbo “ser” na função de partícula “se” é índice de indeterminação do sujeito.

Uma boa dica é substituir o “se” por “alguém” ou “ninguém” para verificar se é índice de indeterminação do sujeito.

ÍNDICE DE INDETERMINAÇÃO DO SUJEITO

O “se” é empregado como índice de indeterminação do sujeito quando se unir a verbos intransitivos, transitivos indiretos ou de ligação, para exercer a função de deixar vaga ou indeterminada a ideia do sujeito. Com a partícula apassivadora “se” a frase se torna impessoal.

Neste Tribunal se está sempre em busca da verdade (“se” + verbo de ligação “estar”).

Sabe-se, entende-se, recomenda-se (verbo intransitivo + “se”).

Suspeita-se da testemunha (verbo transitivo indireto + “se”).

VOZ PASSIVA E VERBOS TRANSITIVOS DIRETOS

Em virtude de o objeto direto da voz ativa passar a ser o sujeito da voz passiva, além de o que era sujeito na voz ativa passar a ser o agente da passiva, fica claro que a voz passiva só pode ser formada com verbo transitivo direto ou transitivo

direto e indireto, uma vez que uma frase só pode ser escrita na voz passiva no caso de o verbo ter a transitividade direta.

Se o verbo for transitivo direto + “se” ou transitivo direto e indireto + “se”, então teremos a partícula apassivadora (se). Ou seja, a voz passiva será a sintética, na qual nunca haverá objeto direto em razão de ele se tornar o sujeito da passiva.

Só haverá objeto na voz ativa. Assim, a transformação só será possível com o verbo transitivo direto ou transitivo direto e indireto em virtude de admitir a partícula apassivadora “se”.

Na oração “Escolhem-se jurados” o sujeito é indeterminado porque não foi dito quem escolhe. Já na oração “Os jurados são escolhidos pelas partes” o agente da passiva está determinado.

Vamos entender o que acontece na transformação da voz ativa para a passiva:
As partes têm constantemente escolhido os jurados.

Os jurados têm sido constantemente escolhidos pelas partes.

O objeto direto (os jurados) transformou-se em sujeito. Ele não pratica a ação, mas a recebe. Por isso, é denominado paciente ou sujeito da passiva.

O sujeito da ativa passou a ser o agente da passiva e o verbo ativo assumiu a forma passiva no mesmo tempo verbal. Mas o verbo principal ganhou um auxiliar, formando uma locução verbal.

Note que o verbo pode mudar para a forma no particípio em algumas situações.
A parte escolheu o jurado.

O jurado foi escolhido pela parte.

O verbo principal não vai para o particípio, que é uma forma nominal. Como deve concordar com o substantivo a locução verbal “foi escolhido” faz referência à parte.

O agente da passiva – quem pratica a ação na voz passiva – geralmente fica no final da oração, acompanhado de preposição.

PRONOME “SE” E VERBO “SER”

O pronome “se” empregado como apassivador pode ser confundido com o verbo “ser”, o qual também pode ser utilizado para a mesma função.

Se o agente for indeterminado fica melhor construir a frase com o pronome “se”.

Em “Prolatou-se a sentença” o agente não está determinado.

Mas quando o agente for determinado construímos a frase com o verbo “ser”.

“A sentença **foi** prolatada pelo juiz”

Note que as duas frases estão na voz passiva. Portanto, enquanto a frase escrita na voz passiva com a partícula “se” é considerada passiva pronominal ou sintética, a frase escrita na voz passiva com o verbo “ser” é classificada voz passiva analítica.

ANALÍTICA

A voz passiva analítica é formada por um verbo auxiliar (ser ou estar) mais o particípio de um verbo transitivo direto ou transitivo direto e indireto.

É formada por um verbo auxiliar (geralmente “ser”) e o particípio de um verbo transitivo.

A fórmula mais comum é a seguinte:

sujeito paciente + verbo auxiliar + particípio + preposição + agente da passiva.

As testemunhas serão ouvidas pelo juiz ainda hoje.

Na transformação da voz ativa, a qual seria “Ainda hoje o juiz ouvirá as testemunhas” o sujeito da ativa adquire a função de agente da passiva. A preposição “por” nas formas contraídas (pelo, pela, pelos, pelas) são empregadas na formação da voz passiva analítica.

Além do verbo auxiliar “ser”, outros verbos auxiliares também podem formar a voz passiva analítica, tais como “estar” e “ficar”.

VOZ REFLEXIVA

Quando o sujeito for ao mesmo tempo agente e paciente, isto é, executar e receber a ação verbal simultaneamente, chamamos a voz verbal de reflexiva. Só pode haver a voz reflexiva com verbos transitivos.

A conjugação na voz reflexiva é acompanhada de pronome oblíquo (me, te, se, nos, vos, se) da mesma pessoa do sujeito.

A testemunha chocou-se com a advertência dada pelo magistrado.

Porém, não são todas as conjugações verbais que são classificadas na voz reflexiva. Uma dica para saber se o pronome oblíquo que acompanha o verbo exerce a função reflexiva é substituí-lo por “a mim mesmo”, “a ti mesmo”, “a si mesmo”, “a nós mesmos”, “a vós mesmos”, “a si mesmos”, de acordo com a pessoa do sujeito.

Arrisquei-me na investigação (arrisquei a mim mesmo na investigação).

O eleitor enganou-se (o eleitor enganou a si próprio).

Julgamo-nos inocentes (julgamos a nós mesmos inocentes).

A voz reflexiva quase sempre denota sentimentos e atitudes próprias do sujeito. A depender da predicação com a qual o verbo se relaciona, o pronome “se” pode exercer a função de objetos direto e indireto, ou ainda de sujeito de um infinitivo, assumindo o sentido de “a si próprio” ou “a si mesmo”.

A magistrada indignou-se diante das provas.

A partícula “se” pode ainda exercer a função de pronome reflexivo recíproco, atuando como objeto direto ou indireto, em virtude de corresponder a “outro”.

A reciprocidade demonstra a ação do próprio sujeito.


Aqueles advogados parecem respeitar-se.

PARTÍCULA DE REALCE

Já a partícula de realce consiste em um recurso de estilo. A partícula de realce ou expletiva liga-se a verbos intransitivos, indicando uma ação proferida pelo sujeito.

Vou-me embora pra Pasárgada.

São considerados partículas expletivas ou de realce os pronomes oblíquos átonos (me, te, se, nos, vos) juntos de verbos intransitivos que possuam sujeito. A partícula “se” também exerce essa função.

*É durante as audiências de conciliação que mais **se** pratica a tolerância.* 



MURILO OLIVEIRA DE CASTRO COELHO é formado em Letras pela Universidade Metodista de São Paulo e atua profissionalmente como editor e revisor de textos em diversas casas publicadoras, em especial para os periódicos da ZK Editora. Autor de várias obras didáticas, entre as quais destacam-se “Redação para o Enem” (Edipro, 2015); “Guia de Superdicas para a Redação do Enem” (IBC, 2015, 2. ed. 2016); “Novas Pegadinhas e Dicas de Estudo para Vestibular e Enem” (Rideel, 2014); “Língua Portuguesa para Concursos Públicos” (Universo dos Livros, 2014).

WHITE
COLLAR
CRIME



O uso abusivo do *habeas corpus* e a seletividade penal em crimes do colarinho branco

“O Brasil vive um momento histórico único, pondo à prova um sistema processual penal de eficácia duvidosa, bem como uma doentia benevolência com crimes econômicos que envergonham a nação. Fazer uso do *writ* em sua forma correta é uma chance oportuna de renovação na confiança do Judiciário e das instituições públicas.”

O sociólogo Edwin Sutherland (1949) definiu o crime do colarinho branco como o crime da classe superior, cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social elevado no curso de sua ocupação.

Para que se caracterize o crime do colarinho branco é necessário demonstrar a alta posição social do autor, bem como a relação entre a prática delitiva e a profissão exercida pelo sujeito ativo.

Sutherland (1940) concluiu que os camponeses que praticavam crimes eram tratados de modo distinto da burguesia. Assim, este autor enfatizou de forma precisa a seletividade penal nos processos de criminalização.

Bianchini (2000) corrobora com a mesma ideia ao afirmar que o atual sistema penal seleciona, marginaliza e exclui os menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao ‘modelo ideal’ preconizado pela classe dominante. Guardadas as devidas proporções, o Direito atua como instrumento para manter a estratificação de classes sociais.

Foucault (1987) abordou o tratamento desigual do Direito Penal, distinguindo a ilegalidade de bens e de direitos como fruto da sociedade capitalista ao ensinar que:

[...] para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e castigos; para as ilegalidades de direitos-fraudes evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc.

Ao mencionar o uso abusivo do *habeas corpus* nos crimes do colarinho branco, Dallagnol e Martello (2008) entendem que réus devam ser presos apenas depois de todos os recursos serem decididos, depois de muitos anos, não raro de décadas; o *habeas corpus* tem sido aceito como substituto recursal, mesmo quando a matéria não tem relação direta com a liberdade de locomoção.

Para Sutherland e Zaffaroni, o sistema penal não é igualitário, mas seletivo. Já Bacila (2014) entende que muitos praticam crimes, mas somente alguns são escolhidos pelo sistema para responder por eles. O Estado lhes oferece a repressão penal. De modo contrário ao que se preconiza no mundo, a regra costuma ser punir antes para averiguar depois.

O *habeas corpus* foi a primeira garantia de direito fundamental concedida pelo monarca João Sem Terra, na Magna Carta de 1215, formalizada posteriormente no “Habeas Corpus Act”, de 1679. Por outro lado, para muitos este remédio constitucional encontra a sua origem *no interdictum de homine liberum exhibendum* do Direito Romano, segundo o qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido de modo ilegal.

O *writ*, em sua origem, era uma garantia individual para o indivíduo oponível diante dos poderes constituídos. Um verdadeiro “remédio sumário contra as violações da liberdade física” (PACELLI; FISCHER, 2013, p.1375).

No Brasil, o remédio apareceu em 1821, por meio de um alvará de D. Pedro I, no qual se assegurava a liberdade de locomoção. O *habeas corpus* apareceu no texto constitucional brasileiro a partir da Carta Republicana de 1891, ao determinar que “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 77, § 22).

Com a Carta de 1946, tem-se a seguinte redação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*”. A mesma redação se repetiu nas constituições de 1967, 1969 e 1988.

No Brasil, foi somente no final do século XIX que a utilização do *habeas corpus* para tratar de assuntos não relacionados à liberdade de locomoção começou a ser trabalhada, através da “teoria brasileira de *habeas corpus*”. Por seu intermédio, o *writ* poderia ser utilizado para tutelar outros direitos cujo pressuposto era a liberdade de locomoção.

A expressão “*habeas corpus*”, de origem latina, significa “tenha o corpo”, e se refere à apresentação do preso. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, inciso LXVIII, que: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

O remédio constitucional visa a evitar ou a cessar obstrução ou coação à liberdade de locomoção, seja por ilegalidade ou abuso de poder, podendo assumir caráter inibitório do ilícito quando se tratar do *habeas corpus* preventivo.

A utilização abusiva do *habeas corpus* viola o princípio do devido processo legal, bem como outros princípios processuais dele decorrentes.

Faz-se necessário racionalizar e adequar o *habeas corpus* às suas finalidades precípua de tutela da liberdade de locomoção, tendo em vista que o discurso de tutela das garantias individuais não pode ser utilizado para legitimar o seu uso ilimitado.

É preciso proporcionar à sociedade outros valores constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais de todos, como a duração razoável do processo, a prestação adequada da tutela jurisdicional, a moralidade administrativa, bem como o direito à segurança pública.

Banalizar o *writ* a fim de legitimar quaisquer insurgências defensivas ocasiona problemas processuais, contribuindo para o asoberbamento do Judiciário.

Ampliar o *habeas corpus* visando a atacar qualquer decisão judicial, ainda que no bojo do inquérito policial, viola vários princípios constitucionais ligados


ao devido processo legal, além de contribuir para a morosidade do sistema processual penal.

O uso abusivo do remédio constitucional se percebe na seletividade penal dos crimes do colarinho branco, quando se constata que o *writ* é amplamente usado para garantir a impunidade dos delitos praticados por pessoas pertencentes às classes mais abastadas.

Dados de processos prescritos ou anulados envolvendo crimes do colarinho branco, aliados às escassas condenações nos processos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, mostra claramente a seletividade penal dos delitos.

Ações penais se arrastam por anos nas instâncias superiores, devido à benevolência judicial na aceitação das mais diversas modalidades de recursos, eternizando os conflitos em uma infinidade de reanálises.

O *habeas corpus* tem se distanciado de suas finalidades precípua de defender a liberdade de locomoção para se transformar em um agravo inominado no processo penal, comumente impetrado para que se discuta qualquer insurgência defensiva, mesmo não havendo ameaça concreta à liberdade de locomoção.

Atualmente, o Brasil vive um momento histórico único, pondo à prova um sistema processual penal de eficácia duvidosa, bem como uma doentia benevolência com crimes econômicos que envergonham a nação. Fazer uso do *writ* em sua forma correta é uma chance oportuna de renovação na confiança do Judiciário e das instituições públicas. 

REFERÊNCIAS

- BACILA, Carlos Roberto. *1968-Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*- 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BIANCHINI, Alice. *A seletividade do controle penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 30, p.63, abr/jun. 2000.
- DALLAGNOL, Deltan. *Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil*. In: Ministério Público e o princípio da proteção eficiente. Curitiba: 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 5. ed. Petrópolis: Vozes. 1987.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar criminality*. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (eds.). *White-collar crime: classic and contemporary views*. Nova York: The Free Press, 1995, p. 29-38. Ed. orig.: 1940.
- _____. Is “white-collar crime” crime? In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (eds.). *White-collar crime: classic and contemporary views*. Nova York: The Free Press, 1995, p. 38-49. Ed. orig. 1945.
- _____. *White-collar crime – the uncut version*. Yale University Press, New Haven and London, 1983, P. 7. Ed. orig.: 1949.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo do Direito Penal*. São Paulo: Revan, 2012.



ARQUIVO PESSOAL

DANIELA CHAMMÁS é Mestranda em Educação pela Universidad del Atlantico de Espanha; Especialista em Psicologia Forense e Criminologia (Universidade Gama Filho – RJ); Especialista em Direito Penal (Universidade Gama Filho – RJ)

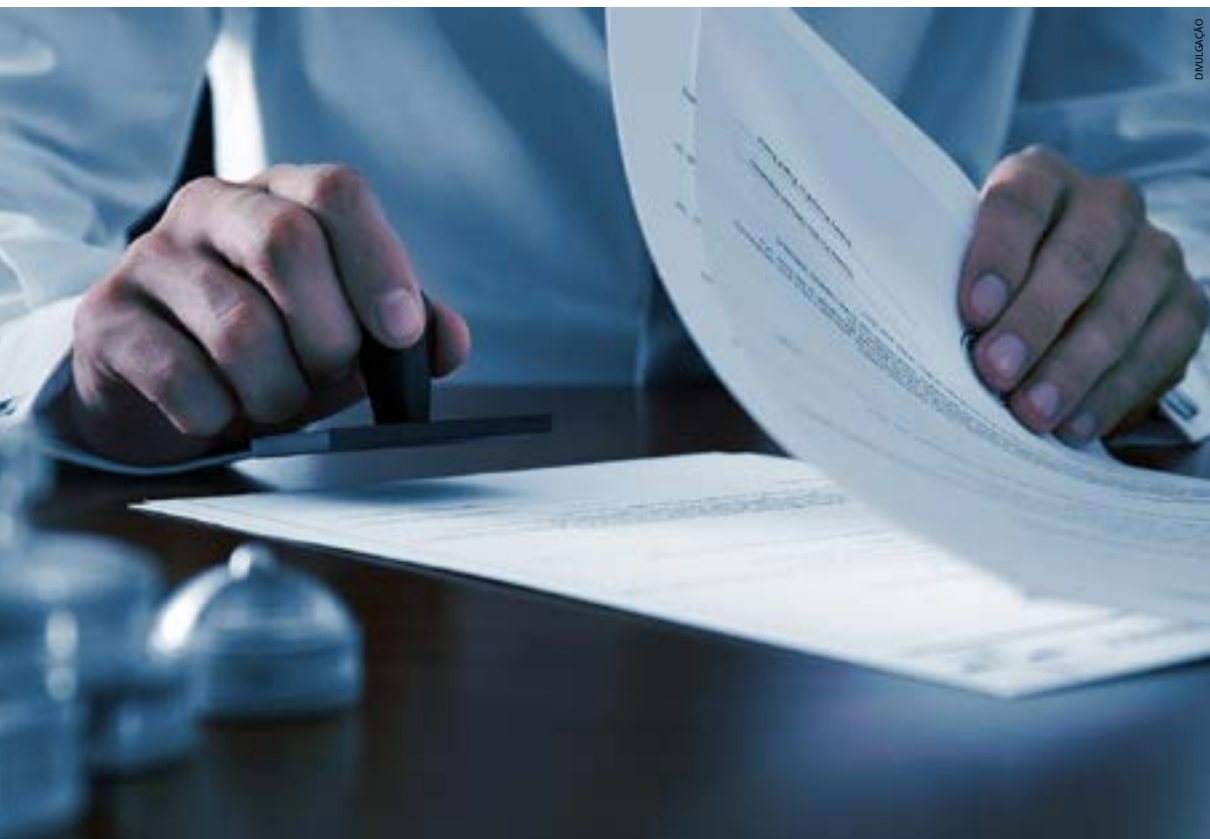
Documentos eletrônicos no novo Código de Processo Civil

por EZEQUIEL FRANDOLOSO

“A ata notarial é o modo mais indicado para converter um arquivo digital ou conteúdo da internet em documento impresso a fim de garantir a autenticidade, sem a necessidade de se manter um arquivo eletrônico salvo em algum lugar ou se preocupar que a ofensa ou o uso indevido de conteúdo em determinado site seja deletado pelo autor do dano, de modo a dificultar a prova.”

No Código de Processo Civil de 1973, os documentos eletrônicos não eram provas típicas. Esta espécie de prova sempre foi legal e válida no nosso sistema processual, até porque as partes têm o direito de empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e, assim, influir eficazmente na convicção do juiz, ainda que não especificados no diploma processual.

Tais documentos sempre foram muito usados, como é o caso de vídeos, CDs, DVDs, etc. Com a avanço da internet e a “necessária”



implantação do processo judicial eletrônico – não só em razão da esperada celeridade processual garantida constitucionalmente, mas também em razão do grande volume de papel usado em impressões –, fez-se necessária a disposição expressa em lei sobre o uso de documentos eletrônicos no processo.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (NCPC), os documentos eletrônicos foram regulamentados (artigos 439, 440 e 441). São, agora, provas típicas. Porém, para que sejam considerados pelo juiz em processo judicial que ainda tramite na forma física, a parte interessada deverá convertê-los à forma impressa e também dependerá da verificação de sua autenticidade. Antes, as partes depositavam os arquivos digitais em cartório.

Então, se a parte interessada pretender provar, em processo físico, a verdade de um fato por meio de vídeo do Youtube, gravações telefônicas, textos de sites ou de rede social (Facebook, LinkedIn, etc.) ou qualquer outro tipo de gravação em mídia, deverá converter o documento eletrônico na forma impressa. Mas como convertê-los em escritos sem perder a força probante?

O NCPC também inovou nesse aspecto. Trouxe, de forma expressa, a ata notarial como meio de prova, assim como dispõem o artigo 384 e seu parágrafo único. Prevê o código que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”, assim como podem constar de ata notarial dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Tal tipo de prova constava de forma implícita no artigo 364 do CPC/1973 e de forma expressa na Lei nº 8.935/1994 (Lei dos Cartórios), que regulamentou o artigo 236 da Constituição Federal dispondo sobre os serviços notariais e de registro. Agora, nos termos do artigo 384 do NCPC, é prova processual típica.

A ata notarial, vale destacar, é um instrumento público pelo qual o tabelião documenta, de forma imparcial, um fato, uma situação ou uma circunstância presenciada por ele, perpetuando-os no tempo. Usa-se, por exemplo, para comprovar a existência e conteúdo de sites, comprovar o estado de imóveis na entrega das chaves, uma ofensa em rede social ou em vídeos divulgados na internet, situação física de imóvel em locação ou comodato, reuniões condominiais e reuniões societárias, conteúdo de e-mail e o IP do emissor, etc.

Vale mencionar um julgado proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP em caso no qual a comercialização indevida de produtos em sítio eletrônico foi comprovada por meio de ata notarial. O acórdão destacou que “a prova de eventos e fatos observados junto à internet, como no caso em exame, tem sido feita preferencialmente mediante lavratura de ata notarial, pois a chancela do notário confere fé pública ao documento”, de modo que “não há justificativa para se colocar em dúvida a higidez e a veracidade do conteúdo dos documentos apresentados” (AI 2151698-63.2016.8.26.0000, Des. Rel. Carlos Alberto Garbi, j.18.10.2016).

Portando, a ata notarial é o modo mais indicado para converter um arquivo digital ou conteúdo da internet em documento impresso a fim de garantir a autenticidade, sem a necessidade de se manter um arquivo eletrônico salvo em algum lugar ou se preocupar que a ofensa ou o uso indevido de conteúdo em determinado site seja deletado pelo autor do dano, de modo a dificultar a prova.

No que se refere aos processos judiciais eletrônicos, o artigo 441 do NCPC dispôs que “serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”, o que significa dizer que em processos judiciais eletrônicos tais documentos serão mantidos no formato original.

Destaca-se que o art. 434, parágrafo único, do mesmo diploma (sem correspondência no CPC de 1973), dispõe que a exposição de reprodução cinematográfica ou fonográfica será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes. Lavrando-se uma ata notarial da reprodução digital, por exemplo, evita-se a exposição em audiência e ajuda na celeridade processual.

Por outro lado, nem todas as versões de processos judiciais eletrônicos admitem juntada de vídeos ou qualquer outro tipo de arquivo em mídia. Como manter o conteúdo de um site no seu formato original? E se depois de impresso o conteúdo ou ofensa contida em site o autor do dano retirá-lo da rede mundial de computadores?

Parece-nos que para garantir a força probante de documento eletrônico não impresso em papel, como vídeos da internet, gravações de áudios, conteúdo de sites, etc., a forma mais adequada e eficaz é registrar o fato em ata notarial, sob pena de a prova ser aniquilada pelo causador do dano.



EZEQUIEL FRANDOLOSO é advogado especialista em Direito Civil, Consumidor e Constitucional de Frandoloso Advocacia e Consultoria Jurídica.



Desafios para as novas famílias brasileiras

POR BRUNO TASSO

As barreiras e desafios jurídicos e sociais para as novas famílias no Brasil são uma triste realidade. A reflexão acerca deste tema não se restringe a trazer dados e problemáticas atuais enfrentados pelas novas formações familiares, mas nos leva a buscar o motivo que sustenta a resistência infundada ao respeito e à aceitação de todos, independentemente de estarem sozinhos ou formando famílias.

Até a Idade Moderna a justificativa da ética servia de fundamento para o Direito e sempre se apresentava como característica transcendente, ou seja, sua fundamentação se dava por força de uma divindade, uma forma de determinação de o que era bom ou ruim.

No entanto, nos cenários jurídico e social da atualidade não causa espanto a ascensão das tendências fundamentalistas como forma de reação ao laicismo moral. A liberdade sempre foi combatida pelos fundamentalistas religiosos em razão de a verem como ameaça a todo aquele que acredita em si mesmo.

O avanço do conservadorismo no Brasil revela o quão ameaçados estão os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna de 1988. Não é admissível que após quase 30 anos da redemocratização do país ainda se fale em aceitar ou não um distinto padrão de família que não se limite a heteronormatividade.

O enfrentamento não se trata de enaltecer as uniões homoafetivas, mas proteger outros núcleos familiares que carecerão de direitos no caso de ser aprovado, por exemplo, o Estatuto da Família (PL 6583/2013).

O citado projeto de lei visa a regulamentar (ou limitar) o alcance do significado de “família” constante no artigo 226 da Constituição Federal. Não obstante, a ferocidade em retirar direitos das uniões homoafetivas poderá causar insegurança jurídica a outros núcleos familiares, por exemplo, avós e netos, tios e sobrinhos, padrinhos e afilhados que, embora não sejam juridicamente definidos como pais e filhos, se reconhecem como se assim fossem.

Há, na verdade, descumprimentos constitucional e moral toda vez que um grupo de pessoas, que se dizem representar a sociedade, apresentam projetos de leis que suprimem direitos alheios. Em primeiro lugar, toda e qualquer legislação que seja apresentada deve resguardar o princípio constitucional do Estado laico. Em segundo lugar, porque o Legislativo quando eleito, embora assim o faça, não deve governar para uma comunidade, mas buscar promover garantias para a coletividade.

O pensamento e a forma de legislar é que causam grande dificuldade no reconhecimento e exercício dos direitos constantes não apenas na Constituição Federal, mas nos fundamentos que a fizeram nascer e ser construída de forma a não dar mais chance aos retrocessos e desmandos de pequenos grupos que detinham poder e que agiam com autoritarismo.

Faz-se necessário que não apenas se garantam direitos, mas que se promova a empatia social entre os cidadãos, com o objetivo de resguardar a privacidade e as escolhas de cada indivíduo.

O respeito ao próximo está intimamente ligado à condição de o próximo me respeitar. 📌

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira
Camilo Henrique Silva
Coordenadores



R\$ **45,00**
FRETE GRÁTIS

Os artigos compilados nesta obra retratam algumas das infindáveis discussões acerca da relação entre os seres humanos e os animais, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência. Instiga o leitor a realizar reflexões acerca de temas polêmicos e que necessitam de uma análise mais acurada para que o Poder Judiciário tenha subsídios no julgamento de litígios que versem sobre os temas abordados.

Telefone (61) **3225-6419**

