

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE DARÁ CONTA DE SUAS ATRIBUIÇÕES?

Instalada em 16 de maio de 2012, com a posse de sete integrantes, a Comissão Nacional da Verdade deve implementar a Lei 12.528/2011 que visa entre diversos objetivos: *promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior* (art. 3.º, II). A lei fixa o período a ser investigado – de 1946 a 1988 – e determina que a Comissão *terá o prazo de dois anos, contado da data de sua instalação, para a conclusão dos trabalhos...* (art. 11). O Brasil é um dos últimos países da nossa região a criar a Comissão da Verdade e o faz com uma lei ainda limitada, que restringe a sua força política para uma apuração detalhada da verdade dos fatos.

A luta incansável de familiares dos mortos e desaparecidos políticos foi, sem dúvida o que impulsionou a criação da Comissão. Lembremos aqui o caso da Guerrilha do Araguaia, movimento – que durou de 1972 a 1974, no sul do Pará – no qual os militares sequestraram, mataram e promoveram a ocultação dos cadáveres de 70 militantes políticos e de um número incerto de camponeses da região. Talvez tenha sido um dos episódios massivos mais violentos e truculentos daquela época: crianças, filhos de guerrilheiros sequestrados – e que não tiveram até hoje sua identidade resgatada – e provavelmente nascidas em cativeiros; cabeças decepadas; camponeses torturados junto às suas famílias; vilas e cidades cercadas pelas forças militares; moradores da região impedidos de ir e vir. Os familiares dos guerrilheiros ganharam a ação judicial que tramitou na Justiça brasileira de 1982 a 2007. E tiveram êxito junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA quando houve a condenação do Estado brasileiro, em 14 de dezembro de 2010, obrigando-o a localizar e entregar os restos mortais dos desaparecidos políticos do período da ditadura militar (1964 a 1985) e a apurar as responsabilidades dos agentes estatais pelas violações de direitos humanos. A Corte Interamericana não aceitou a decisão do STF que estendeu os efeitos da Lei da

Anistia (Lei 6.683/1979) aos torturadores, o que é considerado *autoanistia*.

O funcionamento da Comissão Nacional da Verdade deveria potencializar as ações para a execução dessas sentenças que ainda não foram cumpridas devido à falta de informações.

Quanto mais o tempo passa, consolidam-se as incertezas. Conhecerão a verdade dos fatos? Serão apurados as responsabilidades pela tortura, pelos estupros ocorridos, pelos desaparecimentos forçados, pelos sequestros de crianças, pela ocultação de cadáveres?

Quando a Presidenta da República, Dilma Rousseff, sancionou a lei que cria a Comissão da Verdade, sancionou, em seguida a Lei 12.527/2011, que viabiliza o acesso a informações produzidas pelos órgãos públicos e que foi regulamentada em 16 de maio de 2012, pelo Decreto 7.724/2012. Nesta lei, estão definidos as classificações dos documentos e os prazos de restrição de acesso à informação: a) ultrassecretos (25 anos); b) secretos (15 anos) e reservados (5 anos) – art. 24, § 1.º, I, II e III. O Ministério da Defesa, antes que fosse

aprovado o decreto de regulamentação da referida lei, refez a classificação dos documentos produzidos pelas Forças Armadas por ocasião da ditadura de forma a torná-los interditados para consulta (*Folha de S. Paulo*, 12.06.2012).

O obstáculo maior a ser enfrentado pela Comissão Nacional da Verdade será, sem dúvida, o da falta de informações para desenvolver, em condições adequadas, os trabalhos de investigação.

Por parte dos familiares, persiste a busca e cresce a ansiedade. Quanto mais o tempo passa, consolidam-se as incertezas. Conhecerão a verdade dos fatos? Serão apurados as responsabilidades pela tortura, pelos estupros ocorridos, pelos desaparecimentos forçados, pelos sequestros de crianças, pela ocultação de cadáveres? Terá a Comissão coragem suficiente para apontar as causas da violência estatal e para produzir recomendações de políticas públicas que ponham um basta à perpetuação dos crimes da ditadura, como a tortura, os assassinatos e ocultação dos corpos, tão frequentes na nossa sociedade nos dias de hoje? Terão os familiares o direito de dar uma sepultura digna aos seus mortos?

Oxalá, a Comissão Nacional da Verdade tenha força suficiente para responder a essas questões. Cabe à sociedade participar, opinar e oferecer suas contribuições.

EDITORIAL

A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE DARÁ CONTA DE SUAS ATRIBUIÇÕES?1

O CONSUMO DE PROSTITUIÇÃO INFANTIL JÁ É CRIME NO BRASIL
Janaina Conceição Paschoal2

QUANTO VALE A VIDA DE UM BRASILEIRO? – UM APELO À COMISSÃO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL
Luís Greco3

LEI 12.654/2012: É O FIM DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)?
Aury Lopes Jr.5

COMISSÃO DE SOCORRO NOS HOSPITAIS PRIVADOS: PORQUE VOCÊ É POBRE DEVE MORRER MAIS CEDO
Eduardo Saad-Diniz7

VULNERABILIDADE RELATIVA, SIM!
Israel Domingos Jorio8

O STJ E A POLÊMICA EM TORNO DO VALOR DO CONSENTIMENTO DO MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DE ESTUPRO
Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas9

CIRCUITOS PERVERSOS II: OS EFEITOS CRIMINÓGENOS DA MÍDIA EXPLORADORA DA VIOLÊNCIA COMO ESPETÁCULO
Domingos Barroso da Costa11

REFLEXÕES SOBRE O "HATE SPEECH" (DISCURSO DE ÓDIO)
Milena Gordon Baker12

NOTAS SOBRE O PL 5.607/2009, QUE MODIFICA O ART. 306 DO CTB: NOVOS VELHOS PROBLEMAS À VISTA
Fernando Célio de Brito Nogueira14

ABORTO, DESEJO E AUTODETERMINAÇÃO FEMININA
Eleonora Rangel Nacif16

DESCASOS
JOSÉ QUER TRABALHAR...
Alexandra Lebelson Szafir17

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ1569

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA
• Supremo Tribunal Federal1577
• Superior Tribunal de Justiça1578
• Tribunal Regional Federal1579
• Tribunal de Justiça1580

O CONSUMO DE PROSTITUIÇÃO INFANTIL JÁ É CRIME NO BRASIL

Janaina Conceição Paschoal

Primeiramente, cumpre consignar que, na esfera penal, as condenações sempre podem ser revistas, já as absolvições definitivas são sagradas.

Dessa forma, as presentes considerações têm o fim de trazer à reflexão alguns argumentos, seja para a futura aplicação do ordenamento vigente, ou para eventual alteração da lei penal. Em hipótese alguma, pretende-se rediscutir casos julgados, ou mesmo contestar a justiça de decisões já prolatadas. Vejamos.

O Código de 1940 protegia os costumes, punindo como estupro, ou atentado violento ao pudor, a prática de sexo com menor de 14 anos, dada a presunção de violência.

Como é bem sabido, durante a vigência dessa legislação, havia um tipo penal referente ao estupro, o qual exigia a violência real para se caracterizar e, nas disposições gerais, havia uma cláusula de equiparação, segundo a qual, mesmo havendo o consentimento da vítima, em virtude de sua imaturidade, tal consentimento não seria levado em consideração.

Esse dispositivo sempre rendeu muita celeuma, sobretudo em virtude da mudança dos hábitos e do acesso à informação. Muitas situações de injustiça eram solucionadas à luz da teoria do erro, fosse o erro quanto à ilicitude, fosse o erro de tipo.

Em 2009, com a reforma instituída na parte do Código Penal dedicada aos crimes sexuais, paralelamente ao tipo penal do estupro, o qual exige violência real para se verificar, criminalizou-se uma novel figura, denominada estupro de vulnerável, crime caracterizado pela prática de sexo com menor de 14 anos.

Esse novo tipo não faz qualquer alusão à violência, real ou presumida. A idade da vítima passa a ser elemento integrante do tipo, independentemente de qualquer cláusula de equiparação. O crime não é constranger, mediante violência, ou grave ameaça, vulnerável à prática de sexo ou de ato libidinoso. A simples prática de sexo com pessoa menor de 14 anos já é considerada delituosa.

É verdade que o tipo penal do estupro de vulneráveis equipara situações de diversa reprovabilidade. A pena mínima de 8 anos se revela desproporcional para o caso clássico do casal de namorados, ele com 18 e ela com 13 anos, que precocemente inicia a vida sexual.

Por também se aplicar a nova figura aos doentes mentais, resta o sentimento de que constitui verdadeira condenação ao celibato desse grupo da sociedade.

Em resumo, há muitas disparidades a ajustar, seja por meio de uma nova reforma, seja no momento da aplicação da lei penal, pois, em mais de uma oportunidade, defendi a possibilidade de o magistrado, com fulcro

no princípio da proporcionalidade, aplicar pena inferior à mínima cominada.

Entretanto, surpreende a ideia de que o estupro de vulnerável não seria aplicável à pessoa que utiliza os serviços da criança prostituída, pois, no caso da prostituição infantil, está-se diante de várias fontes de vulnerabilidade: idade, carência econômica, desestrutura familiar.

Analisar a conduta de quem utiliza a prostituição infantil à luz da inocência, ou malícia, da vítima constitui retrocesso. Há muito, luta-se para ver reconhecido que o estupro não tem relação com pureza, ou honestidade.

No que concerne ao adulto, o tipo penal do estupro tutela a liberdade sexual. No que diz respeito à criança, protege-se a dignidade sexual. Tem-se conferido ao termo dignidade a mesma dimensão de liberdade. Mas a dignidade vai além.

Por mais experiente que seja o menor de 14 anos, o ordenamento jurídico reconhece que se trata de pessoa em desenvolvimento. A punição do uso da prostituição infantil está diretamente ligada à impossibilidade de coisificação e comercialização desse ser.

O cliente da prostituição infantil pratica um ato inquestionavelmente reprovável por desrespeitar essa condição especial da criança e do adolescente. Vale lembrar que, em sede de prostituição, a tenra idade agrega valor. Crianças experientes, ou não, são encomendadas para programas sexuais. Essa situação não fica, e não pode ficar, alheia ao Direito Penal.

O argumento de que a novel figura do estupro de vulneráveis não se aplica ao consumidor da prostituição infantil, além de preconceituoso e cruel, ignora a letra da lei e a própria sistematicidade que o ordenamento jurídico deve guardar.

Com efeito, o Código Penal, em seu art. 218-B, § 2.º, I, comina pena de 4 a 10 anos a quem pratica sexo, em situação de prostituição, com pessoa entre 14 e 18 anos.

Ora, não seria sequer lógico pretender defender que, no Brasil, é crime fazer programa sexual com uma mocinha de 15 anos, mas não o é pagar por sexo com uma menina, ou um menino de 11. Por mais teratológico que seja nosso sistema penal, não chega a tanto.

Por obvio, o legislador não criou um dispositivo para tratar do menor de 14 anos prostituído, porque tal situação restou prevista no estupro de vulnerável, que é límpido ao criminalizar a prática de sexo com pessoas

menores de 14 anos, independentemente de sua inocência.

A pretensão de que o consumo de prostituição infantil seria atípica resta ainda mais inaceitável quando se verifica que, pelo ECA, pratica crime o sujeito que, em seu computador, vê fotografias pornográficas de crianças, ainda que as imagens sejam fictícias.

Ressalvadas as críticas que devem ser feitas à punição da pornografia virtual, não parece razoável que o sujeito que assiste cenas de sexo envolvendo crianças pratique crime, enquanto aquele que faz sexo com essas mesmas crianças esteja a salvo.

Ademais, quando se fala no crime de pornografia infantil, não se questiona se as crianças usadas nas imagens foram forçadas a tanto, nem se receberam para posar, nem se participaram das cenas por livre e espontânea vontade. Essa análise não vem ao caso. Se a imagem da criança é tutelada sem restrições, como pode o seu corpo não ser? Será que no Brasil é mais grave olhar que fazer?

O Direito Penal é o braço forte do Estado, somente se recorre a ele quando a conduta se revela digna e carente dessa proteção e, mesmo assim, observando-se todas as garantias.

Se há uma ação que, ao lado da exploração da prostituição infantil, merece repressão penal, é justamente a da pessoa que acredita que o dinheiro pode comprar até a dignidade de uma criança.

Respeito opiniões contrárias, mas não poderia calar diante de tamanha iniquidade, mormente quando se sabe que um dos maiores problemas no país é justamente o abuso sexual de crianças, em todas as suas facetas. Muitos estrangeiros já vêm para o Brasil para comprar sexo com jovens meninos e meninas.

O Direito Penal não se presta a resolver todos os problemas sociais, mas não pode fechar os olhos para as situações que lesam os bens jurídicos mais caros.

As crianças “inocentes” não são mais dignas de tutela do que as crianças violadas, crianças que tiveram sua inocência roubada.

Paulatinamente, o acesso à informação está transformando o Direito Penal em instrumento que coíbe o falar, o olhar e o omitir, mas é muito condescendente com o fazer. Assusta quando tradicionais defensores das garantias individuais aplaudem tal metamorfose.

A lei penal já proíbe e pune o cliente da

prostituição infantil. Sugerir que tal punição tem alguma relação com moralismo é desconhecer a missão do Direito Penal, que ainda é a de preservar bens jurídicos. Falar em moralismo também implica desconhecer a relevância do bem jurídico dignidade sexual.

Ao lado da repressão, que a lei já prevê, medidas preventivas seriam muito apropriadas. Fixar cartazes em prédios públicos não é suficiente. São necessárias campanhas que sensibilizem para o mal que se faz com esse tipo de prática e deixem claro que, por melhor que se pague, fazer programa sexual com criança e adolescente é crime no Brasil.

Os casos concretos continuarão a ser julgados

com base em todos os princípios informadores do Direito Penal, existindo, obviamente, espaço para o reconhecimento do erro, para adequação da pena em termos de proporcionalidade etc.

No entanto, dizer que, em tese, o consumo de prostituição infantil não é crime constitui um discurso criminógeno e juridicamente equivocado. Afirmar que o estupro de vulneráveis está relacionado à inocência, ou à inexperiência sexual, tem igual natureza criminógena e juridicamente equivocada.

Janaina Conceição Paschoal

Professora Livre-docente de Direito Penal na USP.
Advogada.

QUANTO VALE A VIDA DE UM BRASILEIRO? – UM APELO À COMISSÃO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL⁽¹⁾

Luís Greco

Tomemos o tipo penal do roubo (art. 157 do CP). O vigente Código Penal, para cuja reforma foi nomeada uma comissão de juristas, comina-lhe a pena de quatro a dez anos de reclusão. Por sua vez, a legislação alemã comina pena de seis meses a seis anos (§ 249 Strafgesetzbuch), a francesa comina pena máxima de sete anos (art. 312-1 Code Penal), a portuguesa pena de um a oito anos (art. 210.º do Código Penal português). Vejamos agora o estupro: enquanto no Brasil, a cominação é de seis a dez anos (art. 213 do CP), na Alemanha comina-se pena mínima de um ano (§ 177 Strafgesetzbuch), na França pena máxima de quinze anos (art. 222-23 Code Penal), em Portugal pena de um a oito anos (art. 163.º, 1, do Código Penal português).

Não estenderei a lista, nem acrescentando outros tipos, nem outros países. Ainda que fundado numa base indutiva reduzida, creio justificado afirmar que as cominações de nossa legislação, especialmente no que diz respeito aos mínimos legais, são bem mais severas que as dos mencionados países europeus. Se acrescentarmos que o nosso Código Penal reconhece o princípio da cumulação no concurso material de delitos (art. 69, *caput*) e no chamado concurso formal “impróprio” (art. 70, *caput*, segunda alínea) e que as condições carcerárias são aqui consideravelmente mais afitivas que nos três mencionados países europeus, podemos concluir que, no Brasil, as penas são especialmente duras.⁽²⁾ O brasileiro João, que comete um roubo ou um estupro, terá provavelmente de pagar muito mais caro por seu erro que Fritz, Jacques ou Manuel.⁽³⁾

Parece-me inquestionável que essa enorme diferença de tratamento necessita de uma justificação. Tentarei demonstrar que a maior parte das justificações pensáveis se fundamenta

Formulo, assim, um apelo à comissão de juristas que cuida da reforma de nosso Código. Inclua uma redução drástica das penas cominadas entre as finalidades mais urgentes a serem alcançadas por uma reforma.

na escandalosa premissa de que João pode pagar mais caro que Fritz, Jacques ou Manuel, porque, ao olhos do legislador brasileiro – e o legislador, em uma democracia, somos teoricamente nós todos – a vida de João vale menos que a de Fritz, Jacques ou Manuel. Da mesma forma que 10 reais não valem 10 euros, dez anos da vida de João não corresponderiam a dez anos da vida de quaisquer desses três europeus.

Passemos, assim, em revista essas possíveis justificações. Em um ambiente acadêmico em que é de bom tom aludir à “nossa realidade latino-americana”, pode-se tentar extrair desse *topos* uma justificação. Nossas penas seriam mais severas, porque a realidade brasileira difere da alemã, francesa ou portuguesa. Isso, porém, não seria um argumento, mas no máximo uma parte dele. Ninguém questiona que a realidade brasileira difere da dos três mencionados países. Por exemplo, o Brasil tem quase 200 milhões de habitantes, foi “descoberto” por Pedro Álvares Cabral em 1.500 e é pentacampeão. Não deve ser disso que se trata, contudo. Se essas circunstâncias são, como suponho, irrelevantes, tal será porque a mera referência à realidade é parte de um argumento mais longo, que menciona considerações não mais apenas fáticas, e sim normativas, as quais determinam que aspectos da realidade importam. Seriam essas considerações, conjugadas com a diferente realidade fática, que justificariam a dureza



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA:
Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carlos Vico Mañas

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

PUBLICAÇÕES DO SITE: Bruno Salles Pereira Ribeiro

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

REVISTA LIBERDADES: João Paulo Martinelli

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CONVÊNIO: André Augusto Mendes Machado

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: Antenor Madruga

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Pierpaolo Cruz Bottini

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

16º CONCURSO DE MONOGRAFIA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires Mendes

com que tratamos João. Essas considerações normativas virão, naturalmente, das *diversas teorias da pena*.⁽⁴⁾

Poder-se-ia, assim, de uma perspectiva *retributivista*, isto é, partindo da teoria segundo a qual a pena se justifica por razões de justiça, afirmar que, no caso de João, a justiça impõe uma pena maior. A explicação mais natural para essa curiosa tese será a de que, como a vida de João vale menos, tem-se de privá-lo de mais anos de vida para satisfazer às exigências de justiça. Segundo a perspectiva *retributivista*, a comparação entre o Real e o Euro é perfeita: da mesma forma que dez reais não pagam uma dívida de dez euros, o brasileiro tem de pagar suas dívidas de justiça, isto é, expiar sua culpabilidade, com mais anos de sua vida se comparado ao que teria de pagar um europeu.⁽⁵⁾

Pode-se, ademais, assumir uma perspectiva de *prevenção especial*: o brasileiro seria *mais perigoso* que o estrangeiro. Deixá-lo solto seria um risco muito maior que deixar um estrangeiro solto. João é um perigo; o ideal talvez fosse eliminá-lo, mas porque “decapitar e enforcar não queremos e deportar não podemos”,⁽⁶⁾ resta-nos enjaulá-lo tanto quanto possível. Como um ano de vida em liberdade significa um perigo de, digamos, 2x, e não apenas de x como no caso de Fritz, Jacques ou Manuel, um ano de vida em liberdade para João vale, aos olhos da sociedade que quer dele se proteger, menos do que um ano para os europeus menos perigosos.

Outro argumento imaginável é de *prevenção geral negativa*, também chamada de *intimidação geral*: o brasileiro seria *menos racional* que o estrangeiro. Ele precisaria de mais contraestímulos para deixar de cometer delitos que o estrangeiro. Principalmente: ele daria menos valor à própria vida que o estrangeiro. Enquanto o legislador português espera que Manuel dê valor suficiente a um ano da própria vida para abster de praticar um estupro, o legislador brasileiro pensa que João não tem tanta maturidade ou amor-próprio e precisa de seis vezes mais.⁽⁷⁾

Um último argumento partiria da *prevenção geral positiva*: o brasileiro seria menos sensível, *mais brutal* que o estrangeiro. Aquilo que lá fora basta para reafirmar a norma violada, aqui pareceria pouco. Enquanto a população alemã, francesa e portuguesa já sentiria calafrios ao pensar em um ou dois anos de prisão, os brasileiros necessitariam de ao menos o dobro disso. Isso significa que, aos olhos do legislador, o brasileiro daria menos valor aos próprios anos de vida que o estrangeiro.

Em síntese: os argumentos dotados de uma mínima plausibilidade⁽⁸⁾ só a alcançam às custas de acolherem a escandalosa premissa

de que a vida do brasileiro vale menos.

Uma derradeira possível *objeção* precisa ainda ser rebatida. Pode-se tentar esquivar do argumento, recorrendo, como também é de bom tom, à *vítima*. Nós, brasileiros, necessitaríamos de penas mais severas, porque só nós daríamos real valor à vítima do roubo e do estupro, a ponto de não conseguirmos nos dar por satisfeitos com as cominações dos mencionados países europeus. Esse argumento, contudo, é insincero. Se déssemos tamanho valor à vítima, boa parte dos recursos que agora se dirigem a manter João encarcerado por tantos anos seriam deslocados para reais programas de prevenção, reparação e assistência às vítimas, programas esses notoriamente deficientes, isso quando sequer existem. Ao final, a menção à vítima opera aqui como *álibi*, para esconder o quanto as nossas cominações desprezam o tempo de vida daqueles a quem elas se dirigem – que somos todos nós.

Já existe, na doutrina, na jurisprudência e na Administração Pública, uma percepção de que as penas são demasiado altas. Mencionem-se a tendência de, em princípio, fixar a pena concreta no mínimo legal; as tentativas “alternativistas” de aplicar a pena abaixo do mínimo; a tradicional prática dos indultos de fim de ano; o reconhecimento de uma série de soluções *praeter* ou mesmo *contra legem*, como a exculpação por meio de uma cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa (que a comissão, aliás, pretende reconhecer expressamente, art. 22, III). Essas soluções são, contudo, meramente aparentes. Não é o Judiciário nem o Executivo, muito menos a doutrina quem tem de dar uma solução para o apontado problema da severidade de nossas cominações. É o legislador quem está chamado a atuar, porque é o legislador quem se reporta ao direito de falar em nome do povo. Esse legislador há décadas vem declarando, em nosso nome, que nossa vida vale menos.

Formulo, assim, um *apelo à comissão de juristas* que cuida da reforma de nosso Código. Incluam uma redução drástica das penas cominadas entre as finalidades mais urgentes a serem alcançadas por uma reforma. Ao introduzirem novos crimes, o que, diga-se de passagem, no mais das vezes é no mínimo desnecessário, sejam comedidos com a fixação das penas. Não aumentem penas de delitos já existentes, o que, infelizmente, é o caminho que se está propondo para delitos ambientais (o de maus-tratos a animais deve ter a sua pena quadruplicada!).⁽⁹⁾ Estou consciente de que isso não será fácil e de que, em especial, será necessária enorme coragem política para enfrentar uma opinião pública da qual se pode dizer sem hesitação que ela exala desprezo à vida do brasileiro. De qual-

quer forma, mais importante que a adoção expressa de uma imputação objetiva ou de uma ofensividade é que o futuro Código Penal configure uma afirmação sincera e crível de que nossa vida tem valor.

NOTAS

- (1) Para meu amigo Rodrigo Coelho, com os votos de sucesso em sua jornada que agora se inicia.
- (2) *En passant*. Enquanto escrevo esse artigo (dia 8 de junho de 2012), vejo o que Nucci publica em seu perfil de rede social: como a expectativa de vida do brasileiro aumentou desde 1940, seria justificado elevar o limite máximo de 30 anos (art. 75 do CP)! Vejo que mais de 700 pessoas já “curtiram” o disparate. Isso faz com que me pergunte se sequer há sentido em concluir o presente artigo. Não só o legislador, mas ao que parece também a academia unida à *vox populi* manifesta justamente a atitude que almejo denunciar no presente texto: como o brasileiro hoje vive mais, a sua vida vale ainda menos! Prossigo, porém, fortalecido pela esperança de que meu pequeno apelo seja lido também como um repúdio a essa mais recente degeneração de nossa ciência do Direito Penal, que, vulgarizando-se em blogs e redes sociais, troca seu compromisso com a verdade pelo prato de lentilha dos aplausos irrefletidos.
- (3) Simplificação necessária: imagine-se, aqui, que se trate de crime cometido em território nacional, por autor nacional contra vítima nacional.
- (4) Não discutirei, no presente estudo, teorias da pena (minha posição em: GRECO, Luís: *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 227 e ss.), mas me limitarei a aplicá-las ao presente problema e a demonstrar que premissas adicionais elas pressupõem.
- (5) Outra possível explicação, que talvez não dependesse do apontado desprezo à vida do brasileiro, seria a de que a culpabilidade do brasileiro que comete um delito superaria à do estrangeiro. Essa afirmação é tão insustentável que sequer mereceria ser refutada. Pelo contrário: se levássemos a sério a ideia de culpabilidade, teríamos de nos perguntar seriamente quantos anos de prisão João e os outros Joões estariam dispostos a cumprir em um cárcere como os existentes nesses três países para não ter cumprir um ano em um cárcere brasileiro. Assim veríamos qual exatamente o câmbio de mercado entre um ano de prisão no Brasil e em um dos mencionados países europeus.
- (6) V. LISZT, Franz. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. ZStW 3 (1883), p. 1 e ss., 39.
- (7) É claro que meu oponente imaginário pode formular uma réplica, também preventivo-geral negativa: nos três países mencionados, cometem-se muito menos roubos e outros delitos violentos que no Brasil. Seria, assim, no mínimo ingênuo de minha parte sugerir que nossas penas são elevadas demais. Pelo contrário, a quantidade de crimes violentos aqui cometida é prova cabal de que nem mesmo essas penas bastam. A isso não responderei que penas severas não intimidam, como têm feito penalistas liberais ao menos desde o séc. XVIII (referências em GRECO, *Lebendiges...* cit., p. 382 e ss.). Concedo a plausibilidade de que a eficácia intimidatória de uma pena aumenta na proporção de sua severidade. Ninguém estacionaria em local proibido se essa infração fosse punida com prisão de cinco a dez anos. O que não parece plausível, contudo, é que esse aumento se dê numa proporção direta, linear; mais natural parece supor que ele tenha a forma de uma função exponencial descendente. Em concreto, uma pena seis vezes mais severa

não intimida seis vezes mais, e sim bem menos do que isso.

Isso quer dizer que também esse argumento vive do desprezo pela vida do brasileiro. Porque, se de um lado parece plausível que, ao cominarmos penas várias vezes mais severas, aumentamos em alguma proporção os efeitos de intimidação, do outro, o que João perde não é meramente plausível, e sim seguro, e, como ele só tem uma vida, o que ele perde cresce ou linearmente, ou mesmo em função exponencial ascendente em relação a esse aumento de pena. Concretamente e sem toda a matemática: não sabemos quanto exatamente ganhamos ao punir estupros seis vezes mais severamente que a Alemanha ou Portugal. Sabemos que não é muito. E sabemos exatamente o que perde João, e mais, sabemos que é muito. Se estamos dispostos a trocar o certo pelo duvidoso, é porque implicitamente o certo é tido por pouco valioso. O muito seguro que perde João, para nós, não importa, uma vez que vale menos que o pouco incerto que ganhamos.

(8) Isto é, deixando-se de lado o argumento formulado na nota 5.

LEI 12.654/2012: É O FIM DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)?

Aury Lopes Jr.

A Lei 12.654, de 28.05.2012 (entrada em vigor dia 28.11.2012), prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo. A nova lei altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar e, por outro lado, a Lei 7.210/1984 (LEP), que regula a Execução Penal.

Em linhas gerais, coletado o material, será armazenado no banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federal mediante prévia autorização judicial. A extração se dará de forma “adequada e indolor”, e não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genética de gênero. Os dados coletados integrarão o banco de dados de perfis genéticos, assegurando-se o sigilo dos dados. Para fins probatórios, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc. encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente

(9) Alegar, como fez o presidente da comissão Gilson Dipp, que com isso se está dando a esses delitos “a dignidade penal que eles merecem”, (cf. <<http://oglobo.globo.com/pais/comissao-quer-quadruplicar-pena-de-maus-tratos-animais-5021456>>), é a mais pura manifestação da atitude que o presente estudo quer criticar, pois deixa explícito que há maior preocupação com o sofrimento animal do que com o valor da vida do brasileiro. De passagem, diga-se que a própria catalogação desse delito entre os delitos ambientais dá provas de quão pouco a comissão se informou e refletiu a respeito dos fundamentos de punição desse delito (a respeito em detalhe GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. Trad. Alair Leite. In *Revista Liberdades* nº 3, p. 47 e ss., [2010]).

Luís Greco

Doutor e LL.M. em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian (MunIQUE).
Assistente científico junto à cátedra do Prof. Dr. H. C. Mult. Bernd Schünemann.

habilitado que analisará a coincidência ou não.

A finalidade da coleta do material biológico será distinta: para o investigado, se destina a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido); já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida. Vejamos cada caso:

Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo) verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório.

1) Suspeito do crime

Aproveitou a nova *legis* a abertura do inc. IV do art. 3.º da Lei 12.037, de modo que, embora o suspeito apresente documento de identidade, poderá ser feita a identificação criminal e a extração compulsória de material genético, sempre que for “essencial às investigações policiais” e houver decisão judicial. Ou seja, poderá o juiz determinar a extração coercitiva de material genético de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. A lei exige a concorrência de dois requisitos nesta situação:

a) necessidade para as investigações: ainda que a redação seja genérica, subordinando apenas ao interesse da autoridade policial, é necessário que o pedido venha fundamentado e efetivamente demonstrado – no caso concreto – a imprescindibilidade desse tipo de prova. Considerando a gravidade da intervenção corporal e a restrição da esfera de privacidade do sujeito, deverá a autori-



COORDENADORIAS REGIONAIS

- 1.ª REGIÃO (Acre, Amazonas e Roraima)
Luís Carlos Valois
- 2.ª REGIÃO (Maranhão e Piauí)
Roberto Carvalho Veloso
- 3.ª REGIÃO (Rio Grande do Norte e Paraíba)
Oswaldo Trigueiro Filho
- 4.ª REGIÃO (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Mohamad Ale Hasan Mahmoud
- 5.ª REGIÃO (Mato Grosso e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker
- 6.ª REGIÃO (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

- 1.ª ESTADUAL (Ceará)
Patrícia de Sá Leitão e Leão
- 2.ª ESTADUAL (Pernambuco)
André Carneiro Leão
- 3.ª ESTADUAL (Bahia)
Wellington César Lima e Silva
- 4.ª ESTADUAL (Minas Gerais)
Guilherme Henrique Souza e Silva
- 5.ª ESTADUAL (Mato Grosso do Sul)
Marco Aurélio Borges de Paula
- 6.ª ESTADUAL (São Paulo)
João Daniel Rassi
- 7.ª ESTADUAL (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
- 8.ª ESTADUAL (Amapá)
João Guilherme Lages Mendes
- 9.ª ESTADUAL (Pará)
Marcus Alan de Melo Gomes
- 10.ª ESTADUAL (Alagoas)
Ivan Luís da Silva
- 11.ª ESTADUAL (Sergipe)
Daniela Carvalho Almeida da Costa
- 12.ª ESTADUAL (Espírito Santo)
Clecio Jose Morandi de Assis Lemos
- 13.ª ESTADUAL (Rio de Janeiro)
Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Rafael Lira e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yuji Takayana-gi, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanon Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilq, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natáshia Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimaraes, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thais Tanaka, Thaisa Bernhardt Ribeiro.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”. “As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

dade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). Sequer define a lei em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade. A lei não diz (e nem precisaria) mas em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, “a força”. A única “garantia” é o emprego de técnica “adequada e indolor”.

b) autorização judicial: considerando que representa uma grave restrição de direitos fundamentais, é necessária autorização judicial mediante prévio pedido ou até mesmo de ofício (o que fere de morte o sistema acusatório-constitucional), de forma fundamentada, avaliando a real necessidade do ato, bem como, a impossibilidade de se constituir aquela prova por outro meio menos lesivo e gravoso. Trata-se de ponderar e justificar a necessidade e adequação da medida, evitando sua banalização e distorção. Sustentamos a existência de uma *vinculação causal* (Princípio da Especialidade),⁽¹⁾ ou seja, *a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal* e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime). Tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime. Diversa é a situação do apenado submetido à extração compulsória de material genético, onde se busca a constituição do banco de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada.

O fornecimento do material será feito de forma voluntária ou coercitiva (a lei não define, mas pensamos ser força necessária para o cumprimento da ordem, como sói ocorrer em situações similares), assegurando-se, apenas, que empregue uma “técnica adequada e indolor”.

Por fim, é perfeitamente aplicável aqui – por analogia – o disposto no art. 7.º da Lei 12.037: “no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito

em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil”. Não se justifica que nestas situações se constranja alguém a figurar eternamente no banco de dados genético.

2) Condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa

Nesse caso, o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros, sendo a intervenção corporal obrigatória e não exigindo autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito à natureza do crime objeto da condenação. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa” (lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima). Ainda que a lei fale em “condenados”, é imprescindível a existência de sentença condenatória transitada em julgado.

Uma vez colhido o material genético e incorporado ao banco de dados, poderá ser acessado pela autoridade policial, estadual ou federal, mediante prévia autorização judicial. Neste caso, *a lei não exige autorização judicial para a coleta do material, mas sim para o acesso ao banco de dados*.

Por fim, a lei não prevê por quanto tempo esses dados ficarão disponíveis neste caso, mas pensamos ser sustentável a aplicação, por analogia, do instituto da “reabilitação” (art. 93 e ss. do CP), permitindo-se a retirada dos registros após decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução.

3) Valor probatório

O discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Essa prova pericial demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato. O exame de DNA feito a partir da comparação do material genético do réu “A” com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence

ao réu. Daí até provar que o réu “A” violentou e matou a vítima, existe uma distância que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios.

Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação. Outro ponto fundamental é discutir o nexo causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto pode o réu ser responsabilizado penalmente pelo resultado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo.

Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas, etc., mas também na possibilidade de fraudar o próprio DNA. O conhecido periódico *The New York Times*⁽²⁾ noticiou que *“cientistas israelenses divulgam em artigo a possibilidade de introduzir, com certa facilidade, em uma amostra qualquer de sangue ou saliva, o código genético de qualquer pessoa a cujo perfil de DNA se tenha acesso – sem que seja sequer necessário possuir uma amostra de seu material genético. A notícia é bastante relevante no sentido de minar a infalibilidade com que são tratadas as evidências e provas baseadas em testes genéticos a partir dos procedimentos usuais de perícia forense. E, ainda, as novas possibilidades de fraude que se abrem com o recurso à esta técnica podem aumentar os riscos potenciais do manejo de informação genética, com reflexos claros para a atual tendência à compilação de gigantescos bancos de dados genéticos”*.

Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas *mais uma prova*, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais.

NOTAS

- (1) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Direito processual penal*, 9.ed., publicada pela editora Saraiva.
- (2) Notícia publicada em 17.08.2009 no site <<http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html>>.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal.
 Professor Titular no Programa
 Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado,
 em Ciências Criminais da PUC-RS.
 Advogado.

OMISSÃO DE SOCORRO NOS HOSPITAIS PRIVADOS: PORQUE VOCÊ É POBRE DEVE MORRER MAIS CEDO

Eduardo Saad-Diniz

Em “Porque você é pobre deve morrer mais cedo”, **Christoph Lohfert**⁽¹⁾ descreve a falta de consideração à individualidade do paciente no sistema da medicina. **Lohfert** atesta o estado de vulnerabilidade em que se encontram os alemães, quase vítimas do negócio da saúde: “com uma medicina de amanhã, resultados de pesquisa de depois de amanhã, trabalhamos em estruturas hospitalares de ontem e com o modelo de organização de antes de ontem”.⁽²⁾ Em recensão a **Lohfert**, **Michael Pawlik** analisa este “lugar perigoso” que são os hospitais, os quais condicionam o incrível paradoxo entre os avanços das ciências biomédicas e o precário tratamento dos pacientes.⁽³⁾

No Brasil, a lógica perversa dos hospitais privados não disfarça o lado fraco da questão; na medicina privada brasileira cai a máscara da autonomia do paciente – liberdade de escolha do produto – sem maiores esforços. No último 09.05, o Senado brasileiro aprovou o Projeto de Lei 34/2012, que propôs a elaboração do já sancionado em 28.05 novo tipo penal, o art. 135-A, cuja descrição da conduta típica alcança a reprovação da exigência de qualquer garantia ou preenchimento prévio de formulários administrativos para o atendimento médico-hospitalar emergencial.⁽⁴⁾ A iniciativa adveio de indesejável coincidência com o falecimento do ex-secretário do Ministério do Planejamento ainda no início de 2012, ocasião em que duas instituições médico-hospitalares privadas em Brasília recusaram-se a atendê-lo pela ausência de garantia. O evento trágico, mesmo que não fuja à absorção de anseios sociais, nada incomum no processo legislativo brasileiro, curiosamente tornou apenas mais evidente o argumento inevitável de que todos nós seremos pacientes um dia.

Desde o plano das ideias jurídico-penais, a discussão remonta às teorias da causalidade omissiva e a caracterização interpessoal do dever de solidariedade mínima.⁽⁵⁾ Talvez seja mesmo o caso de estender o alcance ético do novo art. 135-A, gerando um benefício específico e concretamente limitado pela caracterização da omissão relevante. A promoção do benefício consiste em buscar as fontes de legitimação do recurso à criminalização e impor, por meio da violência penal de Estado, as condições necessárias para permitir ao paciente em estado emergencial um espaço de proteção de sua pessoa.⁽⁶⁾

Por outro lado, é pouco razoável que os funcionários ou mesmo os médicos destas instituições privadas assumam a responsabi-

lidade pela criação do risco. Este argumento – de inegável efeito moralizante – até poderia reclamar a ética profissional por detrás da instituição privada, mas omissão de socorro relevante deveria estar adstrita a quem detém o poder decisório ou gerencial. Mas o problema alcança outros limites, para além da subjetividade médica, na maioria das vezes indefesa perante as instituições privadas, que lhe impõe programas de cumprimento de metas, procedimentos e eficiência no atendimento. O problema é deixar de atender o paciente quando ele se torna “fator de custo” e “sem interesse econômico” (*unwirtschaftlich*).⁽⁷⁾ É a observação de que a vida do paciente em estado emergencial não gera valor agregado à receita dos hospitais privados, se vier desacompanhada dos vínculos de confiança no pagamento. E algumas indeterminações preocupam a eficácia do tipo penal: (1) como limitar o conceito de atendimento emergencial, diferenciar quem o sistema incorpora/quem o sistema deixa de fora; e o (2) preenchimento de formulário administrativo, exigindo-se atendimento sem o conhecimento efetivo das condições clínicas (p. ex., histórico de atendimento).

O sistema de saúde é parte integrante da dinâmica da sociedade, e como tal também enfrenta os limites do planejamento orçamentário das instituições privadas. Trata-se de um dilema ético que não pode se limitar a uma resposta simplesmente técnica, e que talvez não lhe baste somente a verificação de proporcionalidade da medida. O “temido” efeito avalanche de que os pacientes assaltem as filas dos hospitais exige do Estado mais do que a mera ampliação do alcance normativo da omissão de socorro, demandando medidas de efetiva securitização do tratamento do paciente em estado emergencial.⁽⁸⁾

Preferencial, então, a eleição de critérios mais precisos para uma adequada descrição típica do art. 135-A, cuja interpretação não despreze a dinâmica da alocação de recursos e seus impactos na prioridade nos atendimentos, se esta não for mais uma iniciativa a demonstrar a “presença do simbolismo penal na atualidade”,⁽⁹⁾ acentuando o estado geral de reféns do lobby da saúde e da cartelização de seus órgãos de controle. A conclusão do livro-dossiê de **Lohfert** é que “o paciente (está) cada vez mais fragilizado, o sistema sempre mais poderoso”; isso tampouco seria uma “receita” para o sistema saúde, apenas a afirmação de que o lugar da pessoa do paciente deve ser o epicentro das instituições médico-hospitalares.⁽¹⁰⁾

NOTAS

- (1) LOHFERT, Christoph. *Weil du arm bist, musst du früher sterben: Der ohnmächtige Patient*. München: Piper, 2010.
- (2) Idem, p. 32, 36, 37 e 41.
- (3) PAWLIK, Michael. Das Krankenhaus ist ein gefährlicher Ort. *FAZ*, 25.10.2011. Em nossa realidade, seguimos falando em mistanásia: “Na América Latina, de modo geral, a forma mais comum de mistanásia é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas fases avançadas e terminais de suas enfermidades” (MARTIN, Leonardo. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina et al. (Org.) *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, 1998, p. 175).
- (4) “Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial – Art. 135-A: Exigir cheque caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial; Pena – detenção de 3 meses a 1 ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte”.
- (5) Muito didático, POLAINO-NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. Lima: Grijley, 2009. p. 76; TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *RBCCRIM*, n. 15, p. 125-157, 1996; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 193-218.
- (6) **Perdomo Torres** critica a ideia de **Pawlik**, para quem a solidariedade mínima não é fundamento de deveres, considerando-se que o dever do Estado estaria limitado a garantir das condições de exercício da autonomia. Provável que esta controvérsia sobre a relevância jurídico-penal da causalidade omissiva auxilie uma interpretação mais afeita à realidade brasileira, com base em nossas próprias demandas de solidariedade, já que em **Perdomo** a garantia da solidariedade no Estado é justamente a consolidação das condições de exercício da autonomia, mas sem perder de vista que a “situação social atual reclama algo mais do que a defesa enfática do interesse individual” (PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Dos cuestiones actuales del delito de omisión. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, p. 615, nota 35, 2004 (tradução livre).
- (7) LOHFERT, Christoph. Op. cit., p. 206.
- (8) Uma das hipóteses pensadas em caso de limitação orçamentária do sistema de saúde privado seria a elaboração de um plano fundamental de saúde pública, que cobriria, com base na verificação de circunstâncias objetivas, a insuficiência financeira das instituições privadas em caso de atendimentos a pacientes em estado emergencial. Em sentido semelhante: KOLMAR, Martin. *Ökonomie und Medizinethik: Theoretische Überlegungen*. In: GETHMANN-SIEFERT, Anemarie; THIELE, Felix (Org.) *Ökonomie und Medizinethik*. 2. ed. München: Wilhelm Fink, 2009. p. 89.
- (9) MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 168 e ss.
- (10) LOHFERT, Christian. Op. cit., p. 254-255.

Eduardo Saad-Diniz

Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto.

VULNERABILIDADE RELATIVA, SIM!

Israel Domingos Jorio

Não é novidade que toda pesquisa deve começar com uma pergunta. No nosso caso, temos muitas. A maioria delas, sem resposta. E assim esperamos que permaneçam as coisas, para que a angústia das dúvidas sempre impulsione críticas, reflexões e novas pesquisas. Não raramente, velhas perguntas, aparentemente respondidas, ressurgem inconsolavelmente irresolutas diante do dinamismo do mundo real e da constante mutação dos valores sociais. Quanto a tais perguntas, só há uma certeza: a resposta, que seguramente não será do agrado de todos, jamais será definitiva. São perguntas que incomodam e que, talvez, fosse melhor que não existissem. Quando surgem, porém, não podem ser simplesmente ignoradas ou abafadas. Eis a pergunta de hoje: é possível falar de vulnerabilidade relativa em sede de crimes contra a dignidade sexual?

Para responder a essa inflamável indagação, recorreremos a outra, tão clássica quanto polêmica, embora conte com um discurso “pronto” como resposta politicamente correta. “Qual é a função do Direito Penal?”

Creemos que não haja dúvida de que o Direito Penal pressupõe violência. A violência deflagra o Direito Penal, que responde, paradoxalmente, com outra violência. Uma violência inegável, nem sempre proporcional, que costuma atingir o “criminoso” onde mais dói: vida, liberdade, integridade física e mental. Ao reconhecer que o Direito Penal age por meio da violência, precisamos, com urgência, de uma justificativa para tolerá-lo. Caso contrário, seríamos sádicos. Por que, como seres racionais que não se autoproclamam sádicos (ou masoquistas, na medida em que todos somos alvos em potencial), toleramos o Direito Penal?

Segundo o *discurso oficial*, é porque ele possui uma importante *função* para a sociedade. Ainda segundo esse discurso, a função precípua do Direito Penal é a de *proteger bens jurídicos essenciais*. A proteção dos bens jurídicos essenciais é uma função que parece satisfazer, coincidentemente, a maior parte dos *punitivistas* (merecendo destaque a ressalva do funcionalismo sistêmico de Jakobs) e dos *minimalistas* (geralmente, criteriosos quanto à delimitação da área de incidência do Direito Penal aos casos de inegável *necessidade*). Por agradar à maioria, é bom que a estabeleçamos como premissa para a reflexão inicialmente proposta.

Em síntese, estabelecemos que: (a) o Direito Penal pressupõe violência; (b) o ser humano racional e não sádico, se reconhece a violência e a enxerga como gratuita, tende

a repudiá-la; (c) a tolerância do Direito Penal pelo ser humano racional e não sádico somente se justifica porque ele desempenha uma importante e aparentemente insubstituível função (é o que afasta a gratuidade); (d) a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais. Conclusão: enquanto o Direito Penal desempenhar a função de proteger os bens jurídicos essenciais, ele, apesar de pressupor violência, poderá ter sua aceitação justificada pelo ser humano racional e não sádico.

Se o leitor concorda com as premissas, possivelmente concordará com a conclusão. E se concordar com a conclusão, possivelmente terá que dar seu braço a torcer para reconhecer que, *se defender o uso do Direito Penal fora das hipóteses em que seja estritamente necessário para a proteção de bens jurídicos essenciais, acabará por ser considerado desumano, irracional ou sádico*.

É diante dessa constatação que retomamos a discussão acerca da *vulnerabilidade relativa* em sede de crimes contra a dignidade sexual.

O incauto legislador brasileiro, por meio da festejada, porém atécnica, Lei 12.015/2009, tentou sufocar arbitrariamente a discussão concernente aos parâmetros etários fixados para delimitar a configuração do estupro com violência presumida. Bom lembrar que o Código Penal previa em seu art. 224, *a*, “que a violência deveria ser presumida nos casos de conjunção carnal ou outros atos libidinosos praticados com vítimas menores de 14 anos, o que levaria à configuração, conforme o contato sexual averiguado, dos crimes de estupro ou de atentado violento ao pudor (ou até de ambos).

O motivo dessa presunção de violência nunca foi segredo: partia-se da premissa de que pessoas menores de 14 anos, por imaturidade, por inexperiência sexual e até mesmo por insuficiente desenvolvimento físico e mental, não poderiam consentir para a prática de atos sexuais. Seu consentimento, ainda que expresso e comprovado, deveria ser considerado inválido, independentemente das condições pessoais da vítima e das particularidades do caso concreto.

Embora a previsão legal fosse absolutamente clara e taxativa, começaram a surgir opiniões – na maioria das vezes, construídas a partir de casos concretos e de situações do mundo fático – no sentido de que a norma,

que talvez se justificasse em 1940, não mais condizia com a realidade vivenciada no final do século XX. Começou a ficar cada vez mais claro que, no Brasil real e contemporâneo,

não eram todas as pessoas menores de 14 anos que definitivamente não possuíam condições de decidir validamente. Adolescentes de 12 ou 13 anos apresentavam formação corporal de proporções adultas. Dispunham de fartura de informações e conhecimentos relativos à sexualidade. Contavam, frequentemente, com experiência sexual prática. Não se adequavam ao perfil de joguetes inconscientes manipulados por estupradores e pervertidos que tirariam pro-

veito, justamente, de sua suposta imaturidade ou inexperiência. Enfim, a realidade social apontava para uma profunda modificação do comportamento e dos valores sexuais, afigurando-se artificial e ilusória a arcaica regra de 1940. A *relativização da presunção de violência* nada mais era do que a consulta às particularidades do caso concreto para a aferição de validade ou invalidade do consentimento da vítima.

É óbvio que essa relativização deveria ter limites. Afinal, seria inadmissível conferir validade ao consentimento de crianças de 8 anos, por exemplo. A experiência prática, associada a pesquisas sobre a sexualidade entre os jovens, apontava para a regra da validade do consentimento a partir dos 12 anos, pela conjugação dos fatores de desenvolvimento físico e emocional. A conceituação operada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (que classificou aquela como a pessoa de até 12 anos incompletos, e este como o indivíduo que tem de 12 anos exatos até os 18 anos)⁽¹⁾ prestou-se a conferir a necessária segurança para a definição de um parâmetro mais objetivo. A presunção de violência, para crianças, seria absoluta, configurando-se o crime sexual independentemente das peculiaridades do caso concreto. Para os adolescentes, dos 12 aos 14 anos (limite para a incidência da presunção), deveriam ser observadas as características concretas da vítima, revelando-se viável a exclusão do crime se constatada a aptidão para o consentimento.

A flexibilização não agradou a todos, é claro. Sempre há os que preferem agarrar-se à segurança e à estabilidade das regras rígidas e estáticas, não importando o quanto elas estejam desatualizadas ou sejam injustas. Mas

**Punir uma
conduta materialmente
atípica é admitir o
uso do Direito Penal
desvinculado
da sua função
legitimadora.
Se não há lesão efetiva
a um bem jurídico, o
uso do Direito Penal
não é mais que
violência gratuita.**

não seria esse apego à letra da lei um perigo (ou até mesmo covarde) *fechar de olhos?* Afinal, pode o mundo jurídico apartar-se, por completo, do mundo real?

O Poder Legislativo, no ano de 2009, deu-nos sua opinião. Não importa se *há casos e casos*. Não importa se a prática desmente a teoria. Se a ficção suplanta a realidade. Sexo com pessoas menores de 14 anos, independentemente dos atributos pessoais dos envolvidos e das relações afetivas que porventura existam, é inexoravelmente criminoso. Nesse contexto, se um jovem de 18 anos namorar com uma adolescente de 13 cometerá crime hediondo (*se matá-la*, não necessariamente). O pior é que a atitude foi desleal. Aparentemente, por não se falar mais em “presunção de violência”, não haveria mais o que se relativizar.

No plano do Legislativo, a motivação para a fixação do critério etário absoluto é bem clara: a criação de um *inimigo* – “o pedófilo” – e de um *Direito Penal do Inimigo*, para combatê-lo. O terrorismo da *pedofilia* (expressão demonizada e jamais explicada ou classificada como o que ela realmente é – uma doença mental oficialmente catalogada pela Organização Mundial de Saúde) e a assunção do posto de guardião das pobres e indefesas crianças e suas famílias são formidáveis catalisadores de votos.

Na esfera da aplicação do Direito, dois são os grupos de resistência. Há quem se recuse a reconhecer a escancarada diferença entre os adolescentes da década de 1940 e os atuais. Sob um olhar paternalista, são todos “crianças” inocentes e inconsequen-

tes, merecedoras de uma tutela irrestrita pelo Estado. E mais: quando se enxerga a diferença, a tendência é a de reprová-la e, com esteio em valores estritamente religiosos e morais (como sempre, pessoais e indiscutíveis), bradar que “a mudança foi para pior” – o que, por si só, já reclamaria a intervenção estatal. Os partidários desse pensamento, talvez até pela sua inclinação religiosa e moralista, seguramente creem em um suposto poder mágico do Direito de breçar as mudanças sociais a partir da força normativa de pedaços de papel escritos. Sua decepção não será pequena. O Direito é uma construção artificial, uma convenção posta a serviço da sociedade, não o contrário. O mundo é dinâmico e muda por si. Queira o Direito ou não. Permita a lei ou não. Mas esse grupo tende a desaparecer. Se não for pela mudança das convicções, será em virtude do perecimento da geração conservadora e iludida e sua substituição pela geração que vivencia, hoje, a modificação do comportamento sexual.

Mais grave, porém, é a situação dos que reconhecem a artificialidade da presunção absoluta de vulnerabilidade à luz do plano real, mas, subservientes à taxatividade do texto legal, endossam-na como fruto da vontade irrecusável do legislador ou da “irrevogabilidade da lei pelo costume”. A postura é injustificável no presente quadro constitucional, pois o operador do Direito dispõe de uma série de recursos para fazer a *necessária* adequação das normas infraconstitucionais aos paradigmas da Constituição.

No caso sob exame, aplica-se com justeza

o *Princípio da Lesividade* (ou *Ofensividade*), segundo o qual nenhum comportamento deve ser considerado como crime se não ofender concretamente um bem jurídico essencial. Quando se relativiza a vulnerabilidade, o que se está a fazer é reconhecer que o consentimento, naquele particular caso, é válido. É irrelevante a supressão da “presunção de violência”, pois a *ratio essendi* da “presunção de vulnerabilidade” é exatamente a mesma. Se há consentimento, e se ele é válido, desfaz-se por completo a noção de ofensa à dignidade sexual. Passamos a tratar de uma conduta *formalmente típica* (prevista no art. 217-A do CP), mas *materialmente atípica* (isto é, que não traduz ofensa real ao bem jurídico tutelado). Punir uma conduta materialmente atípica é admitir o uso do Direito Penal desvinculado da sua função legitimadora. Se não há lesão efetiva a um bem jurídico, o uso do Direito Penal não é mais que violência gratuita.

E então, qual será a justificativa para a *violência gratuita*? Desumanidade, irracionalidade ou sadismo?

NOTAS

- (1) Por uma falha incompreensível, o art. 2.º do ECA não faz a necessária referência aos “18 anos incompletos”.

Israel Domingos Jorio

Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do ES e da FDV (Faculdade de Direito de Vitória – ES).
Advogado.

O STJ E A POLÊMICA EM TORNO DO VALOR DO CONSENTIMENTO DO MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DE ESTUPRO

Gisele Mendes de Carvalho e Edmar José Chagas

Em recente e conturbada decisão, a Terceira Seção do STJ inocentou da prática do crime de estupro (praticado antes da Lei 12.105/2009) réu acusado de ter violentado três menores submetidas à prostituição, todas com 12 anos. Tanto o juiz que analisou o processo quanto o tribunal local já o haviam absolvido com o argumento de que as menores “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. A decisão do STJ, porém, gerou repúdio de várias organizações de defesa dos direitos humanos, inclusive da Organização das Nações Unidas (ONU) e da própria Secretaria Especial da Presidência da República, o que imediatamente motivou o presidente do Tribunal, Min. Ari Pargendler, a afirmar que a decisão poderá ser revista.

Não é difícil constatar que a polêmica a respeito do pronunciamento do Tribunal tem

sua razão de ser na absoluta falta de consenso existente a respeito do alcance do consentimento dos menores de 14 anos no crime de estupro, falta de consenso esta que em nada mudou após a edição da Lei 12.015/2009. Como bem se sabe, entre as principais alterações introduzidas pela referida Lei no Código Penal, está a inserção no mesmo de um Capítulo dedicado aos crimes sexuais contra os vulneráveis (Capítulo II do Título VI), pelo qual acabou o legislador com a antiga presunção de violência,⁽¹⁾ que constava do revogado art. 224 do CP. Pois bem, com respeito a essa classe de comportamentos, e independentemente da discussão sobre a eficácia da adoção de uma política criminal repressiva como meio de combate à pedofilia, não resta dúvida de que o legislador encontra o fundamento da punibilidade dessas condutas na tutela da

integridade sexual do menor, entendendo que o mesmo não é capaz de compreender com exatidão a transcendência dos atos praticados, pois seu desenvolvimento psicofísico poderia resultar altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que essas práticas fossem intermediadas pelo seu consentimento.

Entre a vetusta previsão da “presunção de violência” e o atual conceito de “vulnerável”, porém, constata-se que pouca coisa mudou, pois a atual regulação fez ressurgir nos tribunais a discussão acerca da presunção absoluta ou relativa do dissenso do vulnerável, o que, em outras palavras, desemboca, rigorosamente, na problemática da validade e alcance do instituto do consentimento do ofendido. O conceito de vulnerável não se encontra em absoluto delimitado com exatidão, e mesmo após mais

de dois anos de aplicação do Código Penal reformado pela Lei 12.015/2009, o termo permanece equívoco e dá lugar a dúvidas que desafiam o aplicador do Direito e colocam em risco o fundamental princípio da legalidade penal. Resta ao intérprete do Direito esclarecer por que se nega validade ao consentimento do titular do bem jurídico protegido nos crimes contra a dignidade sexual quando é a própria vítima quem dele dispõe, por estar a mesma em condições de “vulnerabilidade”, e se esta “vulnerabilidade” pode ser interpretada de modo absoluto ou meramente relativo, tendo em vista a evolução sociocultural que deve acompanhar a interpretação e aplicação dos tipos penais.

Analisando-se os dispositivos penais inseridos pela Lei 12.015/2009, observa-se que houve uma inversão do desvalor da conduta relativamente aos crimes sexuais, pois atualmente é atípica a conduta de manter conjunção carnal com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 anos e menor de 18 anos, assim como praticar qualquer ato libidinoso com pessoa nessa mesma idade, desde que o ato seja consentido por ela e a mesma tenha discernimento para compreender a transcendência do ato sexual. Criou-se, porém, um novo tipo penal para incriminar o comportamento de quem pratica com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 e menor de 18 anos cópula vagínica ou qualquer ato sexual, estando o mesmo submetido à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B, § 2.º, I), respondendo o autor pelas mesmas penas do explorador (quatro a dez anos de reclusão). Sendo a(o) prostituta(o) menor de 14 anos, responderá o autor pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A).

Conclui-se, portanto, que o legislador conferiu liberdade à prática sexual de pessoas maiores de 14 anos e menores de 18 anos, valorizando a dignidade sexual do adolescente e fazendo diminuir o paternalismo antes existente mediante a incriminação de condutas como “sedução” e “corrupção de menores”, punindo-se rigorosamente, porém, quem com elas pratique qualquer ato libidinoso se as mesmas estiverem vivendo em condições de exploração sexual, já que em tais casos o consentimento da(o) prostituta(o) perde qualquer valor, pois a vítima menor de 18 anos submetida à prostituição ou outra forma de exploração sexual identifica-se com o vulnerável exatamente porque é explorada por terceiro, e não tem condições de expressar voluntariamente seu consentimento com respeito ao ato sexual (art. 218-B do CP).

No que diz respeito ao menor de 14 anos, contudo, a situação se manteve bastante parecida com a anterior à entrada em vigor da Lei 12.015/2009. Com a criação do tipo de “estupro de vulnerável” (art. 217-A),

passou-se a presumir a vulnerabilidade dos indivíduos abaixo dessa idade (*caput*), bem como de qualquer pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (§ 1.º).

Na prática, o certo é que não existe um entendimento pacífico na jurisprudência sobre ser absoluta ou relativa a vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade. Os tribunais permanecem em patente dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 217-A em relação aos menores de 14 anos, sem uma orientação pacífica a respeito de se a vulnerabilidade dos mesmos há de presumir-se em qualquer caso ou se, nos mesmos moldes do que ocorreu com a antiga “presunção de violência”, deveria a mesma admitir exceções. A doutrina também diverge a respeito, sendo, porém, majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor, afastando-se assim o paternalismo estatal que protegeria a dignidade sexual dos menores de 14 anos mesmo contra a sua vontade.⁽²⁾

Compartilha-se, aqui, o entendimento de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos (e maiores de 12, excluindo-se as crianças), assim como ocorria com a “presunção de violência” do famigerado art. 224, deve ser relativa, e não absoluta, em virtude de uma transformação nos costumes que se impõe pela própria evolução dos tempos. A exclusão da tipicidade, nesse caso, poderia ser alcançada a partir de uma interpretação restritiva do tipo penal do art. 217-A, já que nem tudo o que diz o legislador pode ser interpretado de forma literal. Deve-se atribuir, portanto, um maior conteúdo axiológico à expressão contida no *caput* do art. 217-A do CP, já que nem todo menor de 14 anos deverá ser considerado necessariamente “vulnerável” em matéria de sexo. Essa interpretação restritiva já tem lugar no que diz respeito ao enfermo mental do § 1.º do mesmo artigo, pois seria intolerável imaginar que todo aquele que mantém relações sexuais com pessoas nessas condições respondesse por estupro. Isso porque o Direito é uma ciência cultural,⁽³⁾ em constante e necessária evolução, e não poderia o mesmo permanecer estagnado diante das transformações sociais, mormente quando da interpretação de um termo depende a

liberdade de um indivíduo e a aplicação ao mesmo de uma pena que varia de oito a quinze anos de reclusão, além da condenação como “estuprador”.

Deve-se atribuir, portanto, um maior conteúdo axiológico à expressão contida no caput do art. 217-A do CP, já que nem todo menor de 14 anos deverá ser considerado necessariamente “vulnerável” em matéria de sexo.

O equívoco da decisão do STJ, porém, e independentemente de a legislação a ser aplicada, reside precisamente no fato de o Tribunal ignorar o fato de que, estando submetidas à prostituição, as menores de 14 anos, embora com experiência sexual, não teriam liberdade de decisão a respeito do ato libidinoso praticado com o réu, o que desde logo motivaria a proteção de sua dignidade sexual, sem qualquer vestígio de paternalismo nesses casos. Destarte, o valor do consentimento do menor de 14 anos ficaria total

mente afastado sempre que se comprovasse que o menor sofreu algum tipo de coação, violência, grave ameaça ou fraude para aceitar praticar o ato libidinoso, o que certamente impossibilitaria a absolvição de réu que mantém relação sexual com vítimas submetidas à prostituição ou exploração sexual, devendo o mesmo responder pelos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A) ou pela coautoria da própria exploração, nos moldes do art. 218-B, § 2.º, I, do CP.

NOTAS

- (1) A necessidade de se acabar com a presunção de violência já era sentida pela doutrina muito antes da reforma de 2009; vide, a esse respeito, as críticas de: LUISI, L. Dos delitos contra a dignidade sexual no Projeto de Parte Especial do Código Penal brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*, n. 2, p. 230-231, Maringá, 1998.
- (2) Sob a égide da nova Lei, vide, entre outros: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 102; ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59-62; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103; FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91 e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim do IBCCrim*, n. 202, p. 89, set. 2009.
- (3) Vide REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 699 e ss.

Gisele Mendes de Carvalho

Doutora e Pós-doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha.
 Professora adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

Edmar José Chagas

Mestrando em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (Cesumar).
 Advogado.

CIRCUITOS PERVERSOS II: OS EFEITOS CRIMINÓGENOS DA MÍDIA EXPLORADORA DA VIOLÊNCIA COMO ESPETÁCULO⁽¹⁾

Domingos Barroso da Costa

“E sem dúvida o nosso tempo... prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a representação à realidade, a aparência ao ser... Ele considera que a ilusão é sagrada, e a verdade é profana. E mais: a seus olhos o sagrado aumenta à medida que a verdade decresce e a ilusão cresce, a tal ponto que, para ele, o cúmulo da ilusão fica sendo o cúmulo do sagrado.” – FEUERBACH.⁽²⁾

Após tratar de uma forma abrangente sobre os resultados nefastos de uma imprensa e, logo, de uma mídia à qual não são impostos quaisquer limites éticos ou legais, pretende-se agora desenvolver a abordagem de um efeito específico desse fenômeno, qual seja, a (re)produção, no plano real, de comportamentos violentos e criminosos exibidos em forma de espetáculo pelos meios de comunicação.

De algumas décadas até os dias de hoje, especialmente nos grandes centros urbanos, é notório que os encontros sociais que se faziam face a face, nos quais o reconhecimento pelo outro consolidava identidades, progressivamente vai sendo substituído pelas formas de comunicação indiretas, por meios cada vez mais impessoais, *virtuais*. Com isso, a realidade que se instituíra daquele encontro promovido em presença, face a face, segue transmigrando para um espaço que antes era próprio do imaginário, do espetáculo, em que o possível da vida real transcendia ao impossível da fantasia, fertilizando, idealmente, a aridez das histórias pessoais – e interpessoais – construídas nos limites de todo tipo de interditos.⁽³⁾

Ou seja, vivencia-se – e assiste-se, da posição do espectador – a um processo em que, como em uma manobra ilusionista, o possível da realidade se converte no impossível da fantasia, no qual, por uma complexa interação de fatores subjetivos e sociais,⁽⁴⁾ a liberdade antes restrita, porque compartilhada em realidade, deixa de sê-lo, uma vez que não compartilhada na virtualidade difusa em que ora se instituem (pseudo) relações. A falaciosamente difundida possibilidade de acesso ao impossível da fantasia faz com que se perca o interesse no real quotidiano, que se torna irreal diante dos profundos investimentos subjetivos e sociais que se fazem no extraordinário, naquilo que pode ser espetacular se comparado à aridez de um dia a dia rotineiro.

Nesse contexto, os *encontros* tornam-se superficiais – e, portanto, *supérfluos* – no imediato das imagens que logo perdem o privilégio de sua *extraordinariedade*, diante

das infinitas possibilidades que podem surgir na virtualidade de um mundo em que não há limites para a realização de desejos ou impulsos, porque livre da alteridade imediata e, assim, livre da lei.

Nada melhor para aqueles que, desregadamente, lucram com a exploração do espetacular e do consumo de suas imagens, que vendem a ilusão de que o existir humano não se constitui a partir de uma liberdade política, mas de uma *“liberdade antropológica, na qual o homem não está mais à mercê da norma social: a lei”*.⁽⁵⁾

Embora há muito esse fenômeno seja debatido por intelectuais da envergadura de **Hannah Arendt**⁽⁶⁾ e **Guy Debord**.⁽⁷⁾ entre tantos outros, difícil dizer exatamente quando o espetáculo deixou de ocupar o espaço da fantasia para tentar se impor como realidade. Noutros termos, sendo causa e efeito de um processo de profundas transformações sociais e subjetivas, não há como precisar o exato momento em que *a arte deixou de imitar a vida e a vida começou a imitar a arte*.

Porém, é desde esse ponto, que coincide com o declínio da tradição e de seus cânones de autoridade, que se tornou segura a afirmativa de que os processos de construção da identidade, antes outorgada por padrões coerentes de modos de ser e agir perante o outro, num contexto de liberdades coexistentes, passou a tomar como referência os modelos cambiantes e espetaculares apresentados pelas imagens mediatizadas.

Nessa dinâmica, o mundo das aparências segue tomando ares de realidade, concretizando-se, em sua literalidade, a conhecida máxima de Berkeley, segundo a qual *“ser é ser percebido”*. Tomando-se por referência a visibilidade, difunde-se o entendimento de que *“o que aparece é bom, o que é bom aparece”*,⁽⁸⁾ em confirmação ao diagnóstico de **Debord** de que *“o espetáculo constitui o modelo atual da vida dominante na sociedade”*.⁽⁹⁾

E, se assim é – se para existir é imprescindível ser visto e se para ser visto é necessário integrar o espetáculo –, considerando-se que talvez a maior parte do conteúdo exibido na mídia, especialmente quando se trata de TV aberta, está relacionada à criminalidade e

violências de todo tipo – da pauta jornalística, às temáticas de filmes e novelas, passando pelos programas de variedades –, só se pode esperar que esses sejam os modelos confor-

matadores das identidades de muitos dos que têm acesso a tais mensagens, sem o indispensável senso crítico para questionar o motivo de sua desenfreada exibição. E, pelo menos para os meios de comunicação de massas, é interessante que seja assim, porque uma mínima postura crítica de seus consumidores ávidos por pensamentos prontos poria a descoberto a *“mentalidade-índice-de-audiência”*,⁽¹⁰⁾ que se movimenta na busca sôfrega pelo sensacional, pelo bizarro, enfim pelo espetacular, que é o que interessa na busca pelo sucesso comercial de seus empreendimentos, na medida em que garante a manutenção do interesse de seus *clientes* consumidores.

Não é por acaso, portanto, que, em meio a um contexto de canonização imagética da drogadição, criminalidade e todas as formas de violência, tais comportamentos se expandem, protagonizados, em grande parte, por indivíduos-espectadores cada vez mais jovens, justamente os mais influenciados pelo processo de identificação ilusionista oferecido pelos *mass media*. O desvio, em sua *extraordinariedade*, atrai como espetáculo, garantindo a visibilidade e, logo, a existência que se confirma por meio das manchetes jornalísticas, televisivas, radiofônicas ou impressas. Assim, o comportamento desviante instiga personalidades narcisistas e se apresenta como solução para a invisibilidade social, na medida em que é capaz de conferir o adjetivo de *celebridade* a seu protagonista, que tem, nessa condição, um passaporte de pertencimento à *sociedade do espetáculo*.

Porém, sob o salvo-conduto da liberdade (libertinagem?) de imprensa, que procura se legitimar a partir de um *dennuncismo* vazio e de uma suposta liberdade de escolha do espectador, que não pode ser tomado como receptor passivo da informação (mercadoria lucrativa), o comércio imagético do espetacular serve – como qualquer centro de poder – à conservação de um *status quo*, que se nutre de um mecanismo fomentador do consumo

Assim, o comportamento desviante instiga personalidades narcisistas e se apresenta como solução para a invisibilidade social, na medida em que é capaz de conferir o adjetivo de *celebridade* a seu protagonista, que tem, nessa condição, um passaporte de pertencimento à *sociedade do espetáculo*.

que se resume em uma relação dinâmica de inclusão cultural e exclusão social.⁽¹¹⁾

De forma simples: pensando se incluir culturalmente mediante o que as imagens celebram – e tornam célebres –, a grande maioria dos que optam por alguma forma de desvio para se tornarem protagonistas do espetáculo, e, dessa forma, obter uma identidade, termina por confirmar sua exclusão social.

Basta alguma experiência com o cotidiano de aplicação do Direito Penal e com a realidade carcerária brasileira para se comprovar o que se vem afirmando.

É notório que a maioria dos submetidos a persecuções penais e que a quase totalidade dos indivíduos que compõem a população carcerária são oriundos dos extratos social e economicamente menos favorecidos deste país. Não é raro ainda que, longe da presença das autoridades a que estão diretamente submetidos, demonstrem orgulho de sua condição de *bandidos* e, às vezes, até mesmo de sua condição de presos. Tudo isso se desvela pelas gírias, pelos lugares preferenciais em celas, pelos trejeitos e por tantos outros símbolos com que fazem questão de informar a que meio pertencem e o *status* que nele ocupam.

A condição de delinquentes e a *autoridade* que esse signo lhes confere pelo medo que provoca os tornam *especiais*, distintos dos demais no restrito e marginalizado contexto social do qual procedem e, pelo valor que a mídia confere aos comportamentos de que se valem para assegurar tal distinção, pensam que, por meio deles, podem alcançar uma identidade mais amplamente reconhecida pela sociedade. Afinal, lhe propiciam um de seus espetáculos favoritos, que envolve violência, crime e degradação.

Caem, assim, no embuste da liberdade sem limites para tê-la quase totalmente limitada. No final das contas, longe de serem desviantes, tais indivíduos-espectadores servem ao sistema, ao qual conferem o mais legítimo direito de mantê-los, e a toda miséria social que representam, sob o mais amplo e radical controle, debaixo de olhos atentos enquanto atores fracassados de um espetáculo cotidiano perversamente explorado pela mídia, a partir do qual se logra desviar os interesses para longe daquilo que realmente importa: da grande corrupção, das omissões do Estado e de tantas outras questões cuja solução dependeria da garantia a todos, indistintamente, não de espetáculos, mas das condições de alcançar e exercer ativamente uma liberdade política – e não antropológica, à qual se refere Morin em citação anteriormente transcrita.

Sobre tão perverso fenômeno, citando Foucault, afirma **Paulo Queiroz**:⁽¹²⁾

“Michel Foucault tem uma explicação originalíssima para isso. Para ele, a função real (oculta) da pena, ao contrário do que pregam os juristas, não é propriamente combater a criminalidade, mas produzi-la. Por isso que, ao aparentemente fracassar, escreve Foucault, ‘a prisão não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável’, porque ‘ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irreduzível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar”.

Verifica-se, pelo exposto, a razão da urgência de medidas, decisões e posturas que coíbam a exibição-exploração desregrada de fenômenos que envolvam violência e criminalidade. Na verdade, a limitação a esses abusos nada mais seria do que uma medida de combate à própria violência e criminalidade, mas, especialmente, a um processo perverso de alienação e controle da miséria.

NOTAS

- (1) Artigo escrito em continuação ao texto Circuitos perversos: alguns apontamentos sobre os efeitos nefastos da libertinagem de imprensa, publicado no Boletim nº 234 de maio de 2012.
- (2) In: DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.
- (3) Essa, por muito tempo, a função das artes, do teatro grego, da literatura, do cinema, da música etc.
- (4) COSTA, Domingos Barroso da. *A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- (5) MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX: espírito do tempo 1: neurose*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 105.
- (6) Dessa autora, vide: *A condição humana* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010) e *Entre o passado e o futuro* (São Paulo: Perspectiva, 2009).
- (7) Op. et loc. cit.
- (8) DEBORD, Guy. Op. cit., p. 16-17.
- (9) Idem, p. 14.
- (10) BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 37.
- (11) YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- (12) QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.357.

Domingos Barroso da Costa

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.
Especialista em Criminologia e Direito Público.
Defensor Público no Rio Grande do Sul.

REFLEXÕES SOBRE O “HATE SPEECH” (DISCURSO DE ÓDIO)

Milena Gordon Baker

1. Hate Speech (“Discurso de Ódio”): noções gerais

O “*Hate speech*” (“Discurso de Ódio”) pode ser definido como manifestações e representações negativas, pejorativas, cuja intenção seja a promoção do ódio e a propagação de ataques virulentos a negros, muçulmanos, judeus, homossexuais, entre outros. Como bem observa **Anthony Lewis**, trata-se de “ódio” puro, não baseado em algum erro praticado pelo indivíduo.⁽¹⁾ O discurso de ódio é também chamado de “propaganda de ódio”.

Essas mensagens odiosas se concretizam das mais variadas formas: filmes, livros, cartazes, propagandas, sempre com a característica de oferecer uma representação negativa, pejorativa de um determinado grupo.

A repulsa ao discurso de ódio se intensificou após a Segunda Grande Guerra, como uma preocupação em relação ao passado, caracterizado pela propaganda racista e pelo Holocausto. Buscou-se, então, uma delimitação da liberdade de expressão, entendida como direito individual que está limitado pelos demais valores humanos.

Os padrões internacionais para o exercício e para a limitação da liberdade de expressão foram estabelecidos pelos arts. 19 e 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, e pelo art. 4.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial na Europa. Esses documentos internacionais regulamentam a liberdade de expressão, além

de vedarem o discurso de ódio.

Nas palavras esclarecedoras de **Zaffaroni**, os discursos de ódio se estruturam de maneira simples e eficaz. Como nos ensina o magistrado e professor argentino: *“Esta estructura se apoya en dos vigas o elementos dogmáticos presupuestos: a) la jerarquización biológica y b) la cosmovisión conspirativa. A su vez, toda la construcción se envuelve con un manto de humanitarismo notoriamente hipócrita”.*⁽²⁾

O citado autor alerta, ainda, que estes discursos não mudam, e continuam com a mesma estrutura em todos os momentos históricos. Como exemplo, ele cita o Livro *Protocolo dos sábios de Sião*.⁽³⁾

As mensagens negativas, com os referidos discursos, espalham-se pela literatura, pela

música e pelos filmes. O problema é que eles acabam sendo aceitos pela sociedade, tornando-se latentes na percepção cultural. O prejuízo acarretado com a criação de “estereótipos” nos discursos é a desumanização do ser humano, a minoria atacada.

De acordo com **Mari Matsuda**, ativista da linha “revisonista” e professora de Direito da Universidade da Califórnia, o problema central do preconceito é que ele se torna inconsciente: “*essas ideias são tão bem plantadas e repetidamente apresentadas que, fica difícil a sua não interiorização*”.⁽⁴⁾

Como exemplo, a autora relata uma experiência pessoal. Apesar de ser uma ativista fervorosa da regulamentação do discurso de ódio, de tanto ouvir e receber mensagens negativas sobre indianos, diz que, ao se deparar com uma indiana, em vez de pensar na beleza de seu sári, recordou-se das mensagens horríveis que havia escutado minutos antes. Somente após uma forte reflexão, afastando-se daquelas mensagens, embutidas em sua mente, pôde continuar com impressões positivas em relação à mulher indiana. **Mari Matsuda** esclarece que aquela propaganda havia causado um dano de “retrocesso” em relação seus sentimentos.⁽⁵⁾

A História nos ensina que o movimento ideológico racista funciona como uma legitimação da degradação de determinados grupos vulneráveis e, ao longo do tempo, instrumentaliza perversidades, como, por exemplo, o genocídio. Desta maneira, **Alexander Tsesis** lembra que esperar para combater o discurso de ódio até que aconteça algo é, sem sombra de dúvida, ignorar as lições empíricas da História.⁽⁶⁾

2. Consequências nefastas do discurso de ódio: desapoderamento das minorias e danos

Um dos aspectos mais nefastos em relação aos discursos de ódio é a questão dos efeitos psicológicos causados nos grupos vulneráveis atacados.

As discussões sobre formas de repúdio ao discurso de ódio são abstratas. Porém, as consequências e os danos são reais e imediatos.

De acordo com uma pesquisa realizada por psicólogos americanos, os grupos sujeitos a mensagens de ódio, por mais que tentem resistir, acabam por interiorizar a mensagem em seus inconscientes e por incorporar um sentimento de baixa autoestima.

As vítimas apresentam problemas mentais e de saúde. Essas minorias sentem-se privadas de sua liberdade, impotentes para evitar o confronto. Os problemas práticos por elas enfrentados são variados. Entre outros, podemos citar: criação de barreiras no mercado profissional, como a dificuldade para encontrar um emprego ou sua desistência; abandono da faculdade; constrangimento a visitar determi-

nados locais; negação de empréstimos.

Em síntese, podemos dizer que a consequência do discurso de ódio causa o “desapoderamento” das minorias. Apesar da existência de políticas afirmativas para estes grupos, os danos causados são evidentes.

3. O “efeito silenciador do discurso de ódio”

Ainda a respeito das consequências do discurso de ódio, destaca-se, de forma pontual, o dito “efeito silenciador”.

A este respeito, **Owen Fiss** não enxerga o “*hate speech*” como uma ameaça de persuasão que poderia causar uma nova forma de “ditadura” ou governo extremista.

Em seu livro *The Irony of the Free Speech*, o autor alega que o problema do “*hate speech*” é ter o efeito destrutivo da autoestima da vítima, tornando-a impotente e impossibilitando um confronto ou debate equilibrado com o opositor.

As vítimas, na maioria das vezes, tornam-se “diminuídas” e enfraquecidas, diante de ataques hostis, e não possuem a devida articulação para o debate ou o confronto.

Conforme salienta **Owen Fiss**, “*sometimes we must lower the voices of some in order to hear the voices of others*”.⁽⁷⁾

Para a solução do “efeito silenciador” do discurso de ódio, que potencializa suas consequências, **Owen Fiss** propõe uma intervenção do Estado para um debate equilibrado e diz que neste sentido o Estado é um “aliado” da minoria atacada.⁽⁸⁾

4. A mundialização do discurso de ódio: desafios

O discurso de ódio é proibido no Brasil, de acordo com art. 20, § 2.º, da Lei 7.716, de 05.01.1980 (Lei de Discriminação Racial).

O STF já enfrentou o tema no HC82.424/RS, no qual proferiu uma lição de empatia e humanismo, ao reconhecer a existência de limites morais e jurídicos ao exercício da liberdade de expressão, que não pode ser vista como absoluta: “*o direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal*” (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, m.v., DJ 19.03.2004).

Na atualidade, sabemos que mesmo depois da decisão da mais alta Corte brasileira, existem debates sobre a proteção constitucional de livros racistas como forma de liberdade de pensamento e, ainda assim, vários livros desta espécie continuam sendo vendidos.

Outro grande desafio para o combate ao ódio é a nova forma de sua propagação, a

Internet. Trata-se de um meio rápido e barato para difusão de ideias, para incitamento à hostilidade e para elaboração de campanhas fervorosas de intolerância. Existem centenas de *sites* e de *blogs* com discursos de ódio.⁽⁹⁾

Muitos dos *sites* e dos *blogs* são hospedados fora do Brasil, com vistas a se escapar de uma eventual perseguição e condenação. Isto porque o procedimento para identificação do agente criminoso é complexo e exige tempo, além de requerer a cooperação internacional de companhias provedoras de serviço de Internet.

5. Reflexão para conscientização da empatia

Daquilo que se acabou de expor sobre as terríveis consequências do “*hate speech*”, vale lembrar a lúcida reflexão de **Charles R. Lawrence III** sobre o tema.

O autor questiona, com ironia, a razão de uma mesma minoria carregar o fardo da manutenção da tolerância na sociedade. Por que o sacrifício de apenas um grupo? O citado ativista americano esclarece o seu inconformismo: “*Derrick Bell has noted that often in our constitutional history the rights of Blacks have been sacrificed because sacrifice was believed necessary to preserve the greater interests of the whole. It is not just the actual sacrifice that is racist but also the way 'whole with the greater interests' gets defined*”.⁽¹⁰⁾

Será que não devemos todos aguçar nossa empatia? O vocábulo empatia é definido pelo *Dicionário Aurélio* como: “*tendência para sentir o que sentiria caso estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por outras*”.

Muitas vezes o julgador decide a favor da liberdade de expressão, por razões variadas. Pode assim decidir por não fazer parte daquela comunidade atacada, ou por não ter oportunidade de maiores esclarecimentos históricos sobre a perseguição e sofrimento de determinado povo.

Adotando uma postura de repúdio ao “*hate speech*”, **Lawrence** ressalta que existe uma negligência na criação de alianças entre as vítimas destas manifestações ofensivas, o que contribui para a continuidade de ideologias racistas na nossa comunidade e para nós mesmos.⁽¹¹⁾

Dessarte, é preciso encontrar formas de engajamento para resistência em relação às ideias racistas que são protegidas sob o manto da liberdade de expressão. Se fracassarmos nessa missão, as vítimas do “*hate speech*” persistirão. A comunidade jurídica pode criar exceções e estreitar os limites do exercício da liberdade

de expressão, em prol de outras liberdades públicas igualmente relevantes.

NOTAS

- (1) LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos* – Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 193.
- (2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso racista: eficacia de su estructura. *Eguzkilore*, San Sebastián, n. extraordinario 11, p. 260-261, dez. 1997.
- (3) "A obra apócrifa Os protocolos dos sábios de Sião pode ser considerada como uma das principais matrizes do pensamento anti-semita no Brasil contemporâneo. Nos dias de hoje, esta obra – apesar de ser uma das maiores falsificações do século XX – ainda cumpre com um dos seus objetivos: o de criar dúvidas sobre a comunidade judaica onde quer que ela exista. Cada vez que uma nova edição "pirata" surge, a intranquilidade toma conta dos ânimos alterando o raciocínio lógico. Essa obra é, e será – daí a força do mito – um permanente veneno. Cabe à sociedade buscar o antídoto adequado de forma a combater o sentimento anti-semita que emana

- principalmente da extrema-direita, verdadeiro viveiro de cobras. Se para os historiadores os Protocolos são fonte testemunhal do discurso anti-semita, para a comunidade judaica é um elemento de tensão. É aqui que está o perigo do mito: na sua imortalidade, atualidade e capacidade de multiplicação adaptando-se as novas tecnologias. Daí a metáfora do ovo da serpente, por nós adotada enquanto expressão da ressurreição do perigo anti-semita que ronda, misteriosamente, a sociedade contemporânea" (CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O veneno da serpente*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 52-53).
- (4) MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story. In: CRENSHAW, Kimberlé Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. *Words That Wound – Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*. Boulder: Westview Press, 1993. p. 25.
- (5) Idem, p. 26.
- (6) TESIS, Alexander. *Destructive Messages* (Critical America Series). New York: NYU Press, 2002. p. 30.
- (7) "Às vezes devemos abaixar as vozes de alguns para poder escutar as vozes dos outros" (FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press, 1998. p. 52).
- (8) FISS, Owen M. Op. cit., p. 28.

- (9) ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. The tolerant society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America. Lee C. Bollinger. *Harvard Law Review*, 1987. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=100+Harv.+L.+Rev.+1457&key=0acae2937093b1bc18909660174097fc>. Acesso em: 1.º dez. 2011.
- (10) "Derrick Bell notou que em nossa história constitucional os direitos dos negros foram frequentemente sacrificados, pois o sacrifício era julgado necessário para preservar os maiores interesses de um todo. Não é apenas o sacrifício em si que é racista, mas também 'o todo com maiores interesses' deve ser definido" (LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: CRENSHAW, Kimberlé Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. Op. cit., p. 81-86).
- (11) Idem, ibidem.

Milena Gordon Baker

Mestranda em Direito Penal na PUC-SP
Advogada.

NOTAS SOBRE O PL 5.607/2009, QUE MODIFICA O ART. 306 DO CTB: NOVOS VELHOS PROBLEMAS À VISTA

Fernando Célio de Brito Nogueira

Pressionada pela mídia em decorrência de recente decisão proferida pelo STJ,⁽¹⁾ limitando os meios de prova do crime de embriaguez ao volante ao etilômetro e ao exame de dosagem sanguínea, a Câmara dos Deputados aprovou, no último dia 11 de abril, por meio do PL 5.607/2009, que ainda será rediscutido no Senado Federal, mudanças nos arts. 276, 277 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), especificamente no concernente aos meios de comprovação daquela figura típica, lamentavelmente tão em voga nos noticiários nos últimos tempos.⁽²⁾

As mudanças em relação aos meios de prova não nos parecem tão necessárias, pois a decisão proferida pelo STJ, em determinado caso concreto, embora possa servir de orientação para julgamentos de ações penais em primeiro e segundo grau de jurisdição, que tenham por objeto o delito do art. 306 do CTB, não projeta efeitos para além daquele caso em que proferida e não tem o condão, assim, de obrigar os juízes de primeiro grau e os desembargadores a desprezarem outros meios de prova em ações penais pelo delito versado, como se válidos fossem somente o etilômetro e o exame de dosagem sanguínea para comprovar o crime do art. 306 do CTB.

O legislador, porém, fez questão de enfatizar que serão meios de prova o etilômetro, o exame clínico, os testes de alcoolemia e outros exames que, por meios técnicos e científicos, em aparelho homologado pelo Contran, permitam constatar e certificar o estado do condutor. Dispôs ainda sobre a equivalência

entre os distintos testes de alcoolemia, matéria já tratada no Dec. 6.488/2008.

A Câmara dos Deputados poderia e poderá, ainda, ir além, se assim entenderem nossos congressistas, e dizer que serão aceitos, para comprovar a infração penal do art. 306 do CTB, todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção.

Porém, a mudança imediata mais preocupante reside no § 3.º que se pretende acrescentar ao art. 306, ao estabelecer que *incide nas mesmas penas previstas neste artigo o condutor que, apresentando sinais notórios de embriaguez, ponha em perigo a segurança própria ou de outrem, ainda que não seja possível determinar a concentração de álcool ou esta seja inferior ao limite estabelecido no caput*.

Ou seja, o § 3.º cria uma nova figura típica diversa daquela do art. 306, *caput*, do CTB, pois o delito agora exige que o condutor apresente sinais notórios de embriaguez, ponha em perigo a segurança própria ou de outrem, ainda que não se possa quantificar o teor de álcool que tem no sangue ou que seja ele inferior ao índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, previstos na cabeça do artigo. Enquanto no *caput* basta a cifra superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue e não se exige

perigo concreto de dano, nem os notórios sinais de embriaguez, a nova figura, embora suprima a problemática exigência numérica, por outro lado, trouxe novas elementares ao tipo penal que se pretende criar: o condutor

É dispensada a exigência numérica, de um lado, mas são implementadas, de outro, novas elementares, como os sinais notórios de embriaguez e o perigo concreto de dano, na nova figura do § 3.º, que se pretende incorporar ao art. 306 do CTB.

deverá apresentar sinais notórios de embriaguez e deverá conduzir seu veículo de forma anormal, com perigo concreto de dano para si ou para outrem, independentemente da quantidade de álcool que tenha no sangue.

A mudança, pontual, já traz à tona várias dúvidas e suscita "novos" velhos problemas e "novas" velhas dúvidas:

1.ª – E se, embora alcoolizado o condutor, ele não dirigiu de forma anormal? Sua conduta se subsumirá ao *caput*, demonstrando-se que ele tinha mais de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

2.ª – E, se embora alcoolizado o condutor, e ainda dirigindo de forma anormal, não estiver ele apresentando *notórios sinais de embriaguez*? A conduta, mais uma vez, poderá se subsumir ao modelo fundamental, desde que se comprove, também, que ele tinha mais de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

3.ª – E se, embora alcoolizado o condutor e apresentando *notórios sinais de embriaguez*, não estiver ele dirigindo com a produção de

perigo concreto de dano, não se apurando o teor de álcool que tinha no sangue?

Se não houver a comprovação de tais circunstâncias, a conduta ao *caput* não se subsumirá e ao § 3.º também não, posto que ausentes, na última hipótese, as elementares *apresentando notórios sinais de embriaguez e pondo em perigo a segurança própria ou de outrem*.

Ou seja, a nova figura típica não ajudará muito, conforme já se verifica à primeira vista. É dispensada a exigência numérica, de um lado, mas são implementadas, de outro, novas elementares, como os sinais notórios de embriaguez e o perigo concreto de dano, na nova figura do § 3.º, que se pretende incorporar ao art. 306 do CTB.

Talvez sejam mais oportunas ao Direito Penal e ao sistema penal as mudanças mais profundas, previstas no PL 48/11, do Senador Ricardo Ferraço, modificando a estrutura do art. 306 do CTB e dispensando a exigência numérica prevista no *caput*, para voltar à redação anterior, do início da vigência do CTB, em janeiro de 1998 (sob influência do álcool ou outra substância psicoativa) e criando, além disso, tipos penais qualificados pelo resultado danoso resultante da embriaguez ao volante, em diferentes gradações punitivas, passando pelas lesões corporais leves, graves, gravíssimas e morte, com penas que vão de 1 a 4 anos de reclusão (lesões leves) ao limite de 8 a 16 anos de reclusão (morte). Tal projeto, além disso, também prevê que serão aceitos para a comprovação do crime de embriaguez ao volante todos os meios de prova em Direito admitidos. Aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara Federal, tal projeto passou a ser identificado como o PL 2.788/2011.⁽³⁾

Como já dito, contudo, nestes breves apontamentos, a Câmara Federal, por acordo entre os parlamentares, em decorrência dos últimos acontecimentos e da decisão do STJ, principalmente, resolveu levar adiante, por ora, apenas mudanças pontuais, relativas aos meios de prova e à ideia de estabelecer a tolerância zero no crime de embriaguez ao volante, por meio da questionável figura típica estabelecida no § 3.º, que se pretende agregar ao art. 306 do CTB.

Que os ventos das mudanças, que realmente são necessárias, tragam melhores inspirações ao nosso legislador penal, não somente pelo clamor midiático ou pela decisão do STJ, mas principalmente pela necessidade de se preservarem vidas e tornar o nosso trânsito, que produz mortes como guerras (segundo algumas estatísticas, até mais...), mais humano e menos violento.

NOTAS

(1) STJ – Julgamento realizado em 28.03.2012 – REsp. 1.111.566/DF (2009 – 00250862) – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – Ementa do voto vencedor:

“Processual penal. Provas. Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos. Vedação à autoincriminação. Determinação de elemento objetivo do tipo penal. Exame pericial. Prova que só pode ser realizada por meios técnicos adequados. Decreto regulamentador que prevê expressamente a metodologia de apuração do índice de concentração de álcool no sangue. Princípio da legalidade.

1 - O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do ‘bafômetro’ ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2 - Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3 - O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4 - O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5 - O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo Contran, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6 - Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao Judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz a de legislar.

7 - Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8 - Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indviduosamente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

9 - Recurso especial a que se nega provimento”.

(2) I - O art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de alveolar pulmonar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para a fiscalização da concentração de álcool” (NR).

II - O *caput* do art. 277 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, poderá ser submetido

a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado”.

III - O art. 306 passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 306. (...)”

§ 1.º Quando o teste for realizado por meio de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a concentração de que trata o *caput* equivalerá a 0,3 (três décimos) miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões.

§ 2.º O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

§ 3.º Incide nas mesmas penas previstas neste artigo, o condutor que, apresentando sinais notórios de embriaguez, ponha em perigo a segurança própria ou de outrem, ainda que não seja possível determinar a concentração de álcool ou esta seja inferior ao limite estabelecido no *caput*” (NR).

(3) “Art. 306. Conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de substância psicoativa que determine dependência:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1.º Se da conduta resultar lesão corporal:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 2.º Se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 3.º Se da conduta resultar lesão corporal de natureza gravíssima:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 4.º Se da conduta resultar morte:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 5.º Aumenta-se a pena de um terço a metade se a condução se dá:

I - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação ou, ainda, se suspenso ou cassado o direito de dirigir;

II - com Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação de categoria diferente da do veículo que esteja sendo conduzido;

III - nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas;

IV - transportando menor, idoso, gestante ou pessoa que tenha seu discernimento reduzido;

V - no exercício de profissão ou atividade, em veículo de transporte de passageiros ou cargas;

VI - em veículo que exija Carteira de Habilitação na categoria C, D ou E;

VII - em rodovias;

VIII - gerando perigo de dano.

§ 6.º A caracterização do crime tipificado neste artigo poderá ser obtida:

I - mediante testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outros meios que, técnica ou cientificamente, permitam certificar o estado do condutor;

II - mediante prova testemunhal, imagens, vídeos ou a produção de quaisquer outras provas em direito admitidas” (NR).

Fernando Célio de Brito Nogueira

Membro do Conselho Estadual para Diminuição de Acidentes de Trânsito e Transportes (CEDATT). Promotor de Justiça.

ABORTO, DESEJO E AUTODETERMINAÇÃO FEMININA

Eleonora Rangel Nacif

A comissão de juristas, instituída pelo Senado Federal para elaboração de anteprojeto do novo Código Penal, criou a possibilidade de ampliação das hipóteses autorizadoras do aborto legal. Entre as propostas de mudanças nos artigos que tratam do aborto, o texto traz a possibilidade de interrupção da gravidez “por vontade da gestante até a 12.^a semana da gestação, quando o médico constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade” (art. 128, IV). No caput do novo art. 128, consta que “Não há crime” diante de tal circunstância, criando-se, portanto, uma nova excludente de antijuridicidade.

Levando-se em consideração que cerca de um milhão de abortos ilegais são realizados anualmente no Brasil e aproximadamente 250 mil mulheres são internadas nos serviços públicos de saúde para tratar sequelas,⁽¹⁾ em um primeiro momento, tal alteração soa inovadora e moderna, uma vez que amplia o rol de possibilidades para que as mulheres pratiquem aborto, caso assim desejem. E é aí que começa o problema: no desejo. Mais especificamente, no desejo feminino. De acordo com o texto legal, a “vontade” da gestante, ou seja, o seu “desejo”, deverá ser ratificado por médico, e o mesmo deverá constatar que a gestante “não apresenta condições psicológicas” para ser mãe. Nessas condições, não há crime.

Ocorre que, o simples desejo feminino de interromper a gravidez já é algo demonstrativo de que a mulher “não apresenta condições psicológicas para arcar com a maternidade”, ela não quer ser mãe, não deseja ter um filho naquele específico momento da sua vida.

Em outras palavras: a mulher que deseja abortar revela, de forma inequívoca, que não tem condições psicológicas para ser mãe, e a validação dessa decisão não deve vir de fora, mediante uma constatação médica, mas sim de quem vivencia as dúvidas e impasses que permeiam tal decisão, ou seja, é a voz da gestante que deve ser ouvida e respeitada no momento de decidir se dará continuidade ou não à gestação. Conforme alerta o médico **Thomaz Gollop**, “Ter filhos é um projeto de vida e de afeto. Ninguém impõe maternidade a alguém. Mulher tem filho quando acha que tem condições de ter. Em uma sociedade democrática, a escolha de ter filhos deve ser livre e não imposta”.⁽²⁾

Na esteira desse pensamento, o psicanalista **Contardo Calligaris**, em artigo intitulado “Fé na medicina”,⁽³⁾ traz interessantes reflexões acerca dessa problemática. Ao analisar o projeto de reforma sob o ponto de vista psicanalítico, comenta que “Obviamente, ‘médico’ (genérico), sugerido pelo texto da proposta, não teria treino algum para avaliar psicologicamente as gestantes. Mas se entende que, no texto da proposta, ‘o médico’ não é mencionado por sua supos-

ta competência; ele é invocado como a entidade para a qual delegamos nossa incômoda liberdade moral. Algo assim: não sabemos se, quando e como o aborto deveria ser criminalizado ou não, mas chamem o médico, e que ele decida, na base de suas avaliações ‘científicas’”.

Engravidar é um acontecimento feminino de múltiplos significados e boa parte deles não contém uma intenção genuína de ser mãe. Pode ser a confirmação de uma fertilidade potencial, motivo de alegria para muitas, ou a notícia de que os próximos anos serão monopolizados pela servidão ao filho, cujas necessidades sempre falarão mais alto do que as da mãe. Para uma adolescente, pode ser a afirmação da condição de mulher, identificada com sua mãe e avó, pois agora ela sabe que pode ser como elas, ou o anúncio de um futuro restrito, já que terá que trabalhar em vez de estudar e trocar sua vida social por noites de fraldas e mamadeiras. Pode ser a forma de se livrar de uma mãe que não deixa a filha crescer, oferecendo-lhe um neto e deixando a criança no seu lugar. Pode ser um meio de união com o homem amado, o sinal de que o casal quer construir algo juntos, ou o início de uma sequência de abandonos masculinos, nos quais a mulher sempre se encontra enfim só, criando o filho e ruminando seus sonhos frustrados de família feliz.⁽⁴⁾

No final dos anos 60, as feministas norte-americanas queimaram sutiãs em praça pública para protestar contra a dominação masculina. Elas gritaram: “Nosso corpo nos pertence”. Leila Diniz, em 1971, exibiu a barriga grávida de biquíni na praia de Ipanema. A barriga grávida de Leila Diniz representa a mesma mensagem: “Meu corpo me pertence”.⁽⁵⁾

Todavia, os valores patriarcais que ainda vigoram no país incidem sobre o corpo (e sobre o desejo) feminino, regulando e vigiando o modo de ser e de agir das mulheres e retirando-lhes a sua autonomia reprodutiva. Exemplo disso é o fato de que, apesar das poucas possibilidades de aborto legal previstas atualmente na nossa legislação penal, quais sejam, quando for decorrido de estupro ou quando a vida da gestante estiver em risco, com tímida ampliação pelo projeto de reforma,⁽⁶⁾ a interrupção da gravidez continua inserida no nosso Código Penal, no capítulo dos crimes contra a vida. Como se sabe, o autor/autora de crime contra a vida deverá ser submetido ao Tribunal do Júri, e eventuais medidas despenalizadoras só poderão

ser aplicadas após exaustivo e constrangedor julgamento pelos seus “pares”, os cidadãos jurados.

Já é lugar-comum afirmar que “Ninguém é a favor do aborto. O que se defende é a descriminalização do aborto”. Sobre a autonomia de escolha, **Gollop** assevera: “Eu não sou a favor do aborto, imagina se eu como médico vou ser a favor do aborto. Eu sou a favor de que as pessoas tenham o direito de escolha, e na hipótese de resolverem não ter uma gravidez, que não a tenham em condições adequadas de saúde, isto eu sou a favor”.

Certamente, a experiência do abortamento é algo bastante marcante para uma mulher, algo que envolve questões muito íntimas, profundas e até metafísicas. E por que não, religiosas. E é justamente por isso que o assunto é tão complexo. A forma como cada indivíduo se relaciona com o “desconhecido”, com o “sagrado”, é algo pessoal e único. O leque de religiões disponíveis pode até impor aos seus adeptos suas ideias e doutrinas, mas o número expressivo de um milhão de abortos praticados anualmente no Brasil demonstra que os preceitos religiosos não são considerados pelas gestantes quando da escolha de não prosseguir com a gravidez. Mais uma vez, ninguém é a favor do aborto em si, a intervenção é algo marcante e pode até mesmo tornar-se traumática, ainda mais em um país onde tal prática ainda é reprimida criminalmente, mas é lógico que o direito de escolha deve ser respeitado.

Sobre os efeitos traumáticos decorrentes do aborto, **Diana Corso** afirma que “[o aborto] pode ser a marca de um episódio traumático, que será sempre lembrado, fonte de cálculos eternos de que idade teria o filho que não nasceu. Pode ser fonte de fantasias de ter tido o corpo danificado. Abortar é sempre triste. A clandestinidade, a culpa e a falta de apoio psicológico adequado não impedem essa prática, só geram mais sofrimento para as mulheres”.

Mulheres cuja religião não permite o abortamento e que vislumbrem real sentido nesta vedação, por óbvio, não devem abortar. Mas essas mesmas mulheres (e homens) não podem impor a uma nação inteira que sigam a sua opção, não podem impor sua fé e visão de mundo aos demais.

Em fevereiro deste ano, a Comissão de Reforma do Código Penal promoveu audiência pública no Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre os crimes contra a vida. Das inúmeras manifestações ali ocorridas, vale destacar o

Todavia, os valores patriarcais que ainda vigoram no país incidem sobre o corpo (e sobre o desejo) feminino, regulando e vigiando o modo de ser e de agir das mulheres e retirando-lhes a sua autonomia reprodutiva.

discurso da advogada *Maira Fernandes*, presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ, que trouxe dados de uma pesquisa organizada pelas professoras Debora Diniz, da UnB, e Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa, da UERJ, sobre um levantamento feito com mais de dois mil estudos, artigos e publicações sobre o tema nos últimos 20 anos.⁽⁷⁾

A pesquisa contém dados surpreendentes sobre o perfil das mulheres que abortam no País. De acordo com o documento “Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil”, esse grupo é formado, em sua maioria, por jovens entre 20 e 29 anos, católicas, com filho, e que tomaram a decisão como forma de planejamento reprodutivo.

Diante desses dados, percebe-se que, atualmente, a mulher que decide abortar já é mãe, mas opta por não ter mais filhos, e o que é levado em consideração no momento de sua decisão é mais o seu projeto familiar do que a sua religião.

A Organização Mundial de Saúde aponta que 21% das mortes maternas são ligadas ao ciclo grávido-puerperal. Cerca de 6.000 mortes por ano na América Latina tem como causa as complicações decorrentes do aborto inseguro (feito em más-condições de higiene e saúde). No Brasil, a mortalidade materna permanece entre as 10 principais causas da população feminina em torno de 10 e 49 anos, lembrando sempre que a maioria é composta por mulheres pobres e negras.⁽⁸⁾ Ou seja, além de não preservar a vida, a lei penal atual proporciona a morte.

Em uma nação que se autopropaga constitucionalmente laica, a ostentação de um crucifixo no plenário da mais alta Corte do país indica que ainda estamos distantes da verdadeira separação entre Estado e Religião. Recentemente, o mesmo STF que desafia a Constituição Federal com a manutenção do crucifixo durante as sessões de julgamento, autorizou, por maioria de votos, o aborto de fetos anencéfalos. Tal decisão constitui inegável avanço, porém, ainda há muito que evoluir. É preciso que a autonomia reprodutiva das mulheres e a autodeterminação sobre o seu próprio corpo sejam respeitadas de forma intransigente. Países como Portugal e Itália, onde a religião é extremamente presente, já descriminalizaram o aborto. Melhor do que delegar ao médico o diagnóstico sobre as condições psicológicas da mulher para arcar com a maternidade, sobre a sua higidez mental para tanto, seria extirpá-los de uma vez por todas este crime do Código Penal. Crime praticado pelo Estado brasileiro ao deixar que milhares de mulheres morram por ano pela prática de um aborto clandestino. Vale repetir: ter filhos é um projeto de vida e de afeto. Ninguém deve impor a maternidade a alguém.

NOTAS

- (1) Católicas pelo direito de decidir. Aborto: dialogar é estratégico. *Boletim da AJD*, ano 11, n. 40, dez. 2006/fev. 2007.
- (2) No último dia 24 de maio, o IBCCRIM, juntamente com a Universidade Cândido Mendes, realizou no Rio de Janeiro a Mesa de Estudos e Debates sobre O aborto no novo Código Penal. Os palestrantes Dr. Thomaz Gollop, Médico e coordenador do Grupo de

Estudos sobre o Aborto (GEA) e Dr. Rulian Emmerick, advogado, trouxeram ideias interessantes sobre o tema e provocaram debates acalorados na plateia.

- (3) CALLIGARIS, Contardo. Fé na medicina. *Folha de S. Paulo*, 1.º mar. 2012.
- (4) CORSO, Diana. Sobre a legalização do aborto. Disponível em: <<http://www.mariedianacorso.com/abortos>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- (5) GOLDENBERG, Miriam. Nosso corpo nos pertence. *Folha de S. Paulo*, 13 mar. 2012.
- (6) Proposta de alteração: “Exclusão do crime Art. 128. Não há crime se:
 - I - se houver risco à vida ou à saúde da gestante.
 - II - a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;
 - III - comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos.
 - IV - por vontade da gestante até a 12.ª semana da gestação, quando o médico constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.
 § 1.º Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro”.
- (7) Link para a pesquisa em pdf, extraída do site Católicas pelo Direito de Decidir: <<http://www.catolicas.org.br/uploads/20%20anos%20de%20pesquisas%20sobre%20aborto%20no%20Brasil.pdf>>.
- (8) Dados apresentados pelo médico Thomaz Gollop, na Mesa de Estudos e Debates O aborto no novo Código Penal. A gravação audiovisual do evento está disponível na midiateca do IBCCRIM.

Eleonora Rangel Nacif

Coordenadora-chefe do Departamento de Mesas de Estudos e Debates/IBCCRIM.
Advogada Criminalista.

DESCASOS

JOSÉ⁽¹⁾ QUER TRABALHAR...

Alexandra Lebelson Szafir

“Advoguei para o Sr. José gratuitamente, porque fui nomeado pelo juiz para assim proceder. Não ganhei um centavo e minha obrigação com ele terminou no momento em que ele foi julgado. No entanto, gosto tanto dele e da D. Maria,⁽²⁾ sua esposa, que fico feliz em poder ajudar com qualquer coisa.

Peço, em nome do Sr. José e de sua família, que ele não seja prejudicado no trabalho em razão desses dias que tem faltado. Ele é homem trabalhador e honesto. Merece estar empregado e seguir com sua vida. A D. Maria e o filho deles, com certo retardo mental, dependem do trabalho do Sr. José para sobreviverem. Apesar de ser um homem muito simples e ser a família paupérrima, todos têm um coração do tamanho do mundo” (mensagem dos advogados de José ao seu empregador).

O empregador de José também quer que ele trabalhe. Mas, aparentemente, são só os dois que querem isso.

Começo do início: José era um humilde jar-

dineiro de cemitério, quando, em 2001, após ser muito humilhado, acabou por cometer um crime, *primeira e única mácula em sua vida.*

Respondeu ao processo em liberdade e, em 2003, foi contratado para trabalhar, também como jardineiro, num motel na capital paulista. Ou, em suas próprias palavras, *“deixou de trabalhar com a morte para trabalhar com a vida”.*

Com seu parco salário, sustenta com dignidade sua esposa e o filho dela, que é maior de idade, mas sofre de acentuado retardo mental. Não ganha o suficiente para fazer coisas para nós corriqueiras: cinema, teatro, museu. Seu lazer aos fins de semana é a TV (aberta) e estar com a família e amigos. Sua maior extravagância, que ele conta com orgulho, ir ao McDonald’s no aniversário do enteado, com direito a sorvete de sobremesa para os três.

Sobreveio a condenação. A imputação de homicídio qualificado foi desclassificada para simples; a pena, fixada em 6 (seis) anos de

reclusão, a serem cumpridos, inicialmente, no regime semiaberto. Foi-lhe permitido ficar em liberdade até que a Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) lhe disponibilizasse uma vaga no regime adequado.

Tal vaga surgiu e, antes mesmo que se formassem os autos da sua execução criminal, José foi intimado a comparecer no estabelecimento carcerário. Imediatamente, a defesa peticionou junto à Vara das Execuções Criminais, requerendo que lhe fosse permitido, em nome da função ressocializadora da pena, **continuar** trabalhando no mesmo emprego onde já está *há mais de nove anos.*

Deferido o pedido e devidamente oficiada a decisão à SAP, acreditava-se estar solucionado o problema. Ledo engano! A “saga” apenas começava e José continuava sem poder ir trabalhar...

Impetrou-se *habeas corpus*, apontando-se a SAP como autoridade coatora. Ao prestar informações, e só então (como se até aquele

momento pudesse simplesmente descumprir, injustificadamente, a determinação judicial), esta informou que o motivo do descumprimento fora a falta de tornozeleiras eletrônicas. Diante dessa informação, a Magistrada determinou que se permitisse a José ir trabalhar e que se usassem outros meios de fiscalização (o que, por sinal, era feito quando não existiam as tornozeleiras eletrônicas).

A decisão continuou sem cumprimento. Nova petição da defesa e esta foi informada de que a Unidade Prisional (a quem caberia a fiscalização do trabalho externo de José) não dispunha de quaisquer informações ou documentos sobre o local de trabalho de José, o que impossibilitava a referida fiscalização. Ante a razoabilidade desta justificativa, a defesa juntou aos autos e também levou pessoalmente ao estabelecimento carcerário onde José se encontrava a documentação que possibilitaria a fiscalização do seu trabalho.

O que houve a seguir justifica a existência do popular termo – ainda inexistente em nossos dicionários – “burrocracia”. Num sistema burocrático (ou devo dizer burrocrático?), regras e formalidades existem para serem cumpridas – quantas mais existirem, melhor –, não importa que, como neste caso, elas contrariem o próprio fim para o qual foram criadas: possibilitar o trabalho externo de presos no regime semiaberto.

Mais uma vez o estabelecimento prisional oficiou à Vara das Execuções Criminais, informando que faltavam documentos “imprescindíveis” para a liberação do quase sexagenário José, “constantemente em resoluções da SAP e da FUNAP, as quais têm por finalidade a lisura e transparência dos trabalhos”.

Felizmente, a Magistrada enxergou o absurdo da situação, determinando que José fosse imediatamente liberado para o trabalho, uma vez que os documentos juntados até então propiciavam plenamente a fiscalização; de outro lado, concedeu à defesa 60 dias para juntar os demais documentos exigidos.

Problema resolvido? Não, ainda não!⁽³⁾ Embora José tivesse, finalmente, voltado ao trabalho e a defesa se apressasse a providenciar os documentos exigidos, a supervisora daquele recebeu um e-mail do Centro de Detenção Provisória onde ele se encontrava, requisitando que se juntasse “contrato de trabalho de reeducando do regime semiaberto”, assim como informando os dados de uma conta da SAP em que um salário mínimo deveria ser depositado.

Em nova petição, a defesa explicou à magistrada que tal proceder necessariamente **rescindiria o contrato de trabalho** que José já possuía e, assim, *perderia todos os seus direitos trabalhistas* dele decorrentes.

Desta feita, entretanto, o pedido foi negado, afirmando-se que “na inteligência do art. 28, § 2.º, da LEP, o regime de trabalho

do preso é de direito público, pois inexistente a condição essencial para o trabalho espontâneo, ou seja, a liberdade para formação do contrato de trabalho, retirada do condenado à pena privativa de liberdade. Em suma, o trabalho do sentenciado não mais se submete ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

A defesa, então, tomou as seguintes providências: (i) mandou a mensagem em epígrafe para o empregador de José; (ii) fez um pedido de reconsideração perante o Juízo das Execuções, e (iii) impetrou um *habeas corpus* com pedido de liminar perante o Tribunal de Justiça (subscrito pelos brilhantes advogados Alberto Zacharias Toron, Marcelo Feller e Daniel Gertsler).

No pedido, argumentou-se que a decisão combatida feria o espírito do próprio artigo de lei por ela invocado sob dois aspectos: “Primeiro sobre o intuito libertário do art. 28, § 2.º, da LEP, de incentivar aos empregadores a contratação de presos pela facilitação na dispensa das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.

Facilitação essa que não é necessária no caso concreto, pois José não **será** contratado, mas **já está** contratado. O fato é que os empregadores o querem contratado, e não precisam de incentivo algum: precisam mesmo somente do próprio José. E estão lutando incessantemente por isso.

Segundo, sobre a finalidade da execução penal: quanto à incoerência de se extirpar direitos trabalhistas (que indubitavelmente contribuem para a reeducação social de José) num processo de execução, este em que José (ou qualquer outro executado) figura como “reeducando”.

Essa é a finalidade, e nada mais. Diferente seria se mantê-lo contratado inviabilizasse o cumprimento da pena, ou por algum motivo prejudicasse a reeducação. Nesses casos a defesa restaria satisfeita, mas não é caso.

Ainda mais pelo fato – **e aqui paira o elemento essencial para se analisar o caso concreto** – de que em 6 meses José cumprirá o requisito objetivo da progressão, e passará a cumprir sua pena no regime aberto (e tudo indica que cumprirá o requisito subjetivo também). Ora, no regime aberto ele poderá livremente ser contratado pelo seu empregador e toda essa discussão perderá qualquer objeto!

Dessa forma, estar-se-ia rescindindo seu contrato de trabalho, arrancando-lhe todos os direitos adquiridos nesses últimos nove anos por causa de **seis meses!** Até mesmo por uma questão de proporcionalidade não tem sentido exigir-lhe essa imposição. Mesmo porque, Excelência, há de se convir que já se passaram mais de dois meses desde que José exerce seu trabalho externo sem contrato firmado com a SAP sem que qualquer problema tenha ocorrido, demonstrando ser um simples (e

no caso de José, efêmero) entrave burocrático.

Tudo isso sem prejuízo de se cumprir todos os outros requisitos exigidos pela SAP, pois, mesmo que sob um contrato de trabalho, serão cumpridas as exigências da SAP (horário de trabalho, salário etc.)”.

Não tenho o hábito de transcrever longos trechos de petições, mas, neste caso, abre-se uma exceção, dada a Excelência do trabalho. Mais adiante, consta do pedido:

“Ora, se tudo o que a doutrina penal (ideal libertário de reeducação do preso que a embasa) se restringe à matéria de livros e digressões acadêmicas – pois se sabe do triste grau de reincidência de ex-detentos no Brasil e como o sistema carcerário de longe reeduca seus presos –, causa perplexidade aos impetrantes que quando essa situação ideal bate na porta dos aplicadores de direito, ela é ignorada sob o manto negro da fria aplicação da letra da lei.

Sempre perigosa, ainda mais quando feita em prejuízo do reeducando. Ainda mais quando aplicada à penumbra da justiça cobrindo a visão do julgador com as páginas do código para não ter que enxergar os olhos do homem sobre o qual ele é aplicado. Fazer isso é promover uma ideia de justiça. É o mínimo da boa técnica que sossega e legitima a má-justiça. É o conforto da norma escrita que acalma a ânsia de justiça que assola o bom julgador. E pede-se que essa ânsia fale mais alto que o conforto da norma gelada.

Mesmo porque, Excelência, se a aplicação literal e fria da lei fosse o ideal de justiça que se procura, não haveria sentido em colocar humanos na cadeira de juízes: bastariam máquinas, pois só um homem é capaz de ser maior que a técnica. Afinal, se não se pode saber o que é justo, é fato que a injustiça salta aos olhos de forma que, a par do que vem escrito no art. 28, § 2.º, da LEP. É indubitável que tirar de José seus direitos trabalhistas, por um motivo que se revelou até agora desnecessário, é uma injustiça que salta aos olhos”.

Ocorreram, então, duas coisas: o Desembargador Soares de Mello concedeu liminar, determinando que se mantivesse o contrato de trabalho de José; e, após receber a notícia da concessão da liminar, a Juíza Maria Isabel do Prado reconsiderou a decisão anterior, também determinando a manutenção do referido contrato. Fez-se a verdadeira Justiça!

Fica a indagação: o que teria acontecido se José não tivesse advogados?

NOTAS

- (1) Nome trocado por um fictício.
- (2) Nome também fictício.
- (3) A autora deste texto tem ciência de que a sua leitura está ficando cansativa; imagine, portanto, caro leitor, quão cansativo foi para a defesa e para o próprio José viver essa experiência!

Alexandra Lebelson Szafir
 Advogada.
 (aleszafir@uol.com.br)

CRIMINALIDADE DE BAGATELA: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA^(*)

Conclusões sobre a Mesa de Estudos e Debates

O IBCCRIM e a Universidade Presbiteriana Mackenzie realizaram no mês de maio uma “maratona jurídica” sobre os crimes de bagatela. O documentário “Bagatela”, de **Clara Ramos**, foi exibido na 7.ª edição do Café & Debate, promovido pelo Centro Acadêmico João Mendes Jr., em 05.05.2012. Nesta oportunidade, após a exibição do filme, acadêmicos e profissionais do Direito trouxeram ideias e reflexões interessantes sobre o tema, destacando-se a participação da advogada Sonia Drigo, uma das principais entrevistadas do documentário, Adriano Galvão, Victor Grampa, Felipe Righetti, Danilo Ticami e Giancarlo Vay. O tema foi novamente abordado em 19.05.2012, na Mesa de Estudos e Debates realizada novamente no Mackenzie, com a participação do Des. Carlos Vico Mañas, do Juiz Airton Vieira e do Prof. Alexis Couto de Brito, sob a presidência do Defensor Público Luiz Felipe Fagundes. O debate foi muito enriquecedor, tendo em vista que cada um dos palestrantes apresentou uma visão própria e diferente sobre o tema.

Inicialmente, **Airton Vieira** trouxe à reflexão aspectos ligados ao papel do Poder Judiciário sobre o tema, com críticas ao chamado “ativismo judiciário”: “Nenhum juiz é neutro. O juiz carrega para as suas decisões tudo aquilo que ele experimentou e vivenciou na sua vida, e uma das áreas onde aflora de uma forma muito mais evidente esta ideologia é a área do direito penal. (...) Juizes são escravos da lei. Habemus legis, temos que cumpri-la. Se não concordamos com ela, não concordamos com a Constituição, devemos lutar para alterá-las, mas qual é o caminho em uma democracia para a mudança das leis? É o Congresso Nacional. Juiz não é legislador”. Sobre este aspecto, **Vico Mañas** observou: “O Doutor Airton e eu talvez tenhamos mais em comum do que parece (...) esse falso discurso de que existe juiz neutro, é uma mentira, uma falcácia, uma hipocrisia. (...) Juiz é um agente político sim, [nós] temos que fazer política claramente, vencer essa ideia hipócrita da suposta isenção, quem é isento está a serviço de uma bandeira e escamoteia essa visão, é preciso ter coragem de ser diferente”.

Sobre os crimes de bagatela, **Vieira** asseverou que já existe no Código Penal a figura do furto privilegiado para os casos em que o valor da coisa é peque-

no, situações que se amoldariam no princípio da insignificância: “Temos a Lei 9.099/1995, que propicia a suspensão do processo para quem não tem antecedentes criminais, se encaixa na bagatela, já sai a suspensão do processo (...) por que então passarmos a negar o texto expresso da lei e legislar por conta própria?”.

Por outro lado, **Vico Mañas** ponderou: “O crime é um problema. Ninguém gosta de ser assaltado, roubado, violentado, enganado, essas condutas devem ser reprimidas. A questão está em como fazer isso. (...) A condenação criminal tem um simbolismo social enorme. Ela estigmatiza, ela exclui da sociedade. Eu carimbo a testa daquela pessoa como criminoso porque ela foi condenada. Automaticamente ela está alijada do mercado de trabalho. Isso é inteligente ou eu estou empurrando a pessoa ainda mais para a criminalidade?”. E conclui: “A punição deve haver sim, mas ela não precisa necessariamente ser uma punição penal”.

Ainda sobre este aspecto, **Alexis Couto de Brito** esclareceu que “A sanção penal tem a característica de retirar de você algo imprescindível e indevolúvel. Se eu retiro o seu patrimônio eu posso devolvê-lo a qualquer hora. Quando eu aplico uma pena e prendo alguém eu jamais devolvo para essa pessoa o que retirei dela, que é o seu tempo de autodeterminação”.

Além das explanações e debates, foi apresentada uma pesquisa realizada pelos orientandos do Prof. Pierpaolo Bottini, Thaísa Bernhardt Ribeiro e Douglas Ibarra, da Universidade de São Paulo, sobre o princípio da insignificância nos Tribunais Superiores, com dados sobre o aumento de número de casos alegando o princípio da insignificância no STF, o percentual de reconhecimento da insignificância nos crimes contra a ordem econômica e contra a Administração Pública, bem como em relação aos crimes patrimoniais, sobre os valores considerados insignificantes de acordo com o tipo de crime cometido, os bens mais afetados pelo princípio a insignificância, entre outros dados atuais sobre o tema.

NOTAS

(*) A gravação audiovisual do evento está disponível na mídia-teca do IBCCRIM.

PARTICIPE POR ACREDITAR

ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA CONVOCAÇÃO

Ficam convocados os associados do IBCCRIM, inscritos há mais de um ano e em dia com as suas contribuições, a se reunirem em Assembleia Geral Extraordinária, no dia 19 de julho de 2012, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto.

(Rua Onze de Agosto, 52 – 2.º andar – Centro – São Paulo), para deliberar sobre Reforma Estatutária.

Marta Saad
Presidente

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

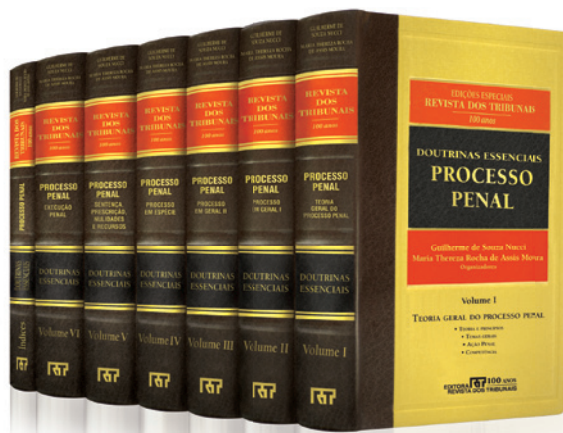
■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

LANÇAMENTOS

COLEÇÃO

DOCTRINAS ESSENCIAIS



PROCESSO PENAL

ORGANIZADORES:
GUILHERME DE SOUZA NUCCI &
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

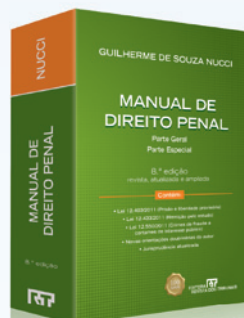
Elaborada por consagrados juristas e com rigor científico, a obra reúne os mais preciosos artigos e estudos jurídicos da área, acerca de variados institutos, sempre com o fito de proporcionar a reflexão crítica do leitor

Mais de **500 doutrinas** selecionadas

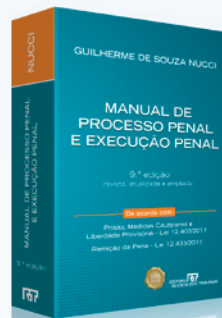
Lançamentos Guilherme de Souza Nucci



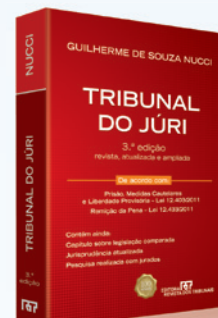
Código de Processo Penal Comentado
11.ª edição



Manual de Direito Penal
Parte geral, Parte Especial
8.ª edição



Manual de Processo Penal e Execução Penal
9.ª edição



Tribunal do Júri
3.ª edição

Imagens ilustrativas

Teleendas 0800-702-2433

livraria
RT

www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavai • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió
Endereços completos em: www.rt.com.br/lojas ou www.livrariart.com.br/lojas



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



THOMSON REUTERS™