



Sobre a Revista
Última Edição
Edições Anteriores
Normas
Chamada de Trabalhos
Contatos

Direito

Revista da Faculdade de Direito
Centro Universitário Padre Anchieta
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

UNIAnchieta

Conselho Editorial:

Claudinei Coletti

Cláudio Antonio Soares Levada

Ivone Silva Barros

João Carlos José Martinelli

Lucia Helena de Andrade Gomes

Mauro Alves de Araújo

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Simone Zanotello

Tereza Cristina Nascimento Mazzotini

ORGANIZAÇÃO:

Lucia Helena de Andrade Gomes

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

APRESENTAÇÃO

Toda elaboração de um texto científico é um exercício linguístico que transforma, na maioria das vezes, um pesquisador em um autor.
(DEMO, Pedro, 1983)

Temos a grata alegria de compartilhar textos produzidos pelos alunos e ex-alunos do curso de Direito UNIANCHIETA, sob a orientação dos respectivos professores.

A produção de artigos é um instrumento valioso para a construção de conhecimento no ensino superior. A educação não avança sem pesquisa e a pesquisa jurídica tem ocupado cada dia mais espaço no ensino jurídico. Deveras, trata-se de tarefa árdua, pois se exige dos alunos esforço, perseverança e dedicação com tarefas além do cotidiano acadêmico, tais como ler e preparar para as provas. Conforme afirma GIL (1999) “para conhecer realmente um objeto e preciso estudá-lo com todas as suas conexões”.

Neste número apresentamos aos leitores, textos produzidos pelos ex-alunos, formatados a partir de suas monografias aprovadas em bancas examinadoras, bem como artigos de bacharelados, escolhidos pela professora, durante as aulas da disciplina de Direito Penal. Trata-se de uma inovação, publicar artigos elaborados durante o curso, uma iniciativa louvável da Profa Ma. Juliana Caramigo Gennarini.

Que este número possa fomentar a participação de outros alunos e ex-alunos em nossa Revista, afinal, produzir artigos com rigor metodológico irá propiciar, ainda mais, os avanços na pesquisa jurídica. Boa leitura a todos!

Profa. Dra. Lucia Helena de Andrade Gomes

SUMÁRIO

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL	5
<i>Pedro de Mattos Russo</i> <i>Claudemir Battalini</i>	
A MORAL NA SOCIEDADE	27
<i>Gabriel Mendes</i> <i>Thais Battibugli</i>	
EXCLUDENTES DE ILICITUDE	39
<i>Lucas Santana de Araújo</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
O CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL	59
<i>Marcelo Maré Aguilar</i> <i>Thais Battibugli</i>	
IMPUTABILIDADE PENAL	79
<i>Rhaissa Maria de Souza</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
ABORTO DE FETO ANENCEFALO	97
<i>Karina Evelyn Del Col</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
ACIDENTE DE TRÂNSITO E EMBRIGUES: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE	118
<i>Roberto Augusto Barccaro</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
A RESPOSTA DOLOSA AO DOLO DE MAIQUEL FALCÃO.....	130
<i>Juscelino Neto</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL

Pedro de Mattos Russo¹

Claudemir Battalini²

RESUMO: O Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental oferece uma interessante alternativa à via judicial, pois imprime a necessária celeridade que a tutela do bem ambiental reclama e permite a livre discussão dos termos a serem pactuados, como prazos e condições (jamais transigindo sobre o bem ambiental em si, tido como indisponível), de tal sorte a concretizar não somente os anseios sociais, como também o mais lúdimo espírito democrático dos quais os operadores do direito deveriam estar imitados. A promulgação da Constituição Federal, em 1988, deixou evidente a intenção em se preservar o bem ambiental, tido como bem de uso comum do povo, positivando, assim, seus anseios históricos e propiciando a convergência ideológica com as tendências mundiais. O Compromisso de Ajustamento de Conduta se revelou, ao longo destes anos, eficiente meio para alcançarmos tal fim. No bojo deste artigo, definiremos o instituto à luz da ciência do Direito, e, após situar o leitor no contexto legal, apontaremos as diversas teorias utilizadas para justificar juridicamente o instituto que empresta nome ao título deste trabalho. Elucidaremos os possíveis objetos do Compromisso, bem como a legitimidade para tomá-lo, além de seus requisitos essenciais, efeitos e vedações, situando o leitor sobre as implicações de seu eventual, porém, possível, inadimplemento. Enfim, ao final do presente trabalho, o leitor terá maiores noções do instituto, de modo a aguçar sua curiosidade sobre o interessante tema, cujas peculiaridades reavivarão a esperança nas soluções não judiciais de resolução de conflitos ambientais, objeto de importantes debates no mundo atual.

PALAVRAS CHAVE: Compromisso. Ajustamento. Conduta. Ambiental. Termo de Ajustamento. Título Extrajudicial. Meio Alternativo. Resolução de Conflitos. Transação. Bem Ambiental.

¹ Pedro de Mattos Russo, Advogado, Vice-Presidente da Comissão de Segurança Pública da 33ª Subseção da OAB; monografia aprovada em 2011, UNIANCHIETA, Jundiá - SP

² Professor das Disciplinas de Direito Ambiental e Direito do Consumidor no UNIANCHIETA, Promotor de Justiça na área do Meio Ambiente, Urbanismo e Registros Públicos; especialista em Direito Ambiental; orientador da monografia.

1. CONCEITO

O Compromisso de Ajustamento de Conduta pode ser entendido como um instrumento não judicial de solução de conflitos, estipulado paritariamente entre legitimados e interessados, respeitados, neste esforço comum, a lei e os princípios norteadores do sistema jurídico pátrio, e, uma vez pactuado, recebe da lei o “status” de título executivo extrajudicial para todos os efeitos processuais.

Segundo Mazzili, antes de eventual propositura da ação civil pública, pode ocorrer que o causador da lesão a um dos interesses difusos se proponha a reparar o dano ou a evitar que este ocorra ou persista; pode ainda o investigado aceitar a fixação de um prazo para implantação das providências necessárias à correção das irregularidades (MAZZILI, 2008, p. 303).

Assim, por meio da celebração do denominado Compromisso de Ajustamento de Conduta, pode, o legitimado, deixar de perseguir eventual provimento jurisdicional para tutela do bem ambiental, se – e somente se - aperfeiçoados satisfatoriamente os termos e condições reduzidos a termo quando da pactuação do mencionado compromisso.

No plano legal, o Compromisso de Ajustamento de Conduta está definido no §6º do artigo 5º da Lei nº. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, nos seguintes termos: *os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*³.

Seu conceito, portanto, encontra-se definido na legislação afeta à matéria coletiva, sendo certo que o entabulamento do Compromisso, uma vez preenchidos seus requisitos, implica, necessariamente, no nascedouro jurídico de um título executivo extrajudicial, com todos seus consectários processuais.

Sua vantagem prática consiste justamente na obtenção de um título executivo sem que, para tanto, seja necessário o ajuizamento de ação civil pública evitando-se, assim, todas suas

³ BRASIL, Lei da Ação Civil Pública, Lei nº. 7.347, de 24.07.1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Brasília-DF: Senado Federal, 1985, artigo 5º.

implicações, como, por exemplo, aperfeiçoamento de citação do demandado, apresentação de defesa, instauração de incidentes processuais, arguições de preliminares, saneamento do feito, dilação probatória, efetiva produção de provas, prolação de sentença, interposição de recursos, dentre outros. Deste modo, salta aos olhos que a utilização deste instituto implica, necessariamente, em um significativo encurtamento temporal na tutela do meio ambiente, e *em se tratando de proteção de bens de natureza ambiental, o fator temporal é vital, pois o atraso no cumprimento das medidas assecuratórias ou reparatórias pode ter repercussão negativa de vulto* (AKAOUI, 2010, p. 141).

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Indubitavelmente, *a proteção do meio ambiente reclama um sistema jurídico que abarque não apenas medidas precaucionais e preventivas, mas também que responsabilize efetivamente todo aquele que lesar a natureza* (LEITE, LIMA e FERREIRA, 2005, p. 331), tida como direito fundamental de terceira dimensão, conforme lições do professor Karel Vasak.

Neste ponto, exsurge destacar o avanço legislativo alcançado pelo Brasil quando, em 1990, por ocasião da aprovação do projeto de Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, inseriu no ordenamento jurídico pátrio este instituto jurídico de tutela coletiva, cuja efetiva utilização tem proporcionado a proteção eficaz dos interesses e direitos coletivos, fornecendo, assim, ferramenta eficiente para a proteção do bem ambiental.

É claro como sol que a sociedade brasileira vivencia um momento de inchaço do Judiciário, diante do crescente número de processos judiciais em trâmite no País. Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, extraídos do relatório “Justiça em Números - 2014”, referente aos dados do ano de 2013, somente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, existem 21.030.402 (vinte e um milhões, trinta mil, quatrocentos e dois) processos em andamento⁴.

Não é somente esta tendência na judicialização dos conflitos, típica de nossa sociedade, que impossibilita a célere (e, conseqüentemente, eficaz) tutela do bem ambiental, mas também a existência de infindáveis números de recursos previstos no sistema processual

⁴ *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014, p. 131.

pátrio. Esta estruturação, do ponto de vista adjetivo, dificulta, sobremaneira, o rápido alcance do provimento jurisdicional reparatório ou cautelar almejado. Além disso, cria verdadeiro óbice ao Julgador na distribuição, com rigor técnico e efetivo esperados de sua excelência – ideais desejados pela sociedade –, de tutelas de urgência ou inibitórias, visando à prevenção, à precaução e à inibição do dano ambiental identificado.

Somado a isso, observa-se que, na contramão dos Estados tidos como desenvolvidos, a sociedade civil brasileira é despreparada para, de per si, promover a tutela do bem ambiental, concentrando tal mister nas mãos de pouquíssimos órgãos. Isto é de fácil constatação quando cotejamos didaticamente o número de ações civis públicas em trâmite no Brasil propostas por associações civis com aquelas ajuizadas pelo Ministério Público, saltando aos olhos que os números deste são exponencialmente maiores que o a demanda de ações judiciais propostas por aquelas.

Diferentemente de outros modelos de *Parquet* – cuja competência é exclusivamente a promoção da ação penal (ex.: Portugal), o brasileiro recebeu tantas funções constitucionais (como exemplo: promoção do inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do meio ambiente, dentre outras – CF, 129, III) dada a incontestável fragilidade na organização política de nossa sociedade civil.

Isto porque nos Estados dito desenvolvidos, como exemplo da Itália, França, Espanha, verifica-se que este tipo de tutela jurisdicional é perseguida, com excelência e efetividade, pelos próprios cidadãos no cumprimento de seus deveres constitucionais: não necessitam da representação de outro órgão.

No caso brasileiro isto não ocorre. Há uma carência maciça de informações e organização jurídica na sociedade, cuja vicissitude reside nas mazelas sociais arraigadas nesta República, cuja origem histórica remete à exploração desta “*terrae brasilis*”, caracterizada pelo objetivo único da metrópole lusitana em esgotar (ou tentar fazê-lo) as riquezas naturais aqui existentes em prol de seu bem-estar econômico, político e social.

Retomando o raciocínio inicial, o leitor deve manter consigo durante toda leitura deste artigo científico a seguinte indagação: seria, o Compromisso de Ajustamento de Conduta, uma alternativa viável e eficaz à cediça morosidade do Poder Judiciário, aquele dotado do monopólio da violência?

As ações judiciais são a *ultima ratio* do sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, já que os instrumentos de precaução e prevenção devem ser privilegiados na medida em que os traços e sequelas da lesão ao meio ambiente podem permanecer mesmo com a reconstituição do bem. Ressalte-se ainda que vivenciamos uma imensa crise processual, proveniente da demora da instrumentalização do processo e da pouca experiência da sociedade em proteger juridicamente o meio ambiente. Além dos mecanismos recursais e o número de processos em juízo dificultarem um acesso mais completo à justiça, apesar da importância do sistema processual coletivo na atualidade (LEITE, LIMA e FERREIRA, 2005, p. 333).

Admitindo-se que as ações judiciais devam ser a última providência a ser intentada dentro deste complexo de proteção ao bem ambiental, instigamos a seguinte questão: seria possível um órgão público, de per se, promover a transação do bem ambiental sendo ele indisponível por excelência? Ou em outras palavras: *seria possível admitir esse tipo de solução consensual, quando da violação a interesses transindividuais?* (MAZZILI, 2008, p. 303).

Reza o artigo 841 do Código Civil brasileiro que somente *quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação* (VIEIRA, 2002, p. 263). Assim, seria um *nonsense*, senão uma ilegalidade ou mesmo uma inconstitucionalidade, transacionar sobre bens públicos (de uso comum do povo), como o bem ambiental o é?

Esta problemática tem origem no fato de que *o sistema brasileiro sempre deu ênfase às relações de natureza individual na esfera material e processual* (VIEIRA, 2002, p. 263). Como bem observado por Moreira, ainda, quando destacou que *a estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente situações de conflito entre interesses individuais* (MOREIRA, 2002 *apud* VIEIRA, 2002, p. 104).

Destarte, do ponto de vista histórico, observa-se que o sistema jurídico pátrio não proporcionava hipóteses processuais para a tutela de direitos e interesses coletivos até a importação das denominadas *Class Actions*, provenientes do direito consuetudinário norte americano, por meio da edição da Lei nº. 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e deu outras providências.

Até então, sempre pairou no cenário jurídico nacional, hipóteses de legitimação¹⁰ ordinária, remontando-se ao sistema clássico de tutela processual, ou seja, postular em nome próprio, direito próprio.

A dúvida ainda persiste: então não seria possível tutelar ordinariamente o bem ambiental? Ou seja, não seria possível, em nome próprio, ajuizar demanda que tenha por desiderato a tutela do bem ambiental? E a resposta intuitiva é “não”.

Como pontuado alhures, o bem ambiental caracteriza-se como interesse difuso, portanto, os legitimados ativos não agem para satisfazer direito próprio, porque não são os titulares únicos do direito lesado (o meio ambiente a todos pertence); *estamos aqui em face de interesses transindividuais, cujos verdadeiros titulares estão dispersos na coletividade, o objeto do litígio coletivo será sempre a reparação de interesses transindividuais* (MAZZILI, 2008, p. 303).

Ademais, somente pode dispor do bem material quem lhe seja titular. Ocorre que, no caso dos interesses difusos, por justamente não se poder identificar esta titularidade – o bem é de uso comum do povo –, a lei conferiu a um número restrito de pessoas ou órgãos a tarefa de promover sua tutela processual.

Posto detenha disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, por definição, o legitimado extraordinário não tem disponibilidade do conteúdo material da lide. Como a transação envolve disposição do direito material controvertido, a rigor não deveria ele poder transigir sobre direitos dos quais não é titular. Por isso é que, tanto no Direito Privado (a transação do Direito Civil), como no Direito Público (a transação penal), só pode transigir quem seja titular do direito objeto da disponibilidade (o particular ou o Estado, conforme o caso). Já no caso de lesão a interesses transindividuais, nem uma só pessoa é titular do interesse, nem o Estado o é (MAZZILI, 2008, p. 304).

Todavia, tal conclusão somente mostra lógica se partíssemos do pressuposto de que a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta é transacional – se o entabulamento do Termo de Ajustamento de Conduta consiste em transação, tal como ocorre com o instituto despenalizador da transação penal (artigo 76 da Lei Federal nº. 9.099/95)⁵.

⁵ BRASIL, Lei dos Juizados Especiais. Lei nº. 9.099, de 26.07.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília-DF: Senado Federal, 1995.

Assim, para avançarmos no estudo do tema e responder à questão formulada, mister enfrentarmos, desde logo, a seguinte questão: teria o Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental natureza contratual, administrativa ou transacional? Vejamos de maneira articulada.

3. NATUREZA JURÍDICA

Ainda não se firmou a doutrina a respeito da natureza jurídica do compromisso de ajustamento. Diversas são as divergências que até este momento cercam o instituto analisado. Alguns juristas tendem a ver nele uma espécie de transação, com características próprias, diversas do negócio jurídico expresso pelos artigos 1.025 e 1.035 do Código Civil, já que não tem como objeto, geralmente, direitos patrimoniais, disponíveis, nem implica, tampouco, em reciprocidade de ônus e vantagens. Outros já o veem, dadas as peculiaridades do instituto, como uma figura jurídica própria, que não se confundiria com a transação (PROENÇA, 2001, p. 124).

Os debates existentes entre esta modalidade de compromisso podem ser seccionados em três correntes básicas de entendimento: a corrente que entende o compromisso como transação bilateral; outra como acordo em sentido estrito; e a que concebe o instrumento como ato administrativo (FERNANDES, 2008, p. 56).

Pois bem, sob este enquadramento teórico é que traçaremos, nas linhas abaixo, a problemática do tema. Destarte, esclarecemos que não pretendemos, aqui, chegar à minudentes pontuações, à medida em que o tema é por demais controverso e complexo. Colimamos sim, apontar os pontos mais notórios das teorias hoje existentes, a fim de que o leitor possa entender a pertinência de fazê-lo, oferecendo meios para chegar às próprias conclusões.

3.1. HIPÓTESE CONTRATUALISTA

Asseveram, em suma, que *na negociação do compromisso, não se discute a disponibilidade do direito material ao meio ambiente, mas a situação periférica de resguardo do mesmo e, por isso, admite negociar prazos e formas de cumprimento, não o direito*

indisponível ambiental (FERNANDES, 2008, p. 57), comportando, neste ponto, o regramento do direito civil, conforme artigo 840 do código civilista.

Esta corrente, portanto, considera que o compromisso possui natureza contratual e bilateral, porém de maneira peculiar, na medida em que seu objeto não cunha indisponível, contrapondo-se ao paradigma utilizado pela lei civil material (direito patrimonial e, portanto, disponível).

A peculiaridade recai sobre a limitação do poder de transigir, uma vez que os legitimados não poderiam dispor de um bem de que não lhes são titulares, sob pena de afronta aos mais comezinhos princípios de direito, dentre eles, a ninguém é dado dispor do que não lhe pertence.

Portanto, a possibilidade da bilateralidade e o variável grau de obrigações mútuas na negociação das cláusulas compromissais tendem a vincular o legitimado em maior ou menor intensidade, aplicando-se, neste viés, o regime jurídico de direito privado somente quanto às condições (principalmente prazos) e ao modo de execução, porém jamais quanto ao seu conteúdo eminentemente indisponível – vale dizer, o bem ambiental em si.

3.2. HIPÓTESE TRANSACIONAL

Esta corrente doutrinária é encabeçada por Akaoui que, de início, nos alerta, *no entanto, ainda que posto pela doutrina como uma forma peculiar de transação, é certo que a nós parece que o compromisso de ajustamento de conduta se insere dentro de outra espécie de um gênero mais abrangente, qual seja, o acordo* (AKAOUI, 2010, p. 67).

Realmente, os acordos nada mais são do que a composição dos litígios pelas partes nele envolvidas, sendo certo que esta composição pode ou não implicar concessões mútuas. Em caso positivo, diante do permissivo legal, estaremos diante do instituto da transação. Em caso negativo, posto que indisponível seu objeto, então estaremos diante do que convencionamos denominar de acordo em sentido estrito. Ambos, portanto, integram o gênero acordo (AKAOUI, 2010, p. 67).

Esta vertente é restrita até mesmo quanto aos prazos e modos de cumprimento da obrigação que devem seguir parâmetros rígidos de controle (FERNANDES, 2008, p. 60), contrapondo-se, aqui, à corrente contratual.

Para esta corrente, tudo estaria previamente fixado, não havendo qualquer possibilidade de discricção do legitimado/tomador, nem mesmo quanto aos prazos e às condições, cujos apontamentos constariam do estudo técnico realizado *in loco*, cabendo ao interessado/compromissário simplesmente aderir às condições e pactuar o termo caso haja interesse. Na eventual hipótese de discordância do interessado, outra alternativa não restaria ao órgão tomador senão a propositura da correlata ação civil pública.

Cumpre-nos, neste lanço, traçar uma analogia com o instituto despenalizador da transação penal que confere, na seara criminal, ao autor de infrações consideradas de menor potencial ofensivo, a possibilidade de se evitar a *persecutio criminis in judicio*, desde que preenchidos os requisitos legais e, quando possível, reparado o dano causado.

Percebam que não há possibilidades de negociação entre o titular da ação penal e o autor dos fatos, cabendo a este simplesmente aceitar as condições oferecidas ou não, suportando, neste caso, os prejuízos advindos com a deflagração da ação penal, diferenciando-se dos institutos alienígenas denominado “plea bargaining” (EUA) e “patteggiamento” (Itália). Efetivamente cumpridas as condições impostas, o autor dos fatos verá sua punibilidade ser declarada extinta pelo Magistrado natural, nos termos do artigo 84, parágrafo único, da Lei nº. 9.099/95.

Evita-se, portanto, a judicialização do conflito, sem que a isso implique confissão dos fatos investigados ou mesmo reconhecimento da responsabilidade penal do autor dos fatos, mas somente visa a evitar os transtornos e desvantagens iminentes ao processo criminal.

Por esta razão concluíram os adeptos da corrente transacional, ser o Compromisso de Ajustamento de Conduta uma espécie civil de transação: inexistem margens para negociações ou mesmo negociações acerca de prazos ou condições; os interessados estão vinculados à proposta ofertada pelo tomador/interessado rigorosamente calcada no estudo técnico apresentado pelo órgão técnico oficial.

Depreende-se, portanto, que ambas as hipóteses (contratualista e transacional) assemelham-se na ideia central: consideram o Compromisso de Ajustamento de Conduta um acordo, divergindo somente no tocante à possibilidade de haver ou não concessões mútuas, sendo tal impossível para a corrente transacional, em vista de não serem eles, os órgãos tomadores/legitimados, titulares do direito lesado (difuso e indisponível).

3.3. HIPÓTESE ADMINISTRATIVISTA

Finalmente chegamos à corrente que substancialmente distingue-se das duas acima perquiridas. O ponto principal abordado pelos adeptos desta senda doutrinária reside justamente no fato dos legitimados a tomarem o compromisso serem exclusivamente entes públicos – lembrando que a própria lei de ação civil pública excluiu as associações civis do rol de legitimados. Surge, naturalmente, a questão: por que, então, não classificá-lo como ato administrativo?

Ora, se os termos do Compromisso emanam de uma vontade do Poder Público (tomador/legitimado) que deve coincidir com a do particular (degradador/compromissário), visando, justamente, ao aperfeiçoamento de direitos ou vantagens, diriam os administrativistas: trata-se de ato administrativo.

Estes atos, embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram na esfera contratual. São e continuam sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de categoria diferente dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente (MEIRELLES, 1999 *apud* FERNANDES, 2008, p. 65).

O principal argumento utilizado é justamente comparar o Compromisso de Ajustamento de Conduta com o denominado “protocolo administrativo”, que é o ato negocial pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou a abstenção de certa conduta, no interesse recíproco da Administração e do administrado signatário do instrumento protocolar. Esse ato é vinculante para todos que o subscrevem, pois gera obrigações e direitos entre as partes. É sempre um ato biface, porque de um lado está a manifestação de vontade d Poder Público, sujeita ao Direito Administrativo e, de outro, o particular ou particulares, regida pelo Direito Privado (MEIRELLES, 1999 *apud* FERNANDES, 2008, p. 65).

Ocorre que, em verdade, esta teoria não apresenta nenhuma característica distinta das duas outras expostas, pois, embora aponte a natureza do Compromisso como de ato negocial, de outro giro, trata com impropriedade o próprio conceito de ato administrativo.

Explicamo-nos. Com efeito, traz características impróprias ao gênero em que¹⁵ se situam, mesclando, no mesmo ato, regimes públicos e privados, pois coloca a Administração sujeita ao direito público e o administrado, ao direito privado, para a formação de um único ato. Admite consensualidade no ato, mesmo reconhecendo que o ato administrativo seja, por definição, uma manifestação unilateral de vontade do Poder Público (FERNANDES, 2008, p. 66).

Verifica-se que os adeptos desta hipótese doutrinária tentam descrever a natureza jurídica do Compromisso a qualquer custo, olvidando-se de tratar os conceitos jurídicos com o rigor técnico necessário à ciência do direito.

E com essas palavras, acabamos por traçar um panorama básico das três principais sendas doutrinárias que tentam identificar a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

4. OBJETO

Em primeiro lugar, a celebração do Termo de Ajustamento visa, na matéria ambiental, a proteger o bem ambiental, de maneira efetiva, por se tratar de direito indisponível. Assim, o legislador, ao possibilitar que os órgãos legitimados tomem Compromisso de Ajustamento de Conduta dos agentes que praticam ou praticaram ato ilícito, pretendeu a célere reparação do dano ambiental, de tal sorte que não há se avançar a possibilidade de disposição do bem lesado.

Dito isto, infere-se que *as obrigações a serem assumidas no título deverão abranger de forma eficiente as medidas necessárias a afastar o risco de dano ambiental ou à reparação do mesmo bem jurídico* (AKAOUI, 2010, p. 102), sob pena de ser inútil ou ineficaz.

Consoante preconiza a própria LACP [Lei de Ação Civil Pública] no dispositivo que prevê a possibilidade de se tomar o ajustamento de conduta, as obrigações deverão ensejar o reenquadramento do interessado às exigências legais, sendo que o ordenamento jurídico, de forma sistemática, certamente não se contenta com a assunção parcial dos deveres necessários para com o meio ambiente, de sorte a mantê-lo íntegro às presentes e futuras gerações (AKAOUI, 2010, p. 102).

Emerge, pois, a impossibilidade de se firmar Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental cujo objeto não abarque integralmente as condutas necessárias à obtenção do resguardo ambiental completo, eis que, mais uma vez salientamos, trata-se de interesse e direito transindividual de caráter indisponível.

Quando as medidas adotadas no ajustamento de conduta se mostrem absolutamente inadequada à efetiva obtenção dos resultados que devam ser alcançados no compromisso, ocorrerá vício insanável que contamina de forma irreversível o título, tornando-o imprestável (AKAOUI, 2010, p. 103), sendo absolutamente possível buscar, junto ao Poder Judiciário, sua nulidade, sob o fundamento de vício insanável por imprestabilidade.

Terá havido, na espécie, a frustração da finalidade visada pelo preceito legal, posto que as obrigações serão inúteis à integral satisfação da ofensa. É a chamada violação ideológica da lei, tal como acontece com o desvio de finalidade. Apenas aparentemente as exigências pelas quais se compromissou o causador do dano mostrar-se-ão suficientes à restauração do dano. É irrelevante, no caso, a determinação da causa geradora do vício. Basta a demonstração da inutilidade das obrigações avençadas ou das condições do seu cumprimento para que se legitime a pretensão quanto à invalidade judicial do compromisso (VIEIRA, 2002, p. 246).

Uma vez compreendida a profundidade jurídica da questão, entremos nos possíveis objetos do Compromisso de Ajustamento de Conduta, a saber: a) obrigação de fazer; b) obrigação de não fazer; c) obrigação de dar coisa certa; d) indenização em dinheiro e; e) compensação por equivalente.

Traça-se, nas próximas linhas, uma explanação quanto às possibilidades acima ventiladas.

a) Obrigação de fazer: nas obrigações de fazer, a prestação consiste num ato do devedor, ou um serviço deste. Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação. Os atos ou serviços, que se compreendem nas obrigações de fazer, se apresentam sob as mais diversas roupagens: trabalhos manuais, intelectuais, científicos e artísticos (MONTEIRO *apud* AKAOUI, 2010, p. 102).

Salta aos olhos, pois, que este tipo de obrigação constitui importantíssimo instrumento de tutela do meio ambiente, na medida em que inserido neste contexto às execuções de projetos tendentes à reparação específica do ambiente degradado,

implementação de obras de contenção, contratação de serviço especializado na reposição de árvores, etc.

b) Obrigação de não fazer: obrigação negativa que tem como escopo principal a abstenção de um fato ou ato, comprometendo-se o devedor a não realizar algo, ou mesmo, aquela em que o devedor assume o compromisso de se abster de um fato, que poderia praticar, não fosse o vínculo que o prende (VENOSA *apud* AKAOUI, 2010, p. 108).

Tais obrigações, portanto, são importantes para a tutela ambiental, eis que tem o condão de, principalmente, fazer cessar a atividade poluidora. Possui cunho preventivo, precaucional, visando à não degradação do meio ambiente.

c) Obrigação de dar coisa certa: o devedor se compromete a entregar ou a restituir ao credor um objeto perfeitamente determinado, que se considera em sua ‘individualidade’ (VENOSA *apud* AKAOUI, 2010, p. 108).

Hipótese pouquíssimamente utilizada nos Compromissos, pois a coisa a ser entregue, geralmente, constitui o próprio bem jurídico lesado, como, por exemplo, no caso de um raro exemplar de espécime endêmico da Mata Atlântica cativo na residência de um empresário de gostos exóticos. No caso, a obrigação seria justamente entregar o animal. É uma obrigação, portanto, *jus ad rem*.

d) Indenização em dinheiro: somente quando não for possível a reparação do dano é que abrirá a possibilidade de indenização daquele em dinheiro, anotando-se que a impossibilidade que ensejará essa medida é a impossibilidade técnica, e não financeira ou de outra ordem qualquer (VENOSA *apud* AKAOUI, 2010, p. 108).

O dinheiro obtido deverá, necessariamente, ser destinado ao fundo de reparação de interesses difusos lesados, nos termos do artigo 13 da Lei. 7.347/1985, regulamentado pela Lei nº. 9.008/95.

Necessário, aqui, trazermos algumas problemáticas, objetos de acirradas disputas doutrinárias e jurisprudenciais. Por primeiro: como aferir o valor do dano ambiental? Vale dizer, quanto vale a destruição, *v.g.*, de cinco alqueires de mata atlântica nativa? Em segundo lugar: é possível a cumulação de uma obrigação de fazer ou não fazer com a fixação de indenização em dinheiro, a título de compensação pelos danos até então causados? O colendo

Superior Tribunal de Justiça tem entendido que sim⁶, sob o argumento de que a recomposição da área degradada, o denominado “reductio and pristinum statum”, ou o saneamento do dano provocado nem sempre ilidem a necessidade de indenização, dando à conjunção “ou” constante no artigo 3º da Lei de Ação Civil Pública o valor aditivo (e não alternativo).

e) **Compensação por equivalente:** visa recompor em favor da coletividade os danos irreparáveis causados ao meio ambiente, com efeito, a compensação por valor equivalente nada mais é do que a transformação do valor que deveria ser depositado no fundo de reparação dos interesses difusos lesados em obrigação de coisa(s) certa(s) ou incerta(s), que, efetivamente contribua na manutenção do equilíbrio ecológico (AKAOUI, 2010, pp. 112/113).

Cumprе ressaltar que esta modalidade de obrigação, nos dias atuais, demonstra ser a mais eficiente, vez que, conquanto o fundo de reparação exista, ainda não há uma política ou mesmo uma instrumentalização para sua utilização, prejudicando, assim, a busca pelo “reductio and pristinum statum”. Enfim, não atendem à finalidade precípua do legislador: preservar e reparar o bem ambiental rapidamente.

Concluimos, portanto, que *na busca do melhor acordo a ensejar a total reparação pelos danos ambientais causados, certamente deverá o legitimado, ao tomar o ajustamento de conduta, levar em consideração as peculiaridades do caso e as possibilidades de compensação que o local comporta* (AKAOUI, 2010, p. 115), elegendo, dentre estas, a que melhor atende ao interesse coletivo na tutela do bem ambiental.

5. LEGITIMIDADE E REQUISITOS

Contrariamente ao que se possa imaginar, não basta ser legitimado a promover a ação civil pública para poder tomar o Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. Isto porque consta da redação do §6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública que *os órgãos*

⁶ Neste sentido, REsp 1.382.999/SC, Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/09/14, REsp 1.227.139/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/04/2012; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011, REsp 1.307.938/GO, Rel. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/09/14, *inter alias*.

públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial [sublinhamos].

Fica evidente, portanto, que o legislador pretendeu retirar – como, de fato, retirou – a possibilidade de as associações civis pactuarem o Compromisso de Ajustamento de Conduta - ainda que tenham legitimidade para promover a ação civil pública.

Grosso modo, poderíamos dizer que estão autorizadas a celebrar compromissos de ajustamento as pessoas jurídicas de direito público interno e seus órgãos, não as sociedades civis, nem as fundações privadas, nem os sindicatos, nem as entidades da Administração indireta, nem as pessoas jurídicas que, posto com participação acionária do Estado, tenham regime jurídico próprio de empresas privadas (MAZZILI, 2008, p. 315).

Não pretendemos, neste artigo, esmiuçar os porquês do legislador ordinário em legitimar exclusivamente os órgãos públicos para firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta. Em apertadíssima síntese, “em passant”, acredita-se que a razão principal reside no princípio constitucional da publicidade (CF, 37) que vincula todos os entes públicos, de modo a fornecer, com isso, meios para o controle externo de seus atos e atividades, seja por outros órgãos (públicos ou privados) ou mesmo pelos cidadãos.

Deste modo, por inexistir publicidade nos atos dos particulares, certamente ocorreriam situações colidentes, como, por exemplo, a pactuação de diversos termos sobre o mesmo objeto ambiental (com condições e prazos diversos), de tal sorte que o Poder Judiciário seria acionado para dirimir a questão. Evitou-se, portanto, expensas desnecessárias ao erário, tanto em seu aspecto econômico, quanto humano e temporal.

Devem, ainda, as obrigações fixadas no compromisso, serem certas, além de se observar *a concreta individualização do direito a que o ato se refere* (DINAMARCO, 1998 *apud* PROENÇA, 2001, p. 131), como exemplo, ao fixar a obrigação de indenizar, deve estar clara a liquidez do título, ou seja, o valor a ser pago, ou, ao menos, os meios para se chegar a ele.

Além do mais, dado que a maciça maioria dos Compromissos avençados possuem como objeto obrigações de fazer e/ou não fazer, obrigatória, *iex vi legis*, a fixação de *astreintes*, também denominadas “cominações” ou “multas cominatórias”, sob pena de nulidade do título, por vício extrínseco em sua formação.

Com efeito, as multas cominatórias constituem pressupostos de validade do título executivo extrajudicial, como bem apontado por Akaoui: *írrito, portanto, o compromisso de ajustamento de conduta firmado sem fixação de cominações, não entrando em vigor no mundo jurídico em face do vício insanável* (AKAOUI, 2010, p. 117).

Se o interessado se compromete a ajustar sua conduta às exigências legais, como o admite a lei, de nada adiantaria a promessa se não houvesse a previsão de penalidade para o caso de descumprimento. A não ser assim, o compromisso rondaria apenas o campo moral. Para haver efetividade jurídica, é obrigatório (e nunca facultativo!) que no instrumento de formalização esteja prevista a sanção para o caso de não cumprimento da obrigação (CARVALHO FILHO, 1999 *apud* AKAOUI, 2010, pp. 115/116).

Grosso modo, estes são os requisitos essenciais do Compromisso de Ajustamento de Conduta que, em última análise, devem subsumir-se àqueles previstos na lei civil geral, por se tratar de título executivo extrajudicial assim definido por lei, em obediência ao princípio da estrita legalidade, acrescentando o instituto ao *numerus clausus* normatizado.

6. EFEITOS (CÍVEL, ADMINISTRATIVO E PENAL)

Como ressabido, a Constituição Federal, em seu artigo 225, §3º, previu a responsabilização tríplice dos degradadores ambientais. Ou seja, pelo mesmo ato lesivo, pode o agente, ser responsabilizado nas três esferas, quais sejam: cível, administrativa e penal; sem prejuízo umas das outras.

Destarte, necessitamos precisar no tempo qual o momento em que o Compromisso passa a surtir efeitos no mundo jurídico, quando as partes nada pactuam neste sentido. Consoante lições de Mazzili, a eficácia do compromisso de ajustamento inicia-se, portanto, no momento em que o órgão público legitimado toma o compromisso, independentemente de qualquer outra formalidade, que a lei federal, aliás, não impôs (MAZZILI, 2008, p. 315).

Sendo o tomador o Ministério Público, o órgão de execução ministerial local obrigatoriamente vincula a eficácia do título à homologação do Conselho Superior a que está vinculado, por força de normas organizacionais próprias.

Na seara cível, em um primeiro momento, a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, de plano, enseja o arquivamento do Inquérito Civil quando objeto

de investigação pelo Ministério Público, nos termos da Súmula nº. 04 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: *tendo havido compromisso de ajustamento que atenda integralmente à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito*, que usamos a título exemplificativo.

Outro efeito cível da pactuação é o impedimento de propositura de ação civil pública que abranja o mesmo objeto contido no TAC, seja pelo próprio órgão tomador, seja pelos demais órgãos colegitimados, de modo a torna-los carecedores de ação por ausência de interesse de agir.

De fato, constituindo o compromisso de ajustamento de conduta título executivo, não haverá qualquer interesse dos órgãos públicos colegitimados a propor ação civil pública para obtenção daquilo que já pode ser executado por meio de documento com força executiva. Seria um verdadeiro *non sense* (AKAOUI, 2010, p. 91).

Por consectário, o terceiro efeito civil do entabulamento do compromisso consiste na extinção da ação civil pública recém proposta que tenha o mesmo objeto, implicando em julgamento do mérito por transação das partes, nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil.

Administrativamente, a celebração do título, para Fernandes, retira do Estado seu poder sancionatório em face do particular que, no mínimo, deixou de observar as normas ambientais, seja por não possuir licença ambiental seja pelo ilícito ser tipificado como infração administrativa. Em outras palavras: *os efeitos administrativos solucionam a questão sancionatória do Estado com a remoção do ilícito, ao passo que os efeitos civis buscam a reparação do dano ou remoção do risco de dano* (FERNANDES, 2008, p. 141).

Em sentido contrário, Akaoui entende impossível deixar de se reconhecer o ilícito, *não se podendo anistiar o ajustante quanto às sanções daquela natureza, aplicáveis por sua conduta de risco ou danosa* (AKAOUI, 2010, p. 92).

Sempre de bom tom que o tomador/compromissário inclua no TAC obrigação para o interessado/compromitente buscar, junto aos órgãos competentes, licenciamento de sua atividade, evitando-se que o Termo de Ajustamento faça às vezes de licença ambiental o que implicaria dizer em eventual transbordo das funções do órgão compromissário, já que nem sempre será ele o competente para expedir a pertinente licença ambiental.

Portanto, contanto que se possibilite a ampliação do ajustamento de conduta a ²² fazer surgir uma área de atuação simultânea, é importante que o órgão tomador do ajuste procure, antes de formular o compromisso, certificar-se da existência de prévia atuação de outro órgão colegitimado. Daí a possibilidade de se chamar os colegitimados para fazerem parte do mesmo compromisso, ou limitar o ajustamento de forma a não colidir com a atuação do outro (FERNANDES, 2008, p. 141).

Traçadas, superficialmente, as diretrizes quanto aos efeitos do Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental nas searas cível e administrativa, passemos a uma breve explanação quanto aos reflexos criminais, anotando, desde logo, a polêmica que envolve o tema, de modo que, tencionamos, neste lanço, traçar, de maneira expositiva, as posições atualmente existentes, agasalhadoras de algumas teorias do direito penal.

Para Milaré, o ajustamento de conduta celebrado no âmbito civil ou administrativo, cujo objeto visou à reparação integral do dano ou à regularização da atividade de risco, pode configurar falta de justa causa para o início da ação penal, causa extintiva de punibilidade ou, até mesmo, uma causa supra legal de exclusão da antijuridicidade (MILLARÉ, 2005, 149).

De outro lado, Akaoui posiciona-se pela independência total entre as três esferas de responsabilidade. Para ele, a responsabilização criminal goza de plena autonomia.

Outra forma de pensar levaria à absurda hipótese de o degradador ajustar-se com o órgão público legitimado e, com isso, afastar sua responsabilidade penal, p. ex., o que seria o mesmo que uma pessoa que pratica homicídio doloso ser isentada da pena em razão de ter efetuado pagamento de indenização à família da vítima. Não há o aniquilamento da justa causa para prosseguimento da investigação criminal ou da ação penal eventualmente já proposta (AKAOUI, 2010, p. 92).

7. VEDAÇÕES AO COMPROMISSO

Ocorre que tal instituto jurídico não se aperfeiçoa de forma livre, ao sabor do compromissário e do comprometente, existindo, por óbvio, algumas restrições quanto ao seu uso: *para poder transigir, é preciso poder dispor do direito material sobre o qual se transige* (MAZZILI, 2008, p. 339).

Como são garantias mínimas e não máximas de responsabilidade do causador²³ do dano a interesses transindividuais, conseqüentemente não podem os compromissos estipular cláusulas limitativas de responsabilidade do comprometente nem impeditivas de acesso dos lesados à jurisdição, e se o fizerem, tais cláusulas serão tidas como não existentes (MAZZILI, 2002, p. 280).

Ademais, em obediência à garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º da Carta Política de 1988, não se pode avançar a impossibilidade de se discutir em juízo os termos pactuados ou mesmo restringir direitos dos órgãos públicos tomadores, sob pena de se violar, inclusive, a própria lógica do instituto jurídico.

Não podem os compromissos incluir renúncias por parte dos compromissários, a quaisquer direitos materiais, de que não são titulares os órgãos públicos legitimados a tomarem os compromissos (MAZZILI, 2002, p. 280).

Em última análise, para Mazzili, não se admite que, nesses compromissos, haja transação quanto ao objeto material do litígio, até porque não têm os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva a disponibilidade sobre o direito material controvertido (MAZZILI, 2002, pp. 339/340).

Conclui-se que as cláusulas do Termo de Ajustamento devem ser fixadas razoavelmente, embasadas em estudos técnicos, fixando-se cominações em caso de descumprimento, contando com a participação do órgão público a quem competiria conceder a correlata licença ambiental, e, sobretudo, que sejam eficientes na tutela do bem ambiental o qual, em última análise, é a razão de ser - e a própria finalidade - da celebração do título.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Homem, comprovadamente, caminha para seu fim. Isso porque após séculos de exploração incessante do meio ambiente, dele retirando, a qualquer custo, toda matéria prima necessária para o desenvolvimento e o progresso das nações, a “racionalidade” do ser humano não se preocupou, no contrafluxo, em criar mecanismos de reposição ou mitigação dos danos irreversíveis causados - sequer cogitou das conseqüências de reiterada conduta eminentemente extrativista.

O Direito é uma ferramenta de pacificação social e, neste mister, deve imprimir²⁴ a efetiva tutela do bem ambiental, sob pena da extinção não só do Homem, como, por consequência, da própria ciência jurídica. “A vida é a motivação de tudo o que a humanidade produz. Motor das atividades, razão última das cogitações. Sem ela nada faz sentido. Na esfera do direito, significativa a expressão bens da vida. O direito existe para quem desfruta desse milagre de existência. Sem o fluxo vital, não interessam regras” (José Renato Nalini).

A sociedade civil e os órgãos públicos não podem permanecer inertes aguardando que o legislador edite normas efetivas e eficazes. O histórico legislativo de nossa República (vide promulgação do novo Código Florestal, verdadeiro retrocesso na tutela ambiental – direito humano), bem como o modo de se fazer política no Brasil, não recomenda que permaneçamos silentes, aguardando providências daqueles que detém significativa parcela do Poder.

Bem verdade que vivemos em um Estado de Direito, ou seja, sob o Império da Lei, e é justamente neste cenário que o Compromisso de Ajustamento de Conduta revela-se um instrumento de ímpar eficácia na tutela verde, ante a cediça burocracia e lentidão da via judicial.

Nesta cadência, especialmente o Poder Judiciário, o Ministério Público e todos os órgãos públicos (legitimados à celebração do Termo de Ajustamento de Conduta) devem, em obediência não só ao comando constitucional como também à tendência dos tratados internacionais afetos aos direitos humanos, promover a tutela do bem ambiental de forma salutar aos nossos pares.

Para isso, à míngua da vigência de normas enérgicas, devem valer-se, dia após dia, de todas as ferramentas que a ciência jurídica oferece (notadamente da hermenêutica e da equidade). Somente assim agindo é que, de fato, cumprirão com suas funções constitucionais, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes a sadia qualidade de vida intrinsecamente ligada ao único bem jurídico absoluto de nosso ordenamento: a dignidade da pessoa humana.

Concluimos que o Compromisso de Ajustamento de Conduta, por todas as suas benesses, constitui um avanço jurídico ainda muito pouco utilizado nos mais remotos rincões do País. Isto porque permite, não cansaremos de reiterar, a resolução rápida e eficaz do litígio ambiental, sem que seja necessário adentrar na morosa via judicial.

Aliás, permite-se que degradador e tomador pactuem as melhores condições, trocando diretamente informações, de modo constante, tornando-se, assim, não rivais em um litígio judicial, mas parceiros na busca da melhor resolução do caso ambiental posto em discussão.

Para o degradador, importante efetivar as medidas avançadas no acordo porque, ao assim agir, ver-se-á livre de figurar no polo passivo de uma demanda proposta no Poder Judiciário com todas as suas inerentes consequências – custas, honorários advocatícios, exposição pública, morosidade.

Já para o tomador, a relevância se mostra no fato de promover, da maneira mais eficiente, a tutela do bem jurídico violado, cumprindo, desta feita, com excelência e eficácia sua função constitucional, contribuindo, assim, neste mister, com a busca do ideal social, estampado na Carta Política de 1988.

Ao nosso sentir, o ordenamento jurídico pátrio, ao contrário do que muitos poderiam imaginar, possui um instrumento alternativo à via judicial extremamente vantajoso na tutela do meio ambiente, revelando-se, portanto, um dos melhores mecanismos - senão o melhor-, no resguardo do meio ambiente, bem jurídico de terceira dimensão, imprescindível para a sadia qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental - Fundamentos, Natureza jurídica, Limites e Controle Jurisdicional*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Justiça em números 2014: ano-base 2013. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Inquérito Civil: Investigação do Ministério Público, Compromissos de Ajustamento e Audiências Públicas*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública, Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco: Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil: Atuação Investigativa do Ministério Público a Serviço da Ampliação do Acesso à Justiça*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A MORAL NA SOCIEDADE

Gabriel Mendes¹

Thais Battibugli²

RESUMO: Obter respostas às perguntas que se encontram latentes no íntimo de cada um, e examinar o que realmente somos, para onde vamos, de onde viemos, porque pensamos, o que é o pensamento, o amor, o conhecimento, dentre outros questionamentos, norteia-nos diariamente mesmo que não percebamos. Não conseguimos viver e se abster da vida e sua real significância. Procuramos diversas respostas fundamentais que se relacionam com nossa existência, a verdade, valores morais e éticos, estéticos, religião, dentre outras. A sociedade periodicamente queixa-se do que lhe é apresentado e lançado, como abusos e episódios cada vez mais espantosos que os meios de comunicação nos empurram garganta abaixo; e infelizmente são poucos os que não deixam que essa digestão de imundície seja absorvida. Isto é, o que fica evidente, é que há a crença de que os valores estão sendo cada vez mais transgredidos por algo que não passa de uma simples resultante do homem, porém a mentalidade alienada não abre os olhos para um novo horizonte.

O homem, em sua existência, por carecer sempre de escolhas, se depara em situações morais marcadas pela dualidade de sentimentos que na falta de um manual entre certo e errado, bem e mal, as consequências são imprevisíveis

PALAVRAS-CHAVE: Moral. Sociedade. Ética.

INTRODUÇÃO

Por sermos animais racionais, a indagação incessantemente traz a luz uma nova questão. “Diferentemente dos outros animais, os homens não são apenas seres biológicos produzidos pela natureza. Os homens são também seres culturais que modificam o estado de natureza, isto é, o modo de ser, a condição natural das coisas, definida pela natureza”³.

É notório que o homem não se cativa por tal propósito em não aceitar como óbvias tudo o que lhe é oferecido. Não conseguem contemplar que “a vida consiste, para nós, em transformar sem cessar em claridade e em chama tudo o que somos e também tudo o que nos

¹ Bacharel em Direito

² Doutora em Ciência Política (USP) e Professora do curso de Direito (UniAnchieta)

³ COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.11

toca”⁴. Antes, apreciam tudo com uma feição de prazeres e supostas alegrias momentâneas.

As nossas raízes de valores morais estão, por cada vez mais, sendo trocadas por uma imoralidade, por um consumismo e de indiferenças.

1. NOSSOS DIAS

Na sociedade atual, não podemos pensar sobre moral à época dos gregos, medievais ou modernos. Talvez por isso se aceita a nomenclatura de pós-modernos. Vemos que ao dissolver os valores deixados pela modernidade, a sociedade gera um universo desprovido de sentido e objetivos, e ainda, da ética sobre a noção do dever e da obrigação.

Para o filósofo francês Gilles Lipovetsky, a sociedade vive uma “*Ética Indolor*”, ou seja, destituída da noção de dever e de imperativos categóricos - o dever de toda pessoa agir conforme os princípios que ela quer expor como exemplo a ser seguido -, bastando-se em valores narcisistas e hedonistas. Contudo, esta ética do pós-dever não resulta a ausência da ética, mas agora, os homens se comprometem, segundo o filósofo, em serem “ávidos por regras justas e equilibradas, mas não de renúncia pessoal... Faz um convite à responsabilidade, mas se exige uma inteira imolação ao próximo, à família ou à nação”⁵.

Uma filosofia que versa sobre um individualismo responsável.

Tal filosofia, entretanto é atacada por um sociólogo polonês. Referimos-nos a Zygmunt Bauman. Este por sua vez, propõe contra o pensamento individualista de Lipovetsky, a ideia de responsabilidade recíproca.

As dimensões filosóficas de Lipovetsky giram entorno do não abandono completo da moralidade, mas sim de sua reelaboração onde os valores são renovados. Assim, tecendo breves palavras, considerado por muitos e atacado por outros muitos, o filósofo alemão Friedrich Wilhelm Nietzsche, em suas obras, aborda o evento por nome de niilismo: o qual vem a ser “a decadência total dos valores tradicionais, das criações e imposições de uma civilização”⁶, podendo ser resumido, em seus escritos, de que “Deus está morto”. Nesse

⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Escala, 2008. p. 19

⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista*. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 26.

⁶ BRAGA, Antonio C. Nietzsche: o filósofo do niilismo e do eterno retorno. São Paulo: Escala, 2011. p. 27.

sentido de Deus estar morto, para o Nietzsche, a moral carece de fundamento. Negando a ideia de um ser absoluto, os valores não teriam mais conteúdo que dê sentido à sua existência de uma forma absoluta e definitiva. Deste modo, seria necessário repensar em novos valores desagregados dos antigos para gerar uma sociedade nova de homens livres e senhores de si. Em poucas palavras, o pensamento niilista de Nietzsche, os valores “se revelam infundados e como tais se aniquilam em sua total inconsistência filosófica”⁷.

Contudo, para Lipovetsky, não é por este motivo – de que se diz que Deus está morto – que os valores e os critérios entre o bem e o mal deixaram simplesmente de existir. A sociedade passa a defender uma ética de traços individuais onde os valores morais não exigem o seu sacrifício e sim uma aderência voluntária.

Em sua visão, a exigência moral cai em descrédito, não dando um ponto final a moral, e sim, que são deixados de lado certos princípios que eram observados no passado. Questiona então: “Será então que a sociedade atual perdeu todos os parâmetros, e estamos entregues as mais completo relativismo em matéria de valores? Sim e não ao mesmo tempo”⁸; se busca uma certa proteção individual.

Complementa ainda, a impossibilidade do ressurgimento do culto ao dever por métodos de pedagogia altruísta, pois esta época de princípios de amor ao próximo foi destruída pelo próprio homem.

Pois bem. Já para Zygmunt Bauman, em sua obra *Vida em fragmentos*, nos apresenta que antes mesmo de qualquer classificação do que seja bom ou mal, a condição do homem é uma escolha moral:

Muito antes de nos ensinarem e de aprendermos as regras de bom comportamento socialmente construídas e promovidas, e de sermos exortados a seguir certos padrões e nos abster de seguir outros, já estamos numa situação de *escolha moral*. Somos, por assim dizer, inevitavelmente – *existencialmente* –, seres morais: somos confrontados com o desafio do outro, o desafio da responsabilidade pelo outro, uma condição do *ser-para*.⁹

⁷ Ibidem.

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 75.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos. Sobre a ética pós-moderna*. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9.

Bauman afirma que antes de assumirmos escolhas entre o bem e o mal, no que nos faz depararmos diante de problemas e dilemas morais, e seja esta escolha por meio de contratos (morais), de cálculos de interesse ou causa, somos portadores de responsabilidades ¹⁰. Todavia, com muita maestria, complementa que essas responsabilidades pelos meios citados, não substituem a responsabilidade moral original. No máximo ocorreria uma ocultação da responsabilidade original, pois “é improvável que tais responsabilidades concretas esgotem e substituam de todo a responsabilidade moral primordial que se esforçam para traduzir num código de regras bem-comportadas” ¹¹.

Em um apanhado, o homem em sua existência no mundo, por carecer sempre de escolhas se depara em situações morais marcadas pela dualidade de sentimentos, e como dissemos que na falta de um manual entre certo e errado, bem e mal, as consequências são imprevisíveis. No entanto, as escolhas a serem tomadas devem envolver decisões que comportem responsabilidades.

Continuemos o raciocínio sob o seguinte aspecto. Ao longo da história da humanidade, o recurso para os homens amenizarem o peso de suas consciências, diante da incerteza moral, foi à religião através da promessa de redenção. “A essência das soluções para a ambivalência moral é lidar com ela em retrospecto, fornecendo meios para equilibrar o peso do fardo de uma escolha errada” ¹². Eis que surge a ideia de responder as questões pela razão prática, que procurou livrar a ambivalência, a dúvida moral. Assim temos que, segundo Bauman, a decisão de medidas práticas da responsabilidade foi transferida do sujeito moral para uma agência de dotada de autoridade ética. Ou seja, como o homem tende a esquivar-se de decisões morais, o transferiu para a religião, para o mercado e instâncias jurídicas.

Essa transferência de responsabilidade moral diante da ambivalência de questões morais é facilmente resolvida pelo Judiciário, como por exemplo, a função do Conselho Nacional de Justiça frente a dirimir questões de cunho ético e moral através de normas jurídicas.

No tempo pós-moderno onde se persiste a autonomia, a passagem da responsabilidade moral por decisões éticas decididas ou impostas pelo mercado ou propriamente o Judiciário,

¹⁰ Ibidem. p. 10.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 10.

¹² Ibidem. p. 12.

transfigura-se em uma medicação. Uma fórmula de sanar a angustia da escolha, E assim, o homem se depara com o fornecimento de regras éticas no bojo da publicidade das empresas.

Observemos: essa mudança que resultou na escolha de buscar no mercado um respaldo ético afastou o desejo de monopólio do Estado em apresentar, segundo Bauman, um “*Sistema Único de Ética*”, como ocorria na modernidade, e agora nos deparamos diante da possibilidade de escolher, dentre vários, um código de ética ofertado com aprovação de especialistas¹³. Vale destacarmos:

Porém, essa metarresponsabilidade privadamente possuída e gerida, sob nova versão, não é uma responsabilidade de dar ouvidos ao instinto moral, nem de seguir um impulso de moralidade, mas de situar a aposta de alguém num padrão ético suscetível de vitória na guerra de promessas de especialistas e/ ou índices de popularidade¹⁴.

Daí, no cenário pós-moderno tais “*especialistas*” em prescrever condutas tendem a aparecer e desaparecerem, reduzindo assim o peso das consequências tomadas – fruto muitas vezes dos meios de comunicação e suas grandes guerras de publicidade e propaganda. Queremos dizer, o padrão ético está suscetível de vitórias e derrotas em promessas de seus especialistas; ocorre uma sucessão de episódios, e nas palavras do sociólogo, “uma vida vivida como uma sucessão de episódios é uma vida não preocupada com as consequências”¹⁵. “Celebremos então o mundo livre das obrigações imaginárias e dos falsos deveres”¹⁶.

Vemos a sociedade assumir uma roupagem pós-moderna de incerteza e relativismo moral, distante de uma moral baseada na responsabilidade. A escolha entre o bem e o mal é centralizada em legislações, mas que dão margem de escolha à disposição do homem.

Em continuidade, Bauman ataca ainda a posição pós-moderna de que a ética exerce apenas uma função de descrever comportamentos. Assim diz que:

A ética não pode se resumir numa descrição do que as pessoas fazem ou creem que devem fazer. Cabe apenas à ética o poder de dizer o que deveria ser ou não feito para o bem de todos. O código de lei ética (que prescreve o comportamento universalmente correto) é traduzido por enunciados de determinações éticas

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 14.

¹⁴ *Ibidem*. p. 15.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

realizadas pelas autoridades dos especialistas em éticas (filósofos, educadores e pregadores)¹⁷.

As normas éticas podem guiar nossa conduta em nossas relações, de maneira em que “possamos nos sentir seguros em nossa presença recíproca, ajudar-nos uns aos outros, cooperar pacificamente e derivar de nossa presença mútua prazer não corrompido pelo medo ou pela suspeição”¹⁸.

Prescrever esse comportamento universal correto, através de pessoas especiais, quais sejam os citados filósofos, educadores e pregadores, impõe de modo ideal a função da ética em separar o bem do mal. Neste foco, como já demonstramos, a situação da pós-modernidade não extingue a ética, e sim lhe aplica uma mudança em seu fundamento. Contudo, “os verdadeiros fundamentos devem ser mais fortes e menos voláteis que os erráticos hábitos das pessoas comuns e suas opiniões notoriamente insalubres e inconstantes”¹⁹.

Portanto, estamos diante de uma moral eticamente infundada, sem propósitos, que resulta uma sociedade apenas de meras expectativas e integrações. Sociedade que não sabem de seus fundamentos éticos morais, não sendo possível oferecer orientação ética e prescrever sobre a moralidade. Defende Bauman, que pós-modernidade vive a “*moralidade sem ética*”, pois a conduta visa a preocupação individualista. “Nessa vida, precisamos de conhecimento e capacidades morais com mais frequência, e com mais urgência, que de qualquer conhecimento das “leis da natureza” ou de capacidades técnicas”²⁰.

Colacionemos o seguinte ponto:

Com o pluralismo de normas (e os nossos tempos são tempos de pluralismo), as escolhas morais (e a consciência moral deixada em sua esteira) surgem-nos intrínseca e irreparavelmente ambivalentes. Os nossos são tempos de ambiguidade moral fortemente sentida. Estes tempos nos oferecem liberdade de escolha jamais gozada antes, mas também nos lançam em estado de incerteza que jamais foi tão angustiante. Ansiamos por guia no qual possamos confiar e sobre o qual possamos nos apoiar, de tal forma que de nossos ombros se possa retirar algo da assombrosa responsabilidade por nossas escolhas. Mas as autoridades, em que podemos confiar, são todas contestadas, e nenhuma parece ser bastante poderosa para nos oferecer o grau de segurança que buscamos. No fim, não confiamos em nenhuma autoridade,

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 22

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. p. 23.

¹⁹ Idem. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 23

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 24

pelo menos, não confiamos em nenhuma plenamente, e em nenhuma por longo tempo: não podemos deixar de suspeitar de qualquer pretensão de infalibilidade. Este é o aspecto prático mais agudo e importante do que justamente se descreve como a "crise moral pós-moderna"²¹

Temos com a brilhante explicação, que a as raízes dos problemas morais em nossos dias procedem de um caráter episódico dos objetivos da nossa vida²². Pode-se dizer ainda, como observa o historiador norte-americano Christopher Lasch, que a sociedade não é mais regida sob um consenso moral²³. A moral não tem mais o real valor, os prazeres momentâneos tornam-se uma máxima e a ética é uma palavra ignorada.

A crise moral de nossos dias significa a ruptura das raízes da época moderna em busca da racionalidade, onde hoje a visão da sociedade está no abandono de ideias que não lhe proporcionam uma emancipação²⁴, e que as responsabilidades possam sempre ser amparadas em um terceiro alheio ao sujeito moral.

Valores hoje é uma palavra que não pode ser simplesmente esquecida sem antes passar por um processo crítico. O professor Jose Renato Nalini, expõe de forma muita clara e objetiva, o seguinte aspecto:

A humanidade precisa, urgentemente, de gente capaz de pensar. De filósofos no sentido mais singelo de amigos da sabedoria. De poetas que emprestem sentimento à efêmera trajetória pelo planeta. De seres humanos mais sensíveis, pois a sensibilidade é algo que se não adquire paralelamente à erudição.²⁵

Na obra “Crise de valores ou valores em crise?”, o professor Yves de La Taille explica que Psicologia Moral é a “área de estudo dos processos psicológicos que levam um indivíduo a legitimar regras, princípios e valores morais”²⁶. Nela, seus autores propõem a reflexão se em nossos dias vivemos uma crise de valores ou estamos com os valores em crise. Com isso, o termo que nos diz “crise de valores” remete ao que estamos tratando justamente ao longo desse trabalho: a ideia de que os valores estão cada vez mais desaparecendo, se

²¹ Idem, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997. p. 28.

²² Idem. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 19.

²³ LASCH, Christopher. *A Cultura do narcisismo*. Rio de Janeiro: Imago, 1983. p. 15/17.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 38.

²⁵ NALINI, Jose Renato. *Por que Filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Ed. 2010. p. 17.

²⁶ DE LA TAILLE, Yves; MENIN, Maria Suzana De Stefano (orgs): *Crise de valores ou valores em crise?* Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 09.

ausentando, se apartando da sociedade. De contrapartida, “valores em crises” carrega a ideia na qual os valores não desapareceram, e sim, que apenas sofrem de mudanças quanto suas interpretações²⁷.

Toda a formação de valores que assim tanto nos anseia presenciarmos, de acordo com La Taille, advém de nossos sentimentos que integram a nossa personalidade, pois a “formação de valores morais ou éticos depende de algo da tomada de consciência do dever: depende de uma motivação interna para ação, chamada de sentimentos”²⁸; e sentimentos estes, que integram a busca por uma vida boa a uma hierarquia de valores que se conservam.

Assim, a definição do que é um valor segundo Jean Piaget: “um valor pode ser definido como um investimento afetivo que nos move ou que nos faz agir”²⁹; ou seja, nas relações pessoais encontraremos sempre a investidora da pessoa em determinada ação ou ideia.

Logo, vamos presenciar algo mais, ou menos valorizado por cada um. “Determinado objeto tem um sentido para o sujeito e é investido pelos afetos que lhe conferem valor positivo ou negativo”³⁰. Teremos então que os valores podem ser morais e não morais e ainda sim farão parte da estrutura do valor que uma pessoa dá a si mesma, qual seja a autoestima e autorrespeito³¹. Vejamos:

(...) autoestima consiste em ter consciência de ser bom em suas capacidades; no entanto, essa valorização de si próprio é constituída de representações positivas de si, que são estranhas ou até mesmo contrárias à moralidade (valores não-morais). Para se tornar autorrespeito é preciso que a autoestima ou a valorização de si próprio incida sobre os valores morais.³²

Torna-se irônico a capacidade que existe hoje em se abster dos princípios e valores, em que muitos se esforçaram para alcançar e obter uma sociedade justa com igualdades, e

²⁷ DE LA TAILLE, Yves; MENIN, Maria Suzana De Stefano (orgs): *Crise de valores ou valores em crise?*Porto Alegre: Artmed, 2009.

²⁸ Ibidem. p. 17.

²⁹ Idem. Apud: PIAGET, J. El psicoanálisis y sus relaciones con la psicología del niño. In: DELAHANTY, G. PERRES (comp). *Piaget el psicoanálisis*. México: Universidade Autónoma Metropolitana, 1994. p.181-290. Originalmente publicado em 1932.

³⁰ DE LA TAILLE, Yves; MENIN, Maria Suzana De Stefano (orgs). Op. Cit.

³¹ Idem. p.18.

³² DE LA TAILLE, Yves; MENIN, Maria Suzana De Stefano (orgs): *Crise de valores ou valores em crise?*Porto Alegre: Artmed, 2009. Pag 18.

taxar um modo individualista de se viver onde cada um constitui o que deve ser priorizado, ou seja, temos como resultado uma sociedade cada vez mais alienada que se deixa conquistar por qualquer prazer sem fim.

Trazemos dentro de nós princípios e bases para sobreviver ao meio da grande selva “sociedade”. Uma herança de si mesmo, segundo Carlos Bernardo González Pecotche. Vamos analisar o seguinte ponto:

No campo de análise, os valores podem surgir como um estatuto fundamental na explicação da estabilidade e coerência das sociedades ou das mudanças sociais ou podem surgir como “fenômenos reflexos” das infraestruturas da sociedade. O valor exprime uma relação entre as necessidades do indivíduo (respirar, comer, viver, posse, reproduzir, prazer, domínio, relacionar, comparar) e a capacidade das coisas e de seus derivados, objetos ou serviços, em as satisfazer. É na apreciação desta relação que se explica a existência de uma hierarquia de valores, segundo a urgência/prioridade das necessidades e a capacidade dos mesmos objetos para as satisfazerem, diferenciadas no espaço e no tempo.³³

Conforme exposto, para González os valores exprimem uma relação de necessidade com a capacidade em poder satisfazê-los. É certo que não somos objetos de uma máquina que nos fez todos iguais, há e sempre haverá de existir a controvérsia de pensamentos e atitudes, o que em um certo ponto é bom e necessário que exista. Porém, o que queremos trazer neste ponto, se traduz ao aspecto do processo de evolução que a sociedade passou ao longo dos anos e está passando.

A falta de um planejamento familiar, de um governo eficiente, de homens e mulheres comprometidos, de uma família estruturada, contribuiu com o passar dos anos, com aquilo o que realmente era uma escala hierárquica de valores. Quando deixamos de transformar nossas falhas e erros em novas forças, e passamos a nos acomodar, estamos criando novas prioridades, uma nova moral e uma nova ética. A vida tem um valor. Ou seja, o que é prezado e transformado em valores transforma a sociedade simplesmente em pessoas egocêntricas.

Há uma busca tão somente em valores de meio e não de fim, pois o amor ao próximo não mais é prezado. A busca, talvez equivocada, dos valores de meio é tanta que suprime o que realmente se deseja.

³³ Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Valor_\(filosofia\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Valor_(filosofia))> Acessado em: 22/07/2013.

Enquanto permanecermos alheios à realidade do trabalhar de si mesmo, um processo de evolução consciente, não vamos chegar a lugar algum, e assim explica Gonzáles que o homem “viverá às escuras a respeito de tão vantajosa possibilidade, e lutará e se debaterá num mar de complicações, sem encontrar solução para o grande problema de sua existência”³⁴.

Devemos dar prioridade para aquilo que realmente nos faz refletir e nos torna verdadeiros seres humanos, com pensamentos humanos, com atitudes humanas, como humanos que sofrem constantes mudanças, que se adapta a cada dia com a chegada de novos colonizadores, mas que traz consigo um amor real, capaz de transformar o sofrimento em esperança, a alegria em compartilhamento, a vida em uma vida real, real o bastante para não se deixar levar como uma garrafa vazia no mar em que as águas traçam o seu destino. Quando sairmos da visão periférica perceberemos que o real valor da vida, do trabalho, do estudo, vai muito além do capitalismo radical; iremos de encontro com um amor sincero e honesto em sua existência.

Finalizamos com o seguinte trecho de uma poesia:

(...)
Sinto vergonha de mim
por ter feito parte de uma era
que lutou pela democracia,
pela liberdade de ser
e ter que entregar aos meus filhos,
simples e abominavelmente,
a derrota das virtudes pelos vícios,
a ausência da sensatez
no julgamento da verdade,
a negligência com a família,
célula-Mater da sociedade,
a demasiada preocupação
com o 'eu' feliz a qualquer custo,
buscando a tal 'felicidade'
em caminhos eivados de desrespeito
para com o seu próximo.³⁵
(...)

Vemos que Rui Barbosa expressa de maneira sem igual em seus versos, que traz por título “Sinto vergonha de mim”, algo que as pessoas deixaram escapar por suas mãos não

³⁴ GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *A herança de si mesmo*. São Paulo: Logosófica, 8ªEd. 2012. p. 28.

³⁵ Disponível em: <<http://ocantodomeusentir.blogspot.com.br/2009/05/sinto-vergonha-de-mim.html>> Acessado em: 22/07/2013.

dando o real e tão abordado valor.

CONCLUSÃO

Concluimos com o presente artigo que a crise moral de nossos dias significa a ruptura das raízes da época moderna em busca da racionalidade, onde hoje a visão da sociedade está no abandono de ideias que não lhe proporcionam uma emancipação, e que as responsabilidades possam sempre ser amparadas em um terceiro alheio ao sujeito moral.

Vemos nos principais aspectos de nossos dias que não basta apenas ser um mundo desenvolvido se não houver progresso moral baseado no amor ao próximo, não deixando que o individualismo se torne mais forte do qualquer outro pensamento.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos*. Sobre a ética pós-moderna. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Ética pós-moderna*. Tradução: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BRAGA, Antonio C. Nietzsche: o filósofo do niilismo e do eterno retorno. São Paulo: Escala, 2011.

COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE LA TAILLE, Yves; MENIN, Maria Suzana De Stefano (orgs): *Crise de valores ou valores em crise?* Porto Alegre: Artmed, 2009

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *A herança de si mesmo*. São Paulo: Logosófica, 8ªEd. 2012.

LASCH, Christopher. *A Cultura do narcisismo*. Rio de Janeiro: Imago, 1983.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista*. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

NALINI, Jose Renato. *Por que Filosofia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Ed. 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Escala, 2008.

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Valor_\(filosofia\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Valor_(filosofia))

<http://ocantodomeusentir.blogspot.com.br/2009/05/sinto-vergonha-de-mim.html>

EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Lucas Santana de Araújo¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: Este artigo estuda as excludentes de ilicitude. Inicialmente, o trabalho aborda algumas questões teóricas gerais sobre o crime, para então tratar da ilicitude e da antijuridicidade, diferenciando-se os institutos e em seguida analisando as excludentes da ilicitude. Destaca ainda as consequências do excesso de justificativas. A partir de então analisa as causas legais de excludente de ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Feito isso, aborda-se as causas supralegais de excludente de ilicitude destacando o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta diversa.

PALAVRAS-CHAVE: Antijuridicidade. Crime. Ilicitude. Justificativas.

ABSTRACT: The paper studies the causes of exclusion of illegality. Initially, the paper discusses some general theoretical questions about the crime. It then deals with the illegality and unlawfully, differentiating the institutes and then analyzing the causes of exclusion of illegality. The paper also highlights the consequences of the excess of justifications. Further, the paper addresses the legal grounds for excluding the unlawfulness, as such: the state of necessity, the self-defense, the strict compliance of statutory duty and the regular exercise of law. Next, the paper addresses the supralegal causes of exclusion of illegality highlighting the consent of the victim and the unenforceability of different conduct.

KEYWORDS: Unlawfully. Crime. Illegality. Justifications.

1. O CRIME

O Código Penal não define o crime, diversamente, sua definição é deixada a cargo da elaboração da doutrina. Nesta, tem-se procurado definir o ilícito penal sob três aspectos

¹ Bacharel em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta e Advogado.

² Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

diversos. Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal de fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e se examinado as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal³

O conceito material corresponde a um conceito mais abrangente, vez que analisa se o bem jurídico tutelado na norma penal, realmente deve ser tutelado por um ramo do direito cujas sanções são tão graves, cominando, a restrição de liberdade como pena. Assim sendo, todos os tipos penais devem encontrar algum fundamento social e real, para que possam estar inseridos no ordenamento jurídico-penal⁴.

O conceito formal de crime permite que o Estado se vale da arbitrariedade para incriminar as condutas que bem entender, sem a preocupação de explicar à sociedade os motivos que o levaram à incriminação de dada conduta, enquanto que o conceito material exige que o Estado apresente uma justificativa da incriminação da conduta, demonstrando que o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal, corresponde a um bem de grande importância, merecendo vigorosa proteção jurídica⁵.

Em um sentido vulgar, crime é um ato que viola uma norma moral. Conforme Mirabete, sobre o aspecto formal conceitua-se crime como sendo o fato humano contrario a lei. Ainda conforme o referido autor, crime é qualquer ação legalmente punível; Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena. Crime é uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena⁶.

Capez, por sua vez, define crime como sendo aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não⁷. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.33.

⁴ OLIVEIRA, 2004, p.19.

⁵ Ibid., p.19-20.

⁶ MIRABETE, 2014, p.33.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 18. ed. Vol. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263.

2. ILICITUDE E ANTIJURIDICIDADE

O sistema punitivo do Estado tem como finalidade a tutela jurídica de bens e valores da vida social por meio da proibição de determinados comportamentos, bem como a imposição de outros, que a lei descreve nos diferentes tipos de delito.

O injusto penal é tomado com referência ao conceito analítico do delito e está constituído pela junção da tipicidade e da ilicitude. Esta é a contrariedade entre a realização do fato típico com o ordenamento jurídico, como um todo, resumindo-se na ausência de causas excludentes da ilicitude⁸. Uma ação típica, desse modo, será ilícita, salvo quando justificada pelo Direito.

A antijuridicidade é um comportamento contrário ao direito em que há lesão a um bem juridicamente protegido. Essa lesão não deve ser entendida em sentido naturalístico, como sendo causadora de dano material a um bem juridicamente tutelado, mas como ofensa a um valor jurídico que a norma deve proteger⁹.

Dessa maneira, para que se tenha um crime, faz-se necessária uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão), conduta esta que deve estar descrita na lei como infração penal (tipicidade), contrária ao ordenamento jurídico (antijuridicidade) e ainda que seja culpável.

A ilicitude, por sua vez, consiste na relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de maneira a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado¹⁰.

Todo o tipo legal de crime contém em seu bojo a ideia de ilicitude, que corresponde a uma qualidade de todo e qualquer tipo. Na realidade, os tipos legais de crime, que corresponde à descrição da conduta proibida, com seus elementos objetivos, subjetivos e normativos, com os quais ocorre a tipicidade, em princípio, são ilícitos. A junção entre tipicidade e ilicitude dá a noção de injusto penal. Portanto, o injusto penal corresponde ao fato típico e à sua ilicitude¹¹.

⁸ VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Curso de Direito Penal - Parte geral**. Curitiba: Juruá, 2011, p.257.

⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal. Volume I - Parte geral - Arts. 1º a 120**. 10. ed., rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2014, p.197.

¹⁰ TOLEDO, 2002, p.163.

¹¹ OLIVEIRA, 2004, p.53.

A ilicitude, assim, é a contrariedade entre a realização do fato típico e a norma.

Diante do exposto, é possível, então, concluir que, a conduta típica apresenta-se, na maioria das vezes, como sendo uma conduta antijurídica, ou seja, viola a ordem jurídica mediante a realização do tipo.

2.1 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes da ilicitude consistem em normas permissivas, ou ainda tipos permissivos que excluem a antijuridicidade da conduta pelo fato de permitirem a prática de determinado fato típico.

Pode-se dizer que toda ação típica é uma ação ilícita, salvo nos casos em que a mesma for justificada, apresentando tal justificativa fundamento em uma norma permissiva ou autorizante, tornando lícita a prática de uma conduta proibida, bem como lícita a não realização de uma conduta obrigatória.

Para parte da doutrina, para a configuração das causas de justificação, existe a necessidade de conhecimento da situação justificante e a vontade da sua prática. Caso contrário, há fato ilícito. Vidal cita os seguintes exemplos citados por doutrinadores: o agente atira em um inimigo, sem saber que este se encontra prestes a atingi-lo, com uma arma, que levava oculta por baixo do, sobretudo; o sujeito mata o ladrão, que estava à porta de sua casa, após nele atirar, convicto de que se tratava de um policial que iria prendê-lo; o autor, em local ermo, atira em um inimigo, desejando matá-lo, ficando provado que o atingido estava prestes a estuprar e matar uma mulher desfalecida, que para o local havia levado à força¹².

Todavia, para Vidal, as situações excludentes da ilicitude têm validade objetiva, isto é, independem do conhecimento do agente no sentido de que está agindo sob o abrigo de qualquer causa de exclusão do delito¹³.

A conduta, assim, para estar justificada, não requer o conhecimento pelo agente da situação justificante, sendo suficiente o seu reconhecimento pelo próprio ordenamento, o que não está a depender de qualquer coeficiente subjetivo daquele que pratica o fato.

¹² VIDAL, 2011, p.259.

¹³ Ibid., p.259.

2.2 CAUSAS DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

As causas de exclusão de ilicitude podem ser causas legais ou causas supralegais. As causas supralegais consistem naquelas não previstas em lei, porém que excluem a ilicitude, tendo em vista a aceitação da conduta pela sociedade.

O art. 23 do Código Penal dispõe que não haverá crime quando o agente praticar o fato em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Diz, ainda, o mesmo artigo que em qualquer dessas hipóteses o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo. De acordo com o Código Penal o sujeito pode praticar um fato típico sem que tenha cometido delito. Isso ocorrerá quando o agente praticar uma conduta típica, mas amparado por uma dessas causas que excluirá a ilicitude de seu ato¹⁴.

2.2.1 EXCESSO DE JUSTIFICATIVAS

Para que o agente tenha em seu favor as justificativas previstas no art. 23 do Código Penal, não poderá ultrapassar os seus limites, quando elas desaparecerão e ocorrerá o excesso, que pode ser doloso ou inconsciente (ou involuntário).

Assim, haverá o excesso doloso ou o inconsciente quando o agente utilizar meios desnecessários ou imoderados. Como meio necessário deve ser entendido aquele suficiente e que o agente tinha à sua disposição para a salvaguarda de um bem juridicamente protegido ou exercício de um direito¹⁵.

Ocorrerá o excesso doloso ou consciente quando o agente, que inicialmente agia amparado por uma justificativa, continua a agir, mesmo tendo consciência da desnecessidade ou imoderação de sua conduta. Esse excesso leva o agente a responder pelo fato praticado a título de dolo (art. 23, parágrafo único do CP).

Por outro lado, ocorrerá o excesso inconsciente (ou involuntário), quando o agente, que inicialmente agia amparado por uma justificativa, por erro, continua a agir, sem portar a

¹⁴ SILVA, 2014, p.198.

¹⁵ Ibid., p.199.

consciência da desnecessidade ou imoderação da continuação de sua conduta. Existindo o excesso inconsciente, deve ser verificado se ele deriva de erro de tipo ou de proibição¹⁶.

Se o excesso inconsciente deriva de erro sobre os pressupostos de fato da excludente de ilicitude, trata-se de erro de tipo (art. 20, § 1º, do CP). Se invencível, exclui-se o dolo e culpa; caso vencível, surge o excesso culposo, respondendo o agente por delito culposo, com fundamento no art. 23, parágrafo único, parte final, combinado com o art. 20, § 1º, 2ª parte, ambos do Código Penal.

3 – AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE LEGAIS

Conforme já visto, o Código Penal Brasileiro em seu artigo 23 adota a expressão “não há crime”, quando o agente comete a conduta mediante o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Além desses tipos permissivos contidos na Parte Geral do Código Penal, existem outros, esparsos pelo próprio Código, na sua Parte Especial, do que são exemplos o aborto de estuprada ou o aborto necessário (art.128, I e II do CP); a coação para impedir suicídio e a intervenção médica sem o consentimento do paciente, para afastar iminente perigo de vida (art. 146, § 3º do CP).

Outros casos estão no art. 142 do CP. A Parte Geral e Especial do Código Penal ou as leis extravagantes não esgotam, porém, todas as hipóteses de causas excludentes da ilicitude.

3.1 O ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade vem definido pelo art. 24 do Código Penal como:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

¹⁶ Ibid., p.200.

Mirabete define o estado de necessidade como sendo uma conduta lesiva praticada para afastar uma situação de perigo, contudo não é qualquer situação de perigo que admite a conduta lesiva, assim como não é qualquer conduta lesiva que pode ser praticada na situação de perigo¹⁷.

O perigo deve ser atual ou iminente, isto é, deve estar acontecendo naquele momento ou prestes a acontecer, assim, nas hipóteses em que o perigo for remoto ou futuro, não há o estado de necessidade. Ademais, o perigo deve ameaçar um direito próprio ou um direito alheio. Desse modo, o bem ameaçado deve estar protegido pelo ordenamento jurídico.

O perigo não pode ainda ter sido criado voluntariamente, ou seja, aquele que deu causa a uma situação de perigo não pode invocar o estado de necessidade para afastá-la, assim como aquele que gerou o perigo com dolo não age com estado de necessidade uma vez que o mesmo possui o dever jurídico de impedir o resultado, diferente, contudo nas hipóteses em que o perigo foi provocado culposamente, podendo então o agente se valer do estado de necessidade¹⁸.

Igualmente, aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade, devendo o mesmo afastar a situação de perigo sem lesar qualquer outro bem jurídico.

Segundo Oliveira, é importante destacar que a razoabilidade e a importância dos bens jurídicos contrapostos precisam ser levadas em consideração para que se justifique o estado de necessidade.

O § 2º do art. 24 apresenta hipótese em que a exclusão de ilicitude na modalidade de estado de necessidade não seja admitida. Trata-se de uma causa de diminuição de pena, que incide quando se sacrificou um bem jurídico mais relevante em relação ao bem jurídico que foi salvo. Verifica-se daí que, além da inevitabilidade do sacrifício de um dos bens jurídicos em colisão, ainda se exige que haja razoabilidade e ponderação do bem que foi sacrificado em relação ao bem que foi salvo¹⁹.

O estado de necessidade enseja também a inevitabilidade do comportamento lesivo, isto é, apenas deverá ser sacrificado um bem no caso de não haver outro modo de afastar a situação de perigo.

¹⁷ MIRABETE, 2014, p.188.

¹⁸ Ibid., p.72.

¹⁹ Ibid., p.72.

3.1.1 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

Silva elenca os requisitos do estado de necessidade²⁰, a saber:

a) Situação de perigo atual ou iminente: embora a lei fale em “perigo atual”, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o perigo iminente também é englobado pelo estado de necessidade;

b) Ameaça ao direito próprio ou alheio: não é somente a vida que dá ensejo ao estado de necessidade, mas qualquer bem tutelado pelo Direito Penal. A ameaça pode abarcar direito do agente ou de terceiro;

c) Involuntariedade do perigo: não pode alegar estado de necessidade quem foi o causador do perigo;

d) Inevitabilidade do perigo: só poderá o agente agir em detrimento do direito alheio desde que não exista outra forma de evitar o perigo. Sendo necessário o sacrifício do direito de terceiro, poderá ocorrer o estado de necessidade;

e) Inexigibilidade do sacrifício do bem jurídico ameaçado: deve ser verificada qual a importância dos interesses em litígio para que dê ensejo à justificativa. Alguém só poderá agir em estado de necessidade desde que o bem ameaçado seja de maior ou igual valia ao sacrificado;

Porém, caso o bem ameaçado seja de menor valia do que o sacrificado, não haverá estado de necessidade e o ato será antijurídico. Nesse caso, entretanto, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP).

f) Conhecimento da situação de estado de necessidade: há exigência de que o agente saiba que está agindo em estado de necessidade. É o elemento subjetivo necessário nas excludentes de ilicitude;

g) Dever legal de enfrentar o perigo: em determinados casos, a lei atribui a certas pessoas o dever legal de enfrentar o perigo, como aos bombeiros e policiais. Essas pessoas não podem alegar estado de necessidade, observando-se, porém, que não é exigido delas o dever de morrer, mas apenas de evitar o perigo quando possível fazê-lo sem o sacrifício de suas próprias vidas (art. 24, § 1º, do CP);

²⁰ SILVA, 2014, p.202-203.

3.1.2 ESPÉCIES

Segundo Silva, o estado de necessidade pode ser²¹:

- a) próprio: quando o interesse pessoal é que está em perigo;
- b) impróprio: quando o interesse de terceiro é que está em perigo;
- c) real: está realmente acontecendo o perigo. É excludente da ilicitude;
- d) putativo: o agente imagina por erro que está agindo em estado de necessidade.

Cuida-se de hipótese de erro de tipo ou de proibição;

Como em qualquer justificativa, poderá ocorrer o excesso doloso ou o inconsciente. O sujeito agirá com excesso quando extrapolar os meios de execução, empregando-os de forma desnecessária ou imoderada.

3.2 A LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa está contemplada no art. 25 do Código Penal que assim dispõe verbis “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

A legítima defesa representa assim um dos principais meios de autotutela regulados no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando Bittencourt que:

O reconhecimento por parte do Estado sobre a sua impossibilidade de solução de todas as violações da ordem jurídica, vinculada ao objetivo deste de não constranger a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação. possibilita, de modo excepcional, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, configurando-se com isso a legítima defesa²²

Desde que seja necessária, poderá ser empregada para repelir ataque a qualquer bem juridicamente protegido, como a vida, propriedade, liberdade sexual, honra, entre outros, sempre nos limites da razoabilidade.

²¹ SILVA, 2014, p.203.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 20 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p.325.

3.2.1 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Os requisitos da legítima defesa já vêm discriminados no próprio art. 25 do Código Penal que diz: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Faltando qualquer um deles a legítima defesa estará afastada ou poderá ocorrer o excesso doloso ou o inconsciente.

a) Agressão injusta: o agente, para que aja em legítima defesa, deve demonstrar que foi lançada contra si uma agressão injusta e, que para repeli-la, foi obrigado a lançar outra agressão contra o seu ofensor. A agressão será injusta quando for contrária ao ordenamento jurídico e colocar em risco um bem juridicamente protegido. Nesse caso, o titular desse bem poderá agir na defesa de seu patrimônio jurídico, tais como a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio etc.²³

Conforme Capez, agressão injusta é aquela contrária à lei. Trata-se, assim, de agressão ilícita. Não se exige, contudo, que a agressão injusta necessariamente seja um crime.²⁴

b) Direito atacado ou na iminência de ataque: o direito a ser protegido deverá estar sendo atacado (agressão atual) ou prestes a o ser (agressão iminente)²⁵.

A agressão pode ainda ser atual ou iminente. Não cabe legítima defesa contra agressão passada ou futura ou ainda nas hipóteses onde há promessa de agressão.

Não há que se falar em legítima defesa de ataque pretérito, quando ocorrerá vingança, não amparada pelo Direito Penal. Como o fundamento da legítima defesa é repelir um ataque e proteger um bem jurídico, se este já foi lesado, não há mais o que defender. Qualquer agressão posterior ao injusto ataque não é amparada pelas excludentes de ilicitude, vez que ilícita²⁶.

²³ SILVA, 2014, p.204.

²⁴ CAPEZ, 2014, p.272.

²⁵ SILVA, 2014, p.204.

²⁶ SILVA, op.cit., p.204.

c) Direito próprio ou alheio: qualquer direito protegido pela lei pode alicerçar a legítima defesa. E esse direito pode ser de quem age em legítima defesa ou de terceiro. Fala-se, assim, em legítima defesa própria ou imprópria (ou de terceiro)²⁷.

d) Emprego de meios necessários: Os meios necessários consistem na utilização dos meios menos lesivos à disposição do agente no momento da agressão. Já a moderação consiste no emprego do meio necessário dentro dos limites para conter a agressão. Desta forma, apenas quando se tornar evidente a intenção de agredir e não a de se defender caracterizar-se-á o excesso.

Ademais, assim como se viu no estado de necessidade, também na legítima defesa deve-se observar também a proporcionalidade dos bens ofendidos tendo em vista que, além da necessidade de proporcionalidade de meios, é preciso que os bens contrapostos também sejam proporcionais.

e) Moderação: Com efeito, na legítima defesa, exige-se o uso moderado dos meios para repelir a agressão injusta. Meio moderado é aquele que, achado o meio necessário, deverá ser utilizado de forma a não ultrapassar os limites razoáveis para proteger o bem jurídico tutelado. Agindo imoderadamente, desaparece a legítima defesa e surge o excesso doloso ou o inconsciente²⁸.

f) Consciência da necessidade da repulsa: trata-se do elemento subjetivo em que se exige do agente que saiba que está se defendendo de um ataque e agindo em legítima defesa²⁹.

3.2.2 ESPÉCIES

A legítima defesa pode ser putativa, subjetiva e sucessiva.

A legítima defesa putativa, como as demais discriminantes imaginárias, consiste em uma forma especial de erro com relevância jurídico-penal. O agente possui uma percepção errônea da realidade, sendo ainda que essa falsa representação coincide com o elemento do tipo penal incriminador.

²⁷ Ibid., p.204.

²⁸ SILVA, 2014, p. 205.

²⁹ SILVA, op.cit., p.205.

É o que acontece, por exemplo, quando alguém, diante de um gesto brusco da vítima, com quem trava discussão, supõe que esta sacará uma arma e atira, errando sobre a legítima defesa. Aqui o erro não recai sobre o tipo incriminador, contudo sobre o tipo permissivo³⁰

A legítima defesa subjetiva consiste no excesso cometido por um erro plenamente justificável.

A legítima defesa sucessiva consiste na repulsa contra o excesso, sendo então desencadeamento de atos, os quais, mesmo de, pois de extinto o perigo ou ameaça injusta, há continuidade da agressão.

3.3 O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O estrito cumprimento do dever legal consiste num dever emanado da lei ou regulamento. Por outro lado, o dever que se cumpre é aquele dirigido a todos os agentes, ou seja, na hipótese em que houver uma ordem específica a um agente, não há o estrito cumprimento do dever legal, porém obediência hierárquica³¹.

No caso do estrito cumprimento do dever legal, o agente cumpre o que lhe é determinado pelo ordenamento jurídico. O dever legal provém da lei, do decreto, da portaria, do regulamento etc. O fato praticado permanece típico, porém, é excluída a sua ilicitude, em razão do que não há crime.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Oficial de Justiça cumpre mandado de prisão contra criminoso, bem como no caso do Delegado de Polícia que, relatando inquérito policial, faz menção à conduta social desabonadora do indiciado³².

Embora essas condutas sejam típicas, não são antijurídicas. Isso porque o sujeito está agindo de acordo com o estabelecido pela própria lei. Sendo a conduta do agente determinada pela própria lei, não pode ser punido por obedecê-la.

A excludente pressupõe uma relação de direito público, não ficando excluída nos casos em que o particular exerça função pública (jurado, perito, comissário de menores, testemunha etc.)³³.

³⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.259.

³¹ MIRABETE, 2014, p.191.

³² VIDAL, 2011, p. 266.

³³ VIDAL, 2011, p.266.

Todavia, o agente deverá agir estritamente dentro dos limites legais. Se assim não o fizer, incorrerá em excesso ou haverá outro crime qualquer. Como exemplo, o policial que alveja o ladrão em fuga e pelas costas, que não representava perigo, atuará com abuso e cometerá o ilícito. Do mesmo modo, o policial que algema o criminoso de modo a machucá-lo desnecessariamente.

Por fim, é bom frisar que tal como no estado de necessidade, onde se exige que haja uma equivalência entre os bens jurídicos para que se admita o sacrifício de qualquer deles, indistintamente, e, na legítima defesa, em que se exige o uso moderado para repelir a injusta agressão, assim também no estrito cumprimento do dever legal, o agente deverá observar se a sua conduta no cumprimento do dever legal é a tão somente necessária e suficiente para que o dever a ele imposto seja cumprido.

3.4 O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO

O ser humano sempre viveu em sociedade e, por isso, deve observar o regramento existente a fim de que o grupo não pereça. O Estado, como ente legiferante, é o responsável pelo ordenamento da sociedade. É o Estado que estabelece o que é permitido e o que é proibido por meio de leis, decretos, portarias etc. Em regra, o que não é proibido normativamente é permitido³⁴.

Caso o homem aja de acordo com o regramento estatal, que tanto pode ser penal quanto extrapenal, não poderá cometer crime nenhum, uma vez que o Estado é quem permite assim conduzir-se. Essa observância ao sistema jurídico em geral é o exercício regular de direito.

O exercício de um direito não configura um fato ilícito, contudo, se a pretexto de exercer um direito, houver intuito de prejudicar terceiro, haverá crime.

O agente deverá conduzir-se dentro dos limites estabelecidos pela lei. Ocorrendo abuso, poderá desaparecer a justificativa e surgir um delito autônomo ou o excesso, que justamente decorre do exercício abusivo de um direito³⁵.

³⁴ SILVA, 2014, p. 207.

³⁵ SILVA, 2014, p. 207.

O exercício regular de direito tem o mesmo fundamento do estrito cumprimento do dever legal. A distinção reside no fato de dever, enquanto que naquele, há uma faculdade do agente. Sendo assim, é óbvio deduzir que os requisitos necessários para a configuração do exercício regular de direito serão a consciência e a vontade do agente de agir de conformidade com o direito e a verificação dos limites impostos pela lei ao direito do agente³⁶

Para se demonstrar a proximidade existente entre o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, Teles emprega como exemplo a prisão em flagrante delito, prevista no art. 301 do Código de Processo Penal³⁷, que assim dispõe, *in verbis*. “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes devem prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

4. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Reconhece-se que a realidade social é dinâmica, de forma que o direito legislado não pode prever todas as possibilidades de exclusão da ilicitude de um fato, exclusão essa que se opera, embora faltante dispositivo expresso, pelas normas de cultura de uma determinada sociedade e pelo princípio da ponderação de valores, recebendo prevalência o princípio da liberdade, sob a forma de renúncia à proteção penal.

Há de fato situações que, conquanto não encontrem previsão na lei, devem ser permitidas.

Assim reconhecem-se causas supralegais de excludente de ilicitude. As causas supralegais prendem-se ao fato de não ser possível ao legislador prever todas as hipóteses em que as transformações oriundas de uma evolução ético-social de um povo possam permitir, ou não proibir, a realização de determinada conduta, em princípio proibida, sem que isso implique lesão a um bem juridicamente protegido. O exemplo típico de uma causa supralegal de exclusão de ilicitude é o consentimento do ofendido, conforme se verá na sequência.

4.1 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

³⁶ OLIVEIRA, 2004, p. 78.

³⁷ TELES, 2004, p. 335.

Por ser uma causa supralegal de excludente de ilicitude, o consentimento do ofendido não se encontra previsto no Código Penal brasileiro. Admite-se, contudo, para além dos casos expressamente legislados, o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, com fundamento nos princípios gerais de direito e nos costumes, além da aplicação do princípio da ponderação de valores³⁸.

Para Fragoso, o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, consubstanciado naquele cuja defesa seja de interesse coletivo. Afirma o autor que a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos e o patrimônio são bens disponíveis, enquanto a vida e a administração pública, por exemplo, devem ser tidos como indisponíveis e irrenunciáveis³⁹.

No que diz respeito à natureza jurídica do consentimento do ofendido, afirma Gomes que o consentimento exclui a tipicidade fático-legal, ora a tipicidade axiológica, ora, enfim, exclui a antijuridicidade. Ainda segundo o autor, funciona ainda como causa de diminuição de pena. Na hipótese de aquiescência funcionando como causa excludente de antijuridicidade, afirma que se trata de bens jurídicos sumamente relevantes para a pessoa, ou seja, para o desenvolvimento de sua personalidade, não sendo suficiente o consentimento da vítima para afastar o delito, sendo ainda necessário um contexto justificante. São as hipóteses em que o consentimento apenas poderá ter efeito dentro da antijuridicidade na medida em que um bem jurídico é afetado para salvar outro de igual ou maior valor⁴⁰.

Em síntese, o consentimento do ofendido pode funcionar seja como causa de atipicidade da conduta ou como causa supralegal de exclusão da ilicitude. No primeiro caso a atipicidade é fruto de um processo de interpretação (restritiva) dos tipos incriminadores. No segundo (causa supralegal de exclusão da ilicitude), o seu fundamento está nas normas de cultura da sociedade e, principalmente, na preferência outorgada à liberdade, facultando-se ao titular do bem jurídico a renúncia à proteção jurídica.

³⁸ VIDAL, 2011, p.262.

³⁹ FRAGOSO, 2006, p.192-193.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222.

Há limites, evidentemente, para o consentimento do ofendido, que deve ser feito livremente, além de exigir capacidade do titular e que o bem jurídico ofendido seja disponível⁴¹.

4.2 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Outra causa supralegal de excludente de ilicitude apontada pela doutrina e a jurisprudência é a inexigibilidade de conduta diversa. A inexigibilidade ocupa a função de fundamento geral de exculpação. É o fundamento do juízo de reprovabilidade.

Da mesma forma que o consentimento do ofendido, Jesus afirma que:

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não exigibilidade de comportamento lícito⁴².

De acordo com Viana, esta é aceita como excludente quando, nas condições em que o agente agiu, qualquer pessoa agiria⁴³.

O referido autor cita dois exemplos clássicos: o do patrão que impôs a seu empregado que, sob pena de ser despedido, atrelasse à carroça um cavalo indomado e a conduzisse pela rua, o que foi feito, terminando por atropelar uma pessoa; bem como o da enfermeira que era obrigada a declarar falsamente o dia do nascimento dos filhos dos empregados na mineração, quando ocorressem em dia de domingo ou feriado⁴⁴.

5. CONCLUSÃO

O direito penal protege os bens jurídicos mais importantes da vida. E, quando tais bens são lesionados ou postos em perigo em razão de comportamento humano, está-se diante de um fato material, que agregado à tipicidade se transforma em fato típico. Entretanto, se este fato, apesar de típico, não contraria o direito ou é por este admitido, não será tido como ilícito

⁴¹ VIDAL, 2011, p.262.

⁴² JESUS, 2014, p. 298.

⁴³ VIANA, 2013, p.146.

⁴⁴ Ibid., p.146.

e, portanto, não configura um delito. Ainda, se tal fato se apresenta contrário ao direito ou não é por este permitido ou está em contradição com a ordem jurídica, tem-se a ilicitude.

Na legítima defesa e no estado de necessidade a proibição de excesso vem disciplinada com a utilização das expressões moderadamente e razoabilidade (ponderação). Se o agente causar maior dano do que o permitido, de forma voluntária (dolosa) ou por culpa, deverá por isso responder, pois atua ilegalmente: se o agente podia apenas ferir o agressor, porém o mata, deverá responder por homicídio.

No excesso das causas de justificação, subsiste a ilicitude. Podia-se o agente evitar a agressão através de simples vias de fato, porém causa lesões graves, deverá responder por este último resultado. Trata-se do excesso doloso.

No tocante às causas supralegais de excludente de ilicitude, que abrangem o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta diversa. O consentimento do ofendido é válido nos casos em que o direito tutelado pelo direito penal seja disponível e que o sujeito passivo do crime, consinta na violação de seu direito e tenha capacidade para consentir. Em relação à inexigibilidade de conduta diversa, trata-se de um princípio de direito que exclui a culpabilidade por excluir a reprovação da conduta praticada pelo agente e o excesso exculpante.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1994.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro. 14 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 20 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de Direito Penal - Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. 2. ed. São Paulo : Ed. RT, 1998.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 2ª edição, Rio de Janeiro. 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. 6. ed. Porto Alegre: Editora Penso, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOULART, Henny. Penologia. 1. ed. São Paulo: Ed. Brasileira de Direito, 1975.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal - Parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, parte geral. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal: Introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Joél Bino. Das excludentes de criminalidade. Curitiba: Juruá, 2004.

PLANTULLO, Vicente Lentini. Estelionato eletrônico – Segurança na Internet. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis, Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: RT, 2000.

_____. Instituições de Direito Penal - Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa e paradigma punitivo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SENRA, Ana Heloisa. Imputabilidade e Loucura: os paradoxos da imputação e do tratamento. In: GAUER, Gabriel José Chittó; MACHADO, Débora Silva (Orgs.). Filhos e Vítimas do tempo da violência - a família, a criança e o adolescente. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, César Dario Mariano da. Manual de Direito Penal - Volume I - Parte geral - Arts. 1º a 120. 10. ed., rev., ampl., atual. Curitiba: Juruá, 2014.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIANA, Agnaldo. Direito Penal - Teoria geral do fato punível e das sanções penais. 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. Curso de Direito Penal - Parte geral. Curitiba: Juruá, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

Marcelo Maré Aguilár¹

Thais Battibugli²

RESUMO: A legislação que regula a função dos juízes é vasta e são muitos os diplomas legais que imputam deveres aos magistrados. Contudo, um deles, especialmente, parece se sobressair e chamar a atenção, principalmente na nossa sociedade contemporânea onde tudo parece exigir uma postura ética e o clamor por ela torna-se cada vez mais presente. É ele o Código de Ética da Magistratura Nacional. Fruto do empenho de renomados juristas atentos a este momento e cientes da importância da função, esta Resolução do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, que recebeu o número 60 e foi publicada em 30 de setembro de 2008, traz verdadeiros padrões de conduta que se mostram extremamente úteis para nortear os magistrados diante dos inéditos momentos vividos dia a dia no desempenho da função. Nele encontramos desde deveres intimamente ligados à função dos juízes, sem os quais inevitavelmente o justo não se concretizará, como a independência, a imparcialidade, o conhecimento e capacitação, até outros que mais se parecem com virtudes e que, quando ausentes, ao menos, em nossa opinião, prejudicam qualquer bom profissional, como a cortesia, a dignidade, a honra e o decoro. Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, seguiremos no presente artigo analisando este tão aclamado código, tentando entendê-lo em sua essência.

PALAVRAS-CHAVE: Deontologia. Magistratura. Juiz. Deveres. Ética.

O CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

1. INTRODUÇÃO

A magistratura é inegavelmente uma função de destaque na sociedade. Não há quem nunca tenha ouvido falar em juízes de direito e a todos parece estar muito claro que são eles que decidem os conflitos trazidos para debaixo do manto do Poder Judiciário. Ou seja, são

¹ Bacharel em Direito e Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

² Doutora em Ciência Política (USP) e Professora do curso de Direito (UniAnchieta)

eles os principais representantes deste Poder e a eles cabe aplicar a força do Estado para a realização da justiça.

Tal função, é importante dizer, não é recente nas sociedades. Há diversos indícios longínquos de sua existência, inclusive registros em documentos jurídicos que datam de mais de três mil anos.

Analisando um pouco de sua história, é fácil perceber sua importância para a sociedade e a responsabilidade que eles carregam nas costas. Contudo, assunto que sempre desperta o interesse de pesquisadores é a extensão dos deveres a que os juízes se submetem e por esta razão nos propusemos a analisar a tão importante Resolução 60 do Conselho Nacional de Justiça, mais conhecida como “Código de Ética da Magistratura Nacional”.

Para o Ilustre Desembargador José Renato Nalini, atual presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Código de Ética é “um elenco de normas de bem proceder. Não é uma codificação penal, com tipificação de condutas proibitivas. O seu teor é diretivo, sinalizador de como deva ser o procedimento de um juiz no Brasil de tantas carências na esfera do justo”.³

Isso quer dizer que não é intenção do Código prever de forma taxativa a imensidão de condutas eticamente discutíveis a que um magistrado pode se deparar no exercício da função. Apesar de não possuir caráter normativo, prescreve disposições gerais e principiológicas, delineando um caminho para que o próprio juiz possa se policiar diante de cada caso concreto e guiar o seu proceder da forma mais ética.

E a ética, diga-se de passagem, é característica essencial ao julgador, inclusive para o bom desempenho de seu mister. Para o Douto Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Cesar Asfor Rocha,

no desempenho da função de julgar, o juiz trava obrigatoriamente conhecimento com uma realidade humana que tende a ser em extremo complexa, isto é, a realidade das relações existenciais que se ocultam nas demandas e nos desdobramentos do processo. Ignorar que o processo esconde a vida de seres humanos é o mesmo que tratá-los como meros números indiferentes e reduzir a função julgadora a algo sobremodo banal; isso ocorre quando o julgador se afasta dos requisitos éticos de sua atuação para seguir padrões meramente técnicos de sua atividade, quase sempre coincidentes com visões simplificadas e simplistas do Direito, como se este fosse apenas um conjunto de regras burocráticas e operacionais⁴.

³ NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 21.

⁴ ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*. 1ª edição. Rio de Janeiro. Elsevier. 2009. p. 19.

Desta forma, é inegável que seu conhecimento e observância são essenciais para os juízes, necessários para todos os operadores do direito e de grande valia para todos os cidadãos que ganham, e muito, conhecendo os deveres da persona cuja incumbência é justamente julgar os direitos de seus semelhantes.

Cinco consideranda precedem o capítulo exordial e da sua análise podemos extrair a intenção basilar do legislador. Portanto, passemos à sua análise, ainda que brevemente.

2. OS CONSIDERANDA

O primeiro dos consideranda nos remete à essencialidade da observância do Código para que a credibilidade da justiça, representada pelo juiz, mantenha-se flamejante. Não parece haver dúvidas sobre isso: Para que a sociedade acredite na justiça, os cidadãos precisam confiar em seus juízes, ao passo que o julgador deve mostrar-se sempre comprometido com sua função, mantendo uma conduta irrepreensível que não o desabone perante a sociedade.

Na sequência, o segundo consideranda expressa o compromisso do Poder Judiciário em geral com a excelência na distribuição da justiça. Dele extrai-se a clara - e por vezes esquecida - realidade de que juiz está a serviço da população, prestando um serviço público que é direito de todos, garantido pela Constituição e de responsabilidade do Estado, que deve ser realizado de forma impecável, magistral.

Os terceiro e quarto considerandum, expõem a importância do cultivo de princípios éticos pela magistratura, ressaltando sua função educativa e lembrando também que estes devem servir de exemplo para toda a sociedade, não apenas na vida pública, mas também no seu cotidiano particular. Não se olvide que quem ocupa uma função de tanta importância e destaque não pode deixar dúvidas sobre sua dignidade, honradez, retidão, pois a robustez do cargo o coloca como padrão de cidadão, verdadeiro exemplo a ser seguido. Assim, se já no século XVII o moralista francês François de La Rochefoucauld dizia que nada é tão contagioso como o exemplo, esperamos ao menos que este seja bom.

Por fim, o quinto e último consideranda expressa a necessidade de minudenciar os deveres já constantes nas outras legislações pertinentes ao tema. Pensamos, pois, que neste

aspecto o legislador alcançou seu objetivo, conseguindo com o presente dispositivo legal fortalecer ainda mais a carreira da magistratura e a justiça de forma geral.

É, portanto, com estas premissas que o Código de Ética da Magistratura Nacional dispõe em dez capítulos, ordenados entre as disposições gerais e finais, sobre a independência, a imparcialidade, a transparência, a integridade pessoal e profissional, a diligência e dedicação, a cortesia, a prudência, o sigilo profissional, o conhecimento e capacitação e a dignidade, honra e decoro.

Passemos, pois, à análise de tais preceitos.

3. INDEPENDÊNCIA

A independência é indispensável para o fiel exercício da função. É, inclusive, um dos requisitos do Estado Democrático de Direito, já que sem juízes independentes não há que se falar sequer em democracia. Não se pode, sob qualquer forma ou pretexto, tolher a independência do juiz. É com ela, e sobretudo com ela, que o justo poderá vencer no caso concreto.

Esta independência aparece em diversas vertentes.

A primeira delas é bem ampla e está presente na própria forma de partição dos poderes estatais. Para que o juiz possa ser independente é imprescindível que o poder à que está ligado também o seja. Nesse sentido o próprio legislador constituinte tratou de assegurá-la outorgando competências privativas aos órgãos do poder judiciário (art. 96, CF) e garantindo sua autonomia administrativa e financeira (art. 99, CF), de tal forma que os demais poderes da Federação não possam a ele se sobressair, traçando diretrizes que interfiram em sua competência e decisões.

Ocorre que, não obstante, o próprio poder judiciário é formado por pessoas, e, portanto, não está imune às falibilidades inerentes à própria condição humana, de modo que a persona juiz igualmente não pode sofrer qualquer tipo de coação que provenha de dentro do próprio tribunal ou sentir-se obrigada a decidir de acordo com entendimento diverso do seu. Não que seja prática comum, mas Edgard de Moura Bittencourt adverte para a hierarquia existente dentro dos tribunais, afirmando que “a ideia de igualdade, que a posse festiva também procura realçar, desaparecerá se uns ou outros degradarem a justiça na posterior

conduta de inferioridade submissa dos juízes substitutos e de superioridade disforme dos desembargadores”⁵. Renato Nalini expõe ainda a questão do corporativismo: “Os magistrados levados a exercer um voto direcionado, com a finalidade de prestigiar sua Seção, não demonstrariam independência diante de pressões internas.”⁶

Sobre isso, precisa é a lição de Eugênio Raul Zaffaroni, dizendo que

a independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.⁷

Ainda neste aspecto, está a independência para decidir de forma contrária à jurisprudência ou à doutrina, desde claro, que de forma coerente e fundamentada. É o professor Edgard quem nos esclarece: “Seus julgamentos não podem ser repetições de princípios consagrados, por mais respeitáveis que sejam ou que lhes pareçam. Menos ainda, a submissão aos precedentes e a escravização à doutrina deverão sufocar-lhe a elevada personalidade que a função e a cultura compõem” e completa: “muito acertado será afirmar que nem sempre as sentenças são boas porque foram confirmadas, mas sempre são defeituosas e artificiais quando proferidas para serem confirmadas.”⁸

Lembre-se apenas que em determinados casos deve o magistrado observar entendimentos já consolidados por meio de súmulas vinculantes ou mesmo de julgamentos proferidos por tribunais superiores com efeito repetitivo. No entanto, tal questão não deve ser vista como uma exceção ao princípio da independência, já que visa única e exclusivamente a uniformização da jurisprudência em matérias corriqueiras no âmbito judicial, com o intuito de trazer maior segurança jurídica ao Estado.

Faz-se importante ressaltar ainda a independência perante fatores externos, como a opinião pública e a mídia. O juiz deve atentar-se para o perigo da sedução midiática que propicia momentos de fama àqueles que aspiram um reconhecimento individual. Renato Nalini explica que “o excesso de exposição pode sujeitar o juiz a sacrificar sua independência

⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª edição. Campinas: Editora Millennium. 2002. p. 73.

⁶ NALINI, op. cit., p. 70.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos*. 1995. In: MENDES, Francisco de Assis Filgueira. *A ética na formação do magistrado*. Themis, Fortaleza, n. 1, vol. 3, 2000. p. 191/200.

⁸ BITTENCOURT, op. cit., p. 130.

intelectual e amoldar-se, até inconscientemente, às expectativas do leitor, do auditório ou do telespectador”.⁹

Ao presidir um julgamento sobre questões que geram grande comoção social, não pode o juiz deixar-se levar apenas pelos anseios populares ou pelo ideal de justiça afirmado pela mídia. Logicamente, não pode deixá-las totalmente de lado, inclusive para perquirir sobre a repercussão que sua decisão tomará. Todavia, a mídia possui imenso poder de influência sobre grande parte da população e o decisor que a ela abre os ouvidos, fechando os olhos para o que lhe diz o processo, coloca em xeque a prestação jurisdicional.

Especial atenção também deve ser dada às investidas de autoridades, empresas, operadores do direito e até de pessoas do próprio círculo social do magistrado que enxergam nele uma oportunidade de resolver seus problemas pela via paralela do jeitinho.

Não é incomum o recebimento de convites, homenagens, comendas, entre outros, que parecem sempre vir acompanhadas de um pedido ou favor. Não que seja proibido aceitar elogios e reconhecimento por um bom trabalho, o que não se pode admitir é que se espere algo em troca, ocasião em que cabe ao magistrado mostrar-se firme e invulnerável.

Outrossim, não são apenas fatores externos que merecem atenção. O magistrado deve estar atento à sua própria consciência, acautelando-se para que não julgue sob pressões psicológicas. “Pode o juiz ser chamado a decidir contrariamente às suas predileções; a condenar mesmo os atos de sua escolha. Deve o magistrado esquecer-se de si, para fazer respeitar os direitos de que é guardião.”¹⁰

Portanto, quando se fala em independência do juiz, esta deve ser entendida da forma mais ampla possível, cabendo ao magistrado acautelar-se para mantê-la intocada e, de forma sagaz, afastar-se de qualquer indício de sua manifestação.

4. IMPARCIALIDADE

A imparcialidade é tema que guarda estreita relação com a independência. Chega a ser até óbvio que um julgamento, para que atinja de forma concreta seu objetivo de fazer justiça, deve ser proferido por um terceiro que não guarde qualquer relação com o caso ou com as

⁹ NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 2ª edição. Campinas: Editora Millennium. 2008. p. 172.

¹⁰ BITTENCOURT, op. cit., p. 123.

partes, de tal forma que consiga manter-se equidistante de ambas. Nesse sentido, o artigo 9º do código em comento traz expressamente a vedação de qualquer espécie injustificada de discriminação.

José Renato Nalini leciona que “é da combinação das condutas parciais dos contendentes que nascerá, em justa medida, a decisão imparcial. Esta será a síntese das forças presumivelmente equivalentes e opostas que se digladiaram sob a égide do contraditório e do devido processo legal.”¹¹

Na sociedade em que vivemos as demandas, em sua grande maioria, são formadas por partes desiguais. E desiguais não apenas em aspectos financeiros, mas de cultura, educação e condição social. Ocorre que, para o juiz, ao menos no modo de decidir, não pode haver parcialidade em virtude das desigualdades existentes.

Para isso, conta com uma ferramenta indispensável, que está intimamente ligada com a imparcialidade: o contraditório. Só poderá ser imparcial o juiz que ouvir ambas as partes e lhes der as mesmas chances de exporem suas teses. Com argumentos quase que sempre opostos, as partes combater-se-ão calorosamente e com base nessa batalha deverá o juiz formar seu convencimento e dar a cada um o que lhe é de direito.

Frise-se, justiça parcial não é justiça, é injustiça.

Para o juiz federal José Paulo Baltazar Júnior,

o juiz deve agir com tranquilidade, sem paixão e manter a imparcialidade. A posição de magistrado requer equidistância dos interesses das partes e compromisso com a Justiça. É preciso cuidado para evitar, tanto quanto possível, que simpatias ou antipatias por partes ou procuradores influenciem na tomada de decisões. A imparcialidade não deve, tampouco, ser confundida com frieza e falta de humanidade.¹²

Outrossim, assim como ocorre com a independência, o juiz deve estar permanentemente atento para que se mantenha sempre imparcial, afinal cada caso é único e possui suas peculiaridades, razão pela qual é necessário dispender intensa atenção a cada um deles sob o risco de decidir de maneira equivocada. Mais do que isso, a imparcialidade deve estar incrustada no magistrado, de modo que este saiba separar inclusive experiências de sua

¹¹ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 100.

¹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Função Correicional dos Tribunais e Deveres dos Magistrados*. Revista CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar.2005. p. 56.

vida pessoal do caso concreto submetido à sua apreciação, que não guarda qualquer relação com seus problemas pessoais.

5. TRANSPARÊNCIA

O Código de Ética da Magistratura traz a transparência como dever do magistrado. Transparência esta que vai muito além da publicidade dos atos processuais, mas que guarda estreita relação com os meios de comunicação e a mídia.

No que tange aos atos processuais, diz respeito ao dever do juiz de ser transparente no exercício de sua função, documentando seus atos e favorecendo sua publicidade, observado, é claro, os casos em que o sigilo é contemplado pela lei.

Não há dúvidas de que a intenção de tal dispositivo é garantir ao cidadão o direito de acompanhar a atuação do poder judiciário, principalmente no que lhe diz respeito, mas até mesmo sobre o funcionamento em geral desta imensa máquina de justiça, afinal é ele quem a mantém e para ele há que se prestar contas. Nesse sentido, José Renato Nalini nos lembra que

Ao fundamentar toda e qualquer decisão, o juiz estará a ‘prestar contas’ à sociedade que o remunera, quanto aos fatores que formaram o seu convencimento. Permitirá a qualquer pessoa acompanhar seu raciocínio, aferir se ele se fundamenta no ordenamento e se não conflita com a intuição do justo que é imanente a comunidade nacional.¹³

No entanto, a preocupação do legislador vai além, de modo a estabelecer cautela do juiz ao se relacionar com os meios de comunicação social, devendo comportar-se de forma prudente e equitativa para preservar os direitos e interesses das partes e dos procuradores, abstando-se, ainda, de emitir opinião sobre processos pendentes ou juízos depreciativos sobre outras decisões, salvo nos casos previstos em lei. Sobre isso ainda, afirma Edgard de Moura Bittencourt: “podem os magistrados expandir-se em sua atividade intelectual e espiritual; seu

¹³ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 445.

mister profissional, porém, deve revestir-se da maior reserva, porque a isso está ligada a compostura da justiça”.¹⁴

Da mesma forma, há que se tomar cuidado com a sedução midiática, que oferece minutos de fama aos que buscam autopromoção. Não pode o juiz esperar reconhecimento da mídia por fazer seu trabalho. Não é mais do que sua obrigação e para isso é bem pago.

José Renato Nalini lembra que “o juiz não está imune aos apelos da mídia. São milhares as pessoas à procura da fama e, nessa luta, qualquer arma pode ser valiosa. Atuando na tutela de bens da vida reputados importantes, o aplicador da lei pode considerar apropriado merecer a atenção da mídia¹⁵” e adverte que “o empenho em estar constantemente na mídia pode prejudicar o bom desempenho de sua função primordial: cuidar de fazer a melhor justiça humana possível.”¹⁶

6. INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL

A integridade pessoal e profissional é o tipo de dever que não é – ou pelo menos não deveria ser – exclusivo da magistratura, afinal, o mínimo que se espera de um profissional é que seja íntegro, honesto, digno, probo.

Ocorre que no caso do juiz realça-se a necessidade não apenas de ser íntegro, mas principalmente de demonstrar sua integridade para que não restem dúvidas, já que “o ser humano chamado a julgar não pode situar-se num grau de inferioridade moral em relação àqueles sobre os quais incidirá seu julgamento”¹⁷. Renato Nalini completa asseverando que:

O juiz tem de assumir uma atitude exemplar. Tem de servir de exemplo para os jovens que estão a seu lado e que pensam um dia se tornarem magistrados. Deve merecer o respeito daquele servidor que tem experiência no trabalho muito maior do que a do próprio juiz. Nele devem se espelhar os advogados, as partes, os peritos. Ele é vitrine em um sociedade cética em relação às posturas de agentes estatais.¹⁸

A resolução do CNJ estabelece ainda que o magistrado deve ter consciência de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das

¹⁴ BITTENCOURT, op. cit., p. 136.

¹⁵ NALINI, *A Rebelião da Toga*. op. cit. p. 171.

¹⁶ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 135.

¹⁷ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 152.

¹⁸ *Ibidem*. p. 273.

acometidas aos cidadãos em geral. Nesse sentido, dentre as virtudes enumeradas por Sidney Agostinho Beneti¹⁹, podemos destacar a cordialidade no trato pessoal, a idoneidade familiar, a educação no falar, no trajar-se e no agir em geral, a discricção, dentre outras.

Do texto da resolução, extrai-se ainda a vedação para receber benefícios ou vantagens de pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, com o fim de evitar um comprometimento de sua independência funcional, bem como de utilizar bens públicos ou suas prerrogativas para fins particulares, e ainda o dever de tomar todas as precauções para evitar qualquer dúvida sobre a legitimidade de sua situação econômico-patrimonial.

Tudo isso nos remete para aquela ideia de que não basta ser honesto, deve-se parecer honesto. O magistrado que deixa dúvidas sobre sua integridade compromete não somente seu nome, mas o de toda a magistratura.

Registramos aqui nossa impressão de que o poder judiciário é o dentre os poderes o que menos aparece em escândalos de corrupção e por isso mesmo é que qualquer dúvida razoável sobre a idoneidade de um de seus membros será amplamente explorada por toda a imprensa. Sem dúvidas será ele metralhado de acusações e suposições, sedo extremamente provável até que seja condenado socialmente antes mesmo de sua acusação formal.

Portanto, é melhor que se previna e mantenha seu nome longe de escândalos ou suspeitas.

7. DILIGÊNCIA E DEDICAÇÃO

Num momento em que a justiça brasileira encontra-se abarrotada de processos, é mais do que necessário falar-se em diligência e dedicação do decisor. Aliás, parece esta ser a última esperança para que a justiça volte a ser eficiente e célere, afinal, se com elas o problema se arrasta, sem elas estaríamos perdidos.

O juiz não pode furtar-se de seu mister e, mais do que isso, deve estar atento para a forma com que ele é executado, afinal, repito, justiça tardia não é justiça e, nas palavras de Lourival Serejo “magistrado sem desprendimento, dedicação e crença no seu trabalho não é magistrado. É funcionário comum, que cumpre seu ofício só pensando no salário de cada

¹⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2000. p. 169/173.

mês”²⁰. Assim, é seu dever observar os prazos legais e cumpri-los na medida do possível, além de estar atento para que seus subordinados também o façam.

Importante ressaltar o comprometimento do magistrado com a celeridade da justiça. Não basta julgar corretamente, tem de julgar de forma rápida, célere, eficiente, o que nem sempre permite o ego inflado de alguns juízes.

Quem ingressa na Justiça está à procura de uma resposta. Fundamentada sim, racional com certeza. Mas não necessita de um tratado teórico exauriente do tema, a ser examinado sob todos os prismas. Não interessa ao destinatário uma sentença que suscite admiração e elogios.²¹

Nas palavras do professor Edgard,

o julgador não pode pensar em si, mas nas partes, no instante em que sua consciência constrói a sentença. Sequer a vaidade pelo intelectualismo da função justifica o desvio da pesquisa de uma solução verdadeira, por vezes sem ensejo de expansões doutrinárias que engrandecem o magistrado. A boa sentença não é senão aquela que faz Justiça.²²

Além disso, deve dedicar-se de forma total ao exercício da judicatura. Ressalvados os casos previstos em lei, não deve assumir quaisquer outros encargos que lhe perturbem o exercício da função, lhe tomando tempo e atenção. E ainda, nos casos previstos em lei, deve zelar sempre para que da mesma forma não reduzam sua capacidade laboral.

8. CORTESIA

Neste aspecto, o Código pode até parecer desnecessário, afinal a cortesia parece ser atitude banal, normal a qualquer ser que se diz civilizado. No entanto, por mais absurdo que possa parecer, infelizmente não o é. Ao contrário do que se imagina, o legislador do Conselho Nacional de Justiça teve motivos para incluir a cortesia como dever do magistrado. Apesar de não formarem a maioria, são muitos os juízes que carecem de boa educação no trato com

²⁰ SEREJO, Lourival. *Formação do Juiz. Anotações de uma experiência*. 1ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 44.

²¹ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 179.

²² BITTENCOURT, op. cit., p. 92.

advogados, partes e principalmente com seus subordinados. Atitude injustificável é verdade, mas ainda corriqueira no ambiente forense.

Árdua missão é encontrar a causa para tamanha barbárie. Há quem culpe a época em que vivemos que parece andar para trás quando o assunto é a boa educação, aquela que não se aprende na escola ou no trabalho, mas em casa. Aquela que vem de berço. Há, porém, quem atribua a culpa à própria fragilidade de caráter de alguns magistrados que se engrandecem atrás de suas prerrogativas. Nesse sentido, o professor Edgard de Moura Bittencourt afirma que “em certos juízes, há criaturas que procuram suprir, com a indevida apropriação da magnitude do cargo, a inferioridade de sua pessoa. [...] O cargo se lhes apresenta como apêndice para a realização da pessoa que não obtém”²³.

O fato é que o legislador se sentiu na obrigação de, inclusive, nortear o magistrado na utilização de sua linguagem, exigindo que seja escoreita, polida, respeitosa e compreensível. Sobre isso, sentimo-nos tentados a expor a esclarecedora lição do Eminentíssimo Ministro Cesar Asfor Rocha:

A linguagem do juiz deve ser sempre respeitosa e polida, ativa e enérgica; jamais insultuosa ou agressiva, submissa ou bajuladora. É bom que o juiz seja um homem culto, que tenha educação compatível com sua posição elevada na sociedade e saiba tratar as pessoas com a dignidade que as alteia e apazigua, não com modos grotescos e imperdoáveis, que só servem para fomentar desarmonia e provocar dissensos.²⁴

Fato ainda é que a cortesia surte efeitos positivos concretos no desempenho da função julgadora. Nas palavras de Renato Nalini,

a experiência do foro é pródiga em demonstrar que o bom relacionamento entre os personagens da cena judicial garante os melhores resultados. O juiz, principalmente, se detentor de simpatia pessoal, de bom humor, de lhaneza, obtém número expressivo de conciliações. Transmite confiança a quem dele se aproxime ou com ele conviva.²⁵

9. PRUDÊNCIA

A prudência é de especial importância na atuação do magistrado. Ela traduz a forma cautelosa com que o juiz deve formar seu convencimento para o julgamento, o que não pode

²³ BITTENCOURT, op. cit., p. 136.

²⁴ ROCHA, op. cit. p. 129.

²⁵ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 208.

ser feito sem uma análise minuciosa dos autos e das provas juntadas. Sem uma leitura atenta dos argumentos de ambas as partes. Sem uma reflexão em busca da verdade real.

Para concretizar seu objetivo de fazer justiça não basta julgar. Tem de julgar de maneira racional, segura, com calma.

É ainda seu dever pensar no alcance de suas decisões, seu comportamento, e as consequências que podem advir deles. O juiz que age por impulso, sem a devida reflexão, corre o risco de causar danos inestimáveis, afinal no processo está a lidar com vidas. Sua decisão refletirá diretamente em ambas as partes que se digladiaram, isso quando não atingir toda uma comunidade ou coletividade. A isso, dá-se o nome de consequencialismo.

Já em 1992, o professor José Renato Nalini tratava do tema com maestria, lembrando que “o juiz profere uma decisão de caráter vinculante concreto, pois suas consequências jurídicas residem no sistema normativo. Profere-a como autoridade do Estado e sua imposição, em havendo resistência, não prescindirá de força legítima”, advertindo que não se pode confiar esse poder a um homem medíocre, limitado, acomodado, tampouco a um pretensioso que exorbite da autoridade que o cargo lhe proporciona ou menos ainda a um profissional frustrado que não entenda a grandeza de seu mister.²⁶

Lourival Serejo retrata bem o que

pode-se chamar de atitude prudente, afirmando que deve o magistrado desenvolver sua intuição com a fineza de um maestro. Precisa adquirir dons de previsão, para saber até onde deve ir nas suas decisões. O bom senso ainda é arma capital para sair-se bem em sua judicatura. Os ouvidos de um magistrado precisam aprender a arte de não ouvir aquilo que certas pessoas insistem em dizer-lhe. Outrossim, tem de estar preparado para críticas e opiniões sobre suas posturas ou decisões. A partir delas pode modificar ou manter as posições anteriormente assumidas, sempre que, contudo, sejam feitas de forma cortês e respeitosa.²⁷

Discussão interessante que surge a esse respeito se refere a recente juvenilização por que vem passando a magistratura. Cada vez os recém-ingressos estão mais jovens, o que dá ensejo a indagações populares do tipo: “Será que ele está pronto para julgar o próximo? Me parece tão jovem!” ou ainda “com que experiência julgará meu caso? mal “saiu das fraldas!”. Respondendo a esse tipo de insegurança, o professor Cesar Asfor Rocha nos esclarece:

²⁶ NALINI, José Renato. *Recrutamento e Preparo de Juizes*. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p. 127

²⁷ SEREJO. op. cit. p. 55.

sinto-me tentado a dizer que a juventude do juiz não lhe impede o discernimento prudente – há magistrados jovens de grande prudência e magistrados mais velhos dela altamente carecidos; entretanto, se a falta de experiência cura-se com o tempo, a falta de aplicação parece que não tem cura.²⁸

Por outro lado, ainda questão intrigante que merece destaque no presente trabalho é justamente no que tange à prudência na aplicação da norma escrita. Como proceder diante de uma situação atípica ou de paradoxos em que a aplicação fiel da letra da lei desabonará o justo no caso concreto? José Renato Nalini, em brilhante conclusão, verbera que

desprovido de certezas absolutas para proferir seu veredicto, o juiz precisa recorrer à sua consciência. É a reabilitação da ética em pleno curso. Não é nos códigos que o julgador encontrará as melhores soluções. Muitas vezes, o problema posto à sua apreciação é pioneiro e insólito. O servilismo à letra da lei poderá forçá-lo a uma decisão meramente processual. Mas, se quiser fazer justiça, despenderá esforço imensamente maior.²⁹

De todas as formas a prudência é essencial ao bom desempenho da função julgadora e o que o magistrado precisa tomar consciência é que tal virtude deve ser cultivada diariamente, sendo esta a única forma de mantê-la viva.

10. SIGILO PROFISSIONAL

O juiz trata diretamente com os problemas do jurisdicionado. Como máquina de resolução de conflitos, o judiciário lida com todo o tipo de falência moral. Desde inadimplência contratual e desentendimentos familiares até fraudes friamente planejadas e crimes hediondos. E isso é geral: praticamente todos os que buscam o aparato estatal estão de alguma forma ligados a falhas éticas ou de caráter.

Tanto para quem já necessitou da tutela do Estado para solucionar algum conflito como para quem ainda não precisou, é fácil imaginar que o jurisdicionado encontra-se em situação extremamente desconfortável. Ninguém gosta de expor sua intimidade a estranhos, nesse caso o juiz e os demais servidores que o acompanham. Contudo, a parte esforça-se com a única pretensão de que tal esforço gere frutos e que ao final, vendo seu dilema resolvido, tudo tenha valido a pena.

²⁸ ROCHA, op. cit. p. 62.

²⁹ NALINI, *Ética da Magistratura*. op. cit. p. 230.

Desta forma, não pode o juiz furtar-se de ser discreto. Ressalte-se que é da discricção que falamos aqui, e não da falta de transparência de seus atos. O seu dever é preservar as informações obtidas para que não cheguem a mais ouvidos do que os necessários. É o mínimo que se espera daquele cujo dever é resolver o desconforto posto à sua apreciação.

Frisa-se, como detentor do poder estatal e funcionário da justiça a serviço do povo, o juiz tem de se conscientizar de que lida com os problemas, as falhas, as faltas, enfim, a vida dos outros.

O mínimo que o cidadão merece é poder confiar na justiça, aqui representada pelo juiz, para que possa expor sua intimidade, desabafar sem medo de ver sua vida íntima escancarada, como se estivesse diante de um profissional da psicologia ou de outra ciência semelhante.

Como complemento, o legislador traz ainda o dever de preservar o sigilo de votos que ainda não tenham sido proferidos, por si ou por outrem, com o intuito de evitar situações que desabonem a justiça, isto no âmbito dos tribunais e outros órgãos colegiados.

11. CONHECIMENTO E CAPACITAÇÃO

O juiz, pessoa cuja incumbência precípua é julgar as causas postas à sua apreciação pelos seus semelhantes, buscando a solução mais justa para os conflitos que lhes acometem, precisa, é claro, ter um saber refinado. Isso está intimamente ligado com a excelência com que seus serviços devem ser prestados em prol da comunidade.

Há quem defenda que o juiz deve conhecer - e dominar, diga-se de passagem - diversas ciências que se fazem presentes no cotidiano da sociedade.

Apenas a título de curiosidade, ainda na Era *Ante Christum*, encontramos referências ao conhecimento exigido dos juízes. É o acadêmico francês Daniel Rops, invocado por Aluisio Gavazzoni, quem nos dá salutar lição sobre o assunto, afirmando que

Encontra-se escrito no Sanhédrim³⁰, a descrição do tipo físico para um Juiz - alto, digno, falando as setenta línguas, a fim de nunca ter necessidade de intérprete, e habituado às artes mágicas para estar a par

³⁰ Corte Suprema da Lei Judaica.

das astúcias dos bruxos. Devia ser um homem de meia-idade e nem um eunuco, nem ser duro de coração.³¹

Voltando aos dias atuais, arriscamo-nos a dizer, que a primeira das ciências que o juiz deve conhecer é a sociologia, que Émile Durkheim (1858/1917), opondo-se ao conceito Kelseniano, definia como a ciência responsável pelo estudo de todos os fatos sociais, incluindo-se nestes, o direito. A guisa de curiosidade, Arnaldo Lemos Filho afirma com propriedade que

se para Kelsen, a eficácia deve ser estudada pelo jurista, como revelado acima, apenas como elemento integrante da validade da ordem jurídica como um todo, já para Durkheim, ao contrário, não somente a eficácia, como também o próprio Direito, devem ser estudados pelo sociólogo como um fato social.³²

Na sequência, para Edgard de Moura Bittencourt³³, juntam-se a ela a filosofia, a história, a psicologia, o direito público racional, a economia política, a estatística e, notadamente, a ética, que, dentre outras, dão ao magistrado a bagagem cultural necessária para que o julgador possa realizar um trabalho mais criterioso e cuidadoso sob todos os prismas, julgando da forma mais acertada possível aquele dilema que não se lhe pode furtar de decidir.

Sobre isso o eminente jurista Lourival Serejo advertia já em outubro de 1991 quase que de maneira premonitória:

“Quem estuda só o direito não sabe direito, já foi dito por Holbach. E é uma verdade indiscutível. As outras ciências relacionadas com a especialidade que se elegeu fornecem esclarecimentos suficientes para dominarmos aquela matéria com profundidade. É pelo conhecimento multidisciplinar que podemos formar a visão maior de que o jurista precisa”.³⁴

Expondo ainda experiência pessoal redigida em novembro de 1993 que retrata com clareza o tema:

Pela minha permanente preocupação com o meu aprimoramento, tenho estudado todas as matérias que contribuem para este propósito: direito, dialética, gramática,

³¹ ROPS, Daniel. *A Vida Quotidiana na Palestina no Tempo de Jesus*. 1961. In: GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito: Dos Sumérios até a Nossa Era*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 2005. p. 56/57.

³² LEMOS FILHO, Arnaldo (org.), et al. *Sociologia Geral e do Direito*. 5ª edição. Campinas: Editora Alínea, 2012. p. 76.

³³ BITTENCOURT, op. cit., p. 128/129.

³⁴ SEREJO. op. cit. p. 58.

filosofia, religião, sociologia etc. Agora estou estudando técnicas de entrevista. Eis uma matéria importante para ser colocada no currículo das escolas da magistratura³⁵.

Da mesma forma, o diploma em comento traz a obrigação do magistrado em facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial, mantendo atitude de colaboração ativa e esforçando-se para contribuir com a administração da justiça com seus conhecimentos teóricos e práticos.

Mas não é só. Ao menos para alguns juristas e doutrinadores, precisa o juiz contar com experiência própria, adquirida com os percalços da vida. Aquela que não está escrita em qualquer livro, senão naquele da sua própria história. Mas isso nos traz novamente àquela discussão sobre a idade dos novos magistrados que, para muitos doutrinadores, faz sentido com a única e suficiente ressalva de que tal vício não é um privilégio exclusivo dos mais jovens. Assim como eles, há juízes já com idades avançadas que deixam a desejar nesse aspecto. Por outro lado, todavia, há aqueles que surpreendem e demonstram desde cedo o dom para a consecução do justo. É essa, por exemplo, a opinião de Cesar Asfor Rocha, já explicitada acima.

De qualquer forma, o que não se pode aceitar é que um juiz deixe de lado os estudos após o ingresso na carreira. O estudo contínuo é requisito essencial para que se consiga acompanhar a intensa velocidade com que a sociedade evolui nos dias de hoje e, assim, entender de fato os problemas que a assombram.

12. DIGNIDADE, HONRA E DECORO

Neste último dispositivo trazido pelo Código de Ética da Magistratura Nacional antes das disposições finais, o legislador peca na definição ou explicação do que realmente pretende. Apenas afirma que é vedado aos magistrados comportamento incompatível com essas três virtudes, exercício de atividade empresarial com restritas exceções, bem como qualquer atitude discriminatória ou preconceituosa no exercício profissional.

Sobre a vedação ao exercício de atividade empresarial não há dúvidas de que a preocupação do legislador é com o intuito de que o juiz tenha sua atenção voltada de forma

³⁵ Ibidem. p. 68.

irrestrita para o exercício de sua atividade, sem distrações que possam comprometer o seu bom desempenho.

No entanto, sobre o comportamento de forma digna, honrada e decorosa, parece-nos que a intenção é que sua aplicação fosse realizada da forma mais ampla possível, analisado seu comportamento no seu local de trabalho e perante a sociedade de forma geral. Na verdade, as virtudes aqui expostas são dever de todos e não apenas dos magistrados.

O que ocorre é que deles não se pode tolerar qualquer falha de caráter. Como já dito, aquele que se propõe a julgar seus semelhantes deve levar uma vida limpa, digna, acima de quaisquer suspeitas. Não pode, nem mesmo por desatenção ou descuido, escorregar na forma como age. Sua conduta deve ser irrepreensível de modo a servir de exemplo para os outros.

Como dito pelo professor Lourival Serejo – continuo invocando quem tanto se preocupa, e bem se preocupa, com esse tema no Brasil, daí porque nunca é exaustivo citá-lo:

Espera-se daquele que julga, que se acautele para não dar maus exemplos. Quem faz incidir sobre os outros a rigidez da lei deveria situar-se num patamar condigno, senão incólume, ao menos aparentemente blindado por seus atributos de pessoa de bem. A qualidade da justiça está indissolavelmente vinculada à qualidade dos que receberam a atribuição legal de concretizá-la. Por isso é que o deslize praticado por um juiz recai, de forma injusta, mas compreensível, sobre toda a magistratura.³⁶

Interessante ressaltar a importância dessas virtudes diante da corda bamba por onde caminha o magistrado quando se depara com a imprensa. Como se sabe, ainda quando produz brilhantes decisões ou simplesmente realiza o justo na sua melhor forma, tem de lidar com o quase anonimato. Não que devesse ser homenageado por cumprir sua função, mas se para a sociedade o seu trabalho não é divulgado e reconhecido – salvo em raras exceções de casos vultuosos – no processo terá ele de lidar ainda com o descontentamento de ao menos uma das partes.

Em via oposta, qualquer deslize ou erro será escancarado na mídia algoz que em fração de segundos consegue ruir uma reputação ilibada diante da opinião popular, o que de fato deixa marcas indeléveis para a própria pessoa do juiz como também para toda a carreira da magistratura.

³⁶ NALINI, *Ética Geral e Profissional*. op. cit. p. 467.

Certo de que a discriminação injusta ou o preconceito devem ser repudiados de todas as formas, é sempre bom lembrar sua vedação ao magistrado, já que em nada ajudam no decidir justo.

13. CONCLUSÃO

Concluimos com o presente artigo que o dever de julgar seus pares vai muito além daquilo que está e que pode ser previsto nos códigos e legislações esparsas. A imensidão de regras de conduta, deveres organizacionais, jurisdicionais e afins, tem o único objetivo de nortear aquele que detém o poder de fazer cumprir a lei.

É verdade que muito se ganhou com o Código de Ética da Magistratura que tratou de regras básicas de proceder, indispensáveis para a própria manutenção do respeito da própria carreira e da justiça em geral que perde, e muito, com deslizes de juízes. Contudo não foi suficiente para esgotar o tema e, frisa-se, nem poderia.

Num momento em que as relações interpessoais tornam-se cada vez mais complexas, é impossível prever todo o tipo de comportamento e proceder, sendo certo que ao juiz cabe estar atento à evolução da sociedade e às questões que lhe exigem uma posição, devendo pautar-se tanto em sua vida pessoal como profissional em valores éticos sólidos, reafirmando-os dia após dia.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Função Correicional dos Tribunais e Deveres dos Magistrados. Revista CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar.2005. p. 54-63.

BENETI, Sidnei Agostinho. Da Conduta do Juiz. 2ª edição. São Paulo: Edit. Saraiva. 2000. 264 p.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. O Juiz. 3ª edição. Campinas: Editora Millennium. 2002. 292 p.

LEMOS FILHO, Arnaldo (org.), et al. Sociologia Geral e do Direito. 5ª edição. Campinas: Editora Alínea, 2012.

NALINI, José Renato. A Rebelião da Toga. 2ª edição. Campinas: Editora Millennium. 2008. 372 p.

_____. Ética da Magistratura. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. 333 p.

_____. Ética Geral e Profissional. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. 588 p.

_____. Recrutamento e Preparo de Juízes. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. 134 p.

ROCHA, Cesar Asfor. Cartas a um jovem juiz. 1ª edição. Rio de Janeiro. Elsevier. 2009. 151 p.

ROPS, Daniel. A Vida Quotidiana na Palestina no Tempo de Jesus. 1961. In: GAVAZZONI, Aluisio. História do Direito: Dos Sumérios até a Nossa Era. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 2005.

SEREJO, Lourival. Formação do Juiz. Anotações de uma experiência. 1ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2010. 123 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos. 1995. In: MENDES, Francisco de Assis Filgueira. A ética na formação do magistrado. Themis, Fortaleza, n. 1, vol. 3, 2000. 10 p.

IMPUTABILIDADE PENAL

Rhaisa Maria de Souza¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: O presente trabalho fora elaborado devido a grande importância que possui no âmbito jurídico, refletido no meio social. O Estado estabelece regras para determinadas condutas do convívio social, uma vez que essas regras são violadas, geram sanções, daí a relevância de se tratar sobre qualquer instituto do Direito Penal, que dispõe sobre tais normas jurídicas. O predomínio objetivo neste trabalho foi expor todo o instituto da imputabilidade penal com ênfase nas causas de exclusão da imputabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro. Demonstramos toda a proteção que cerca os inimputáveis (agentes isentos de pena) trazendo aspectos históricos e com isso esmiuçamos os motivos pelos quais a legislação atual declina tal proteção a estes agentes, a ponto de receberem tratamento diverso, mesmo quando comprovada toda a materialidade e autoria do crime. Discutir o aspecto da punição, ou seja, de que maneira é feita a aplicação de pena para esses infratores e se tal proteção não abre precedente para criminosos, forjarem uma das causas de exclusão de imputabilidade. Os materiais de estudo e pesquisa para tanto, foram legislações vigentes e anteriores pertinentes ao tema, bem como livros, artigos e manuais de Direito Penal de renomados autores.

Palavras-chave: Direito Penal. Imputabilidade Penal. Inimputáveis. Aplicação de Pena. Causas de Exclusão da Imputabilidade.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal nasce basicamente com a própria existência do homem, não porque este o criou, mas por conta de que o homem sempre buscou punir os erros cometidos pelas pessoas. Punir, palavra que é intrínseca do homem, pelo fato de que este sempre buscou um culpado para tudo. A culpa, sentimento ou encargo que está diretamente ligado ao ser humano e por sua vez ao Direito Penal.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta

² Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e especializada em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

Trazemos neste trabalho a imputabilidade penal, destacando-se as causas de exclusão da imputabilidade, tendo em vista ser um importantíssimo instituto do Direito Penal. Ao longo da história, aconteceram significativas alterações neste ramo do Direito, ora se a sociedade e os valores mudam, a lei (embora muitas vezes não o faça) acompanha essas transformações.

Como dito, as civilizações, as sociedades evoluíram e com elas as leis também. Buscamos expor as leis que cercaram os inimputáveis (agentes isentos de pena) bem como os semi-imputáveis e com isso analisar todo o tratamento que essas pessoas receberam ao longo tempo. Obviamente nos deparamos com injustiças, crueldades, penas sem o mínimo de humanidade, no entanto olhar para o passado nos ensina como devemos manusear o futuro.

Outra questão que trazemos é a prova da imputabilidade de um agente infrator, ou seja, como o julgador de um processo penal decide se aquele agente no caso concreto, cometeu a ação com plena capacidade física e mental. Se ele entendia completamente a extensão de suas ações e se realmente ele queria atingir resultados criminosos com suas atitudes.

Preocupamo-nos com esta questão da prova, não só pelo fato de ser difícil para o juiz determinar se o agente era imputável ou não ao tempo do crime, mas também pelo fato de que nos paira a dúvida se poderia este indivíduo cometer uma ação criminosa e sabendo que seria punido por tal conduta, forjar e ou aludir falsamente uma causa de exclusão da imputabilidade penal para ver-se isento de pena.

Apresentamos também este tema para olharmos justamente a questão das penas. Veremos ao final do trabalho se estes agentes infratores recebem algum tipo de punição, que a lei trata como medida de segurança. Se realmente ela serve para o tratamento dos inimputáveis e quais efeitos essas medidas trazem para a vida do internado.

Sem a devida compreensão deste tema (mais especificamente das causas de exclusão da imputabilidade penal) não conseguimos entender o porquê do tratamento diferenciado aos inimputáveis, o que os coloca nesta condição e como devemos proceder com o tratamento das “punições” para essas pessoas.

Em suma, todo e qualquer ramo do Direito Penal, nos instiga, desperta a curiosidade e nos estimula, com isso todos os seus institutos são também incrivelmente interessantes e importantes para entendermos nossas leis, o motivo delas e a sua devida aplicação.

1. BREVE RELATO SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA.

Para começarmos, trataremos brevemente sobre a história do Direito Penal. Atualmente como observado por Fernando Capez, o Direito Penal é o segmento do Direito que detém a função de selecionar certos comportamentos humanos mais graves à coletividade, que sejam capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e tipifica-los como crimes, impondo-lhes em consequência de suas ações ou omissões, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação³. No entanto, nem sempre o Direito Penal se encontrou desta forma sensata e polida.

Desde os primórdios, os homens introduziam o Direito Penal de uma maneira religiosa, mística, cultural, trazendo o “castigo” como uma pena; pestes, fome, doenças, seca e outros males eram trazidos como punição dos deuses. Tais penas atingiam o próprio ofensor dos deuses, seus parentes ou grupos (tribo) ou seus bens (animais, moradia) sem proporções de defesa e justiça.

Doutrinadores dividem a história do Direito Penal em fases, sendo vingança privada (vítima fazia justiça com as próprias mãos contra o infrator), vingança divina (religiosos puniam em nome dos deuses, muitas vezes entendiam que determinadas enfermidades ou distúrbios eram castigos divinos), vingança pública (esta fase trouxe uma maior proteção à monarquia e aos soberanos, certos institutos utilizados hoje surgiram também nesta época; a culpabilidade, o erro, o dolo e até a previsão de alguns tipos penais) e o período humanitário (surge para transformar os homens em pessoas mais humanas, ou seja, no âmbito do Direito Penal, este período propõe a criação de leis sem arbitrariedade ou crueldade, mas sim como proporcionalidade, possibilitando ao acusado, meios de defesa e em caso de condenação penas justas e humanas).

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v 1.p.19

Vimos o homem acusar e defender-se da maneira como achava justo, tendo como base, preconceitos mitigados em divisões de classes sociais e étnicas, usar as divindades para criar e punir crimes, abusando da credence popular e finalmente usar de critérios racionais para reprimir de forma mais humana e justa as mazelas da sociedade.

Com os estudos científicos no final do século XIX, começaram as indagações sobre Psiquiatria, Psicologia, a Sociologia, a Antropologia, entre outras ciências sociais que desencadearam novas percepções para o Direito Penal. Tais percepções moldaram vários aspectos do Direito Penal utilizado atualmente.

A tentativa de correção do criminoso, a observação deste como objeto da ciência penal, a prevenção do crime e análise das vítimas são próprias da Criminologia.

Entre várias definições de Criminologia o conceito que é encontrado em quase todas as obras é o da ciência que se destina ao estudo do crime, pormenorizando as circunstâncias que deram causa a ação ou omissão tipificada, sendo capaz de determinar a personalidade do agente infrator, bem como, os motivos que culminaram em um delito e buscando um “rumo”, uma direção no sentido de reintegrar o criminoso na sociedade.

Esta ciência percorreu correntes de pensamentos chamadas de escolas penais que por sua vez formaram as precursoras doutrinas do Direito Penal. Recebem este nome por que não se tratavam mais de fases penais como a fase da vingança pública e divina, mas basicamente são reuniões de pensamentos sobre a estrutura de um delito e a análise das penas.

Cada uma das escolas teve um “pensador” como líder, sendo seguidas suas concepções por outros doutrinadores ao longo do tempo. Basicamente uma escola surge para tentar sanar os erros e ou falhas da anterior, no entanto existem também as que se originaram apenas por um conflito de opiniões.

A Criminologia mostra-se muito profunda, pois, como apontado por Lélío Braga Calhau ela “recebe a influência e a contribuição de diversas outras ciências (Psicologia, Sociologia, Biologia, Medicina Legal, Criminalística, Direito Política etc.) com seus métodos respectivos”⁴.

Não que o Direito Penal também não receba tais influências, no entanto, avaliar o crime, juntamente com a história de vida do infrator propriamente dito, suas experiências, dificuldades e necessidades, a observação do que o levou a praticar o delito e uma possível (e

⁴ CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 2ªed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 10

eficaz) forma de ressocialização deste indivíduo, buscando sempre o controle da criminalidade, nos parece uma árdua e maravilhosa tarefa.

2. CRIME.

Para melhor trabalharmos com o instituto da imputabilidade penal, se faz necessário trazer à luz o conceito de crime. Dentre as correntes existentes que definem o que é crime, o censo comum das pessoas é de que aquele que comete um crime viola uma lei; interessante se faz esse pensamento, uma vez que a própria lei penal não define o que é crime, o artigo 1º do Decreto-Lei 3.914 de 9 de Dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal) dispõe que considera-se crime a infração `que a lei comina pena, ou seja, nossa legislação apenas tipifica e estabelece penas às condutas que ao se “encaixarem” com ações e omissões, são consideradas como infrações penais. Como a legislação traz um conceito abstrato de crime, a definição é feita por doutrinadores e pode ser obtida sob a ótica de três aspectos: formal, material e analítico conhecido também como dogmático ou operacional.

De uma forma singela, no conceito formal, tudo o que for contrario a lei penal, existindo uma norma que é descrita como um ilícito, o agente que pratica-la, cometeu um crime. Já no corrente material Capez defende que sob essa égide o conceito de crime é o que busca estabelecer a essência do conceito, ou seja, o porquê de uma ação ou omissão ser considerada criminosa, definindo crime como todo fato humano que por dolo ou culpa, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos⁵. Nesta esteira, busca compreender-se porque os legisladores selecionaram as condutas tipificadas no código penal e determinaram penas para quem as praticassem, além de certa forma prevenir futuras praticas de tais ações. Partindo desta definição, encontramos a interdisciplinaridade do conceito material do crime, pois, como apontado por Fabbrini e Mirabete abrange “ciências extrajurídicas como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia etc”⁶

Árduo se faz a definição do conceito analítico de crime, uma vez que a própria doutrina discorda em certos institutos, pois, para alguns autores o crime é um fato típico e antijurídico (conceito Bipartido), no entanto para os outros, crime é fato típico, antijurídico e

⁵ CAPEZ, Fernando. Op.cit. p.134

⁶ MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 27ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16

culpável (conceito Tripartido). Ainda é possível encontrar conceitos que definem como fato típico, antijurídico e punível, a culpabilidade seria a união entre crime e a pena.

A corrente bipartida (Fato Típico e Antijurídico) ao excluir a culpabilidade, abre precedente para classificar e punir qualquer um como um infrator, ora se um inimputável cometer uma infração penal será ele um criminoso e deverá ser punido sem ser levado em conta a sua isenção de pena?. Um crime só pode ser punido quando o agente é culpado, se não há culpabilidade, não há crime. Neste passo, o conceito analítico mais aceito e seguido pela doutrina e jurisprudência pátria é o tripartido - fato típico, antijurídico e culpável.

O Fato Típico é composto por quatro elementos, a conduta, o resultado, o nexos causal (também chamado de relação de causalidade) e a tipicidade. Ressaltando-se que não havendo um destes elementos, não há fato típico, a não ser que o crime seja tentado, daí ele não possui o resultado.

A antijuridicidade (ilicitude) é tudo que vai contra a lei, existem dispositivos que afastam a ilicitude da conduta, estes dispositivos estão descritos no artigo 23 do código penal, sendo eles o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito.

Um dos temas mais difíceis dentro do Direito Penal é a culpabilidade, pois, como mencionado acima nem todos os doutrinadores concordam que a culpabilidade integra o conceito analítico de crime (Bipartido e Tripartido), uma vez que ela seria apenas um pressuposto para a aplicação da pena.

Na teoria psicológico-normativa se exigia três elementos: a imputabilidade (capacidade penal), dolo ou culpa, estando contida no dolo a potencial consciência da ilicitude (antijuridicidade) e a inexigibilidade de conduta diversa (impossibilidade de agir de outra forma). Foram feitas críticas a essa teoria, uma vez que o dolo e a culpa integram a conduta e não a culpabilidade propriamente dita.

A Teoria Normativa Pura surge com Hans Welzel. Quando ele cria a teoria finalista da ação, com isso é alterado o conceito analítico de crime (que é tido como um fato típico, antijurídico e culpável). Para Welzel a culpabilidade é normativa, ou seja, não há mais o elemento subjetivo (dolo e culpa) a culpabilidade é formada pela imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Sem a culpabilidade o agente não pode ser responsabilizado pela conduta que praticou, ou seja, este agente não pode ser punido. Faltando um dos elementos citados acima, que compõem a culpabilidade, está não pode ser atribuída ao autor do fato.

3. IMPUTABILIDADE.

Para conceituarmos a imputabilidade, podemos olhar primeiramente para o verbo deste instituto, o verbo imputar, que em uma definição simples é o ato de atribuir algo a alguém. Trazendo esta singela definição para o Direito Penal, podemos dizer que a imputabilidade é a conferência, a atribuição de uma responsabilidade a um indivíduo. Encontra-se nela a possibilidade de um infrator receber uma pena, de ser-lhe atribuída uma sanção, como forma de resposta a uma ação ou omissão criminosa, que venha a ter praticado.

Segundo Capez, a imputabilidade consiste na capacidade do agente entender que a conduta que está sendo praticada por ele é ilícita, no entanto apenas entender que o fato é antijurídico não basta, é necessário que ele tenha a motivação mesmo ciente da ilicitude, que ele queira determinar-se de acordo com tal entendimento. Com esta definição, Capez nos ensina que o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber e entender que está realizando uma conduta ilícita. Esta exposição facilita a compreensão da definição de imputabilidade, porém, não é só isso. Não obstante a condição dessa plena capacidade de entendimento faz-se necessário ainda a obtenção de integral do controle sobre a vontade, no momento da execução do crime. Ou seja, para que haja a imputabilidade torna-se essencial não apenas que o indivíduo tenha a capacidade de entender a aceção e o reflexo de sua conduta, mas também que ele obtenha o controle sobre da sua vontade⁷.

A Semi-imputabilidade é encontrada no parágrafo único do artigo 26 do código penal, este por sua vez não delimita o que é a semi-imputabilidade, no entanto, dispõe que o agente poderá ter a sua pena diminuída de um a dois terços se comete o crime sem a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Este instituto surge devido ao fato de que uma pessoa pode ser absolutamente capaz durante toda a sua vida, entretanto, em determinado momento, mais especificamente no

⁷ CAPEZ, Fernando. Op.cit.p.331-332.

momento do crime, ela é considerada relativamente incapaz, o seu entendimento fica ou passa a ser reduzido, única e tão somente no momento da ação.

Como vimos no capítulo da história do Direito Penal, este evoluiu de acordo com a própria evolução humana. Portanto, o tratamento oferecido aos inimputáveis nem sempre foi como o conhecemos hoje. Nem sempre houve tratamentos diferenciados a eles. Penas cruéis e desproporcionais foram aplicadas por longos anos, alcançando todo e qualquer membro da sociedade que cometesse uma infração (com algumas exceções, como por exemplo, os faraós e reis).

Iremos trabalhar com o tratamento pátrio, dispensado aos inimputáveis ao longo da história brasileira. Começaremos com as Ordenações Filipinas, normas reunidas, criadas por D. Filipe I em 1595. Esta Ordenação foi imposta em Portugal devido à influência Espanhola que regia o país na época. O Brasil, sendo colônia de Portugal, seguia os regimes jurídicos vigentes neste país.

As ordenações não traziam na esfera do Direito e Processo Penal um tratamento diferenciado aos inimputáveis. O que se encontrava é o início da imputabilidade. Esta começava aos 07 (sete) anos de idade, ou seja, uma criança com apenas 07 anos, poderia responder penalmente por uma conduta praticada. Nota-se que as primeiras proteções (mesmo que ainda desproporcionais) abrangiam apenas a inimputabilidade devido à incapacidade por idade. As causas de doenças mentais não encontravam espaço na legislação Penal da época.

As Ordenações Filipinas permaneceram em vigor no Brasil. Em 1822, houve a proclamação da Independência. Em 1824 surge a Constituição do Império, para que finalmente em 1830 nasça o Código Penal do Império do Brasil. Neste código não se julgava como criminoso o menor de 14 (quatorze) anos. Se um indivíduo com menos de 14 anos cometesse um crime e tivesse discernimento para entender o que fez, seria recolhido a uma “casa de correção” (este era o termo trazido pela lei) e lá ele permaneceria pelo tempo que o juiz fixasse, no entanto, ele permaneceria no máximo até os 17 (dezesete) anos de idade. Estas disposições se encontravam nos artigos 10 e 13 do código Penal do Império do Brasil de 1830, sendo que a capacidade era relativa, tendo em vista que se um menos cometesse um crime com consciência deste, seria punido.

Voltando ao artigo 10º do mencionado código, surge no Brasil, com este dispositivo legal, a proteção aos doentes mentais. A lei dispunha que também não seriam julgados como

criminosos os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos, e neles cometerem o crime. Esta parte deixa claro um critério que chamamos de critério psicológico de classificação da imputabilidade (veremos com mais detalhes a seguir), onde, leva-se em consideração o momento do cometimento da conduta, ou seja, se uma pessoa sofre de uma doença mental (a loucura, por exemplo) e comete um crime é necessário averiguar se ele tem momentos de lucidez e se o cometimento do delito se deu nestes momentos, pois, em caso positivo, não obstante ele sofrer da doença seria julgado como um criminoso.

O Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890 promulgou o Código Penal dos Estados Unidos Do Brasil. Neste código o Artigo 27 trazia o menor de 09 (nove) anos de idade como absolutamente incapaz, no entanto, a criança que tivesse entre 09 e 14 anos de idade e cometesse um crime de maneira consciente era imputável. Outra observação é no sentido de apontar que o enfraquecimento senil era trazido como causa de inimputabilidade se desta resultasse a incapacidade absoluta.

O presidente Getúlio Vargas, decretou o Código Penal de 1940 (decreto-lei n° 2848 de 07 de dezembro de 1940) onde o título III dispunha Da Responsabilidade e o primeiro artigo deste título tratava sobre os Irresponsáveis. Com algumas alterações de nomenclaturas, o texto legal é o que utilizamos atualmente.

Hoje, no Brasil a imputabilidade penal tem um título próprio (Título III – Da Imputabilidade Penal) presente na parte geral do Código Penal brasileiro. Não há definição legal para a imputabilidade, com isso 26, 27 e 28 do referido código, encontramos causas que excluem ou não a imputabilidade e na Constituição Federal, o artigo 228 apresenta a inimputabilidade do menor de 18 anos.

O código não dispõe apenas das causas de exclusão da imputabilidade, mas também das medidas de segurança que podem ser impostas aos inimputáveis ou semi-imputáveis. Encontram-se no Título VI (Das Medidas de Segurança) presentes nos artigos 96, 97, 98 e 99 as espécies de medidas, a imposição delas, as causas de substituição da pena por medida de segurança e direitos do internado, sendo que mais a frente, onde veremos cada uma destas situações. As medidas de segurança também se fazem presentes na Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, nesta lei estabelecem-se todos os direitos e deveres garantidos aos condenados ou internados no que tange ao cumprimento de suas penas, logo, as medidas de segurança não poderiam faltar.

Para classificar a imputabilidade a legislação se embasou em um critério biopsicológico. Este vem a ser uma junção de dois sistemas, o biológico e o psicológico. Enquanto o critério biológico analisa se o agente é portador de alguma deficiência mencionada no artigo 26 do código Penal, o critério psicológico não se preocupa com a existência de perturbação mental no agente, mas apenas se, no momento da conduta, ele era capaz ou não de entender o que estava fazendo.

Pode-se dizer que um só se preocupa com a causa geradora da inimputabilidade e o outro, volta suas atenções para o momento da prática do crime. Como dito o critério adotado legalmente é o biopsicológico que une os dois sistemas expostos, exigindo que a falta de “capacidade” esteja presente na legislação e no momento do cometimento da conduta.

São quatro causas que excluem a imputabilidade, que vistas apenas no texto legal, nos parecem óbvias e de simples compreensão, no entanto, quando aprofundamo-nos no tema, descobrimos o leque de minúcias que cerca estes institutos.

A primeira causa que trazemos é a doença mental, esta, é uma espécie de doença que compromete a identidade psíquica de uma pessoa, atingem a personalidade, ou seja, a mente propriamente dita. Podem surgir como uma alteração ou lesão cerebral podendo ou não ser detectadas em exames porque existem também variações de doenças mentais (a doença de Alzheimer consegue ser diagnosticada com tomografia, por exemplo, já para diagnosticar um caso de variação de doença mental faz-se necessário uma análise mais profissional e não laboratorial). Podemos apresentar como doenças mentais o retardo mental, as demências (perda progressiva de toda a capacidade que a pessoa atingiu durante a vida), as psicoses (que vem a ser uma acentuação da personalidade da pessoa, passa do normal e torna-se psicose – esquizofrenia), neuroses (pessoas que não confundem a realidade, mas possuem uma fobia, por exemplo) e transtornos de personalidade (personalidade se forma fora dos padrões sociais que se esperava).

A segunda causa seria o desenvolvimento mental incompleto, também chamado de desenvolvimento mental retardado, caracteriza-se nas pessoas que não tiverem desenvolvimento mental pleno. Com o crescimento as pessoas formam sua personalidade, algumas pessoas não se desenvolvem, e o problema não está apenas na inteligência que essa pessoa tem ou não, toda a personalidade é comprometida, a potencialidade deste indivíduo torna-se inferior. As causas do retardo mental podem ser identificadas, podendo ser causas

genéticas ou hereditárias que surgem antes do parto (enquanto há a formação do ser) durante o parto (uso de algum instrumento que afete o cérebro da criança) ou neonatais (surgem nos primeiros meses de vida - a meningite, por exemplo, pode afetar a capacidade da criança). Também há níveis de retardamento mental (leve, moderado, grave e profundo) como o próprio nome sugere são níveis crescentes que afetam a personalidade do agente, enquanto os níveis leves faltaram pouco para a pessoa atingir o desenvolvimento mental completo, nos níveis profundos a pessoa vive em um estado vegetativo (não fala, não anda).

Olhando para a terceira causa a menoridade, nem todas as crianças têm uma infância e adolescência tão boa quanto deveriam. Seja por necessidade ou falta de opção, muitas crianças brasileiras deixam as escolas para poderem trabalhar e auxiliar no sustento de suas famílias. No entanto, ao saírem da “proteção” que as escolas oferecem, estas crianças se expõem aos perigos que a rua apresenta. Seria leviano de nossa parte afirmar que todas as crianças que se envolvem ou que se envolveram com algum tipo de crime, o cometeram por “falta de opção”. É cediço que muitas delas escolhem a criminalidade por uma errônea admiração ou por acreditarem ser o caminho mais fácil mesmo; mas não devemos também esquecer-nos daquelas crianças que tem este caminho como exemplo, dentro de casa. Esclarecemos que essa inimputabilidade do menor, decorre do entendimento dos legisladores, estes entendem que a incapacidade do menor de 18 deriva da idade, eles podem até saber que a conduta é ilícita e quererem praticá-la, no entanto não possuem a maturidade mental para entender a situação.

Como quarta e última causa temos embriaguez encontra-se no artigo 28 do código penal. O caput deste artigo traz causas que não excluem a imputabilidade (a emoção, a paixão e a embriaguez voluntária ou culposa). A embriaguez voluntária é aquela em que a pessoa quis embriagar-se, a intenção dessa pessoa era justamente ingerir a substância e “gozar” das sensações que se agregam ou ficam inibidas com o consumo. Não devemos confundir este tipo de embriaguez com a preordenada, pois nesta o agente infrator embriaga-se para cometer o crime (para ter coragem, por exemplo). Embriaguez culposa vem a ser a imprudência, a negligência ao ingerir as substâncias que podem levar a pessoa ao estado de embriaguez. Ao ingerir de maneira imprudente, a pessoa negligencia sua atitude e atinge o estado de embriaguez. Lembrando que nem a culposa, nem a voluntária excluem a imputabilidade do agente, a embriaguez que exclui esta no parágrafo primeiro do artigo 28, onde há a isenção de

pena ao agente que, por embriaguez completa, obtida por meio de caso fortuito ou força maior, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento.

Trabalharemos agora com a questão das provas da imputabilidade. Para solucionar estas questões e efetivamente “descobrir” se o agente é imputável ou não são realizados exames chamados neuropsicológicos que devem ser realizados por profissionais competentes (psiquiatra, por exemplo) podendo haver também o auxílio de outros profissionais, como psicólogos e assistentes sociais. Não se analisa apenas se o agente é portador ou não de um distúrbio mental, a avaliação feita busca dizer se a capacidade de entendimento e de determinação do agente esteve comprometida no momento da realização da conduta, por conta do referido distúrbio.

A forma processual correta para se iniciar esses exames é por meio de um incidente de insanidade mental. É um processo que se inicia em autos apartados, com a sua conclusão (apresentação do laudo) apensa-se ao processo principal. Este incidente pode ser requerido pelo Advogado, pelo Defensor do acusado, bem como pelo sue curador, ascendente, descendente cônjuge ou irmão e da autoridade policial (na fase de inquérito). No entanto, este incidente não se procede apenas mediante um requerimento, pois caso haja dúvida sobre a higidez mental do acusado ele poderá ser submetido ao exame por ordem de ofício do juiz. Instaurado o incidente é nomeado um curador ao acusado. Vale dizer que o processo fica suspenso até a decisão, a não ser que haja alguma diligência que possa ficar prejudicada pela suspensão da ação.

Estas e outras disposições encontram-se no capítulo VIII do Título VI do código de processo penal vigente. Este incidente de insanidade mental serve para se obter uma resposta para a justiça, resposta essa que versa sobre a capacidade de entendimento e determinação no momento da conduta. A magnitude deste documento se dá ao fato de que caso não fique comprovada a incapacidade do infrator, este se torna responsável pela conduta praticada, ao passo que se é portador e verificada a incapacidade em função deste transtorno, há a classificação deste agente como inimputável.

A pergunta que se faz é qual é a posição do judiciário quando se depara com um agente infrator que possui uma das causas de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. E a resposta para esta pergunta são as Medidas de Segurança e as Medidas Socioeducativas, pois

um agente nas condições descritas não pode, por força legal, sofrer as sanções de pena prevista no tipo legal da infração que cometeu. Ao sentenciar o processo, o juiz, em sentença absolutória, aplica a medida de segurança cabível mesmo que a competência seja do tribunal do júri, ele imporá a medida em caso de condenação.

As medidas de segurança são aplicadas apenas aos inimputáveis e semi-imputáveis. As funções das medidas de segurança não são as mesmas das penas, enquanto estas buscam ressocializar o infrator, as medidas buscam o tratamento (cura) do agente.

A primeira coisa a se esclarecer é que nunca pena e medida de segurança se acumulam, caso uma seja aplicada, nunca a outra será imposta em conjunto. Alguns países adotam esse sistema, inclusive o Brasil o adotava até a alteração do código em 1984, no entanto não existe mais essa junção chamada de sistema duplo binário, o que utilizamos hoje é o sistema vicariante, que como exposto aplica-se apenas uma das sanções.

As espécies de medidas de segurança trazidas pela lei. Elas estão no artigo 96 do código penal e são: a internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial. O infrator sentenciado com uma pena de reclusão será internado em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, no entanto se a sanção for de detenção o tratamento torna-se uma faculdade, pois o juiz pode exigir a internação ou submeter o agente ao tratamento ambulatorial.

O prazo da previsão de um tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado até que se prove que o agente infrator não representa mais perigo para a sociedade nem para ele mesmo. Após iniciado o tratamento conta-se o prazo mínimo de 1 (um) ano e o máximo de 3 (três) anos para se realizar uma nova perícia e constatar que a periculosidade está cessada. A cessação da periculosidade encontra-se no título VI, capítulo II da Lei de Execução Penal e estende-se do artigo 175 ao 179.

A perícia médica presente no parágrafo segundo do artigo 97 do código penal, não se confunde com a perícia de sanidade mental, como visto esta é utilizada como prova de inimputabilidade, a perícia mencionada neste artigo dispõe sobre os prazos para a realização de novos exames com o intuito de medir a periculosidade e a necessidade de continuidade do tratamento. Fica determinado que as perícias realizar-se-ão no prazo mínimo fixado na sentença e caso haja a continuidade no tratamento devem ser repetidas anualmente ou a qualquer tempo caso haja determinação judicial.

Cabe ressaltar que todas as medidas tomadas são para a proteção tanto da sociedade quanto do próprio agente, pois em qualquer fase do tratamento ambulatorial, o juiz poderá deferir a internação dele para fins curativos (parágrafo 4º do artigo 96 do código penal) bem como a situação condicional para os desinternados ou liberados e a previsão de restabelecimento a situação anterior, caso o agente apresente no prazo de 1 (um) ano um ato que indique a persistência de sua periculosidade (parágrafo 3º do artigo 96).

Já o tratamento ambulatorial destina-se aos semi-imputáveis. O disposto no artigo 98 do código penal ensina que os semi-imputáveis condenados que necessitarem de tratamento curativo, podem ter suas penas privativas de liberdade substituídas pela internação ou por tratamentos ambulatoriais pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, aplicando – se as mesmas regras de prazos e realizações de perícias das medidas de segurança dos inimputáveis.

Outra questão importante é o que acontece com uma pessoa absolutamente capaz que comete um crime, é julgada corretamente e condenada, no entanto, durante o cumprimento da pena ela começa a sofrer de um distúrbio mental, como se resolveria essa situação. O disposto no artigo 41 resolve este impasse, tendo em vista a previsão de que um condenado que sofra de doença mental superveniente, deverá ser recolhido a um hospital de custódia e tratamento ou a um estabelecimento adequado.

Existe todo um procedimento para a execução das medidas de segurança , o autor Fernando Capez organiza as disposições do Título VI da lei de execuções penais da seguinte forma

Procedimento para execução da medida de segurança: comporta os seguintes passos:

- a) transitada em julgado a sentença, expede-se a guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, conforme a medida de segurança seja detentiva ou restritiva;
- b) é obrigatório dar ciência ao Ministério Público da guia referente à internação ou ao tratamento ambulatorial;
- c) o diretor do estabelecimento onde a medida de segurança é cumprida, até um mês antes de expirar o prazo mínimo, remeterá ao juiz um minucioso relatório que habilite a resolver sobre a revogação ou a permanência da medida;
- d) o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;
- e) o relatório não supre o exame psiquiátrico (vide supra);

- f) vista ao Ministério Público e ao defensor do sentenciado para manifestação dentro do prazo de 3 dias para cada um;
- g) o juiz determina novas diligências ou profere decisão em 5 dias;
- h) da decisão proferida caberá agravo, com efeito suspensivo (LEP, art. 179).⁸

Lembramos certa vez de ver uma reportagem em um famoso programa de televisão, que registrava a triste realidade em um hospital de custódia. Muitos estavam internados a vários anos, os exames para comprovar a existência ou a falta de periculosidade não se realizava a muito tempo, existiam ali apenas pessoas esquecidas pelo justiça, pelo sociedade, por todos. Procurando na lei qual o tempo máximo de duração de uma medida de segurança, nos espantamos ao descobrir que não existe, procurando na doutrina, muitos dizem que deve ser respeitado o prazo de 30 anos, outros dizem que é no tempo máximo do tipo penal cometido, a única coisa que todos têm certeza é que não deve ser perpetuo. Entendemos o fato de ser muito difícil “liberar” uma pessoa que ainda tem desvios de personalidade e quão trabalhoso deve ser manter em dia os exames de todos os internados, no entanto se nossa legislação garante este direito ele não deve ser esquecido, até mesmo porque estamos falando de pessoas que muitas vezes não tem ideia da conduta que cometeram.

Finalizando este capítulo, trazemos a baila uma questão intrigante, a possibilidade de se forjar uma doença mental para livra-se do cárcere. Com nossas pesquisas, percebemos quanto trabalho cerca uma decisão de inimizabilidade ou semi-inimizabilidade penal. É um trabalho conjunto, médicos psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, juizes e funcionários de hospitais de custódia e tratamento trabalham para garantir a justa aplicação de uma sanção penal a uma pessoa. Resta-nos dizer que se torna um trabalho árduo que beira a impossibilidade, falsear uma doença mental, tendo em vista que os profissionais da área analisam toda a personalidade do agente, buscando a história da vida desta pessoa e suas atitudes ao longo do tempo.

Aprendemos que os menores de 18 anos são penalmente inimizáveis. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) eles praticam ato infracional. É importante trazemos para este trabalho que se considera como sendo criança, o menor de 12 anos e adolescente o que tiver entre 12 e 18 anos.

⁸ CAPEZ, Fernando. Op.cit.p.472 [grifo do autor]

A criança que cometer um ato infracional (crime e ou contravenção penal) estará sujeita as medidas de proteção descritas no artigo 101 do ECA, dentre essas medidas temos o encaminhamento da criança aos pais ou responsáveis, matrícula escolar obrigatória, inclusão em programas de auxílio, tratamento médico psicológico e ou psiquiátrico, inserção da criança em programas de tratamento para alcoolismo e toxicômanos, acolhimento institucional e acolhimento familiar, dentre outros, lembrando que a aplicação destas medidas, lembrando que estas medidas protetivas podem ser aplicadas cumulativamente.

Já para os adolescentes não se aplicam as medidas protetivas, mas sim as medidas socioeducativas previstas no capítulo VI do Título III do estatuto da criança e do adolescente. Muito se discute, acerca da impunidade que cerca os adolescentes infratores, olharemos agora para as medidas impostas para eles.

Dentre as medidas, temos a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade e a internação (medida mais gravosa), que consiste em uma medida privativa de liberdade, esta deve obedecer 2 (dois) princípios: a brevidade e a excepcionalidade. A brevidade se dá em não se estabelecer um prazo para a internação, pois ela tem o cunho de ressocializar o menor, então não tem prazo inicial, mas tem o prazo máximo que 3 (três) anos, no qual ele será reavaliado periodicamente a cada 6 (seis) meses. O princípio da excepcionalidade é trazido no sentido de que não se deve aplicar a internação se houver a possibilidade de ser aplicada outra medida. Três são as hipóteses de aplicação da internação, esta se dá quando houver a prática de ato infracional com violência ou grave ameaça, a reiteração de atos infracionais graves e quando houver descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta. Vale ressaltar que esta última tem o prazo máximo de 3 (três) meses para a duração da internação.

Aos 21 (vinte e um) anos ocorrerá a liberação compulsória do internado. Indaga-se o porquê de a lei trazer a idade de 21 (vinte e um) anos, sendo que a maioridade se dá aos 18 (dezoito). Essa disposição surge tendo em vista o caso de um menor que está perto de completar 18 (dezoito) anos e comete um ato infracional, caso ele recebesse uma medida e ficasse “livre” ao completar 18 (dezoito) anos, cumpriria pouquíssimo tempo da medida e com isso o intuito de ressocialização não se procederia.

CONCLUSÃO.

No caminho até aqui, vemos o Direito Penal nascer, instaura-se na sociedade e cada vez mais se tornar a panaceia das mazelas sociais. Caminhando pelos conceitos tão discutidos ao longo do tempo, definimos o crime como um fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade estaria formada com a potencial consciência de ilicitude a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade.

Exploramos a imputabilidade, trazendo suas definições doutrinárias e sua presença na legislação tanto vigente como prescrita. Olhamos para cada causa que exclui a imputabilidade, analisando suas peculiaridades e minúcias. Ao passo que chegamos na questão da prova, descobrimos como ela é feita, como se alcança tais resultados e se comprovada a insanidade, como é aplicada a sanção para este agente.

Com todos estes passos, percebemos que não existe uma sanção, esta é um tratamento. Tratamento este que visa não recuperar o agente infrator não de uma “vida” ou uma conduta criminosa, mas sim de uma enfermidade. As internações aplicadas são para a proteção do infrator, tanto dele, como para a proteção da família, dos vizinhos, de toda a sociedade que o cerca.

Não devemos esquecer também dos menores de 18 anos. Penalmente são inimputáveis e isso gera, para as pessoas que não se aprofundam no estudo do Direito, um ar de impunidade. A pessoa que vê a notícia no jornal, tira suas próprias conclusões quando escuta que as crianças e os adolescentes não cumprem penas.

Realmente, pena eles não cumprem, mas as medidas protetivas e socioeducativas são justamente para proteger as crianças, que estão iniciando suas vidas da pior forma que elas poderiam pensar ao passo que as medidas aplicadas aos adolescentes, servem para ressocializar e recuperar este jovem que por uma ou mais condutas está se inserindo no “mundo” do crime.

Uma das questões levantadas foi a da possibilidade de uma pessoa forjar, fingir que era acometida de uma doença mental para poder receber um tratamento diverso do que receberia se fosse imputável. No capítulo relativo a prova da imputabilidade, descobrimos que esta atitude beira a impossibilidade, tendo em vista a profundidade dos exames realizados, ao

passo que agora, após olharmos para todos os tratamentos que são aplicados aos inimputáveis, temos que mesmo que seja possível forjar a inimputabilidade, esta não vale a pena.

Não vale a pena, pois o sistema visa o tratamento de uma pessoa doente, teria que se ter um “sangue frio” para conviver com pessoas com distúrbios mentais, que praticaram condutas criminosas, que tem certo grau de periculosidade comprovada e manter-se apático quanto a isso. Não obstante o fato de a falta de recursos para os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico fazer da internação do farsante um local de difícil estadia.

As evoluções obtidas no Direito Penal, mais especificamente na questão da imputabilidade penal e no tratamento dos inimputáveis tornaram o sistema utilizado atualmente, um sistema protetivo, que também busca o tratamento do agente e a possibilidade de reintegração deste na sociedade, “liberto” de seus distúrbios e ressocializado.

Com todo o apresentado buscamos demonstrar a importância das leis penais, o instituto da imputabilidade penal, com ênfase nas causas de exclusão da imputabilidade, por ser um tema de relevância no âmbito jurídico e presente na vida de todos, pois um distúrbio mental pode atingir qualquer pessoa e o cometimento de uma ação criminosa pode ser efetuado sem a menor consciência deste, não nos esquecendo de que o crime pode “bater” a porta de qualquer jovem, daí a necessidade de saber como o Direito Penal se comporta diante destas situações.

REFERÊNCIAS.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 2ªed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v 1.

MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 27ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

ABORTO DE FETO ANENCEFALO

DEL COL, Karina Evelyn¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: Uma das questões mais intrigantes que o operador de direito tem enfrentado é a questão da possibilidade de aborto terapêutico para aquele feto portador de anomalia que condiz inviável a vida extrauterina. A questão é de fato tormentosa e discutível, e em casos como feto portador de anencefalia, a efetivação do direito a saúde e bem-estar da gestante parece insuscetível de compatibilização ao direito a vida do feto, levando uma profunda apreciação do Poder Judiciário para que assim possa evitar violar direitos constitucionais fundamentais do ser humano. Atualmente, este tema tem gerado grande polêmica, envolvendo questões sociais, morais e religiosos. O aborto de feto anencéfalo é discutido sobre vários aspectos e fundamentos, este trabalho buscar abordar várias destas questões, principalmente os aspectos jurídicos. Desta forma, o escopo deste estudo é definir o início da vida, e, a partir disto, comparar os direitos fundamentais descrito em nossa Constituição Federal, observando não somente a questão do feto portado de anencefalia, mas a saúde e direitos da gestante. Contudo uma breve análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, busca trazer opiniões e fundamentos obtidos pelos ministros, que determinará a forma como os juízes e tribunais devem decidir em relação ao aborto terapêutico.

Palavras-chave: Aborto; Anencefalia; Direito à vida; ADPF nº 54; Código Penal.

INTRODUÇÃO

O primeiro direito que se tem conhecimento, é o direito a vida, condicionador a todos os demais. O direito a vida é constituído como “fonte primária dos outros bens jurídicos” (COUTINHO, 2010). Esse direito analisado, segundo Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

¹ Bacharel em Direito, Centro Universitário UNIANCHIETA

² Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e especializada em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviabilidade do direito à vida, à liberdade, etc.

O direito a vida é irrevogável por cláusula pétrea, tutelado sem período fixo, aprimorando-se conforme a evolução social e sua realidade. Neste sentido, a lei precisa-se adequar a mudanças sociais, visando à importância da dignidade da pessoa humana.

Tem-se determinado que o direito a vida e a personalidade civil começam com o nascimento e termina com a morte, desde que, o nascimento com vida se caracteriza com o ato de respirar.

Segundo o entendimento embriológico, a vida tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, fusão dos gametas, resultando a formação de zigotos (ovo).

Após a fusão dos gametas, dá-se origem a um embrião determinado como zigoto, que contém todas as informações genéticas do indivíduo. Tais informações determinam as características físicas e biológicas e neste mesmo momento se identifica a anencefalia.

A anencefalia é uma má formação congênita, apresentada em bebês, podendo ser detectada através de ultrassonografia durante o início da gestação, é caracterizado como a ausência de cérebro total ou parcial. Apesar da carência de estruturas cerebrais, o anencéfalo em razão do tronco cerebral, preserva funções vegetativas, como chorar, respirar etc.

A grande discussão acerca da anencefalia aborda valores culturais e religiosos, caracterizando o ato do aborto como crime. A grande problematização da interrupção da gestação do feto anencéfalo é a influência que a igreja católica exerce sobre o tema. Sobretudo, os preceitos religiosos não são os únicos fatores determinantes, mas sim, a saúde tanto do feto como da gestante e a importância de saber separar a fé da razão.

O direito penal visa exclusivamente à proteção ao bem jurídico, neste caso a vida intrauterina, mas não somente a vida, mas, o bem jurídico mais importante, a vida da gestante, priorizando sua saúde mental e física.

1. CONCEITO SOBRE VIDA

Partindo do princípio e da amplitude do conhecimento sobre o início da vida, onde existem vários conceitos e interpretações, o conceito de vida e seu momento exato quando se existe, é um dos critérios mais discutidos e difíceis de determinar, não somente no campo do

Direito, mas biológico, social, ético etc. Logo da necessidade de se conceituar o início da vida, e delimitar seu começo e fim, para que no campo jurídico houvesse a correta normatização dos crimes que contra ela atentam, procura-se basear-se nas ciências médicas as respostas para a temática.

Várias teorias são descritas a fim de determinar o conceito sobre vida e seu início, entre elas duas teorias se destacam, estas a teoria Concepcionalista e a teoria Naturalista.

A teoria Naturalista, afirma que a personalidade da pessoa tem inicio a partir do nascimento com vida. A teoria mais abordada e defendida é a Concepcionalista, defende que a vida tem início na fecundação, no encontro do óvulo com o espermatozoide, esta teoria é muito defendida pela igreja católica. A mesma teoria é defendida pelo ponto de vista medico e entendimento embriológico, que a vida tem início no momento da fecundação.

[...] e a fecundação que marca o início da Vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 óvulos da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-los põe fim a vida (CHAVES, p. 16, 2000).

Desta forma esta claro que a vida humana no sentido biológico começa a partir da fecundação, segundo Maria Helena Diniz:

“[...] a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da fecundação da pessoa, e juridicamente, desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide [...]”

O mesmo raciocínio é mantido por Mirabete (2012, p. 58):

“[...] a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do ovulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo [...] executando funções típicas de vida [...]”

Outra teoria define que o início da vida humana só começa a partir da nidação, ao ocorrer à fixação do embrião a parede uterina. Nesta nidação, em geral acontece de 5 a 15 dias após a fecundação. Essa teoria é bastante difundida e defendida, por pesquisadores de células-tronco (SILVA, 2010).

Existe ainda, uma terceira teoria, que afirma que a partir do momento em que se pode detectar atividade cerebral, com o surgimento de tecidos nervosos é quando há vida protegida constitucionalmente. Este conceito é o pensamento de um grupo de expressivos cientistas, principalmente neurologistas, que defendem que a vida começa junto com as primeiras formações cerebrais e terminações nervosas (ANDRADE, 2012).

Como se observa, não há um consenso comum sobre o início da vida, pois cada fundamentação é um entendimento próprio a respeito do tema, às vezes envolvendo temas religiosos, valores culturais etc.

Ademais, abordar o presente tema, significa que a reflexão deve passar pelo campo jurídico, ir além das referências jurídicas, dos valores culturais, pessoais e morais, pois, de qualquer forma devemos estabelecer arcos primordiais deste assunto, importante ter como fundamento os princípios estabelecidos em nossa Constituição Federal.

De fato, a vida humana começa no momento da fecundação, mas como juristas passaremos a classificar o início da vida a partir da nidação, no momento em que a vida humana se finda, assim considerando que termina no momento que não há mais impulsos cerebrais, nada mais lógico, considerar que a vida se inicia no momento em que as primeiras terminações nervosas do embrião são formadas, que ocorre por volta da segunda semana de gestação próximo ao momento da nidação (ANDRADE, 2012).

Estabelecido o momento do início da vida, temos que abordar o momento morte, sendo apresentado pela atividade cerebral inexistente. Morte juridicamente é a ausência de vida, sendo representado pela atividade cerebral e funções do cerebelo, sua inercia ou ausência identifica que não existe a vida em questão, sem atividade cerebral e sem vida não há do que se falar em personalidade ou expressão de identidade da pessoa. O diagnóstico de Anencefalia é, portanto, a morte constatada imediata ou iminente, tanto que é considerada em tratados médicos como uma deformação incompatível com a vida.

2. EVOLUÇÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, é importante mencionar um dos direitos fundamentais e mais importante, o direito a vida, resguardado no título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O denominado direito a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos. É inviolável, não podendo ninguém ser privado arbitrariamente de sua vida sob pena de responsabilização criminal. Somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, pois, seria em vão a proteção dos direitos fundamentais se não houvesse a vida humana (SILVA, 2010).

[...] os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida (MORAIS, 2002, p.64).

O direito a vida é muito discutido, e o Brasil é signatários de alguns instrumentos normativos internacionais que dispõe sobre esta questão tão discutida. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos dos Homens são alguns tratados em que nosso país participa e discutem sobre o direito do nascituro oferecendo uma margem interpretativa acerca da polêmica questão e sobre os direitos dos embriões (PESSOA, 2014).

“a personalidade civil do homem começaria a partir da concepção sob o argumento de que, se o nascituro tem direitos, deve ser considerada pessoa, para ser sujeito de direitos e detentor de personalidade jurídica. Se assim não fosse, não haveria como fundamentar que o nascituro tenha direitos, sem ser considerado pessoa e mais, se há em nossa legislação a punição pelo aborto como crime contra a pessoa, não resta dúvida de que o nascituro, no Direito Brasileiro, é considerado como tal e tem personalidade civil (CHAVES, p. 18, 2000).

A constituição tutela o direito a vida sem estabelecer seu início e final, mas fixado pela legislação infraconstitucional, o direito á vida é defendido pelo poder judiciário desde sua fecundação.

Desta forma o legislador penal não poderia desqualificar o produto da concepção, antes mesmo do seu nascimento com vida a atribuir a condição de não pessoa. Pois a personalidade começa a partir do nascimento, mas, o direito a vida se estabelece a partir da concepção do indivíduo, parecendo óbvio este direito, um dos mais importantes, o direito a vida.

É necessário destacar aqui, que o conceito de direito à vida esta associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela aqui almejada não é apenas a proteção biológica, que se destaca pelo nascimento com respiração, mas sim uma real perspectiva de proteção ao indivíduo, ao referido bem jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana se propõe a importar-se com a vida digna, onde o ser humano não é tratado como coisa ou meio, nada mais é do que a qualidade intrínseca, sendo inalienável e irrenunciável, é elemento que qualifica o ser humano. Há de se dizer que seu conceito é amplo de entendimento, podemos observar vários entendimentos sobre a questão, devendo sempre ser analisado conforme o caso real.

A dignidade da pessoa humana esta compreendida como qualidade integrante do próprio ser humano, não podendo ser criada, concedida, retirada, não pode ser tratada como objeto, pois cada ser humano tem seu valor absoluto. A dignidade é inerente a natureza do homem, dependendo de acordo com sua cultura, sociedade, com cada valor individual.

Sendo assim, este é um princípio difícil de conceituar, é um valor abstrato, devendo ser analisado para cada caso real, obstante que a ciência é um poderoso auxiliar para o direito e para a vida do homem, a dignidade humana tem valor ético ao qual a pratica bioética esta obrigada a respeitar, sendo a vida não somente uma questão de sobrevivência, mas de vida com dignidade (DINIZ, 2006).

É no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim a dignidade como verdadeiro superprincípio (PIOVESAN, 2008).

A temática do aborto no campo ético e bastante polêmica, envolvendo opiniões diversas e aspectos de múltipla natureza, dilemas morais, culturais e sociais, questões que são

necessária cautela e discernimento, para que se encontre solução legal, legítima justa e compatível com a dignidade da pessoa humana.

3. ANENCEFALIA

O debate a cerca da anencefalia, veio com os avanços tecnológicos da medicina em detectar a doença ainda no início do desenvolvimento embrionário, não, mas somente ao nascimento, este avanço gerou muita polêmica e dúvida entre os doutrinadores, questionando a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como aborto, e outros tratando o mesmo como fato atípico.

Etimologicamente, a anencefalia significa sem encéfalo, sendo o encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso contido na caixa craniana, que se desenvolve no início da vida intrauterina. A anencefalia é definida na literatura médica como má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação deixando o cérebro exposto, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro” a anomalia importa na existência de todas as funções superiores do sistema nervoso central- responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade (CAMARGO, 2007).

A anencefalia é um distúrbio de fechamento do tubo neural diagnosticável nas primeiras semanas de gestação. Por diversas razões, o tubo neural do feto não se fecha, deixando o cérebro exposto. O líquido amniótico gradativamente dissolve a massa encefálica, impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. Não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade de sobrevivência de um feto com anencefalia. Em mais da metade dos casos, os fetos não resistem à gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero (DINIZ, p. 647, 2008).

A ocorrência da anencefalia se dá na má formação do tubo neural no final da 3ª semana do desenvolvimento embrionário, é diagnosticada através do exame pré-natal, utilizado a partir do segundo trimestre de gestação, que permite um estudo morfológico mais

descritivo do feto. A má formação ocorre em uma a cada mil gestação e é letal em 100% dos casos (KAMUR, 2005).

A morte cerebral, portanto, passou a ser considerada o fim da vida, mesmo que outros órgãos vitais ainda estejam em funcionamento. A proteção à vida é dada tanto intrauterina como extrauterina, não havendo discriminação sobre os estágios de evolução do embrião ou feto, segundo artigo 5º, caput da Constituição Federal.

Sobre o mesmo tema a Convenção Americana de Direitos Humanos, já diz em seu art. 4º:

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Portanto, independente das diferentes classificações sobre o início da vida, seu ciclo é protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Imperdoável é dizer que o feto não tem vida durante a gestação, é verdade dizer que se encontra interligado pela mãe, e o conceito de vida autônoma só se dará a partir do rompimento do cordão umbilical e início da respiração.

Há grande discussão a questão da anencefalia, se torna apenas um detalhe entre tantos outros argumentos mencionados neste artigo, o bem jurídico vida, é tutelado pela nossa Constituição Federal, mas também, envolvem grandes discussões e opiniões de diferentes culturas, principalmente a questão religiosa. Uma das mais seguidas religiões do mundo, o cristianismo, condena o aborto e qualquer estágio ou maneira circunstancial, acredita-se que Deus é o autor da vida, portanto todo ser humano tem o direito à vida desde sua concepção, pois o aborto é a morte do ser e ninguém a não ser o criador tem o direito de decidir quem vive e quem morre (OLIVEIRA, 2013).

Assim é considerado para muitas religiões, como Espiritas, Judeus, Islâmicos, entre outros que consideram a prática do aborto crime, nosso ordenamento ainda é conservador, possivelmente devido a grandes influências religiosas que sofremos, mesmo sendo um Estado laico, ainda observamos tal influências.

Mas observando a esfera penal, o ato pra ser considerado crime deve ser típico, antijurídico e que esteja descrito perfeitamente na área penal, devendo se observar o que se compõe o tipo penal (MIRABETE, 2010). Os elementos do fato típico são conduta, o

resultado, a relação de causalidade e a tipicidade, e caso não contenha nenhum desses elementos, não há do que se falar em crime, pois não é fato típico (MIRABETE, 2010).

Estando morto, excluída seria a adequação típica, e a atipicidade, pois, conforme analisemos perante o art. 17 do Código Penal Brasileiro, não há crime quando o material é improprio.

Desta forma, a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia incompatível com a vida é constitucional e lícita, porem há quem entenda que além do material impróprio a interrupção da gravidez possa ser acobertada pelo estado de necessidade, uma excludente de antijuricidade prevista no art. 24 da parte Geral do Código Penal.

Art. 24 – considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No caso da gestação do feto anencéfalo, poderá ocorrer complicações ou não em seu desenvolvimento materno, mas sempre haverá o risco de sua ocorrência, segundo Debora Diniz, aproximadamente 65% dos fetos anencéfalo morrem intra-útero e poucos sobrevivem após seu nascimento, tendo casos que morem logo após o parto.

Desta maneira, considerando os riscos e complicações da gestação e que não há qualquer possibilidade de gestação normal e sobrevida após o parto, a continuidade desta gestação torna-se um risco desnecessário, devendo não garantir somente a saúde da mãe, mas sua integridade física.

Devemos não apenas pensar no feto, mas também na gestante, os aspectos psicológicos que englobam o saber sobre a anencefalia, além de sua saúde. Muitos casos verifica-se que a ocorrência da anencefalia prejudica a saúde da gestante, no caso em que dê seguimento a gestação. Sub argumentação médica e no ponto de vista físico, a ocorrência da anencefalia pode aumentar significativamente o risco da gravidez e o parto para a gestante, existem várias complicações decorrentes a gestação e a saúde da mulher, um desses casos podemos mencionar o decúbito dorsal, a embolia de líquido amniótico, além de que os fetos podem ser grandes, e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto, não obstante no podemos não cogitar somente a vida do feto, a vida da gestante primeiramente é a mais importante (FRANCO, 2005).

Em nosso ordenamento jurídico ao punir o aborto, o legislador teve como bem jurídico-penal primordial a pessoa da mulher grávida, contudo o Código Penal puni a exposição da vida ou da saúde da mulher a risco, tendo incidentalmente a finalidade de proteger a vida do feto (DINIZ; RIBEIRO, 2004).

A saúde é um direito fundamental e tutelado pela nossa Constituição Federal, que não se limita apenas a saúde física, mas também a saúde psíquica da mulher, pois a gravidez não modifica apenas o corpo da mulher, mas seu psicológico também.

Analisando conjuntamente os artigos 125, 126 e 127, do nosso ordenamento jurídico Penal, concluímos que o aborto também é um crime contra a pessoa da mulher e conseqüentemente, contra a perspectiva de o feto se torne a condição de pessoa, por um lado ainda não podemos afirmar que o feto é pessoa que tenha o bem jurídico protegido contra o crime de aborto, porém esta conclusão reforma-se quando analisamos o artigo 128, quando o Código Penal isentou a pena aos casos de aborto, encontrando justificativas para a não punibilidade e manteve a proteção legal à vida e saúde da mulher.

[...] o código penal preserva a saúde mental da mulher, a incolumidade psíquica, que, tendo sido vítima da violência sexual, estaria sujeita a todas as possibilidades de distúrbios mentais, variando da neurastenia à depressão a ao estado puerperal [...] (DINIZ; RIBEIRO, p. 111, 2004).

O diagnóstico de anencefalia já demonstra a ser suficiente a criar transtornos psicológicos e de grave perturbação emocional na gestante, não somente a mulher, mas também a toda a família que a cerca e acompanha sua gravidez.

Porém, as novas técnicas médicas que proporcionam o descumprimento da anencefalia já nos primeiros meses de gestação, propõe para a mãe a possibilidade de escolher entre a opção de interromper sua gestação ou mantê-la até o nascimento de feto inviável. A escolha sobre manter a gestação até seu final pode gerar a opção de doação de órgãos a nascituros os crianças com deficiência, esta seria uma opção e escolha dos pais a fim de amenizar o sentimento de dor pela perda de um filho.

É importante ressaltar que a escolha da gestante em por fim a sua gravidez ou leva-la até o fim, não pode ser interposta por ninguém, muito menos pelo Estado, isto significa que cada mulher tem o direito a escolha, ao exercício do direito de liberdade e autonomia de vontade em querer interromper a gestação ou leva-la até a termo (FRANCO, 2005).

4. ABORTO

O aborto pode ser considerado uns dos temas mais complexos e polêmicos discutidos hoje em dia, diversos enfoques de ideologias, conflitos entre pensamentos políticos e religiosos, fazem deste um dos temas mais difíceis a ser discutido em termos acadêmicos, sendo a paixão de ambos os polos uns dos maiores entraves em relação ao discurso científico.

Etimologicamente o termo aborto se origina do latim “abortus”, (morrer, perecer), ab significa privação, enquanto ortus se refere ao nascimento. Este termo vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes do seu termino normal, seja esta espontânea ou provocada (DINIZ, 2006).

O aborto nada mais é do que a destruição da vida, mesmo antes de seu início, que pode ocorrer em qualquer momento da gestação.

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou o feto (após três meses), não implicando necessariamente na sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou ate mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixara de haver, de caso, o aborto (MIRABETE, 2010).

No Brasil, o aborto representa crime contra a vida, esta vida humana em formação, pois a vida se inicia no ventre na mulher, no ato da fecundação, violando o princípio fundamental do direito a vida, cláusula pétrea em nossa Constituição Federal, no entanto nem todo ato sobre aborto é ilícito, tipificando a ilicitude do ato.

Há várias modalidades de aborto descritas em nosso ordenamento jurídico e nem todas são classificadas como crimes.

Segundo José Henrique Peirangeli:

O aborto pode ser espontâneo ou natural, acidental ou provocado. Aborto espontâneo ou natural é aquele que ocorre tendo em vista as condições fisiológicas, particulares da gestante. Acidental, quando o aborto decorre de um acontecimento a que não falta um componente de azar, como atropelamento, queda etc. Provocado ou Delituoso, é a interrupção involuntária e maliciosa do processo conceptivo, por ato da mãe ou terceiro.

No prisma da lei, o aborto é classificado como legal, aquele em que a lei autoriza e criminoso, aquele que consiste na vedação da lei.

O aborto criminoso é uma ação livre, sua provocação pode ser de diversas formas, estas sejam por ação ou por omissão. É importante ressaltar que o aborto está ligada a causa e efeito, ou seja, que a morte do feto ocorra através de meios utilizados para praticar tal ato.

As normas penais que o criminalizam estão contidas nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal Brasileiro.

O aborto é criminoso apenas quando é provocado, por terceiro ou autoaborto, quando há a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. É importante salientar que o aborto espontâneo não é crime, pois não houve a intenção da interrupção da gestação, não há dolo sobre o ato inexistente a conduta (DINIZ, 2006).

Para uma análise determinante sobre o aborto e para que se configure ou não o crime, é preciso que haja vários fatores, entre eles o fator da gravidez. Para que se configure o crime de aborto é necessário que haja a gravidez, e sua existência deve ser devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis, descartando o ato de crime se houver meros indícios, outro fator importante que não deve ser esquecido é o dolo, que consiste na intenção de praticar o ato, provocar a morte do produto da concepção, este o dolo direto, e assumir o risco do resultado previsto, este o dolo eventual e consequentemente a morte do conceito (DINIZ, 2006).

Além desses fatos mencionados, é necessário o emprego de técnicas abortivas, várias são suas modalidades, desde diretas, que se opera diretamente no útero materno, indiretas quando se opera agentes químicos entre outras modalidades.

As modalidades criminosas podem ser verificadas desde o artigo 124 aos 127 do Código Penal, e são penalizadas de acordo com cada conduta descrita no artigo correspondente.

Podemos verificar a prática do aborto provocada pela própria gestante, descrita como autoaborto ou com seu consentimento, prevista no artigo 124 do Código Penal, este é um crime especial, pois é dito como mão própria, sua conduta só pode ser realizada pela gestante, com a intenção da morte do conceito.

Porém, a prática do aborto não necessariamente é realizada somente pela gestante, podemos verificar que terceiros podem realizar tal procedimento, e conforme estabelecido no

artigo 125 do Código Penal, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é umas das formas mais grave, pois neste caso a gestante se torna vítima do fato criminoso, e tal ato pode assumir duas formas, estas sem o consentimento real, ou ausência de consentimento presumido.

Já a prática de aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, este descrito no artigo 126 do Código Penal, presumisse que ambos praticam crimes autônomos, o terceiro, aquele que pratica as manobras abortivas ou causa efetivamente o aborto, podendo causar incolumidade físico-mental da gestante e até mesmo sua vida em risco, será punido com pena mais severa (MIRABETTE, 2012). Teoricamente, ambos os agentes que cometem o crime, deveriam responder por ele, mas o código deixa bem claro que suas penas são diferentes, criando um delito autônomo com pena diferenciada e mais grave para terceiro que pratica o ato de aborto. Portanto aquela gestante que consentindo com a prática do aborto, incide no art. 124 do Código Penal, enquanto o terceiro que o pratica incide no art. 126 do mesmo Código. Ressalta saber, que o partícipe, aquele que instiga o ato, incide na pena prevista no artigo 124 do Código Penal Brasileiro, mas, aquele que pratica se figura no próprio art. 126, mencionado acima, com pena mais severa.

A prática qualificada é provocada pelo resultado criminoso, e apresentam duas causas de aumento de pena, estas quando houver lesão corporal de natureza grave ou morte. Este resultado obtido não deve ser desejado pelo agente para a qualificação do crime, nem mesmo eventualmente, pois caso ocorra, responderá por crime de homicídio e de lesão corporal, em concurso com o aborto. Portanto este crime é preterdoloso, quando o agente não quer o resultado obtido.

Mas, nem todo o aborto no Brasil é considerado ato ilícito contra a vida, segundo artigo 128 do Código Penal, existem duas modalidades que afastam a penalidade e podem ser praticados diante do estado de necessidade.

Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico: I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal; Há duas espécies de aborto legal. Ambas são causas especiais de exclusão da ilicitude: I) – Aborto necessário possui dois requisitos: a) deve ser praticado por médico; b) não haver outro meio para salvar a vida da gestante.

Com a alteração do art. 128, passa-se a prever que a prática do aborto, são causas de excludente de criminalidade e indica ausência de culpabilidade e punibilidade, a conduta é perdoável e autorizada a prática se houver risco a vida e saúde da gestante, ou quando a gestação for resultante de estupro ou violação da dignidade pessoal (MIRABETE, 2012).

O aborto necessário, terapêutico ou profilático, estaria justificado para salvar a vida da gestante, caracterizando como estado de necessidade é a prática lícita e irrenunciável frente à vida da gestante e do feto. É correto afirmar que no confronto entre a vida do feto e da gestante, ambos juridicamente protegidos por lei, devem permanecer um em detrimento do outro, escolhendo a lei penal sobre a vida da gestante em face a do feto. O estado de necessidade se aplica tanto aos médicos como a terceiros que estiverem na eminência de perigo à vida da gestante, o aborto pode ser praticado com ou sem o consentimento da mesma, este caso pode ser verificado conforme o inciso II do artigo 128 do Código Penal (MIRABETE, 2012).

Ainda no mesmo inciso, o aborto sentimental ou emocional é a autorização do aborto quando a gravidez é resultado de estupro, neste contexto, entende-se que não há estado de necessidade ou causa de não exigibilidade da conduta, pois, a mulher não é obrigada a gerar em seu ventre indesejado de coito violento. Único requisito importante que difere do aborto necessário é que a gestante tem que estar ciente do procedimento, e estar de acordo com tal ato.

Caso o médico for induzido a erro por parte da gestante ou por terceiro sobre a ocorrência do estupro, este não será penalizado.

O aborto eugênico ou eugenésico é aquele executado ante a suspeita de anomalias ou má formação congênita, entendido como sem excludente de criminalidade condena o nascimento do feto com anomalias que podem ser hereditárias por herança dos pais, ou por doenças e deformidades. Muito discutidas, e com varias opiniões opostas sobre este método, este aborto é o mais comentado pela jurisprudência.

Esta é a grande questão sobre o aborto de feto anencéfalo, pois muitos doutrinadores defendem a posição da gestante em relação ao aborto eugênico, ao escolherem a vida da gestante como principal fundamento, defendendo a sua liberdade de escolha, da legalidade, da saúde psicológica e da dignidade da pessoa humana.

5. ARGUIÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 (ADPF N º 54)

Dentro desta proposta de analisar vários aspectos da legalização do aborto, grandes juristas discutem que seria necessária a reforma na legislação penal de 1940, buscando uma visão mais moderna e desapegada de prismas éticos e valores morais, e a não abordagem do que seria a anencefalia.

É evidente que o código de 1940, nesta época, era inexistente qualquer checagem da saúde fetal, ou qualquer conhecimento que detectaria a ocorrência da anomalia fetal, os conhecimentos médicos eram precários comparados ao avanço tecnológico que a medicina contemporânea incorporou aos diagnósticos e tratamentos referentes à medicina fetal (TESSARO, 2005).

Atualmente o processo jurídico, sobre a revisão do aspecto de aborto de feto anencéfalo, vem sendo muito discutido, não somente no âmbito jurídico, mas também ético e moral, pois é um tema que devemos ser cautelosos, pois, abrange vários conceitos éticos da sociedade, e sua moralidade divide muitas opiniões.

Para a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que consiste em uma das maiores instituições no que tange as decisões proferidas sobre o aborto de feto anencéfalo. O posicionamento da corte de São Paulo demonstra indicar uma evolução no pensamento jurídico no sentido de entender o aborto do feto anencéfalo como um tratamento terapêutico, prometendo dar fim a angustia da gestante e de seus familiares. Porém o tribunal de São Paulo ainda divide-se em autorizar e indeferir os pedidos de autorização de aborto de feto anencéfalo.

As propostas legislativas entre elas a mais importante a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, indicando como preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, a legalidade, liberdade da autonomia de vontade e o direito a saúde, todos da Constituição Federal, e os artigos 124 a 128 do Código Penal, que considerava a anencefalia a inviabilidade do feto e a antecipação do parto terapêutico é declarar constitucional e não impedir a interrupção terapêutica do parto nos casos de feto portador de anencefalia.

Esta decisão de autorização do aborto para feto anencéfalo causou um grande impacto à sociedade, com opiniões em todas as classes sociais e profissionais, tanto descontentes como favoráveis.

Dentro dos preceitos de proteção a vida, descritas em nossa Constituição Federal/88, a interrupção da gravidez em casos do feto portador da anomalia não considera crime, sendo impossível obrigar a gestante a manter sua gravidez mesmo sabendo que seu feto seja inviável, neste contexto em que os votos foram fundamentados para a favor da interrupção.

O pedido de cautelar, baseia-se fundamentado nos preceitos fundamentais, presentes na dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia de vontade e direito a saúde, todos voltados para a gestante, condizendo com a existência do direito e a existência de grave perigo.

Alguns meses após a discussão a possibilidade da interrupção da gravidez de anencéfalo, a ADPF nº 54 foi aprovada por sete votos a quatro. Foi afastado um dos maiores obstáculos para o reconhecimento constitucional da interrupção da gravidez por feto anencéfalo, entendendo por interpretação diversa da Constituição o conceito de vida, de liberdade e autonomia de vontade.

A grande mudança em nosso ordenamento jurídico veio através dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que disponham sobre o assunto após um longo período de debates.

O ministro Dias Tofoli, se declarou impedido ante mesmo do julgamento, pois, anteriormente em seu cargo de advogado da união já se declarava a favor da interrupção de anencéfalo, o primeiro a relatar sua opinião foi o Ministro Marco Aurélio, que proferiu sua decisão favorável, após ler seu relatório e justificou sua posição afirmando que a gestação de um feto anencéfalo é prejudicial à saúde de gestante e somente a ela cabe à decisão de interrupção ou não da gravidez. Ressalta ainda que um feto sem a potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que consequentemente protege a vida.

A Ministra Rosa Weber também foi a favor, relatou que a manutenção da gravidez viola o direito fundamental da gestante, já que nesses casos não há direito á vida, ainda defendeu que a interrupção da gravidez nestes casos não deve ser classificada como aborto.

O Ministro Joaquim Barbosa não fez leitura dos seus votos, mas se declarou a favor da interrupção por feto anencéfalo.

O Ministro Luiz Fux, relatou que após receber carta de um casal residente do Rio de Janeiro, se comoveu a ler que a gestante narrava sua “dor” a ser obrigada a gestar um feto portador de anencefalia por nove meses, Fux disse que, no lugar dos sonhos a gestante velaria seu feto por nove meses. Ainda ressaltou que não seria justo condenar uma mulher à prisão por decidir interromper sua gestação de um feto inviável. Atualmente o aborto é legal quando a gestação é oriunda de estupro ou coloca em risco a saúde da gestante, fora estas situações a mulher pode ser tipificada em nosso ordenamento jurídico.

Cármen Lúcia foi à quinta ministra a proferir seu voto e enfatizou que, o STF não estava decidindo permitir o aborto, segundo ela a decisão não foi fácil e sim trágica.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro voto contrario ao aborto, afirmando que o legislativo já teve tempo para dispor sobre tal questão, mas até o momento não tinha se pronunciado. Para Lewandowski uma decisão favorável faria com que retrocede-se aos tempo da Idade Média, em que aquelas crianças tidas como fracas eram sacrificadas, e favorecer o aborto seria o começo para a interrupção de várias gestações.

No segundo dia de sessão o Ministro Carlos Ayres Britto, foi o primeiro a proferir o seu voto e, conseqüentemente, seguindo a maioria da corte indagou a favor da interrupção de feto portador de anencefalia.

Justificou sua decisão baseando-se que em caso de feto portador de anencefalia, o que se carrega no ventre é um feto natimorto, pois se condiz inviável com a vida extrauterina. Reforçou ainda, que nenhuma mulher será obrigada a interromper a gravidez de feto anencéfalo, será de sua livre escolha levar ou não até o fim a gestação.

O Ministro Gilmar Mendes votou a favor da decisão, lembrando que este caso se assemelha ao aborto em caso de estupro, autorizado por lei.

O último o voto a favor foi relatado pelo Ministro Celso de Melo que se opôs favorável à interrupção da gravidez em caso de anencefalia, e justificou que a decisão não pode ser uma questão baseada e discutida através da fé e razão, segundo ele a presente discussão não deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre fé e razão, entre os princípios jurídicos e ideológicos.

Por último, o presidente do STF, iniciou seu discurso relatando que este foi o mais importante julgamento na historia da corte, ressaltou a importância de definir a anencefalia e

falou sobre a matança dos fetos anencéfalos, e finalizou que o feto portador desta anomalia tem vida, ainda que breve, mas protegida constitucionalmente.

Contudo a antecipação do parto de feto portador de anencefalia passa a ser voluntária, à escolha da gestante, ao se manifestar sobre a interrupção ao levar a gestação até seu final. A gestante que optar pela interrupção da gravidez poderá solicitar serviço gratuito pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial, desde que comprovado tal anomalia.

Portanto, cabe a mulher, e não ao Estado em decidir sobre a interrupção da gravidez, e esta levava em conta suas necessidades e direitos a respeito do aborto.

CONCLUSÃO

O presente estudo destinou-se a pesquisar o conceito de anencefalia, que é uma doença que atinge cerca de 1 a 1000 bebês, e sua ocorrência ainda é desconhecida biologicamente, e conseqüentemente à polêmica questão sobre o aborto de feto portador desta anomalia, que é precedido pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

É de certo, que o Sistema Jurídico Brasileiro ainda tem controversas sobre a questão da definição de vida, pois levando em consideração nossa Constituição em seu artigo 5º, quando apregoa que a vida é um direito fundamental e inviolável no contexto jurídico, o aborto é entendido como a interrupção da gestação e conseqüentemente a morte do feto, classificando em nosso Código Penal como crime a prática de tal ato, este sendo voluntário ou intencionalmente.

Para nosso Direito Penal a vida se inicia no momento da fecundação, mas existem vários conceitos sobre seu início, o que foi demonstrado nesse trabalho, sendo assim, por não ter definido o conceito de vida, promulgou-se a Lei 9.434/97, a Lei de Transplantes, a qual adota para fins de doação de órgão o critério neurológico para a fixação da morte.

O direito a vida está tutelado em nossa Constituição Federal/88, e é considerado o mais importante e maior de todos os direitos, desta forma, desde a concepção a vida é protegida, não dando ninguém o direito de escolha entre a vida ou a morte. Este é um direito

inviolável e indivisível, porém, não é um direito absoluto, podendo ser sobreposto por outro direito.

A autorização do feto anencéfalo reavivou discussões jurídicas, éticas, religiosas e morais, travadas recentemente após a decisão da ADPF nº 54, gerando esta polêmica questão. Alguns juristas defendem que o início da personalidade civil apenas se dá após o nascimento com vida e outros defendem que a vida está presente desde sua fecundação, contudo, após anos de análises e discussões e com a recente decisão do STF, ainda vimos diante dos conflitos de interesses sobre o direito à vida do feto e direito à vida da gestante, este englobando os direitos fundamentais à liberdade, a autonomia de vontade e direito à saúde.

Portanto, o aborto nos casos de feto portador de anencefalia, não pode ser caracterizado pelo ordenamento jurídico. Sendo a vida o bem jurídico tutelado e, se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico a ser tutelado, não há crime. Como tal, não pode existir a responsabilidade penal.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho de. Considerações jurídicas acerca do início da vida humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3221, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21637>. Acesso em: 24 junho de 2014

CAMARGO, Marcelo Novelino. Leituras complementares de constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2007, p.159.

CHAVES, Benedita Inêz Lopez. A tutela jurídica do nascituro. São Paulo: Ltr, 2000.

COUTINHO, Livia Maria Torres. Aborto de feto anencéfalo: inconstitucionalidade da legalização. Universidade Veiga de Almeida, Cabo Frio, 2010.

DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana C. G. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. Estudos Feministas, Florianópolis, 16 (2): 440, p. 647. Maio/Agosto de 2008.

DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costas. Aborto por Anomalia Fetal. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Maria Helena Apud, Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº 225, 31 de maio de 2006 p.14

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia Breves considerações Médicas, Bioéticas, Jurídicas e Jurídico Penal. Revista dos Tribunais, vol. 833, pg. 399. Março de 2005.

KUMAR, Vinay; ABBAS, Abel K; et al. Patologia: base patológicas das doenças. 7º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MORAIS, Jospe Luis Bolzan de. Caderno de Direito Constitucional. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_BOLZAN_COMPLETO.pdf. Acesso em 04 de abril de 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: parte geral. Volume 01. Ed. 26º. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: parte especial. Volume 2. Ed. 29º. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Adalberto Jorge de. A legalidade do aborto. ICE – Instituto Cuiabano de Ensino Curso de Pós-Graduação em Direito Público, Cuiabá-MT, 2013.

PESSOA. João Felipe S. O projeto de legalização do aborto no Brasil contrariando dispositivo constitucional que protege a vida. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29133/o-projeto-de-legalizacao-do-aborto-no-brasil-contrariando-dispositivo-constitucional-que-protege-a-vida>. Acesso em 27 de junho de 2014.

PIOVESAN. Flávia. Direitos Humanos: e o direito constitucional internacional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA. Sidney Moura. Aborto do feto anencéfalo: Direito ou Crime?. Monografia apresentada no curso de especialização de Direito penal e Processual Penal. Fortaleza Ceará, 2010.

TESSARO. Anelise. Aborto Seletivo: Descriminalização & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

ACIDENTE DE TRÂNSITO E EMBRIAGUEZ: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

BARCCARO, Roberto Augusto¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: Estudos mostram uma realidade lúgubre. Entre 1980 e 2011, foram registradas 980.838 mortes em acidentes de trânsito. A partir de 2000 até 2011, esses números cresceram 49,2%. Em virtude disso, a insatisfação social tomou de assalto o espaço nos noticiários; acidentes eram transmitidos quase diariamente. Pressionados pela mídia, magistrados modificaram o entendimento constante da jurisprudência extraída dos casos nos quais motoristas bêbedos, imprimindo altas velocidades em seus veículos, provocam morte ou lesões graves em suas vítimas; acabaram por afastar a prática do delito de trânsito na sua forma culposa (diz-se culpa consciente), passando a puni-lo dolosamente (diz-se dolo eventual), sob a exegese da segunda parte do inc. I do art. 18 do Código Penal (“*assumiu o risco de produzi-lo*”). A tinta deste trabalho é dedicada a esclarecer as distinções entre dolo eventual e culpa consciente, além de identificar a aplicação dessas duas modalidades nos acidentes de trânsito ocorridos sob essas circunstâncias (embriaguez + velocidade elevada). Ao final, restou consignada a prevalência da culpa consciente sobre o dolo eventual nos casos em que o motorista não deseja o resultado advindo de sua conduta.

Palavras-chave: ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE.

119

INTRODUÇÃO

Segundo dados do estudo Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas, divulgado pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (Cebela), com base em

¹ Aluno cursando 4. Semestre do curso de Direito UNIANCHIETA

² Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e especializada em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

informações disponibilizadas pelo Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (Datapus), entre 1980 e 2011, foram registradas 980.838 mortes em acidentes de trânsito no Brasil.³

Por outro lado, o levantamento realizado pelo Observatório Nacional de Segurança Viária (ONSV) a pedido da revista VEJA, que levou em conta os pedidos de indenização do DPVAT (Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre), revelou um número ainda maior. Só em 2011, foram contabilizadas 58.134 mortes; ou seja, 14.878 a mais em relação à contagem feita pelo Mapa da Violência 2013 nesse mesmo ano (43.256).⁴

Ainda, de acordo com o estudo publicado pelo Ministério da Saúde em 2012, uma em cada cinco vítimas atendidas nos prontos-socorros do Sistema Único de Saúde (SUS) consumiram bebida alcoólica, o que implica dizer que 21% dos acidentes nas vias públicas estão relacionados com o uso de álcool. Esses dados foram colhidos pela Vigilância de Violências e Acidentes (Viva) em 71 hospitais no ano de 2011. Foram entrevistadas 47mil pessoas.⁵

Por último, segundo a pesquisa realizada pelo jornal O GLOBO junto a órgãos estaduais de trânsito e de segurança em 2013, em 18 Estados e o Distrito Federal, 134,9 mil motoristas foram autuados por dirigirem sob efeito de álcool. Não obstante a entrada em vigor da Lei Seca em 2008, boa parte dos Estados pesquisados só iniciou as fiscalizações a partir de 2011 ou mesmo 2012, quando a lei sofreu alterações e ficou mais rígida.⁶

Diante de tal cenário, não surpreende o fato de que acidentes de trânsito provocados por embriaguez ao volante tenham tamanha repercussão no dia a dia dos cidadãos. Não raro, jornais, revistas, rádios, televisão noticiam que motoristas, além de embriagados, dirigem em alta velocidade, e produzem tragédias. Quando não acabam com a vida de suas vítimas, deixam sequelas permanentes nelas. Terrível é o sofrimento das famílias que padecem tais dissabores.

Passados os efeitos imediatos do Código de Trânsito de 1997 e das campanhas que ele gerou, o número de mortes no trânsito aumentou subitamente a partir de 2000 até 2011,

³ WAISELFISZ, Julio Jacobo. “**Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas**”. 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/jvutkpx>>. Acesso em: 27/10/2014.

⁴ ELER, André et al. “**Morre-se mais em acidentes de trânsito do que por câncer**”. 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/lxx4may>>. Acesso em: 27/10/2014.

⁵ Portal Planalto. “**Estudo do Ministério da Saúde aponta que álcool está relacionado a 21% dos acidentes no trânsito**”. 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/jvfk8h6>>. Acesso em: 27/10/2014.

⁶ DUARTE, Alessandra et al. “**Nos estados, mais de 130mil autuados por embriaguez em 2013**”. 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/olndbcz>>. Acesso em: 27/10/2014.

conforme dados do estudo Mapa da Violência 2013. Em 11 anos, os números saltaram de 28.995 para 43.256, o que representa um aumento de 49,2%.

Ipsa facto, a sociedade começou a exigir a aplicação de punições mais severas àqueles que dirigissem alcoolizados. Os veículos de comunicação logo assumiram o papel de porta-vozes desse discurso. Tamanha foi a pressão, que fez com que magistrados endurecessem a linha de entendimento que vinha sendo adotada nos casos em que houvesse a conjugação de velocidade excessiva com a embriaguez do motorista causador do acidente; passaram, então, a considerar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias como dolo eventual, e não mais como culpa consciente, entendendo que, a teor da segunda parte do inc. I do art. 18 do Código Penal, o motorista “*assumiu o risco de produzi-lo*”. Eis que se consagrou a ideia segundo a qual, sempre que presentes embriaguez e velocidade elevada, configurar-se-ia dolo eventual.

No entanto, a questão não é tão simples quanto parece. Essa fórmula criada (velocidade excessiva + embriaguez = dolo eventual) não merece prosperar em nosso arcabouço jurídico-penal, como se bem verá nos motivos a seguir expostos.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DOLO E A CULPA

1.1 DOLO

Na lição de Greco, citando Welzel, dolo é “*toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo - o momento volitivo*” (WELZEL, 1987 *apud* GRECO, 2014, p. 191). Assim, constata-se que o dolo é formado por dois elementos: consciência (ou momento intelectual) e vontade (ou momento volitivo).

A consciência refere-se à situação fática na qual se insere o agente. É preciso que tenha consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se possa atribuir-lhe o resultado a título de dolo (GRECO, 2014, p. 191). “*Para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. Quer dizer, deve saber, no homicídio, por exemplo, que mata outra pessoa*”, aduz Muñoz

Conde (MUNÓZ CONDE, 1988 *apud* GRECO, 2014, p. 192). Por exemplo, se alguém, durante uma caçada, confunde um homem com um animal e atira nele, matando-o, não atua com dolo no crime previsto pelo art. 121 do Código Penal (homicídio simples), porquanto não tinha consciência de que atirava contra um ser humano, e sim contra um animal. Por conseguinte, não havendo consciência, não há que se falar em dolo.

No entanto, a consciência não pressupõe o desconhecimento por parte do agente ante a existência de conduta típica. “*A exigência do conhecimento se cumpre quando o agente conhece a situação social objetiva, ainda que não saiba que essa situação social objetiva se encontra prevista dentro de um tipo penal*”, esclarecem Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán, 2004 *apud* GRECO, 2014, p. 192). Ou ainda, Nucci: “*Lembremos que há pessoas, com falsa percepção da realidade onde estão inseridas, podendo agir com vontade de praticar o tipo penal, mas convencidas de que fizeram algo certo, não significando, pois, que agiram sem dolo*” (NUCCI, 2011, p. 233). Sem prejuízo, confira-se também Bitencourt: “*é desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica*” (BITENCOURT, 2009, p. 284).

A vontade é outro elemento sem o qual se desmantela o crime doloso. Aquele que é coagido fisicamente a atirar contra outra pessoa não o faz com vontade de matá-la. Conquanto soubesse que poderia causar a morte daquela pessoa atirando contra ela, não atuou com vontade, devido à coação a que fora submetido. Não houve, pois, conduta dolosa (GRECO, 2014, p. 192).

De outra banda, não se confunde desejo com vontade. O primeiro, segundo Greco, citando a doutrina de Patricia Laurenzo Copello, “*não passaria de uma atitude emotiva carente de toda eficácia na configuração do mundo exterior*” (COPELLO, Patricia Laurenzo, 1999 *apud* GRECO, 2014, p. 193’); o segundo, de acordo com José Cerezo Mir, dá-se “*quando o sujeito quer o resultado delitivo como consequência de sua própria ação e se atribui alguma influência em sua produção*” (CEREZO MIR, José, 2001 *apud* GRECO, 2014, p. 193). Em última análise, Bitencourt: “*A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal (...). Somente pode ser objeto da norma jurídica, proibitiva ou mandamental, algo que o agente possa realizar ou omitir*” (BITENCOURT, 2009, p. 287). Nessa esteira, se um sobrinho recomenda a seu tio, de quem é herdeiro, que

faça muitas viagens de avião com a esperança de que lhe suceda algum acidente e faleça, deseja, indubitavelmente, a morte de seu tio; contudo, não se vislumbra vontade.

Na definição esculpida no art. 18, inc. I, do Código Penal, tem-se crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Para definir dolo, o *codex* adotou as teorias da vontade e do assentimento. Para Capez, a primeira encarrega-se de conceituar dolo como “a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado”; a última, “o assentimento do resultado, isto é, a previsão do resultado com a aceitação dos riscos de produzi-lo” (CAPEZ, 2011, p. 225).

Acrescenta, ainda, Greco, com a precisão que lhe é de costume, referindo-se à teoria do assentimento:

Aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo. Aqui o agente não quer o resultado diretamente, mas o entende como possível e o aceita (GRECO, 2014, p. 194).

Em vista disso, para o diploma legal, age dolosamente aquele que, diretamente, quer a produção do resultado, além daquele que, mesmo não o desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo, conformando-se com a sua ocorrência (GRECO, 2014, p. 195).

1.2 CULPA

De acordo com o art. 18, inc. II, do Código Penal, tem-se crime culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

A definição dada pelo artigo, entretanto, é insuficiente para averiguar se determinada conduta praticada pelo agente é ou não é culposa.

A boa doutrina (GRECO, 2014, p. 204; CAPEZ, 2011, p. 231; NUCCI, 2011, p. 240, 241) cuida de apontar seis pressupostos *sine qua non* à caracterização do crime culposos, a saber:

a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva: na conduta culposa, em geral, a finalidade pretendida é lícita; todavia, os meios escolhidos e empregados pelo agente para alcançá-la são inadequados ou mal utilizados (GRECO, 2014, p. 204);

b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (por meio de imprudência, negligência ou imperícia): significa dizer, em outras palavras, que o agente deixou de seguir regras básicas e gerais de atenção e cautela, exigíveis de todos os que vivem em sociedade (NUCCI, 2011, p. 240). Pontua Ney Moura Teles:

Nos dias de hoje – em que a vida incorpora, cada vez mais, novos e modernos instrumentos e mecanismos, destinados a facilitar a vida do homem, mas que, conforme sejam manipulados, podem causar sérios danos –, todos nós temos, cada vez maior, um dever geral objetivo de adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos, lesões aos bens jurídicos (TELES, Ney Moura, 1996 apud GRECO, 2014, p. 205).

Sobre imprudência, negligência e imperícia, ensina Capez (CAPEZ, 2011, p. 233): imprudência pode ser definida como a ação descuidada (conduta comissiva); negligência, ao contrário da imprudência, consiste em deixar alguém de tomar o cuidado devido antes de começar agir (conduta omissiva); imperícia é a demonstração de inaptidão técnica em profissão ou atividade;

c) resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente: para configurar culpa, é preciso que o agente pratique uma conduta que infrinja um dever de cuidado objetivo, e venha a causar um resultado. Por exemplo, o agente, de forma imprudente, coloca vaso de flores no parapeito da janela de seu prédio; se este não vier a cair, e causar lesão em ninguém, culpa alguma será atribuída ao agente (GRECO, 2014, 206, 207). Ademais, é necessário que o resultado jamais tenha sido desejado ou acolhido pelo agente (NUCCI, 2011, p. 240);

d) nexos de causalidade entre a conduta praticada pelo agente e o resultado dela advindo (GRECO, 2014, p. 207);

e) previsibilidade: reputar-se-á o fato como previsível, na precisa lição de Hungria, reproduzida por Greco: “quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do homo medius, do tipo comum de sensibilidade ético-social” (HUNGRIA, Néilson, 1958 apud GRECO, 2014, 207). A previsibilidade condiciona o dever de cuidado, afinal, segundo Zaffaroni, “quem não pode prever não tem a seu cargo o dever de

cuidado e não pode violá-lo” (ZAFFARONI, 1996 *apud* GRECO, 2014, p. 208). A doutrina faz distinção, ainda, entre a previsibilidade objetiva e a previsibilidade subjetiva. Hungria conceitua a primeira como aquela em que o agente, no caso concreto, deve ser substituído pelo “homem médio, de prudência normal”; se, realizada tal substituição, o resultado subsistir, significa que o fato fugiu à previsibilidade do agente, porque dele não se exigia nada além da capacidade normal dos homens. Na segunda, a seu turno, não existe essa substituição; levam-se em consideração as limitações e as experiências do agente.

A questão, porém, não é pacífica na doutrina.

Hungria traça comentários repelindo a previsibilidade subjetiva, *in verbis*:

O que decide [a aferição de previsibilidade] não é a atenção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar in rebus suis, mas a atenção e diligência próprias do comum dos homens; não é a previsibilidade individual, mas a medida objetiva média de precaução imposta ou reclamada pela vida social (HUNGRIA, Nélson 1958 *apud* GRECO, 2014, p. 209).

Zaffaroni, no entanto, discorda:

A previsibilidade deve estabelecer-se conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso possa socorrer-se a nenhum “homem médio” ou critério de normalidade. Um técnico em eletricidade pode prever com maior precisão do que um leigo o risco que implica um cabo solto, e quem tem um dispositivo em seu automóvel que lhe permite prever acidentes que sem esse dispositivo seriam imprevisíveis, tem um maior dever de cuidado do que quem não possui este dispositivo, ainda que somente um em 999 mil o possua (ZAFFARONI, 1996 *apud* GRECO, 2014, p. 209).

f) tipicidade: só se pode falar em crime culposo quando houver previsão legal expressa para essa modalidade de infração. Isso deriva da regra estatuída no art. 18, parágrafo único, do Código Penal, segundo a qual todo o crime é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim o previr expressamente. Em suma: o dolo é a regra; a culpa, exceção. Logo, inexistindo ressalva expressa no texto da lei, não se admite, naquela infração penal, a modalidade culposa. É exatamente o que ocorre, por exemplo, no crime de dano, que trata o art. 163 do Código Penal. O legislador ordinário contemplou o crime apenas na sua forma dolosa, sendo o dano culposo regido sob a égide do Código Civil, em seus artigos 186 e 927 (GRECO, 2014, p. 193, 210).

Enfim, concluindo com as linhas mestras de Mirabete, a culpa pode ser definida como “*conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado*” (MIRABETE, 1997 *apud* GRECO, 2014, p. 203).

2. DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Trata-se de difícil distinção no âmbito penal, o que levou Bitencourt a afirmar “*os limites fronteiraços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito*” (BITENCOURT, 2009, p. 309).

Felizmente, os doutrinadores empenham-se para fazê-la.

Segundo Capez, dá-se dolo eventual quando o agente prevê o resultado e, embora não o queria diretamente, pouco se importa com a sua ocorrência (“*eu não quero, mas se acontecer, para mim tudo bem, não é por causa deste risco que vou parar de praticar minha conduta*”) (CAPEZ, 2011, p. 227).

Para Greco, culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta, acreditando – sinceramente –, que este resultado não venha a ocorrer; o resultado, embora previsto, não é assumido ou desejado pelo agente, que confia na sua não ocorrência (GRECO, 2014, p. 213).

Nucci entrevê um ponto de convergência: tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente, o agente prevê o resultado que sua conduta pode causar (NUCCI, 2011, p. 244). Porém, enquanto no dolo eventual o agente não se importa com a ocorrência do resultado (“*se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas não importa; se acontecer, tudo bem, eu vou prosseguir*”), na culpa consciente, ele repudia essa possibilidade (“*se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá*). Em poucas palavras, no dolo eventual, o agente diz: “*não importa*”; na culpa consciente, supõe: “*é possível, mas não vai acontecer de forma alguma*” (CAPEZ, 2011, p. 234, 235). Ou ainda, como afirmava Paul Logoz, citado por Bitencourt: “*no dolo eventual, o agente decide agir por egoísmo, a qualquer custo, enquanto na culpa consciente o*

faz por leviandade, por não ter refletido suficientemente” (LOGOZ, Paul, 1976 *apud* BITENCOURT, 2009, p. 309).

3. ACIDENTES DE TRÂNSITO DECORRENTES DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

Como já asseverado na introdução deste trabalho, por conta da pressão social resultante do aumento quase que súbito das mortes no trânsito, juízes lançaram mão do dolo eventual para condenar motoristas alcoolizados e que dirigiam em alta velocidade, sob o fundamento de que estes assumiam o risco de produzir o resultado (segunda parte do inc. I do art. 18 do Código Penal) (GRECO, 2014, p. 213). É o que se depreende dos arestos *in verbis*:

Pronúncia – Atropelamento – Desclassificação para forma culposa – Inadmissibilidade – Réu, alcoolizado, que desenvolvia velocidade inadequada – Não redução ao ver pessoas tentando a travessia – Conduta que evidencia dolo eventual – Consciência do perigo concreto – Assunção ao risco de produzi-lo – Julgamento pelo Conselho de Sentença – Pronúncia mantida – Recurso parcialmente provido para outro fim.

O veículo automotor, cada vez mais sofisticado e veloz, quando entregue nas mãos de motoristas menos preparados, em face da embriaguez, passa a constituir arma perigosa, impondo grande risco às pessoas que se encontram nas vias públicas. Ora, aqueles que usam dessa arma de modo inadequado, se não querem o resultado lesivo, assumem, pelo menos o risco de produzi-lo.⁷

Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I, do CPB). O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2º, III, do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira.⁸

⁷ TJSP, Recurso em Sentido Estrito nº 189.655-3, 2.ª Câmara Criminal, Rel. Des. Silva Pinto, J. 16/10/1995.

⁸ STJ, REsp nº 912.060, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 10/03/2008.

Ocorre, porém, que a generalização é equivocada por demais. Não se pode conceber a ideia de que todos aqueles que dirigem embriagados e em velocidade inadequada não se importem em causar a morte ou mesmo lesões graves em outras pessoas (GRECO, 2014, p. 215).

Anote-se o exemplo dado por Greco (GRECO, 2014, p. 215): durante a comemoração de uma festividade, o agente bebe excessivamente, e se embebeda. Com o término da festa, juntamente com toda a sua família, resolve voltar para a sua residência. Dirige em alta velocidade. Em função do estado de embriaguez, concomitante com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a sua família.

Pergunta-se: será que o agente, mesmo que bêbedo e em velocidade demasiada, desejava a ocorrência do acidente? Não se importava? Obviamente, é claro que se importava, razão pela qual, *in casu*, só é possível vislumbrar a conduta culposa por parte do agente, porquanto, ainda que entrevendo o acidente, nunca o desejou ou nunca o aceitou, assim como a morte de sua família. Afastou a sua ocorrência, acreditando – sinceramente –, julgando-se um bom motorista, que poderia tê-lo evitado.

Convém ressaltar que nosso Código Penal não recepcionou a teoria da representação, e sim a da vontade e a do assentimento. Naquela, basta ao agente representar (prever) a possibilidade do resultado para a conduta ser qualificada como dolosa (CAPEZ, 2011, p. 225). Asserta Greco: “*para a teoria da representação, não há distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois a antevisão do resultado leva à responsabilização do agente a título de dolo*” (GRECO, 2014, p. 194).

Mister, assim, para contemplar o dolo eventual, que o agente anteveja o resultado de sua conduta e o aceite, não se importando com a sua ocorrência (GRECO, 2014, p. 215).

CONCLUSÃO

Ex expositis, posto que em alguns delitos de trânsito realmente seja possível cogitar dolo eventual, a análise do caso concreto não se deve pautar na mera conjugação da embriaguez com a velocidade exagerada, a não ser considerando seu elemento anímico – ou,

melhor dizendo, quando o agente assume o risco da produção do resultado (GRECO, 2014, p. 216).

É defeso, pois, condenar motorista por dolo eventual, quando, na realidade, cometeu a infração culposamente.

Certo é que a súplica social por punições mais rígidas não deve, em hipótese alguma, interferir no desempenho dos magistrados na motivação da sentença. Inviável que tenha o condão de modificar todo o ordenamento jurídico-penal vigente, de sorte a punir dolosamente aqueles que, na verdade, incorrem em culpa. Alerta, Nucci: “*essa mudança deve advir de lei, pois, do contrário, a simples eliminação da figura da culpa consciente (a bem da verdade, criação doutrinária) seria prejudicial ao réu*” (NUCCI, 2011, p. 245). “*Cedant arma togae, concedat lauream linguae!*” (Cedam as armas à toga do magistrado, conceda-se o louro da vitória à palavra), como dizia Cícero.

Questiona-se: qual a finalidade de tal mudança (culpa consciente para dolo eventual)? Acaso tentar coibir a reprodução da conduta (embriaguez ao volante) na sociedade ou atender a um desejo coletivo de vingança?... *Incidis in Scyllam cupiens vitare Charybdim*⁹.

Diga-se, rapidamente, a *maxime* deste trabalho é salientar que não haverá dolo eventual em todos os acidentes de trânsito em que se identificar a fórmula “embriaguez + velocidade exagerada”. Da mesma forma, não se está afirmando que não há espaço para ela; pelo contrário, o que se rejeita é a sua aplicação de maneira absoluta.

Pois bem, para finalizar, é atemporal, nesse ínterim, citar alguns nomes. O falecido ex-presidente francês, François Mitterrand¹⁰, em seu primeiro mandato, aboliu a pena de morte, indo de encontro à vontade da maioria dos franceses; hoje, estes reconhecem que Mitterrand agira com acerto. O atual presidente uruguaio, José Mujica, sancionou a polêmica lei que regulamenta a produção, a venda e o consumo de *cannabis sativa* (popularmente, maconha)¹¹. Com isso, o Uruguai tornou-se o primeiro país do mundo em que o Estado detém o monopólio legal de produção e comercialização da droga, apesar da oposição de 64% dos

⁹ “*Naufragas em Sila, querendo evitar Caribde*”. Sila e Caribde eram monstros que habitavam as águas do Mediterrâneo, próximos um do outro. Às vezes, marinheiros, fugindo de Sila, iam cair em Caribde.

¹⁰ SAFATLE, Vladimir. “**Covardia**”. 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/mok9p5h>>. Acesso em: 27/10/2014.

¹¹ Uruguay por la Regulación Responsable de la Marihuan. “**Proyecto de ley de regulación de la marihuana Uruguay**”. 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/qbhxy3>>. Acesso em: 27/10/2014.

uruguayos¹². Hoje, o país colhe os frutos: chega a zero o número de mortes por tráfico¹³. Significativo seria, ainda, mencionar o clássico exemplo nacional: a revolta contra a vacina obrigatória (FREITAS NETO, 2006, p. 578.). Considerada flagrante atentado contra a liberdade, a vacinação era prática rechaçada por toda a população, até mesmo por Rui Barbosa, patrono da advocacia; Oswaldo Cruz, o médico sanitariano responsável pela campanha, foi ridicularizado... porque queria privar o cidadão de morrer de varíola ou de febre amarela; daí o axioma latino *salus populi suprema lex esto* ou “que a salvação do povo seja a lei suprema”.

Nem sempre, como se vê, *vox populi, vox Dei*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 14.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS NETO, José Alves de. **História geral e do Brasil**. São Paulo: HARBRA, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹² CAPURRO, Eloísa. “**Maioria dos uruguayos é contra lei da maconha**”. 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/o9kxudq>>. Acesso em: 27/10/2014.

¹³ GOMES, Vinicius. “**Uruguai: após regulação da maconha, mortes por tráfico chegam a zero**”. 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/q937jqg>>. Acesso em: 27/10/2014.

A RESPOSTA DOLOSA AO DOLO DE MAIQUEL FALCÃO

Juscelino Neto ¹

Juliana Caramigo Gennarini²

RESUMO: O presente ensaio visa discutir o tema dolo, onde a manifesta intenção humana em encontrar o respectivo objetivo, oriundo da consciente ação é o mote norteador. Veremos como algo trivial, que poderia ter sido resolvido de maneira pacífica transformou-se numa contrapartida dolosa e que quase provocou óbitos no estado de Santa Catarina. Abordaremos a classificação do dolo, tendo como pilar de embasamento teórico renomados doutrinadores brasileiros e ao fazer a subsunção, ou seja, trazer a análise de um caso real, concreto, vislumbraremos na prática os efeitos da reação violenta de um grupo de amigos contra um atleta de MMA e seu amigo. O erro deve ser punido, isso se constar no sistema normativo brasileiro, como preconiza o Código Penal. O ato de fazer justiça com as próprias mãos não é o caminho mais justo, correto a ser adotado. Um equívoco não justifica outro e a devida aplicação da lei deve ocorrer quando uma infração acontecer.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo – Briga – Reação Dolosa

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de discutir sobre o dolo e a reação dolosa de um grupo de amigos ante a uma provocação de autoria de Maiquel Falcão, atleta profissional de Artes Marciais Mistas – o MMA. Tendo como base de fundamento, pilar acadêmico, conceituados doutrinadores que de modo preciso discorreram e discorrem sobre o tema em questão, iremos analisar o que vem a ser o dolo, as suas distinções e como pode ser

¹ Bacharelado em Direito, Centro Universitário Padre Anchieta, Jundiá.

² JULIANA CARAMIGO GENNARINI. Advogada; Mestre em Direito Político e Econômico e especializada em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie; Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

caracterizado. A subsunção, que consiste em analisar um determinado caso prático ou real e adequá-lo ao que está cominado no sistema normativo do Brasil, será evidenciada no fato ocorrido em julho de 2013, quando o lutador de MMA em questão, ao lado do carateca Kauê Mena, foram severamente agredidos por uma turma que visava defender as integridades moral e física de Ingrid Maçaneiro, namorada de um dos integrantes do bando de agressores, que fora insultada, coagida e agredida pelo ex-atleta do UFC e do Bellator, importantes organizadoras de eventos de MMA.

A agressão física é despertada por causa, em parte, dos instintos primários que temos guardados no nosso ser e, geralmente, queremos resolver as questões interpessoais utilizando a força bruta e não recorrendo ao diálogo, maneira eficiente de por fim em determinados atos. Em outras ocasiões, o simples fato de estar em grupo, exemplo típico de torcidas organizadas de times de futebol, a agressão surge naturalmente no meio dos covardes que batem e apanham em brigas caracterizadas por motivos fúteis, irrelevantes e sem anseio de encontrar a justiça. O Código Penal, datado de 1940 é taxativo e punitivo quanto à agressão física e prevê pena no caso de cumprimento do que nele está previsto. No uso racional da consciência, sendo dono das ações, a pessoa humana extrapola quando agride um semelhante e expõe o terceiro ao iminente risco de morte. Utilizando o título da clássica obra de Fiódor Dostoiévski – *Crime e Castigo* – de 1865, é sabido que no Brasil, se comprovado o crime, a pessoa deverá ser castigada e receberá a punição adequada ao feito praticado.

1. SOBRE O DOLO

A questão central reside em definir e analisar o dolo. Segundo os doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, o dolo é dividido entre as Teorias da: vontade, representação e assentimento. O também doutrinador Fernando Capez, conceituado Promotor de Justiça e político de carreira, sendo esse Deputado Estadual pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB – entende e discorre sobre o dolo tendo a divisão citada como pilar sólido para a sua teoria. No entanto, cabe primeiro caracterizar o que de fato vem a ser o dolo. Capez preconiza que dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”. (CAPEZ, 2011. 224). Com isso, devemos centrar que no dolo residem a intenção, a livre

consciência e a previsão de resultado e para isso recorreremos ao artigo 18 do Código Penal: “Diz-se o Crime: Crime Doloso – I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Sem emitir juízo de valor ou tomar partido de A em detrimento de B, analisaremos o caso do Maiquel Falcão, e a reação dolosa da turma de amigos, tendo como premissa que todos sabiam dos riscos e das consequências que as más ações provocariam.

O dolo, visualizado pela Teoria da vontade, sendo essa a adotada pelo sistema normativo brasileiro e celebrada no Código Penal, segundo a dupla Mirabete e Fabrini ocorre quando:

Age dolosamente quem pratica ação consciente e voluntariamente. É necessário para sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente o pratique voluntariamente (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 126).

A pessoa é dona das próprias ações e tem ciência que o resultado ou consequência, boa ou ruim irá advir após a consumação do ato ou dos atos por ela praticado ou praticados. Fernando Capez enfatiza que “dolo é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. (CAPEZ, 2011. 226). Com isso, tendo analisado a Teoria da vontade, percebe-se que o agente sempre será o responsável pelo que fizer, responderá pelos feitos.

A análise do dolo, tendo como cerne a Teoria da representação, percebe-se que o resultado, mesmo podendo ocorrer, não será o desejado pelo autor da ação. Assim Fernando Capez define:

Dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo a possibilidade de o resultado ocorrer, sem, contudo, desejá-lo. Denomina-se teoria da representação, porque basta ao agente representar (prever) a possibilidade do resultado para a conduta ser qualificada como dolosa. (CAPEZ, 2011. 226).

Já na concepção de Mirabete e Fabrini para a Teoria da representação existe a vontade de agir, no entanto a vontade não diz respeito ao que possa vir ocorrer:

Embora não se negue a existência da vontade na ação, o que importa para essa posição é a consciência de que a conduta provocará o resultado. Argumenta-se, contudo, que a simples previsão do resultado, sem a vontade exercida na ação, nada representa e que, além disso, quem tem vontade de causar o resultado evidentemente tem a representação deste (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 126).

A Teoria do assentimento assevera que a simples previsão do resultado é suficiente para caracterizar o dolo, com isso, entende-se que a pessoa no uso da capacidade que tem de

escolher se deve ou não praticar determinada ação consente em causar o resultado oriundo da conduta. Assim explica Mirabete e Fabrini:

Faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente adere, não sendo necessário que ele o queira. Para a teoria em apreço, portanto, existe dolo simplesmente quando o agente consente em causar o resultado ao praticar a conduta” (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 126).

Fernando Capez enfatiza que, por essa Teoria o dolo tem estreita relação com o resultado e o autor tem sim plena convicção do que poderá acontecer com a prática da sua conduta e assume os riscos de produzir.

Dolo é o assentimento do resultado, isto é, a previsão do resultado com a aceitação dos riscos de produzi-lo. Não basta, portanto, representar; é preciso aceitar como indiferente a produção do resultado. (CAPEZ, 2011. 226).

As Teorias até que citadas estão inseridas na Teoria Finalista da Ação, a qual preconiza que o ser humano, pautado pela normalidade emocional é sim dono das próprias ações e tem plena ciência de que os atos produzidos poderão gerar efeitos, bons ou ruins.

Para a teoria finalista da ação, como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 86).

Compreende-se que o intuito em alcançar ou não o resultado previamente definido é a base que sustenta a discussão e a finalidade em si não é alijada do processo de entendimento do dolo. Posto isso, fica claro que a ação, o agir voluntário do humano em busca de um fim é o que deverá ser apreciado pelo sistema normativo brasileiro.

Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 86).

1.1 A REAÇÃO DOLOSA AO DOLO DE MAIQUEL FALCÃO

O atleta de MMA Maiquel Falcão foi o pivô de uma briga generalizada numa loja de conveniência de um posto de gasolina no município de Balneário Camboriú, Santa Catarina,

no dia 6 de julho de 2013. Fora do juízo normal em virtude do consumo de bebida alcoólica, como o mesmo afirmou em entrevista³, o lutador entrou em desavença com uma moça, Ingrid Maçoneiro, e a mesma comunicou o assédio e a agressão física proferidos pelo Falcão e isso deu início ao litígio entre as partes. Em companhia de Kauê Mena, também profissional de MMA, a dupla entrou em luta corporal, e por estarem em menor número, os dois foram severamente punidos. Kauê foi encaminhado ao hospital com suspeita de traumatismo craniano, em virtude dos ataques proferidos pelo grupo, e saiu da penosa situação sem sequelas.

Maiquel Falcão, lutador profissional de MMA, esporte que une e aprimora várias artes marciais é visto como sangrento, desnecessário, violento, desleal e inoportuno para algumas pessoas. Dentre as personalidades acadêmicas e esportivas que não veem sentido da existência da modalidade esportiva temos a respeitada Kátia Rubio, professora dos Cursos de Pós-Graduação da USP e Juca Kfourri, conceituado cronista esportivo que escreve em vários veículos de comunicação, Folha e UOL, além de comentar (futebol majoritariamente) na ESPN. No entanto, o MMA tem se consolidado como importante chamariz de adeptos e o número de praticantes da atividade esportiva cresce em quase todos os países do Planeta. Outrora chamado de Vale Tudo, O MMA é um esporte novo e foi criado por brasileiros, sendo Rorion Gracie, membro da lendária Família Gracie, o principal idealizador do primeiro Evento de expressão mundial, o UFC, em 1993.

O simples fato, ou ação da pessoa praticar esse tipo de atividade esportiva o coloca em nítida e real vantagem num possível confronto físico contra uma outra parte que desconhece as Artes Marciais. Não é nosso intuito atuar como juiz ou emitir juízo de valor, expor quem está certo ou errado, no entanto, a condição psicológica de um praticante de MMA é privilegiada num possível embate corporal, isso porque ele acredita nas habilidades que possui e sabe encontrar com maestria cirúrgica as partes que devem ser atacadas e assim minar a resistência do oponente. Ciente disso e tendo como pano de fundo essa premissa que nos permite acreditar que o atleta marcial não é leigo, podemos acreditar que alguns incidentes poderiam ser evitados, porém não o são, talvez porque possa mesmo existir a

³ <http://ricmais.com.br/sc/esportes/videos/maiquel-falcao-fala-uma-semana-depois-de-briga-em-posto-de-combustivel/>

vontade de machucar o próximo. O dolo nesse caso passa ser um axioma, assim qualificado por Mirabete e Fabbrini.

Dolo existe quando o agente quer ou consente na realização da figura típica ou, nos termos da lei, quando quer ou consente no resultado, não importando que esse tipo (ou evento) seja de dano ou de perigo. (MIRABETE e FABRINI, 2014, p. 131).

A real intenção de Maiquel Falcão ao constranger Ingrid Maçaneiro não é o centro da nossa discussão, o fato principal reside em constatar que houve sim assédio sexual sequenciado por agressão física leve. Apenas a ingenuidade levaria o atleta de MMA acreditar que tal ação ficaria sem resposta ou talvez ele procurasse confusão e tinha plena consciência de que se cobiçasse e fosse abjeto com uma mulher ele estaria no meio de uma grande desordem. Recorrendo aos escritos de Fernando Capez, nos deparamos com variações do dolo e para ilustrar o caso real entendemos que o qualificado como genérico exemplifica a situação.

Vontade de realizar conduta sem um fim especial, ou seja, a mera vontade de praticar o núcleo da ação típica (o verbo do tipo), sem qualquer finalidade específica. Nos tipos que não têm elemento subjetivo, isto é, nos quais não consta nenhuma exigência de finalidade especial (os que não têm expressões como “com o fim de”, “para” etc.), é suficiente o dolo genérico. (CAPEZ, 2011. 229).

A dupla de lutadores encontrou bem mais que tumulto, pancadaria e ferimentos. Segundo o Código Penal, no Art. 214. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos”, caso a moça tivesse ajuizado ação contra Maiquel Falcão, com base no artigo citado, o mesmo responderia e poderia, mediante uso das imagens e julgamento desfavorável do magistrado ao réu, ficar enclausurado.

A resposta do grupo de amigos residiu na agressão física e no espancamento da dupla de lutadores. Em menor número, Maiquel Falcão e Kauê Mena foram severamente punidos, castigados impiedosamente e sofreram acachapante violência física e moral. A situação mais crítica aconteceu com Mena, que, em virtude do recebimento de vários golpes na cabeça, sofre traumatismo craniano e ficou entre a vida e a morte. Aos amigos da garota, alvo inicial da discussão e da deselegância cavalheiresca de Falcão, caberá responder pelo crime de tentativa de homicídio, situado no Artigo 129 do Código Penal.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

CONCLUSÃO

O episódio poderia ter sido escrito de outra maneira; Maiquel Falcão deveria ter evitado o constrangimento da moça e não tê-la agredido moral e fisicamente; aos amigos, em companhia do namorado de Ingrid caberia encontrar alternativa civilizada e assim não atingir o excesso agressivo, sendo a resposta ao dano (dolo) inicial desproporcional à ação inicial do lutador de MMA. Uma ação não justifica a outra, porém, como vimos, o dolo está centrado na livre iniciativa humana em agir e assumir para si o risco ou efeitos provocados pela ação. Maiquel Falcão errou dolosamente; o grupo de amigos revidou com rigor e exagero; Kauê Mena esteve entre a vida e a morte; e caberá ao magistrado, tendo como pilar fundamental da decisão a sensata análise do Código Penal Brasileiro e assim julgar o caso com o esmero necessário para que a justiça seja realizada.

Crime e Castigo; Maiquel Falcão errou e foi punido por agressores e principalmente pelo Evento de MMA – Bellator, de onde foi demitido. Kauê Mena ficou entre a vida e a morte, e aos amigos, que a lei vigore efetivamente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Luiz e MARIANO, Artur. MMA – Mixed Martial Arts. São Paulo: On-Line Editora. Ano 2, Número 14.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

MARTINEZ, André. *Heróis do Vale Tudo*. Rio de Janeiro: Editora Tatame, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1, parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 30. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

<http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2014/05/apos-deixar-ufc-e-bellator-maiquel-falcao-se-ve-vitima-de-injusticas.html>

<http://ricmais.com.br/sc/esportes/videos/maiuel-falcao-fala-uma-semana-depois-de-briga-em-posto-de-combustivel/>