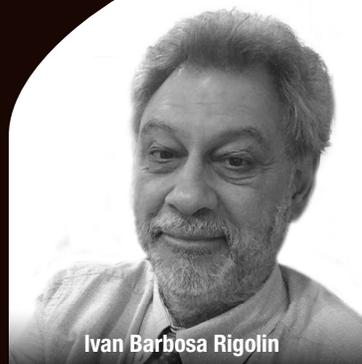


# conceito jurídico

ano II | novembro de 2018 | nº 23



Ivan Barbosa Rigolin

Responsabilidade do parecerista.  
O parecer normativo

**Pág. 86**



## Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei nº 13.718/18



### IN VOGA

João Badari

Os perigos de uma Reforma da Previdência em retalhos



### TENDÊNCIAS

Demócrito Reinaldo Filho

EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia?



### ENFOQUE

Sandra Franco

Sob pressão: propostas do novo governo para a Saúde

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

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

**Arte e Diagramação:** Augusto Gomes

**Revisão:** Equipe ZK

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

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

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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



zakarewicz  
editora



*Fábio Medina Osório*

---

## “Como o Brasil é visto quanto à economia e à corrupção”

**A** OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) é uma importante organização internacional. Na apresentação do relatório de 2018 sobre o Brasil, a OCDE reconheceu uma evolução no tocante à velocidade da economia, que emergiu de uma recessão nos últimos anos. No entanto, a OCDE recomendou ao Brasil que melhorasse a eficiência dos gastos públicos, chamando atenção para o fato de que “uma grande e crescente parte dos benefícios sociais é paga a famílias que não são pobres, reduzindo o impacto sobre a desigualdade e a pobreza”. Esse alerta revela o problema crônico da ineficiência da máquina pública no Brasil.

O desgoverno, o descontrole das estatais, a falta de transparência, o gargalo dos erros grosseiros ou culpa grave na gestão pública constituem grandes fontes de desperdícios de recursos neste país. Talvez a falta de meritocracia no serviço público também explique ausência de estímulos à produtividade em muitos setores.

O relatório apontou, é verdade, o excelente trabalho que tem sido realizado por instituições fiscalizadoras, como o ministério público e a magistratura, embora saibamos que não são apenas estas que alicerçam atualmente essa autêntica transformação nos costumes do país através da operação “Lava Jato”.

Um aspecto que foi objeto de atenção da OCDE: “A governabilidade exigiu muitos gastos ineficientes, sem auditorias sistemáticas, e reduziu a eficácia do setor público”, o que foi crucial para impedir reformas necessárias ao país.

Outro ponto relevante do diagnóstico da OCDE foi quanto ao ambiente de negócios no Brasil, com cenários de alto risco, concorrência fraca, altos custos administrativos, fiscais e de capital. Essas dificuldades, somadas à ineficiência endêmica, proporcionam ambiente fértil à corrupção. Por isso mesmo, uma das recomendações é que se aprimore a governança e se reduza a corrupção, para aumentar o desenvolvimento econômico.

Assinalou-se no relatório que a operação Lava Jato foi crucial para revelar práticas de corrupção e propina. “As evidências surgiram principalmente no contexto das contratações públicas, inclusive por empresas estatais, do crédito subsidiado e dos incentivos fiscais para empresas e setores específicos. As concessões de infraestrutura também são vulneráveis ao conluio entre licitantes e à corrupção, pois as estimativas sugerem que as doações de campanha de empresas fizeram com que aumentasse significativamente a probabilidade de essas empresas ganharem contratações públicas”.

Cumprе salientar que a mera supressão das doações eleitorais por pessoas jurídicas não deve eliminar o problema dos potenciais conflitos de interesses, podendo, inclusive, agravá-los, a meu ver, estimulando outras fórmulas de participações espúrias.

O problema das competências sobrepostas das múltiplas instituições fiscalizadoras também é diagnosticado pela OCDE, tema sobre o qual é necessário refletir mais profundamente. A entidade preocupa-se com a proteção dos denunciantes, mas também há que se ressaltar a própria racionalidade do sistema punitivo e sua credibilidade. É necessário aperfeiçoar os mecanismos de prevenção e repressão.

O objeto deste relatório da OCDE foi bem mais amplo, mas busquei aqui circunscrever um ponto relevante: a conexão entre uma agenda econômica e a redução dos índices de corrupção e de improbidade do país. Isso porque, não obstante a escassez de estudos científicos, é notório que práticas corruptas e ineficientes afetam em larga escala direitos fundamentais e a própria essência das democracias contemporâneas, inviabilizando políticas públicas que se destinariam a salvaguardar direito à saúde, ao meio ambiente, à vida, à erradicação da pobreza, à segurança e tantos outros. 

3

COM A  
PALAVRA

**“Como o Brasil é visto quanto à economia e à corrupção**

Fábio Medina Osório

12

PAINEL  
ECONÔMICO

**As ilusões persistem**

Carlos Luque, Simão Silber e Roberto Zagha

18

GESTÃO DE  
ESCRITÓRIO

**Mudanças nos serviços jurídicos. Como enfrentá-las**

José Paulo Graciotti

22

DESTAQUE

**Desemprego: o problema é real e a medição é adequada**

Clemente Ganz Lúcio

48

CAPA

**Novos crimes contra a dignidade sexual**

Luís Rodolfo Cruz e Creuz e Aline Cruvinel

59

CAPA

**Estupro X Importunação Sexual**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Secanho

7

DIREITO E  
BIOÉTICA

**Dormindo com o inimigo. Doenças criminalmente transmissíveis**

Sérgio Ricardo do Amaral Gurgel

15

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**PL 10.220/2018: Avanço ou retrocesso?**

José A. Bueno de Toledo Júnior e Vitória Bedutti Rodrigues

20

PAINEL DO  
LEITOR

**Chatbot: ética e proteção de dados**

Patrícia Peck Pinheiro

24

CAPA

**Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei nº 13.718/18**

Eduardo Luiz Santos Cabette

56

CAPA

**O crime de importunação sexual. Erro ou acerto do legislador?**

Denis Caramigo Ventura

61

CAPA

**O crime de importunação sexual**

Fernando Borges Vieira

63

ENFOQUE

**Sob pressão: propostas do novo governo para a Saúde**

Sandra Franco

66

GESTÃO EMPRESARIAL

**Empresas familiares e sua importância no atual cenário econômico**

Rosilene Giacomini e Pedro Podboi Adachi

68

TENDÊNCIAS

**EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia?**

Demócrito Reinaldo Filho

71

IN VOGA

**Os perigos de uma Reforma da Previdência em retalhos**

João Badari

74

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Direito de propriedade e deveres de propriedade: divisão por fração ideal nos condomínios**

Marcelo Kokke

78

CONTEXTO

**Litigância climática e o Marco Legal Brasileiro**

Luciana Lanna e Munia El Harti Alonso

86

PORTAL JURÍDICO

**Responsabilidade do parecerista. O parecer normativo**

Ivan Barbosa Rigolin

97

CONJUNTURA

**O ICMS na base do PIS e da COFINS e o novo cerco da Receita Federal**

Mirian Teresa Pascon

100

DOCTRINA

**Opinião legal. “Projeto Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo**

Ives Gandra da Silva Martins, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Rogério Vidal Gandra Martins

112

PONTO DE VISTA

**Aborto é assassinato**

Ricardo Sayeg

# Dormindo com o inimigo. Doenças criminalmente transmissíveis

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

**“Já passou da hora de ser criado um novo tipo penal condizente com as transformações ocorridas nas últimas décadas. A expressão “doença venérea” sequer é utilizada nos dias atuais, substituída por “doença sexualmente transmissível” ou simplesmente “DST”.”**

**E**ntre os crimes contra a pessoa, mais precisamente no capítulo sobre a periclitación da vida e da saúde, encontramos o tipo penal que leva a rubrica de perigo de contágio venéreo. Apesar de sua vigência coincidir com a do próprio Código Penal que lhe deu origem, somente a partir do primeiro surto da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) passamos a observar um caloroso debate doutrinário e jurisprudencial, que fez oscilar as decisões emanadas dos tribunais superiores. Atualmente, graças ao auxílio do direito comparado, já é possível vislumbrar uma solução mais serena e justa para os fatos que se coadunam a determinados crimes sexuais, embora ainda permaneçamos distantes de um posicionamento pacificado.



O art. 130 do Código Penal revela em seu “caput” a seguinte conduta: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”. Como se trata de crime de perigo, o tipo penal não exige a transmissão da doença, bastando para a sua consumação a mera exposição da vítima ao risco de contraí-la. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não sendo punível a forma culposa. Sendo assim, é imprescindível que o agente tenha consciência e vontade de, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, expor a vítima ao risco de contrair uma doença venérea.

Dispensável torna-se a demonstração de que o agente tinha a intenção de transmitir a doença, o que somente justificaria a majoração da pena pela incidência da qualificadora prevista em seu parágrafo primeiro. Se porventura o agente lograr êxito em seu desiderato, parte da doutrina defende a tese de que o crime passará a ser o de lesão corporal, tendo em vista a técnica jurídica da absorção do perigo pelo dano. Todavia, corrente divergente sustenta, com base nas premissas do Finalismo, que o delito não pode variar de acordo com o resultado. Sendo assim, se o dolo foi dirigido para a exposição de perigo, nesta esteira permanecerá, classificando-se o resultado danoso como um mero exaurimento, sem qualquer relevância no âmbito criminal, salvo no tocante à dosimetria da pena.

Por outro lado, se o agente não sabia ser portador de uma moléstia venérea, nem tinha elementos que pudessem fazê-lo suspeitar dessa condição, inútil será qualquer tentativa de subsunção do fato à norma. Aliás, não são raros os relatos sobre pessoas acometidas de moléstias venéreas, assim como em relação a doenças de natureza diversa, inclusive graves, viveram por um longo período sem qualquer ideia sobre a realidade clínica que lhes cercava. Entretanto, para o cometimento do crime não se faz necessário que o agente possua um diagnóstico emitido por um profissional da área de saúde, muito menos um laudo técnico-científico como resultado de análises laboratoriais. Em muitos casos, algumas manifestações fisiológicas anômalas permitem ao indivíduo concluir, ou ao menos desconfiar, de que possa estar contaminado, como corrimentos, verrugas, erupções na pele, entre outros sinais. A mesma sorte terá aquele que, mesmo sem nenhum sintoma, por exemplo, tomar conhecimento de uma provável contaminação por intermédio do próprio parceiro, com quem manteve relações sexuais sem preservativo, que, espontaneamente, resolve lhe revelar sobre a sua enfermidade. Em situações como estas, pode-se afirmar que, se não sabia ter sido afetado pela moléstia, deveria saber.

Na rotina forense, hipótese muito comum é aquela em que o indivíduo, em tratamento para a cura de uma doença sexualmente transmissível, vislumbra a oportunidade de manter contato íntimo com uma pessoa que há muito tempo vem lhe despertando interesse. E assim, sendo desprovido de caráter, enfrenta o dilema entre dispensar o tão desejado encontro, que se apresenta em momento inadequado e incompatível, ou desfrutar de sua sorte no galanteio em detrimento da saúde daquele com o qual deveria dedicar um mínimo de compaixão e respeito. Seguindo a segunda opção, figurará como sujeito ativo do crime de perigo de contágio venéreo.

Considerando que o crime em tela é de ação penal pública condicionada à representação, a persecução penal dependerá da manifestação de vontade do ofendido em ver o fato apurado. Se a providência não for tomada, nenhum procedimento neste sentido poderá ser iniciado, ou seja, não poderá haver atuação por parte do

representante do Ministério Público ou do magistrado, nem tampouco do delegado de polícia, que normalmente acaba sendo o principal destinatário da *notitia criminis*. E não é nada complicado imaginar situações nas quais a vítima sequer venha a cogitar empreender algum esforço para provocar a ação dos agentes públicos, ou que até mesmo chegue ao ponto de agir de modo a ocultar o ocorrido. Seria a hipótese, por exemplo, de a vítima ter ficado exposta ao risco de contrair uma moléstia venérea em meio a uma relação extraconjugal. Para ela, certamente, pior do que o perigo ao qual tenha sido submetida, somente a crise conjugal decorrente da instauração de uma investigação policial ou processo judicial. O mesmo ocorreria se o ofendido sofresse o atentado à sua saúde por meio de atos libidinosos praticados em uma relação homossexual, sem que jamais tivesse revelado a alguém detalhes sobre suas preferências mais íntimas. Não querendo fazê-lo naquele momento, não haveria outro meio senão o de abdicar da devida representação, pois, do contrário, além de exposto ao risco de contrair doença venérea, veria sua vida íntima ser devassada por aqueles a quem não deve nenhuma satisfação.

Na doutrina há quem defenda a tese de que o uso do preservativo pelo agente sabedor da enfermidade afastaria o crime por ausência de dolo, e, por conseguinte, de tipicidade. Em contrapartida, outra corrente entende que tudo dependerá do caso concreto, visto que a utilização da camisinha não afasta por completo o risco de transmissão, considerando uma série de motivos, entre eles a ruptura do material em razão da presença de bolhas de ar por geradas por falha no manuseio; má qualidade do produto; deficiência no processo de fabricação; pouca lubrificação; entre outros incidentes mais do que previsíveis. Há de se considerar ainda que o uso inadequado do preservativo seria equivalente à sua dispensa, como se pode notar no comportamento de alguns indivíduos que o utilizam no ato da penetração vaginal, mas o dispensam quando se voltam para a prática de outras modalidades. Com exceção da gravidez, o que mais, exatamente, pensariam estar evitando?

Na década de oitenta, quando os cientistas conseguiram pela primeira vez isolar o HIV, vírus causador da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), fazendo com que as velhas profecias sobre o fim dos tempos voltassem a assombrar a humanidade, obviamente a doutrina penal não poderia ter ficado imune. Na ocasião, falar para o paciente sobre a presença do vírus em seu organismo era equivalente a submetê-lo ao cadafalso. O clima de medo extremo afetou os doutrinadores de tal modo, que logo passou a prevalecer o posicionamento no sentido de que o crime de perigo de contágio venéreo não se aplicaria ao agente portador do vírus HIV que realizasse a conduta descrita no tipo, exceto quando desconhecesse tal situação. A tese restou fundamentada no fato de que a AIDS, além de não ser considerada pelos juristas uma doença venérea, em virtude de haver outros meios de contaminação, é uma doença fatal. Assim sendo, o dolo estaria voltado para a destruição da vida alheia, devendo o agente responder pelo crime de homicídio tentado ou consumado, a depender da condição da vítima no momento do julgamento.

A força dos argumentos somada ao pânico instalado pelas constantes notícias a respeito da epidemia, que inclusive fez vítimas no círculo das grandes celebridades, e continua fazendo, contribuíram para que os tribunais superiores contemplassem a ideia do homicídio. E diante deste contexto, muitos réus foram julgados e condenados perante o Tribunal do Júri. Todavia, na medida em que a ciência avançava e a expectativa de vida dos portadores do vírus aumentava, os doutrinadores começaram a rever seus posicionamentos e ponderar uma série de fatores não

levados em consideração até aquele momento. O primeiro deles seria o de considerar a AIDS não como uma doença fatal, como já havia sido pacificado, mas sim como uma moléstia grave e incurável. Neste sentido, a prática de relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso por quem é portador do vírus HIV se adequaria com muito mais razão ao preceito contido no art. 131 do Código Penal (Perigo de contágio de moléstia grave) que traz a seguinte redação: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”. E na hipótese de a vítima contrair o vírus, mesmo sem se manifestar no organismo, o fato se coadunaria ao art. 129, § 2º, II, do mesmo diploma legal (lesão corporal qualificada pelo resultado enfermidade incurável).

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, contemplou a inovação doutrinária no julgamento do HC 98.712. Ressaltou-se que o Brasil deveria acompanhar as decisões dos seus vizinhos mais tradicionais em matéria penal, cuja maioria não classifica a hipótese de forma tão rigorosa ao ponto de permitir a subsunção do fato ao crime de homicídio. Neste sentido, afastou-se a competência do julgamento do réu por seus pares em tais circunstâncias.

Apesar de a solução imbuir-se de razoabilidade, algumas questões ainda são levantadas pelos doutrinadores mais atentos. Uma delas diz respeito ao fato de se aplicar o crime de perigo de contágio de moléstia grave apenas se não ocorrer a efetiva transmissão. Essa corrente argumenta que o delito não pode variar de acordo com o resultado, pois o que se deve ter em mente é o dolo do agente, assim como foi dito em relação ao crime de perigo de contágio venéreo diante de uma concepção finalista. Se o agente guiou a sua conduta para transmitir moléstia grave, deve responder apenas por este crime, ainda que venha ocorrer a transmissão, o que seria considerado um *post factum* impunível. Em contrapartida, se o dolo do agente era o de transmitir enfermidade incurável, que não precisa ser necessariamente grave, o enquadramento jurídico-penal correto é o de lesão corporal gravíssima nas formas tentada ou consumada. O que não pode ocorrer é a vinculação do tipo penal ao resultado naturalístico produzido. A responsabilidade do agente deverá ser orientada de acordo com uma das hipóteses mencionadas.

O aspecto mais complexo a ser enfrentado pela doutrina reside na dificuldade em se estabelecer a linha divisória entre as condutas de “praticar com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio” (art. 130 do CP), e a de tentar “ofender a integridade física e corporal de outrem” (art. 129 do CP). Embora muitos compreendam a primeira como uma previsão mais específica da segunda, e, portanto, preponderante na aplicação ao caso concreto, em respeito ao Princípio da Especialidade, a explicação não foi capaz de promover o consenso.

Já passou da hora de ser criado um novo tipo penal condizente com as transformações ocorridas nas últimas décadas. A expressão “doença venérea” sequer é utilizada nos dias atuais, substituída por “doença sexualmente transmissível” ou simplesmente “DST”. E em qualquer página na *internet*, na qual se faça uma pesquisa sobre o rol das doenças sexualmente transmissíveis, a AIDS sempre aparece em destaque. O argumento de que não haveria de ser assim classificada em razão de outros meios de contágio carece de um raciocínio lógico. O fato de o vírus poder ser adquirido por transfusão de sangue, por exemplo, não exclui a sua forma mais comum que se dá por meio de relações sexuais. Além do mais, outras doenças como a Hepatite B, que também podem ser transmitidas de outras formas

além da via sexual, jamais deixaram de integrar a lista das doenças sexualmente transmissíveis, que fica a cargo do Ministério da Saúde. Não é a primeira vez que o Direito extrapola seus limites e invade o campo da Medicina.

Ainda sobre o tema, importa destacar que a Lei nº 12.015/2009 já havia acrescentado ao art. 234-A, do Código Penal, uma causa de aumento de pena para os crimes sexuais prevista no inciso IV: “se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador”. Recentemente, mais uma alteração sofreu o referido dispositivo com a entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018, mantendo-se a expressão “doença sexualmente transmissível”. Nota-se que há muito tempo já não se usa a nomenclatura “doença venérea”, mas sim “doença sexualmente transmissível”, abrangendo, por conseguinte, a AIDS.

Apesar da criação de um novo tipo penal se mostrar necessária, não se pode pensar que a providência terá um caráter educativo e orientador das relações sociais. Aliás, o Direito Penal nunca desempenhou esta tarefa, e não haveria de ser diferente no que tange aos crimes sexuais. Na própria decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 98.712 acima discutido, o Ministro Ayres Britto destacou, de forma muito oportuna, uma passagem da obra do renomado jurista Paulo Queiroz: “A norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer é a sua parte mais importante; é, mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um *iceberg*, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano.” (QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Introdução crítica, São Paulo, Saraiva, p. 9).

Nesse mundo esquizofrênico que estamos vivendo, não faz muito tempo, a imprensa vinha noticiando uma nova modalidade de “roleta russa”, adaptada aos tempos modernos. A forma tradicional consiste na macabra e psicótica diversão na qual duas ou mais pessoas se reúnem com o propósito de disparar uma arma de fogo contra a própria cabeça, após girar o tambor no qual é colocada apenas uma bala. À medida que o revólver for picotando o vazio, os participantes vão se alternando, até que as fórmulas matemáticas da probabilidade possam a ser comprovadas empiricamente. Havendo morte ou lesão corporal grave, todos responderão pelo crime de participação em suicídio (art. 122 do CP), com exceção do azarento, claro, já apenado pela própria estupidez. A versão mais moderna deste espetáculo bestial substituiu o disparo pela penetração sexual, e a bala pelo líquido seminal. Pessoas que nunca se viram antes aglomeram-se em orgia sem o uso de preservativo. Para os participantes, o prazer orgástico, potencializado pelo risco de contaminação, os conduz ao verdadeiro clímax.

No combate aos crimes sexuais, assim como nos demais delitos, a norma penal servirá apenas como mais um dos instrumentos estatais. Isoladamente, não será capaz de produzir outro efeito senão o de amontoar presos dentro de um sistema carcerário agonizante. Em um mundo constituído por pessoas dotadas de valores éticos e um mínimo de amor universal, debates desta natureza jamais entrariam em pauta. 



**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL** é sócio em AMARAL GURGEL Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

# As ilusões persistem

■ POR CARLOS LUQUE, SIMÃO SILBER E ROBERTO ZAGHA



DIVULGAÇÃO

**“Uma estratégia de crescimento que permitiria aumentar o emprego, reduzir a pobreza, reduzir os desequilíbrios fiscais, e nos aproximar do nível de renda dos países mais avançados exige introspecção, uma mudança de nossas convicções e uma reforma de nossas políticas econômicas.”**

**P**obreza e desigualdade são problemas graves. Reconhecidos como tais por muitos governos, pelo menos desde Getúlio Vargas e até a década de 1980, o crescimento econômico foi considerado a melhor maneira de combatê-los.

O Brasil pode sonhar durante 1950-1980 quando a renda per capita do brasileiro quadruplicou. Mas o crescimento econômico caiu abruptamente desde então, fazendo com que pobreza e desigualdade persistam a níveis altos. O IBGE indica que 25 milhões de pessoas vivem com uma renda de até um quarto do salário mínimo (“pobreza extrema”) e 60 milhões com uma renda de até meio salário mínimo por mês (“pobreza absoluta”), isto é, 30% da população. Nos anos 70 a FIPE concluiu que os 10% mais ricos detinham mais da metade do PIB. O World Inequality Report mostra que desde o ano de 2000 os 10% mais ricos detêm 55% do PIB - 90% dos brasileiros sobrevivem com menos da metade do PIB.

A sabedoria popular conhece o que os dados provam: o Brasil tem uma das piores distribuições de renda do planeta. A justaposição de pessoas pobres com pessoas que “ganham mais do que precisam” gera um sentimento de injustiça no país.

Com todas suas virtudes, o mercado e o setor privado não podem produzir uma distribuição de renda justa. A experiência dos Estados Unidos ilustra este fenômeno. Com a desregulação do setor privado e contração do papel do Estado nos últimos 30 anos o país viu sua distribuição de renda chegar ao pior nível dos últimos 100 anos. É razoável concluir que uma economia brasileira mais justa sem a presença importante do Estado é impensável.

Lamentavelmente, criou-se a noção de que o setor público é responsável por todos os males que atingem o país. O setor público virou Deus e o Diabo. Diabo porque todos os problemas decorrem de sua existência. Deus porque aguardamos que ele virá com um plano para nos salvar. A situação da distribuição de renda gera uma pressão irresistível sobre os orçamentos públicos para ampliação e melhoria da saúde, educação, segurança, saneamento, mobilidade urbana, etc. Na ausência de crescimento econômico que gere empregos e recursos o desequilíbrio das contas públicas é inevitável. A falta de crescimento dos recursos públicos e privados cria pressões adicionais ao criar demanda por despesas corretivas como segurança, assistência social e saúde. O que acentua ainda mais o desequilíbrio das contas públicas: sintoma, não causa, dos males que afligem a economia.

A partir daí temos um setor público que não consegue resolver os problemas sociais. E começa a ideia equivocada e singela de prescindir do setor público para promover o desenvolvimento, ignorando os problemas estruturais do país que são:

1. Um setor privado com grandes áreas de ineficiência. Um relatório recente da OCDE mostra que no Brasil um litro de leite custa duas vezes o que custa nos EUA, roupas e sapatos custam o dobro. Um carro custa 2,5 vezes mais e minutos no celular, 7 vezes mais. Estes bens e serviços, produzidos pelo setor privado, são alguns entre muitos exemplos de bens e serviços que custam muito mais no Brasil do que em outros países.

2. Desindustrialização precoce. Nos anos 80 o setor industrial gerava um terço do PIB. Esta proporção caiu a 10% em 2017. Com isto perdeu-se uma fonte importante de dinamismo na economia e também empregos que valorizam o trabalhador. Exportações de manufaturas, que representavam mais da metade das exportações nos anos 1990, estão abaixo de 40%.

3. Desglobalização. A economia brasileira é uma das mais fechadas do mundo. Exportações e importações representam menos de um quarto do PIB (40% na China e muito mais na Coreia ou Índia). As empresas brasileiras não se beneficiam das tecnologias mais modernas, e devem se concentrar no mercado interno que, por maior que seja, representa 2,6% da economia mundial. Economias de escalas potenciais não se realizam.

4. Falta de infraestrutura. Investimentos 0,5% do PIB em infraestrutura enquanto que economias que crescem rapidamente, como a China e outras, investem acima de 6-7% ao ano.

Estas fraquezas estruturais explicam por que o país se distanciou cada vez mais tanto dos países avançados como das economias emergentes. Entre 1980 e 2017 a renda per capita do Brasil aumentou em 44% enquanto que a da China aumentou 17 vezes, a da Coreia, 6, a da Índia, 4, e a dos EUA, 2. Claramente estamos perdendo a luta pela prosperidade econômica.

Esta evolução foi o resultado de políticas econômicas inspiradas por ideias equivocadas: o país pode crescer sem desenvolvimento industrial na base de seu mercado interno e o setor público é a fonte de todos os males.

Apesar de problemas estruturais graves, as análises sobre os desafios da economia brasileira batem numa tecla só: ajuste das contas públicas. A ineficiência do setor privado nacional, desindustrialização, desglobalização, dilapidação da infraestrutura, desigualdade na distribuição de renda, aumento da pobreza, falta de crescimento recebem atenção mínima em relação ao ajuste fiscal que passou a ser visto como solução a tudo.

É claro que as contas públicas devem ser sustentáveis e é claro que a dívida pública está numa trajetória explosiva. Mas é errôneo pensar que cortes de gastos são a solução.

A teoria econômica e a experiência de outros países nos ensinam que cortes de gastos numa situação recessiva não melhoram, mas pioram a situação fiscal pela simples razão que reduzem a taxa de crescimento e a receita tributária. A experiência do Brasil nos últimos anos é uma ilustração deste fenômeno.

Uma estratégia de crescimento que permitiria aumentar o emprego, reduzir a pobreza, reduzir os desequilíbrios fiscais, e nos aproximar do nível de renda dos países mais avançados exige introspecção, uma mudança de nossas convicções e uma reforma de nossas políticas econômicas.

Antes de mais nada devemos abandonar a ilusão de que é possível ajustar as contas públicas na ausência de um crescimento robusto e persistente. Devemos abandonar a ilusão de que podemos crescer na base do nosso mercado interno. Finalmente, devemos abandonar a ilusão de que o Estado é a origem de todos os males da sociedade. O Estado tem que ser mais eficiente. Não há dúvida. Um país não pode prescindir de um Estado eficiente. O setor privado brasileiro também deve aumentar sua eficiência. As complementaridades são essenciais e devemos abandonar a ilusão que combater o Estado significa resolver nossos problemas econômicos. 

---

**CARLOS LUQUE** é professor da FEA-USP e presidente da Fipe.

**SIMÃO SILBER** é professor da FEA-USP.

**ROBERTO ZAGHA** foi professor assistente na FEA-USP nos anos 1970 e trabalhou no Banco Mundial a partir de 1980, onde foi secretário da Comissão sobre o Crescimento e o Desenvolvimento e diretor para a Índia.

# PL 10.220/2018: Avanço ou Retrocesso?

■ POR JOSÉ A. BUENO DE TOLEDO JUNIOR E VITÓRIA BEDUTTI RODRIGUES

**“Com efeito, diminuir o prazo para realização da Assembleia Geral de Credores sob o argumento de trazer maior celeridade processual não nos parece uma solução acertada, pois como dito e vivido na prática, pouquíssimos são os *cases* em que o referido prazo é alcançado com sucesso, seja pela deficiência do judiciário, seja pela quantidade de credores ou mesmo pelas tratativas acerca do plano.”**

O Projeto de Lei 10.220/2018 foi elaborado com a pretensão de modernizar o sistema recuperacional e falimentar brasileiro regido pela atual Lei 11.101/05 – Lei de Recuperação Judicial e Falência, no entanto algumas mudanças na lei desvelam um completo descompasso com a realidade.

Nesse sentido, o projeto estabelece a redução do prazo para a realização da Assembleia Geral de Credores, previsto no §1º do art. 56, de 150 (cento e cinquenta) dias para 120 (cento e vinte) dias do deferimento da recuperação judicial, objetivando, supostamente, a celeridade processual. Todavia, a própria realidade, corroborada com as recentes pesquisas fundamentadas na duração dos processos de recuperação judicial<sup>1</sup>, revelam que o tempo médio para aprovação do plano de recuperação judicial é de 386 (trezentos e oitenta e seis) dias, nada obstante as varas especializadas possam alcançar prazo inferior em razão da especialidade que diminui o acervo de processos.

Apesar de o projeto de lei prever que os processos com passivo superior a 300.000 (trezentos mil) salários mínimos sejam encaminhados



as comarcas das Capitais, sobretudo aquelas com varas especializadas, não se sabe qual será o desfecho de tal comando, porquanto conflitante com o princípio da separação de poderes.

Deste modo, tem-se que a redução do prazo para realização da Assembleia é uma previsão frustrada e sem aplicação prática, inclusive em razão da própria morosidade do judiciário, que se vê obrigado a prorrogar o *stayperiod* muito por conta do próprio acúmulo de processos no Juízo e pela inobservância dos prazos estabelecidos pela lei.

Ademais, as tratativas com os credores acerca do plano demandam tempo significativo, e quando presentes credores financeiros, a demora é ainda maior, uma vez que dependem das deliberações dos comitês e quase sempre impõem alterações significativas no plano.

Com efeito, diminuir o prazo para realização da Assembleia Geral de Credores sob o argumento de trazer maior celeridade processual não nos parece uma solução acertada, pois como dito e vivido na prática, pouquíssimos são os *cases* em que o referido prazo é alcançado com sucesso, seja pela deficiência do judiciário, seja pela quantidade de credores ou mesmo pelas tratativas acerca do plano.

Não obstante, o resultado dessa mudança ultrapassa a inutilidade para tornar-se um obstáculo. Isso porque está intimamente ligada a outra inovação e mudança estabelecida pelo projeto de lei – a permissão de os próprios credores apresentarem um plano de recuperação judicial alternativo se ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias sem a efetiva realização da Assembleia Geral de Credores.

O projeto de lei estipula que, caso tenha encerrado o prazo de 120 dias após o deferimento da recuperação judicial sem a realização da Assembleia, abrir-se-ia a possibilidade de os credores colocarem em votação um plano elaborado por eles – e o mais relevante: mesmo sem a concordância dos gestores da própria recuperanda.

São poucos os requisitos quanto a elaboração desse plano pelos credores, sendo eles, cumulativamente, descritos no projeto: “I – apoio por escrito de credores que representem mais de um terço dos créditos totais sujeitos à recuperação judicial e que tenham negociado de boa-fé no período referido no *caput*; II – não imputação, aos sócios do devedor, de obrigações novas, não previstas em lei ou em contratos anteriormente celebrados; e III – não imposição, aos sócios do devedor, de sacrifício do seu capital maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência.”

Contudo, sabe-se que imputar à devedora um plano de recuperação judicial elaborado pelos credores é o mesmo que falhar miseravelmente com o propósito e os princípios da lei de recuperação judicial previsto no artigo 47 da Lei nº 11.101/05.

Isso porque o plano de recuperação judicial, em regra, é elaborado minuciosamente pela Recuperanda com projeção de faturamento e planejamento de pagamento delimitados e específicos, pautados em conhecimento aprofundado da atividade empresarial, especificidades da administração e da gerência da própria empresa.

Deste modo, incumbir essa tarefa aos credores – leigos quanto a essas vertentes indispensáveis para a reestruturação e soerguimento da sociedade empresária e ambiciosos pela liquidação do crédito – tornará, indiscutivelmente, prejudicada a recuperação econômico financeira da empresa devedora.

Ademais, existir a possibilidade de o credor apresentar um plano de recuperação alternativo após os 120 dias, faz com que o credor almeje pela morosidade do processo para que ultrapasse o referido prazo, visando colocar em pauta um plano que prevaleça os seus interesses. Logo, estaria em xeque uma das principais pretensões quanto a diminuição do prazo para 120 dias: a celeridade processual.

Com esse novo cenário trazido pelo projeto de lei, que atualmente encontra-se na Coordenação de Comissões Permanente da Câmara dos Deputados, conclui-se que tanto a preservação da empresa em crise, quanto o adimplemento das obrigações para com os credores, que são objetivos a serem alcançados pelo processo de recuperação judicial, conjugando-se os interesses público e particular e afastando-se a falência para a manutenção da fonte produtora e o estímulo à atividade econômica, serão evitados pelas empresas em razão do receio de ter seus bens vinculados a liquidação dos créditos dos credores por um plano elaborado por eles e sob os seus interesses. **C**

## NOTA

- 1 Dados coletados pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa de Insolvência da PUC/SP com a Associação Brasileira de Jurimetria sobre os processos de recuperação judicial das varas especializadas da capital de São Paulo.



**JOSÉ A. BUENO DE TOLEDO JUNIOR** é Advogado, sócio do Escritório Bueno de Toledo Advocacia Empresarial e Professor de Direito Empresarial.



**VITÓRIA BEDUTTI RODRIGUES** é Advogada, responsável pelo contencioso Empresarial e de Recuperação Judicial do escritório Bueno de Toledo Advocacia Empresarial.

# Mudanças nos Serviços Jurídicos. Como enfrentá-las

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

**O** que você acha desta foto tirada por mim em Chiang Mai na Tailândia? Sem fazer nenhuma crítica aos monges e muito menos à filosofia budista, entendo que esta imagem retrata muito bem as mudanças que estão ocorrendo no mundo e as adaptações que todos temos que fazer para sobreviver nos dias de hoje e principalmente no futuro. O Mundo está mudando muito rapidamente e a pergunta que não quer calar é: o que você está fazendo ou pensando em fazer para se adaptar e adaptar o seu negócio?

Muito se tem falado e escrito sobre disrupção (outra vez, com tenho dito, mais um modismo semântico para dizer – faça o novo e o diferente), mas isso não tem nada de novo! Ou vai me dizer que em 1937 alguém achava que fazer um longa metragem em desenho animado, como Walt Disney fez com a Branca de Neve e os 7 anões era previsível?

O que se tem colocado é a supervalorização do pensamento disruptivo em detrimento do pensamento evolutivo, como se somente o primeiro fosse a solução mágica para todos os desafios que nos são impostos diariamente na nossa vida pessoal, profissional e corporativa.

Disrupção quer dizer a interrupção do curso normal de um processo e trazendo para o mundo corporativo, tem muito mais a ver

com a capacidade do empreendedor em prever de maneira intuitiva uma mudança futura, se antecipar a ela, propor algo novo para enfrentá-la e conseguir uma vantagem competitiva com isso. Como toda mudança (principalmente as intuitivas) envolve risco a adoção do pensamento disruptivo tem muito a ver com a afinidade ou aversão ao risco deste mesmo empreendedor.

Temos a tendência natural de somente prestar atenção aos casos de sucesso de soluções disruptivas, que costumam fazer muito sucesso financeiro e na mídia, mas não nos damos conta das dezenas ou centenas de casos de soluções disruptivas que fracassam e não são lembradas ou sequer conhecidas.

Por outro lado, o pensamento evolutivo representa o aprendizado e as experiências acumuladas por meio das observações passadas e a sua utilização para melhorar os processos existentes, tornando-os mais eficientes e produtivos.

Outra falha que costumamos fazer é imaginar que os processos disruptivos e inventivos acontecem de maneira aleatória como se seus criadores acordassem num determinado dia e tivessem uma ideia brilhante, vinda do nada. As coisas não acontecem assim! Normalmente as invenções e novidades são decorrentes de intenso trabalho e busca incansável de alguns poucos profissionais muito focados e insistentes e num processo bastante evolutivo!

## **UM MÉTODO É MELHOR QUE O OUTRO? NÃO. TEMOS QUE CONJUGÁ-LOS DE MANEIRA A OBTER INOVAÇÃO!**

A combinação dos dois pensamentos permite a diminuição dos riscos do negócio, pois devemos sempre lembrar da regra número 1 da gestão que é: “não colocar todos os ovos na mesma cesta”.

O quero dizer com tudo isso, e como isso se encaixa nos serviços jurídicos?

A resposta é: Muito trabalho e dedicação; preocupação constante em otimizar a utilização de todos os seus recursos (fazer mais com menos); muito investimento em pesquisa e desenvolvimento; atenção constante às mudanças do mercado e adaptando-se rapidamente a ele, utilização máxima possível de tudo que a tecnologia tem a oferecer e por fim (e não menos importante): ter uma visão preditiva bastante aguçada propondo soluções inovadoras e sem medo de errar!

Portanto, continue tentando melhorar todos os dias, mas também tente pensar diferente e imaginar soluções novas para os mesmos problemas, e se errar, não tem importância. Aprenda com os erros e não os repita.

Adote filosofias de Gestão do Conhecimento, Análise de riscos, Sistemas estatísticos de Jurimetria e Predição. Transforme seu negócio para “data centric”, adote sistemas alternativos de cobrança de honorários e de remuneração de equipe, aprenda a conviver e motivar profissionais das gerações Y (“*millennials*”) e Z (“*2020*”), use toda a tecnologia disponível e o mais importante: surpreenda e deixe seu cliente feliz.

Vamos lembrar sempre que o mercado consumidor em geral (e o consumidor de serviços jurídicos não é diferente disso) quer empresas ágeis com excelente prestação de serviços e com preços competitivos. 



**JOSÉ PAULO GRACIOTTI** é consultor, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 28 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

# Chatbot: ética e proteção de dados

■ POR PATRICIA PECK PINHEIRO

**É**tica por princípio. Esta é a diretriz sendo trazida pelas novas leis. Isso é logo observado no início da redação do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR), especialmente em seu art. 5º onde que determina que a empresa que tratar dados pessoais deve fazer de forma lícita, leal e transparente.

Estar em conformidade com a GDPR gera o que chamamos de “compliance reputacional”, pois quem não está, fica enquadrado como ilícito, desleal e sem transparência.

A maior inovação do Regulamento de Proteção de Dados Pessoais é o princípio da responsabilidade proativa, onde a lógica de risco que perpassa a legislação de proteção de dados envolve solidariedade entre as partes (controlador e processador).

O mesmo foi observado na Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais 13.709/2018 (LGPD ou LPDP). Onde em seu art. 6º estão listados os princípios que devem ser observados no tratamento dos dados para que seja considerado de boa-fé, entre eles:

- Propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- Segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

O que significa que a instituição que não seguir estes princípios então, não está de boa-fé, tampouco é ética e transparente.

Para implementação de qualquer projeto que envolva Chatbots e Analytics, com utilização de um ambiente de “data lake” compartilhado

entre uma ou mais empresas, deverão ser observados estes princípios para se evitar um grande risco jurídico e reputacional, cujo impacto pode se tornar impeditivo de continuidade do projeto.

E não é apenas uma questão de provisionar valores financeiros para suportar uma eventual multa, pois as penalidades previstas no artigo 52 trazem penas muito piores do que a pecuniária, tais como:

- Publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência – impacto direto reputacional;
- Bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização – impacto direto financeiro e risco operacional (paralisação);
- Eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração – impacto de perda patrimonial e de valuation de ativos intangíveis (bases de dados) que podem afetar o funcionamento de machine learning;
- Demais penalidades de suspensão de bases de dados sofreram veto presidencial (incisos VII, VIII e IX do art. 52).

É importante para quem for implementar o uso de métodos de “score”, atendimento por chatbot que envolverem “decisões automatizadas”, considerar com atenção o artigo 20 da LGPD, visto que traz dentro do rol de direitos dos usuários que estes poderão solicitar a revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, inclusive de decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Ou seja, se o uso dos robôs e da automatização tinha como condão uma economia, agora terá que garantir um fluxo opcional com atendimento humano (pessoa natural), devendo ainda fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

Sendo assim, torna-se fundamental analisar o algoritmo e a régua de decisão para poder definir quais são os parâmetros reveláveis e quais serão protegidos por sigilo industrial e demais mecanismos de proteção de propriedade intelectual.

Por isso, os projetos que puderem já colocar um selo de “GDPR compliant” e/ou “LGPD Compliant” vão se diferenciar e ganhar mercado em detrimento dos que não estiverem em conformidade. O “privacy by design” vem como uma nova forma de pensar a inovação e a transformação digital e passa a ser a regra do jogo. Quem não souber fazer ficará de fora. 



**PATRICIA PECK PINHEIRO** é sócia-fundadora do Escritório Peck Advogados. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, onde é doutoranda em Direito Internacional, pesquisadora convidada do Instituto Max Planck de Hamburgo e Munique, e da Universidade de Columbia nos EUA. Professora convidada da Universidade de Coimbra e da Universidade Central do Chile. Professora Coordenadora da pós de Gestão da Inovação e Direito Digital da FIA. Formada em Gestão de Riscos pela Fundação Dom Cabral, em Negócios pela Harvard Business School e em Inteligência pela Escola de Inteligência do Exército Brasileiro. Programadora desde os 13 anos, autodidata em Basic, Cobol, C++, Html. Advogada Mais Admirada em Propriedade Intelectual por 11 anos consecutivos de 2008 à 2018; recebeu o prêmio Security Leaders em 2012 e 2015; A Nata dos Profissionais de Segurança da Informação em 2006 e 2008; Excelência Acadêmica – Melhor Docente da Faculdade FIT Impacta em 2009 e 2010. Condecorada com 5 Medalhas militares, sendo a Medalha do Pacificador pelo Exército em 2009, Medalha Tamandaré pela Marinha em 2011, Medalha Ordem do Mérito Militar pelo Exército em 2012, Medalha da Ordem do Mérito da Justiça Militar em 2018 e Medalha Soldado do Silêncio pela Escola de Inteligência do Exército. Árbitra do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, Vice-Presidente Jurídica da Associação Brasileira dos Profissionais e Empresas de Segurança da Informação – ASEGI e Conselheira de Ética da Associação Brasileira de Educação à Distância (ABED). Certificada em Privacy e Data Protection pela EXIN. Autora de 22 livros de Direito Digital. Sócia fundadora da Peck Sleiman Education e Presidente do Instituto iStart de Educação em Ética e Segurança Digital.



*Clemente Ganz Lúcio*

## Desemprego: o problema é real e a medição é adequada

**A** crítica feita pelo presidente recém-eleito, Jair Bolsonaro, à metodologia utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para medir o desemprego oficial no país provocou uma avalanche de manifestações. E não sem razão. Ao indicar como o cálculo deveria ser feito e sugerir alterações nos critérios, que não condizem com a pesquisa, ele demonstrou desconhecer o conceito de desemprego e a forma como o levantamento, que cobre todo o país, é realizado.

Embora cada território tenha as suas peculiaridades, as crises de emprego estão presentes em todos os países regulados pelo mercado. No Brasil, onde o mercado de trabalho é extremamente diversificado, o desemprego é parte do

cotidiano da vida produtiva do trabalhador, como experiência real ou como fantasma, sempre assombrando o horizonte. Não é necessária erudição para reconhecer a situação em que se encontram pessoas que buscam diariamente formas de obter emprego e têm esse direito negado. Observando-se esse contexto, pode-se afirmar, com segurança, que o conceito de desemprego é objetivo.

O cálculo da taxa/proporção de desempregados no mercado de trabalho obedece a critérios objetivos e estáveis. Envolve a definição de períodos de referência para a desocupação (7 dias) e duração da procura por emprego (em 30 e 365 dias), além de indicar condutas reconhecidas para a busca por uma vaga, como atendimento a anúncios de emprego e seleções, levantamento de oportunidades pela internet, acesso a agências de intermediação públicas, privadas e sindicatos, inscrição e prestação de concursos públicos, organização de negócios próprios ou contato com a rede de amigos e conhecidos.

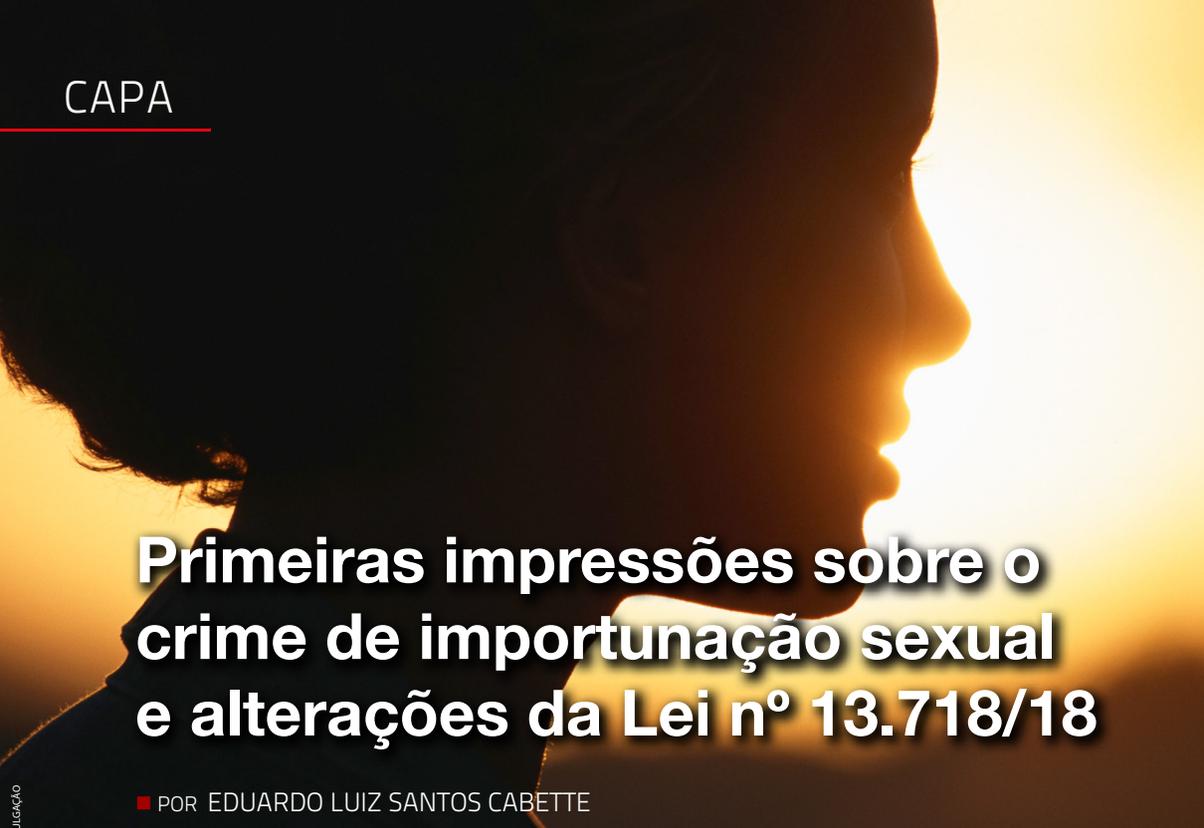
Essas regras que regem as pesquisas de emprego e desemprego foram criadas nas primeiras décadas do século XX, após a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na 1ª conferência de especialistas do mercado de trabalho, em 1932, quando estabelecidas as diretrizes dos sistemas de estatísticas laborais.

O Brasil, soberanamente, participa da ONU (Organização das Nações Unidas) e faz parte da OIT, responsável pela Conferência Internacional de Estatísticos do Trabalho, instância em que é representado pelo IBGE, órgão criado em 1934, na perspectiva de modernização do país. A Conferência reúne pesquisadores e estudiosos de todo o mundo, que reconhecem no IBGE um órgão de excelência, cuja contribuição para o aperfeiçoamento das estatísticas de emprego e desemprego é imensurável. No exterior e no Brasil, a credibilidade da instituição, de seu corpo técnico e das informações e análises por eles produzidas são indiscutíveis.

A medição do desemprego é sustentada, portanto, por parâmetros construídos pela comunidade científica internacional e as informações produzidas pelas pesquisas são da maior relevância para orientar políticas de Estado voltadas ao desenvolvimento econômico e social. O levantamento é funcional, inclusive, para a definição da taxa de juros importante para os interesses do mundo financeiro. A produção de uma metodologia como essa exige longo processo e a concentração de pessoas com competências diferentes, além da reunião de recursos diversos.

Sem qualquer sombra de dúvida, o desemprego é adequadamente medido pelo IBGE.

Para discutir a metodologia utilizada pelo IBGE, conseqüentemente, é necessária compreensão da importância do fenômeno desemprego para o bem-estar da sociedade. Qualquer questionamento da pesquisa deve ter como base o diálogo, o conhecimento e a ponderação. 



# Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei nº 13.718/18

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“Numa análise geral, as alterações são bem-vindas, especialmente considerando toda a celeuma (ao ver deste autor desnecessária) gerada em torno dos casos de abusos sexuais em coletivos, pois que já havia tipo penal perfeito e melhor do que o agora criado. Entretanto, diante da dificuldade criada pelos próprios operadores do direito, acabou sendo positiva a atuação do legislador para pôr cobro a essa dissidência e insegurança jurídica.”**

**A** Lei nº 13.718/18 cria o crime de “Importunação Sexual” e também o crime de “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”.

Promove ainda importantes mudanças nas regras gerais dos crimes contra a dignidade sexual. Altera a ação penal dos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI, do Código Penal, afastando a regra da ação penal pública condicionada e adotando em geral a ação penal pública incondicionada, ainda que a vítima seja maior e capaz. Finalmente altera e acrescenta novas causas de aumento de pena para os crimes contra a dignidade sexual e, especialmente, para os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Em arremate, revoga expressamente o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, ou seja, a Contravenção Penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor”.

No seguimento, proceder-se-á aos primeiros comentários acerca dessas inovações legislativas.

## DO CRIME DE “IMPORTUNAÇÃO SEXUAL”

Não é nenhuma novidade a prática de certos indivíduos, tendo em mira especialmente mulheres e em ambiente de transporte público, que se aproximam e tocam, friccionam seu corpo ou até mesmo, como em caso de grande repercussão midiática, ejaculam nas vítimas.

Foi exatamente o caso do chamado “Ejaculador do Ônibus” que gerou maior burburinho social e jurídico. O indivíduo costumava adentrar em transportes coletivos e praticar masturbação até ejacular no rosto de mulheres que estavam sentadas no ônibus e distraídas. Ele foi preso várias vezes, mas sua conduta acabou sendo desclassificada para a mera contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (art. 61, LCP). Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo e punida com pena isolada de multa, impossível se tornou seu encarceramento, o que gerou grande revolta social com a divulgação midiática.

Na ocasião foram aventadas várias possibilidades de tipificação penal para afastar a insuficiência protetiva da simples contravenção. Houve lavratura de prisão em flagrante do autor por prática de “Estupro” (art. 213, CP), a qual acabou relaxada com a desclassificação sobredita. Defendeu-se a hipótese de configuração de “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP), considerando que as vítimas eram pegas sem chance de reação. Também se levantou a possível configuração do crime de “Ato Obsceno” (art. 233, CP), o qual também padeceria, embora em menor grau, da insuficiência protetiva, eis que infração de menor potencial com pena privativa de liberdade mínima e possibilidade de alternativa de aplicação somente de multa. Até mesmo o crime de “Injúria Real” foi apresentado como solução (art. 140, § 2º, CP).

Nenhuma dessas alternativas se afigurou perfeitamente adequável à espécie. O crime de estupro não se configuraria pela ausência de violência real ou grave ameaça. O crime de estupro de vulnerável também não serviria porque, em verdade, as vítimas do ejaculador não eram pessoas realmente incapazes de ofertar resistência, conforme exige o tipo penal. Como visto, o ato obsceno seria uma falsa solução, pois a conduta permaneceria carecendo de uma reação penal à altura. Finalmente, a proposta da injúria real seria totalmente inviável, até mesmo por falta do elemento subjetivo específico, dentre outras inadequações.<sup>1</sup>

Entendeu-se que a única tipificação adequada formal e materialmente, segundo compreensão deste subscritor, seria a do crime de “Violação Sexual Mediante Fraude”, previsto no art. 215, CP. Esse crime prevê pena reclusiva de 2 a 6 anos e seria adequável à espécie quanto à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal por meio que “impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Ora, a ejaculação é, obviamente, um ato libidinoso e o recurso de a fazer de inopino, retirando da vítima qualquer possibilidade de reação, seria o suficiente para o enquadramento típico.<sup>2</sup> Entretanto, a celeuma não se resolveu neste sentido, embora tenha havido prisões em casos similares por meio dessa tipificação. Acabou prevalecendo a polêmica e a alegação de que a “Violação sexual mediante fraude” somente se poderia configurar ou pela fraude propriamente dita ou por “algum outro meio fraudulento” (sic), o que, a nosso ver, é uma tautologia absurda e não o exercício, como se defendeu, de aplicação correta da chamada “interpretação analógica”. Ora, fraude ou meio fraudulento são maneiras diferentes de expressar exatamente a mesma coisa, jamais uma interpretação analógica que promove a abertura do tipo penal para situações similares, embora diversas. E nem sequer a

alusão ao crime de “Estelionato” (art. 171, CP), porque a “Violação Sexual Mediante Fraude” tem o epíteto doutrinário de “Estelionato Sexual”, é suficiente para livrar essa “interpretação” de sua absurdidade. Isso porque no estelionato o legislador descreve dois meios fraudulentos (“artifício” e “ardil”) e então, aí sim, abre a redação para “qualquer outro meio fraudulento”. Ali são mencionados exemplos de “fraude” ou sua expressão sinônima (“meio fraudulento”), que são o artifício e o ardil. Depois vem a fórmula genérica de “qualquer outro meio fraudulento” ou “fraude”. Já no art. 215, CP, o legislador já usa a expressão genérica “fraude”, sinônima de “meio fraudulento” e, por isso mesmo, não comete a tautologia de usar a expressão “ou qualquer outro meio fraudulento” na abertura para a interpretação analógica. Ali se refere a “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, meios esses não fraudulentos, mas que se assemelhem à fraude no que tange à ausência de possibilidade de discernimento e escolha. Isso é de obviedade solar e jamais haveria razão para a celeuma que se erigiu em torno da suposta questão. De qualquer forma, foi a polêmica obtusa o que prevaleceu, de maneira que a conduta dos ejaculadores e outros abusadores similares seguiu como tipificável mais perfeitamente na franzina contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (art. 61, LCP).

Esse estrabismo interpretativo que impediu o uso de um tipo penal já disponível conduziu a discussões no legislativo para uma nova tipificação dessa espécie de conduta, sem deixar margem para dúvidas criadas por “juristas” como aqueles descritos por Erasmo de Roterdam:

“Pretendem os advogados levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, a sua profissão é, em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência!”<sup>3</sup>

Foi, portanto, da profunda falta de capacidade interpretativa que assola nosso país, com indivíduos portadores de títulos acadêmicos, ocupantes de altos cargos e até reconhecidos como supostos “intelectuais”, mas que, na verdade, são incapazes sequer de ler e compreender um texto de duas linhas, tudo isso fruto da nossa chamada “Pátria Educadora” e das modernas metodologias de ensino,<sup>4</sup> que emergiu do Congresso Nacional o novo crime de “Importunação sexual” (art. 215-A, CP), criado pela Lei nº 13.718/18.

A conduta descrita é a seguinte:

“Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

A pena prevista é de “reclusão, de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave”.

Logo se percebe que a não utilização do tipo penal já existente e à disposição dos “operadores do direito” levou à criação de um crime com pena mais baixa, pois que a “Violação Sexual Mediante Fraude” tem pena prevista de “reclusão de 2 a 6 anos”. Ou seja, as vítimas (com destaque para as mulheres) serão molestadas

e os molestadores, devido a uma interpretação distorcida e equivocada do ordenamento, serão punidos com o novo crime, que absolutamente não precisaria existir, com pena mais branda do que a que efetivamente poderia perfeitamente ser aplicada, não fosse a deficiência (com raras exceções) de nossa chamada “elite intelectual” (pois foram sempre pessoas de formação universitária que expressaram suas “abalizadas opiniões”). O grande e verdadeiro entrave em nosso país não é econômico nem social, mas educacional e cultural. Sem a solução dessa situação, estaremos sempre presos num lamaçal no qual quanto mais nos mexemos, mais afundamos. A mudança é urgente e será lenta. Se não iniciar de imediato por uma alteração estrutural, metodológica e de referencial teórico, a frase profética de Nelson Rodrigues se cumprirá:

“Os idiotas vão tomar conta do mundo; não pela capacidade, mas pela quantidade. Eles são muitos”.<sup>5</sup>

Como observaram, com argúcia e erudição, Ruchester Marreiros Barbosa e Illyana Magalhães, a Lei nº 13.718/18 é mais uma manifestação do chamado “Direito Penal Simbólico”, especialmente no que se refere ao tratamento dado à “Importunação Sexual”. O legislador se preocupou em prever uma pena máxima privativa de liberdade maior que quatro anos, com vistas ao disposto no art. 322, CPP, impedindo, destarte, a liberdade provisória com fiança pelo Delegado de Polícia, o que conferiria uma sensação falsa de punição célere e praticamente imediata dos infratores, quando, na verdade, logo na audiência de custódia, poderão perfeitamente ser liberados com ou mesmo sem fiança pelo Juiz.<sup>6</sup>

Seja como for, “legemhabemus” e, assim sendo, é preciso interpretá-la e aplica-la devidamente.

A conduta incriminada é a da prática “contra” alguém de ato libidinoso. Biten-court critica a redação e afirma que o projeto original previa a prática “na presença de” alguém de ato libidinoso. Para o autor essa alteração teria sido realizada de forma inconstitucional, eis que o texto levado à sanção presencial era conforme a segunda redação acima exposta. Alega o autor sob comentário que a alteração restringe o alcance do tipo penal, tornando atípicas condutas que não forem perpetradas “contra” alguém, mas apenas na sua “presença”.<sup>7</sup> Entretanto, não há, ao menos até o momento da elaboração deste texto, manifestação jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade apontada. Ademais, entende-se que a alteração não tornará absolutamente atípica a conduta daquele que praticar atos libidinosos na “presença” de alguém sem o seu consentimento. Em primeiro lugar, há previsão para atos de exibicionismo, por exemplo, quando realizados em lugar público ou aberto ou exposto ao público. Trata-se do crime de “Ato Obsceno”, previsto no art. 233, CP, cuja pena é menor proporcionalmente, eis que não haverá invasão do espaço corporal da vítima. Aliás, se a redação do art. 215-A fosse com o uso da expressão “na presença” e não “contra”, tornar-se-ia praticamente inviável a distinção entre os crimes de “Ato Obsceno” e de “Importunação Sexual”. Certamente grande debate iria se abrir, com tendência à conclusão de que o crime do art. 233, CP teria sido revogado tacitamente. Fica realmente uma lacuna se tais atos forem praticados em local reservado, mas é fato que a maior parte dos atos de exibicionismo são realizados em locais públicos ou ao menos de acesso público. No caso de menores de 14 anos, sem necessidade de que o ato se dê em espaço público, há a previsão do crime de “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, conforme a letra do art. 218-A, CP.

A redação que prevê a prática de ato libidinoso “contra alguém” se coaduna perfeitamente com a exigência que a segue, qual seja, a de que tal ato libidinoso tenha sido realizado “sem a anuência” da vítima.<sup>8</sup> Aqui se verifica mais um caso em que o dissenso ou consentimento da vítima é elemento essencial para a tipificação ou o afastamento da tipicidade da conduta. Se a vítima consente na prática do ato libidinoso não há crime, o que é totalmente compreensível. Ora, o bem jurídico tutelado no seio da dignidade sexual é a liberdade sexual. Se a pessoa quer e consente que outrem pratique ato libidinoso, não se pode, inclusive, alegar que tal ato foi praticado “contra” a vítima, mas “com” ela, satisfazendo seu livre consentimento. Obviamente que este consentimento haverá de ser válido (não o poderá ser assim considerado aquele ofertado por vulnerável, nem obtido mediante violência, grave ameaça ou fraude), sob pena de configuração do crime de “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP), “Estupro” (art. 213, CP) ou “Violação Sexual Mediante Fraude” (art. 215, CP), tudo a depender da espécie de ato libidinoso praticado contra a vítima e da forma como tal suposto “consentimento” inválido foi obtido.

Não há como concordar com Lopes Júnior, Morais da Rosa, Brambilla e Gehlen, segundo os quais, com o advento do art. 215-A, CP, somente se caracterizaria o estupro ou o estupro de vulnerável para atos libidinosos invasivos, tais como sexo oral, sexo vaginal ou sexo anal, passando outros abusos a serem tipificados no novo dispositivo. Ao ver deste autor, o que distingue os crimes enfocados não é a natureza do ato libidinoso, mas sim a presença ou não de violência ou grave ameaça. Assim sendo, não importa se o que o agente consegue é um beijo lascivo apenas ou uma carícia nas partes íntimas com as mãos ou mesmo uma ejaculação sem tocar na vítima. A questão estará em “como” ele conseguiu praticar esses atos libidinosos contra a vítima, quais foram os meios? Se esses meios foram a violência ou a grave ameaça ou se a vítima é vulnerável e em razão disso ele obteve seu sucesso na empreitada, os crimes continuam sendo normalmente os de estupro ou de estupro de vulnerável. Não há desproporção ou “hipocrisia” (sic) como alegam os autores sobreditos, mas tão somente a aplicação adequada da legislação e o respeito e proteção à liberdade sexual e à dignidade das pessoas (homens e mulheres) que não podem ser “constrangidas” a atos sexuais, recebendo o infrator uma resposta penal branda, como se isso não fosse algo de suma gravidade. Há uma enorme diferença entre o ato de inopino e o emprego de constrangimento violento ou ameaçador ou mesmo o abuso da vulnerabilidade alheia.<sup>9</sup>

Tanto é fato que Sannini Neto apresenta precedente do STJ (STJ, 6ª. Turma, Resp 1611910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.10.2016), destacando ser o estupro “ato de violência (e não de sexo)”, marcado pelo intuito de “subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente”. Dessa forma, conclui o autor que “no cenário jurídico atual”, o chamado

“beijo roubado”, que envolve violência ou grave ameaça, caracteriza, sim, o crime de estupro, contudo, em se tratando de ‘beijo furtado’, vale dizer, sem violência ou grave ameaça à vítima, a conduta se adequaria ao novo tipo penal do art. 215-A (importunação sexual).<sup>10</sup>

Entretanto, sendo o consentimento válido, há que aplicar o brocardo latino, segundo o qual “volenti et consentienti non fit injuria” (“Ao que quer e consente não se faz injustiça”). Dessa forma o consentimento do ofendido ou do titular do direito, que dele pode dispor validamente (como acontece com as pessoas maiores,

livres e capazes com relação a atos sexuais de toda espécie), enseja o afastamento da tipicidade ou, como dizem alguns, consiste em um “elemento negativo do crime ou do fato”. No caso concreto ocorre que o dissenso do ofendido é “um elemento do fato constitutivo do crime, ou melhor um elemento cuja ausência torna impossível a configuração concreta de um fato típico e, como tal, relevante para o direito penal”.<sup>11</sup> Trata-se da mesma situação encontrável em crimes como a “Violação de Domicílio” (art. 150, CP) ou mesmo do “Estupro” (art. 213, CP). A entrada ou permanência em casa alheia com a anuência do morador não é crime, pois o tipo penal exige que a ação se dê contra a vontade expressa ou tácita deste. Também a prática de atos libidinosos ou conjunção carnal de forma consensual entre adultos conscientes, sem qualquer ato de constrangimento, não configura crime.

O crime em estudo é comum, de forma que qualquer pessoa pode cometê-lo. Também qualquer pessoa pode ser vítima. A maior incidência fática de mulheres como sujeito passivo dessa conduta não implica no fato de que um homem não possa ser vítima também de importunação sexual. Da mesma forma, a maior incidência estatística de violadores homens não significa que uma mulher também não possa ser sujeito ativo do ilícito. Obviamente essa importunação pode ser de natureza heterossexual ou homossexual. Todos, indistintamente, são dotados de dignidade e liberdade sexual.

A “Importunação Sexual” é crime doloso, não havendo previsão de conduta culposa. Assim, se um indivíduo, por acidente, se desequilibra no metrô e acaba esbarrando numa mulher em uma situação que poderia ensejar a violação, não há crime, pois inexistiu dolo por parte do agente. Ademais, o dolo previsto no tipo penal é “específico”. O agente deve praticar o ato libidinoso com a finalidade especial de “satisfazer a própria lascívia ou de terceiro”. Embora na maior parte dos casos certamente esse “dolo específico” deva estar presente, não se considera que o legislador tenha adotado o melhor caminho. Entende-se que deveria ter agido como o fez em outros crimes contra a dignidade sexual, para os quais o desejo de satisfazer a lascívia não é elemento do tipo. No “Estupro” (art. 213, CP), por exemplo, isso não é exigido, de modo que se alguém estupra uma vítima, sem qualquer intuito sensual, mas apenas para fins de humilhação ou vingança, isso em nada afeta a configuração do grave ilícito, o que é, no entendimento deste autor, impecável. No caso da “Importunação Sexual” se, por exemplo, um sujeito se aproximar de uma mulher num ônibus, esfregando suas partes pudendas em seu corpo porque não gosta dela e de seu marido, com o objetivo tão somente de submetê-la a uma situação vexatória, o crime do art. 215-A, CP não restaria tipificado por falta de elemento subjetivo específico, o que é uma lacuna indesejável. Essa lacuna se torna ainda mais grave porque a contravenção de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (art. 61, LCP) foi expressamente revogada, não podendo servir como uma espécie de infração penal subsidiária. Restaria tão somente a também contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade (art. 65, LCP), com a irrisória pena de “prisão simples de 15 dias a dois meses ou multa”.<sup>12</sup> Gilaberte Freitas também chama a atenção para a necessidade do dolo específico, afirmando, com correção, que “falecendo a intenção, o crime muda, ou deixa de existir”. Sugere uma solução diversa da acima exposta para o ato acintoso público que vise humilhação. Para o autor, se “o agente (...), num rompante, levanta a saia de uma mulher para humilhá-la em público, pratica injúria real (art. 140, § 2º., CP)”.<sup>13</sup> A sugestão do autor em destaque parece realmente defensável e certamente haverá divisão quanto a

tal solução ou a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. A tendência deste subscritor é reconhecer, com Gilaberte, a configuração do crime de Injúria Real em havendo ao menos algum ato de violência ou vias de fato contra a vítima, caso contrário, somente restará mesmo a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. Isso porque a Injúria real exige que a conduta seja informada por violência ou vias de fato de natureza aviltante.

Sobre o tema também se manifestam Moraes e Evangelista Júnior, concluindo pela Perturbação da Tranquilidade em casos de incômodo sem violência ou grave ameaça e sem o dolo específico de satisfação da lascívia, bem como, porventura, sem sequer configurar a conduta um ato propriamente libidinoso:

“De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos e vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do art. 65 do Decreto – Lei nº 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém – chegada importunação sexual”.<sup>14</sup>

O ilícito penal em estudo é material, sendo possível a tentativa, desde que o ato libidinoso não se consume por motivos alheios à vontade do agente. Digamos que um indivíduo, que está se masturbando ao lado da vítima que dorme num banco de ônibus, prestes a ejacular, é detido por populares e não consegue seu intento. Sanches Cunha, porém, embora reconhecendo a possibilidade de tentativa, a considera “improvável” porque “se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há que reconhecer a consumação”, sendo que antes disso somente há “atos preparatórios” impuníveis.<sup>15</sup>

Observe-se que o crime previsto no art. 215-A, CP não é informado pela violência ou grave ameaça. Se isso ocorrer, estar-se-á diante de infrações penais mais graves, tais como o “Estupro” (art. 213, CP) ou “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP), a depender das condições da vítima.<sup>16</sup> Também nele não poderá haver fraude, pois então prevalecerá o crime de “Violação Sexual Mediante Fraude” (art. 215, CP). Outrossim, a vítima do abuso sexual não poderá ser vulnerável, pois então a prática do ato libidinoso contra ela ou com ela, configurará “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A), ainda que sem violência ou grave ameaça ou mesmo com seu consentimento. A subsidiariedade do crime de “Importunação Sexual”, aliás, é expressa, pois em seu preceito secundário consta que somente é aplicável “se o ato não constitui crime mais grave”.

Conforme já visto de passagem, também se distingue do “Ato Obsceno” (art. 233, CP), pois que o ato libidinoso deve ser perpetrado “contra” a vítima e não somente em sua presença. O sujeito que pratica algum ato sensual em público, mas não voltado a vítima determinada incide no crime de “Ato Obsceno” e não no de “Importunação Sexual”. Por exemplo, se um sujeito se masturba e ejacula no pescoço de uma vítima num ônibus, esta é determinada e então há infração ao art. 215-A, CP. Mas, se um indivíduo, numa praça ou mesmo num coletivo está se masturbando em público sem dirigir seus atos a qualquer pessoa determinada, há apenas o crime de “Ato Obsceno”. Também, como já visto, a prática, com intenção de satisfação de lascívia, de atos libidinosos na presença de menores de 14 anos, configura o crime previsto no art. 218-A, CP.

Note-se ainda que o crime de “Importunação Sexual” não se restringe a atos praticados em locais públicos ou transportes coletivos. Os exemplos são dados nessas circunstâncias porque é o mais faticamente comum de ocorrer. Não obstante, o tipo penal não menciona em parte alguma que a conduta deva ser praticada em qualquer local específico, público ou privado. Dessa forma, se um colega de trabalho, estando sozinho num escritório com uma colega, vem por suas costas, quando ela está concentrada no trabalho, e ejacula nela, obviamente sem o seu consentimento, incide normalmente no art. 215-A, CP. Ainda que seja um superior hierárquico ou pessoa com ascendência em relação de trabalho, prevalecerá o art. 215-A, CP em relação ao crime de “Assédio Sexual” (art. 216-A, CP), eis que a pena prevista para o primeiro é maior, não sendo de se aplicar a subsidiariedade. Além disso, o crime do art. 216-A, CP é meramente formal, de modo que quando há efetiva prática do ato libidinoso contra o subordinado (a) sem o uso do constrangimento relativo à subordinação, não há falar em assédio. O constrangimento no assédio sexual é somente aquele referente à relação de subordinação, não podendo ser marcado por violência ou grave ameaça, o que também afasta o assédio, desta feita para configuração do crime de estupro consumado ou mesmo tentado.

Fato é que a casuística desses atos violadores é muito vasta. Outro caso recente gerou impacto na mídia. Uma mulher fazia uso de transporte público quando percebeu que alguém não identificado (a) havia jogado uma camisa de Vênus com conteúdo que aparentava ser sêmen dentro de sua bolsa. Tal fato se deu poucos dias depois da promulgação da Lei nº 13.718/18. Tirante as circunstâncias inusitadas de que a sedizente vítima não teria sequer visto o (a) suspeito (a), bem como que estaria na Capital de São Paulo, em transporte público, com a bolsa aberta e desviada, o que não é nada comum, gerando dúvidas quanto à realidade do narrado, a ser devidamente apurado na respectiva investigação criminal, especialmente pela análise de imagens da Companhia de Transporte Público de São Paulo (CPTM). Não há como negar que a situação sugere, ao menos em tese, a prática prevista no novo art. 215-A, CP. Segundo as notícias, a Autoridade Policial que atendeu por primeiro à ocorrência, nessa fase de aplicação inicial da Lei nº 13.718/18, teve dúvidas quanto à tipificação mais exata da conduta, elaborando uma ocorrência genérica (“Outros – não Criminal”). Essa dúvida é totalmente compreensível, mesmo porque, embora bastante ampla, a expressão ato libidinoso, até pela sua própria amplitude, não é jamais algo unívoco. É duvidoso se o ato de jogar uma camisa de Vênus usada numa bolsa de outrem constitui realmente ou não um ato de libidinagem. Mais que isso, é ainda mais duvidoso se quem o faz pratica a conduta com a finalidade precípua de “satisfazer a própria lascívia ou de terceiro”, conforme exige, a nosso ver equivocadamente, o tipo penal. Tal atitude pode perfeitamente ser interpretada como conduta de puro acinte ou provocação e não algo realizado com intento de satisfação lascívia. Em uma das matérias divulgadas, uma advogada, segundo consta pertencente à “Rede Feminina de Juristas”, Marina Ganzarolli, apresentou a tese de que estaria configurada a “Importunação Sexual” (art. 215-A, CP), o que é perfeitamente defensável, embora não indiscutível, principalmente na atual situação de cognição incipiente da novel legislação. Ademais, a própria advogada reconhece na matéria a situação de dúvida e sugere que a Autoridade Policial poderia também ter tipificado o ocorrido como contravenção penal. Ora, a situação é tão delicada e as dúvidas quanto à legislação recente são tantas, que a advogada se equivoca de forma absoluta ao afirmar que o Delegado poderia ter tipificado a

conduta diversamente. Em suas palavras, conforme publicação jornalística: “Há, no mínimo, uma contravenção penal, que tem penas mais brandas que o crime. *Citaria constrangimento e importunação ofensiva ao pudor com cunho libidinoso*” (grifo nosso).<sup>17</sup> Ora, em primeiro plano, não existe qualquer infração penal, crime ou contravenção com o “nomen juris” “constrangimento ofensivo ao pudor com cunho libidinoso”. Não existe e nunca existiu. Já quanto à contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (art. 61, LCP), a que, ao que parece, a advogada pretende fazer menção, esqueceu-se ela de que a própria Lei nº 13.718/18 acabou de revogar esse dispositivo, o qual, portanto, não tem vigência e é inaplicável em nosso país. Na verdade, como já dito alhures, eventual contravenção subsidiariamente aplicável seria atualmente a de “Perturbação da Tranquilidade”, conforme dicção do art. 65, LCP. Não se pretende, de forma alguma, crucificar a causídica devido a seu equívoco. Isso é natural, tendo em vista a recenticidade da alteração legislativa e a dificuldade interpretativa que às vezes surge e surgirá quanto ao conceito de ato libidinoso e, especialmente, à apuração e constatação do elemento subjetivo específico da finalidade de satisfação da própria lascívia ou de outrem. Na opinião deste autor, ao menos em tese e a princípio seria de se tipificar a conduta no novel art. 215-A, CP, merecendo aprofundamentos posteriores durante a investigação, não somente quanto à realidade fática do narrado pela sedizente vítima, quanto também à natureza libidinoso da prática e ao dolo específico do agente em satisfazer à lascívia própria ou de outrem. Induvidoso é o fato de que o caso é bastante inusitado e incerto em termos de capitulação criminal.

Vale salientar que o crime de “Importunação Sexual” não é de menor potencial, mas admite a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que sua pena mínima não ultrapassa um ano.

### **ESTUPRO DE VULNERÁVEL E EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR DA VÍTIMA**

Outra inovação trazida pela Lei nº 13.718/18 é a inclusão de um § 5º, no art. 217-A, CP (“Estupro de Vulnerável”).

Desde a antiga “presunção de violência” prevista no revogado art. 224, CP (Lei nº 12.015/09), havia a discussão na doutrina e na jurisprudência, especialmente nos casos dos menores de 14 anos, quanto à configuração do crime em caso de ato sexual consentido e tendo a vítima experiência sexual antecedente.

Com o advento da Lei nº 12.015/09 e a criação do crime de “Estupro de Vulnerável” a legislação brasileira abandonou por completo qualquer espécie de “presunção de violência”, adotando um simples critério de norma proibitiva. O art. 217-A, CP simplesmente proíbe a prática de relações sexuais de qualquer natureza com pessoas vulneráveis, dentre as quais os menores de 14 anos. Em princípio não havia mais espaço para o debate quanto à inexistência de crime devido ao consentimento do menor de 14 anos e sua experiência sexual anterior. As práticas libidinosas com menores de 14 anos foram claramente extirpadas do Brasil como algo absolutamente ilícito. Porém, como sói acontecer nos meios jurídicos, ainda havia debate sobre o possível afastamento do crime nos casos em que menores de 14 anos já tivessem experiência anterior em atos sexuais ou praticassem prostituição e consentissem livremente no contato com o adulto.

Ocorre que o Brasil, ao prever uma norma clara e evidentemente proibitiva dessas relações sexuais, não abriu qualquer exceção para avaliação circunstancial,

diversamente do que fez, por exemplo, recentemente, a França, estabelecendo uma idade – base de 15 anos, mas deixando bastante claro na legislação penal e processual penal que a capacidade de consentimento válido do menor será avaliada em cada caso concreto, desde que posta em discussão sua anuência ao ato. Indiretamente esse tipo de previsão legal que, na prática, invalida a idade – limite e permite a aceitação de atos sexuais com menores em geral, acaba deixando aberta uma porta, que pode ser alargada ao bel prazer da jurisprudência, para condutas pedófilas.<sup>18</sup>

Mesmo diante da clareza da legislação brasileira, sempre houve insistência na permissividade ao ponto de haver decisões de Tribunais de segundo grau, afirmando que um menor de 5 (cinco) anos podia consentir livremente na prática de atos sexuais com adultos (sexo oral e heteromasturbação)!<sup>19</sup> Uma decisão como esta é certamente sintoma daquilo que se pode, com absoluta razão, chamar de “esquizofrenia intelectual”, caracterizada pelo “amor deliberado à unidade na fantasia e a rejeição da unidade na realidade”.<sup>20</sup>

Tendo em vista esse quadro de “esquizofrenia” jurídica e moral, o STJ precisou expedir a Súmula 593, em 25.10.2017, com o seguinte teor:

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

Agora nada mais é feito do que a positivação do que era até então somente uma orientação jurisprudencial e doutrinária majoritária, inclusive informada por súmula de Tribunal Superior.

O novo § 5º, do art. 217-A, CP estabelece na letra da lei e de forma indubitosa que:

“As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriores ao crime”.

Não há qualquer dúvida, seja jurisprudencial ou legalmente, de que a norma do art. 217-A, CP contém uma proibição de natureza absoluta, impõe aos adultos uma relação de *responsabilidade* para com os menores de 14 anos no que se refere às condutas sexuais, o que, aliás, não se vê como poderia ser diverso. Fato é que a legislação brasileira não deixa margem, não deixa uma única fresta, ao menos em termos legais, para uma visão permissiva de prática pedófila.

A única possibilidade que resta para afastar a responsabilidade de um adulto que mantenha relações sexuais com menores de 14 anos no Brasil é a situação de erro quanto à idade da vítima. Se o indivíduo realmente desconhecia, de forma justificável, a verdadeira idade da pessoa com quem manteve relações sexuais, pensando tratar-se de maior de 14 anos ou mesmo de maior de 18 anos, seja porque foi induzido a erro pela própria suposta vítima, seja porque as circunstâncias e compleição física justificariam tal erro, não se poderá imputar ao agente a prática de crime de “Estupro de Vulnerável”, sob pena da adoção de um sistema de “direito penal objetivo”, oposto ao vigente “direito penal subjetivo”, que somente permite a responsabilização penal de alguém que atue com consciência da ilicitude de sua conduta (inteligência do art. 19, CP).

## O CRIME DE “DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO OU DE CENA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, DE CENA DE SEXO OU DE PORNOGRAFIA”

Outra infração penal criada pela Lei nº 13.718/18 foi a agora descrita no novo art. 218-C, CP, com “nomen juris” de “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”.

O tipo penal é daqueles denominados pela doutrina de “crime de ação múltipla”, “crime de conteúdo variado” ou “tipo misto alternativo”, apresentando vários verbos, os quais, se praticados por um mesmo agente em um mesmo contexto, não geram crimes vários, mas uma única conduta criminosa.

Os verbos são “oferecer”, “trocar”, “disponibilizar”, “transmitir”, “vender”, “expor à venda”, “distribuir”, “publicar” e “divulgar”.

Os meios para a prática de tais verbos são bastante amplos, abrangendo todos os meios de comunicação de massa (revistas, jornais, televisão etc.), sistemas de informática e telemática (e – mail, whatsapp, facebook, instagram etc.), havendo ainda a previsão legal genérica de quaisquer outros meios que possibilitem as mesmas condutas. Nesse ponto, “o legislador ao expressar que a divulgação pode ser feita ‘por qualquer meio’ lançou mão da denominada interpretação analógica”.<sup>21</sup> Atualmente será mais comum o uso de meios tecnológicos mais sofisticados, mas não estará afastada a tipicidade na divulgação por “qualquer meio”, como, por exemplo, a remessa via correio, a distribuição manual de cópias etc.

O objeto material consiste em fotografias, vídeos ou qualquer outro registro audiovisual.

Entretanto, o que ensejará a conduta criminosa será o conteúdo dessas imagens ou cenas. Se o conteúdo for uma cena de estupro ou de estupro de vulnerável, haverá o crime. Mesmo não se tratando de cena dessa espécie, mas de qualquer conteúdo que induza ou faça apologia dessas práticas reprováveis, configurado também estará o ilícito. Parece que qualquer cena dessa espécie servirá para configurar o crime, não importando se houve realmente um estupro ou estupro de vulnerável ou se se trata de uma encenação ou mesmo de “artes” gráficas, desenhos, representações. Essa espécie de conteúdo, por si só, independentemente de tratar-se de cena real ou simulação resta vedada, até porque também a apologia ou indução é incriminada.

Inclusive Sanches Cunha chama a atenção para detalhe relevante no que diz com a apologia:

“Note-se que neste tipo penal não tem lugar, ao contrário do que ocorre no art. 287 do CP, a discussão sobre a necessidade de que a apologia se refira a crime já ocorrido. O art. 287 pune a apologia de fato criminoso, o que, para parcela da doutrina, restringe a abrangência do tipo a crimes já ocorridos, pois, do contrário, há apenas incitação. O dispositivo em estudo, no entanto, não contém a expressão fato criminoso, referindo-se apenas à apologia do estupro”.<sup>22</sup>

Não somente o conteúdo que envolva os crimes acima mencionados é incriminado, mas também a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, sem o consentimento da vítima. Note-se que a questão do consentimento novamente avulta neste tipo penal, tal qual ocorreu no art. 215-A. Mas, é preciso perceber que essa questão do consentimento somente se refere à última parte do dispositivo, ou

seja, com relação a cenas de sexo, nudez ou pornografia e não àquelas que versam sobre estupro, estupro de vulnerável ou sua apologia ou indução. Nestes últimos casos, eventual consentimento de quem quer que seja será absolutamente irrelevante, subsistindo o crime. O que é tratado no caso de exposição de imagens de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima, é o que se convencionou chamar de “sexting”, ou seja, exatamente a “divulgação não autorizada de vídeos, fotos e demais conteúdos íntimos na internet”.<sup>23</sup> Há que lembrar, porém, que pessoas adultas e capazes não podem ser impedidas de, livremente, trocar mensagens, imagens, fotos, cenas que envolvam a si mesmas em situação de nudez, sexo ou pornografia. O direito à imagem é disponível e reforçado pela liberdade de expressão e comunicação. Apenas nos casos de abusos, como a exposição não consentida, é que se pode pensar em sancionar a conduta. Tem aplicação nesse passo o brocardo “abusus non tollit usum”, ou seja, “o abuso não abole o uso”.

Portanto, se ocorre um estupro que é filmado, por exemplo, e as cenas são divulgadas, com ou sem o consentimento da vítima ocorre o crime. Por outro lado, se alguém se deixar filmar em atos sexuais, nu ou em qualquer situação pornográfica, autorizando a divulgação e exibição de suas imagens, não haverá crime. Isso é exatamente o que ocorre com fotos de revistas como a Playboy ou com filmes pornográficos, em que as pessoas não somente consentem na exposição como recebem por isso e firmam contratos respectivos. Ainda que a veiculação seja amadora, havendo prova de que a potencial vítima, na verdade, consentiu na exibição, afastado estará o ilícito.

Também o crime do art. 218-C é expressamente subsidiário. A pena prevista é de “reclusão de 1 a 5 anos, se o fato não constitui crime mais grave”. Assim sendo, se a cena exposta envolve criança ou adolescente, afastado estará o dispositivo supra do Código Penal, aplicando-se, com base da subsidiariedade e na especialidade, os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que têm penas mais gravosas (vide arts. 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C, da Lei nº 8.069/90).

Obviamente, nos casos de estupro e estupro de vulnerável, se a mesma pessoa praticar tais crimes e expuser suas imagens, haverá concurso material.

Também importa lembrar que pode ocorrer o que se convencionou chamar de “sextorsão”, quando o indivíduo não expõe as cenas, fotos etc., mas as obtém ou tem em seu poder e passa a exigir vantagens da vítima mediante chantagem. Acaso a vítima não ceda aos seus desejos, então afirma que irá divulgar as imagens. Nesses casos, dependerá do que o agente pretender obter como vantagem: se for vantagem financeira, haverá o crime de extorsão (art. 158, CP); se for a prática de favores sexuais pela vítima, haverá estupro ou tentativa de estupro, conforme ceda ou não a vítima (art. 213 ou 213 c/c 14, II, CP) e se a vítima for vulnerável, o estupro de vulnerável consumado ou tentado (art. 217-A ou 217-A c/c 14, II, CP); se forem outros constrangimentos, como, por exemplo, fazer com que a vítima desista da disputa de uma vaga de emprego, eventual crime de constrangimento ilegal consumado ou tentado (art. 146, CP ou art. 146 c/c 14, II, CP). No caso da extorsão, o crime será geralmente consumado, pois, segundo entendimento predominante, trata-se de crime formal, que se consuma com o constrangimento, e não com o efetivo auferimento da vantagem financeira, que é exaurimento. Pode haver, porém, a tentativa de extorsão, se o agente sequer for capaz de causar constrangimento à vítima com sua chantagem. É claro que aqui também, em todos os casos, se, além de constranger a vítima para tais vantagens, o agente vier a expor as imagens num segundo momento, haverá concurso material de ilícitos.

No caso do “estupro de vulnerável”, entende-se que a exposição será sempre tipificável no ECA (Lei nº 8.069/90), quando se tratar da vulnerabilidade etária (menores de 14 anos). Somente restará espaço para aplicação do disposto no novel art. 218-C, CP, se a cena envolver vítima vulnerável por enfermidade ou deficiência mental que lhe retire o discernimento ou pessoa que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Exemplificando:

Se um infrator exhibe na internet cena de estupro de vulnerável em que há prática de conjunção carnal com uma menina de 10 anos de idade, o crime será o do art. 241-A, ECA e não do art. 218-C, CP. Doutra banda, se igualmente expõe na internet cena de sexo praticado por alguém capaz com um alienado mental sem discernimento para o ato, mas com 30 anos de idade, será de se aplicar o art. 218-C, CP normalmente, pois que não se trata de criança ou adolescente como vítima.

Outro aspecto importante é que o armazenamento puro e simples, a posse ou mesmo a aquisição dessas imagens em celulares, computadores, pen – drives etc., sem sua exposição, não configurará o disposto no art. 218-C, CP. Isso por força do Princípio da Legalidade, uma vez que o tipo penal em estudo, embora dotado de muitos verbos, não contém os verbos adquirir, possuir ou armazenar. Entretanto, se as imagens, fotos, vídeos ou quaisquer cenas forem de crianças ou adolescentes nas mesmas circunstâncias, haverá o crime previsto no art. 241-B, do ECA (Lei nº 8.069/90), pois que tal dispositivo prevê o armazenamento, aquisição e a posse como crimes.

Contudo, ainda que não seja uma cena envolvendo menores, dependendo do meio como isso foi obtido, poderá haver outro ilícito, qual seja, a “Invasão de Dispositivo Informático” (art. 154-A, § 3º, CP). Isso em não havendo a exposição. No caso de exposição posterior, haverá concurso material de crimes com o art. 21-C, CP ou mesmo com os crimes do ECA, tudo a depender da condição do sujeito passivo (adulto ou menor).<sup>24</sup> Somente não haverá o crime antecedente de “Invasão de Dispositivo Informático” se as cenas ou imagens vierem ao agente por meio da própria vítima, embora sem autorização de divulgação ou por outras formas, tais como compartilhamentos, trocas etc. Como já visto, nos casos de estupro ou estupro de vulnerável ou sua apologia ou induzimento, não importará nem mesmo a autorização de quem quer que seja, mesmo da vítima maior e capaz.

Responderá pelo crime não somente quem obteve ou mesmo produziu as imagens originalmente, mas todo aquele que as recebeu e compartilhar, transmitir, divulgar, trocar, vender etc. Será muito comum numa investigação dessa prática a obtenção de uma série ou teia de divulgações e compartilhamentos criminosos, devendo, esgotados todos os meios disponíveis de identificação de autores, serem todos os participantes criminalmente responsabilizados. Isso, obviamente, é válido não só para o novo art. 218-C, CP, mas também para os crimes do ECA (Lei nº 8.069/90).

Em havendo várias pessoas na cena exposta ocorrerá concurso formal de crimes<sup>24</sup>, sendo de se reconhecer o concurso formal próprio, pois que não se pode dizer que haja desígnios autônomos, mas apenas o desejo de divulgar a cena como um todo. Nesse passo, não haverá cúmulo material, mas somente exasperação, nos termos do art. 70, primeira parte, CP.

Ressaltam, contudo, com razão, Oliveira e Leitão Júnior que o “elemento subjetivo”

“É o dolo, seja ele direto ou eventual. Não há expressa previsão legal da modalidade culposa, o que torna inviável a punição por culpa. Há de salientar que se o agente, por exemplo, fizer um vídeo com celular, consentido com sua companheira e, posteriormente, por negligência ou imprudência, o celular onde se encontrava o vídeo vier a ser subtraído e o terceiro que subtrai vem a divulgar os vídeos ali contidos, incorrerá no crime apenas o terceiro que divulgou, ficando o proprietário do celular isento de pena.”<sup>25</sup>

Também o ilícito do art. 218-C, CP não é infração de menor potencial ofensivo, embora seja cabível a suspensão condicional do processo, conforme art. 89, da Lei nº 9.099/95, pois que sua pena mínima não ultrapassa um ano.

Contudo, mesmo a suspensão condicional do processo restará afastada se configurada a causa de aumento de pena que é prevista no art. 218-C, § 1º, CP. Ali o legislador criou um aumento variável entre 1/3 e 2/3 em duas circunstâncias:

a) Quando o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima;

b) Com a finalidade (dolo específico) de vingança ou humilhação.

O aumento quando o agente mantém ou já manteve relação íntima de afeto com a vítima se torna mais grave devido exatamente a esses laços que deveriam implicar em maior respeito entre as pessoas. Ademais, se a vítima for mulher, poderá ser configurada “violência doméstica e familiar”, nos termos da Lei nº 11.340/06 (art. 5º, I, II ou III c/c art. 7º, II, III e V). Essa relação íntima pode ser exemplificada com o casamento, namoro, noivado (incluindo os “ex – maridos”, “ex – noivos”, “ex – namorados” etc.), mas não poderá ser considerada justificável a majorante em casos de relações sexuais esporádicas, troca de carícias em oportunidades isoladas etc. Não se exige, porém, a coabitação.<sup>26</sup> Embora se tenha mencionado o caso de aplicabilidade da Lei Maria da Penha no caso da vítima mulher, é preciso atentar para o fato de que o sujeito passivo do crime pode ser também um homem, nada impedindo que a mesma causa de aumento de pena seja aplicada. Obviamente, também se poderá aplicar a majorante em casos de relações íntimas homoafetivas masculinas ou femininas. Aliás, no caso das femininas, a Lei nº 11.340/06 é explícita quanto ao seu alcance, em seu art. 5º, Parágrafo Único.

Gilaberte Freitas destaca aspecto interessante:

“A majorante não se aplica às relações de parentesco entre ascendentes e descendentes, ou entre colaterais, embora, nessa hipótese, possa ser usado o art. 226, II, do CP, que aumenta a pena de metade. A situação, portanto, é curiosa: se a mídia audiovisual é exposta pelo ex – marido, por exemplo, a pena pode ficar mais suave ou mais gravosa do que na exposição feita pelo pai ou pelo irmão, pois a majoração prevista no § 1º. do art. 218 – C começa em 1/3 (inferior ao aumento de pena do art. 226, II) e termina em 2/3 (patamar superior)”<sup>27</sup>

Sob esse prisma, muito bem notado por Gilaberte, pode-se aventar o reconhecimento de violação do Princípio da Proporcionalidade. Nada justifica que um “ex – marido” possa sofrer exasperação penal maior ou menor do que um “pai” que divulga as cenas de uma filha, por exemplo. Mais evidente ainda é a disparidade quando um “cônjuge” ou “companheiro” previstos no art. 226, II, CP, teriam aumentos diversos dos previstos no art. 218-C, § 1º, CP. Mas, neste caso há que se entender que o aumento do § 1º, do art. 218-C, CP somente se refere a tal dispositivo

e conduta, sendo o aumento do art. 226, II, CP aplicável aos “cônjuges” e “companheiros” em outros ilícitos sexuais. Doutra forma, haveria duas normas tratando do mesmo caso. Ainda assim é um tanto estranho que haja aumentos diferentes para as mesmas relações em uns e outros crimes sexuais. Retomando a questão do marido, ex-marido, namorado etc. e aqueles que não estão previstos no art. 218-C, § 1º, CP, tais como pais, padrastos, madrastas, tio, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador, mencionados, por seu turno, no art. 226, II, CP. Nessas situações é que realmente avulta intensamente a desproporção. Não há como separar a aplicação do § 1º, do art. 218-C, CP somente a ele e o aumento do art. 226, II, CP para outros ilícitos sexuais. Acontece que nesse caso não há repetição dos pais e outros no § 1º, do art. 218-C, CP, impondo-se, como vislumbrou Gilaberte, a aplicação subsidiária do aumento do art. 226, II, CP. E com isso uma situação de insegurança e desproporção se apresenta, pois ora o aumento poderia ser menor do que o do art. 226, CP (1/3), ora maior (2/3), quando, em verdade, não há motivação sustentável para essa distinção. Eventualmente, poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 218-C, § 1º, CP, restando ao juiz exacerbar sempre a pena no patamar de metade, equalizando as situações numa posição intermédia, com vistas ao art. 226, II, CP. Ou então poderia o legislador corrigir essa impropriedade revogando o § 1º, do art. 218-C, CP e incluindo as relações de afeto íntimas atuais ou pretéritas e o intuito de vingança ou humilhação no art. 226, II, CP, mantendo o aumento de metade da pena ou o exacerbando para o intervalo de 1/3 a 2/3. Por agora, fica-se com uma situação bastante estranha em termos sistemáticos e de proporcionalidade.

O art. 218-C, “caput”, CP, portanto, em sua forma simples, é crime de dolo genérico porque a lei não estabelece qualquer especial fim de agir. Também o é mesmo na forma majorada do seu § 1º, quanto às relações íntimas de afeto. Entretanto, no caso da última parte do § 1º, quando a lei se refere ao fim especial de “vingança ou humilhação”, há a configuração de um “dolo específico”. Nesse caso, será o especial fim de agir do infrator, pretendendo vingar-se da vítima ou humilhá-la, que justificará a exacerbação punitiva. Os intuitos de vingança ou de humilhação nada mais são do que exemplos de motivação torpe do agente, o que justifica a exasperação punitiva. Esses são casos conhecidos como “revengeporn” ou “pornografia de vingança”, os quais normalmente eram anteriormente tratados como meros crimes contra a honra majorados.<sup>28</sup> Neste aspecto, é de notar que o art. 218-C, § 1º, “in fine”, CP, constitui “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir àqueles que praticaram tal conduta antes da promulgação da Lei nº 13.718/18.

Poderá aparentar que essas circunstâncias em que o agente pretende se vingar ou humilhar a vítima serão necessariamente informadas pelo anterior envolvimento afetivo, previsto no mesmo parágrafo sob comento. Na maioria dos casos isso realmente ocorrerá, mas não necessariamente. Poderá haver veiculação de imagens de pessoa com quem o agente tenha ou teve relação íntima de afeto pelos mais variados motivos, dentre os quais a mera “diversão” ou “exibicionismo” e não vingança ou humilhação. Por outro lado, a atuação com intuito de vingança ou humilhação, poderá sim ser, e na maioria das vezes o é, motivada por frustrações amorosas em relacionamentos desfeitos. Não obstante, a mesma conduta poderá também ter uma outra variedade enorme de motivações, como, por exemplo, a despedida de um emprego, uma punição administrativa, desentendimentos financeiros ou negociais, inveja, ódio etc. Fato é que as motivações para o aumento de pena pode ocorrer conjuntamente sim, mas não necessariamente. No caso de

ocorrência de exposição de pessoa com que se mantém ou manteve relação íntima e ainda por motivo de vingança ou humilhação, há que considerar que o aumento é variável entre 1/3 e 2/3, devendo tal situação ser levada em conta na aplicação do índice de exasperação.<sup>29</sup>

O crime do art. 218-C, CP admite em geral tentativa e pode, em certos verbos, ter caráter permanente, como, por exemplo, nos de “disponibilizar”, “transmitir”, “expor à venda” ou “divulgar”. Sanches Cunha, porém, entende que não é possível a tentativa no verbo “oferecer”, eis que não passível de fracionamento, sendo condutas antecedentes meros atos preparatórios.<sup>30</sup> Quanto à causa de aumento de pena devido ao fim de humilhar ou praticar vingança contra a vítima, o fato de conseguir o autor obter a efetiva humilhação ou vingança é irrelevante para a configuração da majorante. Trata-se de aumento de pena de caráter subjetivo, relativo à motivação dos atos do infrator e não ao resultado efetivo de sua atuação.

Há ainda a previsão de uma exclusão de ilicitude ou de crime no art. 218-C, § 2º, CP. Isso se dá quando o agente pratica qualquer das condutas previstas no “caput” em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, tomando, obviamente, o cuidado de impossibilitar a identificação da vítima, a não ser no caso de autorização expressa desta se for maior de 18 anos e capaz. Ou seja, os menores devem ter sua imagem preservada, independentemente de sua autorização ou mesmo de seus responsáveis. Isso se deve basicamente aos arts. 5º, 17 e 18, do ECA (Lei nº 8.069/90), bem como ao art. 143, Parágrafo Único do mesmo diploma, o qual estabelece o direito de não veiculação de identificação ou imagem de qualquer espécie, mesmo quando a criança ou adolescente é praticante de ato infracional. Embora a lei não seja expressa, no caso de deficientes mentais sem discernimento, ressalvadas as circunstâncias em que seja legalmente considerado capaz, nos termos do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), também sua identificação deverá ser preservada, independentemente de seu consentimento. Relembremos que se a vítima for menor, mesmo nos casos do art. 218, § 2º, CP, a não preservação da identidade não levará ao crime do art. 218-C, CP, mas àqueles previstos na legislação especial (ECA – Lei nº 8.069/90), conforme já exposto.

A não criminalização dessas condutas se dá por ponderação entre o resguardo da intimidade das pessoas e a liberdade de informação, científica, artística e de pesquisa. Ademais, nesses casos o agente não apresenta o elemento subjetivo necessário à configuração do crime, qual seja, a vontade de expor a vítima pura e simplesmente. Seus objetivos são de outra ordem e encontram abrigo no ordenamento jurídico. Porém, mesmo nesses casos, se a preservação da identidade da vítima não é observada, afastada ficará a citada excludente, respondendo normalmente o agente pelo art. 218-C, CP. A única situação em que a identidade poderá deixar de ser preservada, será com a autorização expressa da potencial vítima, acaso maior e capaz. A lei não exige, mas será de boa cautela obter essa autorização expressa por escrito e na presença de testemunhas, a fim de evitar qualquer contratempo posterior.

Por derradeiro é interessante observar que o art. 218-C, CP foi incluído no Capítulo II, do Título VI do Código Penal, ou seja, dentre os “crimes sexuais contra vulnerável”. Malgrado isso, fato é que, como já visto, as vítimas de tal infração poderão ser vulneráveis ou não. Parece que havendo possibilidade de vítimas vulneráveis, optou o legislador por alocar o dispositivo no tópico especial, embora nem sempre vá envolver a conduta uma vítima vulnerável.

## DAS ALTERAÇÕES NA AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estabelecia o art. 225 e seu Parágrafo Único, CP que a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual era, em regra, pública condicionada à representação do ofendido. Excepcionalmente, no caso de vítimas menores de 18 anos ou vulneráveis a ação seria pública incondicionada. Na verdade, o dispositivo era elaborado com certa impropriedade, pois o “caput” dizia que ação seria pública condicionada para os crimes dos Capítulos I e II, abrangendo, portanto, os crimes sexuais contra vulnerável. Na verdade, a ação seria realmente condicionada somente nos casos do Capítulo I, ainda assim se a vítima não fosse menor de 18 anos e maior de 14, por força do Parágrafo Único do mesmo dispositivo. Já com relação ao Capítulo II, que trata dos crimes sexuais contra vulneráveis, a ação seria sempre e invariavelmente incondicionada, inexistindo a regra do “caput” na prática, sendo a vítima menor de 14 anos, enferma ou débil mental sem discernimento ou pessoa que, por qualquer outra causa, não pudesse ofertar resistência.

Portanto, para as vítimas maiores e capazes, a ação penal nos Crimes do Capítulo I seria pública condicionada à representação, havendo respeito à deliberação do ofendido, tendo em vista que os delitos sexuais envolvem questões de foro íntimo nas quais o Estado não deve se imiscuir unilateral e arbitrariamente.

Ocorre que com o advento da Lei nº 13.718/18 o Parágrafo Único do art. 225, CP foi revogado, sendo dada nova redação ao “caput”, determinando que a ação penal nos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal Brasileiro será sempre e invariavelmente pública incondicionada.

Em que pese a alegação de que muitas vezes as vítimas podem ser coagidas a não representar, fato é que essa ingerência na decisão de uma pessoa maior e capaz (homem ou mulher), a respeito de práticas criminais que invadem uma seara por demais íntima, não nos parece o melhor caminho, mas sim a representação legal de uma cegueira punitivista que acaba prejudicando interesses das próprias vítimas, mediante a adoção de uma postura paternalista injustificada.

Trata-se, de acordo com Feinberg, de uma espécie de “Paternalismo Legal” que seria “censurável” porque trata adultos capazes como se fossem pessoas incapazes, forçando-os “a agir ou deixar de agir de certa maneira”, o que constitui uma violação “à autodeterminação e autonomia de vontade de seres competentes”.<sup>32</sup>

Neste sentido:

“Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e a privacidade, além da liberdade sexual”.<sup>33</sup>

No mesmo diapasão, com acerto, se manifesta Gilaberte Freitas:

“Cuida-se de lamentável concessão do legislador a protestos punitivistas que bradam pela pena e esquecem-se que, nos crimes sexuais, existe uma vítima que precisa ser preservada. Com a nova disciplina, a pessoa violentada não mais poderá procurar a autopre-

servação, contornando os processos de vitimização secundária e terciária, mas obrigatoriamente será submetida a eles.

O recado do legislador é claro: o que importa é punir, pouco importando o bem – estar da vítima, caindo as máscaras de fingida preocupação. Essa é a consequência de um direito penal estudado e manejado sem apoio na criminologia – mais especificamente, na vitimologia.<sup>34</sup>

Diverso não é o posicionamento de Sanches Cunha:

“Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança.

O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável -, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitusjudicii*” (grifos no original).<sup>35</sup>

O ideal seria não haver alteração no trato da ação penal nos crimes sexuais. Quando a antiga regra da ação penal privada foi abolida para adotar a pública condicionada, esse foi um passo correto, pois crimes de gravidade como o estupro, por exemplo, não se harmonizam com a natureza privada da ação penal. No entanto, a manutenção do poder decisório da vítima, ao menos até a denúncia (art. 25, CPP), com a adoção da ação pública condicionada era o ideal.

De qualquer forma, com ou sem críticas, fato é que atualmente a ação penal nos delitos contra a liberdade sexual e contra vulneráveis é, indistintamente, incondicionada.

Tendo em vista essa alteração, os novos crimes previstos nos arts. 215-A, CP e 218-C, CP, serão ambos de ação penal pública incondicionada, sendo ou não a vítima vulnerável ou menor de 18 anos.

Rômulo Moreira chama a atenção para uma questão importante. Trata-se da aplicação intertemporal da nova regra da ação penal. O autor conclui, com acerto, tratar-se a exigência ou não de representação para a ação penal um “dispositivo legal” de “aspecto híbrido”. Enquanto “condição de procedibilidade” a representação tem caráter “processual penal”, mas não deixa de tocar o “Direito Material”, uma vez que submetida a prazo decadencial que pode ensejar a “extinção de punibilidade, pela decadência, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal”. Aí fica patente o aspecto “material do art. 225 do Código Penal”, tratando-se, “portanto, de uma norma processual penal material”. Daí se conclui que com relação aos crimes contra a dignidade sexual, conforme arts. 213 a 218-C, CP, perpetrados antes do vigor da nova legislação (importando aqui “a data da ação ou omissão, nos termos do art. 4º. do Código Penal”) a partida da persecução penal, incluindo a instauração do Inquérito Policial, segue dependendo de representação, a não ser que a vítima seja menor de 18 anos ou vulnerável. Em outros termos, o novo art. 225, CP não pode retroagir a casos pretéritos, eis que sua parte material é prejudicial ao réu pela eliminação de uma condição de procedibilidade que pode conduzir à extinção da punibilidade pela decadência. Haverá, então, para os casos anteriores à vigência da Lei nº 13.718/18, ultratividade da exigência de representação, valendo a regra da ação penal pública incondicionada em geral apenas para os casos que ocorram após a vigência da lei em destaque.<sup>36</sup>

## DOS AUMENTOS DE PENA E SUAS ALTERAÇÕES

O art. 226, CP prevê dois incisos com aumentos de pena para os crimes contra a liberdade sexual e para os crimes sexuais contra vulnerável, sendo sua aplicação genérica. Havia um inciso III, mas este foi revogado pela Lei nº 11.106/05.

A Lei nº 13.718/18 mudou a redação do art. 226, inciso II, CP de forma bastante sutil. A quantidade de aumento foi mantida na metade e as relações de parentesco e responsabilidade entre autor e vítima foram mantidas. Apenas houve a troca da palavra “tem” por “tiver” autoridade sobre a vítima. Sinceramente, não se enxerga a utilidade dessa mudança.

Novidade ocorre realmente com a criação de um novo inciso IV no art. 226, CP, com previsão de aumento de pena de 1/3 a 2/3 se o crime é praticado:

a) Em ato de “estupro coletivo”, havendo concurso de dois ou mais agentes.

b) Em ato de “estupro corretivo” para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

A previsão do art. 226, IV, alínea “a” aparenta redundância na medida em que no mesmo dispositivo o concurso de agentes já enseja aumento da quarta parte, conforme inciso I.

Pode surgir a interpretação de que doravante teria ocorrido uma revogação tácita do inciso I pelo novo inciso IV, alínea “a”, ou mesmo que no conflito deveria prevalecer o inciso I porque mais benéfico ao réu (aumento de apenas um quarto em comparação com um terço a dois terços).<sup>37</sup> Mas, entende-se que essas não seriam as melhores interpretações. Na verdade, parece bastante claro que o art. 226, IV, “a”, CP se refere somente aos crimes de “Estupro” e “Estupro de Vulnerável”, enquanto que o art. 226, I, CP seguirá sendo aplicado aos demais crimes sexuais. Dessa maneira, havendo concurso de duas ou mais pessoas para a prática de estupro ou estupro de vulnerável a pena será aumentada de 1/3 a 2/3 (art. 226, IV, “a”, CP). Já se houver concurso de duas ou mais pessoas para quaisquer outros delitos sexuais, o aumento será de um quarto (art. 226, I, CP).

Neste sentido:

“A novel legislação ainda pretendeu elevar, para um a dois terços, a majorante nas hipóteses de concurso de dois ou mais agentes, influenciada por deploráveis episódios conhecidos como *estupro coletivo*, expressão que dá nome à causa de aumento inserida na alínea ‘a’, do novo inciso IV, do art. 226 do Código Penal. Entretanto, foi mantido o inciso I do mesmo dispositivo, que estabelece majorante mais branda, de quarta parte, para a mesma circunstância. De toda sorte, para conciliar as duas causas de aumento, uma solução será restringir a mais recente do inciso IV aos crimes de estupro (incluindo o de vulnerável), e aplicar o inciso I aos demais delitos sexuais” (grifos no original).<sup>38</sup>

Ambos os aumentos ora em estudo serão aplicáveis, ainda que o infrator atue em concurso com um inimputável. Se esse inimputável for um menor, então haverá ainda o concurso formal com o crime de “Corrupção de Menores”, previsto no art. 244-B, do ECA (Lei nº 8.069/90), que consiste exatamente em perpetrar infração penal com menores. Não há falar em “bis in idem” quanto ao crime do ECA, pois que os bens jurídicos tutelados nos crimes sexuais e no crime estatutário são diversos, além do fato de que o infrator poderia agir em concurso com qualquer pessoa e não necessariamente com um menor de 18 anos. Finalmente

é de ressaltar que o concurso ensejará o aumento quer haja coautoria, quer haja participação, pois a lei usa o gênero (concurso de pessoas) no tipo penal e não a espécie coautoria ou participação.

No art. 226, IV, alínea “b”, CP inova a legislação ao prever majorante também de 1/3 a 2/3 para o ora denominado “Estupro Corretivo”. Trata-se da conduta de quem pratica estupro ou estupro de vulnerável contra outrem, visando o controle do comportamento sexual ou social da vítima. Seria o exemplo de um sujeito que estupra uma mulher lésbica, pretendendo aplicar-lhe castigo ou correção quanto às suas práticas e preferências sexuais. A conduta é obviamente torpe, merecendo reprimenda mais gravosa, conforme previsto na legislação, afinal, não cabe a ninguém tornar-se sensor da opção sexual de outras pessoas, mormente usando para tanto de violência e abuso sexual. Neste caso o dolo do agente será específico, devendo pretender corrigir ou disciplinar a vítima (“animus corrigendivdisciplinandi”).

Frise-se que o entendimento advogado neste texto é o de que ambas as alíneas do art. 226, IV, CP, somente se aplicam aos casos de estupro e estupro de vulnerável, até mesmo pelos explícitos “nomen juris” ali inseridos pelo legislador.<sup>39</sup>

O art. 234-A, CP prevê aumentos de pena para todos os crimes contra a dignidade sexual, abrangendo, assim, todo o Título VI em seus cinco capítulos.

O projeto de lei que criou o art. 234-A, CP, previa quatro incisos de aumento, mas os incisos I e II foram vetados. Restaram os incisos III e IV e foi nesses incisos que incidiram as alterações promovidas pela Lei nº 13.718/18.

No caso do inciso III o aumento devido à gravidez decorrente do ato criminoso era de metade (fixo). Agora varia de metade a 2/3.

Quanto ao inciso IV, a transmissão de DST levava a um aumento entre um sexto e metade. Agora o aumento sobe para 1/3 a 2/3. Além disso, não é somente a transmissão de DST que gera o aumento, mas também o fato de que a vítima seja idosa ou pessoa com deficiência. Existem agora três motivos autônomos para o aumento: a transmissão de DST, a condição de idosa da vítima e a condição de deficiente da vítima. Idosa é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos no momento do crime (Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – art. 1º) e deficiente é toda pessoa “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, a qual, “em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/15). Importante ressaltar que, no caso dos deficientes, essa deficiência não poderá ser ensejadora da condição de vulnerabilidade, pois que isso já fará com que o autor da conduta incriminada incorra nas penas mais gravosas e nos tipos penais mais amplos dos crimes sexuais contra vulnerável. A aplicação do aumento de pena devido à deficiência constituiria, nessas condições, “bis in idem”.

Com exceção do aumento de pena do art. 226, II, CP, onde praticamente não há mudança considerável, todos os demais casos ensejam reprimendas mais gravosas ou criam novas causas de majoração, de forma que constituem “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir aos casos pretéritos.

## **DAS REVOGAÇÕES EXPRESSAS**

Como já visto, na alteração da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e sexuais contra vulnerável, a Lei nº 13.718/18 revogou o Parágrafo Único do

art. 225, CP, tornando a ação penal, indistintamente e invariavelmente, pública incondicionada.

Também foi revogada expressamente pela legislação em comento a contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (art. 61, LCP). Doravante, condutas que se amoldariam a esse dispositivo, serão consideradas como crime de “Importunação Sexual”, nos termos do art. 215-A, CP.

Uma lacuna é criada pela revogação do art. 61, LCP. Ocorre que o art. 215-A, CP somente incrimina a prática de condutas que possam ser consideradas como “atos libidinosos”. Dessa forma, casos que até então eram exemplos de infração ao ora revogado art. 61, LCP, tais como gracejos inoportunos, verbalizações desrespeitosas e despuadoras, sons com conotação sensual dirigidos a alguém, entre outros atos indesejáveis e incomodantes, não encontram tipificação específica. Uma solução cabível será a utilização, nessa lacuna, do art. 65, LCP (Perturbação da Tranquilidade) ou, dependendo o caso, do crime de Injúria (art. 140, CP).

## CONCLUSÃO

Versou o presente trabalho sobre as alterações promovidas nos crimes sexuais pela Lei nº 13.718/18.

Foram esmiuçados os novos crimes agora previstos nos arts. 215-A e 218-C, CP. Também se destacou a alteração da natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual (agora indistintamente pública incondicionada). Foram ainda estudadas as modificações promovidas nas causas de aumento de pena e as revogações expressas levadas a efeito pelo legislador.

Conclui-se que, numa análise geral, as alterações são bem-vindas, especialmente considerando toda a celeuma (ao ver deste autor desnecessária) gerada em torno dos casos de abusos sexuais em coletivos, pois que já havia tipo penal perfeito e melhor do que o agora criado. Entretanto, diante da dificuldade criada pelos próprios operadores do direito, acabou sendo positiva a atuação do legislador para pôr cobro a essa dissidência e insegurança jurídica. **■**

## NOTAS

- 1 Sobre essa questão da Injúria Real, vide, para maior aprofundamento, nossa crítica introdutória ao artigo de Eduardo Sarmiento de Andrade Sardinha, intitulada “Ainda sobre o ejaculador do ônibus: um ponto de vista diferente do autor Eduardo Sarmiento de Andrade Sardinha”, In: SARDINHA, Eduardo Sarmiento de Andrade. Ejaculação contra alguém em transporte público coletivo sob o prisma do objeto jurídico tutelado. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 2 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos Cabette. Ejaculação no rosto de inopino e os perigos de uma tipificação penal simbólica. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 3 ROTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. Trad. Paulo M. Oliveira. 12ª. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000, p. 98.
- 4 Para uma visão crítica da “pedagogia” que intoxica nosso país há muitos anos, trocando conteúdo instrutivo por formação e adestramento ideológico: GIULLIANO, Thomas (org.). *Desconstruindo Paulo Freire*. Porto Alegre: História Expressa, 2017, “passim”. Cf. também texto deste subscritor: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire: Resenha Crítica. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 5 RODRIGUES, Nelson. Pensador. Disponível em <https://www.pensador.com/frase/MjAzM-DU10A/>, acesso em 14.11.2018.

- 6 BARBOSA, Ruchester Marreiros, MAGALHÃES, Illyana. A Lei 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 8 Observe-se que não se está afirmando que se a redação fosse “na presença”, haveria incompatibilidade com o requisito da falta de anuência da vítima, pois é claro e evidente que alguém pode praticar certos atos na presença de outrem que não concorda com tal conduta. Apenas se dá destaque para a coerência da redação que acabou prevalecendo.
- 9 LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei nº 13.718/18? Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018. Seguem o entendimento defendido neste artigo os autores Marcel Gomes de Oliveira e Joaquim Leitão Júnior. Cf. OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018. Já na esteira de Lopes Júnior “et al.”: Cf. FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 10 SANNINI NETO, Francisco. Importunação Sexual: um avanço legislativo. *Jornal Carta Forense* (no prelo).
- 11 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000, p.303.
- 12 Art. 65 LCP – “Molestar alguém ou perturbar – lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”.
- 13 FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 14 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei nº 13.718/18 e o pretense recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, out., 2018, p. 11.
- 15 CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 5.
- 16 Lembre-se que o crime de “Estupro” é informado pela violência ou grave ameaça com o constrangimento da vítima. Por seu turno, o “Estupro de Vulnerável”, embora não necessariamente marcado pela violência ou grave ameaça, também a admite em sua prática, somente se alterando a condição de vulnerável da vítima.
- 17 BRANDALISE, Camila. “Tive que ouvir do delegado: A camisinha pode ter caído na sua bolsa”. Disponível em <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/entretenimento/2018/10/04/tive-que-ouvir-do-delegado-a-camisinha-pode-ter-caido-na-sua-bolsa.htm>. Acesso em 14.11.2018.
- 18 Sobre o tema Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A França legalizou a pedofilia na prática: isso não é “Fake News”. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/618063725/a-franca-legalizou-a-pedofilia-na-pratica-isso-nao-e-fake-news>. Acesso em 14.11.2018.
- 19 PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandiolatria e Demócídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017, p. 39 – 41. A decisão tresloucada foi do TJRS, mas foi, felizmente, reformada pelo STJ, Recurso Especial 714979/RS.
- 20 RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016, p. 144.
- 21 OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
- 22 CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 8. Completaria o que Sanhes Cunha afirma: não somente o tipo penal fala em apologia “in abstracto” do estupro ou estupro de vulnerável, como também fala na simples “indução”, de modo que o incitamento é tipificado sem a menor discussão.
- 23 FARIA, Fernanda Cupolillo Mianda de, ARAÚJO, Júlia Silveira de, JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da “Intimidade”. *Revista Contemporânea Comunicação e Cultura*. Volume 13, n. 3, set./dez., 2015, p. 659. Há quem

- utilize a expressão “sexting” também para designar o compartilhamento desses materiais de forma consensual, o que, obviamente, não consistirá em crime.
- 24 Defendendo também a possibilidade do concurso: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 25 FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 26 OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 27 Neste sentido, com base em doutrina e jurisprudência consolidada sobre o tema: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 28 FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 29 CUNHA, Rogério Sanches. “RevengePorn”. Disponível em <https://www.facebook.com/RogérioSanchesC/videos/revenge-porn/1225505720860926/>, acesso em 15.11.2018.
  - 30 No caso de reconhecimento de inconstitucionalidade do § 1º, do art. 218-C, CP essa solução ficará prejudicada, já que o aumento então ficaria equalizado no patamar fixo de metade previsto no art. 226, II, CP, conforme exposto. Por isso, no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade, o ideal seria o aumento do patamar hoje previsto no art. 226, II, CP (com a revogação do § 1º, do art. 218-C, CP) para o intervalo de 1/3 a 2/3, o que viabilizaria a individualização, conforme exposto no corpo do texto.
  - 31 CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 9.
  - 32 ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, Moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso Direito Positivo. *Boletim IBCCrim*. n. 179, out., 2007, p. 17 – 18. No original: FEINBERG, Joel. *Harm to self: The moral limits of the criminal law*. Volume 3. Oxford: Oxford University Press, 1986, “passim”.
  - 33 LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei nº 13.718/18? Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 34 FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 35 CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p.16.
  - 36 MOREIRA, Rômulo. O novo art. 225 do CP. A questão do direito intertemporal. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 37 Expondo a possível defesa da prevalência do inciso I sobre o inciso IV, vide: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
  - 38 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei nº 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, out., 2018, p. 11. Cf. no mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 18.
  - 39 Neste sentido: FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018. “Acreditamos que o inciso IV somente é aplicável aos crimes de estupro, não aos demais crimes contra a liberdade sexual e contra vulneráveis”.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros, MAGALHÃES, Illyana. *A Lei nº 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga*. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.

- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual*. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.
- BRANDALISE, Camila. "Tive que ouvir do delegado: A camisinha pode ter caído na sua bolsa". Disponível em <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/entretenimento/2018/10/04/tive-que-ouvir-do-delegado-a-camisinha-pode-ter-caido-na-sua-bolsa.htm>. Acesso em 14.11.2018.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos Cabette. *Ejaculação no rosto de inopino e os perigos de uma tipificação penal simbólica*. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 14.11.2018.
- \_\_\_\_\_. *A França legalizou a pedofilia na prática: isso não é "Fake News"*. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/618063725/a-franca-legalizou-a-pedofilia-na-pratica-isso-nao-e-fake-news>. Acesso em 14.11.2018.
- \_\_\_\_\_. *Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire: Resenha Crítica*. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 14.11.2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. "RevengePorn". Disponível em <https://www.facebook.com/RogérioSanchesC/videos/revenge-porn/122505720860926/>, acesso em 15.11.2018.
- \_\_\_\_\_. *Atualização Legislativa: Lei nº 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018.
- ESTELLITA, Heloísa. *Paternalismo, Moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso Direito Positivo*. *Boletim BCCrim*. n. 179, p. 17- 18, out., 2007.
- FEINBERG, Joel. *Harm to self: The moral limits of the criminal law*. Volume 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- FARIA, Fernanda Cupolillo Mianda de, ARAÚJO, Júlia Silveira de, JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da "Intimidade". *Revista Contemporânea Comunicação e Cultura*. Volume 13, n. 3, p. 659 – 677, set./dez., 2015.
- FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em [www.canalcienciascriminais.com.br](http://www.canalcienciascriminais.com.br), acesso em 14.11.2018.
- GIULLIANO, Thomas (org.). *Desconstruindo Paulo Freire*. Porto Alegre: História Expressa, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei nº 13.718/18? Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 14.11.2018.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei nº 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, p. 10 – 12, out., 2018.
- MOREIRA, Rômulo. *O novo art. 225 do CP. A questão do direito intertemporal*. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 14.11.2018.
- OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. *As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei nº 13.718/2018*. Disponível em [www.juspol.com.br](http://www.juspol.com.br), acesso em 14.11.2018.
- PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.
- RODRIGUES, Nelson. *Pensador*. Disponível em <https://www.pensador.com/frase/MjAzMDU1OA/>, acesso em 14.11.2018.
- ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. Trad. Paulo M. Oliveira. 12. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.
- RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016.
- SANNINI NETO, Francisco. Importunação Sexual: um avanço legislativo. *Jornal Carta Forense* (no prelo).
- SARDINHA, Eduardo Sarmento de Andrade. *Ejaculação contra alguém em transporte público coletivo sob o prisma do objeto jurídico tutelado*. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 14.11.2018.



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



# Novos crimes contra a dignidade sexual

**Divulgar *nudes* e praticar ato libidinoso contra alguém passa a ser crime passível de 1 a 5 anos de prisão**

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E ALINE CRUVINEL

**“Com a nova lei nº 13.718/2018, compartilhar “nudes” ou vídeos com qualquer tipo de conteúdo sexual sem consentimento da vítima passa a ser crime passível de pena de reclusão para os agentes que cometerem tais condutas vingativas, sem prejuízo das reparações em outras esferas.”**

**N**o dia 24 de setembro de 2018 foi sancionada a Lei nº 13.718/2018<sup>1</sup> que alterou o Código Penal incluindo o crime de importunação sexual, bem como o crime de divulgação de cena de estupro, cena de sexo ou de pornografia de pessoa maior de idade. A novel legislação tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

Com o constante, profundo e cada vez mais acelerado desenvolvimento tecnológico, novas formas de comunicação, ágeis e eficazes tem sido desenvolvidas. Neste sentido, transmissões de áudio e vídeo, bem como de documentos, imagens, e correlatos, tem sido mais facilitadas. A questão grave que a sociedade tem sentido esta relacionada não ao “bom uso” de tal ferramental, e sim, ao seu “mau uso”. Tais meios propagam rapidamente praticamente tudo o que for passível de digitalização ou transformação em mídia eletrônica, ou que possam apropriar-se por meio destes formatos. Assim, um simples vídeo ou foto podem alcançar incontáveis usuários num brevíssimo espaço de tempo.

Mas o “mau uso” envolve não somente a transmissão de arquivos, dados ou documentos que possam ter potencial violação de direitos autorais e de propriedade intelectual (p. ex. circulação de músicas ou vídeos sem o devido pagamento da retribuição autoral, ou compartilhamento de imagens sem o pagamento ou mesmo autorização do autor das mesmas – como o caso de fotografos). Envolve também o compartilhamento de imagens e vídeos que, antes de mais nada, possuem direitos de personalidade associados (imagem e voz p. ex.). Agrava-se esta circulação eletrônica não autorizada quando tais direitos violados possuem natureza íntima (fotos ou vídeos ou outros documentos – como em formato WORD ou mesmo .GIF)

Primeiro ponto de destaque da novel regulação que a modificação trazida no tocante à natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, que agora passou a ser pública incondicionada, nos termos do *caput* do art. 1º da Lei nº 13.718/2018<sup>2</sup>. Em ambos casos, tratam-se de crimes que integram o título VI da Parte Especial, que cuida “dos crimes contra a dignidade sexual”, sejam os crimes contra a liberdade sexual (capítulo I) ou os crimes sexuais contra vulneráveis (capítulo II)<sup>3</sup>. Significa dizer que a ação para esses crimes passou a ser incondicionada, de forma que a vítima não precisa anuir no oferecimento da ação penal cabível.

O primeiro crime incluído, o de importunação sexual, passa a ser o art. 215-A<sup>4</sup> do Código Penal e traz como descrição a conduta de “praticar, contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

Havia uma lacuna nos crimes contra a dignidade sexual que permitia que a conduta de praticar, sem violência ou grave ameaça, ato libidinoso não fosse considerada crime.

Vale a lembrança do caso do homem que ejaculou no pescoço de uma mulher dentro de um ônibus na Avenida Paulista<sup>5</sup> foi motivo de revolta nacional por chegar ao judiciário e ser descartado como passível de punição uma vez que tecnicamente

não teria havido constrangimento ou violência, requisito técnico do Código Penal no tocante ao crime de estupro. Na decisão do caso o juiz do Foro Central Criminal da Barra Funda determinou que a prisão em flagrante do indiciado fosse relaxada uma vez que a conduta era uma mera contravenção penal, tendo o Ministério Público se manifestado no mesmo sentido:

“O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco de ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. O ato praticado é bastante grave, já que se masturbou e ejaculou em um ônibus cheio, em cima de uma passageira, que ficou logicamente bastante nervosa e traumatizada (...) mas, penalmente, configuram apenas contravenção penal. Como essa contravenção é apenas somente punível com multa (...) relaxo a prisão em flagrante.”<sup>6</sup>

Com o novo tipo penal, a lacuna está preenchida e passa a prever pena de reclusão de 01 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constituir crime mais grave. Naturalmente, ainda que venha a ser verificado crime de natureza mais grave, a ocorrência do referido crime de Importunação sexual não deve deixar de ser considerado ou levado em consideração pelo magistrado e/ou membro do Ministério Público.

Trata-se de grande conquista de segurança jurídica para as mulheres que corriqueiramente passam por situações de exposição a ato sexual por um terceiro na rua, a luz do dia. Neste sentido, em recente matéria foi comentado que “embora não seja o único local em que ocorram casos do tipo, o transporte público tornou-se nos últimos anos um tormento para as frequentadoras. Não à toa, em um caso paradigmático no início do ano, a ministra Nancy Andriahi, do STJ, afirmou: *“Não se pode deixar de ouvir o grito por socorro das mulheres, vítimas costumeiras dessa prática odiosa.”*”<sup>7</sup>. Referido caso é o processo REsp 1.662.551<sup>8</sup>.

Importante, também, é a redação adicionada ao art. 217-A pelo § 5º<sup>9</sup>, que dispõe que “as penas previstas neste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”. Trata-se de esclarecimento e direcionamento relacionado ao estupro de inviolável, ou seja, aquele que se presume por quem teve ou manteve conjunção carnal ou praticou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. A redação afasta toda e qualquer tentativa de relativizar a conduta criminosa alegando um consentimento ou relação anterior.

O segundo crime, novo art. 218-C do Código Penal<sup>10</sup>, foi definido de maneira bem abrangente envolvendo todo o tipo de propagação de conteúdo audiovisual com cena de sexo, pornografia, nudez simplesmente ou estupro, todos sem consentimento da vítima maior de idade (para menores de idade o crime é de pedofilia). Trata-se do tipo divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia e traz em seu bojo verbos como disponibilizar, transmitir, vender, expor à venda, distribuir, publicar, divulgar, por qualquer meio – inclusive meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática- fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual.

Tem-se, portanto, uma proteção contra a propagação dos chamados “nudes” em grupos de Whatsapp (ou programas de comunicação instantânea semelhantes) ou até mesmo vídeos de sexo de ex-namorados ou namoradas que o propagam por vingança.

A pena imposta também é de 01 (um) a 05 (cinco) anos e pode ser aumentada se o crime for cometido por pessoa que mantinha relação íntima de afeto com a vítima ou, se for cometido com o fim de vingança ou humilhação.

Temos para nós que a redação longa e “mista” do caput do art. 218-C não foi extremamente feliz ao tentar “juntar tudo” em um tipo único. Explicamo-nos. Vemos claramente que o caput prevê em sua última parte, um tipo quase que distinto da primeira parte, dado que decorrem de naturezas diversas. Enquanto a primeira parte trata da divulgação de cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, a última parte trata de divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima. Parece-nos que são pontos que mereciam tratamentos separados e diversos. Ainda que se esteja buscando coibir a divulgação e circulação das cenas, a primeira parte tem razão e fundamentos diversos da última.

Neste sentido, devemos compreender práticas sociais e distingui-las das práticas criminosas, bem como da moral que impera em cada época. Isto porque, a tipificação própria dos crimes relacionados aos famigerados *nudes* seria praticamente a da última parte. Valemos de memória das palavras do Prof. carioca Heleno Cláudio Fragoso, para quem, no tocante aos crimes que envolvam a sociedade,

“o critério que hoje domina a incriminação de tais fatos é o do efetivo dano social, sendo inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais pelos que têm o poder de fazer as leis. Vivemos num período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores. Na aplicação da lei os juízes devem estar atentos ao envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos.”<sup>11</sup>

E neste sentido, a tipificação da última parte do art. 218-C parece oferecer-nos um valor social extremamente amplo ao tentar protegê-lo como divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima. Parece-nos aqui, portanto, que quem quer tudo proteger acaba não protegendo nada. Na lição de Roxin, “onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.”<sup>12</sup>, conduzindo-nos ao ideal de resguardar o interesse público ou social deve ser legado ao direito penal, à luz do princípio da intervenção mínima.

Na esfera cível a prática já era objeto de indenizações vultuosas em medida de reparação aos danos sofridos pelas vítimas. O conteúdo poderia ser retirado por medida liminar e seus efeitos morais e patrimoniais poderiam ser recompostos.

Foi o caso, por exemplo, da apresentadora Daniela Cicarelli que foi exposta em 2006 nas redes sociais em momento íntimo na praia com o namorado. A

apresentadora ajuizou ação contra o GOOGLE e YOUTUBE pedindo que cessasse a divulgação de vídeo em que foram filmados em momentos de intimidade, sob pena de multa diária. O STJ fixou em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para cada um dos autores a multa pelo descumprimento em retirar o vídeo das plataformas:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INIBITÓRIA. PUBLICAÇÃO DE VÍDEOS ÍNTIMOS. YOUTUBE. (...) IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. (...) ACÓRDÃO QUE RECONHECE O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL E FIXA O VALOR DA MULTA DIÁRIA. VALOR DA MULTA COMINATÓRIA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELO STJ. ADEQUAÇÃO AOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”<sup>13</sup>

Não obstante, agora, com a nova lei, compartilhar “nudes” ou vídeos com qualquer tipo de conteúdo sexual sem consentimento da vítima passa a ser crime passível de pena de reclusão para os agentes que cometerem tais condutas vingativas, sem prejuízo das reparações em outras esferas.

Por fim, valemo-nos da lição de Paulo Souza Queiroz, para quem “o direito penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, segue-se que a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico ordinário-principal, demandando, enfim, um plus de gravidade proporcional à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, subsidiária, do direito criminal (...)”<sup>14</sup>.

Para Fragoso, apenas “numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade” é que se poderá buscar um “direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária”<sup>15</sup>.

Lembramos ao leitor que a lei já está em vigor e passa a surtir todos os seus efeitos para condutas criminosas cometidas após o dia 24 de setembro de 2018<sup>16</sup>. 

## NOTAS

- 1 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018.
- 2 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. “Art. 1º Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.” (grifos nossos). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018.

- 3 Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#view). Acesso em 05.out.2018.
- 4 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. *"Importunação sexual – Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)"*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018.
- 5 *O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?* Por Renata Mendonça. Da BBC Brasil em São Paulo. 01 de setembro de 2017. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869>. Acesso em 05.out.2018.
- 6 Processo 0076565-59.2017.826.0050 – TJSP. FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA. CO-MARCA DE SÃO PAULO.
- 7 *Importunação sexual e divulgação de vídeo de sexo ou nudez tornam-se crimes Lei nº 13.718/18 também altera o aumento de pena para estupro coletivo*. Segunda-feira, 24 de setembro de 2018 – MIGALHAS. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI288060,11049-Importunacao+sexual+e+divulgacao+de+video+de+sexo+ou+nudez+tornamse>. Acesso em 05.out.2018.
- 8 RECURSO ESPECIAL Nº 1.662.551 – SP (2017/0063990-2) – RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI: *"EMENTA – DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM NA CIDADE DE SÃO PAULO/SP ("ASSÉDIO SEXUAL"). FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. NEXO CAUSAL. ROMPIMENTO. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE CONEXIDADE COM A ATIVIDADE DE TRANSPORTE. 1. Ação ajuizada em 02/07/2014. Recurso especial interposto em 28/10/2015 e distribuído ao Gabinete em 31/03/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de transporte de trens metropolitanos da cidade de São Paulo/SP deve responder pelos danos morais sofridos por passageira que foi vítima de ato libidinoso ou assédio sexual praticado por outro usuário, no interior de um vagão. 3. Os argumentos invocados pela recorrente não demonstram como o acórdão recorrido violou os arts. 212, IV, do CC/02 e 334, IV, do CPC/73, o que inviabiliza o julgamento do recurso especial quanto ao ponto. Aplica-se, na hipótese, a Súmula 284/STF. 4. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, salvo se demonstrada causa de exclusão do nexo de causalidade, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. 5. O fato de terceiro, conforme se apresente, pode ou não romper o nexo de causalidade. Exclui-se a responsabilidade do transportador quando a conduta praticada por terceiro, sendo causa única do evento danoso, não guarda relação com a organização do negócio e os riscos da atividade de transporte, equiparando-se a fortuito externo. De outro turno, a culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. 6. Na hipótese, conforme consta no acórdão recorrido, a recorrente foi vítima de ato libidinoso praticado por outro passageiro do trem durante a viagem, isto é, um conjunto de atos referidos como assédio sexual. 7. O momento é de reflexão, pois não se pode deixar de ouvir o grito por socorro das mulheres, vítimas costumeiras desta prática odiosa, que poderá no futuro ser compartilhado pelos homens, também objetos potenciais da prática de assédio. 8. É evidente que ser exposta a assédio sexual viola a cláusula de incolumidade física e psíquica daquele que é passageiro de um serviço de transporte de pessoas. 9. Mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio*

- sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, a qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se sujeitos. 10. Na hipótese em julgamento, a ocorrência do assédio sexual guarda conexão com os serviços prestados pela recorrida CPTM e, por se tratar de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados à recorrente. 11. Recurso especial conhecido e provido.” (grifos nossos) . Acesso em 05.out.2018.
- 9 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. “Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) – Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).” (grifos nossos). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018
- 10 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Exclusão de ilicitude (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).” (grifos nossos). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018.
- 11 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial vol.II*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 1.
- 12 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986, p. 28.
- 13 STJ. RESP Nº 1.492.947 – SP (2014/0243393-6). RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO. Publicado em 05/04/2017.
- 14 QUEIROZ, Paulo Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal – Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 58.
- 15 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. p. 12. Disponível em [http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002202435-ciencia\\_experiencia\\_direito\\_penal.pdf](http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002202435-ciencia_experiencia_direito_penal.pdf). Acesso em 05.out.2018.

16 Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. “Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (grifos nossos). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#view). Acesso em 05.out.2018

BRASIL. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em 05.out.2018

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. p. 12. Disponível em [http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002202435-ciencia\\_experiencia\\_direito\\_penal.pdf](http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002202435-ciencia_experiencia_direito_penal.pdf). Acesso em 05.out.2018

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial vol.II*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984. pág. 01

*Importunação sexual e divulgação de vídeo de sexo ou nudez tornam-se crimes Lei nº 13.718/18 também altera o aumento de pena para estupro coletivo*. Segunda-feira, 24 de setembro de 2018 – MIGALHAS. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI288060,11049-Importunacao+sexual+e+divulgacao+de+video+de+sexo+ou+nudez+tornamse>. Acesso em 05.out.2018.

*O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?* Por Renata Mendonça. Da BBC Brasil em São Paulo. 01 de setembro de 2017. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869>. Acesso em 05.out.2018.

QUEIROZ, Paulo Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal – Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 58.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986, p. 28.



ARQUIVO PESSOAL

**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP; Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP; Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Autor do livro “Acordo de Quotistas – Análise do instituto do Acordo de Acionistas previsto na Lei 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas Sociedades Limitadas à Luz do Novo Código Civil brasileiro, com contribuições da Teoria dos Jogos”. São Paulo: IOB-Thomson, 2007. Co-Autor do livro “Organizações Internacionais e Questões da Atualidade”, organizada por Jahyr-Philippe Bichara. Natal, RN: EDUFERN, 2011 (ISBN 978-85-7273-722-7) sendo autor do Capítulo Organizações Internacionais e a Integração Econômica: Revisões de Uma Teoria Geral, págs. 67 à 101. Autor do livro “Commercial and Economic Law in Brazil”. Holanda: Wolters Kluwer – Law & Business, 2012. Autor do livro “Defesa da Concorrência no Mercosul – Sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito”. São Paulo: Almedina, 2013. Co-Autor do livro “Direito dos Negócios Aplicado – Volume I – Do Direito Empresarial”, coordenado por Elias M de Medeiros Neto e Adalberto Simão Filho, São Paulo: Almedina, 2015, sendo autor do Capítulo “Acordo de Quotistas aplicado aos Planejamentos Sucessórios”. Coautor do livro “Direito Empresarial Contemporâneo – Uma visão bilateral entre Brasil e Portugal”, Brasil: 2018, sendo autor do Capítulo “Aquisição de Software e a Utilização de Cópias em Número Superior ao Contratado – Breve estudo sobre a contratação e aquisição de software e sua utilização irregular por meio de cópias indevidas”. Coautor do livro “Temas Contemporâneos de Direito Administrativo Econômico da Infraestrutura e Regulatório”, Brasil: 2018, sendo autor do Capítulo “Definição do Mercado Relevante na Análise Antitruste em um Bloco Econômico Regional”.



ARQUIVO PESSOAL

**ALINE CRUVINEL** é Advogada em São Paulo, Brasil. Advogada Associada de Cruz & Creuz Advogados. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO.

# O crime de importunação sexual Erro ou acerto do legislador?

■ POR DENIS CARAMIGO VENTURA

**“A Lei nº 13.718/18 fez relevantes alterações no Código Penal, porém, a nosso ver, deixou uma lacuna importante para que novas e importantes discussões sejam discutidas em relação ao fim específico de se atingir (ou não) a lascívia do indivíduo.”**

**A**ntes da Lei nº 13.718/18 ser sancionada, muito se questionava sobre a necessidade de um tipo penal intermediário entre o crime de estupro – que desde 2009 passou a tipificar a conjunção carnal e a prática de outros atos libidinosos, quando exercida mediante as elementares “violência” ou “grave ameaça” – e as condutas praticadas dentro do contexto sexual, mas sem a violência ou a grave ameaça.

Ressalta-se que, até o advento da Lei nº 13.718/18, existia a figura da contravenção penal “Importunação ofensiva ao pudor” que tinha previsão expressa no art. 61 da Lei de Contravenções Penais e que agora deixou de existir, pois fora revogada pela Lei em comento.

A antiga redação do art. 61 dizia:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: (Revogado pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (Revogado pela Lei nº 13.718, de 2018)

A Lei de 2009 (12.015/09) extirpou o crime de atentado violento ao pudor fazendo que o crime de estupro fosse tipificado tanto pela conjunção carnal quanto pela prática de outros atos libidinosos (quando exercida mediante violência ou grave ameaça conforme já dissemos).

No anseio de atender os clamores populares para uma maior punição em condutas descritas como uma afronta à dignidade sexual, o legislador criou a figura do crime, agora tipificado no art. 215-A do Código Penal, de Importunação Sexual. Dessa forma, o referido artigo passou a ter a seguinte redação:

Importunação sexual (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.  
(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Com a criação no novo tipo penal, muitos comemoraram o “surgimento” do crime, porém, será que tal criação foi benéfica para a sociedade como aparentemente se apresenta?

Pela redação do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, tanto a conjunção carnal quanto a prática de outros atos libidinosos (dentro daquilo que já elencamos) caracteriza o crime em comento e, raramente, era a conduta do agente desclassificada para a contravenção penal, ainda que tudo levasse para tal.

Pois bem, agora com o novo tipo penal, muitas condutas que seriam (e eram) tipificadas como estupro serão, com toda certeza, tipificadas como importunação sexual, pois criou-se um tipo específico para as condutas no artigo descrito, restringindo, assim, a aplicação da sanção penal da conduta nos exatos termos do artigo, pois, se de outra forma for, estaremos diante de uma afronta ao princípio da legalidade.

Corroborando o que aqui estamos expondo, em recente decisão no STJ, a Ministra Laurita Vaz, desclassificou o crime de estupro para o de importunação sexual, por este ser mais brando, conforme podemos observar abaixo:

“não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei nº 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/09/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso”.

Ainda, de acordo com a ministra, o “crime mais grave” seria o do próprio art. 213 do Código Penal, que prevê a elementar da violência ou grave ameaça.

“No caso dos autos, pela descrição da conduta apurada pelas instâncias ordinárias, não houve violência ou grave ameaça (...) o que se subsume à conduta descrita na novel legislação, mais branda e, portanto, de aplicabilidade retroativa.” (AgRg no REsp 1.730.341)

Abrindo parênteses no presente esboço, tipificar uma conduta como crime é, legalmente, estabelecer de forma taxativa a sua previsão para qualquer sanção penal. Por isso, discussões para tipificar certos crimes “que ainda não existem” devem ser muito bem difundidas, sob pena de restringir o campo de aplicação jurídica sobre tal fato.

Como pudemos observar, no crime de importunação sexual é de suma importância para que ele se tipifique (de forma consumada ou tentada) que o ato libidinoso seja praticado com o fim específico *de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*.

A grande questão a ser discutida, na verdade, são duas! Ato libidinoso e lascívia.

Em apertada síntese, podemos estabelecer que ato libidinoso é aquele capaz de saciar a lascívia (que a grosso termo podemos taxar como o desejo sexual do indivíduo pelo e com o ato praticado), porém, o que pode ser considerado um ato libidinoso para A pode não o ser para B.

Uma passada de mãos no cabelo de alguém pode ser considerado excitante para algumas pessoas, mas para outras não. Um toque nos pés, também. Assim, em cada caso concreto deve se apurar o real impacto lascivo para cada indivíduo, pois generalizar um ato como sendo libidinoso para todos é temeroso.

Posto que o ato libidinoso pode ser relativo, passemos, agora, a discutir a questão da lascívia, que foi, expressamente, inserida no novel crime e que merece muita atenção, pois reflete de forma direta em outras tipicidades penais de cunho sexual e aqui vamos nos restringir, sem querer esgotar o tema, ao crime de estupro.

Sabemos que a lei penal é taxativa, ou seja, não existe analogia *in mallam partem*, porém, com a criação do novo tipo penal, indaga-se: o crime de estupro, com o advento da Lei nº 13.718/18, deixou de ter a satisfação da lascívia como fim específico para sua tipificação?

Ora, se o legislador fez questão de deixar expressamente positivado a satisfação da lascívia para que o crime de importunação sexual fosse (seja) tipificado, pois sem ela não ocorrerá o crime e, muito menos, nem a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor que foi revogada, como fica a questão do estupro que, até os dias atuais, de forma pacífica pela doutrina e jurisprudência, a satisfação da lascívia era *conditio sine qua non* para o crime, ainda que não de forma expressa?!

Se houve uma lei para estabelecer, de forma taxativa, que o fim específico para a tipificação do crime de importunação sexual deve, necessariamente, satisfazer a lascívia do agente ou de terceiros, como interpretar a redação do crime de estupro perante a nova tipicidade penal do art. 215-A a partir de agora?

Muitos podem questionar se existe caso de estupro sem que o indivíduo (homem ou mulher) esteja excitado para praticar o ato. A resposta é bem simples e não demanda maiores esforços: claro que pode! Imaginemos uma mulher que, com uma arma de fogo em mãos, obriga o homem a ter conjunção carnal com ela (sobre grave ameaça de levar um tiro se assim não o fizer) para que tente engravidar.

Ela estava excitada? Em tese não, pois o objetivo (fim específico) dela era engravidar e não saciar a sua lascívia. Sobre a vítima, homem neste caso, se conseguiria praticar o ato ou não, é uma outra questão que não está em discussão aqui. Neste caso a conduta a ser tipificada seria o crime de estupro (consumado ou tentado)?

Outro exemplo em que figura o homem como sujeito passivo do crime é o caso de priapismo, que é uma ereção involuntária e persistente e que pode ocorrer, entre outras causas, devido à ingestão de certos antidepressivos ou fármacos. Uma mulher pode perfeitamente obrigar (mediante violência ou grave ameaça) um homem a ingerir um medicamento capaz de provocar uma ereção involuntária e, assim, manter relações com ele com diversas finalidades.

Uma outra situação que merece atenção é o fato do indivíduo, por vingança, sequestrar e manter em cárcere a esposa de seu desafeto e penetrar, por exemplo, um sabugo de milho na cavidade vaginal ou anal da vítima. Haveria estupro já que não houve qualquer satisfação da lascívia por parte do criminoso?

São questões relevantes que devem ser muito bem discutidas, pois, com a taxatividade da lascívia presente no novo instituto, passou-se a ser interpretativo – e a interpretação deve ser sempre a favor do réu – se a lascívia no crime de estupro permanece como elemento subjetivo do injusto de forma tácita.

A Lei nº 13.718/18 fez relevantes alterações no Código Penal, porém, a nosso ver, deixou uma lacuna importante para que novas e importantes discussões sejam discutidas em relação ao fim específico de se atingir (ou não) a lascívia do indivíduo. 



ARQUIVO PESSOAL

**DENIS CARAMIGO VENTURA** é Advogado criminalista.

# Estupro X Importunação Sexual

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR E ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO

No dia 24 de setembro de 2018, foi publicada a Lei nº 13.718, que tipificou a conduta descrita no novo art. 215-A do Código Penal, bem como trouxe outras importantes modificações em nosso ordenamento jurídico-penal, mas que não serão objeto do presente estudo. Desta forma, a *novatio legis* passou a criminalizar a conduta de quem “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, cominando, como sanção, uma pena privativa de liberdade que varia de um a cinco anos de reclusão, “se o ato não constitui crime mais grave” (princípio da subsidiariedade).

Não há dúvidas de que esta lei ganhou corpo após a intensificação da discussão a respeito de qual norma penal deveria incidir sobre a conduta do agente que ejaculou em uma passageira, dentro de um ônibus de transporte público do município de São Paulo. É que, após ter sido preso por estupro, o acusado foi posto em liberdade, por ter o magistrado entendido, *in casu*, tratar-se da prática, em tese, da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais), fato que obstava a prisão do agente.

Talvez a reforma provocada no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015/2009 tenha conferido uma expansão desmedida ao crime de estupro, a ele incorporando o de atentado violento ao pudor, abrindo assim um vácuo interpretativo e possibilitando entendimentos divergentes a respeito de sua prática. Pode acontecer que determinada conduta contra a dignidade sexual seja desproporcional ao crime de estupro, como, por exemplo, se o agente, de modo sorrateiro, ou até mesmo em tom de brincadeira, *coram populo*, sem a malícia necessária, toca as nádegas ou o seio da vítima, ainda que, repita-se, por mais repugnante que a ação se revele, ausente o dolo recomendado para a conduta, não é motivo suficiente para caracterizar a lascívia do agressor. Qual, então teria sido o crime praticado pelo agente?

Sendo assim, instaurou-se um intenso debate sobre o rigor da legislação penal brasileira e a dificuldade, muitas vezes, de se realizar a adequada subsunção do fato à norma, o que fez com que nosso legislador adotasse uma conduta mais discreta e intermediária, procurando fazer um ajustamento mais conveniente sobre o assunto.

É que, com a leitura do *caput* do novo art. 215-A do Código Penal, verifica-se uma curiosa descrição da conduta ali tipificada: em relação às contravenções penais previstas nos arts. 61 e 65 da Lei das Contravenções, a *novatio legis* é prejudicial ao réu, pois comina uma pena maior e ainda classifica a conduta como crime, retirando-a do patamar de mera contravenção. Não se olvida, aliás, que o art. 61 foi expressamente revogado pela Lei nº 13.718/18.

Todavia, em relação ao crime de estupro, a *novatio legis* é claramente favorável ao réu, o que poderia ensejar sua retroatividade benéfica e, conseqüentemente, a desclassificação de condutas para a tipificada no novo crime de importunação sexual.

Antes da nova lei, poder-se-ia configurar, ao menos em tese, o crime de estupro, a depender da interpretação do caso concreto. Agora, com este “crime intermediário”, não há como enquadrar a conduta do suposto infrator ao crime mais grave, uma vez que a tipificação do art. 215-A é bastante clara.

Mas essa dicotomia é suficiente apenas para os crimes praticados a partir da vigência do art. 215-A. As condutas anteriores ainda podem pairar sob uma nuvem hermenêutica interessante e permite alçar interessantes voos.

Pois bem. Imagine-se que o agente tenha praticado a citada conduta antes da nova lei (*tempus regit actum* – aplica-se a lei em vigência ao tempo da conduta – tempo do crime, teoria da atividade), tenha sido condenado por estupro e, agora, vê seu recurso sendo julgado pelo Tribunal de Justiça, por exemplo.

Como proceder o julgador? A desclassificação da conduta é bastante provável. Mas para o crime do artigo 215-A ou para a contravenção penal do art. 61?

Em outras palavras: caso se entenda que o art. 215-A trouxe uma previsão mais benéfica para o estupro, ele tem aplicação retroativa e atinge a todos os julgados sobre o tema.

Todavia, caso se entenda que a Lei nº 13.718/18 trata-se, em verdade, de uma inovação para endurecer a conduta descrita na Lei das Contravenções Penais, tem-se verdadeira *novatio legis in pejus* e, portanto, não retroage, cabendo ao julgador aplicar o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, pois ele estava em vigor ao tempo da conduta do réu.

Em uma breve análise, parece que estamos diante da segunda hipótese: o art. 215-A traz uma roupagem mais “atualizada” e um pouco mais rigorosa do revogado art. 61 da Lei das Contravenções Penais: é verdadeira *novatio legis in pejus*. Isso porque o crime de estupro exige, para sua tipificação, o emprego da violência ou da grave ameaça.

Logo, um novo crime, que traz a possibilidade de importunação sexual sem violência ou grave ameaça, não está excepcionando a regra do estupro, mas sim endurecendo a conduta já existente na Lei das Contravenções. Portanto, o art. 215-A do Código Penal não haveria de ser aplicado em crimes pretéritos em que o acusado por estupro busca a desclassificação de sua conduta.

Não parece, no entanto, ser este o entendimento do STJ, pois o Tribunal da Cidadania decidiu, recentemente, que o art. 215-A do Código Penal é norma penal mais benéfica que a do art. 213, do mesmo diploma legal, e deve retroagir<sup>1</sup>. Como se vê, a discussão parece apenas estar começando e, ainda, surgirão incontáveis julgados a respeito, a fim de que nossa jurisprudência possa se normalizar e garantir a segurança jurídica que todos aguardam. 

## NOTA

- 1 <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI289915,51045-lei+sobre+importunacao+sexual+retroage+para+beneficiar+reu+acusado+de>



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é promotor de Justiça aposentado, mestre em Direito Público, pós-doutorado em Ciências da Saúde. Advogado e reitor da Unorp.



**ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO** é advogado, bacharel em Direito pela PUC/Campinas e pós-graduação “lato sensu” em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP.



# O crime de importunação sexual

■ POR FERNANDO BORGES VIEIRA

**“De nada adianta tipificar a conduta – seja ela qual for – se não nos conscientizarmos que o respeito há de ser o balizador de todas as relações e interrelações sociais sem exceção. Havendo respeito de um ser humano para com outro dificilmente haverá constrangimento; entretanto, diante de uma das condutas descritas, não se cale! Denuncie aquele que importuna ou assedia imediatamente e faça, mesmo que de forma forçosa, prevalecer o respeito!”**

**N**o dia 24 de setembro de 2018, o presidente da República em exercício, Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli sancionou a Lei nº 13.718/2018, a qual tipifica como crime a conduta denominada de “importunação sexual” – a qual era anteriormente tratada como contravenção penal, apenada com multa.

À luz do texto legal, caracteriza importunação sexual o ato libidinoso praticado contra alguém, e sem autorização, a fim de satisfazer desejo próprio ou de terceiros, conduta que passa a ser apenada com 1 (um) a 5 (cinco) anos de prisão:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Também incorrerá na conduta delituosa aquele que promover a divulgação, por qualquer meio, de vídeo e foto de cena de sexo ou nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima, além da divulgação de cenas de estupro.

A lei aumenta a pena em até dois terços se o crime for praticado por pessoa que mantém ou tenha mantido relação íntima afetiva com a vítima, como namorado, namorada, marido ou mulher, sendo a intenção da norma evitar casos conhecidos como pornografia de vingança.

O aumento de até dois terços da pena também ocorrerá quando se tratar de caso de estupro coletivo ou corretivo ressaltando-se que o crime de estupro é assim descrito no tipo penal do art. 213 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso – oportuno indicar que a pena base para este crime é de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

Por estupro coletivo pode-se compreender o que resulta da violência de duas ou mais pessoas e estupro corretivo o que é praticado com objetivo de “controlar o comportamento sexual ou social da vítima”.

Convém chamar atenção ao fato de que, se o constrangimento for praticado por superior hierárquico ou por alguém que conserve ascendência sobre a vítima em razão de emprego, cargo ou função, não se estará diante da prática do crime de importunação sexual e sim do crime de assédio sexual inserido no art. 216-A do Código Penal por força da Lei nº 10.224/2001:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Por fim, importa salientar que o crime de importunação sexual – em verdade todos os crimes contra a liberdade sexual – exige como elemento subjetivo o dolo, ou seja, a consciência direta ou indireta do agente sobre o resultado colimado.

O bem jurídico protegido no presente tipo penal é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, na capacidade de ambos em se autodeterminar sexualmente, bem como a privacidade e a intimidade de ambos.

Certo é, de nada adianta tipificar a conduta - seja ela qual for – se não nos conscientizarmos que o respeito há de ser o balizador de todas as relações e interrelações sociais sem exceção.

Havendo respeito de um ser humano para com outro dificilmente haverá constrangimento; entretanto, diante de uma das condutas acima descritas, não se cale! Denuncie aquele que importuna ou assedia imediatamente e faça, mesmo que de forma forçosa, prevalecer o respeito! 🇧🇷

ARQUIVO PESSOAL



**FERNANDO BORGES VIEIRA** é Advogado desde 1997 – Sócio Administrador de Fernando Borges Vieira Sociedade de Advogados e Owner e Legal Coach de Lawyers Coaching/Desenvolvimento de Performance e Competências Jurídicas – Especialista em Compliance (Insper) – Especialista em Compliance Anticorrupção (LEC) – Especialista em Liderança (FGV – GVLaw) – Especialista em Direito Processual Civil (CPPG/FMU) – Certificado em Compliance Anticorrupção (LEC) – Personal, Professional e Leader Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching (SBC) – Professor de Pós-Graduação Direito Processual do Trabalho – Diretor do Núcleo de Direito Processual do Trabalho da OAB/SP/Jabaquara – Membro da Comissão Especial de Coaching Jurídico da OAB/SP – Associado Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) – Associado à Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Associado à Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) – Associado à Associação dos Advogados Trabalhistas do Estado de São Paulo (AATSP) – Associado ao Instituto Brasileiro de Compliance (IBC) – Associado ao Instituto de Compliance do Brasil (ICB) – Palestrante OAB/SP e Escola Paulista de Advocacia – Autor e coautor de obras e relevantes artigos jurídicos.

# PRIORIDADES



- 1.
- 2.
- 3.

## Sob pressão: propostas do novo governo para a Saúde

■ POR SANDRA FRANCO

**“O grande receio é de que a saúde, mais uma vez, saia da prioridade do governo eleito, para ser uma mera coadjuvante. Reforma da Previdência, Reforma Política, entre outras discussões pode “passar à frente”, sem pedir licença na agenda presidencial. E, assim, os brasileiros continuarão enfrentando grandes filas para cirurgias, para exames e condenados a perderem suas vidas nas portas e nos corredores dos hospitais.”**

“ Não há medicação, não há leitos, preciso de verba”: essa é uma fala do diretor de um hospital público na série ficcional “Sob Pressão” exibida na Rede Globo de Televisão. No entanto, talvez seja esse o mantra mais repetido em quase todas as instituições de saúde do país.

No próximo dia 1º de janeiro, assumirá a cadeira mais importante do Brasil o recente eleito Presidente da República, Jair Bolsonaro. Entre tantos problemas políticos e econômicos enfrentados pelo país, o novo comandante da nação terá um grande desafio: a saúde.

Sem dúvidas, a saúde no Brasil é um problema crônico, seja no setor público como no privado. A má gestão dos recursos públicos e o alto índice de corrupção são os principais obstáculos para o melhor do atendimento ao brasileiros em hospitais, clínicas e postos de saúde.

Jair Bolsonaro afirmou em seu plano de governo que a saúde é uma das três áreas consideradas como prioritária, ao lado da educação e segurança. Até então, nenhuma novidade em se tratando de um projeto político. Isso porque em todas as eleições, sem exceção, a saúde é explorada como prioridade, mas na prática não é uma verdade. Pouco se investe na saúde no Brasil e, nos últimos anos o país foi vítima de diversas epidemias como, dengue, sarampo, zika e febre amarela, para citar as mais recentes. Mas, precisamos (bem) mais do que palavras e promessas, essas já são conhecidas dos brasileiros.

São constantes os casos noticiados nos diversos veículos de comunicação de descaso com o paciente, seja nos hospitais públicos, seja no sistema privado. Pacientes morrendo nas portas e corredores de hospitais, falta de leitos, grandes filas para a realização de exames e cirurgias, hospitais em situações precárias, quando não abandonados, falta de leitos, máquinas e equipamentos quebrados, desabastecimento de medicamentos, falta de materiais básicos, como gaze, álcool, luvas cirúrgicas, entre outros inúmeros problemas que podem ser citados do cotidiano dos profissionais e dos pacientes da saúde no Brasil.

A equipe de Bolsonaro avaliou durante a sua campanha eleitoral que, a situação atual do setor está “à beira do colapso” e diz que as ações planejadas terão como foco “eficiência, gestão e respeito com a vida das pessoas”. A bandeira defendida pelo partido é a de que é possível fazer mais com os recursos atualmente disponíveis. Será?

Se considerarmos que o uso adequado das verbas é um dos problemas na área da saúde, essa seria sim uma opção, mas é difícil acreditar em uma rápida melhora das condições de assistência e prevenção, sem investimentos robustos na saúde. A situação é de emergência.

É benvinda a proposta anunciada pelo novo presidente em campanha de adotar o “Prontuário Eletrônico Nacional Interligado”. Segundo o plano de governo seria o pilar da saúde. A proposta é a de

O Senador Ron Wyden justificou que seu projeto traz finalmente uma significativa proteção à privacidade dos consumidores norte-americanos. O projeto, constitui uma resposta direta ao oceano de escândalos de invasão de privacidade e vazamento de dados pessoais que as grandes empresas de tecnologia norte-americanas se envolveram na última década. Todavia, é muito cedo para compartilhar do otimismo do Senador.

O problema é que os Estados Unidos não têm um conjunto sistematizado de leis de proteção à privacidade, como ocorre na União Europeia. Diferentemente dos países do bloco europeu, lá não existe um regulamento geral, aplicável a todas as atividades de processamento de dados. A opção foi por regular cada setor de maneira estanque, daí que existe uma lei para o setor bancário, uma para o setor médico, outra para o setor de seguros e assim por diante. O modelo europeu é considerado mais eficaz e tem servido como padrão universal, sendo copiado pela legislação de diversos outros países, como aconteceu recentemente no Brasil, que aprovou em julho deste ano sua Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>10</sup>.

A inexistência de uma lei geral de proteção de dados pessoais enfraquece a luta pela proteção da privacidade dos cidadãos norte-americanos. De qualquer maneira, o projeto do Senador Wyden é um primeiro passo na direção certa, para combater a formação do “complexo industrial de dados” que mencionou Tim Cook. 

## NOTAS

- 1 A declaração de Tim Cook foi feita no dia 24 de outubro, durante um encontro que reuniu autoridades de proteção de dados pessoais do mundo todo - *40th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners (ICDPPC)*.
- 2 Ver notícia publicada em 24.10.18, publicada em: <https://www.technocracy.news/apple-ceo-tim-cook-personal-data-is-being-weaponized-against-us-with-military-efficiency/>.
- 3 *RGPD* é a abreviatura para *Regulamento Geral de Proteção de Dados*, que entrou em vigor em 25 de maio deste ano.
- 4 A Apple tem sido criticada por remover de sua *App Store* aplicativos que possibilitam aos usuários encriptar suas mensagens, dificultando o rastreamento de suas comunicações pelo Governo chinês. Ver notícia em 06.11.17, publicada em: <https://9to5mac.com/2017/12/06/apple-china-criticisms-response/>.
- 5 A *Cambridge Analytica* era é uma empresa inglesa que se apropriou de milhões de perfis de usuários do Facebook e utilizou seus dados para influenciar a eleição de Donald Trump e o plebiscito do Brexit. Ver notícia em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>.
- 6 O Google + é o serviço de rede social da Google, que foi desativado depois que uma brecha de segurança expôs informações de cerca de 500 mil usuários. Ver notícia publicada em 08.10.18, acessível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/10/google-encerra-google-apos-vazamento-de-dados.ghtml>.
- 7 As empresas de tecnologia querem aprovar uma lei federal que suplante leis estaduais, como a Lei da Califórnia, aprovada em junho deste ano, considerada a mais rigorosa do país. Ver notícia em: <https://www.cnet.com/news/us-privacy-law-is-on-the-horizon-heres-how-tech-companies-want-to-shape-it/>.
- 8 O texto integral do projeto de Lei pode ser acessado em: <https://assets.documentcloud.org/documents/5026543/Wyden-Privacy-Bill.pdf>.
- 9 De fato, o objetivo do projeto é emendar o *Federal Trade Commission Act*, uma lei de 1914 que criou essa agência (a FTC). A Lei, sancionada por Woodrow Wilson, proíbe métodos injustos de concorrência e atos ou práticas desleais que afetem o comércio.
- 10 Ver artigo de nossa autoria sobre a LGPD, sob o título “Lei de Proteção de Dados aproxima o Brasil dos países civilizados”, publicado no site *Jus Navigandi*, em julho deste ano, acessível em: <https://jus.com.br/artigos/67668/lei-de-protacao-de-dados-pessoais-aproxima-o-brasil-dos-paises-civilizados>.



**SANDRA FRANCO** é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública.



# Empresas Familiares e sua importância no atual cenário econômico

■ POR ROSILENE GIACOMIN E PEDRO PODBOI ADACHI

**“Além de representar a maioria das organizações no Brasil e no Mundo, as empresas familiares também costumam apresentar melhores resultados econômicos, especialmente quando comparadas com outras organizações.”**

**N**ão é difícil encontrar pessoas que ainda fazem cara feia, que torcem o nariz ou que têm uma imagem negativa das empresas familiares. No entanto, esse preconceito é equivocado e merece destaque em relação à sua importância no cenário econômico.

Os autores e especialistas no assunto, costumam perguntar aos acadêmicos que participam de suas palestras e cursos, quais teriam intenção de trabalhar em uma empresa familiar e são poucos os que se dizem dispostos a desenvolver uma carreira neste tipo de organização.

E, instigados os estudantes indicam diferentes empresas nas quais prefeririam trabalhar como Walmart, Cargill, Ford, LG, Santander, Fiat, Bic, L'Oréal, Lego, Henkel, Bosch, Porsche, BMW, GAP, Michelin, Motorola, Bombardier, dentre outras.

No entanto, poucos desses estudantes sabem que as organizações acima mencionadas são empresas familiares, porém, como as famílias controladoras não são brasileiras, raramente são conhecidas pela maioria dos universitários!

Surge então a pergunta: O que define uma empresa familiar? E a resposta é bastante simples: o que caracteriza uma empresa familiar, é o fato de uma ou poucas famílias concentrarem o poder de decisão e o controle da sociedade. Portanto, independente do porte, da localização, do setor de atuação, de ter ações negociadas

em Bolsa ou de outros fatores relacionados com a operacionalização do negócio, para uma empresa poder ser considerada familiar, basta que o poder de decisão e o controle da sociedade estejam concentrados em uma ou poucas famílias.

Fica mais fácil identificar uma empresa familiar quando a família controladora é conhecida e, neste sentido, não faltam exemplos de sociedades familiares de sucesso no Brasil, como Votorantim, Itaú, Gol, Globo, Tramontina, Natura e muitas outras.

Essas organizações, por si só, comprovam a importância das empresas familiares, que, segundo indicadores não muito precisos, representam entre 65% a 80% de todos os negócios mundiais.

Algumas pesquisas realizadas pelo FBN (Family Business Network) demonstrou a predominância dessas organizações em diversos países da Europa: Na Espanha, 85% das empresas são familiares; a França possui 83% dos negócios como familiares; na Alemanha o percentual fica em 79%; na Itália são 73% das empresas consideradas como familiares; e na Finlândia, o percentual sobe para 91%.

No Brasil não existem informações precisas, mas levantamentos indicam que entre 60% a 90% de todas as organizações brasileiras são empresa familiares.

Além de representar a maioria das organizações no Brasil e no Mundo, as empresas familiares também costumam apresentar melhores resultados econômicos, especialmente quando comparadas com outras organizações.

Há alguns anos, o IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa-, fez uma análise de quinze empresas familiares de capital aberto e as comparou com a mediana da Bovespa; o resultado foi que esse grupo de empresas familiares mostrou ser, em média, maiores, mais valiosas, com maiores múltiplos de mercado, mais rentáveis operacionalmente, mais líquidas, pagadoras de maiores dividendos e mais solventes no curto prazo do que a mediana de todas as empresas listadas na Bovespa.

Para reforçar a relevância dessas organizações, algumas pesquisas demonstraram que as empresas familiares foram as primeiras a superar as últimas crises mundiais. Isto se deve ao fato deste tipo de negócio possuir maior agilidade na tomada de decisão e uma visão de mais longo prazo.

Pesquisa feita pela revista Business Family listou as 100 maiores companhias; conheça as 10 primeiras colocadas no ranking (juntas, elas movimentam US\$ 1 trilhão por ano). Nos Estados Unidos levantamento apontou que as empresas familiares são responsáveis por empregar 62% de toda a mão-de-obra, além de responder por 64% de todo o PIB daquele país.

Portanto, da próxima vez que alguém fizer cara feia, torcer o nariz ou fizer algum comentário pejorativo sobre empresa familiar, lembre-se da importância dessas organizações no Brasil e no mundo. 



ARQUIVO PESSOAL

**ROSILENE GIACOMINI** é sócia do escritório de advocacia Abras, Guimarães e outros. Em sua carreira profissional ajuda os empresários a perpetuarem seu negócio jurídico. Professora universitária coordenadora acadêmica da Kroton. Autora de diversos artigos e pesquisas sobre o tema. É membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e do Instituto de Estudios Políticos y del Estado. Editora-chefe da Revista da Academia Brasileira de Direito Civil e membro do comitê avaliativo da Revista Síntese em Direito Empresarial da IOB. Com ampla experiência em Direito Empresarial.



ARQUIVO PESSOAL

**PEDRO PODBOI ADACHI** é especialista em empresas familiares, é sócio diretor da Societàs Consultoria e atua como consultor de empresas, com ênfase em planejamento sucessório, governança corporativa e governança familiar. Atua como professor universitário em diversas instituições de ensino, como o Núcleo Family Business da ESPM, Ibmec, EBS Business School (Ibmec-PR), USP (Fundace, FEA-RP e FDRP), dentre outras, além de ser autor de diversos artigos, pesquisas e livro sobre o tema. Associado a diversas entidades, como o FBN-Brasil (Family Business Network), o IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) e outras.



# EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia?

■ POR DEMÓCRITO REINALDO FILHO

**“A inexistência de uma lei geral de proteção de dados pessoais enfraquece a luta pela proteção da privacidade dos cidadãos norte-americanos. De qualquer maneira, o projeto do Senador Wyden é um primeiro passo na direção certa, para combater a formação do “complexo industrial de dados” que mencionou Tim Cook.”**

O dia 24 de outubro foi marcado por uma declaração do CEO da Apple, Tim Cook, proferida durante uma conferência sobre privacidade em Bruxelas<sup>1</sup>, de que as grandes empresas de tecnologia estavam criando um “complexo industrial de dados”. Sem dar nomes a quem acusava (embora tenha ficado perceptível de que se referia às empresas concorrentes Google e Facebook), afirmou que essas empresas utilizam os dados das pessoas com “eficiência militar” e que, “levado ao extremo, esse processo cria um perfil digital duradouro que permite que as empresas o conheçam melhor do que você pode se conhecer”<sup>2</sup>. Tim Cook defendeu a edição de uma lei federal nos EUA que proteja as pessoas contra ameaças à privacidade, à semelhança do novo regulamento europeu de proteção de dados pessoais (o RGPD)<sup>3</sup>.

Esse movimento do executivo da Apple apenas demonstra a mudança de estratégia das “Bigtech”, diante do movimento pela aprovação de leis de proteção à

privacidade individual. A Apple, embora não tenha como modelo único de negócio a monetização dos dados pessoais dos usuários por meio da venda de publicidade dirigida, também não é nenhum exemplo quando se trata da defesa das liberdades individuais. Tem sido criticada por ceder à pressão do Governo chinês para remover de sua plataforma (a *App Store*) aplicativos que permitem a anonimização das pessoas, contribuindo dessa maneira para o vigilantismo exercido pela China sobre seus cidadãos<sup>4</sup>. A atitude do executivo revela que as empresas de tecnologia enxergam agora que a aprovação de leis robustas de proteção de dados pessoais é uma tendência irreversível e universal. Depois do escândalo da *Cambridge Analytica*<sup>5</sup>, que levou Mark Zuckerberg a depor perante o congresso dos EUA e do parlamento inglês, bem como do vazamento de dados na rede social Google+<sup>6</sup>, que permitiu o acesso a terceiros de dados pessoais, os congressistas norte-americanos acordaram para o problema. Muitos agora já defendem medidas legislativas para prevenir abusos com a utilização de dados pessoais, daí a mudança de postura das empresas de tecnologia. Se antes mostravam-se contrárias a todo e qualquer tipo de legislação garantidora da privacidade individual, parece terem chegado à conclusão de que é melhor aceitar algum tipo de regulamento. Agora querem participar das discussões e influenciar no processo legislativo de modo a aprovar lei menos rigorosa<sup>7</sup>.

Era previsível, assim, uma iniciativa legislativa no âmbito federal, que se concretizou esta semana. Na quinta (dia 01.11), o Senador Ron Wyden (democrata do Oregon) apresentou um projeto de lei prevendo pesadas sanções para empresas que violarem a privacidade dos usuários de seus produtos e serviços. A Lei, que recebeu o nome de *Consumer Data Protection Act*<sup>8</sup>, somente será aplicável a empresas com faturamento superior a 50 milhões de dólares e com mais de 1 milhão de usuários.

Não se trata de uma lei geral de proteção de dados, pois não estabelece princípios gerais e regras sobre coleta e uso de informações pessoais, não havendo semelhança com o regulamento europeu (o RGPD), a não ser na parte em que prevê multas para coibir atos de coleta indevida de dados. O projeto em essência cuida de ampliar os poderes da *Federal Trade Commission (FTC)*<sup>9</sup>, espécie de agência reguladora de defesa de interesses de consumidores, possibilitando a esse órgão servir como regulador de assuntos ligados à privacidade. Atualmente, a FTC não dispõe de poderes para aplicar multas por violação à privacidade dos consumidores.

O projeto impõe às empresas que coletam dados a apresentação de relatórios anuais, acompanhados de declaração do CPO (*Chief Privacy Officer*), que pode pagar multa ou sofrer pena de prisão se contiver informações inexatas. As multas por descumprimento aos preceitos da lei e regulamentos da FTC podem chegar a 4% do faturamento da empresa.

O que existe de mais original no projeto do Senador Ron Wyden é a criação do cadastro “Do Not Track”, para permitir que a pessoa que não deseje ver seus dados sendo repassados a terceiros manifeste sua opção por ser deixado de fora (“opt out”). O projeto prevê que, num prazo de até dois anos após sua aprovação, a *FTC* deverá construir um *website* onde as pessoas possam manifestar sua opção por não terem seus dados transferidos. A intenção é boa, mas de duvidosa eficácia prática, pois os escândalos de vazamento de dados e uso indevido de informações pessoais que têm surgido nos últimos tempos são decorrentes de falhas de segurança ou comportamento inadequado das empresas de tecnologia. Além do mais, o projeto prevê uma série de exceções ao impedimento da transferência de dados.

que postos, ambulatórios e hospitais sejam informatizados com todos os dados de atendimento e que registrem o grau de satisfação do paciente ou responsável. O cadastro do paciente, segundo Bolsonaro, reduziria os custos ao facilitar o atendimento futuro por outros médicos em diferentes unidades de saúde, além de permitir cobrar maior desempenho dos gestores locais.

Mas será que esse é o principal problema? Não seria melhor fazer uma força-tarefa para identificar quais os principais gargalos da saúde no país, antes de falar que a pasta não precisa de mais recursos? E com os recursos atuais seria importante priorizar no prontuário eletrônico? A ideia de um prontuário eletrônico e unificado não é nova.

Outro ponto do projeto é o credenciamento universal de médicos que, segundo ele, abriria caminho para que toda força de trabalho da saúde possa ser utilizada pelo SUS, “garantindo acesso e evitando a judicialização”. Bolsonaro se compromete a criar o que chama de carreira de médico de Estado, no intuito de atender áreas remotas e com carência de profissionais – demanda antiga da classe médica e defendida fortemente por entidades como o Conselho Federal de Medicina (CFM) e a Associação Médica Brasileira (AMB). Agentes comunitários de saúde, de acordo com o plano de governo, seriam treinados para se tornarem técnicos de saúde preventiva numa tentativa de auxiliar o controle de doenças como diabetes e hipertensão.

Outra proposta é estabelecer nos programas neonatais a visita ao dentista pelas gestantes. Proposta como essa, e outras que apareceram no plano de governo, não se verifica qual será a eficácia em curto e médio prazo. Na verdade, não há estudos incontestes afirmando que o nascimento de prematuros está relacionado à saúde bucal da mãe.

Chamam atenção algumas medidas que, se realmente implementadas, serão positivas a longo prazo. Apresentam de positivo o olhar para a prevenção à doença. Desta forma, o programa de governo pretende o fortalecimento da atuação na área da promoção da saúde, por meio de políticas regulatórias e tributárias (tabaco, sal, gorduras, açúcares, agrotóxicos etc.), e de programas que incentivem a atividade física e alimentação saudável.

O estímulo à inovação na saúde, com ampliação e aplicação da internet e aplicativos é um importante atrativo; mas, exposto de forma tão genérica que parece, inclusive, não estar afinado com a legislação atualmente existente sobre a telemedicina. Sem dúvida, porém, os recursos tecnológicos serão a forma possível e mais barata de se alcançar um maior número de pessoas em um país continental.

O grande receio é de que a saúde, mais uma vez, saia da prioridade do governo eleito, para ser uma mera coadjuvante. Reforma da Previdência, Reforma Política, entre outras discussões pode “passar à frente”, sem pedir licença na agenda presidencial. E, assim, os brasileiros continuarão enfrentando grandes filas para cirurgias, para exames e condenados a perderem suas vidas nas portas e nos corredores dos hospitais. 



ARQUIVO PESSOAL

**DEMÓCRITO REINALDO FILHO** é Desembargador do TJPE.

# Os perigos de uma Reforma da Previdência em retalhos

■ POR JOÃO BADARI

**“Falta uma proposta efetiva para acabar com as verdadeiras mordomias que drenam o sistema. É preciso mexer nas regras previdenciárias do servidor e não apenas do Regime Geral. As maiores regalias previdenciárias são encontradas no regime próprio.”**



**D**esde o dia 28 de outubro, quando o presidente eleito Jair Bolsonaro conquistou nas urnas o direito ao posto máximo da Nação, a reforma da Previdência passou a ser, novamente, um assunto diário. Antes de completar um mês do pós-eleição, já foram noticiadas e ventiladas uma série de propostas e soluções para alterar o sistema previdenciário no país. Infelizmente, todas as mudanças colocadas na mesa prejudicam o maior interessado: o trabalhador e o segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A equipe de Bolsonaro está cometendo o mesmo erro da equipe do atual presidente Michel Temer, está confiando cegamente nos números do chamado “rombo da Previdência”, sem realizar um verdadeiro estudo atuarial da real situação do sistema no país. Acadêmicos e institutos reconhecidos mundialmente apontam que não existe déficit na Previdência brasileira, o grande problema é de gestão dos recursos e também da falta de uma política de cobrança dos grandes devedores dos cofres previdenciários: as grandes empresas, que segundo a CPI da Previdência instalada no Senado Federal devem cerca de R\$ 1 trilhão.

E, depois do futuro ministro de Bolsonaro, o economista Paulo Guedes, frisar que a Reforma da Previdência é prioridade e deveria ser votada ainda em 2018, o cenário ficou mais perigoso para o segurado do INSS. Primeiro, falara em passar a reforma já proposta por Temer, mas a ideia naufragou de imediato. Depois surgiu uma proposta apocalíptica do economista Armínio Fraga, que mistura parte da reforma de Temer com o sistema de capitalização usado atualmente no Chile e com uma proposta de benefício assistencial para idosos com mais de 65 anos, de 70% do salário mínimo. Um verdadeiro pesadelo. Não agradou e foi colocada, temporariamente, na geladeira.

Agora, a bola da vez é chamada reforma “light”. Um tipo de reforma muito perigosa, pois podem alterar diversos pontos do sistema atual sem a necessidade de uma emenda à Constituição. E, assim, se prepara o terreno para em 2019 emplacar uma reforma mais ampla e drástica. Essa nova proposta é um “puxadinho” feito na construção do Temer.

O que mais chamou atenção na reforma “light”, foi a proposta de extinção da Fórmula 85/95 e o retorno do fator previdenciário. Hoje, vigora uma fórmula justa que soma o tempo de contribuição e idade para mulheres e homens para o recebimento do benefício integral. Se essa fórmula for extinta, os contribuintes ficarão sujeitos ao chamado fator previdenciário, que reduz o valor da aposentadoria para quem se aposentar mais jovem. O fator previdenciário é o mecanismo que diminui o valor do benefício de quem se aposenta por tempo de contribuição antes de atingir 65 anos (homens) ou 60 anos (mulheres). A fórmula, criada em no ano de 1999, se baseia na idade do trabalhador, tempo de contribuição à Previdência Social, expectativa de sobrevida do segurado e um multiplicador de 0,31. Em muitos casos, o segurado tem o valor do benefício reduzido em até 30% do valor mensal. Mais uma solução que afeta o trabalhador, mas pode conter em muito os gastos do INSS.

Com relação ao tempo de contribuição, que atualmente é de 15 anos para quem opta por se aposentar por idade, poderia ser elevado para 25 anos. Não vejo tal medida como equivocada, pois a Previdência precisa realmente ser reformada e, infelizmente, teremos que passar por modificações negativas. A expectativa de vida no Brasil aumenta anualmente e o número de desempregados é enorme, o

que reflete em um menor número de contribuintes para sustentarem as aposentadorias pagas, por isso existe a necessidade de aumentar o tempo de contribuição para tornar estável o sistema.

Outro ponto é a fórmula de cálculo do benefício. O valor da aposentadoria hoje é calculado com base em 80% das maiores contribuições. Podendo ser modificado: o trabalhador poderia ter de contribuir por um tempo maior para receber 100% do benefício. É uma medida que afetará os futuros aposentados, que em sua maior parte iniciam sua vida laboral recebendo menores salário.

Já a pensão por morte, que atualmente é integral independentemente do número de dependentes, poderia ser reduzido para um percentual do benefício. O atual governo, por exemplo, defendia a redução do benefício para 50%, com adicional de 10% por dependente, no limite de 100%. Essa solução fere o princípio contributivo/retributivo, pois o trabalhador e seu empregador realizaram mensalmente o custeio de um benefício a família em caso de morte, e pagar 60% para a família, por exemplo, é não retribuir pelo que foi custeado.

Outras duas alterações duras para o segurado envolvem a aposentadoria por invalidez e o Benefício de Prestação Continuada (BPC). A aposentadoria por invalidez poderia passar a ser proporcional, ou seja, deixaria de ser integral. Vale lembrar que o aposentado por invalidez normalmente se afasta de suas atividades por doença ou lesão grave e gastos extras, com plano de saúde e medicamentos. Além disso, realizou contribuições integrais como aqueles que se aposentam por tempo de contribuição ou idade. Já o BPC poderia ter a idade mínima de 65 anos alterada para até 68 anos. Duas colocações: o benefício é no valor de um salário mínimo e uma pessoa em miserabilidade não sobrevive mais que 65 anos, em regra.

Ponto polêmico envolve as aposentadorias especiais de servidores. Um dos poucos pontos em relação aos servidores que poderia ser modificado sem a necessidade de uma PEC. Esse tipo de aposentadoria, com idade mínima menor, por exemplo, é concedida a algumas categorias nas seguintes situações: quando o trabalhador exercer atividade de risco ou estiver exposto a ambientes que prejudiquem a saúde ou a integridade física. O benefício também é concedido quando a pessoa tem alguma deficiência física. Hoje, apenas as aposentadorias especiais de policiais estão regulamentadas. No entanto, teria que ser aprovado um projeto de lei complementar, que exige pelo menos 257 votos favoráveis.

Na realidade falta uma proposta efetiva para acabar com as verdadeiras mordomias que drenam o sistema. É preciso mexer nas regras previdenciárias do servidor e não apenas do Regime Geral. As maiores regalias previdenciárias são encontradas no regime próprio, pois no INSS a média valor dos benefícios é, em média, de R\$ 1.200,00. Já no Regime Próprio, existem uma série de benesses e valores de benefícios escandalosos.

O povo não pode ser o único foco desta reforma, que de light não tem nada. É um passo para uma grande e tenebrosa transformação para quem pretende se aposentar no Brasil. ☒



ARQUIVO PESSOAL

**JOÃO BADARI** é especialista em Direito Previdenciário e sócio do Aith, Badari e Luchin Advogados.



## Direito de propriedade e deveres de propriedade: divisão por fração ideal nos condomínios

■ POR MARCELO KOKKE

**“O condomínio é uma relação de propriedade. Quando se trata de despesas condominiais, quanto maior a fração da propriedade, maior deve ser a contribuição do proprietário. Trata-se de um dever oriundo do direito de propriedade.”**

**A**s normas constitucionais são o pilar de construção, de compreensões e desenvolvimentos hermenêuticos para aplicação aos casos concretos e conflitos sociais. Entretanto, por vezes suas determinações ou consequências são deixadas em segundo plano, abordando-se diretamente as normas infraconstitucionais. Embora em diversos casos a questão não gere maiores problemas, há sempre a potencialidade de conflitos que se enveredam em verdadeiras conturbações sociais a atingir o âmbito privado do patrimônio.

Um desses temas é a existência ou não de dever do condômino em contribuir para com os valores de taxa de condomínio, seja com despesas ordinárias, seja com despesas extraordinárias, em proporção com sua fração ideal de imóvel. A perspectiva aqui levantada é ligada ao direito de propriedade como um direito fundamental, mas que se coliga a deveres diretamente extraídos da própria norma constitucional.

O artigo 5º da Constituição, logo em seu *caput*, garante o direito de propriedade, seguindo-se disposição nos incisos XXII e XXIII a enfatizar a garantia de propriedade, mas simultaneamente a determinar seu uso em função social. Ao lado de ser acobertada com garantias, a propriedade também é encarregada de deveres constitucionais e legais. A função socioambiental da propriedade, de um lado, e uma garantia-dever de propriedade de outro. Esta última está ligada às chamadas obrigações *propter rem*, que aderem ao bem, passando de um proprietário a outro.

As propriedades em condomínio estão ligadas a um misto de garantia-dever, isso porque estão simultaneamente a compor um todo que integra a propriedade indivisível. Um apartamento, mesmo sendo propriedade de dada pessoa, simultaneamente compõe em fração ideal a propriedade de todos aqueles que são os demais condôminos. Em outras palavras, há um dever de propriedade da fração ideal para com o todo a que se integra o imóvel.

Há aqui, presença de uma necessária desconstrução de imagem presente no senso comum. Em condomínios residenciais, geralmente, há a ideia de que coberturas ou apartamentos com maior fração ideal possuem o mesmo quantitativo de fração nas partes comuns do imóvel. Em outras palavras, imagina-se que se a parte comum do imóvel for de 1000 m<sup>2</sup>, e forem 10 unidades, cada uma das unidades será titular de indeterminados 100 m<sup>2</sup> no todo da parte comum. Isto não corresponde à verdade normativa, não é o que está previsto em lei e não é o que se extrai do direito constitucional de propriedade. Os 1000 m<sup>2</sup> da parte comum não são repartidos igualmente entre todos os moradores condôminos.

A composição da titularidade ideal das partes comuns é identificada em diversos diplomas legais. Os condôminos são titulares de diversas frações ideais no terreno, o que implica diversa titularidade em fração ideal no todo da propriedade. O Código Civil determina:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

Os condôminos não são proprietários em “igual quantidade” no todo da parte comum. Embora não possam legalmente excluir-se uns ou outros do uso da parte comum, em termos de titularidade da fração comum, não são proprietários no “mesmo quantum ou tanto”. Os condôminos possuem participação diferente na área comum, de acordo com sua fração ideal. Portanto, se um dos dez moradores for proprietário da cobertura, como sua unidade individual é maior, ele também terá maior parcela da fração ideal.

A forma do cálculo da fração ideal e parte autônoma no todo foi firmada na ABNT nº 12.721/05, a dispor:

3.6 unidade autônoma: Parte da edificação vinculada a uma fração ideal de terreno e coisas comuns, sujeita às limitações da lei, constituída de dependências e instalações de uso privativo e de parcela das dependências e instalações de uso comum da edificação, destinada a fins residenciais ou não, assinalada por designação especial numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação.

3.13 fração ideal: Fração expressa de forma decimal ou ordinária que representa a parte ideal do terreno e coisas de uso comum atribuída à unidade autônoma, sendo parte inseparável desta.

O princípio lógico que se expressa é claro: aquele que possui maior quantitativo na propriedade comum, responde na respectiva proporção pelos dispêndios investidos no todo da propriedade. Não se trata aqui de uma questão de utilização ou não, mas sim de um critério patrimonial. A unidade de dimensão para o cálculo é o patrimônio, e não o uso. Exemplificando: Aquele que possui um veículo mais valioso do que outro, independentemente se o utiliza ou não na mesma proporção, pagará um IPVA maior.

O condomínio é uma relação de propriedade. Quando se trata de despesas condominiais, quanto maior a fração da propriedade, maior deve ser a contribuição do proprietário. Trata-se de um dever oriundo do direito de propriedade. Aqui repousa a razão de proprietários com maior área terem a obrigação pressuposta de arcar com maiores taxas condominiais.

Quando se realiza um investimento no todo do imóvel, aqueles que possuem maior quantitativo de fração ideal são patrimonialmente mais beneficiados. A denominada injustiça ou enriquecimento ilícito entre condôminos ocorreria se houvesse o contrário. Suponha-se: Se um imóvel é de propriedade de três pessoas, sendo que duas delas possuem 20% do imóvel e a terceira possui 60%, ratear a despesa de investimento neste imóvel em três partes iguais viola a isonomia ou igualdade, justamente porque a cada R\$ 1,00 de valorização da parte comum objeto de investimento, R\$ 0,60 são vinculados à parcela de propriedade daquele último indivíduo no todo.

Neste sentido, o Código Civil determina que a contribuição condominial será proporcional à fração ideal da propriedade. Somente a vontade dos condôminos como um todo, já que se trata de direito disponível, direito patrimonial, pode afastar a linha pressuposta do dever de propriedade.

Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

A permissão de que a vontade dos condôminos como um todo afasta a presunção normativa repousa na Lei nº 4.591/64, igualmente a determinar que a quota de participação dos condôminos é proporcional à fração ideal no todo da propriedade.

Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio.

§ 1º Salvo disposição em contrário na Convenção, a fixação da quota no rateio corresponderá à fração ideal de terreno de cada unidade.

O critério de participação da propriedade no todo é o determinante. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, datado de setembro de 2018, ratificou o tema, firmando:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. FORMA DE PAGAMENTO DAS TAXAS CONDOMINIAIS. FRAÇÃO DE CADA UNIDADE. CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A lei de regência dos condomínios em edificações (Lei nº 4.591/64), em seu art. 12, caput e § 1º, estabelece a obrigação de cada condômino arcar com as despesas condominiais na proporção de sua quota-parte. Em regra, a aludida quota-parte deve corresponder à fração ideal do terreno de cada unidade, podendo a convenção condominial dispor em sentido diverso.

2. No caso, as instâncias ordinárias, mediante análise das cláusulas da Convenção de Condomínio, bem como da ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada com o objetivo de discutir e aprovar a Convenção do condomínio, entenderam que ficou provado nos autos que os condôminos escolheram o sistema de cobrança da taxa de condomínio a partir do critério das frações ideais. Súmulas 5 e 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt nos EDcl no AREsp 1169871/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018)

Conclui-se assim a afirmar que é dever de propriedade, ou seja, advém do próprio regime jurídico constitucional e legal, a atribuição do proprietário contribuir para com o condomínio em proporção de sua fração ideal, salvo se os próprios condôminos tiverem adotado outra linha de divisão na Convenção de Condomínio. Proprietários que possuam cobertura ou área de imóvel maiores devem arcar com a respectiva proporção nos valores das taxas condominiais, seja nas ordinárias, seja nas extraordinárias. 



**MARCELO KOKKE** é Pós-doutor em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela - ES, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio, especialista em processo constitucional, Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor da Faculdade Dom Helder Câmara, Professor de Pós-graduação da PUC-MG.

# Litigância Climática e o Marco Legal Brasileiro

■ POR LUCIANA LANNA E MUNIA EL HARTI ALONSO



DIVULGAÇÃO

**“A jurisprudência brasileira deverá atuar como importante instrumento para a incorporação das metas e princípios estabelecidos nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e no Acordo de Paris, contribuindo para o desenvolvimento sustentável em benefício das presentes e futuras gerações, materializando os princípios insculpidos no art. 225 da Constituição Federal.”**

## INTRODUÇÃO AO CONTEXTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: DA JUSTIÇA CLIMÁTICA À LITIGÂNCIA CLIMÁTICA ESTRATÉGICA

Antes de adentrar no ordenamento jurídico brasileiro sobre litigância climática, faz-se necessária uma contextualização sobre o tema das mudanças climáticas no âmbito internacional.

Os instrumentos internacionais relevantes para o tema da litigância climática são o Acordo de Paris, vigente desde 4 de novembro de 2016<sup>1</sup>, ratificado pelo Brasil em 21 de setembro de 2016 e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Justiça Climática (*Climate Justice*) é um conceito que vem sendo desenvolvido pela doutrina ao longo dos anos, e que foi, originalmente, expressado entre os países em desenvolvimento, encampado precipuamente pela Índia, no sentido de justiça redistributiva que também pode ser percebida como uma ferramenta multilateral de barganha diplomática para buscar compensação econômica para as repercussões da mudança climática oriundas norte geo-econômico.

Em outras palavras, a justiça climática teve origem a partir de um conceito político do *sul global* que, ao longo dos anos, se estabeleceu como “Justiça Climática” em um sentido holístico<sup>2</sup> (político, econômico, social e ambiental), ainda que no âmbito do Acordo de Paris para as Mudanças Climáticas as responsabilidades tenham sido estabelecidas de forma segmentada e diferenciada.

Essas considerações políticas foram posteriormente traduzidas em ações judiciais, através de ações coletivas ajuizadas em face dos Estados e empresas por danos causados pelas Mudanças Climáticas através da litigância climática, inclusive no âmbito internacional: a litigância climática internacional está em crescente desenvolvimento através de jurisdições internacionais como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal Internacional de Direito do Mar.

Isso inclui jurisdições regionais com alcance internacional, como a Corte Europeia de Justiça, que recebeu sua primeira ação coletiva sobre Mudanças Climáticas contra a União Europeia (UE) ou a Corte Europeia de Direitos Humanos que abarca sob sua jurisdição questões de direito extremamente abrangentes como questões tributárias sobre o Estado russo.<sup>3</sup>

Atualmente, a União Europeia enfrenta a sua primeira ação coletiva sobre Mudanças Climáticas<sup>4</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia ainda não declarou a sua competência neste caso. Os requerentes das jurisdições europeias e africanas processaram a UE por violação do Acordo de Paris e das obrigações da União Europeia estabelecidas (i) na emenda UE 2018 do Comércio Europeu de Licenças de Emissões; (ii) no Regulamento Partilha de Esforços; e (iii) na Agricultura Florestas e Outros Usos do Solo (Agriculture, Forests and other land use – AFOLU).

### A APLICABILIDADE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

A litigância climática é considerada ferramenta judicial estratégica, já que a sociedade civil tem usado litígios para fins de alavancar as políticas dos estados.

Nesse sentido, os aspectos políticos estão entrelaçados com considerações legais<sup>5</sup>, portanto, uma abordagem positivista estritamente jurídica, não compreenderia as complexidades do assunto.

Do ponto de vista do formalismo jurídico, o Acordo de Paris é um tratado internacional, com disposições vinculativas, enquanto a Agenda 2030 para o

Desenvolvimento Sustentável é uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>6</sup>. Resoluções aprovadas pela Assembleia Geral não têm caráter vinculativo nem estão reforçadas pelo direito internacional.

## A RESPONSABILIDADE PARA PRESTAR CONTAS DO ESTADO

Ambos os instrumentos internacionais passaram a ser adotados depois de décadas de lacunas políticas e legais, já que o Protocolo de Kyoto não possui a força vinculativa do Acordo de Paris, em vista do extenso art. 4º que prevê a publicação de contribuições nacionais e esforços de mitigação obrigatórios das partes. Veja o art. 4.2:

Cada Parte deve preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições nacionalmente determinadas que pretende alcançar. As Partes devem adotar medidas de mitigação domésticas, com o fim de alcançar os objetivos daquelas contribuições.

Além disso, o art. 4.17 dispõe:

Cada Parte do referido acordo será responsável pelo seu nível de emissões, conforme definido no acordo a que se refere o parágrafo 16 deste Artigo, em conformidade com os parágrafos 13 e 14 deste Artigo e Artigos 13 e 15.

A notificação do presidente Donald Trump de retirada do Acordo de Paris levantou questões sobre a natureza juridicamente vinculativa do acordo, no entanto, o Estado da Califórnia e empresas como o Google (através da Agenda de Ação Lima-Paris) expressaram sua vontade de entrar no Acordo.<sup>7</sup>

A Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento foi adotada de forma atípica pelos Chefes de Estado durante a Cúpula Pós-2015 em setembro de 2015, ao invés de passar pelos Delegados do Comitê Econômico e Financeiro ou Segundo Comitê da Assembleia Geral, inserindo Resolução no conceito de soft law (ou *droit doux*). Apesar disso, a Resolução possui inegável peso político, é a responsabilidade na forma de prestação de contas, traduzindo-se no conceito de ciência política “pressão dos pares” (*peer pressure*).<sup>8</sup>

Os predecessores da Agenda 2030, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, não tinham nenhum mecanismo de acompanhamento que agora é fornecido pelo Fórum Político de Alto Nível sobre Desenvolvimento Sustentável (HLPF) e pelos indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O Desenvolvimento Sustentável é consensualmente concebido como tridimensional no sentido social, econômico e ambiental, que é o aspecto com o qual este artigo está focado. Sob essa luz, os ODS são relevantes para o direito ambiental e a litigância climática. Acadêmicos como o professor Guruswamy, da Universidade do Colorado, colocam o desenvolvimento sustentável acima de todas as outras considerações, usando o conceito de norma fundamental<sup>9</sup> (*grundnorm*) do direito constitucional alemão, também esquematizado por Kelsen na Teoria Pura do Direito.<sup>10</sup>

## RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA NA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

Numa interpretação pragmática dos ODS, o instrumento é usado principalmente no contexto da Responsabilidade Social Corporativa (RSC), vinculada aos

Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas e às Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, de 2008, também instrumentos de *soft law*.

A litigância climática poderá encontrar suas fontes de responsabilidade não apenas com os Estados, mas também com empresas como o Acordo de Paris contempla, embora seja justo mencionar que durante a COP21 um acordo paralelo com o setor privado foi assinado com o Acordo Paris-Lima.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ao contrário do Acordo de Paris, não têm uma força vinculante legal, mas sua natureza flexível pode servir no contexto da Responsabilidade Social Corporativa como uma alavanca poderosa e instrumento legal de prestação de contas se a Empresa se comprometer. Nesse sentido, os ODS podem alcançar mais do que os Princípios Orientadores das Nações Unidas combinados com os Planos de Ação Nacionais e as Diretrizes da OCDE, ativando o potencial dos últimos. Citando o Grupo de Trabalho das Nações Unidas “Espera-se que os Estados assegurem a coerência das políticas entre os departamentos governamentais e as agências que “moldam as práticas comerciais” e as obrigações internacionais dos direitos humanos vinculadas ao Estado (Princípios Orientadores 8-10). Os Princípios Orientadores da OU estão estreitamente relacionadas com uma série de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Alinhar a implementação dos ODS com os Princípios Orientadores será fundamental. Durante o Fórum dos Princípios Orientadores das Nações Unidas, as iniciativas têm apontado para a inclusão da RSE nos Tratados de Livre Comércio e Investimento, nesse sentido o Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos das Nações Unidas está preparando um relatório sobre Diplomacia Econômica<sup>11</sup> a ser publicado no final de 2018.

Por fim, embora os pleitos ambientais têm sido uma ferramenta, uma defesa de natureza difusa e de ordem pública para o Estado nos litígios oriundos da relação Estado/Investidor, ultimamente, os investidores passam a utilizar como defesa, especialmente em casos de energia renovável, o que pode ser resumido como uma “faca de dois gumes”.<sup>12</sup>

Como a London School of Economics descreve resumidamente “A litigância climática pode ser usada para facilitar a regulação climática e responsabilizar os *policymakers* – ou pode ser usado para se opor ou enfraquecer a regulação climática”, no entanto, de acordo com o estudo conduzido pela London School of Economics, dois terços das decisões judiciais confirmaram o que dispõe o ordenamento climático internacional, e, portanto, “o litígio parece ter tido uma influência construtiva até agora”.<sup>13</sup>

Depois de retratar o contexto internacional, uma análise do panorama legal da litigância climática no Brasil e da jurisprudência recente servirão como exemplo de conquistas na Litigância Climática.

## **O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS VALORES DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL INSCULPIDOS NO REGIME JURÍDICO AMBIENTAL BRASILEIRO**

O ativismo judiciário relaciona-se com a participação do juiz na arena política, com a possibilidade de intervenção nas atividades legislativas e administrativas,

principalmente para as políticas públicas. Apesar de ser amplamente criticado, é necessário destacar a sua relevância na proteção efetiva dos direitos dos cidadãos.<sup>14</sup>

No âmbito da litigância climática, o papel do Poder Judiciário no combate às mudanças climáticas encontra respaldo jurídico na comprovada e crescente lesão aos direitos fundamentais e coletivos dessa geração e os das futuras gerações, obrigação atribuída ao Estado e prevista no art. 225 da Constituição Federal. Nesse sentido, o entendimento do STF a respeito do alcance jurídico do art. 225:

“(…) é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. (RE 658171 AgR/DF – Distrito Federal)”

E no mesmo sentido:

“Além disso, com relação à equação entre o desenvolvimento econômico e a preservação ecológica, o STF entende que o princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (ADI 3540 MC/DF – Distrito Federal)”

Dessa forma, é também dever do Poder Judiciário a concretização do regramento legal a respeito das mudanças climáticas. Esta prerrogativa decorre do poder-dever judicial diante do Estado Democrático de Direitos, no qual, o juiz frequentemente enfrenta conceitos jurídicos indeterminados especialmente relacionados com relações oriundas dos direitos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### A QUESTÃO CLIMÁTICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, é importante destacar que o processo de incorporação das medidas de combate ao aquecimento global no direito brasileiro é relativamente recente, estando a concepção de seu regime jurídico em estágio inicial. Apesar disso, o país tem se destacado na contribuição junto às Nações Unidas, no combate ao aquecimento global.

A Política Nacional de Mudança de Clima, instituída pela Lei nº 12.187/2009, tem por objetivo a redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes.

O anexo do Decreto que regulamenta a lei elenca como fontes de emissão as seguintes atividades:

- Emissão de GEE por desmatamento nos biomas brasileiros
- Emissão de GEE decorrente da produção e uso de energia de fontes fósseis (destaca-se que o setor elétrico não conseguirá cumprir as metas do Acordo de Paris para 2020).

- Emissão de GEE decorrente das atividades industrial e de tratamento de resíduos e da agropecuária.

Dessa forma, fica evidente que as decisões do STJ convergem com o estabelecido no Acordo de Paris, com a Constituição Brasileira e com a Política Nacional da Mudança do Clima.

O regime jurídico-climático brasileiro demonstra-se comprometido e alinhado com a Constituição Federal e com os seus princípios básicos. Nesse sentido, dentre os princípios, destaca-se o Princípio da Solidariedade Intergeracional. Trata-se de princípio que busca garantir direitos ambientais às futuras gerações, sendo, portanto, o desenvolvimento sustentável processo assecuratório desse direito fundamental.

## A EFETIVIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em 2015, a organização das Nações Unidas lançou uma agenda de desenvolvimento sustentável que deve ser implementada por todos os países do mundo durante os próximos 15 anos, até 2030.

Os ODS têm fundamentalmente como objetivo direcionar um novo rumo para o desenvolvimento sustentável. Dentre as metas estabelecidas, o ODS nº 13 preceitua o seguinte: “Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos”, e o item 13.2 destaca importância de integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais.

Nesse ponto, o Poder Judiciário começa a contribuir utilizando o aspecto técnico da questão das mudanças climáticas com as possibilidades jurídicas que o ordenamento brasileiro possui.

Dentre essas possibilidades, destacam-se as seguintes regras jurídicas: (i) Lei da Política Nacional da Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009), (ii) com o Acordo de Paris, em vigor desde 4 de novembro de 2016, (iii) acórdãos prestigiam precedente do Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, declarou que o meio ambiente equilibrado é um bem público, um direito constitucional fundamental e deve ser protegido no interesse das presentes e das futuras gerações (iv) Código Florestal Brasileiro.

## LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

A resolução da judicialização de questões que envolvam o desmatamento e as questões climáticas vem assumindo postura coerente com a Constituição Federal e com os princípios ambientais, intensificando a consolidação do ordenamento jurídico-climático em harmonia como o desenvolvimento sustentável.

Com relação à atuação dos tribunais brasileiros, tem-se verificado que os órgãos julgadores, em questões relacionadas às mudanças climáticas, estão em convergência com o previsto na Lei da Política Nacional da Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) e com o Acordo de Paris (COP21).

Apesar de ainda iminente, especialmente porque não há uma doutrina desenvolvida sobre o Direito das Mudanças Climáticas, a jurisprudência brasileira apresenta alguns casos que vale destacar.

O Superior Tribunal de Justiça, no AgRg em EDcl no Recurso Especial nº 094.873/SP, interpretando o art. 27 do antigo Código Florestal, decidiu que é ilegal a utilização da técnica da queimada da palha na colheita da cana de açúcar “por causar impactos negativos ao meio ambiente e emissão de CO<sub>2</sub>, contribuindo para o aquecimento global, além de causar danos respiratórios às pessoas, especialmente trabalhadores da lavoura”.

Atualmente previsto no inciso I do art. 38 do Código Florestal vigente, o dispositivo preceitua que:

Art. 38. É proibido o uso de fogo na vegetação, exceto nas seguintes situações:

I – em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do SISNAMA, para cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle;(...)

Nos autos do Recurso Especial nº 650.728-SC, em caso de aterro e dreno ilegal de manguezal, o Superior Tribunal de Justiça, mencionando a mudança do clima como um dos fundamentos fáticos centrais da decisão, com o voto condutor do ministro Antônio Herman Benjamin, deixou consignado que “é dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrâ-los para especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente”. Mesma linha seguiu o REsp 965.078/SP, abaixo transcrito:

“AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE. 1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. 2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro. 3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II). Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica. 4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações – específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo – para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto

Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador.(...)”

Portanto, no âmbito da litigância climática, o Judiciário devidamente respaldado em seu dever-poder, possui legitimidade para instigar o Poder Público a editar leis e regulamentações e a aplicar as previsões normativas já estabelecidas pelo ordenamento jurídico, para a mitigação ou para a adaptação às mudanças climáticas.

Por fim, conclui-se que a jurisprudência brasileira deverá atuar como importante instrumento para a incorporação das metas e princípios estabelecidos nos ODS e no Acordo de Paris, contribuindo para o desenvolvimento sustentável em benefício das presentes e futuras gerações, materializando os princípios insculpidos no art. 225 da Constituição Federal. 

## NOTAS

- 1 United Nations Document Reference: C.N.735.2016.TREATIES-XXVII.7.d (Depositary Notification)
- 2 See S. ROYAL. *Manifeste pour une justice climatique Poche* (2017)
- 3 n P. Baker QC, “Some Recent Cases from the European Court of Human Rights”, 49 *European Taxation* 6 (2009), p. 327. 3. The webcast of that hearing is discussed in P. Baker QC, “Some Recent Cases from the European Court of Human Rights”, 50 *European Taxation* 6 (2010), p. 261.
- 4 <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/news/first-ever-eu-climate-court-invokes-human-rights/> Last consulted 3rd of August 2018.
- 5 See Legislation and Litigation 2017 London School of Economics Policy brief [http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2017/11/Legislation-and-litigation-2017-policy-brief\\_web.pdf](http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2017/11/Legislation-and-litigation-2017-policy-brief_web.pdf) Last consulted August 3rd of August 2018.
- 6 A/RES/70/1 – Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development last consulted on 3rd of August 2018.
- 7 The Significance of the US Withdrawal from the Paris Agreement on Climate Change, Oxford Energy Comment. June 2017, the Oxford Institute for Energy Studies, Oxford University.
- 8 In that sense see: J.MELISSEN, *The New Public Diplomacy: Soft Power in International Relations*. (Ed.) Palgrave Macmillan UK (2005).
- 9 L.D. GURUSWAMY, *Energy, Environment & Sustainable Development*, 8 *Chapman L. Rev.* 77 (2005).
- 10 H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second German Edition by Max Knight. Berkeley: University of California Press, (1967).
- 11 UN Office of the High Commissioner for Human Rights press release <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/StateEconomicActor.aspx>.
- 12 See <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/22/protection-environment-investment-arbitration-double-edged-sword/> last consulted 3rd of August 2018.
- 13 M. NACHAMANY, S, FRANKHAUSER, J, SETZER, A AVERCHENKOVA, *Global trends in climate change legislation and litigation: 2017 update*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy (2017).
- 14 GRINOVER Ada Pellegini, SPÍNOLA Grasielly, *The Brazilian Judiciary as an Organ of Political Control: Panorama of Brazilian Law*, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, p. 15-32, 2014, <http://www.producao.usp.br/handle/BDPI/46746>.



ARQUIVO PESSOAL

**LUCIANA LANNA** é Advogada especializada em Direito Ambiental.



ARQUIVO PESSOAL

**MUNIA EL HARTI ALONSO** é PhD Applicant, Seminarist of the Environmental Law Masters of Universidad Complutense de Madrid, Young ICSID World Bank Member.



# Responsabilidade do parecerista. O parecer normativo

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

**“Assim como são os textos literários, e as obras de arte plástica, e as peças musicais, e o teatro, e o cinema, também os pareceres contêm matéria tão subjetiva que incorrerá no mesmo ridículo do crítico de arte que se imagina onisciente quem visar analisá-los como se analisa a pintura de uma parede, o concerto de um automóvel ou a confecção de um paletó, tal qual se fosse redutível a semelhantes standardizações.”**

O tema da responsabilidade do parecerista pelos contratos e pelos negócios que com seu fundamento se realizaram já foi objeto de numerosos artigos e alentadas manifestações da doutrina, assim como de decisões judiciais até mesmo do Supremo Tribunal Federal, sem contudo, que a questão se pacificasse de vez.

Trata-se de uma dessas discussões que os profissionais do direito mantêm viva e acesa ao longo das décadas que se sucedem, porém francamente não se atina com a razão de tanta celeuma e tanta insegurança.

A nós esse constitui um falso problema, um impasse com forte teor de enenação e de teatro ante fatos sabidos e notórios, como se as categorias jurídicas solidamente conhecidas pudessem periclitar ante modismos inventados por quem, inobstante sabidamente ocupado, deve querer parecer que nada mais tem a fazer.

Com esta breve reflexão se tentarão lançar algumas pás de cal sobre a bizantina disputa, que ainda ocorre, mas que é tão relevante para a ciência quanto rediscutir se de fato é a terra que gira em torno do sol ou se ocorre o inverso, ou então se real e efetivamente o homem chegou à lua, ou se se trata apenas de mais propaganda dos imperialistas *yankees*.

### **NATUREZA JURÍDICA: PARECER É ATO ADMINISTRATIVO?**

Qualquer análise de instituto, fato ou ato jurídico deve iniciar pela definição da sua natureza dentro da ciência jurídica.

O parecer jurídico – como de resto qualquer parecer – não constitui ato administrativo nenhum, e nem mesmo se o pode denominar instituto, que é uma instituição ou uma criação autônoma. Nada disso.

Parecer é tão só uma opinião, um entendimento, uma interpretação, uma leitura, a externalização de uma reflexão, um arrazoado, uma tese, a manifestação de um pensamento, uma idéia que se exterioriza, uma convicção que se manifesta e que se justifica, um ensaio – desejavelmente fundamentado. Não pode ser mero palpite nem gratuita intuição, mas também não configura ato administrativo.

Por mais abalizado, erudito, consistente, coerente, responsável ou comprometido que seja com o que o autor entenda ser a verdade, o parecer nada mais é que aquilo: a leitura interpretativa de alguma realidade, jurídica quando é o caso. Mas parecer é opinião sempre, sobre o assunto que for.

Ato administrativo é algo radicalmente diverso do parecer. Ato é a manifestação da autoridade para produzir algum efeito, para gerar alguma alteração da ordem, para mudar de algum modo a situação anterior, ou para encaminhar algum procedimento, ou para direcionar ou condicionar um expediente, mas nunca significa uma mera opinião.

O ato administrativo é sempre funcional, utilitário, operacional, engajado em um procedimento que dele depende, necessário para a regular continuidade da atuação do ente público naquele episódio específico.

Existe uma classificação extraordinariamente rica e ampla dos atos administrativos segundo os mais variados critérios e fins, e que varia também conforme os autores ponham sua imaginação para funcionar, e produzir prodígios de sistematização que brindam a inteligência e o discernimento humano e jurídico – e o parecer não figura jamais entre nenhuma daquelas categorias ou dentro daquelas classificações.

O parecer veicula a mais irrestrita e sagrada liberdade de pensamento, de opinião, de ideologia e de crença. Pelo parecer o autor exercita toda a sua criatividade na área que for constitucionalmente protegida como o sólido direito e garantia individual que se alinha à cláusula pétrea da Constituição, a salvo de oscilações ou modas congressuais, e de maus-humores do Executivo. Não é bem assim na Venezuela – infeliz acampamento de ciganos que deve acabar em fogo –, mas num estado democrático de direito a garantia de livre pensamento e livre expressão se valem do parecer, sobre o tema que for, a todo tempo como ferramenta e como instrumento de realização.

Coibir, cercear ou condicionar o parecer, além de uma desonestidade intelectual absoluta, é negar a forma republicana; porém emprestar-lhe força de ato administrativo é sinal de nenhum discernimento e tão desarrazoado quanto por exemplo inverter a hierarquia dos diplomas legais, ou tão alienado, em outras esferas, quanto acreditar em previsão do tempo, em horóscopo ou no bilhete que o papagaio retira da gaveta do realejo.

Quem postula que um parecer determine alguma coisa pode estar se referindo ao direito de Júpiter ou de Vênus, mas não ao de nosso planeta. Em nosso mundo o parecer jurídico tem essencialmente a mesma natureza de um comentário de futebol ou de moda, ou de uma crítica de cinema ou de teatro, ou ainda a de uma crítica literária ou política, apenas que versando sobre matéria jurídica. Nada além disso se pode vislumbrar num parecer jurídico, por mais invejável que seja a erudição do autor ou a fantasia do observador.

Trata-se mais ou menos, por aludir fantasia, da patética e inominável tentativa de invenção da *improbidade culposa*, que a lei da improbidade administrativa – nesse ponto, os arts. 5º e 10, escrita por legisladores-mendigos do direito – tenta vender aos incautos, como se no mundo pudesse existir desonestidade por imprudência, inidoneidade por imperícia ou safadeza por negligência, ou como se a palavra improbidade pudesse significar alguma coisa diferente de desonestidade ou de inidoneidade, que é sempre propositada.

Transferindo dali o foco da miopia, quem enxerga no parecer, por melhor e mais ilustre que seja, algo além de uma opinião, deveria correr a um oftalmologista, porque grande parte das doenças tratadas do início tem cura.

Parecer é, única e exclusivamente, o que a alguém parece. A quem assim não enxergar, insistimos, oftalmologista com urgência.

## A DOUTRINA

Já se escreveu consideravelmente sobre pareceres, sua natureza, seu papel, sua utilidade, sobretudo para permitir confronto com os atos administrativos. Alguns pareceristas, por sua índole, se ocupam mais com o entendimento judicial, entendendo-o predominante até para formar opiniões; outros, diversamente, antes prestigiam a sua própria impressão, querendo conformar o direito ou o pensamento jurídico.

Alguns autores fixam-se apertadamente na doutrina, de olho no que antes se produziu sobre os temas; outros ainda, ecléticos panorâmicos mais que seus antecessores, tentam ilustrar seu trabalho opinativo com o conjunto dessas vertentes todas, e de mais algumas ocasionais que se lhes antolhem vez que outra, sempre certos das infinitas possibilidades do intelecto humano.

Reitera-se que parece triste acreditar em que alguma jurisprudência seja necessária a respeito de um tema tão desprovido de mistério ou de qualquer obscuridade. Mas muitos *pensadores*, podendo complicar para divertir-se, ou de outro modo *criando dificuldades para logo após vender facilidades*, não perdem a vaza de embarafustar por filosofismos tão profundos quanto uma poça d'água, ou da penetração de um estrepe de figo-da-índia, e seu resultado é o de esperar.

Escreveram *bem* sobre o tema – não raro demonstrando custar a crer que de fato precisariam tê-lo feito... – autores como Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, 13. ed. Saraiva, SP, 2008, p. 93); Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Temas*

*polêmicos em licitação e contratos*, 5. ed. Malheiros, SP, 2001, p. 163); Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 25. ed. Malheiros, SP, 2000, p. 183); Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 13. ed. Malheiros, SP, p. 377); Gina Copola (*Da inviolabilidade do parecer do advogado público*, artigo em RSDA124/190), Marcelo Galli, artigo *Parecerista não pode ser responsabilizado em ação de improbidade*, no site *Consultor jurídico* da internet; Sara Mendes Carcará, artigo *A responsabilização do parecerista jurídico no âmbito da Administração Pública: análise jurisprudencial e doutrinária*, maio/16, em site da internet, e muitos outros ainda, sempre em uníssono quanto à falsa polêmica sobre o que seja um parecer.

Todos os autores, sempre e invariavelmente, entendem que o parecer é mera opinião, por mais abalizada, e que por ser opinião não vincula vontade de autoridade alguma, não obriga ninguém a nada, não determina condutas, não impõe regras nem proíbe o que quer que seja.

Esta questão toda, no fundo, reitere-se à exaustão, é uma falácia.

## **PARECER NÃO VINCULA NEM OBRIGA, PORQUE NÃO É ATO ADMINISTRATIVO**

Um ato administrativo, na classificação de Diógenes Gasparini (obra citada. p. 84 e seguintes), pode ser concreto ou abstrato; individual (singular ou plural) ou geral; vinculado ou discricionário; constitutivo ou declaratório; interno ou externo; simples (singular ou colegiado) ou complexo: negocial ou mero ato.

Pergunta-se: onde ou quando qualquer dessas qualidades se aplica a algum parecer? Nunca.

Um ato administrativo é a manifestação da vontade da autoridade para a finalidade específica de alterar a situação anterior. Como idéia central o ato contém uma ordem, um comando, uma determinação, ou que seja uma divisão de águas, uma delimitação de forças, algo assim.

Assim, são atos a admissão, a permissão, a autorização, a aprovação, a homologação, a licença, o alvará, a concessão, a dispensa, a adjudicação, a revogação, a anulação, a invalidação, dentre outros. Cada qual produz um resultado que muda o *status* anterior, e sem a sua prática o processo ou o procedimento em causa se paralisaria, à sua espera.

Não existe ato administrativo gratuito nem desmotivado, nem desvinculado de um fim certo e necessário. Costuma-se mencionar o *ato-condição*, que é aquele necessário para viabilizar o passo seguinte do processo ou do procedimento, ou ainda de outro ato mais complexo. Exemplo típico é a aprovação, que possibilita seguir o procedimento e sem a qual o mesmo procedimento resta travado à sua espera.

Indaga-se onde e como, nessa teoria do ato, se encaixa ou se enquadra o parecer, e ao que parece essa indagação poderia perfilar-se entre as quarenta perguntas que Pitigrilli formulou sobre a narrativa bíblica, como aquela sobre o modo como a serpente, encarnando a traição ao criador, andava antes de ser condenada a rastejar eternamente. A resposta, cá e lá, é a mesma: não existe.

O parecer não pode assumir configuração de ato tendente a produzir algum modificativo sobre algum procedimento, porque existe apenas para orientar ou ilustrar a autoridade – ou a quem seja –, informando-a tecnicamente e avivando-lhe o raciocínio e a reflexão para melhor encaminhar dado problema, e nada além disso.

Nesse sentido pode existir ou pode inexistir para que o procedimento prosiga e os atos possam ser praticados, salvo se a regra de fundamento exigir a sua produção, porém mesmo assim tal não significa que a vontade da autoridade se vincule à tese do parecer, facultando-se-lhe sempre, fundamentadamente se não for pedir demais, divergir e decidir em outra direção.

Uma diferença bastante evidente entre um parecer e um ato administrativo como a aprovação aparece na lei de licitações, art. 38, parágrafo único, a determinar que as minutas de editais e de contratos deverão ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. Por que a lei não exigiu apenas o exame, ou apenas o parecer da assessoria? Por que não exigiu que a assessoria atestasse que apenas tomou ciência das minutas?

Simplemente porque o parecer, ou o exame, ou a ciência, não mudam coisa alguma no procedimento, nem liberam a minuta para ser veiculada pelo ente público como expressando a sua vontade, mas a aprovação libera.

É muito mais sério, portanto, aprovar uma minuta que simplesmente emitir parecer sobre ela. Uma rápida aprovação pesa decisoriamente mais que uma dúzia de alentados pareceres.

Pela aprovação a assessoria jurídica responde, porque o ato produziu efeito – liberatório – dentro da Administração, e permitiu que a licitação prosseguisse conforme o que foi aprovado. Não tivesse havido a aprovação, travado restaria o procedimento, e resultado algum o procedimento licitatório produziria no âmbito interno nem externo. E negócio algum, bom ou mau, magnífico ou ruinoso, teria sido celebrado.

Não é, portanto, um simples parecer que a lei exige para a validade da minuta, mas o completo ato administrativo da aprovação. Sem qualquer embargo das suas razões, o mundo segue com o parecer, sem o parecer ou apesar do parecer, mas não segue sem a aprovação.

E seja por fim sempre lembrado que um economista, ou um engenheiro, ou um médico, ou o profissional que for dentro da iniciativa privada emitem pareceres regularmente, como um trabalho de sua rotina profissional, e o fazem com toda frequência para empresas ou pessoas físicas ou jurídicas também particulares, da iniciativa privada. O parecer de um economista para uma empresa de seguros é também um parecer – alguém nega?

Ora, se aquilo também constitui um parecer – não jurídico, mas de outra especialidade – então alguém poderá pretender que esse parecer é um ato administrativo? Talvez o seja, desde que no mundo da fantasia de Walt Disney, ou no país das maravilhas de Lewis Carroll. No mundo do direito, não é.

Nesse sentido de constituir mera opinião de alguém, um parecer pode estar simplesmente errado, ou de outro modo pode ser tecnicamente péssimo por lacunoso, omissivo, evasivo, inconclusivo, confuso, tautológico, redundante. Pode ter o defeito que for, porém isso jamais implicará responsabilidade do autor por sobre o negócio que, sob aquela orientação a autoridade celebrar, na medida em que uma simples opinião não pode ensejar responsabilização.

Se por orientação que recebeu por pareceres a autoridade trabalhou mal, então desejavelmente que seja o parecerista substituído por outro, mas não se procure responsabilizá-lo por apenas opinar.

Acusa-se a ex-Presidente da República de ter adquirido por alto preço uma usina, situada em Pasadena, nos Estados Unidos, acaso em frangalhos e sucateada

segundo o noticiário, e ela se defendeu atribuindo o mau negócio à errada orientação recebida por pareceres. Sem ir mais longe, o fato é que se no caso foram apenas pareceres a orientar, então a responsabilidade negocial permanecia sendo da autoridade signatária do contrato, não do parecerista.

Se a autoridade não sabe apreciar sequer minimamente a qualidade de um parecer que obtém de subordinado, então seguramente não deveria estar ocupando o posto de direção. O mínimo que se exige de uma autoridade em chefia é saber discernir uma boa de uma má orientação, mais ou menos como alguém que decora a pergunta, mas não compreende a resposta.

Expedir um parecer errado *não é bonito*, mas não enseja responsabilização alguma na medida em que a Constituição a todos assegura a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV) – até mesmo aquele prolanado da legião das *bestas quadradas* que pululam no serviço público.

### **TENTATIVAS DE CLASSIFICAÇÃO DOS PARECERES. O PARECER NORMATIVO**

Parece tecnicamente estranho e de fato deve ser, mas existem ensaios de classificação de pareceres jurídicos. Na sua sanha classificatória de todas as categorias jurídicas imagináveis o doutrinador não poupou os pareceres, e de um modo ou de outro os tentou classificar.

É frequente encontrar-se uma tentativa, quase um arremedo classificatório do parecer, em facultativo, obrigatório e vinculante. E é também usual a instituição local do parecer normativo, uma espécie normativa oficial em algumas repartições, para certos efeitos. Vejamos.

Parecer facultativo é aquele de que o prosseguimento regular do procedimento, ou do negócio, não depende. Pode existir como pode inexistir, e o procedimento segue em frente. A autoridade, querendo, determina sua expedição para orientá-la, tanto quanto pode dispensá-la sem embargo da regularidade do que siga. Como exemplo pode-se figurar o parecer que o Prefeito pede a seu setor de obras sobre a conveniência de certa espécie de pavimentação; com parecer ou sem, ou apesar do parecer, o Prefeito está livre para seguir a orientação ou não a seguir.

Parecer obrigatório é aquele exigido pela norma de regência de um procedimento, ou de um ato complexo, ou de um contrato. Sem ele o procedimento não pode prosseguir validamente, faltando-lhe implementar essa condição. Tal não significa que o parecer vincule a vontade da autoridade, porque essa se dele divergir poderá requerer outro parecer, até deparar com algum com que concorde, e que acate. Porém sem um parecer o procedimento não pode prosseguir validamente. Como exemplo existem certos regulamentos que exigem tais pareceres como “atos-condição” de um ato mais complexo.

Parecer vinculante é o que vincula a vontade da autoridade à sua orientação – em teoria. Isto constitui, no mais das vezes, uma grossa asneira teórica ou técnica, porque se um parecer é apenas parecer não vinculará a vontade de autoridade nenhuma nunca. Se vincula provavelmente não é parecer, mas alguma espécie de ato administrativo.

Dentro desta já mal-ajambrada idéia de parecer vinculante observa-se a figura do parecer normativo, cuja concepção se prende exatamente a vincular a vontade da autoridade que o pediu ou determinou. Mas para que um parecer tenha função normativa – ou seja de normatizar, de disciplinar, de regulamentar, de impor regras

de atuação – será preciso que a autoridade competente, com ele concordando, atribua-lhe força normativa, de modo expresso e oficial, sem o quê será apenas outro inofensivo parecer meramente orientador.

O parecer normativo de fato vincula a vontade da autoridade e dos servidores a ela subordinados naquela função, e isso ocorre porque a autoridade assim o quer, já que serviço precisa de uma orientação e uma normatização permanente e estável sobre dado assunto. Atribui então força normativa ao parecer que obteve, e ele passa a valer como cogente norma de conduta.

Poderia ser denominado orientação normativa, como aliás por vezes é, ou norma técnica, ou normativa simplesmente, ou ainda ostentar qualquer outra denominação que expressasse o mesmo conteúdo de orientação que se tornou obrigatória. Seria sempre a mesma figura: um “parecer que deixou de ser parecer”, tornando-se norma.

São correntíssimos os pareceres normativos na área da receita federal e do comércio exterior, eis que essas atividades do Estado necessitam trabalhar sob normas detalhadas, seguras e, enquanto viger cada PN, estáveis, já que disciplinam extensos setores daquelas essenciais atividades do poder público, as quais inadmitem oscilações, personalismos ou subjetivismos dos agentes.

A responsabilidade do autor do parecer normativo sobre o procedimento ou o negócio que instruiu é nenhuma. Responde pela matéria do PN, isto, sim, a autoridade que lhe atribuiu força normativa, porque assumiu a paternidade da idéia, avalizando ou endossando o que era mero parecer.

O mesmo mecanismo se dá na homologação da licitação, ato esse que transfere da comissão, que até então conduzia o certame, para a autoridade superior a responsabilidade pela correção do procedimento, o que até então ficara nas costas da comissão de licitação. Ao homologar a autoridade assume a responsabilidade pelo que a comissão realizou; em não concordando, então que não homologue e mande refazer a parte que entende desconforme a regra.

No parecer normativo, semelhantemente, a autoridade que atribui força normativa ao parecer com esse ato assume a responsabilidade pela regularidade do conteúdo do documento, como se dele tivesse sido a autora.

O resumo que se permite desta paupérrima classificação é que recorda parolagem flácida para dormirar bovino, a conhecida conversa mole para boi dormir. Parece ter faltado o que mais fazer ao classificador, e o artificialismo desta classificação, tal qual aqueles jogos que se realizam apenas para se cumprir a tabela do campeonato, fica evidente até ao mais neófito estudioso das ciências jurídicas e sociais. Consigna-se-a aqui apenas por desencargo de consciência deste equivalentemente paupérrimo escriba.

## **A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal é o desaguadouro definitivo das questões jurídicas no país – ao menos das que *conseguem aportar* naquele sodalício de inquestionavelmente difícil acesso. Com efeito, a corrida de obstáculos processuais que as ações em geral precisam superar para que se aceitem os recursos extraordinários exige esforço olímpico, a tal ponto que, de tão difícil o seu exercício, quase faz questionar para quê exatamente existe o recurso extraordinário – para falar apenas desse.

Hoje é clássica a reportagem de uma evolução de três entendimentos da Corte sobre esse assunto, a partir de uma decisão relatada pelo Min. Carlos Mário da

Silva Velloso, julgamento em 2.002 e publicação em 2.003, o MS nº 24.073 – DF, cuja ementa reza:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido. (STF – MS 24073 / DF – DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO – Julg. 6/11/2002 – Tribunal Pleno – Publicação: DJ 31-10-2003).

Desse primeiro entendimento evoluiu o e. STF para este, bem diverso, mas menos contrastante do que se costuma afirmar, no MS 24.584- DF, de 2.008, com esta decisão:

ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

E dali o augusto sodalício prosseguiu até um ponto de certo modo conciliatório entre as estatuições anteriores, no MS 24.631-DF, relatoria do Min. Joaquim Barbosa, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I – Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II – No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza

opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III – Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

Um breve e panorâmico comentário sugere o seguinte:

a) o acórdão relatado pelo (excelente) ex-Ministro Velloso vai bastante bem ao isentar de responsabilidade o autor do parecer, mera opinião que é, porém, decerto temeroso de ser tão amplo e onibarcante, adentra zona perigosa ao tentar alinhar algumas exceções àquela isenção, quando aborda erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo.

Compreende-se a precaução do magistrado, porém o fato é que o erro é grave para mim, mas nem tanto para o ilustre leitor; de inescusável transita facilmente para escusável e compreensível se muda o julgador, e, para todos, ter certeza de que se trata de culpa em sentido largo, convenhamos, constitui um insuperável exercício de gosto pessoal, de juízo íntimo, de convicção pessoal – ou personalíssima.

Trata-se de somar uma subjetividade, culpa, a outra, em sentido largo. É esse, respeitosamente, o nosso pavor: o julgamento subjetivo, sem muita base externa, mas lastreado tão-só em convicções íntimas.

Aí reside nossa única objeção à, de resto muito compreensível, cautela de um excelente ex-Ministro do Supremo Tribunal;

b) o segundo acórdão, de relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, em verdade cuida de outro assunto, que não é o parecer. O art. 38 da lei de licitações jamais menciona parecer, sendo-lhe esse tema absolutamente estranho. Reza que as minutas devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Quem falou em parecer? Como seria possível confundir uma mera opinião, chamada parecer, com um solene e rígido ato administrativo de caráter liberatório denominado aprovação?

Parecer é tão similar a aprovação quanto um registro imobiliário recorda um casamento nuncupativo, ou uma ação renovatória inglesa. Nada tem parecer com aprovação. Um parecer não aprova nada, mas apenas pode opinar pela aprovação de alguma coisa, recomendando-a à autoridade.

Um parecer pode ser uma invejável enciclopédia de direito com cem folhas, e uma aprovação pode ter uma linha: para o andamento do procedimento administrativo importa a aprovação, não o parecer. O ato que gera responsabilidade é a aprovação, não o parecer. Ao aprovar, a autoridade avaliza o que até ali foi feito e libera o procedimento para prosseguir regularmente, porque somente com parecer, ou com pareceres, ela não vai nem até a esquina.

Então, o segundo acórdão acima referido, versando sobre aprovação e não sobre parecer, cuida de outro tema, que não é o da responsabilidade do parecerista, mas sim o da responsabilidade do aprovador da minuta de edital ou de contrato.

É, portanto, bem diferente do primeiro acórdão, a começar pelo seu tema que é outro;

c) o terceiro acórdão, relator o ex-Ministro Joaquim Barbosa, também não contraria nem a jurisprudência anterior nem, muito menos, a lógica jurídica. Se a norma de regência exige parecer, a autoridade precisará obter um parecer que a convença assim ou assado, para só então liberar o procedimento.

Inconvencida com o parecer, nem por isso a autoridade pode dispensá-lo e prosseguir sem ele; requeira outro, e outro ainda se necessário, e quantos mais orem necessários para que forme sua opinião, e enfim libere o que seja para prosseguir. Sem algum parecer, não vinculante em si, mas ao qual a autoridade vincule a sua vontade porque assim quer já que naquele sentido ficou convencida, a autoridade não pode impulsionar o procedimento que depende de parecer.

Mas tudo isso, fique muito claro, não responsabiliza o parecerista, que somente emitiu sua opinião, mas sempre e exclusivamente a autoridade que conduz procedimento. O parecerista não tem culpa, nem genérica nem específica, nem em sentido largo nem estrito, por ser convincente...

Dos três acórdãos, e desse modo, o que nos parece mais convincente, pelo seu despojamento e sua simplicidade, é o primeiro.

## **A FORÇADA CONCLUSÃO**

Não há como concluir senão por que o parecer jamais gera responsabilidade ao autor.

Compreende-se o cuidado dos Ministros do STF no trato da questão, que é delicada. Ocorre que as decisões que atribuem relativa e parcial responsabilidade ao autor do parecer pelo resultado do negócio que instruiu, em caso de alegada culpa grave, ou erro grave ou grosseiro, ou falta inescusável, tudo isso navega em um denso oceano de subjetivismo, de coloração unipessoal, de incerteza essencial, de personalismos, de critérios e de gostos particulares e intransferíveis, de opiniões sem maior compromisso e sem referência externa sólida, de modo que nada de juridicamente confiável se pode extrair de um tal panorama – por mais honesto de propósitos e desapassionado que seja a cada caso o julgador.

A falta grave para uns não é tão grave para outros; o erro inescusável que alguns apontam no trabalho alheio para alguns outros é absolutamente escusável, se é mesmo que é falta...; o erro que se afigura tão grosseiro para certos juízos a outros quadra como uma leve falha formal, plenamente suprável e sem condão de macular a conclusão apontada, ou a boa-fé do autor...

Nunca, jamais se uniformizarão conceitos tão personalíssimos quanto os de falta grave, erro grosseiro, culpa em sentido largo.

Resulta perigosíssimo tentar compartimentar aqueles conceitos de modo que produzam julgamentos homogêneos e confiáveis a cada trabalho do parecerista, e se insistir nessa compartimentação será de esperar, em dado momento, uma tal barafunda de critérios de julgamento que só por si comprometerá e desmoralizará toda a tentativa.

Assim como são os textos literários, e as obras de arte plástica, e as peças musicais, e o teatro, e o cinema, também os pareceres contêm matéria tão subjetiva que incorrerá no mesmo ridículo do crítico de arte que se imagina onisciente quem visar analisá-los como se analisa a pintura de uma parede, o concerto de um automóvel ou a confecção de um paletó, tal qual se fosse redutível a semelhantes standardizações.

Até que ponto uma opinião que depois se revelou errada constitui um erro grave, ou, pior ainda, inescusável, com todo respeito, é tarefa para um deus, não para um ser humano. E o ridículo está a um centímetro do empinado nariz do crítico<sup>1</sup>. É um risco que as pessoas sensatas devem evitar, porque nem tudo em direito – para não dizer *quase nada* – é passível de avaliação objetiva e precisa.

As investidas de certos autores, e de certos juízes, contra essa verdade não vingam nem têm vida longa, e não resistirão ao único juízo garantido, o do tempo.

Tal qual a idéia de uma heteróclita improbidade culposa que se extrai dos arts. 10 e 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a lei da ação por improbidade administrativa, a tese de responsabilizar o parecerista pelo conteúdo de seu parecer que é apenas a sua opinião acerca de alguma questão que se lhe proponha, é basicamente doentia.

Tudo tem limite na liberdade de pensamento, direito sagrado garantido pela Constituição aos cidadãos dos estados democráticos. O limite não é ideológico nem partidário, nem imposto por ninguém a ninguém mais, mas ditado apenas pela lógica primária, e pela racionalidade mais simples de que cada criatura está provida.

Assim como a referida imbecilidade da lei de improbidade aos poucos imbeciliza o aplicador e por isso deve ser combatida com unhas e dentes por quem seja apenas dotado de um cérebro, também a idéia do parecer que gera responsabilidade constitui uma dessas múltiplas futilidades de moda.

Trata-se de uma daquelas rematadas e irrefletidas leviandades que em dado momento são simpáticas a uma sociedade que, como hoje é a brasileira, não lê, não pensa nem raciocina, esqueceu a língua, prefere desperdiçar toda a vida anotando asneiras em redes sociais antes que aprender alguma coisa, não fiscaliza o que fala sempre aos gritos... – mas que, convenhamos, por outro lado está enjoada da indigência humana dos seus governantes.

Até certo ponto se justifica o endurecimento de posição, porém é também certo que ninguém pode negar a simples necessidade de ver as coisas como são, e não como os arautos do apocalipse aguardam que sejam.

Se o parecer é mera opinião, e por mais lastreada e centrada que esteja lavrada, então *ipso facto* não pode ensejar efeitos no mundo, ou consequências ao autor, maiores que as de, por exemplo, ser tido como inadequado, ruim, fraco, superficial, evasivo, desarrazoado, infundado, lacônico, omissivo, contraditório, insuficiente... mas nada muito além disso, para efeito nenhum.

O parecer consagra um autor por seus próprios argumentos, como ridiculariza outro autor, pretendente a literato, porém que, por má sorte, não dispõe de espelho em casa. Mas param por aí as consequências.

Parecer é *opinio*, nunca compromisso nem juramento sobre a bíblia. 

## NOTA

- 1 Certa feita o maestro Diogo Pacheco em entrevista declarou ter parado de ser crítico musical porque estava emburrecendo. É um risco que correm todos que abandonam o mundo ao seu redor, e os que rompem com o passado para aderir às modas.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.

# O ICMS na base do PIS e da COFINS e o novo cerco da Receita Federal

■ POR MIRIAN TERESA PASCON

DIVULGAÇÃO

**“A perpetuação das contendas já decididas impõe instabilidade da jurisprudência, agravando a insegurança jurídica, quer para o setor empresarial brasileiro, quer para investimentos estrangeiros no Brasil. A Receita Federal deve repensar seu papel. Enquanto isso, os contribuintes devem buscar assessoramento para mais essa nova batalha rumo à restituição desse indébito.”**

**U**m novo round da penosa batalha dos contribuintes na devolução do indébito derivado da inconstitucional inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS começa a ser travado com a Receita Federal. No último dia 18 de outubro, foi aprovada a Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/18, da Coordenação Geral de Tributação, vinculando os critérios para apuração dos cálculos pelo órgão. Como esperado, o entendimento do Fisco extrapola, em muito, os limites do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Especial 574.706/PR, implicando não somente em drástica redução dos valores, como, em alguns casos, esvaziamento integral do valor a ser restituído.

A polêmica está no critério de identificação de qual valor de ICMS deverá ser subtraído da base de cálculo daquelas contribuições, se o destacado na nota fiscal, se o resultante entre os créditos e débitos havidos no mês, ou ainda, se o efetivamente pago. Mais terminológica do que jurídica, a controvérsia é derivada de uma interpretação aproximada que faz a Receita acerca do conteúdo e alcance da decisão proferida pelo STF, quando da fixação da Tese de Repercussão Geral 069: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Nos termos da SCI 13/18, o entendimento da RFB é o de que somente o ICMS efetivamente pago deve ser excluído.

Não se deve perder de vista que o escopo da sistemática de julgamentos proferidos no denominado regime de precedentes é o de, em última análise, dar racionalidade e funcionalidade às decisões do Poder Judiciário, inclusive em relação aos demais Poderes. Para tanto, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) é hoje obrigada a, nestes casos, determinar a inclusão do tema na lista de dispensa de recursos. Paralelamente, por ser o órgão técnico apto à interpretação jurídica da extensão destes julgamentos, a PGFN também deve proceder à orientação da Receita, o que é feito através de Nota Técnica Explicativa. No entanto, em razão da inexistência de trânsito do julgado do RE paradigma 574.706/PR, a PGFN ainda nada formalizou quanto a ele.

Logo, destaca-se que os efeitos da SCI 13/18 são provisórios, prevalecendo as orientações da Nota Técnica que futuramente deverá ser expedida pela PGFN. Contudo, até lá, a RFB estará vinculada à SCI, de modo que os contribuintes já começarão a enfrentar seus efeitos.

Embora a SCI 13/18 prescreva que deverá ser observado o conteúdo da decisão transitada em julgado para o contribuinte em particular, o fato é que, raramente, serão encontradas decisões que explicitem a interpretação sobre “qual” ICMS deverá ser excluído nos cálculos.

De fato, essa controvérsia não existia até o julgamento paradigma no Supremo. Contudo, já tendo a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS sido decretada pelo STF, a PGFN iniciou essa nova frente, trazendo-a aos processos em andamento, assim como no próprio RE 574.706/PR.

E na ausência de formulação da Nota Técnica Explicativa da PGFN, surge a SCI 13/18, que passa a orientar as atuais análises pela RFB. Para tanto, extrapolando suas limitações de atuação, a RFB passou a fazer a interpretação jurídica dos votos do julgamento, em especial, do voto relator da Ministra Carmen Lucia, concluindo que, em razão do princípio da não-cumulatividade, “o entendimento majoritário” firmado no julgamento do RE 574.706/PR foi o de que o montante a ser excluído nas bases de cálculo de PIS e COFINS é o valor mensal do ICMS a recolher.

Para além das questões pertinentes à indevida interpretação tida pela Receita, já causa espécie a simplificação que adota quanto ao critério, vez que, exatamente em razão desse princípio, sabe-se que o ICMS incidente sobre o faturamento, distingue-se, e muito, do simples valor apurado entre créditos e débitos. A SCI ignora, por exemplo, os ajustes realizados, como nos casos de benefícios fiscais, créditos presumidos e estoque, bem como que, diferentemente das contribuições, a apuração do ICMS é descentralizada. Portanto, sob o ponto de vista da não-cumulatividade, esse é o exato princípio maculado pelo entendimento adotado pela SCI.

Nos casos de saldo dos credores, por exemplo, não decorrendo pagamento do ICMS, o contribuinte tem direito de crédito perante a Fazenda Estadual, de modo que o ICMS devido foi, sim, quitado. O fato é que o ICMS, por sua sistemática, é adimplido pelo contribuinte quer pelo pagamento, se devido, quer pelas compensações entre saídas e entradas. Não se perca de vista que o ICMS é tributo que incide sobre a circulação de mercadorias, e não sobre a circulação com resultado, da qual, hipoteticamente, decorreria saldo a pagar.

Se do ponto de vista prático a SCI 13/18 adota apenas uma conta de chegada para o cálculo, do ponto de vista jurídico, não guarda nenhuma correspondência com os fundamentos do julgamento paradigma. Da simples leitura mais atenta aos votos, neste particular, em especial, do voto condutor, depreende-se que restou assentado que até se poderia cogitar da apuração de crédito e débito do ICMS, vez tratar-se de exclusão de tributo não-cumulativo. Contudo, o próprio voto, mais adiante, destaca que não se está a analisar a sistemática de apuração do ICMS, mas sim do PIS e COFINS, concluindo que o regime a ser observado é o de apuração destas contribuições, que prescreve e que deve ser excluído da base de cálculo tudo o que não é receita.

Em outras palavras, o que deve ser excluído é o ICMS que fora indevidamente incluído na apuração da receita, que outro não pode ser que não faturado, vale dizer, o incidente destacado na nota fiscal, em nada importando a posterior cadeia de apuração do ICMS. De maneira totalmente tendenciosa, a Receita exclui da interpretação a conclusão do voto relator.

No mais, ao entendimento da PGFN de que o julgamento do RE 574.706/PR não teria explicitado o critério de apuração, o próprio órgão está demandando o STF neste sentido. Logo, de fato, não somente a RFB extrapolou na interpretação do julgamento, como fez interpretação de matéria ainda não julgada, ressalte-se, no entender da própria PGFN.

A SCI 13/18, portanto, extrapola limites práticos, jurídicos e lógicos em relação ao quanto já definido pelo STF, de modo que estará em oposição à quase totalidade dos casos ajuizados. Novo contencioso administrativo tende a ser instaurado na batalha dos contribuintes, até que a PGFN venha a expedir sua Nota Explicativa à Receita.

O sistema de julgamentos por precedentes adotado pela atual legislação processual objetiva a desjudicialização das demandas. A perpetuação das contendas já decididas impõe instabilidade da jurisprudência, agravando a insegurança jurídica, quer para o setor empresarial brasileiro, quer para investimentos estrangeiros no Brasil. A Receita Federal deve repensar seu papel. Enquanto isso, os contribuintes devem buscar assessoramento para mais essa nova batalha rumo à restituição desse indébito. 



**MIRIAN TERESA PASCON** é coordenadora do Departamento Jurídico da DBC Consultoria Tributária.



# Opinião legal

## “Projeto Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES, ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS

**“Em virtude de seu alto grau de relatividade e abstratividade, um princípio não pode ser empregado de maneira absoluta em toda e qualquer hipótese, sob pena de violar um outro princípio. É justamente o que ocorre no caso sob comento em que a aplicação absoluta do princípio da impessoalidade leva a uma violação do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.”**

## DA CONSULTA

**C**onsulta-nos, a Consulente, sobre a constitucionalidade e legalidade do “Projeto Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo, levado a efeito pelo então Prefeito João Dória, em sua gestão.

O Programa consiste em uma série de ações voltadas a zeladoria pública, como varredura de ruas, limpeza de bueiros, pintura de calçadas, dentre outras ações comunitárias, com vistas a conservar o patrimônio público municipal e fomentar na sociedade o zelo e o cuidado com a cidade de São Paulo. Trata-se de um programa que visa a resgatar a beleza e a dignidade da Cidade de São Paulo.

No entanto, a despeito do conteúdo educativo e de preservação do patrimônio Público contido no aludido Programa, foi apresentada pelo Ministério Público de São Paulo uma ação de improbidade administrativa contra o referido “Programa Cidade Linda”, sob o fundamento de que o engajamento do Prefeito na execução e divulgação do Programa configuraria uma possível violação ao princípio da impessoalidade e da moralidade e consistiria num ato de promoção pessoal do então Prefeito.

Nesse contexto, para verificar a conformidade do “Programa Cidade Linda da Prefeitura de São Paulo” com os ditames constitucionais, são formulados os seguintes quesitos:

1. O projeto “Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo, que engloba ações de zeladoria pública que visam a melhorar as condições da cidade, preservar o patrimônio público fomentando a necessidade de se resgatar a dignidade do Município de São Paulo, criada na gestão do Prefeito João Dória viola o princípio da impessoalidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República?
2. Em que medida o “Projeto Cidade Linda” da prefeitura de São Paulo violaria o princípio constitucional da moralidade que rege a Administração Pública?

## DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao elencar expressamente quais os princípios constitucionais que devem pautar toda a atuação da Administração Pública. Nesse sentido dispõe no *caput* do art. 37 que:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ....”

O *caput* do referido dispositivo constitucional, portanto, oferta os cinco alicerces supremos sobre os quais a Administração Pública há de atuar.

Ao se levar a efeito um exame mais detido dos referidos princípios verifica-se, claramente, que o da moralidade informa todos os demais princípios, em face de ser o administrador público um servidor da sociedade e não essa uma servidora do administrador<sup>1</sup>.

Importante registrar no tocante ao princípio da legalidade, que ele não é um princípio típico do Direito Administrativo, uma vez que é comum a todo o ordenamento jurídico do país, conforme disposto no inc. II do art. 5º Constituição Federal:

“II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>2</sup>.

A razão do Texto Constitucional enfatizar o princípio da legalidade no capítulo da Administração Pública tem por finalidade precípua afastar qualquer tentação hermenêutica do intérprete de que seu poder discricionário poderia lhe permitir atuar fora da lei, em determinadas circunstâncias, ou de que a lei só seria aplicável aos atos vinculados e nunca àqueles dele originários.

O princípio da legalidade conforma todo o ordenamento jurídico e informa diretamente o princípio da moralidade, estando a ele unido umbilicalmente, visto que tudo o que o administrador fizer fora da lei, sobre ser ilegal, é aético. Nesse exato sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.<sup>3</sup>

O Texto constitucional optou por tornar o princípio da moralidade o mais relevante do concerto daqueles que perfilam a atuação da Administração Pública, não havendo setor dessa: direta ou indireta, que não deva ser por ele revestido.

Importante destacar que a moralidade é aquela que se vincula não só a obediência estrita da lei que deve ser aplicada, mas também à preocupação de não gerar problemas de nenhuma espécie ao administrado, nessa hipótese inclusive, pode o servidor ser responsabilizado civilmente, nos termos do art. 37, § 1º do Texto Constitucional por não agir de maneira ética.

Tem-se, portanto, que o princípio da moralidade deve pautar a atuação da Administração Pública e por via de consequência do administrador.

No caso em tela, verifica-se que o então Prefeito da Cidade de São Paulo João Doria, logo no início de sua gestão criou o Programa “Cidade Linda” que visa a implementação de uma série de atividades de zeladoria pública que buscam preservar e restaurar o patrimônio público e resgatar não só a dignidade da cidade, mas o cuidado, o respeito e o zelo que todos os cidadãos devem ter com o patrimônio municipal. São essencialmente ações de zeladoria urbana do Poder Público em parceria com a sociedade.

Não há negar que nos dias atuais a sociedade tem se esquecido que o patrimônio público é de todos e que esse deve ser cuidado pelos cidadãos. Com vistas justamente a expandir esse programa foi conferida ampla divulgação, por todos os meios de comunicação, quais sejam televisão, *outdoor*, *internet*, mídias sociais dentre outros, das ações levadas a efeito pela Prefeitura de São Paulo, com o intuito de mobilizar a sociedade a se engajar no Projeto.

Destaca-se que todas as ações do Programa Cidade Linda dizem respeito a atividades que visam melhorar o cuidado com a cidade, tais como varredura de ruas, cuidado com jardins, limpeza de bocas de lobo, poda de árvores, recolhimento de lixo, conserto de buracos, dentre outras ações.

Todas essas atividades são levadas a cabo pelo poder público municipal em parceria com a sociedade, na mais estrita observância do inc. I do art. 3º da Constituição da República, *in verbis*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; .....”

Trata-se de um conjunto de ações sociais que visam a valorizar o patrimônio público municipal e resgatar a beleza da cidade e promover o zelo e o cuidado com o patrimônio público e a Cidade de São Paulo.

A adoção do Programa “Cidade Linda” em nada viola o princípio da moralidade administrativa, uma vez que nele não há qualquer referência ao nome do prefeito ou a sua pessoa. Pelo contrário, trata-se de um programa institucional da Prefeitura de São Paulo e não do prefeito.

O fato de o Prefeito estar presente nas diversas atividades do Programa e conferir ampla divulgação a esses atos por si só não viola o princípio da moralidade. Deve o administrador público dar o exemplo e se engajar nos programas da prefeitura, prestando contas à sociedade do trabalho que vem realizando na Administração.

A atuação do Prefeito deve ser sempre transparente de modo a prestar contas de seus atos aos administrados. Nesse particular, a conduta do Prefeito e o conteúdo do Programa “Cidade Linda” atendem rigorosamente aos princípios éticos e morais que fundamentam a Administração Pública. A esse respeito já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

“O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do poder público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.<sup>4</sup>

Não se vislumbra em que medida o uso do Programa Cidade Linda, aliado a figura de um coração com as letras SP, abreviatura de São Paulo, possam por si só violar a moralidade administrativa. Não há nada de imoral no Programa “Cidade Linda”. O uso da figura do coração significa apenas e tão somente o amor que os cidadãos de São Paulo devem ter com a sua cidade. As iniciais S e P contidas dentro do coração se referem expressamente à cidade de São Paulo e não ao ex-Prefeito João Dória.

O programa não faz, em nenhum momento, referência direta ao Prefeito João Dória, mas sim à cidade de São Paulo. Não se encontra aqui qualquer desvio de poder que pudesse afrontar flagrantemente o princípio da moralidade administrativa.<sup>5</sup>

Ademais, o Programa “Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo reverencia ainda o princípio constitucional da legalidade que, como visto anteriormente, é intrínseco ao princípio da moralidade administrativa, tanto é que foi aprovado por meio da Lei Municipal nº 16.808, de 23 de janeiro de 2018, que institui o Selo Cidade Linda no Município de São Paulo. É dizer, o programa sob comento do Poder Executivo Municipal passou pelo crivo do Poder Legislativo na medida em que foi devidamente aprovado pela Câmara de Vereadores de São Paulo ao criar o Selo Cidade Linda.

O Selo Cidade Linda consiste em uma certificação conferida pela Administração Pública Municipal a pessoas jurídicas de direito privado, legalmente constituídas,

que colaborarem com a limpeza, manutenção e revitalização urbana por meio de ações concentradas de zeladoria urbana, implementadas no âmbito do Programa “Cidade Linda”. O § 1º do art. 1º da Lei nº 6.808/18 dispõe sobre quais são as ações de zeladoria urbana:

“Art. 1º.....

§ 1º Consistem ações concentradas de zeladoria urbana:

- I- Manutenção de logradouros;
- II – Conservação de galerias e pavimentos;
- III – retirada de faixas e cartazes;
- IV – Limpeza de monumentos;
- V – Recuperação de praças e canteiros;
- VI – Poda de árvore;
- VII – manutenção de iluminação pública;
- VIII – reparo de sinalização de trânsito;
- IX – Limpeza de pichações;
- X – Troca de lixeiras;
- XI – reparo de calçadas”.

A moralidade pública está a exigir que o administrador haja com lisura e transparência nas suas ações e priorize o bem público. Ora, foi exatamente isso que fez o Prefeito João Doria ao levar a cabo o Programa Cidade Linda e conferir ampla publicidade as suas ações.

No caso *sub examine*, verifica-se que a adoção do Programa “Cidade Linda” vem de encontro justamente com os anseios da sociedade que clamam por maior transparência e moralidade nos atos da administração pública.

Ademais, os princípios constitucionais não devem ser aplicados de forma absoluta, sob pena de violar outros princípios albergados pelo Texto Constitucional, nesse sentido, a moralidade deve ser interpretada em consonância com o princípio constitucional da publicidade.

## DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA IMPESSOALIDADE

O princípio da publicidade consagrado no Texto Constitucional está a exigir que os atos da Administração Pública sejam amplamente divulgados. Trata-se de um princípio ético que obriga, de forma discreta, mas permanente, os administradores a darem conta de sua gestão pelas vias oficiais<sup>6</sup>.

O princípio da publicidade é também denominado “princípio da transparência”, não devendo ser confundido com o da “auto-promoção publicitária”. Por ser o servidor público um servo da sociedade, que dela retira os meios para prestar-lhe os serviços públicos necessários, não pode esconder de que forma administra os bens da sociedade, devendo, pelos canais oficiais (Diário Oficial e Comunicações Técnicas), informá-la da clareza de seus atos.

O princípio da publicidade ou da transparência é um princípio vinculado à moralidade pública. Ele exige a ampla divulgação e transparência dos atos administrativos, com exceção dos atos relativos às questões de segurança nacional.

São expressamente vedadas qualquer tipo de decisões escusas ou resoluções de gaveta, na exata medida em que os atos administrativos devem ser transparentes,

não sendo permitido assim aos administrados alegarem o desconhecimento das regras e atos da Administração Pública.

Aludido princípio torna obrigatória a divulgação oficial dos atos praticados pela Administração pública, com vistas a que o administrado tenha conhecimento e possa assim exercer fiscalização e controle sobre eles.

Foi exatamente na mais estrita observância do princípio da publicidade que o Prefeito João Doria deu ampla divulgação em todos os meios de comunicação, inclusive na *internet* e nas redes sociais sobre o Programa “Cidade Linda”, com vistas a mobilizar os cidadãos a aderirem ao programa, uma vez que se trata de uma ação conjunta de zeladoria pública da sociedade e da Prefeitura.

Toda divulgação e publicidade recaiu sobre o programa e suas atividades, mas não sobre a pessoa do Prefeito, em conformidade com o disposto no §1º do art. 37 da Constituição da República, *in verbis*:

“Art. 37.....

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Há que se reconhecer que os princípios da publicidade e da impessoalidade estão mutuamente imbrincados, na medida em que se de um lado as ações da Administração Pública devem ser amplamente divulgadas, de outro não pode o administrador público fazer essa divulgação de modo a ensejar sua promoção pessoal.

O supracitado parágrafo constitucional acaba por reconhecer que nesse caso os interesses públicos e privados estão diretamente interligados. Por essa razão é que o Texto Constitucional não veda que na publicidade constem nomes, imagens ou símbolos, como ocorre no Programa “Cidade Linda”, o que ela proíbe é que constem nomes, símbolos ou imagens dos servidores públicos ou dos administradores e isso não se encontra presente no aludido Programa.

O Programa “Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo não possui qualquer referência direta ao Prefeito João Doria, pelo contrário o único símbolo existente é um coração com as iniciais da cidade de São Paulo, com a finalidade de suscitar nos cidadãos o amor e o respeito a cidade de São Paulo.

Destarte, o supracitado parágrafo constitucional deve ser interpretado em consonância com os demais princípios constitucionais albergados pela Constituição, como o da moralidade. Nesse exato sentido, adverte o Ministro Maurício Correa:

“A generalidade do óbice, no entanto, pode acabar impedindo a publicidade legítima de ações governamentais, usurpando do Executivo Estadual o poder discricionário de avaliar o conteúdo de suas publicações. Por outro lado, o dispositivo pode “gerar perplexidade na sua aplicação prática, tendo em vista a dificuldade de para se estabelecer a correta distinção entre o que é propaganda direta ou subliminar de atividades ou propósitos de governo e o que não é, circunstância que pode causar obstáculos ao dever constitucional de informar e de prestar contas, a que se submete o agente público, extrapolando, assim, os limites específicos do § 1º do art. 37 da Constituição”.

O caráter educativo exigido pelo Texto Constitucional faz parte da própria essência do Programa “Cidade Linda”, que visa por meio de suas ações concretas promover o cuidado e o zelo da população com o patrimônio público e resgatar a beleza da cidade. Preleciona o Ministro Maurício Correa:

“É certo que ao administrador cabe prestar contas e levar informações à população, mas deve fazê-lo com observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, e sempre de modo impessoal”<sup>8</sup>.

O Programa *sub examine* atende a gestão da coisa pública, na mais rigorosa observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e valoriza a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Destarte, não está o aludido preceito constitucional a impor, em momento algum, que o caráter educativo esteja no nome do programa que deve ser objetivo e sintético em observância ao princípio da impessoalidade, mas sim no seu cerne e tal exigência é plenamente cumprida pelo Programa “Cidade Linda”.

O Programa Cidade Linda não é um *slogan*, pelo contrário é um conjunto de ações voltadas a zeladoria pública, assim como diversos outros Programas existentes de diferentes entes federativos, tais como, “Luz Para todos”, “Fome zero” e “bolsa família”.

Não se trata aqui de uma publicidade autopromocional do Prefeito, mas sim de uma atuação pública e transparente do Poder Executivo Municipal na preservação do patrimônio público.

É importante destacar que a transparência e a ampla publicidade dos atos, dos programas e das ações do Poder Público são medidas que visam ampliar o controle sobre a atividade administrativa e combater a corrupção. Trata-se de uma exigência da própria sociedade e do ordenamento jurídico.

A Constituição da República também elenca o princípio da impessoalidade para fundamentar a atuação da Administração Pública. Esse, por sua vez, exige que a Administração Pública seja impessoal, sem favorecer a quem quer que seja, aplicando as leis do país, por igual, a todos os cidadãos, residentes ou pessoas que aqui transitam, visto que apenas nas monarquias absolutas ou nas ditaduras, os “amigos do Rei” são favorecidos e os “inimigos” perseguidos.

De igual modo, não se pode falar em impessoalidade sem falar em moralidade, eis que é esta que dá a coloração maior daquela, tornando o administrador um justo servidor público na medida em que não cria privilégios, nem oferta tratamentos desisonômicos e preferenciais<sup>9</sup>.

O administrador deve ser impessoal nas suas ações, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. Explica Celso Ribeiro Bastos que:

“É de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração. Isto porque é difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da legalidade. De fato, a lei tem que ser aplicada de molde a não levar em conta critérios nela não inseridos. Toda vez que o administrador pratica algum esforço na legislação para abranger uma situação por ela não acolhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no

modelo legal, a administração está se desviando da trilha da legalidade. Essa derrapagem nem sempre é ostensiva. Nessas hipóteses a cautela do administrador recomenda-lhe abster-se da prática que ofenda explicitamente a norma legal<sup>10</sup>.

O princípio da impessoalidade visa a impedir que os atos da administração sejam pessoais, favorecendo alguns em detrimento de outros, ou conferindo destaque a pessoa do administrador em detrimento da Administração Pública. Celso Ribeiro Bastos adverte que:

“A regra é bastante rigorosa. Proíbe a aparição da imagem da autoridade e mesmo da sua referência por meio da invocação do seu nome ou de qualquer símbolo que produza igual efeito”<sup>11</sup>.

Ora, o Programa “Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo além de ter um caráter educativo e de instituir uma parceria transparente entre o Poder Público, a iniciativa privada e os cidadãos, numa verdadeira ação de solidariedade para preservação do patrimônio público municipal, não contem qualquer referência ou menção a pessoa do então Prefeito João Doria.

Não se trata de um programa pessoa, centralizado na pessoa do ex-Prefeito João Doria. Pelo contrário é um programa institucional, previsto expressamente em lei municipal e que diz respeito a ações de zeladoria pública do Município e não do seu gestor.

## **DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Os princípios constitucionais constituem-se no alicerce do Ordenamento jurídico pátrio. São normas que veiculam valores. São fundamentos que servem de parâmetro para aplicação do Direito. São dotados de grande carga de relatividade e abstratividade para que possam incidir nas mais variadas situações concretas.

Todavia, em virtude de seu alto grau de relatividade e abstratividade, um princípio não pode ser empregado de maneira absoluta em toda e qualquer hipótese, sob pena de violar um outro princípio. É justamente o que ocorre no caso sob comento em que a aplicação absoluta do princípio da impessoalidade leva a uma violação do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

A obediência unilateral e irrestrita a um determinado princípio acarreta inevitavelmente a violação de outros princípios albergados pelo ordenamento jurídico.

Para solucionar, o conflito entre princípios utiliza-se o princípio da proporcionalidade também denominado de “princípio dos princípios” que tem a sua origem no Direito Alemão. A despeito de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, tem sido amplamente aplicado, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, com fulcro no Estado Democrático de Direito, no princípio da isonomia ou no próprio § 2º do art. 5º do Texto Constitucional.

Ele exige que em face de um aparente conflito entre princípios deve-se levar a efeito uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles no caso concreto. Em outras palavras, um princípio deve renunciar a sua pretensão de ser aplicado de forma absoluta devendo prevalecer apenas até o ponto a partir do qual, deverá ser aplicado outro princípio que lhe seja aparentemente conflitante.

Trata-se de aplicar um sopesamento dos valores em conflito no caso concreto de modo a encontrar uma decisão que menos agrida ao outro princípio. Robert Alexy a conceitua como “relação de precedência condicionada”.<sup>12</sup>

Isso não significa de modo algum que a prevalência de um princípio em detrimento do outro signifique a invalidação de um deles, muito menos a criação de uma cláusula de exceção ou uma escala de valores. Trata-se tão-somente da constatação de que naquele caso específico um deles tem um peso maior, tendo em vista as peculiaridades e circunstâncias que envolvem aquela situação concreta.<sup>13</sup>

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios, quais sejam: a) conformidade ou adequação dos meios, que consiste em verificar se a solução apresentada é apta a gerar a finalidade almejada; b) necessidade ou exigibilidade dos meios empregados que exige que a solução seja eficaz e também menos gravosa para o outro princípio, e; c) proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade) que visa verificar se há uma ponderação razoável na aplicação de um princípio e na restrição de aplicação de outro.

Nesse sentido, importante destacar o conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus de nº 93.172/SP:

“Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (‘A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal’, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2. ed. SP: Celso Bastos Editor: IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)”.

Não se constitui tarefa das mais fáceis saber qual o ponto exato a partir do qual determinado princípio não pode mais ser adotado no caso concreto na sua integralidade. Consoante os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho:

“no caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <exigências> ou <standarts> que em primeira linha *prima facie* devem ser realizados; as regras contêm <fixações normativas> definitivas sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Dito de outro modo: a convivência de princípios é sempre conflitual”<sup>14</sup>.

Em face de um conflito de princípios a busca da solução ocorrerá por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Para tanto deve-se aplicar os seus subprincípios com vistas a buscar a melhor interpretação e solução ao caso.

No caso sob comento, cumpre analisar – em face do princípio da proporcionalidade – a condenação do Ex-prefeito João Doria por improbidade administrativa em virtude do Programa “Cidade Linda”, pela 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. A decisão judicial entende que o Programa SP “Cidade Linda” configurou uma promoção pessoal do então prefeito a despeito de não conter qualquer referência ao seu nome, ou símbolo que se relacione com ele.

No aparente conflito de princípios constitucionais existentes no caso em tela, quais sejam, impessoalidade e publicidade optou a decisão judicial por levar a cabo uma interpretação extensiva do princípio da impessoalidade e desconsiderar por completo o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Essa solução adotada pela referida decisão judicial ao ser analisada à luz do subprincípio da conformidade ou adequação dos meios, não se mostra como a mais adequada a atingir o objetivo almejado, qual seja, evitar a promoção pessoal do prefeito e garantir ampla divulgação dos atos e programas realizados pela Administração Pública.

Ao se aplicar o subprincípio da necessidade ou exigibilidade dos meios empregados, verifica-se que a mera condenação do Ex-Prefeito João Doria por improbidade administrativa não é a única solução cabível e nem de longe a menos gravosa.

Pelo contrário, é uma interpretação que viola frontalmente o princípio constitucional da publicidade e da moralidade, pois pune-se o ex-Prefeito por algo que ele definitivamente não cometeu, pois não há no Programa Cidade Linda qualquer referência ou menção a sua pessoa.

A solução menos gravosa e mais eficaz, é sem dúvida nenhuma, incluir no Programa Cidade Linda o símbolo da Prefeitura de São Paulo, mas não condenar o Prefeito e o extinguir o Programa e suas ações, prejudicando assim toda a coletividade que é maior beneficiária do Programa.

Em face do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade) constata-se não haver uma ponderação razoável na condenação por improbidade administrativa do ex-Prefeito João Doria e na negação total do princípio da publicidade e da transparência. Assevera Luís Roberto Barroso que:

“Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência”<sup>15</sup>.

Não se mostra razoável punir o ex-Prefeito João Doria por uma conduta que ele de fato não cometeu. Pelo contrário, toda sua atuação foi pautada na mais estrita observância dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Tem-se assim que há uma solução compatível e exigível pelo princípio da proporcionalidade, qual seja, a não condenação do Ex-Prefeito João Doria e a manutenção do Programa “Cidade Linda” da Prefeitura de São Paulo, com a inclusão do símbolo oficial da cidade de São Paulo.

Trata-se de levar a efeito uma interpretação do princípio da impessoalidade que o coadune com os preceitos constitucionais da publicidade e da moralidade. É uma interpretação que traz à lume uma decisão razoável que prestigia o princípio da publicidade e moralidade administrativa e que leva em consideração os benefícios advindos do programa para toda a sociedade.

É a nossa Opinião Legal.

S.M.J.

São Paulo, 25 de Setembro de 2018.

## NOTAS

- 1 Hely Lopes Meirelles ensina que: “A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem por sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15. ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 79).
- 2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que: “Aqui se enuncia a base fundamental do estado de direito (v. meu Estado de Direito e Constituição, cit.). A importância desse princípio no sistema constitucional não pode ser exageradamente exaltada. De fato, está ele no cerne da construção, que é a democracia representativa, cujo objeto não é o engrandecimento do Estado, mas a liberdade dos homens. Realmente, na fórmula célebre de Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem” (De l’esprit des lois, Livro II, Cap. 3). Desse modo, apenas as leis podem circunscrever e limitar a liberdade. É o que está explicitamente no art. 4º da Declaração de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei” Essa missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer “volonté momentanée et capricieuse” (De l’esprit des lois, cit., Livro 2, Cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Conseqüentemente, “a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade” (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte; cf. nosso Do processo legislativo, nº 32). A evolução do pensamento político, se alterou o fundamento do princípio da legalidade, não lhe retirou a força. Manteve-se arraigada a ideia de que só a lei pode limitar e restringir a liberdade natural, que só ela pode comandar que se faça ou que não se faça alguma coisa. Tal determinação, porém, não mais se justificava na confiança de que a lei traduzisse necessariamente um ditame de razão e de justiça. Fundava-se no princípio democrático. Apenas a lei pode circunscrever a liberdade porque é ela a expressão por excelência da vontade do povo, sendo estabelecida pelo Parlamento que o representa. Dessa forma, o princípio da legalidade é inerente à democracia” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I, Saraiva, 1990, p.28/29).
- 3 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, Relator Ministro Eros Grau, Julgado em 8 de junho de 2006.
- 4 Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.661, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 5 de junho de 2002.
- 5 Explica Celso Ribeiro Bastos que: “Na França, mais recentemente a importância da noção de moralidade administrativa tem decaído pela preferência que se dá à expressão ‘desvio de poder’. É preciso consignar-se que a redução da moralidade administrativa ao desvio de poder na

França tem uma consequência prática muito grande: torna impossível o exame da questão ao controle judicial. Houve aí um alargar-se da noção de direito para colher um campo que antes ficava adstrito à moral.

A primeira consequência a nosso ver da encampação desse princípio é o aumento do âmbito do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa. Aliás, a concretização desse princípio dá-se em diversos pontos da Constituição. Lembra Diógenes Gasparini que o próprio § 4º do art. 37 da CF postula que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (*Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 1994, p. 36).

- 6 Walter Ceneviva escreve: “Nomeados ou eleitos, os funcionários da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecem a princípios genéricos e específicos, voltados para a boa qualidade da administração. No primeiro grupo estão os de legalidade (nada fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei), impessoalidade (o serviço se dirige a todas as pessoas, igualmente, sem privilégios), moralidade (o respeito aos princípios éticos é imperativo na ação pessoal e em relação a todos os que tratem com a administração) e publicidade (os atos administrativos devem ser do conhecimento do povo, de modo a tornar transparentes os atos do governo)” (*Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 132).
- 7 Voto do Ministro Maurício Correa na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.472/ RS, Julgada em 1 de abril de 2004, Supremo Tribunal Federal, p. 7.
- 8 Voto do Ministro Maurício Correa no Agravo em Recurso Extraordinário nº 217.025-5 /RJ, Supremo Tribunal Federal, Julgado em 27 de abril de 1998, p. 1048.
- 9 Pinto Ferreira lembra que: “O princípio da impessoalidade significa que o ato administrativo não deve ser editado nem elaborado tendo por objetivo beneficiar a pessoa de alguém. Wolgran Junqueira Ferreira (Comentários à Constituição de 1988, cit., v.1, p. 452) menciona como típica da pessoalidade a concorrência para a construção da ferrovia norte-sul, quando já se conheciam com antecedência os ganhadores da concorrência pública. O princípio da impessoalidade foi adotado em nosso texto constitucional, “princípio este completamente desconhecido, pelo menos com essa designação, à liderança jurídica brasileira”, como observa Toshio Mukai. No direito comparado, o princípio da impessoalidade é chamado de princípio da finalidade administrativa. Para Caio Tácito, o princípio da finalidade administrativa é “corolário essencial do princípio da legalidade”, pretendendo com isso que “toda a atividade estatal se dirija ao entendimento de um interesse público qualificador”. Prossegue ele: “A regra invariável é, portanto, a de que, em nenhuma hipótese, pode a autoridade substituir o fim previsto na lei por outro público ou privado, lícito ou ilícito” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 2º volume, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 362 e 363).
- 10 *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol. Tomo III, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 33-35.
- 11 *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol. Tomo III, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 159.
- 12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 91-92.
- 13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 91-92.
- 14 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1990, p. 174.
- 15 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 260.

---

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** é Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES** é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da PUC-SP.

**ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS** é Advogado especialista e Professor em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária-CEU/IICS.



*Ricardo Sayeg*

ARQUIVO PESSOAL

## Aborto é assassinato

**R**ealmente eu tenho minha fé! Mas independente dela, a discussão do aborto não é uma questão de fé, e sim de bioética. Com o avanço da ciência, cientificamente é verificado que o nascimento da vida humana não é com o parto, mas com a multiplicação das células, quando o zigoto se transforma no embrião vivo que, em seguida, passa a ser protegido e provido pelo saco gestacional, que se transforma em placenta até o parto.

Neste momento não vejo diferença, sob o ponto de vista jurídico da pessoa humana, entre o embrião vivo e um adulto, por exemplo. Porque a vida humana é sempre em perspectiva, em eterna mutação. Nunca somos quem éramos ontem

e seremos diferentes amanhã. Mas hoje, ontem e amanhã, sempre seremos pessoa humana, que tem dignidade imanente à vida.

Modernamente, um ser humano pode ser gerado em laboratório e não necessita obrigatoriamente do parto, muito menos de mãe, contudo, sempre de um cuidador, um protetor, um guardião, ainda que seja o Estado. Inclusive até muitos anos após o seu nascimento.

Não é necessário ter braços, pernas e órgãos para ser considerado humano, pois não há dúvida que eles estão em formação e o ser humano se iniciou com o feto vivo. Ele está vivo, as células estão se multiplicando e isto é vida, o ser humano completo e adulto já está lá, em perspectiva.

Por este motivo científico, biológico e jurídico é que a mãe não pode dispor da vida de outro, ainda que seja a rainha da vida dele.

A mãe e o pai devem proteger e prover o embrião, o feto e depois a criança até a idade adulta, é responsabilidade deles. Sou partidário na criminalização do abandono moral e material do pai nestas circunstâncias.

Por isso, embora respeite quem defenda o aborto, sou do firme entendimento de que aborto é homicídio de pessoa viva, não aceito e muito menos concordo com isto.

Da mesma forma que é duro e contundente quando falo que o aborto é assassinato; para mim e muitas outras pessoas, é duro e contundente quando os defensores do aborto banalizado sustentam que o embrião vivo e o feto são organismo e não pessoa humana.

A presença do povo cristão nesta luta, não anula estes fundamentos científicos, que em síntese se resumem em:

Quando ocorre o nascimento da pessoa humana? No parto? Não. Na concepção do embrião vivo? Sim. No zigoto? não, por isso sou a favor do diu e da pílula do dia seguinte.

Por questão de proporcionalidade na colisão de direitos, é que aceito as hipóteses legais de aborto.

O direito ao aborto indiscriminado até um determinado momento, tem a natureza jurídica de direito de arrependimento, da falta de cuidado quanto ao modo do ato sexual, com prazo decadencial de algumas semanas, o que me parece absolutamente insensato e raso, principalmente diante de todos os recursos anticonceptivos disponíveis, inclusive no dia seguinte.

Uma nação que institucionaliza a morte de inocentes é uma nação em desgraça. Defendo a vida e, para mim, aborto é sim assassinato, embora respeite as pessoas de boa fé que pensam contrário. **■**



Na **Prática Forense** você estuda  
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

**3225-6419**

[www.zkeditora.com/pratica](http://www.zkeditora.com/pratica)

 zakarewicz  
editora