



A LEI 13.968/2019 E A CRIMINALIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NA AUTOMUTILAÇÃO¹

Heli Fernandes de Freitas²

Rafael Machado de Souza³

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo promover a análise de vários aspectos da Lei nº 13.968/2019, que alterou o artigo 122 do Código Penal, tipificando as condutas de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação. A partir de considerações sobre princípios penais, busca-se verificar se a alteração realizada está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como averiguar a existência de possíveis empecilhos na aplicação prática da norma. Para tais fins, tratando-se de uma pesquisa de cunho teórico-bibliográfica, utiliza-se dos ensinamentos jurídicos trazidos por autores como MASSON (2011), CUNHA (2019/2020), NUCCI (2020) e, na perspectiva da automutilação, de textos de autores de concepção psicológica, como GIUSTI (2017). Assim, realiza-se uma breve contextualização do cenário social brasileiro que levou à criação da lei para, ao final, destacar os equívocos e/ou os acertos do legislador em relação a *novatio legis*, de modo a contribuir para o aprimoramento do processo legislativo e para o debate no ramo jurídico, principalmente no campo do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Automutilação. Código Penal. Princípios Penais. Psicologia Forense.

ABSTRACT: O resumo ou abstract são importantes, pois é por meio deles que os leitores decidem ou não dar continuidade na leitura do texto. Dessa forma, é essencial que se resuma de forma concisa e objetiva as ideias principais do texto, bem como as conclusões obtidas com a realização do trabalho. No entanto, o resumo deverá ter no mínimo 150 palavras e no máximo 250 palavras. Não sendo permitido a inserção de citações, imagens ou equações. O texto dever ser redigido na terceira pessoa do singular e na voz ativa. O resumo terá espaçamento simples e fonte tamanho 12. Inicia-se o resumo como uma frase significativa que aborda o tema principal do trabalho. Em seguida, traz-se os métodos, resultados e conclusões do estudo. Logo após vem as palavras representativas do conteúdo, denominadas de palavras-chave.

KEYWORDS: Self-mutilation. Penal Code. Penal Principles. Forensic Psychology

¹ Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara/FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. E-mail. heli.freitas_net@hotmail.com

³ Professor Especialista em Direito Processual Civil pela Uninter. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: rafaelmachado1986@uol.com.br

INTRODUÇÃO

No cenário de avanço tecnológico pelo qual passa a sociedade moderna, tem sido uma preocupação social coibir determinadas condutas perniciosas que se propagam em grande velocidade, especialmente por meio das mídias sociais, como as do suicídio e da automutilação. Em 2017 tornou-se conhecido no Brasil o chamado “jogo da baleia azul”, cujos participantes, majoritariamente crianças e adolescentes, eram estimulados ou até coagidos a praticarem automutilação e suicídio, condutas registradas e disseminadas por meio da internet (O GLOBO, 2017).

Embora não seja um comportamento inédito na sociedade, a automutilação veio a ser objeto de maior atenção nas últimas duas décadas, quando as ocorrências desse tipo de ato quase triplicaram ao redor do mundo - passando de 2,4% para 6,4% entre 2000 e 2014 -, sendo os adolescentes o público mais recorrente na prática e, dentre estes, as mulheres como maioria (CUMINALE, 2019).

O ato de se automutilar é conceituado por GIUSTI (2013) como “qualquer comportamento intencional envolvendo agressão direta ao próprio corpo sem intenção consciente de suicídio”. Conforme assevera a autora, embora essa prática normalmente tenha início durante a adolescência (entre os 13 e 14 anos), ela pode perdurar por décadas, levando à ocorrência de desfiguração física e até ao suicídio, quando há frequência e aumento na intensidade das lesões.

Diante destes acontecimentos, os legisladores brasileiros buscaram meios de reprimir as ações daqueles que incentivam a prática da automutilação, principalmente por meio das redes sociais. Para tanto, foi proposto, inicialmente, a alteração da Lei Federal n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por meio do Projeto de Lei do Senado nº 664 de 2015, que posteriormente foi substituído pelo Projeto de Lei nº 6.389 de 2019, que resultou na criação da Lei nº 13.968/2019.

Essa nova lei trouxe a modificação do artigo 122 do Código Penal, dispositivo que tratava da participação no suicídio, um dos crimes contra a vida. Após a alteração, o artigo 122 passou a prever também as condutas de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, crime praticado contra a integridade corporal.

A Lei nº 13.968/2019 é uma das várias modificações realizadas no Código Penal Brasileiro desde a sua edição, em 1940. A alteração da lei penal é plenamente justificável, tendo em vista que, na condição de mecanismo de regulação social, a norma deve acompanhar as mudanças da sociedade, de modo a refletir os padrões moralmente aceitos pela comunidade.

Assim, se a sociedade deixa de considerar determinada conduta reprovável a ponto de se impor uma prisão, em tese, deve a legislação deixar de criminalizar aquele comportamento (como aconteceu no caso do adultério). Do mesmo modo, se a coletividade tem grande reprovabilidade por determinada conduta, cabe a norma buscar meios de coibir esse comportamento.

Todavia, em se tratando de legislação penal, a modificação ou a criação de dispositivos deve ser feita com máxima cautela, em observância a todos os princípios e ao regramento vigente. Em suma, o legislador não pode cometer erros na edição dessa norma, visto que a sua aplicação pode acarretar a segregação da liberdade do indivíduo, constituindo verdadeiro instrumento de limitação de um dos direitos constitucionais mais importantes do ser humano, a liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal).

Desse modo, a análise da alteração promovida pela Lei nº 13.968/2019 se mostra extremamente pertinente e relevante, considerando-se a importância do direito afetado pela norma, bem como o atual cenário de desenvolvimento tecnológico, onde novas práticas sociais surgem exponencialmente. Assim, a presente pesquisa possui o propósito de analisar o modo como foi feita a criminalização da participação na automutilação pela Lei nº 13.968/2019, em atenção aos princípios aplicáveis ao campo do Direito Penal, bem como os impactos e empecilhos na aplicação prática da nova legislação.

Para tanto, tratando-se de um estudo teórico-bibliográfico de cunho analítico-qualitativo, utiliza-se os pressupostos desenvolvidos por autores como CUNHA, NUCCI, MASSON, de artigos científicos, tanto da área jurídica como da psicologia, além de publicações de revistas, jornais, e ainda da própria legislação.

DA INSERÇÃO NO CAPÍTULO DOS CRIMES CONTRA A VIDA

A discussão sobre a tipificação de condutas incentivadoras de práticas de automutilação no Brasil não é recente. Ainda no ano de 2015 foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº

664, que previa a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para, nos termos do art. 1º da proposta, “tipificar o crime de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação de criança ou adolescente”.

O referido projeto somente veio a ser incluído em pauta para discussão no Poder Legislativo após maio de 2017, quando jornais de grande repercussão no Brasil (como o El País, G1, O Globo, além das emissoras de TV) levaram ao conhecimento da população os primeiros casos de automutilação e suicídio praticados por brasileiros participantes do “jogo da baleia azul”⁴.

O projeto original tinha como objetivo central a proteção das crianças e dos adolescentes, público mais recorrente nessa prática, através de mudanças na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Posteriormente, foi substituído pelo Projeto de Lei nº 6389/2019, que previa a alteração não mais no ECA, e sim no Código Penal, culminando na alteração do artigo 122.

Antes da mudança, o art. 122 do CP previa exclusivamente o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, um dos crimes contra a vida. Após, passou a prever como criminosos estes atos quando voltados à prática da automutilação pela vítima. Confira-se a redação do texto legal antes e depois da mudança, respectivamente:

Redação anterior	Redação após a Lei 13.968/19
Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.	Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Sobre a mudança no dispositivo, Rogério Sanches Cunha pontua:

Errou o legislador. Misturou, no mesmo tipo, comportamentos manifestamente distintos. Cumulou na mesma redação típica crime doloso contra a vida e crime de natureza diversa. Não que o delito de participação em automutilação não merecesse punição própria. Apenas deveria estar tipificado em artigo outro, como, por exemplo, art. 129-A, topograficamente mais coerente. (2020, p. 84).

A parte especial do Código Penal brasileiro é dividida em títulos, e estes em capítulos, organizados de acordo com o bem jurídico tutelado⁵. Para o autor, uma vez que o artigo 122 está inserido dentro do capítulo dos crimes contra a vida, e não sendo a participação na automutilação um crime que objetive a eliminação da vida da pessoa, deveria ter sido inserida a mudança noutra capítulo, qual seja, o das lesões corporais.

Com um entendimento distinto, Guilherme de Souza Nucci ressalta:

É fundamental deixar claro que o crime, muitas vezes, pode ser cometido com dolo eventual. Note-se que o jogo baleia azul tem inúmeros estágios (provas), sendo o derradeiro o suicídio da vítima. Logo, está correta a inserção da indução, instigação ou auxílio à automutilação no cenário dos crimes contra a vida. (2020, p. 72).

NUCCI leva em conta o chamado dolo eventual⁶. Ele considera que, sendo o suicídio um dos estágios do “jogo da baleia azul”, é possível que o autor do crime aja com indiferença diante da possibilidade de morte da vítima. Com efeito, estaria correta a inserção da criminalização da participação na automutilação dentro dos crimes contra a vida, ante a possibilidade de ocorrência de suicídio e de cometimento do crime com dolo eventual.

Embora haja um consenso na doutrina sobre a hipótese de prática do crime com dolo eventual, existe, como já mencionado, divergência quanto a localização do delito no Código Penal. Nesse ponto, há de se considerar que, embora a análise da vontade do agente seja pertinente para fins de localização topográfica do tipo penal, a inserção do crime de participação na automutilação no capítulo das lesões corporais aparenta ser mais coerente com a organização do Código Penal.

Isso porque, ao que se nota, o tipo penal criado objetiva unicamente a criminalização de condutas que atinjam a integridade física da vítima. Desse modo, mesmo que o resultado morte seja uma possibilidade, este não poderia ser o objetivo do criminoso quando da prática da conduta, mas tão somente um resultado que, embora previsível, não foi, em nenhum momento, desejado pelo agente.

5

Trata-se do bem ou interesse de alguém que é protegido por lei, sendo a base para a criação das normas penais. Por exemplo, no crime de homicídio, o bem jurídico tutelado é a vida humana.

6

O dolo é o objetivo almejado pelo agente que comete o crime. O dolo eventual, mencionado pelo autor, ocorre quando o agente, prevendo o resultado de sua conduta, assume o risco, agindo com indiferença em relação ao bem jurídico.

Sob a perspectiva do “jogo da baleia azul”, caso o autor preveja a possibilidade de morte e mesmo assim aja com indiferença (dolo eventual) e a vítima venha a se matar, estaria configurado, em tese, o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, e não à automutilação. Esse raciocínio é o mesmo adotado para se analisar a caracterização do crime de lesão corporal com resultado morte (art. 129, § 3º) ou de homicídio (art. 121).

Se o agente objetiva unicamente ofender a integridade física da vítima, mas acaba lhe ocasionando a morte, responde pelo crime previsto no § 3º do art. 129 do Código Penal. De outro modo, caso o autor, ao provocar lesões corporais, preveja a possibilidade de morte da vítima mas acaba por não se importar se ela ocorrer (dolo eventual), incorrerá no crime de homicídio, e não mais no de lesão corporal.

Assim, o fato de um dos estágios do “jogo da baleia azul” ser o suicídio – e vale ressaltar que o tipo penal não se aplica unicamente a casos deste jogo – não implica, necessariamente, que o crime de participação na automutilação deva estar estampado dentre os crimes contra a vida, eis que, se o agente quis o resultado morte ou assumiu o risco de produzi-lo estará incorrendo no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, e não à automutilação.

Logo, o tipo penal criado pela Lei nº 13.968/2019 não demonstra, *a priori*, nenhuma circunstância excepcional que justifique sua introdução no capítulo dos crimes contra a vida, por outro lado, sua permanência ali ocasiona a abertura de uma discussão prática: estando listado junto aos crimes contra a vida, o julgamento de quem pratica esse crime será pelo magistrado singular ou pelo tribunal do júri?

Devido a sua grande importância, esse assunto merece ser tratado em tópico específico.

A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Uma das questões mais importantes a ser analisada quando da edição de novas normas é a competência. Guilherme Nucci conceitua competência como a:

(...) delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os. O Supremo Tribunal Federal tem competência para exercer sua jurisdição em todo o Brasil, embora, quanto à matéria, termine circunscrito a determinados assuntos. Não pode, por exemplo, o Ministro homologar uma separação consensual de casal proveniente de qualquer parte do país (...). (2016, p. 213).

A competência no processo penal é determinada pelo lugar da infração (*ratione loci*), por circunstâncias relacionadas a pessoa incriminada (*ratione personae*), e, em razão da natureza do crime ocorrido (*ratione materiae*). A competência em razão da matéria determina quem possui atribuição de julgar determinados tipos de crimes. Como exemplo, tem-se a competência das Varas do Júri.

A Constituição Federal de 1988 previu em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, que compete ao tribunal do júri julgar os crimes dolosos contra a vida, os quais estão listados no Capítulo I, Título I, do Código Penal, abrangendo do art. 121 ao art. 127. Desse modo, após a aprovação da Lei nº 13.968/2019 e a modificação do art. 122 do CP, houve o questionamento em relação a competência para julgamento do crime de participação na automutilação.

Segundo o CPP, sem seu artigo 74, os crimes dolosos contra a vida encontram-se na competência do juízo em relação à natureza da infração:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

Não há, até o momento, muitos doutrinadores/estudiosos do direito que comentaram o assunto, e, dentre os que destacaram o tema, parece não haver discordância. Fernando Capez, por exemplo, argumenta que:

(...) quanto ao auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, por se tratar de crime doloso contra a vida, insere-se na competência do Tribunal do Júri, de modo que os processos de sua competência seguem o rito procedimental escalonado previsto nos arts. 406 a 497 do Código e Processo Penal, independentemente da pena prevista. (...) Já quanto ao auxílio, induzimento ou instigação à automutilação, por se tratar de crime contra a integridade física, segue o procedimento do juízo criminal comum.

Em sentido semelhante, Rogério Sanches Cunha comenta:

Diferentemente do delito anterior, não sendo crime doloso contra a vida, será processado e julgado, na forma simples, perante o JECRIM. Caso incida alguma das causas de aumento dos §§ 3º, 4º e 5º, fica afastada a transação penal e a competência do JECRIM. (2020, p. 87).

Como se nota, o entendimento majoritário, até o momento, é de que, embora localizado no capítulo dos crimes contra a vida, o crime de participação na automutilação é processado e julgado pelo magistrado singular, e não pelo Tribunal do Júri, posto que não há a inserção da

conduta dentre aquelas definidas pelo CPP, sem seu artigo 74, como de competência em razão da natureza da infração.

A LEI 13.968/2019 À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O Direito Penal é um dos mais importantes instrumentos de pacificação social. Atua não só no controle social - no sentido de preservar a paz pública ditando regras a serem observadas - mas também na proteção dos bens mais relevantes/necessários ao indivíduo e/ou à sociedade. Aliás, na lição de Cleber Masson:

Apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal. O legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores de tutela penal. (2011, p. 9).

Como ressaltado pelo autor, o Direito Penal confere proteção somente aos interesses de maior relevância, constituindo tal preceito no caráter fragmentário ou subsidiário do ramo. Isso significa que a norma penal só deve ser criada ou modificada para tutelar aqueles bens jurídicos que os outros ramos do direito não conseguem proteger ou o fazem de maneira insuficiente. Essa premissa caracteriza um dos princípios basilares do Direito Penal, o da intervenção mínima.

Sobre o assunto, Rogério Sanches Cunha pondera que:

O Direito Penal só deve ser aplicado quando **estritamente necessário**, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter *subsidiário*), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*). (CUNHA, 2019, p. 77). (Grifo do autor).

O autor ainda argumenta:

O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir e regular a convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica.

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual **o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário** (*ultima ratio*), mantendo-se subsidiário. **Deve servir como derradeira trincheira no combate aos comportamentos**

indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significado e relevo (CUNHA, 2019, p. 78). (Grifou-se).

Desse modo, é possível pressupor que todo bem jurídico tutelado pela norma penal deve, em tese, ter sido tutelado (mesmo que de maneira ineficiente) por outro ramo do direito, salvo quando evidentemente, por sua própria natureza, demande tutela penal imediata, como por exemplo, a vida, bem jurídico irrecuperável e sem a qual nenhum outro direito pode ser exercido.

Nesse ponto, cumpre mencionar que a participação na automutilação padece de tutela prévia por outro ramo do direito, logo, é possível analisar que a Lei nº 13.968/2019 constitui, *a priori*, uma norma que viola o princípio da subsidiariedade, pois a proteção por ela conferida não se enquadra como uma tutela de necessidade imediata, principalmente em se tratando do bem jurídico integridade física.

Isso porque há uma tendência do Estado em conferir à pessoa maior autonomia para dispor de seu próprio corpo, o que inclui sua integridade física. Essa propensão tem se mostrado mais nítida nas últimas décadas, e pode ser observada, por exemplo, com a edição da Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais no Brasil.

Antes da edição dessa lei, o crime de lesão corporal, independentemente da gravidade, era processado mediante ação penal pública incondicionada⁷. Após sua entrada em vigor, passou-se a exigir para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa⁸ a representação do ofendido (art. 88), ou seja, o autor do crime somente pode ser investigado e responsabilizado criminalmente caso a vítima queira.

Como se nota, o bem jurídico integridade física vinha sendo tratado cada vez mais como um bem disponível, todavia, a Lei nº 13.968/2019 veio na contramão disso tudo, alçando a integridade física da vítima novamente no rol das ações penais públicas incondicionadas, sem fazer qualquer distinção sobre a gravidade da autolesão praticada.

Sobre a gravidade das lesões, NUCCI pondera que:

Quanto à automutilação, frise-se que aquele tipo de jogo tem por finalização o suicídio; por isso, a nova figura foi encaixada no art. 122. No entanto, somente para argumentar,

7

Significa que a investigação e a deflagração do processo criminal não dependem da vontade da vítima, basta que a autoridade competente tome conhecimento do fato.

8

A culpa ocorre quando o agente comete o crime sem intenção, por uma imprudência, imperícia ou por negligência.

se ficar provada que a intenção do agente era apenas induzir ou instigar alguém a se **lesionar levemente**, como mostra de coragem, por exemplo, trata-se de **fato atípico**, a menos que se trate de vítima menor de 14 anos ou incapaz de entender o que faz. Nessa hipótese, sendo leve a lesão, responde o agente pelo crime do art. 129, *caput*. (2020, p. 73). (Grifamos).

Todavia, o texto legal expressamente previu uma forma qualificada quando da automutilação resultar lesão grave ou gravíssima (art. 122, § 1º, do CP), o que faz crer que, resultando lesão de natureza leve, responderá o agente pelo *caput* do art. 122.

Com efeito, aquele que induzir, instigar ou auxiliar a automutilação, mesmo que a lesão provocada pela vítima seja considerada leve, em tese, será submetido ao respectivo processo criminal independentemente da vontade desta, mesmo que se trate de vítima maior e capaz.

Aliás, a questão da capacidade da vítima é um assunto que merece atenção, e por assim ser, tratar-se-á dele a seguir.

A PROTEÇÃO DE VITIMAS INCAPAZES ANTES DA ALTERAÇÃO

A automutilação, como já mencionado, é majoritariamente praticada por adolescentes, sendo eles, portanto, o público mais suscetível a ser vítima daqueles que induzem, instigam ou auxiliam esse comportamento. Não sem motivo, a proposta original objetivava alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 13.968/2019 foi apresentada como uma necessidade de se tutelar, especialmente, o público jovem no Brasil, figurando como uma solução para uma lacuna na legislação em relação aos acontecimentos relacionados ao jogo da baleia azul. Aliás, ao proferir parecer⁹ sobre a matéria, o Senador Rodrigo Pacheco argumentou que o projeto:

(...) busca um aprimoramento, **o preenchimento de uma lacuna legislativa em relação a acontecimentos novos e recorrentes com o advento da internet**, em especial da rede social, em que há a prática abominável de se estimular a automutilação, especialmente entre jovens, o que redundou, em alguns casos, inclusive, no suicídio de jovens fomentado por essas iniciativas torpes, abomináveis, através da rede social, desses programas, jogos etc., que acabam por vitimar inúmeras pessoas, especialmente, repito, crianças e jovens Brasil afora. (Sem destaque no original).

Nesse ponto, é importante salientar que, embora não houvesse previsão expressa na legislação penal, o ordenamento jurídico brasileiro já possibilitava a punição de quem

9 PARECER Nº 286, DE 2019 – PLEN/SF.

estimulasse a prática de automutilação por menores de idade ou incapazes mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 13.968/2019.

A legislação pátria confere uma proteção especial às pessoas mais vulneráveis. O Código Penal valora tanto o critério físico quanto o psicológico para averiguar, por exemplo, a possibilidade da vítima de oferecer resistência (se defender), e até mesmo a capacidade de compreensão dos acontecimentos e atos praticados.

Nesse ponto, o sujeito que induzisse, instigasse ou prestasse auxílio para a prática de suicídio por pessoa menor de idade ou incapaz, vindo esta a se matar, não responderia pelo crime do art. 122 do CP, e sim por homicídio (art. 121) em razão da incapacidade da vítima de entender o significado de sua ação e de se orientar de acordo com esse entendimento.

A resistência diminuída configura-se por fases críticas de doenças graves (físicas ou mentais), abalos psicológicos, senilidade, infantilidade ou, ainda, pela ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos.

(...)

No tocante ao menor, deve-se entender a pessoa entre 14 e 18 anos (...). Por fim, é de se ressaltar que o suicida com resistência nula – pelos abalos ou situações supramencionadas, incluindo-se a idade inferior a 14 anos – é vítima de homicídio, e não de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. (NUCCI, 2020, p. 77).

De igual forma, a pessoa que concorre, de algum modo, para a prática de autolesão por vítima incapaz, pratica o crime de lesão corporal. Logo, o agente que induzisse, instigasse ou auxiliasse vítima incapaz a praticar automutilação, antes da alteração, seria penalizado de acordo com o artigo 129 do Código Penal. Esse entendimento é pacífico na doutrina.

Aliás, Rogério Sanches Cunha, citando Cezar Roberto Bitencourt, destaca:

Contudo, destaca Cezar Roberto Bitencourt que, se um inimputável, menor, ébrio, ou por qualquer razão incapaz de entender ou de querer, por determinação de outrem, praticar em si mesmo uma lesão, quem o conduziu à autolesão responderá pelo crime, na condição de autor mediato. (2019, p. 116).

Em sentido semelhante:

Qualquer pessoa pode ser vítima do crime em tela, desde que possua capacidade de resistência e discernimento, pois, do contrário, estará configurado o crime do art. 129, § 2º (lesão corporal gravíssima) ou do art. 121 (homicídio), ambos do Código Penal (...). (CAPEZ, 2020).

Desse modo, a Lei nº 13.968/2019 não se apresenta como uma medida de solução para uma lacuna na proteção de crianças, adolescentes e incapazes que praticam automutilação estimuladas por terceiros, uma vez que essa proteção já existia. A nova lei, portanto, apresenta

como inovação somente a proteção de vítimas maiores e capazes, aquelas que conseguem entender o caráter de seus atos e de se orientar de acordo com eles.

Outrossim, sobre a questão da capacidade da vítima, convém mencionar outro ponto da alteração que foi alvo de críticas por parte da doutrina. Conforme a redação legal:

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

(...)

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

O § 7º prevê a hipótese de crime cometido contra menor de 14 anos, prescrevendo que, nessa hipótese, caso ocorra a morte do adolescente, o autor do crime responderá por homicídio, pouco importando se ele realmente almejou a morte da vítima ou unicamente a automutilação dela.

O dispositivo é criticado:

Mais um erro do legislador. Como pode o agente responder por um crime doloso contra a vida, sendo o resultado morte, na hipótese, culposa? Aliás, o incapaz é, na verdade, um instrumento nas “mãos” do agente, que busca vê-lo ferido. Não participa de automutilação (que pressupõe capacidade do automutilado). Na verdade, ofende efetivamente a incolumidade física do incapaz. Somos obrigados a concluir que o agente, no caso, deve responder pelo tipo e nas penas do art. 129, § 3º (lesão corporal seguida de morte), delito preterdoloso, de competência do juiz singular. (CUNHA, 2020, p. 88/89).

O autor argumenta que o sujeito que induz, instiga ou auxilia pessoa incapaz a praticar automutilação não pode responder por homicídio caso a vítima venha a morrer, considerando que o agente não quis o resultado morte, mas tão somente a lesão física dela, de modo que, no caso da automutilação, deveria responder pelo crime de lesão corporal qualificada pelo resultado morte.

Em sentido oposto:

O derradeiro dispositivo do art. 122, o § 7º, preceitua que, se o suicídio se consumar ou da automutilação houver morte, quando o crime for praticado contra menor de 14 anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para o ato, ou, por qualquer razão, não pode oferecer resistência, o agente deverá responder por homicídio (art. 121, CP). Agora, sim, a capitulação foi feita de maneira adequada, pois a vítima não tem a menor noção do que está fazendo. É, portanto, homicídio induzir, instigar ou auxiliar quem não pode oferecer resistência. (NUCCI, 2020, p. 72).

NUCCI entende que, ocorrendo a morte de vítima incapaz, deverá o autor responder pelo crime de homicídio, seja por ter estimulado o suicídio, seja à automutilação, em razão de a vítima não possuir capacidade para compreender seus atos.

A subsunção – que é o enquadramento do caso concreto à norma jurídica – depende da realização de vários fatores (de caráter objetivo e subjetivo), que devem ser analisados não só em relação à vítima mas também em relação ao autor do crime. No que se refere a vítima, observam-se aspectos como a idade, se se trata de pessoa capaz, e até mesmo a profissão.

Já em relação ao autor, são verificadas questões de cunho objetivo, como o modo de execução do crime (se houve uso de arma de fogo, emprego de veneno, por exemplo), e principalmente questões de caráter subjetivo, relacionadas com os motivos do cometimento daquele crime.

No prisma subjetivo, um dos pontos de maior relevância, se não o mais importante, é a vontade do agente, se ele realmente quis praticar um crime (dolo) e, caso positivo, qual era o resultado que esperava alcançar. A análise desse elemento é determinante para a caracterização, ou não, de um crime, e, havendo crime, verificar-se qual o tipo penal mais se adéqua ao caso.

Para melhor visualização, pode-se utilizar como exemplo o caso de homicídio no trânsito. Determinada pessoa, na direção de veículo automotor, acaba por atropelar um pedestre e lhe causar a morte. Nesse exemplo, se o motorista em momento algum quis provocar a morte do pedestre, vindo a ocasioná-la por uma imprudência, por exemplo, responderia por homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro).

Por outro lado, se o motorista agiu com a intenção de matar o pedestre, por ser um defeto seu ou por algum outro motivo, responderá por homicídio doloso, nos termos do art. 121 do Código Penal. Perceba que o fato é o mesmo, e que a análise da intenção do agente, unicamente, determinou a mudança do crime caracterizado.

Com relação ao previsto no § 7º, embora a incapacidade da vítima sirva como circunstância que, exclusivamente, afaste a caracterização do crime do art. 122, entende-se que ela não possui o condão de configurar o crime de homicídio quando o fim almejado pelo autor for tão somente a automutilação.

Isso porque o fim desejado pelo sujeito nessa hipótese é, *a priori*, a lesão à integridade física da vítima e não a eliminação da vida, de modo que esta ocorreria sem a intenção do agente (modalidade culposa). Assim, considerando-se a condição de incapacidade da vítima, bem como

o elemento subjetivo do autor, é possível verificar que, em se tratando unicamente de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, havendo resultado morte, deverá responder o autor pelo crime de lesão corporal seguida de morte, e não de homicídio.

DA FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

Enquanto instrumento de pacificação social, o Direito Penal desempenha um papel fundamental na sociedade brasileira. Nesse contexto, a doutrina costuma elencar algumas funções tidas como as principais do Direito Penal, dentre estas encontra-se a chamada função simbólica.

Também chamada de Direito Penal de Emergência, a função simbólica caracteriza-se pela utilização do Direito Penal como instrumento de mero temor social, como a norma sendo criada não para produzir resultados efetivos, mas para transmitir uma sensação de proteção à sociedade diante de uma situação de grande repercussão. Confira-se:

É comum que, a cada crime que cause comoção social, seja pela violência com que é praticado, seja por alguma característica da vítima (parentes, crianças, artistas etc.), o Congresso Nacional, ao ser pressionado, reaja editando novos tipos penais e/ou majorando a pena (Direito Penal de emergência), provocando a famigerada inflação legislativa. (JUNIOR; JUNIOR, 2016, p. 74).

A doutrina brasileira critica categoricamente a edição de normas com base no Direito Penal Simbólico:

Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa, criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal).

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais. (MASSON, 2011, p. 11). (Sem destaques no original).

Tal produção legislativa gera a justificativa para os representantes do povo, estando intimamente ligados ao discurso populista punitivista, que sustenta a produção de leis penais cada vez mais severas, emitindo mensagens imediatas de cunho eleitoral (imediatistas) sem que haja qualquer alteração para a solução das causas subjacentes ao crime cometido.

Quanto aos cidadãos, há uma impressão, equivocada, de que os órgãos de persecução penal mantêm a criminalidade sob controle por meio da hipertrofia do Direito Penal. (JUNIOR; JUNIOR, 2016, p. 74).

Como se nota, a função simbólica do direito penal se manifesta mais como uma manifestação de captação de apoio político do que como uma medida necessária à convivência social, o que acaba por acarretar a inflação desnecessária da legislação nacional, que dificulta a atuação daqueles que tem de aplicar a norma aos casos concretos.

Aliás, para melhor visualização dessa hiperinflação legislativa, cite-se o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação¹⁰. De acordo com o IBPT, cerca de 765.074 normas estavam em vigor quando a Constituição Federal completou 30 anos, em 2018.

Rogério Sanches Cunha, ao comentar a função simbólica do direito penal, sustenta a violação de um princípio que foi comentado nessa pesquisa em tópico anterior¹¹, veja-se:

Movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o Direito Penal de Emergência, atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão. Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para um **Direito Penal Simbólico**. (2019, p. 39).

A Lei nº 13.968/2019 veio a ser aprovada após o noticiamento dos primeiros casos envolvendo participantes do jogo da baleia azul no Brasil. Some-se a isso o fato dessa lei não ter surgido de uma necessidade de proteção das pessoas mais vulneráveis e recorrentes na prática da automutilação (menores, incapazes), pois, como dito alhures, a legislação pátria já possibilitava a punição de quem estimulasse a prática da automutilação desse público¹².

Ademais, a nova lei veio na contramão da tendência estatal de considerar a integridade física de pessoas capazes um bem jurídico disponível, representado pelas mudanças no processamento dos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa.

Assim, considerando-se todos os aspectos da Lei nº 13.968/2019 que foram analisados nesta pesquisa, bem como as críticas tecidas pela doutrina, torna-se possível e justificável que se avalie a referida norma como um exemplo contemporâneo do chamado Direito Penal Simbólico.

10 <https://ibpt.com.br/quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em 05 de outubro de 2020.

11 Vide “A LEI 13.968/2019 À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE”.

12 Vide tópico “A PROTEÇÃO DE VÍTIMAS INCAPAZES ANTES DA ALTERAÇÃO”.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.968/2019 é uma das várias mudanças realizadas no Código Penal desde a sua promulgação, e como tal, é alvo de críticas e também de elogios dos estudiosos das ciências jurídicas. Considerando-se que se trata de uma norma recente, ainda não existem muitos posicionamentos da doutrina sobre o tema, tampouco dos tribunais pátrios.

Apesar disso, verifica-se que a nova norma possui mais pontos questionados do que enaltecidos entre doutrinadores que se posicionaram sobre o assunto, sobretudo em relação à proteção de vítimas vulneráveis e a competência para julgamento do crime.

Os pontos questionados pela doutrina, cujas respostas não são trazidas pelo texto legal, podem ocasionar grandes dificuldades na aplicação prática da norma, sobretudo com relação aos assuntos que são divergidos entre os doutrinadores.

Desse modo, para solucionar eventual discrepância na aplicação dessa lei, poderá tornar-se necessária a manifestação dos tribunais superiores sobre o assunto, a fim de se unificar o tratamento jurisdicional conferido em diferentes unidades jurisdicionais.

Todavia, a análise dessas questões demanda um longo percurso a ser trilhado pelos operadores do Direito, de modo que, até lá, qualquer afirmação sobre como se dará a aplicação prática da lei é meramente opinativa, não significando que seja o posicionamento correto a ser adotado ou vice-versa.

Assim, não constituiu objetivo desta pesquisa esgotar o assunto ou apresentar respostas, mas sim levantar dados e fomentar a discussão do tema, contribuindo, se possível, para o aprimoramento cada vez maior do Direito Penal, a fim de que o ramo possa desempenhar seu papel pacificador da convivência em sociedade, consolidando-se, verdadeiramente, na força do Direito superando o direito da força (Rui Barbosa).

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. L., OLENIKE, J. E., AMARAL, L. M. F., YAZBEK, C. L., STEINBRUCH, F. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 30 anos da constituição federal de 1988.** Curitiba: IBPT. 2018. Disponível em <https://ibpt.com.br/quantidade-de-normas-editadas-no-brasil-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em 05 de outubro de 2020.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva. 2020. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=vprUDwAAQBAJ&printsec=copyright&hl=pt-BR&source=gbs_pub_info_r#v=onepage&q&f=false. Acesso em 28 de setembro de 2020.

CUMINALE, N. Aumentam os casos de automutilação entre jovens. **VEJA**. 2 de agosto de 2019. Disponível em <https://veja.abril.com.br/saude/aumentam-os-casos-de-automutilacao-entre-jovens/>. Acesso em 25 de abril de 2020.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte especial**. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte especial**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GIUSTI, J. S. **Automutilação: características clínicas e comparação com transtorno obsessivo-compulsivo**. 2013. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.5.2013.tde-03102013-113540. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-03102013-113540/pt-br.php>. Acesso em 25 de abril de 2020.

MASSON, C. (Coord.), JUNIOR, J. B., JUNIOR, J. L. **Concursos Públicos: Terminologias e Teorias Inusitadas**. São Paulo: Método, 2017.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O que se sabe até agora sobre o jogo da "Baleia azul". **O GLOBO**. 20 de abril de 2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-jogo-da-baleia-azul-21236180>. Acesso em 25 de abril de 2020.

RAMAL, A. Entenda o 'Jogo da Baleia Azul' e os riscos envolvidos. **G1**. 13 de abril de 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/educacao/blog/andrea-ramal/post/entenda-o-jogo-da-baleia-azul-e-os-riscos-envolvidos.html>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

SANOJA, M. Geração Z: antes mentávamos aos pais para sair, agora mentem aos amigos para ficar em casa. **EL PAÍS**. 30 de outubro de 2019. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/27/estilo/1569597592_555709.html. Acesso em 29 de abril de 2020.