

Instituto de Ciências Penais

Revista ICP

Volume I

uto



ISSN 1809-192X



Copyright © INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Direitos desta edição reservados ao ICP - INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

R. Matias Cardoso, 63, Sala 1908.

30.170-050 - Belo Horizonte - MG.

Telefax: (31) 3335-7151.

E-mail: fale@icp.org.br

Web site: www.icp.org.br

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 5.988).

Os conceitos e artigos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores convidados.

Produção:



Instituto de Ciências Penais

Coordenação Editorial e Revisão de originais:

Nelson Missias de Moraes, Herbert José de Almeida Cameiro

Criação, Capa e Editoração eletrônica:

Aloísio Henrique Guimarães

ahguimaraes@ig.com.br /telefone:031-9708-0115

Apoio & Impressão:



Gráfica Banco do Brasil

Penais, Instituto de Ciências. - 1ª. ed. -

Belo Horizonte: 2006

Editor(a): ICP - Instituto de Ciências Penais

200p. - Volume I - (Ciências Penais)

Abaixo do título: Publicações ICP - Volume I - inclui bibliografia:

1. Franco, Alberto Silva - "Algumas questões sobre o aborto";
2. Lopes, Jair Leonardo - "Sistema Progressivo de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade";
3. Carvalho de, Alexandre Victor - "Escutemos também a Lição dos Loucos";
4. Brandão, Cláudio - "Significado Político-Constitucional do Direito Penal";
5. Vedovotto, Marcos - "Individualização da Pena: Um pouco de Pelicano";
6. Bitencourt, Cezar Roberto - "A Confusão Proposital do Concurso Eventual de Pessoas - A Formação de Quadrilha";
7. Hassemer, Winfried - "Ressocialização e Estado de Direito".

Impresso no Brasil

Printed in Brazil



INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

VOLUME I

ÍNDICE

- 1 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO
Alberto Silva Franco¹.....15
- 2 - SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE
Jair Leonardo Lopes².....87
- 3 - SIGNIFICADO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL
Cláudio Brandão³.....103
- 4 - ESCUTEMOS TAMBÉM A LIÇÃO DOS LOUCOS
Alexandre Victor de Carvalho⁴.....125
- 5 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM POUCO DE PELICANO
Marcos Vedovotto⁵.....135
- 6 - A CONFUSÃO PROPOSITAL DO CONCURSO EVENTUAL DE
PESSOAS "A FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO"
Cezar Roberto Bitencourt⁶.....165
- 7 - RESSOCIALIZAÇÃO E ESTADO DE DIREITO
Winfried Hassemer⁷.....191
- 8 - BIOGRAFIA199

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO

ALBERTO SILVA FRANCO ¹

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo; É membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Dedico o presente trabalho às mulheres que defendem a tutela do próprio corpo e a autodeterminação da maternidade, e ainda enfrentam, numa sociedade de cariz machista, os riscos de punição por fazer uso de seu direito à liberdade, à igualdade, e sobretudo, à sua dignidade como pessoa humana.

Dedico-o também ao amigo de todas as horas, Geraldo Roberto de Sousa, esse ser humano dotado da imensa capacidade de estar sempre à disposição das pessoas, e em particular, para esclarecê-las sobre as dificuldades no manejo da língua portuguesa.

E mais do que tudo isso, porque admira, compreende e valoriza as mulheres.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO

SUMÁRIO

ALBERTO SILVA FRANCO ¹

1. - ORIGEM ETIMOLÓGICA.....	19
2. - A TEMÁTICA DO ABORTO.....	19
3. - O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	20
4. - INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA.....	21
4.1 - Vida humana independente e vida humana em formação.....	23
4.2 - Momentos de reconhecimento de vida humana, no processo de gravidez.....	26
4.2.1 - Fecundação.....	27
a. Fecundação e a doutrina da Igreja Católica.....	33
b. Fecundação e o Pacto de San José da Costa Rica.....	37
4.2.2 - Nidação.....	40
4.2.3 - Atividade cerebral.....	41
4.2.4 - Compromisso relacional: mãe/filho.....	43
5. - A FIGURA TÍPICA DO ABORTO.....	47
6. - PONTO NUCLEAR: HAVERÁ, NO ABORTO, DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO ?.....	51
6.1 - Direitos fundamentais em oposição: regras de harmonização.....	51
6.2 - Perspectiva concepcional (fecundação) ou perspectiva biológico-evolutiva (nidação e atividade cerebral).....	53
6.3 - Perspectiva do compromisso relacional mãe/ filho.....	58
7. - SOLUÇÃO DE PRAZO.....	60
7.1- Caráter constitucional da solução de prazo.....	63
8. - SISTEMA DE INDICAÇÕES.....	64

8.1 - Causas de justificação.....	66
8.1.1 - Concurso ou concorrência de causas de justificação.....	69
8.1.2 - Efeitos das causas de justificação.....	71
8.2 - Indicações em espécie.....	72
8.2.1- Aborto terapêutico (médico ou necessário).....	72
8.2.2 - Aborto ético (humanitário, criminológico, sentimental, de gravidez resultante de estupro). 75	
8.2.3 - Aborto embriopático (fetopático, eugênico ou eugenésico).....	76
a.A nova denominação do tema.....	77
b.Características da indicação embriopático	78
c.Requisitos exigíveis para a indicação embriopática.....	79
d.Natureza jurídica da indicação embriopática.....	80
8.2.4 - INDICAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL.....	82
9. - JUIZ CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO ABORTO.....	82
10. - CONCLUSÕES.....	83

1 – ORIGEM ETIMOLÓGICA

As dificuldades para balizar a área de compreensão do aborto remontam à própria origem da palavra. *Aborto* procede do vocábulo latino da 4ª declinação, *abortus, us* que se origina, por sua vez, do prevérbio *ab* representativo da idéia de afastamento ou separação com o pretérito do indicativo *ortus sum* do verbo *orior, oriri*, que significava *surgir, nascer, formar-se, começar, levantar-se, provir*. No baixo latim, no entanto, passou-se a usar o prevérbio *ab* mais o pretérito do indicativo *orsus sum* do verbo *ordior ordiri*, que queria dizer *tramar, urdir, provocar*¹. Essa confusão entre os verbos *orior* e *ordior* encontra explicação no fenômeno de etimologia denominado atração paronímica², pelo qual se dão os mesmos empregos ou empregos equivalentes a palavras que, na origem, só se aproximavam pela forma. Deste modo, o verbo composto *aborior*, que significava *morrer, desaparecer* e, num significado mais raro e, até certo ponto, censurado pelos gramáticos, *abortar*, incluiu também a idéia de *urdir* e *provocar*. E, então, o vocábulo *abortus, us* assumiu, numa primeira acepção, o sentido de ato capaz de provocar o não-nascimento, ou seja, o *abortamento* e, numa segunda acepção, o de *feto*.

2 – A TEMÁTICA DO ABORTO

Escrever sobre aborto constitui tarefa árdua porque, nessa matéria, se entrecruzam vertentes jurídicas, sociais, médicas, bioéticas, religiosas, etc. e, qualquer que seja a perspectiva escolhida, as diferentes vertentes se infiltram e se fazem presentes.

Por ser um tema multifacetado, é imensa a dificuldade de traçar a área de significado do tipo de aborto. E isso em verdade porque se

¹Ernout, A. e Meillet, A *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine – Histoire des Mots*, 3ª. Ed. Tomo II, Paris: Librairie C.Klincksieck, 1951, pp. 828e 830.

exige, nesse fato delituoso, como pressuposto lógico, que se investigue o conceito de vida, e, tal pesquisa alarga a reflexão sobre o ser humano, como pessoa, para abarcar os momentos anteriores ao próprio nascimento. Questionar um dos pólos da existência humana constitui sempre matéria complexa. Vida é, sem dúvida, “um fenômeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos, próprios de todo processo biológico”³. As valorações dessas mutações e desses saltos qualitativos são feitas, no entanto, com base em dados de procedências diversas e variáveis no tempo, o que impede a formatação de um unívoco suporte conceitual. Isto significa que o conceito de vida subordina-se, em consequência, a um contínuo processo cultural de construção e de desconstrução, que só seria evitável em face de manifestação explícita do legislador e, em especial, do legislador constituinte, sobre a matéria⁴.

3 – O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à vida é um dos direitos fundamentais reconhecido no texto da Constituição Federal (*caput* do art. 5º) a todos os que se encontrem no País. Ao incluir o direito à vida entre outros direitos fundamentais, o legislador constituinte não realizou nenhuma valoração axiológica. Cada um e todos esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro. Vale ressaltar, no entanto, que nenhum desses direitos pode ser interpretado fora do contexto do art. 1º da Constituição Federal que se erige como coluna vertebral, para a interpretação e para a eventual colidência desses direitos

³Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., *Comentários al Código Penal de 1995*, Coord. Tomás S. Vives Antón, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p.767.

⁴ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., *ibidem*, observam que “a proteção penal deriva sempre de uma valoração e que esta constitui um fenômeno eminente e genuinamente cultural: é o legislador, representante da soberania popular, o único com poder para decidir quando começa e quando termina a tutela da vida; é o legislador, e de maneira fundamental o constituinte, que deve considerar-se absolutamente livre para determinar quando começa e até onde chega a intervenção repressiva do Estado”. Cobo del Rosal, M e Carbonell Mateu, J.C. (*El aborto en el Código Penal em Criminología y Derecho Penal a servicio de la persona*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 673/674) acrescentam que o “legislador, e de maneira fundamental o constituinte, deve considerar-se absolutamente livre na hora de formular seus critérios axiológicos e isso deve ser ressaltado de maneira específica quando enfrentamos questões tão sumamente

fundamentais, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana. É, portanto, tal princípio que baliza e, de certo modo, matiza o conteúdo de todos os direitos fundamentais, permitindo dar à própria Constituição o toque de unidade e de harmonia. Mas é evidente que tal princípio não deve ter a textura de uma norma programática, de um recurso ético vazio. A dignidade da pessoa humana deve ser consagrada em concreto, e não idealmente, na atuação do Estado e na conduta de cada pessoa humana. Com razão, acentuando a dúlice dimensão da dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet, enfatiza que a "dignidade representa, simultaneamente, expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito de sua própria existência), bem como necessidade de sua proteção e/ou assistência por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação" ⁵.

4 – A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O princípio constitucional do direito à vida apresenta a característica de ser inviolável – tal como os demais princípios elencados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal – e por isso, à primeira vista, pode ensejar a idéia de que se trata de princípio "que não se pode infringir, que não se pode ou deve atacar, que deve estar ao abrigo de qualquer violência", enfim, "sagrado" ⁶. Tal idéia deve ser considerada em termos. O legislador constituinte, ao afirmar que o princípio constitucional é inviolável não quis dizer que sua violação seja impossível e que *a norma constitucional inviolável* seja equivalente à *norma que não deve ser violada*. Essa "característica – a característica de não dever ser violada – faz parte já do conceito de direito, com o que, se entendesse nesse sentido a declaração constitucional, resultaria ela tautológica, pois se limitaria a expressar que os direitos fundamentais das pessoas são direitos" ⁷. Destarte, a declaração constitucional de inviolabilidade de direitos fundamentais deve ter outro alcance, ou seja, o de obstar que o legislador ordinário possa menoscabar, em seu conteúdo, tais direitos, e que, para a legislação infraconstitucional, torna-se "intangível o campo

⁵Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais* em *Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp.198/235.

⁶Silva, Antônio de Moraes, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.V, Lisboa: Editorial Confluência, 1953, p.1033.

dos direitos fundamentais, subtraindo-os ao raio de ação da lei e colocando-os sob o amparo direto da Constituição" ⁸.

Mas o que, além da limitação imposta ao legislador ordinário, o texto constitucional levou em conta, ao declarar o direito à vida como direito fundamental?

Antes de tudo, a proclamação de que o direito à vida tem uma precedência lógica⁹, mas não valorativa, em relação aos demais direitos fundamentais. Com efeito, "de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência" ¹⁰.

Depois, que deste direito constitucional à vida derivam para o Estado duas classes de deveres: "o dever de respeitar as vidas humanas (*Achtungspflicht*) e o dever de proteger as vidas humanas frente aos ataques homicidas procedentes de outros particulares (*Schutzzpflicht*)" ¹¹.

Nessa classe de deveres, é evidente que não se inclui o dever de eliminar os riscos para a vida decorrentes da convivencialidade. Nas sociedades modernas, em pleno processo de desenvolvimento tecnológico, os riscos são comuns e cada vez mais presentes (os perigos derivados da circulação viária, da manipulação de certas energias, como a energia atômica, da deterioração do meio ambiente, do desrespeito à

⁸ Vives Antón, Tomas S., ob. cit., p. 84.

⁹ Segundo Queralt Jiménez, Joan Josep, (*Derecho Penal Español- Parte Especial*. 2ª. ed., Barcelona: Bosch, 1992, p. 39), "a vida é, e isso não é pouco, o *prius* lógico e o *substrato material* que permite reunir" os valores fundamentais do ordenamento jurídico, mediante o gozo dos direitos e das liberdades públicas fundamentais e demais direitos legalmente estabelecidos e reconhecidos aos cidadãos". No mesmo sentido, manifesta-se Vives Antón, Tomás S. (ob. cit. p. 187), ao enfatizar que "o direito à vida é a projeção de um valor superior do ordenamento jurídico constitucional – a vida humana – e se encontra indissoluvelmente relacionado com o valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana. Ambos os valores, e os direitos que os encarnam, são considerados como o ponto de arranque, como o *prius* lógico e ontológico para a existência e especificação dos demais direitos".

¹⁰ Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 197.

¹¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho a la vida y la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, em *Derecho y Constitución*, Madrid:Edersa, 1982, p. 63.

biodiversidade ou da utilização de determinadas técnicas no campo do genoma humano ou da engenharia genética) não havendo como suprimi-los a menos que se pretenda estancar o próprio progresso humano. O Estado, por maiores que sejam os riscos à vida que o emprego dessas novas tecnologias pode significar, não pode proibi-las, restando-lhe apenas estabelecer, com rigor, deveres objetivos de cuidado para que tais riscos não desbordem os limites do que seja social e razoavelmente tolerável.

4.1 – Vida humana independente e vida humana em formação

É discutível se a proteção do direito à vida, elevado à categoria de direito fundamental, é destinada, com exclusividade, à vida humana após o nascimento ou é endereçada também ao não nascido, isto é, àquele cuja vida está em processo evolutivo de formação e, portanto, em direta e imediata dependência da vida da mãe, embora distinto desta.

Para Vives Antón, citado por Carbonell Mateu e González Cussac, “o nascituro não é, pelo menos por si mesmo e de modo direto, um bem jurídico constitucional. E isto porque a Constituição proclama o direito à vida em relação às pessoas, condição que juridicamente só se alcança com o nascimento. E o mesmo ocorre com a proclamação da dignidade das pessoas. Por conseguinte, o nascituro não é pessoa a partir da ótica do ordenamento jurídico e a proclamação do direito à vida e da dignidade, não o atinge diretamente. Poderá argüir-se a necessidade de outorgar proteção jurídico-penal ao nascituro e isso ninguém põe em dúvida. Mas, desde logo, técnica e valorativamente falando, não é um direito constitucional. Pode e deve entender-se como um interesse ou bem jurídico, com certa relevância constitucional enquanto reflexo dos direitos à vida e à dignidade”¹².

Apesar desse entendimento, tem-se afirmado ser regra inafastável, na interpretação de normas constitucionais relativas a direitos fundamentais, a atribuição a tais direitos do sentido que maior eficiência lhes dê. “A versão *aggiornata* do princípio põe o acento tônico na idéia da otimização ou maximização dos direitos fundamentais. A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização

¹² Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p. 768/769.

socialmente efectiva e captar o seu vigor *irradiante* e *actuante*. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito da eficácia da norma e não enveredar por uma *marcha em direção ao vazio*, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais”¹³.

Assim, embora o texto constitucional nada diga a respeito do não nascido, tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a tutelar de forma que não sofra violação. Se a Constituição considera que é inviolável o direito à vida e que todos, indistintamente, possuem tal direito, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido na sua plenitude, abarca não somente a vida independente, mas também a vida humana em formação. Ademais, a caracterização da vida humana dependente, como bem jurídico constitucional, se vincula também ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se exige do Estado o dever de respeitar a vida humana, e, nessa circunstância, uma vida em formação representará, num momento determinado do processo de gestação, um valor merecedor de tutela.

Estender a proteção constitucional à vida humana em formação não significa, contudo, a necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente¹⁴. Embora Günther, citado por Enrique Peñaranda Ramos, tenha sustentado que “o embrião, o feto ou nascituro e o já nascido não podem ser fragmentados artificialmente em bens jurídicos distintos” e que “tal perspectiva ignora os dados biológicos e contradiz o sentimento de justiça, na medida em que desfavorece a igualdade de valor (continuidade/identidade) da vida do nascido e do

¹³ **Gomes Canotilho**, José Joaquim. *Direito Constitucional*, 3ª. ed., Coimbra:Almedina, 1983,p.239.

¹⁴ **Cobo del Rosal**, M e **Carbonell Mateu** J.C. (ob. cit., pp. 673 e 674) observam que a “vida é um fenómeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos, essenciais em todo processo biológico. Isso poderia permitir a consideração do carácter de ser vivo outorgado ao nascituro. Mas é necessário ressaltar que a proteção penal deriva sempre, e em todo caso, de uma valoração e que esta constitui um fenómeno eminente e genuinamente cultural” (...) Destarte, “os saltos qualitativos que se produzem no fenómeno biológico da vida são tidos em conta na hora de valorar os ataques que contra ela se produzem. O nascimento pressupõe o mais importante desses saltos, até o ponto em que a diferenciação entre a vida anterior e a posterior a ela não tem tão somente carácter quantitativo. Consideramos, por isso, mais correto falar de vida em formação como bem jurídico protegido: esta não está inteiramente formada. E dentro desta vida em formação devem ser assinaladas marcadas diferenças quantitativas na valoração: vale mais quanto mais se aproxima o momento do nascimento”.

não nascido”¹⁵, força é convir que a tese da equivalência entre vida humana pré-natal e pós-natal constitui um exagero indefensável. “A tese da igualdade de valor de ambos os bens é de todo ponto de vista insustentável, pois na história das idéias filosóficas e religiosas e tanto no direito histórico como no vigente, a constante que predomina é a da valoração diferenciada da vida humana em formação e da vida dos nascidos. O fato de atribuir-se, como faz o nosso vigente Código Penal¹⁶, à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido e, conseqüentemente, se castigue a destruição do fruto da concepção com menos severidade do que a morte de outro homem *vivo*”¹⁷ não significa incompatibilidade com a interpretação que abrange, na locução *direito à vida*, a tutela da vida do não nascido. Além disso, todos os direitos humanos tem suas lógicas limitações, inclusive os direitos fundamentais. O direito à vida não tem caráter absoluto. “A proteção do direito à vida, por exemplo, é compatível com o regramento da legítima defesa que permite, quando ocorram os requisitos exigidos pela lei, a morte do agressor”¹⁸. Ou, como afirma Arthur Kaufmann, “o princípio da proteção *absoluta* da vida impõe-se sempre com a limitação tácita de que existem homicídios *justificados*, como, por exemplo, na legítima defesa ou na guerra”¹⁹. Bem por isso, a distinta penalidade prevista para a destruição da vida do nascituro e do homem já nascido não é incompatível com o princípio constitucional do direito à vida, não sendo, de modo algum, inconstitucional, também, o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em

¹⁵ **Peñaranda Ramos**, Enrique, *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*, em *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Época, n. 11, enero 2003, pp. 165/247.

¹⁶ Na legislação penal brasileira, há uma clara separação entre a vida pós-natal e a vida pré-natal na medida em que se formulam, com autonomia, as figuras delituosas do homicídio e do aborto, e se atribui, do ponto de vista de cominação punitiva, um valor menor à vida do nascituro em confronto com a vida do nascido.

¹⁷ **Rodrigues Mourullo**, Gonzalo, ob.cit., p. 70. No mesmo sentido, **Arroyo Zapareto**, citado por **Peñaranda Ramos**, Enrique, (ob. cit., p.207): não é diversa a manifestação do Tribunal Constitucional da Espanha ao proclamar que “a vida é uma contínua sujeição, por efeitos do tempo, a *mudanças qualitativas* de natureza somática e psíquica que têm *um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital*, e dentro dessas mudanças, no desenvolvimento do processo vital, tem particular relevância o nascimento”.

¹⁸ **Cerezo Mir**, José, *Interrupción voluntaria del embarazo*, em *La Reforma Penal*, Madrid: Instituto Alemán, 1982, p. 34.

¹⁹ **Kaufmann**, Arthur, *Relativización de la protección jurídica de la vida?* em *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p. 43.

mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente²⁰.

4.2 – Momentos de reconhecimento de vida humana, no processo de gravidez

Declarar que a Constituição Federal de 1988, referindo-se ao direito à vida, incluiu a vida intra-uterina no âmbito de sua proteção, é assertiva ainda pouco esclarecedora, limitada mesmo, uma vez que não se define, no texto constitucional, o momento a partir do qual se reconhece, no processo de gestação, a presença de vida humana. Há algum tempo, o conceito de gestação estava diretamente vinculado à idéia de um fenômeno de desenvolvimento, com sede no útero materno, desde o momento da fecundação até o do nascimento. "O produto da concepção progredia em etapas – zigoto, embrião pré-implantatório, embrião e feto – que se findavam no parto, com secção do cordão umbilical e o nascimento de uma criança não mais dependente da mãe. As técnicas de reprodução assistida puseram em xeque a validade do conceito na medida em que deram viabilidade à fecundação em laboratório e, portanto, fora do claustro materno. O processo gestatório poderia, a partir daí, desencadear-se não apenas através de uma fecundação ocorrida no corpo de uma mulher, mas também por meio de uma fecundação obtida numa lâmina laboratorial. Este fato científico, concreto, definido, incontestável, recolocou, no plano das discussões, o conceito de vida humana, o que significa fixar o momento a partir do qual se deve considerá-la existente e, deste modo, merecedora de tutela jurídico-penal. E, nesse nível, não se poderia fugir a um questionamento bastante complexo. Qual a área de significado de vida? A vida é tão somente um processo biológico? Instantâneo ou gradual? Os gametas já são vida? Que tipo de definição deve ser atribuído ao zigoto, à mórula ou ao blastocisto²¹? Já existe neles um ser humano individuado? O pré-embrião, no seu transitar para o útero da mulher ou, no seu

²⁰ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, ob. cit., p. 70.

²¹ Conforme Zarraluqui, Luis, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 183, 184 e 188, zigoto é a primeira célula, diplóide (com dois pró-núcleos), com potencialidade para desenvolver um ser humano, produzida pela fecundação de um óvulo por um espermatozóide; mórula é a massa sólida de células semelhante a uma amora, originada da divisão celular do zigoto e anterior à fase do blastocisto e este é o conjunto de células que resulta da divisão do zigoto no momento da implantação na parede uterina, etapa que segue à da mórula e na qual as células internas se dispõem ao redor de uma cavidade central, acumulando-se outras num dos pólos.

desenvolvimento acompanhado no laboratório, possui, em resumo, vida? Ou o conceito de vida exige algo mais? A vida para assumir a característica de vida humana requer determinadas propriedades como a unicidade, ou seja, a qualidade de ser único e a unidade, ou seja, a qualidade de ser um só? Ou, além dessas propriedades que não separam ainda a vida humana do processo biológico animal, seria exigível para que houvesse vida humana o início da atividade cerebral²²? Ou, deixando-se de lado o processo puramente biológico, a vida com características humanas só seria reconhecível quando a mulher, por ato de vontade, confere ao embrião a qualidade de pessoa²³? As respostas às inúmeras indagações estão longe de guardar uniformidade e põem à luz a terrível carga emotiva e religiosa que está inserida no conteúdo do conceito de *vida*. Para que não se permaneça numa perplexidade imobilista, torna-se imprescindível que se separem, no processo de gravidez, algumas das mais significativas etapas de desenvolvimento biológico graduadas como início da atividade humana, submetendo-as a uma perspectiva crítica. Além disso, não se pode perder de vista o conceito de vida humana, não-biológico, mas cultural e ético, estabelecido a partir do compromisso relacional que a mulher estabelece para com o filho. Embora a definição de vida humana esteja longe de lograr um ponto conceitual aglutinador, deve ela servir, pelo menos, para que se extraia de um desses entendimentos os necessários consectários lógicos.

4.2.1 – Fecundação

“Para os que dizem que a vida é um processo instantâneo, encontra-se ela identificada no momento da fecundação”, isto é, quando “de duas realidades distintas – o óvulo e o espermatozóide– surge uma realidade nova e diversa – o zigoto– com uma potencialidade própria e uma autonomia genética, pois que seu desenvolvimento, ainda que dependa da mãe para subsistir, vai realizar-se de acordo com seu próprio programa genético”²⁴.

²² Relatório da 1ª. Subcomissão, constituída por Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, Luíza Nagib Eluf e Paulo Sérgio de Moraes Pinheiro, destinado ao Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal a ser proposto pelo Ministério da Justiça.

²³ Ferrajoli, Luigi, *A questão do embrião entre direito e moral* em **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, nº. 94, abril/junho, 2003, pp. 9/30.

²⁴ Lacadena, Juan Ramón, *Status del embrión previo a su implantación*, em **La Vida Humana: Origen y Desarrollo**, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989, p. 36.

Essa postura, que corresponde mais a uma crença, a uma posição idealista e sagrada, enfim a um ato de fé, não é abonada pelo conhecimento científico atual. A vida não começa num momento determinado, por assim dizer mágico, pois, em verdade, "é um processo contínuo que provém da noite dos tempos e se dirige para o futuro. Os gametas têm vida que recebem de seus produtores, sem descontinuidade e se fundem entre si para dar lugar ao zigoto, de que nascerá outro homem, que produzirá células germinativas que se unirão a outras para formar outro novo homem. E assim sucessivamente. Não é a vida que tem começo, mas sim a individualização de quem possui este bem" ²⁵. Por outro lado, falar-se de vida biológica, de caráter humano, serve apenas para diferenciar a vida originária de células germinativas do ser humano das que provém de outras formas de vida, como a animal e a das plantas. Os gametas contêm vida, "mas isto não converte tais células em membros plenos e completos do gênero humano, isto é, em uma pessoa" ²⁶.

Além disso, no posicionamento dos que adotam a concepção como o momento inaugural da vida humana, há ainda inquestionável superposição entre os conceitos de vida, do ponto de vista biológico, e de vida humana, entendida como pessoa. No entanto, não há confundir os dois conceitos²⁷. "Dentro deste contexto, a justificativa é que a vida humana é diferente da vida animal porque o homem é um ser capaz de

²⁵ Zarraluqui, Luis, ob. cit., p.92.

²⁶ Zarraluqui, Luis, ob. cit., p. 99.No mesmo sentido, Velásquez José Luis (*Del homo al embrión. Ética e biología para el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa Editora, 2003, p.58) ao asseverar que "se se afirma que um óvulo fertilizado é potencialmente um ser humano quando ocorrem determinadas circunstâncias, nada nos impede que diga o mesmo em relação aos gametas".

²⁷ Sartori, Giovanni (em *O Estado de São Paulo*, de 2 de março de 2005, Caderno Nacional A8) ressalta a distinção entre os dois conceitos: "para começar, vida não é a mesma coisa que vida humana. Até as moscas, os piolhos e os mosquitos são pequenos seres vivos, são vivos. Mas confesso que os mato com satisfação. Os animais e os peixes eram antes seres vivos. E mesmo assim confesso que eu os como sem sentir que estou cometendo um pecado" (...) "A cruzada da Igreja é a favor da *vida nascente*. Aquela das plantas também? E a dos tavões (espécie de mosca) também? É lógico que não. E por que não? Pergunto novamente: qual é a diferença entre uma vida qualquer e a vida humana? Outrora a resposta era a alma, pois é a alma que determina a existência do homem. Mas hoje a alma é esquecida, a Igreja quase não fala mais sobre ela. A omissão é espantosa. Mas é assim". No mesmo sentido, Eco, Umberto (*Mais Darwin, menos Santo Tomás*, em *O Estado de São Paulo*, de 02.03.2005) ao perguntar "se não se faz uma certa confusão entre a defesa da vida e a defesa da vida humana, porque defender a todo custo a vida onde quer que se manifeste, o próprio sêmen sem fins fecundativos, como também comer frango e matar mosquitos, para não falar do respeito devido aos vegetais".

refletir sobre si próprio e, portanto, é dotado de autoconsciência. O animal não sabe que deve morrer; o homem sabe. O animal sofre fisicamente porque tem um sistema nervoso, mas o homem também sofre psicologicamente e espiritualmente. Digamos, então, que a vida humana começa a ser diferente, radicalmente diferente daquela de qualquer outro animal superior, quando começa a *dar-se conta*" ²⁸.

Mas não é só.

A defesa da tese favorável à fecundação como marco inicial da pessoa humana fundamenta-se ainda em dois outros argumentos. Afirma-se, de um lado, que o produto da fecundação, ou seja, o zigoto, está vivo e dispõe do ADN²⁹ próprio da espécie humana³⁰, e que, por via de consequência, o óvulo, fecundado pelo espermatozóide, seria, sob tal ângulo, uma pessoa³¹. De outro, assegura-se, no zigoto, a existência não de uma pessoa real, mas sim de uma pessoa em potência, isto é, "algo que deu início a um processo biológico de desenvolvimento que culminará com a produção de uma pessoa real" ³².

Tais argumentos são, contudo, de precária consistência.

A presença do código genético não é peculiaridade específica e ir repetível do zigoto. "A posse do código genético humano" (...) não pode ser, por si só, um critério suficiente e completo de personalidade moral. Qualquer célula de um ser humano contém o código genético completo e individualizado de seu portador, sem que este mero fato torne

²⁸Sartori, Giovanni, ob. cit., p. A8.

²⁹ Segundo Houaiss, Antônio, (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, pp.88 e 291), ADN significa "a sigla de ácido desoxirribonucléico", que, no idioma inglês, corresponde à sigla DNA. Por sua vez, "ARN é a sigla do ácido ribonucléico" que, no idioma inglês, corresponde à sigla RNA.

³⁰Cerezo Mir José, ob. cit., p., 35 enfatiza que "a vida humana começa com a concepção, quer dizer, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. A partir de então, fica fixado o código genético do novo ser".

³¹Guimarães, Ana Paula (*Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp.153 e 154) observa que "a pesquisa genética permite-nos conhecer e acompanhar o desenvolvimento do embrião desde o momento da concepção. Depois da fusão entre as duas células feminina e masculina inicia-se um novo sistema absolutamente único de vida humana", já que "o ser humano em formação possui um dinamismo próprio, uma vida própria e actual que se vai desenvolvendo e aperfeiçoando. Não vive por si, mas vive para si. É já um ser e não uma parte da mãe que o gera".

³² Valdés, Margarita, *El problema del aborto – tres enfoques*, em *Bioética y Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 132/150.

tal célula valiosa por si mesma. Quanto às células iniciais de um embrião ou feto humano que têm a capacidade de desenvolver-se até formar um ser humano propriamente dito, a única coisa que o argumento do código genético pode demonstrar é apenas que o valor do embrião ou do feto não depende de que já seja pessoa (no sentido moral), mas sim de sua capacidade para ser pessoa no futuro”³³. E o zigoto revela, sob esse ângulo, incapacidade de desencadear a embriogênese visto que não dispõe ainda “de toda informação necessária para o processo embriogenético que determinará as características biológicas do futuro indivíduo”. Seu “potencial de capacidade informativa é adquirido com o tempo por interação de outras moléculas”³⁴ e sobretudo, com o intercâmbio de informações com a própria mãe. Ademais, cabe acrescentar que não é de todo exato afirmar “que a constituição genética do embrião, em fase de zigoto, seja irrepetível”. Até a segunda semana, o embrião pode dividir-se e dar origem a gêmeos, o que vale dizer que o apregoado valor da irrepetibilidade não é uma característica que se pode atribuir ao organismo em desenvolvimento, mas sim ao corpo cromossômico”³⁵. Por fim, a impropriedade argumentativa mostra-se ainda mais explícita quando se enfrenta a questão dos embriões crioconservados em laboratórios de reprodução assistida. Se cada embrião crioconservado tem um código genético humano único e contém uma vida humana potencial, não seria caso de criar-se a “obrigação de implantá-los para que completem seu desenvolvimento, ou de mantê-los com vida latente indefinidamente”³⁶, ou de proibir que se pusesse fim voluntariamente à referida vida?

O segundo argumento – o zigoto não é uma pessoa real, mas, sim, uma pessoa em potencial e, por isso, deve ser preservado – não merece melhor sorte. Antes de tudo porque, na medida em que se afirma que o zigoto é um ser humano em potência, confirma-se que *não é* um ser humano. “O ente potencial não tem em si valor senão na medida em

³³ **Ruiz Miguel**, Alfonso, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp.45/46. **Valdés**, Margarita acentua também que “todas nossas células vivas contêm o ADN humano” e, nem por isso, aceitaríamos que “cada uma delas seja uma pessoa”.

³⁴ **Romeo Casabona**, Carlos María, *El derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp.149/150.

³⁵ **Velásquez**, José Luis, *Del homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, ob.cit., pp.52/53.

³⁶ **Ruiz Miguel**, Alfonso, ob. cit., p. 46.

que alberga a promessa de ser valioso. Com freqüência, rechaçou-se a equivalência do potencial com o atual, assinalando-se que se algo é potencialmente valioso, significa que, de pronto, ainda não é esse algo valioso e, portanto não pode assumir o valor que ainda não tem. A partir da arte, podemos ver que a idéia de potencialidade não tem solidez a menos que seja contextualizada, pois um pigmento, uma porção de argila ou um bloco de mármore podem chegar a ser uma obra de arte única, mas isto não converte tais materiais em arte potencial. Têm valor porque potencialmente podem chegar a ser algo valioso, mas esse valor potencial não possui o mesmo *status* daquele em que eventualmente se tornará”³⁷.

Além disso, na área de significado da potencialidade tanto se incluem a possibilidade física como a probabilidade.

“A potencialidade entendida como possibilidade física faz alusão ao conjunto de circunstâncias que favorecem o desenvolvimento e o nascimento de um ser humano. Se ocorrem determinadas circunstâncias, como o encontro de um óvulo e de um espermatozóide, a devida implantação no útero e a ausência de anomalias, então terá lugar o nascimento de uma pessoa”. (...) Mas “o óvulo fertilizado não representa a única possibilidade de estar-se diante de uma pessoa potencial. Ao se afirma que um óvulo fertilizado é potencialmente um ser humano quando ocorrem determinadas circunstâncias, não há nada que nos impeça dizer o mesmo dos gametas. Se determinadas circunstâncias sucedem em relação ao óvulo (o encontro com o espermatozóide) e determinadas circunstâncias ocorrem no que tange ao espermatozóide (o encontro com o óvulo) e não se empregou um anticonceptivo, então estaremos diante da possibilidade de um novo ser humano. Mais ainda, admitir que os gametas são pessoas potenciais conduz a admitir que as entidades que se combinam com anterioridade para formá-los são também pessoas potenciais. De modo que não são apenas o óvulo e o espermatozóide unidos que têm potencial de chegar a ser um ser humano, também o tem o óvulo mesmo que não seja fecundado.” (...) “Esta linha de argumentação leva à conclusão de que tudo encerra a possibilidade de ser qualquer coisa e, então, a utilidade do conceito de possibilidade desaparece.

³⁷ Kottow, Miguel, *Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana?*, em *Bioética*; Conselho Federal de Medicina, vol. 9, n.2, 2001, pp.25/43.

As conseqüências não acabam aqui. Se temos de ser coerentes, não bastaria impedir qualquer interferência orientada para interromper o processo de formação do embrião; ter-se-ia de dissuadir as mulheres da menstruação mensal e os homens de praticar a masturbação, pois em ambos os casos está se atentando contra uma vida em potência" ³⁸.

Já a potencialidade, sob o ângulo da probabilidade, guardaria pertinência se se comprovasse a proporção com que cada fecundação produz uma gravidez viável que se finda com o nascimento de um ser humano. O embrião, resultante do zigoto, "é uma entidade com escassas probabilidades de chegar a desenvolver as propriedades que farão dele uma pessoa" ³⁹. Calcula-se que 50% dos ovos fecundados são abortados, de forma espontânea, por diversas causas, no período compreendido entre a fecundação e a nidificação. Dos embriões implantados, por sua vez, apenas 30% conduzem a um feto com possibilidade de desenvolver-se. "A estatística demonstra que o destino habitual do embrião implantado não é atingir o estágio de pessoa, mas, sim, morrer por antecipação. A probabilidade de que uma concepção produza um recém-nascido é muito inferior à probabilidade de que ocorram abortos ainda que não medeie ou se tenha produzido intervenção humana deliberada" ⁴⁰.

Por fim, mesmo após a fecundação, com a formação do pré-embrião e o início do processo de sua fixação nas paredes do útero, o quadro biológico não sofre nenhuma mudança substancial. Durante as duas semanas do processo de implantação, "o zigoto não oferece nenhum indício de possuir seu próprio ácido ribonucléico (ARN⁴¹); não possui sua própria linguagem capaz de transmitir informação hereditária às células, embora disponha de seu próprio ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), isto é, a totalidade da informação genética. Dessa forma, nessa fase do desenvolvimento embriológico, o pré-embrião desenvolve-se sob o influxo do ARN do oócito que já existia antes da fecundação. Não obstante, neste período, os zigotos têm a possibilidade de formar

³⁸ Velásquez, José Luis, ob. cit., pp.58/59.

³⁹ Velásquez, José Luis, ob. cit., p.59.

⁴⁰ Velásquez, José Luis, *ibidem*.

⁴¹ V. Nota 29.

gêmeos"(...) "por não ter-se produzido a diferenciação"⁴². Se a massa celular se divide em duas metades e as duas têm a possibilidade de crescer, cada uma delas pode desenvolver-se até formar um organismo adulto.

A evidência experimental demonstra também a existência de indivíduos que são mosaicos ou quimeras genéticas, produzidas pela fusão de dois embriões distintos exatamente antes da nidação"⁴³.

a – Fecundação e a doutrina da igreja católica

Em recente homilia, pouco antes de ser eleito pelo Colégio Cardinalício, o Papa Bento XVI incitou os católicos a que não fossem *crianças na fé* e considerou, de acordo com São Paulo (Ef.4,14), que se achavam nesse estágio aqueles que são "batidos pelas ondas e levados ao sabor de qualquer vento de doutrina". E acrescentou: "quantos ventos de doutrina conhecemos nestes últimos decênios, quantas correntes ideológicas, quantos modos de pensamento..." Assim, ser *adulto na fé, ter uma fé clara*, é freqüentemente catalogado como fundamentalismo, ao passo que o relativismo, isto é, o deixar-se levar *ao sabor de qualquer vento da doutrina*, aparece como a única atitude à altura dos tempos atuais. Vai-se constituindo "uma ditadura do relativismo que não reconhece nada como definitivo"⁴⁴.

Quem ler esse texto e conhecer a posição da doutrina atual da Igreja Católica, em relação à questão do aborto, ficará realmente surpreso ao verificar que a controvérsia entre a animação imediata e a animação retardada foi levada *ao sabor dos ventos da doutrina* durante séculos e só a partir de 1869, com a *Encíclica Apostolicae Sedis* do Papa Pio IX, é que se "eliminou a referência a fetos inanimados, trazendo como

⁴² Velásquez, José Luis, (ob. cit., p.52) salienta que, "produzida a singamia, o sistema recém nascido não está totalmente determinado como se tratasse de um projeto ou um programa. O óvulo fecundado pode dividir-se(...) mas no transcurso dessas divisões não se sabe quais células formarão a placenta e quais formarão o feto. Nessa fase, o embrião encontra-se num estado de indiferenciação que não permite falar de programa ou de projeto algum. A complexidade dos fatores, que intervêm, e a grande quantidade de mudanças, que ocorrem, obrigam a desvalorar qualquer versão de preformismo (a concepção que sustenta que o óvulo fecundado é um homúnculo ou uma pessoa em miniatura, cujo desenvolvimento consiste num aumento quantitativo das características que estão presentes desde o começo) já que não coincide com a realidade empírica do processo".

⁴³ Zarraquí, Luís, ob.cit., p.93.

⁴⁴ Ratzinger, Joseph, *Fé adulta não segue ondas da moda*, em *O Estado de São Paulo*, de 20 de abril de 2005, Caderno Especial H9.

consequência a sanção canônica da excomunhão para o indivíduo que cometa qualquer interrupção da gravidez, inclusive nos primeiros estágios da gestação”⁴⁵. Até então o debate sobre o tema foi acirrado e a Igreja Católica manteve, no decorrer de séculos, pontos de vista conflitantes, deixando à evidência que o relativismo não é apenas um procedimento atual, mas algo que está nela inserido na noite dos tempos. A intolerância e a intransigência da Igreja Católica, nessa matéria, datam, portanto, pouco menos de cento e quarenta anos.

A questão do aborto, sob a perspectiva religiosa, está fulcrada na determinação do momento em que se dá, no decorrer do processo de desenvolvimento embrionário, a infusão da alma no corpo. Para os que defendem a animação imediata – tese que, a final, se tornou predominante – a incorporação da alma se dá a partir do momento da fecundação, já que “se constitui uma vida plenamente humana, que possui uma dignidade e um valor similares aos de qualquer ser humano já nascido”⁴⁶.

Para a corrente adversa, que tinha fundamentação teórica na doutrina epigenética de Aristóteles e em dois tópicos do Antigo Testamento⁴⁷, o processo de conversão do ser humano era gradual e não instantâneo, de forma que Deus introduzia a alma não no momento da concepção, mas, apenas, quando se iniciava no embrião a atividade intelectual. A animação não era instantânea, mas retardada e tal retardamento vinculava-se também ao sexo: no quadragésimo dia, em

⁴⁵ **Martinez**, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, n. 6, 1998 p.75.

⁴⁶ **Gafo**, Javier, citado por **García-Velasco**, José Luis Ibáñez y, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1992, p.144. Nessa linha de entendimento, há o magistério mais recente dos Papas Pio XII, Paulo VI e João Paulo II. Em manifestação também atual o Cardeal **Agnelo**, Geraldo Majella (*Em defesa da vida humana*, **Folha de São Paulo**, de 29 de agosto de 2004, p.A3) destacou que, “existindo uma sequência do DNA típica e exclusivamente humana, cada ser que a possui pertence à humanidade e é um ser humano. E se é ser humano, é uma pessoa, possui subjetividade jurídica. E se de pessoa se trata, devem ser-lhe reconhecidos todos os direitos fundamentais das outras pessoas e, entre estes, o direito à vida e à integridade física”.

⁴⁷ Segundo **Martinez**, Stella Maris (ob cit., p.72), a tese da animação retardada “tinha seu fundamento bíblico em duas passagens do Antigo Testamento: a do Gênesis que relata a criação do homem como dois momentos diferentes, um primeiro no qual o seu corpo é formado com barro e outro posterior em que Deus lhe insufla o espírito (o que os levava a reafirmar que somente no momento em que o feto assumia a forma humana era dotado de alma); e a referência do livro do Êxodo à mulher grávida que era lesionada numa briga e, por causa disso, perdia o feto do que derivava a distinção do *corpus formatum* e do *corpus informatum*, assinalando-se que só, no primeiro caso, podia ocorrer o homicídio”.

se tratando de homem, e no nonagésimo, de mulher. "Para a tese da animação retardada, a alma racional somente se infunde quando o embrião humano está suficientemente conformado para recebê-la; existe, em consequência, um espaço de tempo, 40 ou 90 dias" (...) "no qual o embrião já existe, mas não é plenamente humano por carecer de alma racional. Por isso, (...) pode distinguir-se, dentro do processo embriológico, uma fase subumana, na qual não se pode falar ainda numa plena hominização do feto e uma fase já plenamente humana" ⁴⁸.

Esta polêmica sobre a animação do feto – imediata ou retardada – teve largo curso na história da Igreja e, embora tenha, a final, prevalecido a tese da animação imediata (a união do corpo – como consequência da fecundação – com a alma – que se recebe de Deus – ocorre nesse primeiro momento) ⁴⁹, força é convir que a tese da animação retardada teve uma vigência cronológica superior e contou com o apoio, em diferentes épocas históricas, de pensadores religiosos como São Jerônimo, Teodoreto, Santo Agostinho e, sobretudo, São Tomás de Aquino⁵⁰. São Tomás de Aquino "tem uma visão muito biológica da formação do feto: Deus introduz a alma somente quando o feto já adquiriu, gradativamente, primeiro, alma vegetativa e, depois, alma sensitiva. Apenas depois disso, em um corpo já formado, é criada a alma racional (Suma Teológica, I, 90) ⁵¹. O embrião só tem alma sensitiva (Suma Teológica, I, 76,2 e I, 118,2). Na Suma contra os Gentios (II,89), diz-se que existe uma gradação na geração 'por causa das formas

⁴⁸ **García-Velasco**, José Luis Ibáñez y, ob.cit., p. 144.

⁴⁹ De acordo com **Martinez**, Stella Maris, (ob.cit., p. 73), a teoria da animação imediata foi considerada herética pelo Papa Anastácio II, mas recebeu apoio do Papa Sixto VI e do Papa Inocêncio XI.

⁵⁰ Segundo **Eco**, Umberto (ob.cit.), "a posição de Tomás (que, ao longo dos séculos, a Igreja nunca negou expressamente, condenando, aliás, a oposta de Tertuliano) é a seguinte: os vegetais têm alma vegetativa que, nos animais, é absorvida pela alma sensitiva, enquanto nos seres humanos essas duas funções são absorvidas pela alma racional, que é o que dá ao homem o dom da inteligência e o torna *uma substância individual de natureza racional*".

⁵¹ São Tomás de Aquino, conforme **Dworkin**, Ronald, *El dominio de la vida*, Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.59, repelia a animação imediata porque "uma alma humana plena, que é essencialmente intelectual, não pode ser a forma de uma criatura que nunca teve a figura material necessária, nem sequer o mais rudimentar estágio de pensamento ou sensibilidade". **Joseph Donceel**, S.J., expressa essa idéia do modo seguinte: "se forma e matéria são estritamente complementares (...) pode haver uma alma humana real somente num corpo dotado dos órgãos necessários para as atividades espirituais do homem. Sabemos que o cérebro e, especialmente, o córtex são os órgãos principais dessas atividades sensitivas mais elevadas sem as quais não é possível atividade espiritual alguma".

intermediárias das quais vem dotado o feto desde o início até obter sua forma final'. É por isso que, no Suplemento à Suma Teológica (80,4), lê-se esta afirmação aparentemente revolucionária hoje: depois no Juízo Final, quando os corpos dos mortos ressurgirem para que a nossa carne também participe da glória celeste (quando, então, segundo Agostinho, reviverem na plenitude de sua beleza e complexidade adulta não só os nascidos mortos, como também os em forma humanamente perfeita, os enganados da natureza, os mutilados, os concebidos sem braços ou sem olhos), dessa 'ressurreição da carne' não participarão os embriões. Neles ainda não havia sido infundida a alma racional e, portanto, não são seres humanos" ⁵².

O empenho e a inflexibilidade com que a Igreja Católica defende, na atualidade, a animação imediata⁵³ – que não passa, em verdade, de um postulado religioso não demonstrado cientificamente, nem evidente por si mesmo – servem apenas para obstar que se visualize um passado de dezessete séculos⁵⁴, no qual a questão do aborto, do ponto de vista religioso, era debatido em campo aberto e não se transformara ainda numa postura fundamentalista. Aliás, bem mais perigoso do que a *ditadura do relativismo*, é o fundamentalismo, que põe à mostra o rosto do fanatismo, isto é, a conduta de "quem procura a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso e ficando indiferente perante os enormes danos que a sua atuação provoca a milhões de seres humanos" ⁵⁵.

⁵² Eco, Umberto, ob.cit.

⁵³ Vale ressaltar com Guimarães, Ana Paula (ob. cit., p. 148) que "embora a Igreja tenha sido desde sempre um dos mais fortes pilares da política antiabortiva, a verdade é que nem sempre o aborto foi considerado reprovável. Quando assim o foi, a sanção impunha-se porque se considerava que através do aborto se pretendia ocultar um dos pecados capitais – a luxúria – e não precisamente porque se pretendesse defender uma vida, já que a função específica da sexualidade é a reprodução".

⁵⁴ Dworkin, Ronald (op.cit., p. 56) chama a atenção para a posição oficial da Igreja Católica, tomada há pouco mais de um século e acrescenta que "durante períodos consideráveis, se houve alguma opinião dominante dentro da hierarquia eclesiástica, esta foi exatamente a contrária: que o feto se converte numa pessoa não no momento da concepção, mas somente numa etapa posterior da gravidez, posterior, além disso, ao período durante o qual sucedem na atualidade quase todos os abortos".

⁵⁵ Hare, Richard, citado por Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.19.

intermediárias das quais vem dotado o feto desde o início até obter sua forma final'. É por isso que, no Suplemento à Suma Teológica (80,4), lê-se esta afirmação aparentemente revolucionária hoje: depois no Juízo Final, quando os corpos dos mortos ressurgirem para que a nossa carne também participe da glória celeste (quando, então, segundo Agostinho, reviverem na plenitude de sua beleza e complexidade adulta não só os nascidos mortos, como também os em forma humanamente perfeita, os enganados da natureza, os mutilados, os concebidos sem braços ou sem olhos), dessa 'ressurreição da carne' não participarão os embriões. Neles ainda não havia sido infundida a alma racional e, portanto, não são seres humanos" ⁵².

O empenho e a inflexibilidade com que a Igreja Católica defende, na atualidade, a animação imediata⁵³ – que não passa, em verdade, de um postulado religioso não demonstrado cientificamente, nem evidente por si mesmo – servem apenas para obstar que se visualize um passado de dezessete séculos⁵⁴, no qual a questão do aborto, do ponto de vista religioso, era debatido em campo aberto e não se transformara ainda numa postura fundamentalista. Aliás, bem mais perigoso do que a *ditadura do relativismo*, é o fundamentalismo, que põe à mostra o rosto do fanatismo, isto é, a conduta de "quem procura a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso e ficando indiferente perante os enormes danos que a sua atuação provoca a milhões de seres humanos" ⁵⁵.

⁵² Eco, Umberto, ob.cit.

⁵³ Vale ressaltar com **Guimarães**, Ana Paula (ob. cit., p. 148) que "embora a Igreja tenha sido desde sempre um dos mais fortes pilares da política antiabortiva, a verdade é que nem sempre o aborto foi considerado reprovável. Quando assim o foi, a sanção impunha-se porque se considerava que através do aborto se pretendia ocultar um dos pecados capitais – a luxúria – e não precisamente porque se pretendesse defender uma vida, já que a função específica da sexualidade é a reprodução".

⁵⁴ **Dworkin**, Ronald (op.cit., p. 56) chama a atenção para a posição oficial da Igreja Católica, tomada há pouco mais de um século e acrescenta que "durante períodos consideráveis, se houve alguma opinião dominante dentro da hierarquia eclesiástica, esta foi exatamente a contrária: que o feto se converte numa pessoa não no momento da concepção, mas somente numa etapa posterior da gravidez, posterior, além disso, ao período durante o qual sucedem na atualidade quase todos os abortos".

⁵⁵ **Hare**, Richard, citado por **Ferrajoli**, Luigi, ob. cit., p.19.

b- Fecundação e o pacto de San José da Costa Rica

O art. 4º.1 do Pacto de San José da Costa Rica estatui que "toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado de vida arbitrariamente". Extraem alguns doutrinadores do referido dispositivo o entendimento de que se estabeleceu, em nível constitucional, a fecundação como sendo o momento a partir do qual a vida da pessoa humana deve ser penalmente tutelada.

Tal entendimento merece alguns reparos.

Em primeiro lugar, cabe verificar se se trata de norma de extrato constitucional. Sob esse ângulo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou que normas constantes de tratados internacionais estavam equiparadas a normas de direito interno e, portanto, tinham a configuração de normas infraconstitucionais. É verdade que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". É inquestionável que o Pacto de San José da Costa Rica se traduz numa convenção internacional sobre direitos humanos, mas sua aprovação se deu antes do novo § 3º do art. 5º, da CF. Não cabe, portanto, equiparar a regra do art. 4º.1, do Pacto de San José da Costa Rica à emenda constitucional. O argumento de que o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal poderia retroagir para atingir a convenção internacional já aprovada não tem razão de ser. Antes de tudo porque, para a atribuição de *status* de emenda constitucional, é necessário que as normas da convenção ou do tratado sobre direitos humanos sejam aprovadas, em *dois turnos*, em cada Casa do Congresso Nacional, por *quorum* qualificado, ou seja, *três quintos* dos votos. Ora, nenhum dos requisitos exigidos pelo novo cânon constitucional foi levado em conta na aprovação do Pacto de San José da Costa Rica. Nada obsta que se proceda, no futuro, a uma nova votação nas duas casas congressuais, a fim de que as normas dessa convenção, obedecidas as condições estabelecidas e respeitado o poder de iniciativa, se transformem em emendas constitucionais. No momento, no entanto, na linha de entendimento já expressado pela maioria dos membros do Supremo

Tribunal Federal, a regra do art. 4.1, do Pacto de San José da Costa Rica tem valor de preceito infraconstitucional.

Em segundo lugar, vale ressaltar que o art. 4.1, do Pacto de San José da Costa Rica não estabeleceu nenhum dever de criminalização ao Poder Legislativo dos Estados conveniados, ao dispor que a vida deve ser protegida desde o momento da concepção. A exigência dessa tutela não está adstrita, com exclusividade. Ao direito penal e, portanto, à figura típica do aborto⁵⁶. É sabido que o controle repressivo só deve atuar quando os demais controles sociais formais se revelem fragilizados ou inerciados, já que se trata da *ultima ratio* no arsenal do legislador. Há, inquestionavelmente, outros meios de proteção do momento da concepção, como "uma adequada política social de inclusão dos necessitados, a criação de aconselhamento psicológico às gestantes⁵⁷ ou mesmo a implantação de políticas voltadas ao planejamento da família" que "seriam alternativas à ampla proibição penal do aborto"⁵⁸. Vale ressaltar com Albin Eser que "a protecção efectiva da vida intra-uterina só é possível com a ajuda das grávidas e por isso dificilmente o será através de medidas penais repressivas que contra elas tem sido praticadas"⁵⁹. Assim, criar um estatuto jurídico próprio, em relação ao embrião ou ao feto – que não é coisa, nem pessoa – parece ser um procedimento recomendável nos termos do Pacto de San José da Costa Rica. Pretender a tutela penal a partir da concepção é algo, no entanto, que não decorre, de forma explícita, do texto do referido pacto.

⁵⁶ Karam, Maria Lúcia (*Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto*, em *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 13, no prelo) ressalta, com propriedade, que a "atuação do Estado na proteção da vida, como na proteção de quaisquer outros direitos fundamentais do indivíduo, longe está de necessariamente se fazer com a intervenção do sistema penal" (...) "Aqui basta constatar que o que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais do indivíduo, constantes das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos, estão a ordenar ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais-econômicas, sociais e políticas-para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal".

⁵⁷Previne-se "a interrupção voluntária da gravidez graças a instrumentos, como o aconselhamento e apoio às grávidas que vão além da repressão penal. Trata-se de uma espécie de *estratégia do abraço*, como observa Koch, Hans Georg (*O princípio e o termo da vida, como problemas do direito da medicina* em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, vls. 1 e 2 de janeiro/junho de 2004, p.158).

⁵⁸A citação provém da excelente dissertação de mestrado de Sarmento, Paulo Henrique de Moraes, *Aborto: dos limites e da subsidiariedade do direito penal frente aos direitos fundamentais da mulher*, defendida na Universidade Metodista de Piracicaba e em vias de publicação.

⁵⁹ Eser, Albin, citado por Koch, Hans Georg, ob. cit., p.158, nota 27.

Em terceiro lugar, é imprescindível que se observe que o texto do art. 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica não atribuiu um caráter absoluto ao direito à vida tomando-se a concepção como inflexível ponto de partida da pessoa humana. Note-se, de pronto, que há uma restrição a relativizar tal direito. A expressão *em geral* constante do texto da referida convenção constitui, sem nenhuma margem de dúvida, uma válvula de escape através da qual se admite que, em situações determináveis, o direito à vida não pode, nem deve ser protegido desde a fecundação.

Por último, mesmo que se admita, em dessintonia com a posição majoritária dos membros do Supremo Tribunal Federal, que o art. 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica tenha a força de norma constitucional, não se pode extrair de seu contexto a conclusão de que há perfeita equivalência entre o conceito de concepção e o conceito de pessoa humana. O artigo acima mencionado não se traduz numa definição constitucional sobre a questão, que, permanecendo em aberto, demanda outro nível de considerações. A concepção, como já foi anteriormente analisada (item 4.2.1) não passa de um momento do processo gradual de formação da vida. E esse processo se desdobra em diversos outros momentos – não necessariamente identificadores de vida humana –, que não autorizam, por isso, uma valoração jurídica uniforme da vida pré-natal. Antes, “é possível deduzir uma graduação nessa valoração e, em consequência, o ordenamento jurídico pode escalonar de forma coerente os mecanismos de proteção” ⁶⁰. Mas, em lugar desses mecanismos de proteção ajustáveis a um processo biológico-evolutivo da vida, o que importa mais, como será enfatizado, em seguida (item 4.2.4), é o momento em que a mãe integra o embrião no seu projeto de vida, no seu próprio corpo, porque é a partir desse ato de vontade que a gestante cria a pessoa humana que passa a exigir tutela até mesmo de caráter penal. Não há, portanto, possibilidade de fusão entre os conceitos de concepção e de pessoa humana.

4.2.2 – Nidação

⁶⁰ **Romeo Casabona**, Carlos Maria, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la Manipulación genética*, Granada, 2004, p.157.

A nidação é o termo final do processo de fixação do ovo na mucosa uterina da mulher, o que ocorre no décimo quarto dia a partir da fecundação. Para alguns autores, é aí que se inicia a vida humana porque, é nesse momento que o ser humano se individualiza⁶¹, não havendo mais oportunidade de ocorrer a segmentação embrionária⁶². Para tal individualização, é mister, no entanto, "que se dêem duas propriedades: a *unicidade* – qualidade de ser único – e a *unidade* – realidade positiva que se distingue de toda outra; quer dizer, ser um só" ⁶³. Com a nidação, a formação celular também "adquire transcendência, ou seja, entra em contato com outro indivíduo da espécie, estabelecendo com o mesmo – sua mãe – uma relação de alteridade". Além disso, sem a implantação, "o zigoto não encontra desenvolvimento pleno, sendo certo que, mantido num meio de cultivo, ou freia o seu desenvolvimento ao chegar ao estágio de trinta blastômeros⁶⁴, ou se divide de forma indefinida até alcançar uma mola de grande tamanho, mas sem lograr maior diferenciação" ⁶⁵.

Vale ressaltar, por fim, que todo o processo biológico que se finaliza com a nidação, ou seja, com a implantação do ovo na parede do útero é uma comprovação da teoria da gradualidade, em detrimento da teoria da instantaneidade⁶⁶. Destarte, se se considera existir vida humana a partir da nidação, e não da fecundação, o uso de anticoncepcionais destinados a impedir a fecundação ou a própria implantação do zigoto não pode ter enquadramento punitivo⁶⁷.

⁶¹ A equação *vida humana* (quando esta se considera produzida) = *ser humano individualizado* é enfatizada no Relatório Palácios, informe da *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana*, 1986, p.36.

⁶² Sobre a teoria da segmentação, vide **Martínez**, Stella Maris, ob.cit., pp.80/81.

⁶³ **Lacadena**, Juan Ramón, ob. cit., p.37.

⁶⁴ **Houaiss**, Antônio (ob. cit., p.467) define blastômero como "qualquer uma das várias células resultantes das divisões iniciais do zigoto, que formam as fases do embrião denominadas de mórula e de blástula"

⁶⁵ **Martínez**, Stella Maris, ob.cit., p. 85.

⁶⁶ **García-Velasco**, José Luis Ibañez y (ob.cit., p. 162) observa que o número de abortos espontâneos ou seletivos, na Espanha, antes da nidação é da ordem de 600.00, por ano. "Para a teoria da gradualidade seria uma simples etapa biológica de seleção natural do zigoto-organismo vivo, mas não ser humano formado; para a teoria da instantaneidade, que se traduz na humanização imediata do zigoto de um dia, significaria a perda espontânea anual de 600.000 seres humanos, por estarem dotados, desde o primeiro dia da fecundação, de alma, corpo e vida humana plenos".

Mas, ainda que se admita que a nidacção no útero materno atribua ao produto da fecundação as duas características relevantes da unicidade e da unidade e torne impossível qualquer forma de segmentação, nem por isso se pode concluir pela presença de uma vida humana plena. A nidacção é "apenas um estágio do processo paulatino de corporização e hominização; a comprovação do carácter gradual e não instantâneo de formação do ser humano; é uma fase obrigatória, mas não suficiente. Não há confundir, portanto, vida humana na sua plenitude, com um processo biológico que é comum ao próprio animal" ⁶⁸.

4.2.3 – Atividade cerebral

"O início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, com a constituição dos hemisférios cerebrais (a denominada telencefalização), no terceiro mês de gravidez, permitirá distinguir o organismo vivo humano do organismo dos demais primatas e só então poderá cogitar-se de um processo biológico convocado a converter-se numa vida humana, isto é, uma vida com características próprias e atributos da espécie humana" ⁶⁹. A atividade elétrica do encéfalo provoca uma mudança qualitativa no

⁶⁷ **Figueiredo Dias**, Jorge de (*Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.172) adverte que se reduz hoje "a declaração meramente simbólica a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, nos primeiros tempos desta, seguramente nas primeiras quatro semanas. Num tempo em que se fabricam e se administram a chamada *after-morning pill*, os dispositivos intra-uterinos destinados a impedir a nidacção, os antiprogestagénios (a antiprogesterona ou, mais especificamente, o RU486 ou Nifepristona) e determinados análogos das prostaglandinas, a manutenção da punibilidade durante aquele prazo revela-se de concretização judicial praticamente impossível, totalmente ineficaz, e portanto absolutamente desnecessária do ponto de vista de protecção do bem jurídico e, nesta medida sim, porventura inconstitucional". Já **Guimarães**, Ana Paula (ob. cit., p.154, n.363), de modo um tanto incoerente, com sua aceitação da teoria da animação instantânea, assevera que a ausência de tutela penal "fica a dever-se a razões de outra ordem. São razões de eficácia que justificam a tutela penal da vida humana apenas a partir da nidacção pois, como sabemos, os anticoncepcionais normalmente utilizados como meio de regulação da natalidade têm por efeito ou impedir a concepção, ou impedir a implantação do embrião. Proteger penalmente a vida desde a concepção equivaleria a sancionar condutas que fazem parte do quotidiano, como a utilização de dispositivos intra-uterinos e das "pílulas da manhã seguinte".

⁶⁸ Relatório mencionado na nota n.26. **García-Velasco**, José Luis Miguel y (ob.cit., p.161) enfatiza que "tampouco a nidacção do óvulo fecundado no útero parece acrescentar algo relevante de forma a determinar o começo da vida humana. Os que assim pensam (...) confundem vida humana com o processo biológico animal e vêem, em qualquer fenómeno biológico, a própria vida humana".

processo puramente biológico da vida e estabelece os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa humana. O registro desses sinais, detectáveis por meio de eletro encefalograma, revelaria o aparecimento da pessoa.

Em reforço desse posicionamento, alguns autores estabelecem como pólos do fluir vital, de um lado, o despertar cerebral e, de outro, o silêncio cerebral. Tem-se entendido que o momento de cessação da atividade cerebral marca, de modo determinante – embora possa ser possível a manutenção de algumas funções vitais – o findar da vida humana, em face da irreversibilidade dessa cessação. Se “a medida que se aceita na atualidade para determinar a morte de um ser humano é a presença de um eletro encefalograma plano, quer dizer, a cessação da atividade cortical superior, não parece haver razão suficiente para não adotar igual posicionamento para considerar que, embora em formação, a vida humana já começou” ⁷⁰. Deste modo, em sentido inverso, o início da atividade cerebral teria o significado do principiar da “*humanidade* de um ser vivo” ⁷¹.

A relação de igualdade lógica entre os dois momentos – o início e o fim da vida humana – não é, contudo, acolhida por outros doutrinadores na medida em que entendem ser tais momentos conceitualmente diversos. “Não é comparável o caso da morte cerebral, onde se detecta uma suspensão irreversível da função, com o do embrião onde essa emissão elétrica é a culminação do processo de formação do sistema nervoso central, desenvolvimento inequivocamente iniciado com o aparecimento do sulco neural” ⁷². O critério aproximativo das duas realidades – vida e morte – mostra-se inaceitável, apesar de inexistir em ambas atividade elétrica cerebral. É que “enquanto numa a cessação da atividade cerebral significa o fim de uma atividade vital, no embrião

⁶⁹ Relatório mencionado na nota n.26. Nesse sentido, manifesta-se também **García-Velasco**, José Luis Miguel y (ob.cit., p.163), ao ressaltar que “apenas o início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, pode ser considerado como sinal distintivo do puramente animal, mas, inclusive a partir deste momento, que se inicia no terceiro mês de gravidez, é que poderá chamar-se de um processo biológico que está convocado a converter-se em vida humana independente. Mas ainda não o é”.

⁷⁰ **Queralt Jiménez**, Joan Josep, ob. cit., p.43.

⁷¹ **Laurenzo Copello**, Patrícia, *El aborto no punible*, Barcelona:Bosch, 1990, p.83.

⁷² **Martinez**, Stella Maris,, ob. cit., p. 87.

significa que ainda não se manifestou a potencial atividade elétrica do cérebro que representa a formação do sistema nervoso central” ⁷³.

A questão torna-se mais complexa quando é posto em xeque o critério da morte cerebral e se busca, em substituição, identificar a morte através do critério da morte neo-cortical, isto é, se abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e se prioriza, em seu lugar, outros aspectos (entre os quais o da comunicação), como expressão de identidade da pessoa. A vida humana só deve ser protegida se ela contém, ao menos, “potencialidade para as relações humanas” ⁷⁴. A vida em formação deve ser, portanto, reconhecida, como vida humana, quando o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho, o que, efetivamente, tem condições de ocorrer até doze semanas (três meses) desde a fecundação. De qualquer modo, “enquanto não se demonstrar *cientificamente* a existência da vida humana (...), exigir responsabilidade penal pelo *aborto*, é pôr o direito penal a serviço de concepções ideológicas que se fundamentam em especulações. E especulações são a tradição teológica sobre a animação do feto (que, por sinal, acontecia antes no masculino do que no feminino), tradição que, com idêntica base científica – quer dizer, nenhuma –, mudou de posicionamento a respeito da aparição da alma (= a condição humana para os crentes) no feto, colocando-a no mesmo instante da concepção” ⁷⁵.

4.2.4 – Compromisso relacional: mãe/filho

Qualquer dos marcos postos em destaque, como começo da vida humana – fecundação, nidação ou atividade cerebral – provoca, de imediato, reações contrastantes, de mão e de contramão, dificultando sobremaneira uma tomada de posição, tantos são os argumentos numa e noutra direção. Nenhum posicionamento está livre de ser analisado,

⁷³ **Guimarães**, Ana Paula, ob.cit., p. 159. **Martinez**, Stella Maris manifesta-se também contrária à adoção do critério de equivalência entre o despertar cerebral e o silêncio cerebral, uma vez não sendo razoável a transferência para o embrião do critério da morte cerebral, uma vez que não seria pertinente proclamar a qualidade de pessoa “a uma criatura vivente muito menos evoluída, que não possui ainda nem sequer os princípios do órgão suscetível de emitir tais impulsos”.

⁷⁴ **Mc Cormick**, Richard, citado por **Hooft**, Pedro Federico, *Anencefalia e interrupción del embarazo: una vision integradora a la luz de la Bioética y dos Derechos Humanos*, em **Bioética y Derecho**, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p.377.

⁷⁵ **Queralt Jiménez**, Joan Josep, ob. cit., p.44.

sob as mais variadas perspectivas e nessa análise, não faltam toques fundamentalistas, que não suportam a mais leve restrição, ou mesmo argumentos brandidos como artigos de fé, aos quais a razão não tem acesso. Desalojar essas interferências é tarefa inglória. Bem por isso, para fugir dessa situação de difícil deslinde, parece mais adequado que se aparte, para a determinação do conceito de começo de vida, tanto de uma visão estritamente concepcional como de uma postura de caráter biológico-evolucionista⁷⁶. Para isso, é mister que sejam postas algumas premissas que poderão dar suporte a um novo conceito de começo de vida que não se amarre aos critérios já explicitados.

Em primeiro lugar, as inovações tecnológicas, que acompanharam a segunda metade do século vinte e invadiram os anos iniciais do século vinte e um, provocaram uma verdadeira revolução no que se refere à reprodução humana que, de um processo absolutamente natural, regido “pelo acaso ou pela imprevisibilidade” se tornou “uma função biológica programável”⁷⁷.

Em segundo lugar, a precocidade do diagnóstico pré-natal que permitiu uma ampla antecipação de problemas eventualmente detectados no processo de gestação e as sempre renovadas técnicas de reprodução humana, com uma sofisticação cada vez maior, para a concepção da vida em laboratório, propuseram vários questionamentos para os quais são exigíveis decisões pessoais, sobretudo, da mulher grávida ou em vias de engravidar-se, o que lhe atribui uma margem bem mais ampla de liberdade, como autodeterminação de sua vontade.

⁷⁶ Kottow, Miguel (op. cit., p.32) observa, com precisão absoluta, que “tanto a visão concepcional como a evolutiva não lograram estabelecer de forma convincente o começo da vida humana e o início da vida pessoal caindo, pois, em falácias naturalistas que concluem valorações morais com base em dados biológicos arbitrariamente selecionados. Destacar a concepção como o início do ser humano em toda a sua integridade significa homologar um zigoto como uma pessoa, recorrendo a um entendimento frágil de potencialidade e relegando a um segundo plano todos os demais elementos necessários para a ontogênese humana e pessoal, desde a mãe e o processo fisiológico da gestação até as diversas etapas de socialização. A perspectiva evolutiva, por sua vez, gera descrições de desenvolvimento às quais espúria e arbitrariamente se concede o *status* moral, mas carece de argumentos convincentes para afirmar que a aparição da crista neural, por exemplo, seja o sinal mais valioso de humanidade do que algum outro aspecto do desenvolvimento embrionário ou fetal, e antes de tudo, não justifica conceder às pessoas um valor moral superior ao dos seres humanos de racionalidade deficiente”.

⁷⁷ Kottow, Miguel, ob. cit., p.37.

Em terceiro lugar, as "transformações sociais, tais como a fragmentação da família, o nascimento de filhos na ausência de vínculos matrimoniais ou de casais, a inserção da mulher no trabalho, o precário apoio popular para o cuidado e a educação das crianças, além de outros fatores, geraram o desejo de determinar quando se terá filhos e quantos"⁷⁸.

Em quarto lugar, o pensamento feminista pôs em destaque a importância que representa, para a mulher, a tutela de seu próprio corpo. "A autodeterminação da maternidade, por exemplo, antes que uma liberdade de abortar, é uma liberação desse tipo de servidão pessoal que se apresenta na obrigação da mulher de ser mãe e na instrumentalização de seu corpo para um fim que não é seu porque não é querido. Trata-se, em resumo, de uma liberdade do corpo, no sentido já recordado na definição de Mill da liberdade como soberania de cada um sobre seu próprio corpo e sobre sua própria mente, e a máxima kantiana segundo a qual nenhum ser humano pode ser tratado como coisa. Pois o corpo feminino foi durante muito tempo e ainda hoje, em relação a múltiplas questões, continua sendo uma *coisa*, um *objeto* em lugar de um sujeito de direito ou de direitos. E, portanto, a afirmação da liberdade feminina consistiu no passado e consiste ainda hoje antes de tudo numa luta de liberação dos corpos das mulheres"⁷⁹.

Em quinto lugar, o princípio da separação entre direito e moral⁸⁰ permite "a única convenção que torna compatível a tutela do feto e, em geral, do embrião como pessoa potencial, e a tutela da mulher precisamente porque, sendo pessoa, não pode ser tratada (...) como um

⁷⁸ Kottow, Miguel, ob. cit., p.37.

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, Prólogo ao livro de Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de Género, Sexo y Sexualidad*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp.13/14.

⁸⁰ Mathieu, Lillian (*Les repères pour une sociologie des croisades morales*, em *Déviance e Société*, Genebra: Centre National de la Recherche Scientifique) chama a atenção sobre a concepção hierarquizada entre normas morais e normas jurídicas, segundo Christine Boutin: "Eu estou a serviço da vida, portanto, contra o aborto. E a Igreja, neste domínio, refere-se a uma lei natural que, de fato, se impõe a todos. Aos católicos, como aos não-católicos". E acrescenta a manifestação de Xavier Dor, fundador de uma associação anti-abortista: "Deve-se afirmar o reino social de Nosso Senhor Jesus Cristo. Certamente, ele não é deste mundo, nem segundo este mundo. Ele é além deste mundo, antes e depois dele, mas também nele e isto de maneira superior porque o filho do homem se encarnou: seu domínio é o das almas e o das instituições, estas guiando àquelas".

meio para fins alheios: a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela *se e só quando* pensado e desejado⁸¹ pela mãe, como pessoa”⁸².

Por último, um Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, tem caráter laico e não está subordinado a nenhuma religião e, por isso, “não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem seu atuar. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que ‘favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais’. Transpor esse muro seria, como afirma Walzer citando Locke, ‘revolver o céu com a terra’; mesclar dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes”⁸³.

Todos esses argumentos confluem para uma conclusão: a vida humana não está inserida no zigoto, nem pode ser reconhecida nas diversas etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente no momento em que se estabeleça efetivamente o nexo ou a relação mãe/filho, isto é, quando a mãe incorpora “a vida humana dependente ao próprio projeto de vida”⁸⁴ ou, dito de forma mais explícita ainda, quando a mãe “por ato de vontade” confere ao embrião “o valor de pessoa”, portanto, quando “*cria a pessoa*”. “A procriação é um ato criativo, como

⁸¹ **Maturana**, H.R., citado por **Kottow**, Miguel (ob. cit., pp.34/35), ressalta que “a humanização do embrião ou feto não é um fenômeno que tenha lugar como parte de seu desenvolvimento, mas sim se inicia quando a gravidez começa a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro”.

⁸² **Ferrajoli**, Luigi, *A questão do embrião entre o direito e a moral*, em Revista do Ministério Público, ano 24, n.94, abril/junho de 2003, pp.9/30.

⁸³ **Franco**, Alberto Silva, *Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, em **Revista dos Tribunais**, vol. 833, Março de 2005, p. 412. As citações entre aspas simples provieram de **Walzer**, Michael, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto **Karam**, Maria Lúcia (ob. cit., no prelo).

⁸⁴ **Kottow**, Miguel, ob.cit. p.34.

o *fiat lux*: fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e de vontade. Com ela a mãe dá não só o corpo, mas também a forma de pessoa ao nascituro, pensando-o como filho. Por outras palavras: se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa”⁸⁵.

Não merece acolhida o argumento de que seria “desastrosa”⁸⁶ a definição de começo de vida humana a partir do compromisso relacional mãe/filho em razão de não estar fixado, no tempo, o momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o projeto existencial do filho. Como enfatiza Luigi Ferrajoli três meses a partir da concepção bastam para que a mãe atribua ao filho a qualidade de pessoa. “Não porque três meses signifiquem algo no plano biológico, mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa”⁸⁷. Além disso, vale acentuar com Miguel Kottow, que “uma vez aceita a gravidez e iniciada a relação mulher-mãe com o embrião-filho, começa também o cuidado dos interesses do filho e sua proteção por parte da mãe. Se esta proteção pudesse ser arbitrariamente revogada, não seria legítima proteção porque um aborto procurado posteriormente à aceitação da gravidez constitui uma ocisão dificilmente escusável. A exceção será possível se após assumir a gravidez, a mãe ou o filho sofram um processo que põe em risco sua capacidade de viver. Nesse caso, é legítimo desvincular a relação de proteção já que as circunstâncias determinaram que tal vínculo está destinado a não ser viável”⁸⁸.

5 – A FIGURA TÍPICA DO ABORTO

Embora o aborto faça parte do rol de tipos compreendidos entre os crimes contra a vida, é necessário que se trace uma linha demarcatória bem visível entre ele e o homicídio. Não há confundir os dois bens jurídicos tutelados. De um lado, a vida humana intra-uterina. De outro, a vida

⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.16.

⁸⁶ Sarmento, Paulo Henrique de Moraes, Vide nota 57.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi ob. cit., p.15.

⁸⁸ Kottow, Miguel, op. cit., p.35.

humana fora do ventre materno. Essas diferenças encontram ressonância na extrema diversidade do *quantum* punitivo cominado para uma e outra dessas figuras criminosas e, ainda, no fato de que o aborto não admite a modalidade culposa. Ademais, há uma peculiaridade especial no aborto, ou seja, a circunstância de ocorrer uma *duplicidade na unidade*: a mulher (autora ou vítima) é portadora do bem jurídico (vida intra-uterina) e, ainda, titular de direitos próprios⁸⁹.

A legislação penal brasileira não definiu, de forma expressa e pormenorizada, o tipo objetivo do aborto, ou seja, os elementos configuradores deste fato criminoso. *Provocar* (item 1) é o verbo indicador da ação criminosa e se trata de verbo comum aos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Como tal, *provocar* não se traduz, numa conduta carregada de ilicitude, como seria o caso dos verbos *matar*, *subtrair*, *caluniar*, *injuriar*, etc. e, por isso, exige complementação. Destarte, a estrutura típica só se torna definível com a referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo *aborto*⁹⁰, cuja área de significado e de extensão deve ser preenchida logicamente a partir da configuração do bem jurídico tutelado. Cuida-se, aqui, de elemento normativo do tipo e, portanto, necessitado de valoração. A esses dados tipológicos, acrescentam-se, no auto-aborto, a mulher grávida como sujeito ativo e, nas demais hipóteses, a mulher gestante, enquanto concorda ou dissente das manobras abortivas.

Como deve ser axiologicamente completada, a noção jurídica de aborto não pode ser encerrada numa espécie de moldura fixa, ou seja, numa prisão conceitual. O elemento normativo do tipo comporta sempre espaços livres que permitem alargar ou restringir a área de delimitação do conceito, de acordo com compreensão a ele emprestada pelo intérprete ou pelo julgador. É evidente que não se trata, no caso, de puro arbítrio interpretativo. Fatores culturais, os dados sociais, o processo biológico de desenvolvimento embrionário, as inovações tecnológicas no campo da biomedicina, os diagnósticos pré-natais idôneos a identificar

⁸⁹ **Damião da Cunha**, J.M., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.149).

⁹⁰ **Marques**, José Frederico (*Tratado de Direito Penal - Parte Especial* – vol. 4. São Paulo: Edição Saraiva, 1961, p. 149) adverte que “a conduta delituosa que no tipo se encerra é descrita como provocar aborto; e para a sua elucidação cabal e exata, necessário se torna, como é óbvio, que se fixe a noção jurídica de aborto. Isto significa que nos diversos tipos sobre o crime de aborto, formula o juiz uma apreciação de valor para dar o conceito de aborto – o que constitui, como fala Mezger, juízo de valor não genuíno ou impróprio, destinado à integração do tipo”.

antecipadamente problemas no curso da gestação, etc. são alguns elementos que podem decididamente influir no conceito jurídico de aborto. Ao empregar a palavra *aborto*, na construção tipológica, o legislador penal aludiu à interrupção da gravidez e à morte do embrião ou do feto, mas não definiu explicitamente o momento a partir do qual é reconhecível vida humana que pode ser interrompida por manobra abortiva. Sob esse ângulo, o legislador foi omissos e criou, para o conceito jurídico de aborto, margens de indefinição que exigem complementação. E essa complementação pode ser feita em diversas direções.

No direito penal brasileiro, são detectáveis diferentes posicionamentos. A maior parte dos penalistas, manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal a partir da concepção. Nesse sentido, Nelson Hungria⁹¹ asseverou que, “o código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto”. No mesmo sentido, Aníbal Bruno⁹², Euclides Custódio da Silveira⁹³, Cezar Roberto Bitencourt⁹⁴, José Henrique Pierangeli⁹⁵, Paulo José da Costa Junior⁹⁶ e Álvaro Mayrink da Costa⁹⁷.

Em outra direção, encaminha-se o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso: “a lei não especifica o que se deva entender por *aborto*,

⁹¹ **Hungria**, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 2ª. ed., vol. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.277.

⁹² **Bruno**, Aníbal, *Direito Penal– Parte Especial*, tomo 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, pp.161/162.

⁹³ **Silveira**, Euclides Custódio, *Crimes contra a pessoa*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p.19.

⁹⁴ **Bitencourt**, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, vol. 2, São Paulo:Edição Saraiva, 2001, p.157.

⁹⁵ **Pierangeli**, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

⁹⁶ **Costa Junior**, Paulo José da, *Código Penal Comentado*, 8ª. ed., São Paulo:DPJ, 2005, p.388.

⁹⁷ **Costa**, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal– Parte Especial*, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 181/182.

que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto" ⁹⁸. No mesmo sentido, ressalta Luiz Regis Prado que "o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno. Destarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a *nidação*, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção" ⁹⁹. De igual parecer, Rogério Greco: "temos a *nidação* como termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal de aborto. Portanto, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelo menos à primeira vista, será considerado aborto (consumado ou tentado)" ¹⁰⁰. Na mesma linha de direção, vai Celso Delmanto, ao salientar que "a vida se inicia quando o ovo é implantado no útero materno" ¹⁰¹.

Já, no Relatório formulado pela Primeira Subcomissão para a feitura do Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal, ficou consignado que a vida é "um acontecer gradual e segmentado, um processo biológico dinâmico que representa a soma de períodos relativos" e que somente "a partir do despertar cerebral, surge na sua inteireza a pessoa humana, como titular do direito individual à vida e merecedora, portanto, de tutela constitucional penal" ¹⁰².

⁹⁸ **Fragoso**, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 4ª.ed., São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 362.

⁹⁹ **Prado**, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, vol. 2, 4ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp.109/110.

¹⁰⁰ **Greco**, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, vol. 2 Niterói: Editora Impetus, 2005, p.271. Também no sentido de que é na nidação que se reconhece o momento inicial do conceito de vida humana, **Franco**, Alberto Silva, *Aborto por indicação eugênica em Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp.80/108. Tal posicionamento já sofreu, contudo, mudança em manifestação posterior: *Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, em **Revista dos Tribunais**, 2005 vol. 833.

¹⁰¹ **Delmanto**, Celso *et alii* Código Penal Comentado, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Edição Renovar, 2002, p.268.

¹⁰² Vide nota n.26.

Destarte, no direito penal brasileiro, o conceito de aborto não se traduz num círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere; ao contrario, trata-se de tipo que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição, não apenas jurídica, que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada. Há, portanto, na noção de aborto, espaços que demandam preenchimento e a doutrina brasileira trouxe à baila os posicionamentos referentes à visão concepcional e à perspectiva biológico-evolutiva que já foram objeto de consideração em itens anteriores. O único posicionamento até agora não incluído refere-se ao do compromisso relacional mãe/filho.

6 – PONTO NUCLEAR: HAVERÁ, NO ABORTO, DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO?

No aborto, o princípio do direito à vida é posto em jogo, mas, nesse mesmo jogo, confronta-se com outros princípios fundamentais de igual valor, ou seja, os direitos constitucionais da mulher: o direito à liberdade, sob o ângulo da autodeterminação da maternidade e o direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação, e todos esses direitos remetidos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como equacionar direitos fundamentais em situação de enfrentamento?

6.1 – Direitos fundamentais em oposição: regras de harmonização.

Nos ordenamentos constitucionais da modernidade, convivem princípios jurídicos e regras jurídicas. Os princípios ou direitos fundamentais, positivados ou não¹⁰³, representam o conjunto de valores que dão fundamento à Constituição. Ou dito de forma mais precisa, “espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”¹⁰⁴.

¹⁰³ A existência de princípios não positivados restou evidente no texto do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, onde ficou consignado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁰⁴ Barroso, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, em *Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.1/48.

E servem também como guias de orientação para o intérprete. Por sua vez, as regras são proposições de caráter normativo, descritivas de condutas. "Por exemplo, a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica" ¹⁰⁵.

Princípios e regras apresentam ainda diversidade de estrutura quer no que tange à explicitação dos fins objetivados, quer no que se refere aos efeitos que pretendem produzir. Assim, quanto à primeira diversidade, "as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar", ao passo que os princípios "estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse fim seja alcançado" ¹⁰⁶.

Por fim, quanto à forma de aplicação ¹⁰⁷, "as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma do *tudo ou nada* ("all or nothing"). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla, se for inválida; se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor". Já, "os princípios contêm, normalmente, maior carga normativa, um fundamento

¹⁰⁵ Barroso, Luis Roberto, ob.cit.,p.31.

¹⁰⁶ Barcellos, Ana Paula de, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, em *Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.49/118.

¹⁰⁷ Na nota n. 61 do artigo de Barroso, Luis Roberto (ob.cit.,p.31), ficou consignado, com base em Alexy, Robert que "as regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) tem natureza bi-unívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, a aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) opostos que excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios da mesma estatura e ponderação".

ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade”¹⁰⁸. Equaciona-se o conflito entre os princípios constitucionais, através da técnica da ponderação. Por ela, “procura-se estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional” (...) “Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas simples determinação de solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada”¹⁰⁹.

6.2 – Perspectiva concepcional (fecundação) ou perspectiva biológico-evolutiva (nidação e atividade cerebral)

Examinada a temática do aborto, sob qualquer das perspectivas mencionadas, não se pode fugir a uma resposta positiva sobre eventual conflito entre direitos fundamentais. Tais direitos, chamados à colação, estão em rota de colisão e não se acomodam, à primeira vista, num espaço de composição. Mas, como já foi anteriormente lembrado (item 6.1), o conflito entre direitos fundamentais não se equaciona com base na regra do *tudo ou nada*, pois um direito fundamental não deixa de existir se contrastado por outro da mesma categoria. Saber com que peso cada um deles deve atuar na faixa de atrito constitui, portanto, o único instrumental em condições de, sem sacrificar totalmente um desses direitos, obter a solução desejável.

¹⁰⁸ Barroso, Luis Roberto, *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, em **Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desta Teoria Crítica**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, pp.293/326.

¹⁰⁹ Barroso, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, em **A Nova Interpretação Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.32/33.

Não há dúvida de que, na hipótese do aborto, um dos direitos fundamentais em jogo é o direito à vida, direito esse que está visceralmente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo ambos o motor de arranque capaz de dar suporte a outros direitos fundamentais. Já se pôs em destaque o caráter constitucional da inviolabilidade do direito à vida (item 4) e já se considerou que a tutela constitucional concedida ao direito à vida da pessoa humana se estende também à vida intra-uterina, embora os níveis de proteção penal sejam diversificados em relação à vida humana independente e à vida humana dependente (item 4.1). Discutiu-se, por outro lado, se havia sobreposição entre os conceitos de vida biológica e de vida humana na fecundação (item 4.2.1), ou se a vida humana só seria detectável na nidação (item 4.2.2) ou na atividade cerebral do embrião (item 4.2.3).

A esses questionamentos sobre o direito à vida, contrapõem-se os direitos constitucionais da mulher, os quais, do ponto de vista axiológico estão no mesmo degrau do direito à vida. E quais direitos constitucionais da mulher estão sendo violados com a ampla incriminação do aborto?

Antes de tudo, o direito inviolável à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) compreendida como liberdade positiva, isto é, a de "reger-se por si mesmo, de ser o próprio dono" ¹¹⁰. Sob esse ângulo, no campo da liberdade pessoal está contida a liberdade sexual, "que compreende não apenas a faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem, mas também a liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador" ¹¹¹. E inclui-se, ainda, nessa liberdade sexual, o direito da mulher à autodeterminação sobre seu próprio corpo, em matéria de maternidade. Depois, vem o direito da mulher à igualdade— direito inviolável e abrigado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*)—, na medida em que a penalização do aborto a reduz à condição de instrumento da procriação, em evidente desigualdade em

¹¹⁰ Vives Antón, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 393. Expressando o discurso da liberdade positiva, Berlin, Isaiah, citado por Vives-Anton, afirma: "desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de nenhum tipo. Quero ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos atos de outros homens. *Quero ser um sujeito, não um objeto*; mover-me por razões, por propósitos conscientes próprios, não por causas que me afetem de fora. Quero ser alguém, não ninguém, um executor- decidor, não alguém por quem se decide; *autodirigido*, não guiado pela natureza externa ou por outros homens como se fosse uma coisa ou um escravo, incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e alcançá-las".

¹¹¹ García-Velasco, José Luiz Ibáñez y, ob. cit., p.187.

relação aos demais seres humanos. Por fim, o direito da mulher à sua própria dignidade, na medida em que perde a soberania sobre si mesma e, como ser humano, "não pode ser tratado por ninguém (isto é, nem por outro, nem por ele próprio) como um simples meio, antes deve ser tratado como um fim; e precisamente nisto consiste a sua dignidade (a sua personalidade)"¹¹².

Com razão, Tomás S. Vives Antón acrescenta que "se a proclamação da liberdade como primeiro *valor superior* do ordenamento jurídico não é uma mera frase de retórica; se se concede algum significado ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à intimidade e, em definitivo, se queira *tomar a sério* os direitos da mulher" (...), não se pode negar "que pertence ao conteúdo essencial, ao *núcleo duro* desses direitos, a possibilidade, configurada com amplitude suficiente para que possa ser razoavelmente exercida, de rechaçar uma maternidade não desejada por quaisquer motivos". E, sublinhe-se, "esta última expressão, porque por muito que eticamente possam repugnar os móveis de uma decisão cuja transcendência não deve ser minimizada, uma Constituição democrática deve ser neutra diante deles. O reconhecimento da liberdade implica na ausência de qualquer tipo de constrição frente às diversas opções morais. A decisão de reger-se por uns ou outros princípios morais, por mais desprezíveis e egoístas que possam parecer seus motivos (e inclusive a decisão de prescindir de todo princípio moral), não pode ser, por si só, objeto de um juízo jurídico" (...) "O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade comporta, por conseguinte, que as razões pelas quais pode interromper sua gravidez sejam suas próprias razões, não as que o legislador considere oportuno impor-lhe"¹¹³.

¹¹² Kant I., citado por Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 15, nota 4.

¹¹³ Vives Antón, Tomás S., ob.cit. p.211. Roxin, que, em matéria de aborto, ocupa uma posição conservadora moderada, enfatiza, conforme citação feita por Vives Antón (ob. cit., p. 196), que "o intolerável no estado de coisas no direito vigente consiste em obrigar-se a mulher a dar à luz a um filho uma vez que foi concebido, mas depois é ela apenas quem deve ver o modo de resolver a situação que a lei lhe impôs. Isto é desumano e indigno de um Estado social (...) se o Estado impõe a uma mulher o dever de trazer o feto ao mundo, aquele terá de cuidar simultaneamente para que a criança possa viver em condições humanamente dignas e desenvolver-se livremente, não recaindo sobre os pais um peso que supera desproporcionadamente as cargas normais da paternidade. E se o Estado não está em situação de criar essas condições, tampouco é-lhe lícito exigir à mulher que dê à luz a seu filho, mas sim terá de permitir a interrupção da gravidez e assumir, inclusive, a responsabilidade por esse fato".

Esboçado o conflito entre princípios fundamentais, de igual grau axiológico, como encontrar uma solução a partir de um juízo de ponderação?

De início, fica extremamente difícil atribuir um peso absoluto ao direito à vida¹¹⁴, tendo-se como ponto de partida a concepção, de forma a excluir todo e qualquer direito à mulher grávida. Se o processo biológico da vida e a vida humana se confundem na fecundação; se ontologicamente a concepção, é determinante da vida humana na sua plenitude, não há direito da mulher a ser considerado, em relação ao filho. A maternidade, na mulher, deixa de ser uma opção e se converte numa missão a ser cumprida, uma atividade obrigatória. A mulher, em consequência, passa a ser o instrumento da criação humana, "não como *criadora* em si, em união com o homem". Por isso, "não tem direito algum a respeito do nascituro, em nenhum dos perfilados momentos da gestação (zigoto, embrião, feto)".

O direito à vida não pode ser compreendido nessa perspectiva absolutista mesmo porque "não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais"¹¹⁵. E não é preciso muito pensar para demonstrar que o direito à vida não pode ser encarado dessa forma. Se assim o fosse, como explicar a existência de vida humana na concepção obtida em lâmina laboratorial, em centros de reprodução assistida? Como entender que, nessa hipótese, o descarte de embriões constitua violação do direito

¹¹⁴ **Beristain**, Antonio (*Interrupción voluntaria del embarazo; reflexiones teológico-jurídicas*, em **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol.34, fasc. 2/3, maio/dezembro 1981, pp.385/397), com sua reconhecida autoridade de teólogo católico, deixou consignado que "convém que tanto os juristas como os teólogos levem em conta a necessidade de *desabsolutizar* certos direitos muito importantes, mas não inquestionáveis, para chegar à solução dos problemas do aborto. No campo teológico, *deve-se reconhecer a necessidade de relativizar o direito à vida do zigoto, do embrião e do feto*. Por outro lado, no setor jurídico, urge não tornar absoluto o direito da mãe – e também do pai – a respeito de seu corpo e a respeito do fruto da concepção".

¹¹⁵ **Tavares**, André Ramos, *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*, em **Dos Princípios Constitucionais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.38.

à vida que não se enquadraria, obviamente, no tipo do aborto – que pressupõe o processo de gestação no útero da mulher – e seria naturalmente ajustado à figura do homicídio? Como admitir, do ponto de vista lógico que a vida humana dependente comportasse, na área penal, uma dúplici tipologia: homicídio, em se tratando de embrião resultante de técnicas de reprodução assistida e aborto, em se cuidando de embrião formado no corpo da própria mulher? Não seria gritante incoerência a adoção desse entendimento: tutela penal maior, em relação à vida dependente produzida em laboratório, e infinitamente menor, no tocante à vida dependente implantada no útero materno? E aí como justificar essa diferenciação, no tratamento penal, em face do princípio fundamental da igualdade? Além disso, em face da recente Lei 11.105/05, que prevê o emprego de embriões crioconservados para a obtenção de células-tronco – técnica que provoca a destruição desses embriões – não se estaria legalmente autorizando a prática de homicídio? Todas essas indagações são reveladoras da inadequação da tese da concepção, como marco inicial da vida humana, demonstrando, de forma inequívoca, que o preceito fundamental do direito à vida não é absoluto: tem limitações – e muitas – decorrentes, sobretudo, do fantástico progresso tecnológico na área da biomedicina.

Mas a nidação ou a atividade cerebral do embrião representariam saltos qualitativos de tal ordem no processo biológico de evolução do embrião que um ou outro desses momentos teria o condão de confirmar o começo da vida humana? Tais questões (itens 4.2.2 e 4.2.3), reveladoras de inequívoco progresso na embriogênese, são ainda insuficientes para a formulação de um juízo seguro sobre a realidade de uma vida humana plena. É patente que, nessa fase de desenvolvimento do embrião, criam-se relações mais transparentes entre ele e a mãe, e se evidencia, ao mesmo tempo que, com a progressão da gravidez, são postos em xeque outros bens jurídicos dignos de proteção, tais como a vida, a liberdade, a saúde física ou psíquica, a autodeterminação e a dignidade da mulher, criando-se, assim, um conflito de interesses entre o embrião de um lado, e sua mãe de outro.

Destarte, direito à vida e direito à liberdade da mulher, sob as várias angulações já mencionadas, estão em evidente conflito para cujo equacionamento é mister que se desenvolva um raciocínio de ponderação, isto é, que se atribua a cada um desses direitos fundamentais um determinado peso, Partindo-se da premissa de que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, torna-se necessário, levando-se em

conta o processo de gravidez, que se façam concessões recíprocas entre os referidos direitos fundamentais, de forma a não sacrificar nenhum deles por inteiro.

Se é exato que o direito à vida pode antecipar-se ao nascimento e que, portanto, a figura típica do aborto confirma essa ampliação do conceito de vida, não é menos exato que não se pode equiparar a vida humana em formação com a vida humana independente. Há um inequívoco desnível de valor entre esta e aquela, e tal desnível repercute quando se tem de fazer uma ponderação entre princípios fundamentais. Assim, em havendo, até o terceiro mês¹¹⁶ de gravidez, um período de absoluta incerteza do ponto de vista científico, quanto à presença de vida humana em sua plenitude, força é convir que não se pode, nessa fase, maximizar o direito à vida, em detrimento do exercício, por parte da gestante, de direitos fundamentais que lhe são também constitucionalmente garantidos, entre os quais se incluem o direito à liberdade, em diversas facetas, e o próprio direito à igualdade. Por outro lado, superado o prazo de três meses, permitir à mulher, a não ser um situações fáticas determinadas, a prática do aborto, seria atribuir-lhe um direito ilimitado em detrimento do direito à vida humana, nessa altura, já consolidada. A composição entre os direitos fundamentais em choque conduz, portanto, à aceitação da chamada solução de prazo, conjugada com a de indicações¹¹⁷.

6.3 – Perspectiva do compromisso relacional mãe/filho

A acolhida da perspectiva relacional (item 4.2.4) enseja resposta negativa à indagação sobre conflito de direitos fundamentais, pois é a mãe quem, por ato de sua vontade, confere ao filho o valor de pessoa.

¹¹⁶ **Muñoz Conde**, Francisco (*Derecho Penal*– Parte Especial, 8ª. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p.87) entende que “a eleição do prazo de três meses para determinar o começo da vida humana e com ele o da proteção jurídico-penal é tão arbitrário como qualquer outro (fecundação, nidacão), mas tem a vantagem de resolver muitos problemas sem ter que recorrer ao Direito Penal ou a argumentos justificativos, mais ou menos hipócritas, para impedir sua intervenção nos três primeiros meses da gravidez”.

¹¹⁷ **Carbonell Mateu**, J.C. e **González Cussac**, J.L. (ob. cit., p.777) põem em destaque “a tremenda peculiaridade que representa o fato de que os interesses fetais somente podem ser desenvolvidos no interior da grávida, que é a portadora da vida. Trata-se de uma *dualidade na unidade*: são dois seres distintos, mas um corpo suporta o outro. Durante um período de tempo, tem de predominar a *unidade* e, por conseguinte, a decisão cabe à grávida; transcorrido esse prazo, predomina a *dualidade* e apenas em determinados e graves casos poderão ser sacrificados os direitos do nascituro”.

Nessa situação, “*pessoa é só o embrião destinado pela mãe a nascer, e está, portanto, excluída qualquer possibilidade de conflito entre a autodeterminação da maternidade e a tutela da pessoa potencial representada pelo embrião, não existindo antes daquele ato de autodeterminação, nenhuma pessoa*”¹¹⁸. Em face desse entendimento, não tem logicamente pertinência a intervenção do direito para equacionar a problemática da pessoalidade ou não do embrião. Não é através de figura criminosa que se poderá solucionar a questão de ser o aborto um fato moral ou imoral. Num Estado laico que separa, com nitidez, os campos do direito e da moral, não se pode transformar o direito penal num instrumento impositivo de uma determinada moral, em detrimento de quem dela discorde. Além disso, em desconformidade com o conteúdo de qualquer outra norma penal, “a proibição do aborto equivale também a uma obrigação – a obrigação de ser mãe, de agüentar uma gravidez, de dar à luz, de criar um filho – em contradição com todos os princípios liberais do direito penal. E não só. Em contradição com o princípio da igualdade, que quer dizer igual respeito e defesa da identidade de cada um, a penalização do aborto tira à mulher a autonomia sobre o próprio corpo e a sua dignidade de pessoa, reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não os seus. Como não ver nisto tudo uma lesão de liberdade pessoal, considerada *inviolável* ?” (...) “Lesão, repare-se, não de um direito específico de aborto, mas do direito da pessoa sobre si mesma, de que o direito de aborto é apenas um reflexo. Não de um entre muitos direitos da pessoa, mas do primeiro e fundamental direito humano: *o direito sobre si mesmo*, sobre a própria pessoa e sobre o próprio futuro expresso pela clássica máxima de John Stuart Mill: *sobre si próprio, sobre sua mente e sobre seu corpo, o indivíduo é soberano*”¹¹⁹.

Eventual conflito entre a mãe e o filho por ela aceito, como expressão de sua liberdade de querer a gestação, só seria configurável a partir do momento em que a mãe pretendesse revogar sua manifestação de vontade. Aí, sim, o direito à vida de quem já foi reconhecido como futura pessoa merece proteção, inclusive de caráter penal. Deu-se à mulher, respeitado o princípio do pluralismo moral, a oportunidade de fazer sua opção. Se a exerceu, dentro do prazo de três meses, no sentido de ter o filho, não há cogitar, fora de casos excepcionais, da interrupção

¹¹⁸ Ferrajoli, Luigi, ob.cit. p.17

¹¹⁹ Ferrajoli, Luigi, ob.cit.,p.22

voluntária do processo de gestação. Ademais, a opção pela gravidez pode dar-se muito tempo antes de completar-se o prazo de três meses, como, por exemplo, no caso em que a mãe procura um centro de reprodução humana com a finalidade de gerar um filho. Se houver sucesso, e a mulher engravidar-se, é evidente que, desde então, ficou explicitada sua vontade de acolher esse filho como pessoa. Na eventualidade de gestação múltipla, não há cogitar, portanto, de redução embrionária. Por outro lado, ultrapassado o prazo de três meses, é evidente que houve aceitação tácita da gravidez posto que, nesta altura do tempo e com os inequívocos sinais do processo gestatório, a mulher já fez sua opção pela maternidade. Vale, por fim, enfatizar que o prazo de três meses não foi determinado em razão da evolução do processo de gravidez, mas exatamente porque, dentro desse lapso temporal, a mulher terá margem adequada e razoável de tempo para tomar sua decisão de aceitar ou de recusar o filho.

7 – A SOLUÇÃO DE PRAZO

O sistema de prazo defende a interrupção da gravidez consentida nos três primeiros meses (doze semanas), ainda que não motivada pela gestante, mas desde que realizada por médico. A linha de demarcação entre a permissão e a proibição do aborto deve ser traçada, tendo em vista o momento em que ele venha a ser realizado.

A razão de ser da adoção desse critério temporal objetivo está assente em dois argumentos relevantes.

De um lado, o fato de que “durante esse período, o aborto resulta menos perigoso para a vida e a integridade da mulher” (...) e ao mesmo tempo, “dado o caráter progressivo da valoração da vida em formação, esta seria inferior” em confronto “com o livre desenvolvimento da personalidade da mãe”. “A consideração de que, nas doze semanas do prazo, o aborto seria impune” fundamenta-se no fato de que a partir de então “o embrião passa a ser feto” e, “por conseguinte, começam, com propriedade, os sinais de vida. Há um salto qualitativo, próprio do fenómeno biológico da vida: é o momento em que começa a atividade cerebral”¹²⁰.

¹²⁰ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p.776.

Por outro lado, a objetividade do critério de prazo tem o condão de igualar todas as mulheres, sem distinção de categorias sociais ou econômicas¹²¹. Todas elas, portanto, no período das doze semanas (três meses), exercitando o direito à liberdade pessoal e do direito à dignidade humana, – direitos fundamentais que se vinculam estreitamente ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação da própria vida na específica condição feminina – têm o direito de optar pela maternidade ou não¹²².

Dois argumentos contrastantes com o sistema de prazo também devem ser analisados.

O primeiro diz respeito ao perigo de que o aborto se converta num método habitual de controle da natalidade, com o abandono do recurso a outros meios preventivos da gravidez. E, por via de conseqüência, num aumento significativo da taxa de abortos. O argumento não pode prosperar. Não há falar em controle da natalidade, através do aborto. A nenhuma mulher pode a conduta do aborto parecer um ato positivo e desejável. Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas. É evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios anticonceptivos a apelar para o aborto. Por outro lado, não há fugir à consideração de que a atipicidade do aborto realizado no prazo de doze semanas provocará, de início, um aumento da taxa de abortos, com o desaparecimento dos abortos clandestinos¹²³, mas, a curto prazo, diminuirá o número de mulheres mortas ou com

¹²¹ **Gimbernat Ordeig**, Enrique (*Por un aborto libre* em **Estudios de Derecho Penal**, Madrid, Tecnos, 1990, pp.59/65) enfatiza que a “solução de prazo contém duas vantagens: despenaliza-se o aborto durante as primeiras semanas e com isso a interrupção da gravidez fica autorizada para todas as mulheres – independentemente da classe social a que pertencem – e se evitam os abortos clandestinos com seus conseqüentes riscos para a vida e para a integridade física das grávidas”.

¹²² **Casabona**, Carlos Romeo (ob. cit., p. 297), apesar de discordar do sistema de prazo, salienta que “o prazo de doze semanas permite à mulher comprovar a certeza da gravidez e tomar pausadamente a decisão de abortar ou de prosseguir na gravidez”.

¹²³ **Karam**, Maria Lúcia (ob. cit., **Discursos Sediciosos**, n. 13 – no prelo) acentua que “quando o aborto é proibido, embora, naturalmente, mulheres privilegiadas tenham acesso a clínicas particulares bem equipadas e com profissionais preparados, as mulheres das classes subalternizadas se submetem a condições precárias, realizando o aborto por seus próprios meios ou com pessoas (profissionais ou não) despreparadas, geralmente em condições não-higiênicas, o que resulta em grande número de complicações para a saúde e mortes. Calcula-se que pelo menos cerca de um terço das mulheres que realizam abortos em condições precárias sofram sérias complicações em sua saúde”.

consequências sérias para sua saúde, e a linha estatística se inflectirá rapidamente no sentido decrescente¹²⁴.

O segundo refere-se à afirmação de que, no prazo de doze semanas (três meses) de gravidez, ocorre uma desproteção real e absoluta do embrião. Trata-se, no entanto, de assertiva sem fundamento. Se, em verdade, se cria, em nível administrativo, um sistema de assessoramento ou outros métodos dissuasórios para a mulher grávida, dá-se ao embrião uma tutela bem mais efetiva e se substitui, com gritante vantagem, a ameaça penal. Aliás, para que "a proibição penal do aborto não passe a ser, em última instância, uma incompleta, quando não totalmente hipócrita, declaração de princípios em favor da proteção da vida em gestação", é mister acrescentar-se ao Direito Penal, "uma ampla profilaxia individual e social na qual devem ser incluídas não apenas a adequada formação sexual e assessoramento sobre métodos anticoncepcionais, mas também um conjunto de medidas suficiente sobre política social e sobre a ajuda à grávida e à mãe"¹²⁵. "Com outras palavras, o futuro de uma luta eficaz contra o aborto não está no Direito Penal (a resposta aqui é modesta e muito limitada: a mais idônea é a solução de prazo), mas sim na via preventiva articulada por uma política social avançada, exigível e inerente ao Estado Social e Democrático de Direito"¹²⁶.

¹²⁴ **Karam**, Maria Lúcia (ob. cit., **Discursos Sediciosos** n. 13— no prelo) relata que, embora possa haver um aumento real, "em razão do crescimento na demanda resultante da maior facilidade e da maior segurança proporcionadas pela realização do aborto na legalidade, o que se verificou foi que, a médio e longo prazo, aquela tendência desapareceu, registrando-se, ao contrário, quedas significativas na quantidade de abortos. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, registraram-se essas tendências, com um aumento no número de abortos nos anos imediatamente seguintes à decisão do caso *Roe v. Wade*, em 1973, que conduziu à legalização do aborto em todo o país, e um posterior declínio a partir dos anos 80". Por outro lado, "como apontado em trabalho publicado pela Organização Mundial da Saúde, nos Estados Unidos da América, a taxa de mortes de mulheres decorrentes de aborto é de 0,6 por 100.000 procedimentos, o que faz a prática lá legalizada ser tão segura quanto uma injeção de penicilina".

¹²⁵ **Eser**, Albin, *Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán* em **Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona**, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, p.739.

¹²⁶ **Barreiro**, Agustín Jorge, *El aborto en la reforma penal española*, em **Estudios penales y criminológicos**, vol. 17, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela,, 1994, p. 190.

7.1 – Caráter constitucional da solução de prazo

Embora a Constituição Federal proclame a inviolabilidade do direito à vida (item 4), constitui ponto pacífico o reconhecimento da existência de outros princípios fundamentais, também invioláveis, sem que se possa estabelecer entre eles uma ordem hierárquica, de caráter axiológico. Se esta afirmação corresponde à verdade, torna-se inevitável a presença de situações conflituais que indicam, de forma inquestionável, que todos os princípios fundamentais são relativos e, por isso, são condenados, um em relação ao outro, a ceder espaço. Nessa linha de raciocínio, o direito à vida também deve ser relativizado tanto no que se refere à vida humana em formação como à vida humana independente¹²⁷, e, portanto, “da *inviolabilidade* da vida humana, não pode tirar-se argumento contra a existência de justificações do facto, ou mais latamente contra a consagração de cláusulas de impunidade de condutas que atentem contra os bens jurídicos *vida* ou *vida intra-uterina*”¹²⁸. Não se pode extrair, portanto, do princípio da inviolabilidade do direito à vida a conclusão de que haja para o legislador infraconstitucional “uma imposição (implícita) absoluta de criminalização”, pois “é livre para decidir, de acordo com as concepções político-criminais que o guiem e com respeito pelos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da adequação da tutela penal, do sentido e da extensão com que deseje consagrar cláusulas de justificação ou de impunidade do facto”¹²⁹. Destarte, nada obsta que se fixe, em nível de legislação ordinária, o prazo de doze semanas (três meses), como marco final para a impunidade da interrupção da gravidez, uma vez que somente, no referido prazo, o embrião completa o processo biológico que o converte em feto. Daí considerar-se que, “conferindo-se, assim, razoável extensão a este prazo, nem por isso se concluirá logo ser tal extensão particularmente lesiva do direito à vida do feto; pelo contrário, corresponde à experiência da vida e mesmo a estudos feitos de que o decurso de um certo prazo já de

¹²⁷ Eser, Albin, citado por Guimarães, Ana Paula (ob. cit., nota 274, p. 121) enfatiza que “dever-se-ia tomar consciência de que contrariamente ao que pretende certa filosofia barata, tão-pouco no que respeita às pessoas nascidas, se pode falar de uma proteção *absoluta* da vida, existindo apenas uma proteção de princípio, que é relativizada por diversas espécies de licenças para matar (como na legítima defesa, nas mortes causadas em teatro de guerra, na pena de morte)”. E, de acréscimo, na própria indústria de produção de armas.

¹²⁸ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p.171.

¹²⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 171.

gravidez pode levar a grávida a um reforço das contra motivações à interrupção e assim a decidir-se a favor do feto, não contra ele" ¹³⁰.

Não há, portanto, com a acolhida da solução de prazo, cogitar de qualquer agravo ao princípio fundamental do direito à vida. Ademais, "não mereceria censura constitucional (...) um sistema que combinasse equilibradamente o sistema de indicações com o sistema dos prazos, principalmente se tal sistema se combinasse por sua vez com um consistente e adequado sistema de aconselhamento" ¹³¹.

8 – SISTEMA DE INDICAÇÕES

A discussão do sistema de indicações tem seu ponto de partida na consideração de que, ao revés do sistema de prazo, a vida intra-uterina constitui um interesse dominante em todo o processo de gravidez, a não ser que, no decorrer dela, ocorra algum fato concreto que conceda maior importância à autodeterminação da vontade da mulher ou à sua dignidade da pessoa humana¹³². De acordo com "o esquema regra-exceção: a regra é o castigo do aborto; a exceção permite o aborto voluntário em certos casos expressamente regulados (indicações)" ¹³³. A legislação comparada apresenta um repertório de situações singulares ou excepcionais que fundamentam o sistema de indicações: *a indicação terapêutica ou médica* (exclui-se a ilicitude do aborto em qualquer momento da gravidez, se é ele considerado necessário para evitar um grave perigo para a vida ou para a saúde, física ou psíquica, da gestante); *a indicação ética ou criminológica* (exclui-se a ilicitude do aborto se a gravidez decorre de um delito de caráter sexual praticado contra a vontade da mulher ou resulta de aplicação de técnicas de reprodução assistida não consentida pela mulher); *a indicação embriopática ou eugênica* (exclui-se a ilicitude do aborto se existem riscos medicamente demonstrados de que o embrião ou o feto é portador de graves problemas físicos ou psíquicos); *a indicação econômico social* (exclui-se a ilicitude do aborto se por razões de variada procedência – elevado número de filhos, poucos recursos econômicos, difícil situação familiar, gravidez decorrente de

¹³⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 174.

¹³¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p.172.

¹³² Rodríguez Mourullo, Gonzalo ob. cit., pp.73/74.

¹³³ Romeo Casabona, Carlos María, ob. cit., p.294.

relações extraconjugais, etc. – torna-se indesejável à gestante ter um novo filho).

No Código Penal Brasileiro, de 1940, duas indicações são mencionadas pelo legislador: a *indicação necessária* que, em verdade, se traduz na indicação médica ou terapêutica mais restrita, na medida em que se refere apenas à hipótese em que o aborto é permitido quando não houver outro meio para *salvar a vida* da gestante, e a *indicação no caso de gravidez resultante de estupro*, mais conhecida como indicação ética ou criminológica. Ambas as indicações estão condicionadas à intervenção médica e estão enquadradas na afirmação legal de que *não se pune*, nesses casos, o aborto.

Apesar de a terminologia empregada ser equívoca, é ponto quase pacífico, na doutrina brasileira, que as hipóteses permitidas de aborto se incluem entre as causas de justificação. José Frederico Marques observa que “o que se declara não punível é o fato, então o que existe é a licitude penal desse fato”¹³⁴. Na mesma linha de compreensão, Euclides Custódio da Silveira, ao afirmar que se “trata de dois casos especiais de exclusão de ilicitude penal e não da culpabilidade”¹³⁵. Os doutrinadores brasileiros mais modernos não discordaram desse entendimento. Cezar Roberto Bitencourt observa, com propriedade, que “é uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que *não há crime*, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que *não se pune o aborto*, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame”. Não diverge desse posicionamento, Luiz Regis Prado, ao asseverar que, no caso do aborto necessário, ocorre o estado de necessidade “porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual – ou mesmo iminente – bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe)”. Já, em se tratando de aborto ético, cuida-se também de causa de justificação, mas de natureza excepcional ou singular, em relação à norma não-incriminadora geral¹³⁶.

¹³⁴ Marques, José Frederico, ob. cit., vol.4, p. 174.

¹³⁵ Silveira, Euclides Custodio, ob. cit., p.126.

¹³⁶ Prado, Luiz Regis, ob. cit., p. 122.

José Henrique Pierangeli¹³⁷ entende existir causas de justificação nos dois incisos do art. 128 do Código Penal. Apenas Rogério Greco¹³⁸ faz restrição quanto ao caso de aborto resultante de estupro que, no seu entender, se acomoda melhor à hipótese de inexigibilidade de conduta diversa do que a de causa de justificação.

O enquadramento do sistema de indicações, como causas de justificação, exige que se faça uma análise mais aprofundada da questão da exclusão de antijuridicidade, antes de examinar as indicações feitas pelo legislador penal.

8.1 – Causas de justificação

As relações entre o tipo e o ilícito constituem um dos pontos nucleares da atual dogmática penal. Qual das duas categorias deve ganhar prioridade na montagem do sistema penal. Não vem a pêlo, nos limites do presente artigo, uma discussão de maior amplitude sobre a questão, mas tão-somente uma tomada de posição a partir da qual se possam extrair conclusões. Sob esse enfoque, deve ter guarida o pensamento de Figueiredo Dias, que privilegia o ilícito em relação ao tipo, ao afirmar que “a função que a categoria da ilicitude cumpre no sistema do facto punível é, em suma, definir – não em abstrato, mas em concreto, isto é, relativamente a singulares condutas – o âmbito do penalmente proibido e dá-lo a conhecer aos destinatários potenciais das suas normas, motivando por esta forma tais destinatários a comportamentos de acordo com o ordenamento jurídico-penal. Só a partir daqui ganha o tipo o seu verdadeiro significado”¹³⁹. Todo tipo é, portanto, na sua essência, o recorte de um comportamento havido por ilícito, o que importa dizer que, sem esse ilícito, não há como configurar o tipo. A estrutura tipológica separa-se, no entanto, em dois instrumentos diversos que lidam com o ilícito e que se complementam do ponto de vista funcional: de um lado, os tipos incriminadores e, de outro, os tipos justificadores ou causas de justificação. Os primeiros “constituem o conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a

¹³⁷ Pierangeli, José Henrique, ob. cit., pp. 120/121.

¹³⁸ Greco, Rogério, ob. cit., p. 287.

¹³⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, *Código Penal*, Parte Geral, Tomo 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 253.

configuração do *bem jurídico* protegido e as condições a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche por ser considerado ilícito". Já os segundos "assumem o caráter de limitação (negativa) dos tipos incriminadores", "constituem, no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo do ilícito" (...) e "podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*)tipos, *funcionalmente complementares* dos tipos incriminadores"¹⁴⁰. Destarte, não se estabelece entre tipos incriminadores e justificadores "uma relação de regra/exceção, ou de afirmação/negação" mas, na realidade, "uma relação de complementariedade funcional na valoração de uma concreta ação como lícita/ilícita. Sem prejuízo, todavia, de esta complementariedade de funções ser realizada por duas vias diferentes: os tipos incriminadores constituem uma via provisória de —*fundamentação do ilícito* e os tipos justificadores uma via definitiva de *exclusão de ilicitude*, *prima facie* indiciada pela subsunção da ação concreta a um tipo incriminador"¹⁴¹.

Os dois enfoques, um positivo e outro negativo, com que o ilícito é encarado tipologicamente, apartam-se, no entanto, diante de uma ação concreta. É que o princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado, sujeita o tipo incriminador à lei anterior, que explicita a conduta proibida, e comine previamente a pena, ao passo que o tipo justificador, que exclui o ilícito, está fora da área de incidência daquele princípio constitucional e de seus corolários. Seria, realmente, um contra-senso subordinar os tipos justificadores a uma camisa de força legal¹⁴², pois, nessa situação, o princípio da legalidade perderia o seu significado

¹⁴⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob.cit., p.254.

¹⁴¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 362.

¹⁴² Busato, Paulo César (*Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia*, em *Revista de Estudos Criminais*, n. 16, ano IV 2004, pp. 127/145) ressalta, com propriedade, que "o direito, no tema da justificação, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas sim deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta deve ser considerada justificada perante o sistema de controle social. Esta fundamentação evidentemente guarda uma *ratio* eminentemente social e, por isso mesmo, configura um ponto sensível à evolução da sociedade em que se insere. Por isso, não se pode restringir o âmbito da justificação apenas a causas legais, senão que devem ser admitidas também causas supraleais de justificação. Nesse sentido, comenta Toledo, Francisco de Assis (*Princípios básicos de Direito Penal*, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.171): as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal".

"teleológico, político-criminal, constitucional e dogmático (...) de constituir uma garantia contra intervenções arbitrárias do poder punitivo do Estado e, por conseguinte, uma trave-mestra de todo o sistema jurídico-constitucional e legal de garantia dos direitos e liberdades do cidadão. Destarte, *nem as concretas causas de justificação precisam ser certas e determinadas, como se exige dos tipos incriminadores; nem elas estão sujeitas à proibição da analogia; nem se está impedindo de (eventualmente) fazer valer causas supra legais de exclusão de ilicitude; nem relativamente a elas vale o princípio da irretroactividade da lei penal*" ¹⁴³. Vale enfatizar ainda com Jescheck que "em virtude do carácter ilimitado de suas fontes (...) uma enumeração exaustiva de todas as causas imagináveis de justificação não é possível, nem numa lei, nem numa exposição científica. Tampouco poderá o legislador atual regular por si mesmo todas as causas de justificação, uma vez que, em parte, escapam de sua competência, como, por exemplo, as regras gerais de Direito Internacional ou as causas de justificação supralegais. Deve observar-se finalmente que as relações exteriores e as representações valorativas dominantes na sociedade variam, de forma que continuamente podem surgir novas causas de justificação ou desaparecer as já existentes, ou estender-se ou reduzir-se. Daí que uma normatização legal não deva sequer ser fechada" ¹⁴⁴.

Não se alegue, para efeito da exclusão de nova causa de justificação, construída por analogia ou por mera interpretação, o argumento de que, nesse caso, haveria um alargamento, para o agente, da área de justificação, em detrimento de terceiro e tal alargamento seria produzido sem embasamento legal. "Decerto que uma tal aplicação pode ter efeitos perversos de encurtamento da liberdade de terceiros por força do dever de suportar a acção justificada. O que não constituirá novidade ou coisa estranha, uma vez que a causa de justificação intervém por princípio em situações de conflito, com o propósito de o superar. Sendo por isso compreensível que, em situações tais, se tente até ao limite possível a *concordância prática* entre o efeito justificador e o dever de suportá-lo de terceiros, nomeadamente de terceiros não implicados.

¹⁴³ Figueiredo Dias, Jorge de, ob., cit. p.363.

¹⁴⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. Manzanares Samaniego, José Luis, 4ª. ed., Granada: Editorial Comares, 1993, p. 294. Roxin, Claus (*Derecho Penal, Parte General*, tomo1 – trad. Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal, Madrid:Civitas, 1997, p.575) também conclui no sentido de que "devido à pluralidade de formas e às mudanças da vida social, não é possível nem um *numerus clausus* dos princípios reguladores decisivos, nem uma sistematização fechada e concludente das causas de justificação".

Uma vez mais, porém, esta concordância prática não deve afectar a aplicação da causa justificativa segundo o seu sentido teleológico-funcional; e, de toda maneira, não parece que tenha a ver com o princípio *nullum crimen sine lege*¹⁴⁵

8.1.1 – Concurso ou concorrência de causas de justificação

Trata-se de tema pouco versado na doutrina penal brasileira, mas que tem também relevância prática, além de interesse teórico. Cuerda Riezu ocupa-se de várias modalidades concursais que podem exercer um papel na esfera das causas justificativas, “reconhecendo a possibilidade de um concurso real, de um concurso ideal e de um concurso de leis, por relação de alternatividade, subsidiariedade e especialidade”¹⁴⁶. Não se pretende, como é óbvio, aprofundar a questão. No entanto, em dois aspectos bem definidos, a questão em exame pode interessar à problemática do aborto.

O primeiro aspecto diz respeito à hipótese em que os requisitos de diversas causas de justificação se mostrem, em princípio, adequáveis a um determinado caso concreto. Numa situação dessa ordem, se “o fato já não representa um injusto porque interveio uma causa de justificação”, não há razão para que o juiz se refira às restantes causas de justificação. (...) E a partir de um ponto de vista lógico não é possível recorrer a outras causas de justificação quando já se fez presente uma, produzindo o efeito da conformidade com o Direito. E a partir de um ponto de vista formal, tampouco existem razões para que todas as causas de justificação aplicáveis a um fato, em face da realização de seus pressupostos, tenham que aparecer no teor da sentença absolutória.

¹⁴⁵ **Figueiredo Dias**, Jorge de, ob.cit., p. 365. O referido autor (ob.cit.p.369) acrescenta que a justificação “opera sempre em uma situação conflitual, em que se debatem interesses contrapostos que, em concreto, almejam prevalência. Assim se compreende que teleológica e funcionalmente, a justificação resulte da preponderância jurídica, em situação, de um interesse perante o outro ou, como costuma dizer-se numa fórmula mais curta, da *prevalência do interesse juridicamente preponderante*. Por isso a situação de justificação implica sempre um *sopeso jurídico* dos interesses conflitantes”.

¹⁴⁶ **Cuerda Riezu**, Antonio, *Sobre el concurso entre causas de justificación em Causas de Justificación y de Atipicidade en Derecho Penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, p.253.

Basta, pois, que se demonstre a presença de uma só causa de justificação", cabendo ao juiz eleger a que mais se ajuste¹⁴⁷ às peculiaridades do caso concreto.

Outro aspecto – e este é de maior relevância – refere-se ao problema de concurso de leis, cuja solução pode se obter através da relação de especialidade ou através da relação de subsidiariedade. No primeiro caso, existindo uma causa de justificação específica, "não cabe recorrer ao amparo da causa justificante genérica"; no segundo caso, "embora não se realizem os maiores requisitos da (causa) específica, cabe amparar a conduta na causa justificante genérica de menores requisitos, que atuará como subsidiária"¹⁴⁸.

O aborto legal consagrado nos incisos do art. 128 do Código Penal depende, entre seus requisitos, que tenha sido praticado por médico. Figure-se a hipótese em que não seja possível localizar um médico para realizar o aborto de gestante, cuja vida esteja em grave risco, e a ação é realizada por um estudante de medicina. Nessa situação, ou se aplica a causa de justificação específica ou se admite que, subsidiariamente, se leve em conta a causa de justificação genérica. Não há fugir desse impasse. Se a causa de justificação específica é excludente de outras causas de justificação, a conduta do estudante de medicina será havida como criminosa. Se, contudo, se entender que as indicações no aborto não têm o condão de afastar as causas de justificação genéricas, é óbvio que, subsidiariamente, – e esta é a interpretação mais correta – possa ter incidência uma delas e, nesse passo, a conduta do estudante de medicina será havida como lícita, posto que a vida da gestante corria perigo e a ação dele encontrava amparo no estado de necessidade¹⁴⁹. Correto, portanto, tendo em vista a argumentação acima, o entendimento de José Henrique Pierangeli no sentido de que, "se o perigo se apresenta atual ou iminente, pessoas sem formação em medicina, como parteiros, fisioterapeutas, ou mesmo pessoas sem formação paramédica podem

¹⁴⁷ Cuerda Riezu, Antonio, ob.cit., pp.242/243.

¹⁴⁸ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, em *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, pp. 40/41.

¹⁴⁹ Nesse sentido, a interpretação de Luzón Peña, ob.cit., p. 40, e de Cuerda Riezu, ob.cit., p.255, se não fosse possível a localização do médico. Caso contrário, Cuerda Riezu entende não excluída a ilicitude.

atuar e a licitude de suas condutas deriva dos arts. 23, I, e 24, e não do art. 128, I, do CP”¹⁵⁰.

8.1.2 – Efeitos das causas de justificação

É evidente que, se comprovados os requisitos de uma causa de justificação, o fato posto em prática é considerado lícito e, por via de consequência, a exclusão de ilicitude se comunica a todos quantos tenham nele interferido. Na questão referente ao aborto, interessa, em particular, a situação pessoal do médico e dos membros da equipe que tenha tomado parte na realização do aborto. Se a prática do aborto, na indicação necessária, na indicação médica ou na indicação embriopática, “representa o exercício, por parte da mulher, de uma série de direitos constitucionais, não se compreende como poderia ser castigado como responsável pela prática do aborto o médico que leva a cabo a extração do feto”, se presentes os pressupostos daquelas indicações. “Quem materializa um direito alheio não pode ser juridicamente responsável por essa materialização. O que o direito contempla como justo – neste caso a realização do aborto – não pode engendrar uma responsabilidade criminal”¹⁵¹. Destarte, a impunidade do médico que realiza a intervenção abortiva “é uma consequência coerente com um juízo de justificação da lesão do bem jurídico e não de exigibilidade puramente exculpante, que liberaria de pena unicamente a pessoa que se encontra nesta situação: a mulher”¹⁵².

¹⁵⁰ **Pierangeli**, José Henrique, ob. cit., p.120. No mesmo sentido, **Prado**, Luiz Regis (ob. cit., p.120.) ao declarar que, “se o aborto for praticado por pessoa não habilitada legalmente a exclusão de ilicitude também ocorre com lastro no estado de necessidade justificante (arts. 23, I e 24 CP), mas é preciso a existência de perigo atual para a vida da gestante”; e **Bitencourt**, Cezar Roberto (ob. cit., p.170) ao declarar que pessoa não habilitada, como a enfermeira, diante da situação concreta de perigo, não responderá pelo crime de aborto, mas terá lícitada sua conduta com base no art. 24 do CP.

¹⁵¹ **Vives Antón**, Tomás, *Sobre la responsabilidad del médico en los supuestos de aborto consentido*, em **La libertad como pretexto**, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp.219/223.

¹⁵² **Arroyo Zapatero**, Luis, *La indicación eugenésica em Estudios de Derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Madrid: Universidad Complutense, 1986, p. 59. Igual entendimento expressa **Eser**, Albin (*Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, em **Avances de la Medicina y Derecho Penal**, Barcelona: PPU, 1988, p.36), ao observar que “exculpação tem um caráter pessoal e somente poderia redundar em proveito da grávida, que é quem se encontra em situação excepcional, mas não em proveito do médico”.

8.2 – Indicações em espécie

A legislação penal brasileira, datada de sessenta e cinco anos atrás, apontou apenas as indicações, terapêutica (médica ou necessária para salvar a vida da gestante) e ética (criminológica ou gravidez resultante de estupro) como as duas únicas hipóteses que tornariam lícito o aborto, desde que praticado por médico. O mundo não parou no ano de 1940. A partir da última Guerra Mundial até os anos iniciais do Século XXI, as transformações sociais, políticas e econômicas deixaram marcas universais. No mundo globalizado, onde o desenvolvimento tecnológico influenciou em todas as áreas de conhecimento, em especial a uma velocidade quase impossível de ser acompanhada no campo das ciências biomédicas, não há como manter o discurso jurídico ancorado no passado, e preso a amarras de caráter estritamente religioso. O descompasso entre a legislação penal brasileira, em matéria de aborto, e a mundividência atual é gritante. Nada justifica manter a pauta do direito penal aferrolhada a textos legais atacados por uma ancilose insuperável. Se o legislador penal não teve a capacidade de atualizar-se, espera-se, pelo menos, do juiz constitucional – ou até mesmo do juiz ordinário –, através de um processo hermenêutico mais crítico e mais criativo, a abertura de espaço entre as palavras da lei e o preenchimento desse espaço com uma visão da modernidade. E isso se torna francamente factível a partir da verificação de que as causas de justificação não fazem parte de um rol fechado e exaustivo de exclusões de ilicitude, mas sim de uma lista franqueada à construção analógica.

8.2.1 – Aborto terapêutico (médico ou necessário)

A indicação terapêutica exige, para sua configuração que o aborto só seja realizado se não houver outro meio de salvar a vida da gestante. O legislador penal requer, portanto, um duplo requisito, isto é, que ocorra um perigo de vida para a gestante e que, para salvá-la, não haja outro meio, que não seja a intervenção abortiva. A realidade desse perigo à vida da gestante e a inexistência de meio alternativo de salvação dessa vida são as questões principais que devem ser enfrentadas no exame do inciso I do art. 128 do Código Penal. De não menor importância, são as questões referentes ao juízo de avaliação dessa situação de perigo à vida e o consentimento ou não da gestante.

Não vem a pêlo, no entanto, a discussão aprofundada e pormenorizada da indicação feita no texto legal¹⁵³. O que se pretende colocar na mesa de discussão é o alargamento do aborto terapêutico – causa de justificação – para o fim de alcançar a situação em que não haja perigo de morte, mas sim de grave perigo de lesão à saúde física ou psíquica da gestante, hipótese a que se contrapõe a doutrina penal brasileira, sem maiores considerações.

No Estado Democrático e Social de Direito, configurado pela Constituição Federal de 1988, a saúde é um dos direitos sociais (art. 6º), compartilhado por todas as pessoas e, ainda um dever do Estado (art. 196). Sob a rubrica *saúde* (Seção II do Capítulo II do Título VIII da CF), diversas normas constitucionais foram elaboradas. Instrumentos internacionais de direitos humanos reconheceram, de forma clara e explícita, o direito à saúde. Destarte, a saúde apresenta-se como pressuposto inafastável para o necessário desenvolvimento da pessoa humana. Resulta daí a direta e imediata vinculação entre os conceitos de saúde e de vida, de forma que são “muitas as situações em que *saúde, vida e morte* se convertem numa trilogia indissolúvel”¹⁵⁴. Na medida em que a saúde se transformou num bem jurídico constitucional dotado de validade, encontra suporte o argumento de que “é também um valor e, como tal se realiza nas condutas humanas que lhe conferem efetividade na convivência societária”¹⁵⁵. Desta maneira, partindo-se da consideração de que os tipos de justificação não necessitam ter o mesmo teor de concretude e de determinação exigíveis dos tipos incriminadores e de que, ademais, comportam o recurso à analogia, não há razão lógica para que não se inclua também na indicação terapêutica, além da vida da gestante, sua saúde física ou psíquica. É evidente que a montagem analógica do tipo justificador, para que não haja risco de transformar-se em mera indicação econômico-social, exige que se trate de um perigo que apresente atualidade e que se refira a uma lesão cumulativamente dotada de gravidade e de irreversibilidade, sendo certo que a ação abortiva executada por médico deve constituir-se na única opção para a

¹⁵³ Bitencourt, Cezar Roberto (op. cit., p. 170) observa, com inteira propriedade, que “a previsão do art. 128, I, é absolutamente desnecessária, pois em estado de necessidade todas as condutas proibidas no Código Penal são excepcionalmente autorizadas, afastando-se a proibição”.

¹⁵⁴ Bidart Campos, Germán J. *Salud: Derecho- Bien Jurídico-Valor em Bioética: entre utopias y desarraigos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p.72.

¹⁵⁵ Bidart Campos, Germán J., ob. cit., p.75.

remoção do perigo. A interrupção da gravidez pode ocorrer em qualquer passo do processo gestatório e a lesão grave e irreversível tanto pode atingir a saúde física¹⁵⁶, como a saúde psíquica da gestante " ¹⁵⁷.

Vale ressaltar que a situação enfocada, embora não faça parte da indicação terapêutica constante do art. 128, I, do Código Penal apresenta, em sua relação, uma semelhança substancial. Tem-se, na essência de ambas as hipóteses, a causa de justificação do estado de necessidade: a conduta abortiva executada, por médico, objetiva eliminar o perigo atual, que não provocou por sua vontade, de lesão à saúde, física ou psíquica de gestante, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Numa situação dessa ordem, torna-se evidente que o mal causado (a morte do conceito) é menor do que aquele que se pretende evitar (a saúde física ou psíquica da mulher), sendo certo que, no balanceamento valorativo dos bens em conflito, a saúde física ou psíquica da mulher, enquanto pressuposto necessário ao exercício do direito à vida independente se sobrepõe à tutela, por extensão, que se concede à vida intra-uterina. Destarte, ainda que se considerasse inadmissível, na espécie, a aplicação da analogia para incluí-la na indicação terapêutica, força é convir que a hipótese contemplada tem arrimo no estado de necessidade genérico. Todas as indicações são, em verdade, hipóteses de estado de necessidade e se o legislador se descurou em decidir, de forma expressa, um determinado conflito de interesses e esse conflito existe – é real – “pode ter aplicação o estado de necessidade genérico; será o Tribunal quem resolve o conflito” ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ É sabido e ressabido, em termos médicos, os sérios agravos que a gravidez representa para a saúde física da mulher quando se mostra atacada de enfermidades extremamente graves, como a miastenia, a esclerose múltipla, o lúpus, a epilepsia, etc.

¹⁵⁷ De acordo com **Luzón Peña**, Diego (*Indicaciones y causas de justificación en el aborto em Estudios Penales*, Barcelona: PPU, 1991, pp.350/351), pondo-se de lado “os casos de intensas depressões ou tendências suicidas”, “mais freqüente do que o perigo de uma enfermidade psíquica originada *ex novo* pela gravidez”, será “o agravamento de quadros psiquiátricos já existentes, como deformações psicossomáticas da personalidade, desenvolvimentos neurastênicos, depressões endógenas e reativas”. O argumento de que o conceito de saúde psíquica é elástico demais não pode ser acolhido, como observa **Vives Antón** (ob.cit., p.782), visto que “os transtornos da saúde psíquicas podem resultar muito mais graves e ter piores efeitos para quem os sofre do que qualquer alteração física”.

¹⁵⁸ **Vives Antón**, Tomás S., ob. cit., p.782.

8.2.2 – Aborto ético (humanitário, crimonológico, sentimental, de gravidez resultante de estupro)

A indicação de aborto no caso de gravidez resultante de estupro, tal como definida no inciso II do art. 128 do Código Penal, é foco de alguma divergência, na doutrina brasileira, quanto à sua natureza jurídico-penal. A maior parte dos doutrinadores entende que a hipótese se ajusta entre as causas de justificação, tratando-se de caso de exclusão de ilicitude.

Rogério Greco, no entanto, defende posicionamento diverso, incluindo-a entre as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: não se pode “exigir da gestante que sofreu a violência sexual, a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”¹⁵⁹. Mas não lhe assiste razão. Há, indubitavelmente, na indicação em tela, uma nítida opção do legislador penal ante um conflito de interesses bem delimitado: de um lado, o direito à vida do embrião ou do feto, resultante de violação sexual e, de outro, o direito da mulher à “sua dignidade e o futuro desenvolvimento de sua personalidade e à sua liberdade de decisão”, ou seja, “a decisão de suportar ou não as conseqüências de uma gravidez, não simplesmente não desejada, mas ante a qual não pôde precaver-se e cuja origem, o ato sexual, foi totalmente não consentido”¹⁶⁰. Se o legislador penal obrigasse a mulher, na situação em foco, a manter a gravidez, teria, por certo, lesado o princípio-chave do ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que atribui à mulher a condição de simples meio ou instrumento para a gestação de filho que lhe foi imposto e não era desejado. Trata-se, inquestionavelmente, de situação fática, cujos requisitos se ajustam ao estado de necessidade, de forma que o aborto realizado pela mulher terá, sem nenhuma margem de dúvida, o caráter de lícito¹⁶¹.

¹⁵⁹ Greco, Rogério, ob. cit., p. 287.

¹⁶⁰ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., p. 352.

¹⁶¹ Cobo del Rosal, M e Carbonell Mateu, J.C. (ob. cit., p. 690) asseveram que “a conduta adequada à norma, a justa, por conseguinte, é neste caso a prática do aborto. Não se trata pois, de um caso de não exigibilidade da conduta adequada à norma (que daria lugar à inculpaabilidade); mas sim de uma plena justificação, fundada na prevalência do livre desenvolvimento da personalidade da grávida que se veria negado se a obrigasse a continuar com a gestação. O interesse – sem dúvida, digno – da vida em formação cede ante o interesse superior do livre desenvolvimento da personalidade da grávida”.

Reconhecida a ocorrência de uma causa de justificação, não há motivo para que não seja ela estendida a outras situações que guardem semelhança substancial como, por exemplo, nos casos em que a gravidez resultou de ato sexual contra a vontade da mulher, qualquer que seja a sua tipificação, ou de inseminação artificial não consentida.

Na primeira hipótese, seria pertinente dizer-se que toda a gravidez, que decorreu de ofensa à liberdade ou à autodeterminação sexual da mulher, comporta a realização do aborto e que, portanto, na ação abortiva, não há cogitar de ilicitude¹⁶². Na segunda hipótese – situação inimaginável no ano de 1940, mas que se tornou real, em razão do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida – é evidente que o fato que propiciou a gravidez não tem a mesma contextura traumática de um ato violador da liberdade sexual da mulher, mas é inquestionável que “a imposição da maternidade à mulher, desprezando-se brutalmente sua vontade e dignidade, é essencialmente idêntica à da violação”¹⁶³ de caráter sexual. Em ambas as hipóteses, doutrina e jurisprudência abonam o alargamento da causa de justificação do aborto ético.

8.2.3 – Aborto embriopático (fetopático, eugênico¹⁶⁴ ou eugenésico)

¹⁶² **Bitencourt**, Cezar Roberto (ob.cit.,p.169) ressalta que “atualmente, doutrina e jurisprudência admitem, por analogia, o aborto sentimental, quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor, que é tão indigno e repugnante quanto o crime de estupro. Embora tecnicamente distintos, a semelhança de situações e de gravidade do resultado justifica essa orientação. Com efeito, em razão das situações em que esses horrendos crimes ocorrem, e da semelhança tanto nas consequências pessoais quanto nas morais, seria profundamente injusto punir o médico pelo crime de aborto ou simplesmente desautorizá-lo por puro prurido técnico-dogmático”. No mesmo sentido, **Greco**, Rogério (ob. cit., p.289). Em sentido contrário, **Prado**, Luiz Régis, ob. cit., p.122 e **Pierangeli**, José Henrique, ob. cit., p.121.

¹⁶³ **Luzón Peña**, Diego-Manuel, ob. cit., p.354.

¹⁶⁴ Sobre aborto eugênico, **Franco**, Alberto Silva, ob. cit., pp.80/108. O referido autor tomou parte nos trabalhos destinados a um Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal e, na oportunidade, nesse esboço, foi incluído, no art. 143, o inciso quarto, com a seguinte redação: “Art. 143, Não constitui crime o aborto praticado por médico...IV se se comprova, através de diagnóstico pré-natal que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima quarta semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daqueles que realizarem o aborto ou sob cuja direção ele for realizado. Parágrafo único- O aborto, nas hipóteses referidas nos incisos I a IV do presente artigo, deve ser antecedido de expresso consentimento da gestante e, no caso de ser doente mental, de seu representante legal, e será praticado em estabelecimento hospitalar público ou credenciado pelo Poder Público”. As propostas reformuladoras da Parte Especial do Código Penal dormem até hoje, a sono solto, nos escaninhos do Ministério da Justiça e a legislação penal brasileira permanece, desse modo, num distanciamento amedrontado, em relação à questão do aborto.

a. Nova denominação do tema

A questão era tratada sob o título de aborto por indicação eugênica, o que de pronto acarretava resistência, em virtude da expressão eugênica provir do vocábulo *eugenia*. É sabido que algumas palavras, além de seu *significado descritivo*, são dotadas de *significado emotivo*¹⁶⁵. *Eugenia* é uma delas na medida em que gera alto nível de rejeição por estar estreitamente ligada ao conceito de Francis Galton¹⁶⁶ e, sobretudo, à legislação penal do período nazista. A lei para a purificação da raça (*Erbgesundheitsgesetz*) introduziu, por motivo da chamada saúde do povo (*Volksgeundheit*), a justificação de casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação de glândulas sexuais, etc.). E, em razão dessa lei, foram praticados fatos extremamente dolorosos, em particular contra judeus, homossexuais e opositores do regime hitleriano. Embora o aborto por indicação eugênica nada tenha a ver com o conceito de *eugenia*, força é convir que se tornou necessário, para evitar toda e qualquer equivocidade, que se excluísse a expressão *eugenia* e se pusesse em seu lugar palavra cuja área de significado não produzisse nenhum tipo de reação emocional¹⁶⁷. "Não porque devam temer-se as palavras ou se queira cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teleologia própria, esta indicação nada tem a ver com as preocupações eugênicas e *tudo* tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo" ¹⁶⁸.

Indicação embriopática veio, então, em substituição a indicação eugênica.

¹⁶⁵ Carrió, Gennaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, p. 19.

¹⁶⁶ Lacadena, Juan-Ramón (*Manipulación Genética em Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Madrid:UPCM, 1988, pp.162/168) observa que Francis Galton cunhou a expressão eugenia (*eugenics*) "querendo significar a perfeição hereditária para abarcar a totalidade do estudo dos fatores, sob controle social que podem melhorar ou prejudicar as qualidades raciais das gerações humanas futuras, tanto do ponto de vista físico, como mental". Partindo, portanto, da consideração galtiana de que a eugenia "é a ciência da melhora da linhagem humana", Lacadena, Juan-Ramón criticou o emprego da locução aborto *eugênico* ou *eugenésico* não só porque tal aborto "representa uma solução de situações problemáticas familiares ou individuais, mas não tem repercussão em nível de população humana e, portanto, não tem sentido eugenésico *per se*" como também "porque não deixa de ser surpreendente que uma sociedade como a de nossos dias, tão sensibilizada contra qualquer forma de racismo, segregação ou marginalização, tenha aceito o adjetivo eugenésico, sem deter-se para pensar no significado que Galton deu ao termo".

¹⁶⁷ Sobre a distorção terminológica ainda Arroyo Zapatero, Luis *ob.cit.*, pp. 47/60.

¹⁶⁸ Figueiredo Dias, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.186.

b. Características da indicação embriopática

Embriopatia é um termo médico que significa "afecção decorrente de desenvolvimento embrionário anormal"¹⁶⁹, isto é, qualquer alteração de caráter patológico sofrida pelo embrião ou pelo feto. Assim, leva-se em conta não apenas um estado de morbidez de que sejam afetados o embrião ou o feto, como também qualquer tipo de malformação genética que repercuta no respectivo desenvolvimento. Dito de modo mais preciso, cuida-se de "uma lesão do estado de saúde (em sentido amplo) que ou deixa ao nascituro pequenas possibilidades de sobrevivência (cistinose, doença de Tay-Sachs, de Nieman-Pick, de Krabbe, de Farber) ou lhe causa danos irreparáveis, físicos (paralisias, cardiopatias, cegueira, microcefalia, anoftalmia, micromélia ou bebês de Talidomida) ou psíquicos (psicose, oligofrenia, epilepsia)"¹⁷⁰. É evidente que não se incluem na hipótese enfocada doenças sem gravidade que podem ser curadas, nem tampouco lesões que, em nível de cirurgia, possam ser corrigidas, como por exemplo os casos de lábio leporino ou de fenda palatina, etc.

A indicação embriopática fundamenta-se, assim, ou na certeza de que embrião ou feto sofrem de doença grave ou de malformação congênita ou, num significativo juízo de probabilidade sobre a ocorrência, de uma ou de outra. Em ambas situações detectadas por profissional da área médica, a doença grave ou a malformação congênita não têm condições de cura. Destarte, a indicação "estará presente sempre que o grau de probabilidade, posto em conexão com a incurabilidade da doença ou malformação prevista, por um lado, e a condição psíquica da mulher, por outro, torne a continuação para esta da gravidez num peso e num sofrimento que não é razoavelmente de lhe exigir"¹⁷¹.

A identificação de graves doenças ou de malformações congênitas, no processo de gestação, viabilizou-se com o extraordinário progresso assumido nas últimas décadas pelas ciências biomédicas e, sobretudo, com a antecipação de problemas genéticos, em razão da maior sofisticação dos diagnósticos pré-natais. O melhor conhecimento

¹⁶⁹ Houaiss, Antonio, ob. cit., p. 1120.

¹⁷⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 185.

¹⁷¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 184.

da problemática do embrião e do feto tem permitido aumentar a certeza diagnóstica e reduzir sensivelmente o juízo de probabilidade quanto à ocorrência de graves doenças ou de malformações congênitas. Nelson Hungria afirmava, algumas décadas atrás, a ilegitimidade do que denominava de aborto eugênico, sob fundamento de que não seria possível "nenhuma prova irrefutável (...) no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um degenerado" ¹⁷². A ciência biomédica, através do diagnóstico pré-natal, mostrou a total improcedência dessa afirmação. Hoje, é possível com o emprego de diferentes técnicas, com riscos variáveis, conhecer o estado do embrião ou do feto antes mesmo de vê-lo nascido. O diagnóstico pré-natal abre, na atualidade, um amplo espectro de possibilidades que atendem às mais diversas finalidades, quer a de preservar melhor a saúde da gestante, quer a de permitir a adoção de providências que favoreçam, corretivamente, o embrião ou o feto, quer ainda a de neles identificar anormalidades incuráveis. Nesse último caso, quando as doenças graves incuráveis ou as malformações congênitas permitem a conclusão de ocorrência de vida humana condenada à natimorte, ou de vida humana com pequena possibilidade de sobrevivência e sem o mínimo teor de qualidade de vida, a perspectiva da indicação embriopática não pode ser excluída.

c. Requisitos exigíveis para a indicação embriopática

Requisito comum a todas as causas de justificação do delito de aborto é, sem dúvida, o de que o aborto seja efetuado por médico e, evidentemente, em hospital público, ou privado credenciado pela Administração Pública.

A indicação embriopática possui, no entanto, requisitos próprios tais como: a) a verificação certa ou com alto grau de probabilidade de que o embrião ou o feto apresente doença grave e incurável, ou malformação congênita; b) o prazo para a realização do aborto e c) parecer emitido por dois especialistas.

O primeiro requisito foi examinado no item acima. O segundo requisito diz respeito ao prazo máximo de vinte e quatro semanas dentro do qual deve ser realizado o aborto embriopático e "tal prazo se explica porque algumas provas diagnósticas somente podem ser realizadas quando o feto adquiriu certo desenvolvimento e é necessário determinado

¹⁷² Hungria, Nelson, ob. cit., p.301.

lapso de tempo para sua avaliação e conseqüente adoção da decisão de abortar; por outro lado, quanto mais tardio é o diagnóstico, maior é o grau de sua certeza, não se podendo olvidar, no entanto, que a partir do prazo estabelecido, o feto já é viável" ¹⁷³. Tal prazo deve ter, por termo inicial, não a concepção ¹⁷⁴, mas sim, a nidação do óvulo fecundado no útero da gestante, o que se concretiza por volta do décimo quarto dia após a concepção. Destarte, torna-se prorrogável o termo final do prazo de vinte e quatro semanas para a realização do aborto embriopático. Por fim, seria necessário, do ponto de vista da ética médica, que esse tipo de aborto fosse precedido de parecer de dois especialistas que não se confundam, obviamente, com os executores da prática abortiva.

d. Natureza jurídica da indicação embriopática

Há, na doutrina penal, o entendimento de que o aborto não seria punível no caso de o embrião ou o feto estiverem afetados por grave doença incurável ou por malformação congênita pois, nessa situação fática, não se poderia exigir da mãe a continuidade da gravidez ¹⁷⁵. Este posicionamento jurídico não deve ter acolhimento pois reconhece, na hipótese, não uma causa de justificação, que apresenta similitude com o estado de necessidade, e sim uma causa excludente de culpabilidade. Mas tal entendimento não é convincente. Não há cuidar de inexigibilidade de outra conduta, no caso em que se mostra possível em momento anterior à culpabilidade evidenciar-se a falta de relevância penal da conduta posta em prática. Há, no caso em exame, um conflito entre o direito à vida, mesmo em se cuidando de embrião ou feto com doenças graves ou malformações, e "o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher para quem continuar a gravidez pode acarretar um trauma muito grave. Parir e assumir uma maternidade nessas condições é evidentemente um fato que terá uma influência muito transcendente em sua vida". É natural, portanto, que a ordem jurídica, "em consideração

¹⁷³ **Romeo Casabona**, Carlos María, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones juridicopenales*, em *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p.112/113.

¹⁷⁴ A contar da concepção manifesta-se **Arroyo Zapatero Luis** (ob. cit., p.56), por entender que "a partir da fecundação ocorre a existência real do bem jurídico, o novo ser".

¹⁷⁵ **Prado**, Luiz Regis, ob.cit., p. 122. No mesmo sentido, **Torres**, José Henrique Rodrigues, *Abortamento nos casos de malformação fetal*, São Paulo: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol. 2, n. 3, jan./fev.2001, pp.101/111 e **Coutinho**, Luiz Augusto, *Anencefalia: Novos rumos para a Ciência Jurídica*, em **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 5, n. 29, dez/jan.2005, pp. 32/45.

ao valor superior que tem o livre desenvolvimento de sua personalidade conceda à grávida a possibilidade legal de escolher se quer ou não assumir uma tarefa evidentemente não desejada e que a natureza desgraçadamente lhe encarregou"¹⁷⁶. O aborto embriopático situa-se, portanto, na mesma linha conceitual, do aborto necessário e do aborto ético, na medida em que se define também como causa de justificação que se fundamenta, sobretudo, na impossibilidade de obrigar-se a mulher à maternidade não desejada, quando tal maternidade se revela um sacrifício sério e extremamente gravoso para sua pessoa. Ou melhor, "dito com outras palavras, o conteúdo mínimo dos direitos constitucionais da mulher (...) obriga a considerar-se conforme ao direito a prática do aborto nos casos a que aludem as indicações terapêutica, ética e eugenésica"¹⁷⁷.

Nessa linha de compreensão, nada obsta que se reconheça a causa de justificação do aborto embriopático e por várias razões. Antes de tudo porque, como já foi enfatizado anteriormente, os tipos justificadores dispensam a certeza e a determinação dos tipos incriminadores e admitem a analogia. Depois, porque, para a configuração do aborto embriopático, não há necessidade de nenhuma formatação legal: a ciência médica empresta os conceitos caracterizadores. Ainda, através do emprego da analogia, já reconhecida, na atualidade, em relação ao aborto ético, é possível alargar-se a área de incidência do aborto necessário para nele incluir a hipótese em que a maternidade pode representar um grave dano à saúde física ou psíquica da mulher. Por fim, se reconhecido esse alargamento, não há como não incluir a hipótese do aborto embriopático como um especial caso em

¹⁷⁶ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p.785. Em outra passagem no artigo *El aborto en el Código Penal Español (Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, ob.cit.,p. 691), Cobo del Rosal e Carbonell Matteu, assinalaram que, no caso, se dá prevalência à dignidade da pessoa humana, pois se "deve ter em conta que a maternidade colocaria a grávida ante o dever de tutela, educação e sustento de um indivíduo, que lhe é exigível de maneira muito específica, pressupondo uma absoluta mutação da vida da mãe. Nessas condições parece lógico conceder especial relevância ao seu consentimento. A característica, pois, desta indicação não é a de diminuir o valor da vida em formação, mas sim a de incrementar o da liberdade da grávida".

¹⁷⁷ Vives Antón, Tomas S., ob. cit., p.222.

que a maternidade representa um agravo oneroso à saúde psíquica da gestante¹⁷⁸.

8.2.4 – Indicação econômico-social

A partir do momento em que se compatibiliza o sistema de prazo com o sistema de indicações e se reconhece que, nas doze primeiras semanas (três meses), o aborto será havido como fato atípico, não interessando os motivos que levaram grávida a fazê-lo, a questão da indicação econômico-social perde o seu relevo, máxime porque ultrapassado o referido lapso temporal¹⁷⁹, a conduta da gestante passa a ter enquadramento típico e só terá excluída a sua ilicitude em face de uma das três indicações: aborto necessário, aborto ético ou aborto embriopático.

9— JUIZ CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO ABORTO

Em face das considerações até agora expendidas, cai por terra o argumento tão em voga, em nível do Supremo Tribunal Federal, de que o juiz constitucional se tornaria um legislador positivo caso viesse a incluir nova causa de justificação no rol de excludentes referido na Parte Geral do Código Penal, ou alargasse, por via da analogia, o campo de incidência de causa de justificação aderida a um determinado tipo da Parte Especial.

Para o reconhecimento de nova causa de justificação, basta que o juiz constitucional faça uso dos instrumentos hermenêuticos que tem a seu dispor e interprete, com largueza, o conteúdo dos direitos fundamentais que apontam a ideologia e os fins pretendidos pela

¹⁷⁸ Sobre o aborto embriopático, há ainda o artigo de Lilie, Hans, *Aborto Eugenésico*, em **Biotechnologia y Derecho – Perspectivas en Derecho Comparado**, Bilbao-Granada: Fundación BBV e Comares, 1998, pp. 175/189.

¹⁷⁹ Como observa Gimbernat Ordeig (ob. cit., p. 64), “se se estende a indicação social a outros casos de *angustiosa necesidad* até chegar a nela compreender, em determinadas circunstâncias, o caso mais freqüente de gravidez não desejada: o da mãe solteira, deve ser ela rechaçada porque pressupõe uma regulação que, admitindo o critério básico da solução de prazo – os interesses da grávida devem prevalecer frente ao do embrião, independentemente da *moralidade* com que tenha sido concebido – não tem nenhuma de suas vantagens: ante o temor de que a instância oficial decida que não concorrem os requisitos de uma indicação social, a maioria das mulheres seguirão inclinando-se pelo aborto clandestino – inclusive as que poderiam ter obtido uma eventual autorização para a interrupção da gravidez – e com isso, pelo risco de perder a vida ou a saúde”.

sociedade em que está inserido¹⁸⁰. "À jurisdição não cumpre apenas e tão-somente uma estrita aplicação da lei, deverá antes considerar" (...) "que uma sua actividade juridicamente criadora é uma ação evolutiva que nas sociedades modernas terá de ver-se como irreversível". Um certo protagonismo da função judicial torna-se, portanto, inafastável, em razão da necessária revisão dos problemas das fontes do direito e da separação dos poderes. "Aquele, pela impossibilidade de continuar a identificar o direito com a legislação; esta, pela superação definitiva do poder judiciário entendido como de *quelque façon nulle*, e a actuar como *la bouche de la loi* e os juízes *êtres inanimés* enquanto apenas servidores da lei e *qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (Montesquieu), numa estrita tarefa exegético-aplicadora. A revisão desses problemas e ainda a consideração daquele que impõem o reconhecimento e a definição de uma *ordem jurídica translegal*. Ordem essa que o referido poder normativo-juridicamente criador da jurisdição concorre a constituir e a manifestar (...) e que acaba por nos remeter ao próprio sentido atual do Estado-de-Direito, longe já de poder pensar-se nos termos só normativísticos e garantísticos tradicionais"¹⁸¹.

10 – CONCLUSÕES

De tudo quanto foi exposto e sustentado nos itens anteriores, mostram-se pertinentes as seguintes conclusões:

- a) - a inviolabilidade do direito à vida participa do rol dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal;
- b) - o direito à vida tutela tanto a vida humana independente, como também a vida humana em formação;
- c) - não há uma definição nem de carácter constitucional, nem de carácter legal, a respeito do momento em que se reconhece a vida humana, no processo de gestação;

¹⁸⁰ **Martins, Leonardo:** Como assevera (*Do Direito à Vida de anencéfalos e do Direito à Liberdade da Mulher Gestante na ADPF 54, Associação Juizes para a Democracia*, ano 8, n.33, jan. De 2005, p.5), não há inconstitucionalidade na manifestação do juiz constitucional favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, acentuando que "esconder-se atrás de um mal compreendido princípio da separação de poderes ou um positivismo infraconstitucional estéril que esvazia o carácter de liberdade da CF e que ignora situações de precariedade da mulher neste momento especial e muitas vezes dramático de sua vida, pelo contrario, é violá-la".

¹⁸¹ **Castanheira Neves, A.,** *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 74, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp. 1/44.

d) - a carência de critério legal identificador propicia a indicação de diferentes momentos do desenvolvimento da gravidez como o marco definidor da vida humana;

e) - a fecundação é apresentada como o instante inaugural da vida humana e, em favor desse posicionamento de inequívoco caráter religioso, manifestam-se alguns penalistas e, em particular, a Igreja Católica;

f) - a nidação e a atividade cerebral, com argumentação de fundo mais científico, são apontadas também como pontos reveladores da presença de vida humana no processo biológico-evolutivo da gravidez;

g) - a vida humana não está, contudo, nem na concepção, nem em outras etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente a partir do momento em que a mãe a reconhece, incorporando-a no próprio projeto de vida, isto é, quando ela, por ato de vontade, *cria* a pessoa;

h) - o conceito de aborto, em termos penais, não se traduz num círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere, ao contrário, trata-se de figura típica que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada;

i) - a palavra *aborto*, contida no tipo, constitui um elemento normativo e, portanto, necessitado de preenchimento valorativo;

j) - na incriminação do aborto, estão em jogo tanto o direito à vida humana em formação, como os direitos constitucionais da mulher, e todos esses direitos estão articulados com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual dá o toque da unidade e de harmonia à própria Constituição Federal;

k) - a inviolabilidade do direito à vida e a inviolabilidade do direito à liberdade, sob o ângulo da autodeterminação da maternidade e do direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação são direitos fundamentais de igual valor axiológico;

l) - tais direitos fundamentais entram em conflito, caso se acolha a perspectiva concepcional ou a perspectiva biológico-evolutiva, como momentos definidores da vida humana;

m) - no entanto, tais direitos fundamentais não entram em atrito, caso se reconheça que cabe à mãe, por ato de vontade, conferir ao filho o valor de pessoa;

n) - em se tratando de direitos fundamentais, não cabe anular um direito em detrimento do outro, mas procurar, por meio de recíprocas concessões, encontrar uma fórmula de composição, fazendo valer a técnica da ponderação;

- o) - o sistema de prazo pode marcar adequadamente a linha de separação entre a permissão e a proibição do aborto, traduzindo-se na fórmula de composição dos direitos fundamentais em colisão;
- p) - o prazo de três meses (doze semanas), dentro do qual o aborto pode ser praticado sem nenhum enquadramento típico corresponde às expectativas da denominada animação retardada, acolhida pela Igreja Católica durante dezessete séculos; é o momento segundo o qual no processo biológico da vida ocorre um salto qualitativo, transformando-se o embrião em feto, e é o termo final do prazo dentro do qual a mulher poderá tomar sua decisão pela aceitação (transformando-o em pessoa) ou pela recusa do filho;
- q) - partindo-se da consideração de que nenhum direito fundamental é absoluto, pois comporta limitações, o sistema de prazo dá predomínio aos direitos constitucionais da mulher no prazo de três meses, mas, depois desse lapso temporal, dá plena proteção ao direito à vida;
- r) - o sistema de prazo tem embasamento constitucional e dispõe de espaço no conceito penal de aborto, na medida em que tal conceito é omissivo no que tange ao momento definidor da vida humana;
- s) - o sistema de prazo combina equilibradamente com o sistema de indicações para o qual a vida intra-uterina passa a constituir um interesse dominante, no processo de gravidez;
- t) - o sistema de indicações constitui causas de justificação que podem excluir a ilicitude do aborto, em situações determinadas;
- u) - as causas de justificação não necessitam ser certas e determinadas como os tipos incriminadores e não estão sujeitas à proibição da analogia;
- v) - as causas de justificação comunicam-se a todos os que tenham interferido no aborto, inclusive o médico e os membros de sua equipe;
- w) - o aborto terapêutico – enquanto causa de justificação – não pode configurar-se apenas quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, cabendo o alargamento de seus limites para abranger, por se tratar de semelhança substancial, a hipótese em que ocorrer, em qualquer passo do processo de gestação, lesão grave e irreversível que possa atingir a saúde física ou psíquica da gestante;
- x) - o aborto ético – enquanto causa de justificação – pode ser estendido, por via analógica, como tem sido considerado pela doutrina e pela jurisprudência, a outros agravos contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher, além do estupro;

y) - o aborto embriopático – enquanto causa de justificação – não necessita de formatação legal na medida em que, para sua configuração, empresta conceitos da ciência médica e pode, por meio da analogia, adequar-se também ao aborto terapêutico na medida em que a maternidade representa um agravo oneroso à saúde psíquica da gestante;

z) - cabe ao juiz constitucional fazer uso dos instrumentos hermenêuticos que tem a seu dispor, para criar tantas causas de justificação quantas se mostrem imprescindíveis em face de novas realidades da ordem jurídica e social, e não se apavorar com a perspectiva de deixar de ser o ventríloquo fastidioso da normal legal.

SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

JAIR LEONARDO LOPES ²
Desembargador do Tribunal de Minas Gerais.

Não há disposição constitucional que proíba a progressão no sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nem mesmo há qualquer texto constitucional sobre regime de cumprimento de pena. Isto posto, cumpre saber se pode a norma infraconstitucional dispor, de qualquer modo, sobre a matéria ou se está sujeita ao primado da Constituição, isto é, ser compatível com o texto constitucional no seu conjunto. Cumpre, desde logo, considerar que, nem mesmo entre as proibições impostas pela Constituição aos autores dos crimes hediondos, há qualquer uma sobre o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Há norma sobre penas, sobre local para cumpri-las, sobre os direitos assegurados aos condenados (as), porém, nenhuma norma específica sobre a forma ou sistema de cumprimento da pena. Senão vejamos.

Na Constituição, são previstos estabelecimentos distintos para cumprimento da pena, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (item XLVIII). Aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral (XLIX). Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (item L). E está escrito que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ressalvada a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser estendida aos sucessores e contra eles executadas. (item XLV). São previstas as penas permitidas (item XLVI) e as proibidas (XLVII).

Ao lado de todas estas disposições sobre penas está prevista no item XLVI, do Capítulo I do Título II, da Constituição da República, como garantia individual, a individualização da pena, cuja observância se impõe ao Poder Legislativo, quando elabora a lei; ao Poder Judiciário, quando a aplica e ao Poder Executivo, quando executa ou administra o cumprimento da pena imposta na sentença condenatória. Assim sendo, a individualização da pena privativa da liberdade passa por três fases: a Legislativa, a Judicial e a Executiva ou Administrativa. Isto posto, a primeira operação de individualização da pena é realizada pelo Poder Legislativo. A ele incumbe elaborar, previamente, a lei, cominando a pena a cada conduta descrita como crime. Esta cominação legal da pena não pode ser arbitrária ou sem limitação, estando sujeita, também, à observância da natureza do bem jurídico protegido e às circunstâncias em que fora lesado ou exposto a perigo pela conduta do agente.

Como é óbvio, o primeiro bem jurídico, a ser objeto de proteção pela ameaça da pena, é a vida humana e, em nosso ordenamento jurídico-penal, a maior pena prevista a ser cumprida (art. 75, do CP), é a de 30 anos de reclusão cominada ao homicídio qualificado.

No Estado Democrático de Direito, compete, exclusivamente, ao Poder Legislativo, por seus órgãos - Câmara e Senado - elaborar a lei, cominando as penas de modo proporcional à natureza do bem jurídico ofendido e à gravidade da ofensa que lhe tenha sido causada nesta área, nada de medida provisória que, aliás, não deveria nunca ser permitida em qualquer área.

Na individualização legislativa da pena, nem sempre se adotou a proporcionalidade como um dos critérios de estabelecer os quantitativos da cominação legal. Por exemplo, não houve respeito ao princípio da proporcionalidade ao cominar-se a mesma pena ao estupro e ao atentado violento ao pudor. São ambas de 6 a 10 anos. O estupro, como sabido, se consuma, mediante violência ou grave ameaça contra mulher, para o fim de constrangê-la à conjunção carnal, *ato inequívoco e único* a caracterizar a realização da figura típica do art. 213, do CP. Enquanto o atentado violento ao pudor pode consistir em constranger *alguém* a suportar, desde um simples toque às partes pudendas ou a uma mera exposição das mesmas, até a um coito anal ou a uma felação. Não obstante a variada forma que pode assumir o *“ato libidinoso diverso da conjunção carnal”*, o Juiz nunca pode impor ao agente pena menor de seis anos, que é, também, a menor que poderá aplicar ao estuprador.

Há de convir-se em que, nos dois crimes, não são iguais o grau de reprovação social e a extensão do dano causado à vítima.

Não houve aí, da parte do legislador, uma adequada individualização da pena, já que fora desproporcional a cominação das mesmas penas para as duas figuras típicas, sendo de notar-se, ainda, que, se ocorrer lesão grave, a pena de cada um dos dois crimes é acrescida de metade, mas, se resultar morte, o acréscimo é, também, o mesmo, o que obrigaria a uma pena mínima de 9 e máxima de 15 anos para o atentado violento ao pudor e para o estupro, notando-se, também, desproporção e conseqüente ausência de individualização no cominar o mesmo aumento de metade da pena: ***quer o resultado seja a lesão grave, quer seja a morte***. Houve sempre o intuito de tratar com extremo rigor os autores ou partícipes de tais crimes. No caso do resultado mais grave, com o propósito de punir, severamente, o legislador manteve a pena máxima, porém, elevou a mínima. É que o meio mais eficaz de cominar penas mais rigorosas não é elevar a pena máxima prevista para o crime, mas, sim, exacerbar a pena mínima. Com efeito, a pena máxima serve mais à finalidade demagógica, porque faz supor ao leigo que aquela pena será aplicada sempre que alguém cometa aquele crime, sendo que raramente Juiz poderá aplicá-la.

Entretanto, se todas as circunstâncias do art. 59 forem favoráveis ao condenado e a sua conduta for, por exemplo, de pequeno potencial ofensivo ao pudor, mesmo assim, ao juiz não lhe restará senão impor-lhe a pena mínima, por mais elevada que seja, como no caso do art. 214, do CP., que é de seis anos de reclusão, pena, evidentemente, exagerada.

Por isso, é necessário que a elaboração da lei penal seja um ato de serena reflexão e extrema cautela, não podendo ser produto de estados emocionais individuais ou coletivos, suscitados por fatos que ocorram raramente, embora atinjam a sensibilidade humana, provocando maior reprovação e reações instintivas de vingança, a exigir repressão desmedida.

Aliás, os disparates sobre as penas dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, acima referidos - não por acaso - surgiram na lei 8.072, dos chamados "crimes hediondos", a qual fora elaborada, a toque de caixa, por influência de um deputado, cujo irmão fora vítima de seqüestro e era publicitário, provocando a reação solidária de seus

colegas dos grandes meios de comunicação, que cobravam punição e formavam ou "*deformavam*" a opinião pública, sugerindo-lhe punição drástica.

Posteriormente, nesta mesma lei foi introduzido o homicídio qualificado como crime hediondo, sob o impacto do assassinato da atriz filha da Sr^a. Glória Perez que, apoiada pelas Organizações Globo, colheu, nos botequins e mesas de estabelecimentos comerciais diversos, milhares de assinaturas de pessoas que não sabiam as conseqüências de seu ato ou eram fãs da atriz vítima de homicídio ou de sua mãe, autora da própria novela que, em parte, foi uma das causas do crime.

Por último, ainda uma vez, sob o impacto de uma campanha televisionada e de jornais contra a falsificação de medicamentos, passaram, também, a ser hediondos os crimes de "*epidemia*" (art. 267, do CP) e de "*envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal*" (art. 270 do CP), cujas penas eram de 5 a 15 anos e foram elevadas para 10 e 15 anos. Neste caso, confirma-se o que acima foi mencionado, ou seja, quando o legislador quer prever cominação legal mais severa, mantém o máximo da pena, porém, eleva o seu mínimo. Nisso aparecendo, de novo, no âmbito do Poder Legislativo, pela elaboração da lei, e no do Executivo, pela sanção, a mão assombrosa do fantasma do terror da política criminal da "*lei e da ordem*".

Com efeito, a lei 8.072, está em vigor desde 27 de julho de 1990, portanto, completa 15 anos no próximo mês de julho, prevê as mais severas penas e nega importantes benefícios concedidos aos autores de outros crimes, e são os seguintes os chamados hediondos: homicídio qualificado, introduzido pela Sr^a. Gloria Perez; latrocínio ou seja matar para roubar; extorsão mediante seqüestro e com morte; estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte; falsificação de medicamentos e os que a lei incluiu como assemelhados, isto é, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Estes crimes, segundo a Constituição, *são inafiançáveis, insuscetíveis da graça e da anistia e por eles responderão os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*. A Constituição, lamentavelmente, deixou a porta aberta para que sejam considerados hediondos quaisquer crimes que, a qualquer momento, o legislador ordinário e o Governo queiram considerá-los como tais, para arrefecer estados emocionais que suscitem cobranças de punição severa, como já

ocorrera para inserção, entre os crimes hediondos, do homicídio qualificado e da falsificação de medicamentos. Nunca se viu tanta sandice em um só dispositivo, infelizmente, *constitucional*. No seu texto, por incrível que pareça, proclamou-se, ridícula e enfaticamente o óbvio ululante, ao afirmar que "*responderão pelos crimes os mandantes e os executores*", como se antes e desde o art. 25 do Código Penal de 40 e em face do art. 29, do Código vigente, o mandante não respondesse pelo mandato e o executor não respondesse pela execução.

Mas, como se não bastasse, chegou-se, no malsinado item XLIII da Constituição, ao absurdo de exigir-se que, além dos mandantes e dos executores, respondam pelos crimes hediondos, também, "*os que, podendo evitá-los, se omitirem*". Quer dizer se alguém souber, por exemplo, que o indivíduo levava consigo substância entorpecente para vender ou passar a outrem e não evitar que o fato ocorra, responderá pelo crime, como se fosse o próprio traficante. A pena a que estaria sujeito quem assim procedesse seria, simplesmente, de 3 a 15 anos de reclusão.

Por outro lado, segundo aprendi, mas faz muitos anos, pode ter mudado...mas, se não mudou, a anistia é causa extintiva da punibilidade de crimes políticos. Ora, até agora, os definidos como hediondos não são crimes políticos.

Por sua vez, a lei, que veio definir os crimes hediondos, em o seu art. 2º, indo além do próprio dispositivo constitucional, incluiu o indulto entre os institutos *insuscetíveis* de aplicação nos crimes por ela previstos. A nosso ver, o indulto não fora incluído na proibição do item XLIII, que se refere, apenas, à *graça* e à *anistia*, mas não ao indulto, que é instituto diferente da graça. O Código Penal os distingue, mencionando, expressamente, cada qual como causa de extinção da punibilidade (art. 107, inciso II) e, conceitualmente, a graça é *individual, concedida pelo Presidente da República*, e o indulto é coletivo, previsto em decreto presidencial, porém, só concedido por decisão do Poder Judiciário.

Afinal, cabe perguntar-se: não obstante a vigência da lei dos crimes hediondos, com suas exageradas penas e negativas de inúmeros benefícios legais, pode-se dizer, em sã consciência, que teriam, pelo menos, diminuído as ocorrências de tais crimes, segundo o que se sabe pelo noticiário diário da Televisão e dos jornais? A verdade é que ninguém tem coragem de afirmar que desapareceram, ou mesmo diminuíram, os homicídios qualificados, os latrocínios, isto é, matar para roubar, as

extorsões mediante seqüestro, ou seja, privar alguém de sua liberdade e exigir dinheiro para libertá-lo sob pena de matá-lo, o estupro, o atentado violento ao pudor, o tráfico de entorpecentes e drogas afins.

Aqui é oportuna a anedota, atribuída ao folclore político mineiro, lembrado pelo sociólogo Eduardo Graeff, em artigo publicado, recentemente, na Folha de S. Paulo. Ele conta que: *"As professoras primárias do Estado com os salários atrasados há meses, protestavam em frente ao Palácio da Liberdade"*. Lá dentro, o Governador recém-empossado reúne o secretariado: *"Coisa de louco, sô! Precisamos pagar as professorinhas"*. O Secretário da Fazenda suspira: *"Tão cedo não vai dar, Governador. Sabe, o seu antecessor deixou um monte de restos a pagar e raspou o cofre"*. O Governador aflito: *"E aí, como é que faz?"* Branco total. Até que o secretário da Administração, político tarimbado, deu uma saída: *"Bom, Governador, já que não é para pagar mesmo, por que o senhor não anuncia um aumento para as coitadas?"*.

Daí, o articulista extrai o seguinte proveito: No campo penal é recorrente. Toda vez que algum caso mais escabroso aguça a sensação de impunidade, alguém sai com a proposta: *"Aumenta a pena! Transforma em crime hediondo"*.

Dizemos nós: transformar em crime hediondo é o mesmo que aumentar as professoras, sabendo que não há dinheiro para pagar. De nada vale o aumento.

A segunda fase do processo de individualização da pena, que é a judicial, realiza-se na sentença condenatória, quando incumbe ao magistrado, ao aplicar a pena, observar os critérios previstos na lei (art. 59 e seguintes do CP), a fim de não limitar direitos além do permitido pelo ordenamento jurídico do País, incorrendo em prática inconstitucional.

A chamada *"discrecionariade na aplicação da pena"* não é a faculdade de fazer *"conta de chegar"*, para atingir aquela quantidade de pena que o juiz já tenha, a seu talante, previamente resolvido que iria *"dar"* ao réu, como já ouvi algum dizer, embora pena não seja para *"dar"* mas, para *"aplicar"* conforme a lei, nem há quem queira receber tão incômoda *"doação"*... Certo é que o poder do magistrado é muito grande, só não chega a ser *"divino"*, porque não é absoluto, mas um poder jurídico e, como tal, limitado pelos parâmetros do Direito.

Aplicar-se a cada condenado a pena que se ajuste, tanto quanto possível, às circunstâncias subjetivas e objetivas de sua conduta criminosa constitui, nesta matéria, a realização máxima do ideal de Justiça, que só poder ser atingido mediante a individualização da pena.

A mesma pena não poderia, por exemplo, ser imposta ao pai que matasse a traição o estuprador de sua filha e ao próprio estuprador, que matasse o pai da estuprada, para evitar que este levasse o fato ao conhecimento da Polícia. Ambos cometeriam crime de homicídio qualificado, mas não é preciso ser penalista para sentir que o grau de censurabilidade ou reprovação, incidente sobre cada qual, é completamente diverso.

Do mesmo modo, se o crime é praticado em concurso de pessoas, embora todos incidam no mesmo dispositivo legal, raramente, poderão ser aplicadas a todos as mesmas penas, porque pode haver motivações diferentes, antecedentes distintos e personalidades sujeitas às mais variadas reações diante do mundo circundante.

É certo que ao Juiz incumbe uma difícil e delicada atribuição: a de fazer aplicação da pena de modo individualizado, isto é, tendo em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Mas, para bem cumprir o seu dever, o juiz não pode desinteressar-se de ouvir a testemunha que diz nada saber sobre o crime em si. Com efeito, tal testemunha, se arrolada pela parte, alguma informação útil há de estar em condições de trazer à Justiça. Pode ser, por exemplo, um ex-colega de estudo do réu e que continuou tendo contatos sociais com ele, de modo a estar habilitado a informar sobre seu comportamento, na Escola, no Lar e no Trabalho; nas horas fáceis e alegres e nas difíceis e tristes, o que tudo permitirá um juízo sobre a personalidade do réu e até pode oferecer subsídios para a identificação das outras circunstâncias do art. 59, acima mencionadas, contribuindo para melhor compreensão da conduta do agente.

O Juiz há de estar sempre preparado para fazer a aplicação individualizada da pena porque, em caso de condenação, a aplicação da pena privativa de liberdade é tarefa obrigatória, salvo se houver possibilidade da imposição isolada da pena de multa, por ser a cominação legal alternativa, indicada pela disjuntiva OU (exs. arts. 135, 137, 140, 150). Fora esta hipótese, o Juiz deverá, sempre, aplicar a

pena privativa de liberdade para, depois, verificar o regime de cumprimento da pena a ser adotado; ver se o caso comporta a substituição por outra espécie de pena (art. 44 ou § 2º do art. 60); examinar se cabível a suspensão condicional (art. 77), ou se já teria ocorrido à extinção da punibilidade, pelo decurso do prazo prescricional, entre a data do crime e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a data da publicação da sentença, considerada, em qualquer caso, a pena concreta.

A individualização da pena, por paradoxal que possa parecer, é na verdade, garantia de liberdade, pois, quando correta, pode evitar pena de maior duração e até ensejar o não recolhimento à prisão, o que interessa à própria liberdade. Por outro lado, o regime de cumprimento da pena será, também, individualizado, em função da pena aplicada e de conformidade com o disposto no § 3º do art. 33, do Código Penal, "in verbis": ***"A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"***. Tais critérios são aqueles mesmos previstos para a individualização na aplicação da pena. Além disso, na Lei de Execução Penal, foi estabelecido que: ***"A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão"***.

Aí já estamos em plena terceira fase do procedimento da individualização, que é a administrativa ou da execução, que diz respeito à administração do sistema de cumprimento da pena.

As normas, que estruturaram o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, eram anteriores à Constituição, não a contrariaram, por isso foram consideradas recepcionadas pela Lei Maior.

O inverso ocorre quanto ao art. 2º, § 1º, da lei 8072 que, impondo ao condenado por crime nela previsto o cumprimento integral da pena em regime fechado, é incompatível com o item XLVI, da Constituição, porque inadmite a transferência para regime menos rigoroso, mesmo que o condenado tenha cumprido ao menos um sexto da pena e seu mérito indique a progressão. Além de transformar a execução da pena em um ato contrário aos princípios humanitários assegurados pela Constituição, porque consiste no trancafiar o condenado dentro das paredes ou muros do estabelecimento

penitenciário, para cumprir pena sempre superior a oito anos e só lhe proporcionar a esperança da liberdade após o cumprimento de dois terços da pena. Quer dizer o condenado ficará inteiramente isolado do meio social, quase seis anos, se a sua pena for à mínima, isto é, de oito anos. Após este confirmamento, ainda se quer que volte ao convívio social, demonstrando estar adaptado ao mesmo, quando esteve dele totalmente afastado por tantos anos.

A lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que é obra da política criminal do terror, e, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, acima transcrito, porém, manteve o sistema progressivo de cumprimento da pena e empenhada em preservar o disposto em sua congênere, a lei dos crimes hediondos, embora tenha mantido o sistema progressivo, acrescentou ao seu texto a ressalva: "*respeitadas as normas que vedam a progressão*". Essa ressalva não pode fazer o milagre de tornar constitucional o que constitucional não era e continua não sendo, porque foi reiterada a causa da inconstitucionalidade, que é a vedação da progressão.

Ao obrigar o condenado o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, a lei dos crimes hediondos não só foi além do contido no texto do item XLIII da Constituição, que não proibiu o regime progressivo, mas, também, afrontou o texto do item XLVI da mesma Constituição, que assegurou ao condenado o direito à individualização da pena e ao juiz o dever de individualizá-la, inclusive ao determinar o regime de seu cumprimento, quando deverá observar, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, os critérios previstos no art. 59, do mesmo Código.

Ora, imposto o cumprimento integral da pena em regime fechado, as circunstâncias do art. 59, por melhores que sejam, e a boa conduta carcerária não influirão em nada para o efeito da progressão, porque o regime fechado já está estabelecido na lei 8.072, de modo imutável, para todos os condenados por crime hediondo.

Em artigo contrário à progressão, publicado no último Boletim do ICP, n. 57-Ano IV, o ilustre articulista busca amparo na opinião de um constitucionalista que, embora desfavorável à progressão, não nega a necessidade da individualização na execução, pois, argumenta afirmando-a "*in verbis*": "A obrigatoriedade legal do cumprimento integral da pena, em caso de condenação por crimes hediondos ou

assemelhados, em regime fechado, *não ofende o princípio da individualização*, uma vez que se trata de matéria infra-constitucional, a ser disciplinada por lei ordinária" (o destaque em itálico é nosso).

Não obstante o devido respeito que merece o consagrado constitucionalista citado, ousou ponderar que a inconstitucionalidade mais se verifica é mesmo entre a legislação infraconstitucional e a própria Constituição. Quando a Lei Maior defere à menor a faculdade de estabelecer normas de regência de determinado instituto, não lhe confere poderes para dispor à vontade e até de modo a impossibilitar a realização da finalidade daquele instituto. Reconhecida à necessidade da individualização na execução, a nosso ver, como direito individual e dever do juiz, não há como negar-se que a norma do § 1º, do art. 2º da lei 8.072, é inconstitucional, porque determina que a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, excluindo a possibilidade da individualização, ao proibir a progressão de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, em função do mérito do condenado.

Aliás, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da lei 8.072, já conta com os votos dos insígnies Senhores Ministros MARCO AURÉLIO, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO e GILMAR MENDES, tendo pedido vista a Excelentíssima Senhora Ministra ELLEN GRACIE, sendo que anteciparam seus votos pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, id:Excelentíssimos Senhores Ministros: CARLOS VELLOSO e JOAQUIM BARBOSA. É provável que o insígnie Min. SEPÚLVEDA PERTENCE vote pela inconstitucionalidade. Neste juízo, não há "*exercício de futurologia*" porque S. Exa., em julgamento de 25-3-98, já votava neste sentido no HC 76.371-SP, quando fora voto vencido ao lado do Min. MARCO AURÉLIO.

Cumpra registrar que, entre nós, em maio de 2002, portanto, antes dos insígnies Ministros, a Desembargadora JANE SILVA insistia em votar pelo regime progressivo nos crimes hediondos e aos que consideravam inócua a discussão a respeito, ela, firmemente, respondia "*confio que haverá mudança em relação à matéria tratada neste voto*".

Coerentemente, com seus votos anteriores, ainda no mês passado, mais, precisamente, no dia 19 de maio, na Colenda Terceira Câmara Criminal, julgando apelação do autor de tráfico ilícito de entorpecente, no processo 1.0024.04.448327-9/001, manteve a condenação, mas deu provimento parcial ao apelo por entender que se impunha a

modificação do Regime integralmente fechado para o inicialmente fechado, e dava como uma de suas razões de decidir que: *"O sistema brasileiro no que tange ao Regime de cumprimento das penas privativas de liberdade é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoa para ter bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida, com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão. Se não o faz, jamais obterá a almejada progressão e nem mesmo o livramento condicional, pois tais requisitos subjetivos são exigidos para a concessão dos aludidos benefícios. Tal sistema foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois esta consagrou o princípio da individualização das penas, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, consoante o disposto no art. 59, III, do Código Penal e repetido na Lei de Execução Penal, não podendo ser desprezado. A imposição de REGIME integralmente FECHADO implica em determinação de pena cruel, pois, retira do condenado o estímulo e a esperança necessárias para o cumprimento das reprimendas impostas, o que igualmente o legislador constituinte reprimiu ao estabelecer o princípio da humanidade das penas"*.

Cumprido ressaltar que o voto de S.Exa., no julgamento supra referido, foi acompanhado pelos eminentes Desembargadores ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e ERONY DA SILVA, sendo que eles próprios, bem como o Des. PAULO CEZAR DIAS, têm votos no mesmo sentido; por exemplo, no proc. 1.0024.01.036184-8/001, em que todos três votaram pela concessão da progressão nos crimes hediondos.

Já agora, os eminentes Desembargadores Mineiros, em suas posições, podem sentir-se confortados pelos votos de, pelo menos, quatro dos Senhores Ministros da Corte Excelsa.

Permito-me valer desta oportunidade para referir-me ao excelente artigo de autoria do Senhor Des. PAULO CEZAR DIAS, publicado no número já citado do Boletim do ICP, sobre o chamado *"Estatuto do Desarmamento"*, onde S.Exa. pondera, com toda razão, que: *"Os criminosos não irão depor suas armas, pois elas representam suas atitudes e seus meios para os crimes. Os inimigos do bem continuarão armados e, sem duvida mais potentes, covardes e atrevidos diante do indefeso cidadão"*. Muito me apraz conhecer a posição de S. Exa., que é, também, a minha.

A imprensa divulga assustador aumento dos índices de homicídios por 100 mil habitantes, indicando, às vezes, a arma de fogo como instrumento de tais crimes.

Porém, ainda não vi, em tais estatísticas, dados que permitam saber se eram registradas as armas com as quais foram praticados os crimes. É bem provável que, se feita à pesquisa, quanto a esta parte, chegue-se à conclusão de que, na maioria dos homicídios, os seus autores, não tinham a arma registrada, porque bandido não registra arma, por motivos óbvios, nem tem condições para obter registro.

No mesmo artigo já referido, o eminente Desembargador acentua: *"O Estatuto do Desarmamento, como a lei dos crimes hediondos, em nada irá contribuir para a harmonia sócia"*. E diz mais: *"O Governo, pelo visto, não aprendeu a lição passada pela Lei dos Crimes Hediondos que, indiscutivelmente, além de não contribuir em nada, o que fez foi aumentar a revolta e uma superlotação dos presídios, neles criando verdadeiros monstros"*.

S. Exa., o Des. Paulo Cezar, recentemente, deve ter tido o desgosto, de ver confirmado o seu juízo sobre os seres criados em nossos presídios, pois, os jornais noticiaram, no dia 15 deste mês de junho, que, em um motim, na penitenciária de Presidente Wenceslau, no Estado de São Paulo, os rebelados decapitaram cinco presos de facções rivais e expuseram suas cabeças e ainda fizeram 14 agentes penitenciários de reféns (Jornal "O TEMPO" de 15-5-05).

A Folha de São Paulo, em sua edição, também do dia 15 do corrente, na mesma página em que noticia a rebelião na Penitenciária de Presidente Wenceslau, publica uma *"Memória"* da guerra de facções nos presídios relatando que: *"Na rebelião mais violenta dos últimos cinco anos, 30 presos foram mortos na casa de custódia de Benfica, no Rio, em julho do ano passado. Na batalha entre duas facções criminosas, que durou 61 horas, foi assassinado, também, um agente penitenciário. Os cadáveres foram encontrados aos pedaços, o que chegou a dificultar a contagem e a identificação das vítimas. No segundo maior motim, em abril de 2002, 27 presos foram mortos - um deles decapitado -, no presídio Dr. José Mário Alves da Silva, em Porto Velho, Rondônia. No local, conhecido como Urso Branco, já foram mortos ao menos 78 detentos desde maio de 2001. A última grande rebelião deixou 15 vítimas, em abril de 2004. A unidade de Piraquequara, em Manaus (AM) sofreu um motim sangrento em junho de*

2003, quando 13 presos foram mortos, após a transferência para o local de sete detentos de outra penitenciária. Em São Paulo, a rebelião mais violenta desta década ocorreu no presídio Mário de Moura Albuquerque, em Franco da Rocha, em novembro de 2002 - foram mortos dez presos. Em 1999, em Pirajuí, 13 detentos foram queimados vivos".

O homicídio de um detento contra outro, dentro do estabelecimento penitenciário, já deu causa a pedido de indenização, intentado contra o Estado de Minas Gerais pela viúva de preso assassinado, tendo a sentença condenatória contra o Estado sido confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, que reconheceu a responsabilidade civil do Estado com base no art. 37, § 6º, da C.F. e considerando que *"o Estado descumpriu não apenas o seu dever legal de proteger os presos, mas violou, também, de modo grave a garantia constitucional, prevista no art. 5º, XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral"* ("in" Diário do Judiciário, Caderno II, do Minas Gerais, Órgão Oficial do Estado, n. 221, de 3-12-04).

Se esta decisão servir de precedente para outras, que venham a ser proferidas em todo o país, razões de ordem econômica tornar-se-iam fortes argumentos para mudar o jargão de que *"cadeia não dá voto"* por outro de que *"cadeia gera indenização"*, quando o preso é assassinado dentro de um estabelecimento que nem mesmo tenha espaço para comportar, dignamente, o número de pessoas humanas que nele se encontrem.

A decisão, supra citada, pode ser uma das razões a justificar a providência do Juiz Amauri de Lima e Souza, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Juiz de Fora, de determinar a liberação de presos, sujeitos a regime semi-aberto, para que cumpram suas penas em prisão domiciliar, sob a vigilância de policiais civis, militares, integrantes de Organizações não governamentais e Oficiais de Justiça (ver Jornal *"HOJE em Dia"*, de 2 do mês passado, Caderno *"Minas"*).

O mesmo jornal, e, na mesma página, publica a notícia de que o Juiz da Vara de Execuções de Belo Horizonte, o digno e culto Dr. Herbert José Carneiro, estaria, também, examinando a possibilidade de adotar na Capital a mesma solução para o problema da superlotação carcerária, observados alguns pré-requisitos que S.Exa. menciona *"tais como estar cumprindo sua primeira condenação, não ter cometido crime violento e não representar ameaça à sociedade e que não seja reincidente no crime pelo*

qual foi condenado".

Aliás, atualmente, nas Apacs, têm sido feitas concessões, mesmo aos condenados por crime hediondo, as quais vêm sendo admitidas como solução para melhoria das condições de cumprimento das penas e conseqüente recuperação dos condenados.

Como exposto e sempre se sabe pelos órgãos de comunicação de massas, os motins, por toda parte, são freqüentes. Ainda nesta mesma semana, também aqui em Minas, na penitenciária, que tem o nome do nosso saudoso colega e amigo, Prof. Ariosvaldo de Campos Pires, os presos amotinados fizeram mais de uma dezena de reféns, inclusive seus próprios familiares, durante a visita, como meio de obter concessões ou melhorias das condições de cumprimento das penas. Apurou-se que os líderes da rebelião eram condenados a mais de 90 anos. Se estas eram as penas e houvesse entre os presos alguém condenado por crime hediondo, teria de cumprir, segundo tendimento da Súmula 715 do STF e que, não é o nosso, dois terços da dita pena, isto é, 60 anos, para obter livramento condicional, o que constituiria flagrante desrespeito ao limite máximo de cumprimento de pena previsto no art. 75, do Código Penal.

Penas de tamanha duração, chegam a exceder a capacidade humana de cumpri-las, fazendo os condenados buscarem qualquer solução para delas se livrarem, desde os meios mais "*persuasivos*" como a corrupção, por parte dos que disponham de recursos para tanto, até os meios mais violentos ou penosos, como abertura de túneis à unha ou com improvisados instrumentos, ou, ainda, por meio das fugas e motins em que os condenados até a vida.

A verdade é que a prisão tem sido um amontoado de pessoas em estritíssimo espaço ou uma só pessoa que passa o tempo a contemplar as quatro paredes de uma cela.

É interessante e ilustrativo reproduzir aqui trecho de uma entrevista mantida, algum tempo atrás, com um presidiário, pelo repórter do Jornal do Brasil. O preso, chamado Carlos Alberto Mesquita, fora condenado, na década de setenta, como assaltante de banco, com certeza com motivação política, porque fora condenado com base na lei de segurança nacional.

Dentre as respostas que ele deu ao repórter, algumas são de

grande significação do ponto de vista do cumprimento da pena. Disse ele: ***"Sabe o que é andar 20 quilômetros em seis passos? Pois é, eu passei seis anos numa cela da Água Santa andando vinte quilômetros todo dia. Eram seis passos para cá e seis para lá"***.

Na cela individual da Lemos de Brito, segundo o repórter, ele gosta de escrever poemas - muitos de amor - num caderno decorado com figuras. Mas, para ser publicado no jornal, ele só liberou um, que fez no Natal de 1981, cujo nome é Água Santa:

***"Hoje despertei tentando uma saída,
Tentando uma nova perspectiva,
sem ser preciso estar andando em torno de mim feito fera...
Sem saída, enjaulado feito fera,
Enclausurado sem tempo previsto.
Sem tempo para ser útil a alguém,
Ser alguém, e, não meio homem, meio fera.
Como o sistema determina
Tenho que lutar para ter o direito
de continuar sendo homem e não fera.
Não posso ser meio homem e meio fera..."***

Diante destes versos, o repórter perguntou: Mas Mesquita, a mesma mão que mata pode escrever poemas? Ele assim respondeu:

"Minhas mãos escreveram manifestos, poemas, acariciam uma mulher ou às vezes puxam o gatilho". Por fim, ele explica a união dos detentos com esta frase: ***"O que une o homem não é o bem estar, é o sofrimento"***.

Pode-se inferir que não era um indivíduo totalmente despreparado do ponto de vista intelectual. Provavelmente, seria, no mínimo, um politizado militante de esquerda, preso por ação política, considerada crime pela Lei de Segurança Nacional, com fundamento na qual fora condenado, segundo a reportagem. Mas o que disse e seu modo de sentir à prisão traduzem a triste, senão trágica realidade da execução da pena privativa de liberdade aqui, como em várias outras partes do mundo.

A verdade é que o maior mal da pena privativa de liberdade, talvez não esteja nela mesma, mas na forma de seu cumprimento em estabelecimentos superlotados e condições precárias sob todos os

aspectos.

Daí, a razão pela qual a progressão, além de ser uma imposição constitucional, é um ato de humanidade e de justiça, pois, já que aos condenados não se lhes oferece, nos estabelecimentos penitenciários, nem mesmo o espaço necessário à integridade física e moral, que se lhes dê ao menos a oportunidade de poder mudar de um regime mais severo para outro, menos severo, e, que mais possa alimentar-lhes a esperança de liberdade mais próxima.

3 | SIGNIFICADO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

SUMÁRIO

CLÁUDIO BRANDÃO ³

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UFPE. Professor do Centro de Ensino Superior do Extremo Sul da Bahia.

1.- DELIMITAÇÃO DO ESTUDO E OBJETO DA INVESTIGAÇÃO.....	105
2.- CONCEITO DE DIREITO PENAL.....	105
2.1.- Construção de uma Definição Normativa.....	105
2.2.- Significado Político da Definição de Direito Penal.....	109
3.- DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO. CRÍTICA À VIABILIDADE DA DISTINÇÃO.....	112
4.- OBJETO DO DIREITO PENAL.....	114
5.- MÉTODO DO DIREITO PENAL.....	116
5.1. - Escorço histórico sobre o método penal.....	116
5.2. - O método atual: o pós-positivismo.....	119
6.- SÍNTESE CONCLUSIVA.....	121
7.- BIBLIOGRAFIA.....	123

1- DELIMITAÇÃO DO ESTUDO E OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

O Direito Penal é a mais gravosa forma de intervenção estatal. Isto se dá porque, através dele, retiram-se da pessoa humana direitos constitucionalmente assegurados, quais sejam: vida, liberdade e patrimônio. Ressalte-se, inclusive, que ditos direitos retirados são cláusulas pétreas da Constituição.

Isto posto, a interpretação e aplicação do Direito Penal não devem ser feitas de forma autista, isto é, encerradas exclusivamente na dogmática daquele direito. Se o que se atinge no Direito Penal são bens assegurados pela Carta Política, sua aplicação e interpretação devem ser feitas em consonância com os Princípios Constitucionais.

Isto importa reconhecer que, além do caráter técnico-dogmático, o Direito Penal tem um caráter político. Ocorre que o caráter político não é inócuo, ao contrário, ele condicionará o objeto e o método do Direito Penal, fazendo com que os mesmos tenham uma relação substancial com os Princípios Constitucionais.

Dita análise se constitui o objetivo desta investigação.

2 - CONCEITO DE DIREITO PENAL

2.1. Construção De Uma Definição Normativa

Para se conceituar o Direito Penal é imprescindível ter-se em menção dois pontos: em primeiro lugar, os institutos que estruturam esse ramo do Direito; em segundo lugar, a significação destes referidos institutos no contexto do Direito.

Como sabido, o Direito Penal – como qualquer outro ramo do Direito – é estruturado em normas. Destarte, o referido Direito Penal regula condutas através de enunciados gerais, os quais prescrevem abstratamente modelos de comportamentos que devem ser seguidos, porque, no caso do comportamento prescrito não ser seguido, será imputada, como consequência, uma sanção ao sujeito.

Pois bem, é das normas que se extraem os institutos do Direito Penal.

O primeiro instituto que conforma o Direito Penal é a Infração. Consoante foi dito, a norma prescreve um modelo abstrato de comportamento proibido e esse modelo poderá ser qualificado pelo legislador de crime ou de contravenção. Isto posto, pode-se afirmar que infração é o gênero do qual crime e contravenção são espécies. Todavia – é imperioso se ressaltar – não existe, na essência, uma diferença substancial entre o crime e a contravenção, sendo as infrações classificadas de acordo com o primeiro ou com a segunda em conformidade com o arbítrio do legislador. De modo geral, pode-se afirmar que o conceito de crime é imputado às infrações consideradas mais graves pelo legislador, enquanto que o conceito de contravenção é imputado às infrações consideradas como menos graves.

Registre-se que é comum na doutrina penal substituir-se o termo infração (que é o gênero) pelo termo crime (que, enfatize-se, é uma das espécies de infração). Isto se dá por dois motivos: primeiramente, em termos quantitativos, o número de crimes é muito superior ao número de contravenções; secundamente, os elementos que foram construídos ao longo de mais de duzentos anos, desde o século XIX, para o aperfeiçoamento conceitual do crime (quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), aplicam-se também ao conceito de contravenção. Destarte, no âmbito deste trabalho, o termo infração doravante será substituído pelo termo crime.

O segundo instituto que conforma o Direito Penal é a Pena. Consoante foi consignado acima, a realização da conduta proibida tem como consequência a sanção. Pois bem, é propriedade exclusiva do Direito Penal a mais grave sanção de todo o Ordenamento Jurídico: a Pena. Isto posto, se a norma define o crime como conduta proibida e traz como consequência da realização desta conduta a pena, é imperioso afirmar-se que a pena é a consequência jurídica do crime, neste sentido, o extraordinário Tobias Barreto afirmava que *"a razão da pena está no crime"*.

Esta consequência é, inclusive, apontada como o marco diferencial deste ramo do Direito, pois quando ela está presente à norma obrigatoriamente pertencerá ao Jus Poenale.

O terceiro instituto que conforma o Direito Penal é a Medida de Segurança. De acordo com o que foi explicado, a pena somente poderá ser aplicada se sua causa estiver realizada, isto é, se houver a realização de um crime. Todavia, existem certas pessoas que não podem cometer crimes em virtude de não poderem compreender o significado de seu ato ou de não terem capacidade de auto-determinação, em face de serem acometidas de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Neste caso, o que se imputa a essas pessoas não é uma pena, mas uma medida de segurança, que se traduz em tratamento psiquiátrico ambulatorial obrigatório ou, nos casos mais graves, em internação compulsória em hospitais psiquiátricos.

Deve-se salientar, desde logo, que nos sistemas jurídicos dos Estados Democráticos de Direito todos estes institutos somente podem ser criados por uma Lei, já que o Princípio da Legalidade é condição necessária para que se constitua o Direito Penal.

A definição de Direito Penal é feita, inicialmente, com base nos três institutos que foram elencados: Crime, Pena e Medida de Segurança.

Deste modo, o Direito Penal é um conjunto de normas que determinam que ações são consideradas como crimes e lhes imputa a pena – esta como consequência do crime –, ou a medida de segurança.

Quer no Direito Penal estrangeiro, quer no Direito Penal brasileiro, encontra-se um certo consenso nesta definição, que formalmente se conserva através dos tempos.

No tocante ao Direito estrangeiro, não se pode fechar os olhos à contribuição vinda da Alemanha, que influenciou grandemente, boa parte dos sistemas jurídico-penais do ocidente, aí incluído o sistema brasileiro. Para Franz Von Liszt, autor de obras de referência datadas do final do século XIX e início do século XX, o Direito Penal é "***o conjunto de normas estatais que associam ao crime enquanto tipo penal a pena como sua consequência legítima***". Na explicação de sua definição, Von Liszt integra a este conceito a medida de segurança.

No fim da primeira metade do século XX, Edmund Mezger, outro autor de referência na construção do conceito de Direito Penal, definiu-o neste mesmo esboço. Para ele, o "Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como requisito, a pena como consequência jurídica". Completando sua definição, diz Mezger que também é Direito Penal o conjunto de normas que associam ao delito outras medidas de índole diversa da pena, que tem por objeto a prevenção de delitos.

Não se apresentam conceitos que destoem muito deste padrão dentro dos autores contemporâneos. Veja-se, a título de exemplo, o conceito de Direito Penal dado por Hans-Heinrich Jescheck: *"O Direito Penal determina que ações contrárias à ordem social são crimes e como consequência jurídica dos crimes impõe penas. Relacionado ao crime prevê também medidas de correção e segurança"*.

Na doutrina brasileira, também não existe muito distanciamento da definição acima exposta. Por exemplo, Francisco de Assis Toledo, coordenador da reforma penal de 1984, definiu o Direito Penal como a *"parte do Ordenamento Jurídico que estabelece e define o fato-crime, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e as medidas de segurança que devam ser aplicadas"*.

A substância desta definição desvela o primeiro aspecto mencionado no início do presente texto, qual seja: a necessidade de conceituar-se o Direito Penal a partir dos institutos que formam sua essência.

A partir da definição de Direito Penal chega-se à definição de Dogmática Penal. Esta última é o discurso e a argumentação que se fazem a partir do próprio Direito Penal e dos seus elementos constitutivos. Não é incorreto afirmar-se que a Dogmática Penal é um método. Explique-se: o método é o caminho para a investigação de um objeto, constituído de cânones para a investigação, conhecimento, interpretação e crítica sobre o dito objeto. Pois bem, como os institutos essenciais do próprio Direito Penal e de sua Dogmática (crime, pena e medida de segurança) são cânones para o conhecimento da criminalidade, a citada Dogmática Penal pode também ser encarada como um método de conhecimento daquela. Assim, a dogmática *"é uma elaboração intelectual que se oferece ao poder judiciário [e a todos os operadores do Direito] como um projeto de jurisprudência coerente e não contraditória, adequada às leis vigentes"*.

Enquanto método, no dizer de Zaffaroni, a dogmática procura fazer previsíveis as decisões judiciais.

A dogmática penal, diferentemente do Direito Penal, não se restringe a um Estado determinado, mas tem um caráter universal. Recorde-se, ainda, que as leis penais estatais somente começaram a existir a partir do século XIX, porque o Princípio da Legalidade penal somente foi formulado no fim da Idade Moderna. Os institutos da dogmática penal (antijuridicidade, legítima defesa, erro etc.) estão presentes em todos os sistemas jurídicos ocidentais; o que difere entre os sistemas, portanto, não são os institutos, mas a solução jurídica para a sua aplicação, que é variável segundo a lei de cada país. Com efeito, uma situação reconhecida como legítima defesa no Brasil, por exemplo, pode não ser reconhecida como tal na Argentina; se em ambos os países há a dita legítima defesa, a aplicação dela poderá variar, pois dependerá dos requisitos das suas respectivas leis penais.

Entretanto, a aplicação da dogmática penal comparada não pode ser feita de forma acrítica, através do simples encaixe de um conceito estrangeiro em um determinado ordenamento. Ao contrário, a dogmática comparada deve sempre ser invocada com a devida atenção acerca da sua pertinência com o ordenamento normativo-penal, como também em harmonia com a realidade histórico-sócio-cultural do local que a recebe. Quando ocorre essa dupla relação de pertinência, dá-se a utilização crítica da dogmática comparada.

Conforme dito, não se pode chegar à correta idéia do que é o Direito Penal nem da dogmática penal sem a análise da significação dos institutos adiante mencionados (crime, pena e medida de segurança) perante o próprio Direito. Isto significa que a definição anteriormente dada, por si só, muito pouco diz sobre a substância do conceito de Direito Penal. Os elementos que formam o conceito dado, portanto, somente podem revelar a verdadeira face do Direito Penal se compreendidos de uma ótica que transcende o formalismo da norma, que – conforme se demonstrou – cria aqueles institutos. Dita ótica transcendente é a perspectiva política.

2.2. -Significado político da definição de Direito Penal

É subjacente à idéia de Direito Penal a idéia de violência. Registre-se, inicialmente, que o próprio senso comum já associa a ação criminosa à idéia de violência, que se realiza de várias formas, tais como em homicídios, lesões corporais, estupro, roubos.

Na seara penal propriamente dita, vê-se que na elaboração conceitual de muitos crimes está presente o conceito de violência física, que traduz a mais grave forma de apresentação da referenciada violência. Veja-se, por exemplo, o crime de constrangimento ilegal, capitulado no art. 146 do Código Penal:

"Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda".
(Grifei)

Em outros delitos, ainda, a idéia de violência está implícita, como, v.g., no homicídio.

Deste modo, o uso de uma energia física contra um ser humano, capaz de alterar a sua conformação anatômica, capaz de danificar sua saúde ou, até mesmo, hábil para lhe ceifar a vida, é presente em muitos dos crimes previstos pelo Direito Penal.

Mas a presença da violência no nosso ramo do Direito vai muito mais além do crime. A pena, que é a consequência do crime, também é uma manifestação de violência. No ordenamento jurídico brasileiro, existem as penas de morte (somente para os crimes militares próprios em tempo de guerra), de privação de liberdade, de restrição de direitos e de multa. O fato é que quaisquer destas penas atingem os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Se pelo crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) incrimina-se a produção da morte de alguém, pela pena de morte também se mata alguém; se pelo crime de seqüestro (art. 148 do Código Penal) incrimina-se a violação da liberdade de locomoção de uma pessoa, pela pena de privação de liberdade se viola esta mesma liberdade; se pelo crime de furto (art. 155 do Código Penal) incrimina-se a violação do patrimônio de alguém, pela pena de multa também se viola o patrimônio de uma pessoa. É por isso que Carnelutti já afirmava que, na relação de custo e benefício, crime e pena são a mesma coisa, são formas de produzir um dano. Portanto, a pena, assim como o crime, também é uma forma de manifestação da violência. Todavia, a pena é uma reação, que somente se imputa em face da realização prévia de um crime; por isso o Estado, através do Direito Penal, a qualifica como legítima, já que ela será uma consequência em face do cometimento de uma violência prévia – que é o crime – por parte do agente que a sofre.

Neste sentido, o Direito Penal concretiza a face violenta do Estado, porque ele monopoliza a aplicação da violência da pena. Mas a sanção própria do Direito Penal (Pena) não será somente a mais gravosa sanção que o Estado pode impor, o seu significado vai muito mais além. Na verdade, a possibilidade de aplicar a pena é condição de vigência do próprio Direito, porque Direito sem pena é Direito sem coercitividade, é um Direito que não pode se utilizar de força em face de seus súditos, para efetivar os seus comandos. Sem pena, portanto, o Direito se transforma em um mero conselho.

Consoante mostra a experiência, o Direito é, por sua vez, condição de existência do próprio Estado, assim é também a pena uma condição para a existência do próprio Estado, *"por isso mesmo existe entre pena e Estado, histórica e juridicamente, a mais íntima ligação. Ou antes (...), Estado, Direito e pena são completamente inseparáveis um do outro"*

À luz do exposto, o Direito Penal tem uma inegável face política, porque ele concretiza o uso estatal da violência. É o multi referido Direito Penal o mais sensível termômetro para aferir a feição liberal ou totalitária de um Estado, a saber: caso a violência da pena seja utilizada pelo Estado sem limites, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante de um Estado totalitário, ou ao invés, se a violência estatal for exercida dentro de limites determinados pelo Direito, aí se guardando o respeito à dignidade da pessoa humana, estamos diante de um Estado Democrático de Direito. Por isso, já asseverou Bustos Ramírez que *"a justiça criminal, por ser a concreção da essência opressiva do Estado, é um indicador sumamente sensível no reflexo das características do sistema político-social imperante"*.

Isto posto, o conceito de Direito Penal tem um duplo viés: um dogmático e outro político. Atualmente, é recorrente falar-se da crise do Direito Penal. A pretensa crise decorre da separação destes dois aspectos, isto é, a dogmática nua, despida de sua significação traduzida no poder violento do Estado, conduz a um autismo jurídico, que a encerra num mundo próprio, alheio à realidade dos fatos. Neste sentido, diz Zaffaroni que *"as mais perigosas combinações tem lugar entre fenômenos de alienação técnica dos políticos com outros de alienação política dos técnicos, pois geram um vazio que permitem dar forma técnica a qualquer discurso político"*.

3 - DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO. CRÍTICA DA VIABILIDADE DA DISTINÇÃO

A divisão do Direito em Direito Objetivo e Direito Subjetivo foi cunhada pelo Positivismo Jurídico. Sua origem se dá, mais precisamente, na Alemanha, no decorrer do século XIX. Nesta época, o Direito naquele país gravitava em torno do Direito Romano. Com efeito, o Digesto, também chamado de Pandectas, originou a Escola dos Pandectistas e nela, pelas mãos de Windscheid, encetou-se a dicotomia Direito Objetivo e Direito Subjetivo. Não é sem razão que a dicotomia em análise começou pelas mãos dos pandectistas. O Digesto romano recorreu com frequência ao conceito de facultas agendi, isto é, a faculdade de agir, que norteava a regulação das relações privadas. Foi a partir deste conceito que Windscheid definiu o Direito Objetivo, que seria a norma, e o Direito Subjetivo, que seria o poder da vontade de realizar o comando da norma. Outro pandectista a procurar precisar o conteúdo dos conceitos de Direito Objetivo e de Direito Subjetivo foi Jhering, para quem enquanto o Direito Objetivo é a norma, o Direito Subjetivo é o interesse juridicamente protegido. No século XX, o positivismo normativo de Kelsen identificou o Direito Objetivo e o Direito Subjetivo como duas faces de uma mesma moeda, sendo apenas pontos de vista oriundos do mesmo fenômeno.

Na seara penal, a distinção entre Direito Objetivo e Direito Subjetivo ressoou de uma forma muito premente, iniciando-se já no século XIX. Identificava-se o Direito Penal em sentido objetivo como a norma penal e o Direito Penal em sentido subjetivo como o Direito do Estado de punir, chamado de Jus Puniendi.

Como dito, o Direito Penal em sentido objetivo seria conceituado a partir da norma. É definido como *"um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação das infrações de natureza penal e suas respectivas sanções – penas e medidas de segurança."*

É correto afirmar-se que, desde o início do século XIX, encontra-se na Dogmática Penal referência à idéia de Direito Subjetivo. Tal afirmativa pode ser comprovada pela obra de Anselm Von Feuerbach, que definia o crime como uma injúria prevista por uma lei penal, que se consubstanciava numa ação violadora do direito alheio, proibida mediante uma lei penal.

Segundo Feuerbach, o "*crime é, no mais amplo sentido, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao Direito de outro, cominada numa lei penal*". Os crimes são sempre lesões ao Direito, por exemplo, "*a lesão do direito à vida constitui o homicídio*".

Deste modo, o crime não é somente conceituado a partir de uma ofensa à lei penal, já que para a sua existência será necessária também a violação de um direito alheio, isto é, a violação do Direito Subjetivo.

Todavia, apesar de Feuerbach vincular o conceito de crime ao conceito de violação do Direito Subjetivo, não podemos afirmar que ele criou o conceito de Direito Penal Subjetivo. Isto se dá porque o conceito de Direito Penal Subjetivo é muito mais amplo que o próprio conceito de crime. Este último é o "*direito que tem o Estado a castigar – jus puniendi – impondo as sanções estabelecidas pela norma penal, àqueles que tenham infringido os preceitos da mesma*".

O conceito de Direito Penal Subjetivo foi desenvolvido por Karl Binding, que se utiliza do conceito de norma como comando de conduta extraído da lei para formular um sistema geral acerca das mesmas e suas violações. É das normas que surge o Direito de Punir do Estado, isto é, o Direito Penal subjetivo.

No panorama atual, alguns penalistas ainda recorrem à dicotomia Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo. Mir Puig, grande jurista espanhol, por exemplo, utiliza-se da noção de Direito Penal Objetivo para o estudo da norma penal, e do Direito Penal Subjetivo para a análise do Direito de castigar do Estado (*Jus Puniendi*) que seria o Direito de criar e aplicar o Direito Penal objetivo. Neste último conceito, Mir Puig enfrenta o escorço doutrinário acerca dos limites ao poder de punir do Estado e seus limites. Tais limites são de várias ordens e têm sempre, na substância, um fundamento constitucional, traduzindo-se nos Princípios que limitam a atividade punitiva. Todavia os princípios constitucionais que limitadores da atividade punitiva, deve-se consignar aqui, são de extraordinária importância no sistema de dogmática penal, devendo os mesmos serem cuidadosamente tratados no estudo desta disciplina, mas eles não se situam no campo do Direito Penal Subjetivo.

Não é viável, em uma interpretação constitucional do Direito Penal, a recorrência à dicotomia Direito Objetivo versus Direito Subjetivo.

De início, registre-se que, no panorama hodierno, do pós-positivismo, a própria distinção entre eles é bastante criticada, por conta da constatação de manifestações do Direito fora do Estado. Refere-se o pós-positivismo, para efetuar essa crítica, aos estudos que envolvem o chamado Direito Alternativo.

Mas não é este o fundamento da inexistência desta dicotomia no Direito Penal.

Na verdade, não se pode falar em Direito Penal em sentido Subjetivo porque não há o direito do Estado de punir ninguém com a retirada dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e ao patrimônio. Seria uma contradição reconhecer o direito subjetivo do Estado de violar direitos subjetivos constitucionais do sujeito. O que existe é, isto sim, um dever de punir em face do cometimento de um crime e todo dever supõe requisitos que tornam obrigatória alguma prestação. O conceito de Direito Subjetivo tem como elemento essencial a faculdade de dispor do deste direito, que é precisamente o que os romanos falavam: a *facultas agendi*, a faculdade de agir. Por ter o Estado o dever de aplicar a pena quando os seus pressupostos estiverem configurados, não há que se falar em Direito Penal Subjetivo. Com efeito, o dever de agir é conceitualmente incompatível com a essência do multi referido conceito de Direito Subjetivo.

Outrossim, conclua-se afirmando que não existe uma utilidade prática desta distinção burilada no século XIX no estágio atual da ciência penal. Isto se dá porque o estudo dos limites à aplicação da pena por parte do Estado se faz na seara dos Princípios do Direito Penal e não no pretense Direito Penal Subjetivo. Aceitar-se a continuidade hodierna dessa dicotomia é assimilar de modo acrítico o panorama penal de dois séculos atrás, que possuem pontos de partida diferentes daqueles utilizados na dogmática contemporânea.

4 - OBJETO DO DIREITO PENAL

Segundo José Cerezo Mir, *"o Direito Penal é um setor do ordenamento jurídico, segundo a opinião dominante na dogmática moderna, ao qual se lhe incumbe à tarefa de proteger os bens vitais fundamentais do indivíduo e da comunidade. Esses bens são elevados pela proteção das normas do Direito Penal à categoria de bens jurídicos. (...) O substrato*

destes bens jurídicos pode ser muito diverso. Pode ser, como assinala Welzel, um objeto psíquico-físico (a vida, a integridade corporal), um objeto espiritual-ideal (a honra), uma situação real (a paz do domicílio), uma relação social (o matrimônio, o parentesco) ou uma relação jurídica (a propriedade). Bem jurídico é todo bem, situação ou relação desejado e protegido pelo Direito".

Ao conceituar o Direito Penal a partir de sua missão, Cerezo Mir revela o próprio objeto do referido Direito Penal.

Quando se procura precisar o objeto do Direito punitivo, devemos aqui consignar, coloca-se o alicerce que permite justificar racionalmente o poder de punir e, em consequência dessa justificação, o Direito Penal tem condições de se legitimar.

Toda norma penal que institui um crime tutela um bem. Se observarmos a estrutura do nosso Código Penal, veremos que todos os crimes estão gravitando em torno de um bem, por exemplos: o homicídio (art. 121), o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124 usque 128) estão reunidos em função do bem vida. Com efeito, o título que os agrupa (Título I do Código Penal) é o dos "*Crimes contra a Vida*". No mesmo esqueleto do exemplo dado, os demais crimes vigentes no nosso ordenamento também se agrupam em torno de bens, descritos nos títulos e/ou capítulos do Código ou das leis penais esparsas. Pois bem, bem jurídico é o nome técnico dado a esses ditos bens, protegidos através da lei penal, que comina uma pena em face de sua violação.

O objeto do Direito Penal é, pois, a tutela de bens jurídicos.

Todo bem ou valor que existe no mundo fático-social, cabe aqui ressaltar, somente se converte em bem jurídico a partir de uma lei penal, que define a sua violação e comina a respectiva pena. Isto posto, somente o legislador pode constituir um bem jurídico, daí se infere que o surgimento ou a manutenção de um bem jurídico no Direito Penal é uma eleição política do citado legislador. O bem jurídico, assim, corrobora a face política do Direito Penal.

Todavia, deve-se concluir com este alerta, a tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se forem observados os requisitos impostos pelo Estado de Direito (v.g. Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima). Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional, isto é, se se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio etc.) ou supra-individual (meio-ambiente, ordem econômica etc.)

5- MÉTODO DO DIREITO PENAL

5.1.- Escorço histórico sobre o Método Penal

Por método se entende o caminho para a investigação de um objeto. É, pois, o método, o instrumental que se traduz nos cânones para possibilitar as investigações das evidências apreendidas sobre algum objeto e a conseqüente formulação de enunciados que tornem o referido objeto conhecido.

O Direito Penal que rompe com o arbítrio e se preocupa com a pessoa humana é relativamente recente. Foi somente com o iluminismo, mais precisamente a partir da obra de Beccaria, na segunda metade do século XVIII, que foi aventada de forma sistemática a necessidade de limitar o jus puniendi do Estado; o primeiro instituto que o milanês apresentou para que tal desiderato fosse alcançado foi o Princípio da Legalidade. No início do século XIX, em 1801, Anselm Von Feuerbach, sistematizou o Princípio da Legalidade, com a formulação da teoria da coação psicológica, segundo a qual a tutela de interesses, que é o fim do Direito Penal, deve ser realizada a partir de uma coação psicológica, feita a partir da publicização da pena que será imputada a cada crime, o que acarretaria a retração das condutas que violassem os interesses protegidos pelo Direito Penal. Como o instrumento adequado para dispensar tal conhecimento é a lei, esta última ocupará um papel exponencial neste ramo do Direito, pois não haverá crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), pena sem crime (*nulla poena sine crime*), e nem haverá crime sem a tutela legal de um interesse (*nullum crimen sine poena legali*). Tais máximas foram consubstanciadas no brocárdio *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*.

Nesse panorama pode-se compreender o método inicialmente apregoado pelo iluminismo, onde a lei e a legalidade tinham uma particular significação. Segundo Engisch:

"Houve um tempo, em que tranqüilamente se assentou na idéia de que deveria ser possível uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo."

Com efeito, a legalidade era e ainda é a mais importante limitação ao poder de punir do Estado. Ela evita que o Direito Penal seja aplicado retroativamente para acomodar situações desagradáveis aos detentores do poder político, protegendo o homem do próprio Direito Penal.

Como dito, a legalidade foi formulada à época do iluminismo do século XVIII, sendo o *método* defendido a essa época, para o Direito Penal, o silogístico. Este era traduzido num processo de subsunção lógica onde a lei era a premissa maior, o caso era a premissa menor e a conclusão do processo seria a adequação do caso à lei.

Tal método, que por força do positivismo jurídico, foi muito presente no século XIX e na primeira metade do século XX, apresentou uma significação altamente benéfica no início de sua aplicação. A história mostra inúmeros exemplos através dos quais se pode comprovar a aplicação do Direito Penal como um instrumento para acomodar as situações desagradáveis aos detentores do poder político, traduzindo-se num instrumento de arbítrio estatal. Com o silogismo, o que não estivesse previsto como crime na lei seria penalmente indiferente, não se podendo, destarte, aplicar-se retroativamente o Direito Penal, nem a analogia para incriminar condutas.

Isto posto, a ideologia da lei e o método silogístico representaram a primeira garantia do homem em face do poder de punir. Dita garantia constitui-se, até hoje, na base do Direito Penal liberal.

Deve-se aqui, antes de tudo, trazer-se à colação a advertência de Bettiol e Mantovani sobre a conceituação anteriormente posta. Sob a denominação Direito Penal liberal não se encontram um conjunto homogêneo de doutrinas, mas sob um certo aspecto se encontram mesmo doutrinas contrastantes entre si, que são reunidas por possuírem um ponto em comum: a limitação ao poder de punir do Estado.

Em contraposição ao Direito Penal liberal encontra-se o Direito Penal do terror, que tem por característica a não limitação do jus puniendi estatal e a não garantia, via de consequência, do homem em face do poder de punir.

Como sabido, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a legalidade dos crimes e das penas é uma garantia fundamental, inserida em quase todas as constituições democráticas ocidentais, donde se encontra a Constituição Federal de 1988 brasileira. Essa garantia fundamental traduzida na multi referida legalidade é a maior característica do Direito Penal liberal.

Por conseguinte, infere-se que o silogismo legal integra o método do Direito Penal liberal, posto que é através dele que se realiza a principal limitação do poder de punir, assegurando-se ao homem um anteparo frente ao poder do Estado.

Todavia, a compreensão silogística, desde a crise do positivismo, mostrou-se como um elemento necessário, mas não suficiente, para se apreender o método do Direito Penal.

É que no Direito Penal muitos casos se resolvem até mesmo contra a lei, o que comprova a insuficiência do método proposto. Por exemplo, traga-se à colação o crime do art. 229 do Código Penal. Dito crime – casa de prostituição – tipifica a conduta de manter por conta própria ou de terceiro local especialmente destinado à manutenção de atos libidinosos, haja ou não intuito de lucro, haja ou não mediação direta de proprietário ou gerente. Ninguém que viva na nossa sociedade questiona que os estabelecimentos conhecidos como motéis existem para proporcionar a realização de atos de natureza sexual, e que nesses locais existe, ademais, tanto o intuito de lucro quanto a mediação de proprietário ou gerente. Se na década de setenta do século passado, o Supremo Tribunal Federal decidiu, pelo método da subsunção lógica, que as pessoas que mantinham os motéis deveriam responder por casa de prostituição, diferente é a aplicação hodierna do direito penal. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem decisão que não reconhece o crime em tela – no caso dos motéis – dentre outras coisas porque não se pode fechar os olhos para a drástica modificação dos costumes porque passou a sociedade de 1940, época da lei, até os dias atuais. Por óbvio, para dar tal decisão, não se utilizou o silogismo, que conduziria inevitavelmente à condenação.

Com efeito. Com a crise do positivismo, o seu método também entrou em crise por revelar-se insuficiente.

Foi nos anos cinquenta do século vinte que um jusfilósofo alemão, chamado Teodore Viehweg, chama-nos atenção para a tópica. Tópica é a compreensão dos fatos. Segundo a tópica, a decisão tem que ser tomada a partir de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, ou seja, de uma história compreendida.

Para o método tópico, deve-se fazer um processo semelhante ao dos romanos para chegar-se a decisão jurídica: os romanos consideravam o Direito uma arte, porque o pretor em caso concreto construiria a decisão boa e justa. É essa a definição de Celso: *Ius ars boni et aequi*. A tópica defende, pois, que a decisão deve brotar sempre do caso em si.

No último capítulo de sua obra, Viehweg aponta o papel fundamental da retórica para a sua teoria. É a retórica que desenvolve a tópica, na medida em que ela justifica a decisão. Por óbvio, os sinais lingüísticos são fundamentais para a argumentação em face do caso, mas a retórica não é formada somente por eles, já que ela também leva em conta a semântica e a pragmática. Por conseguinte, a retórica que constrói a decisão a partir do caso se assentará em três pilares: a sintaxe, a semântica e a pragmática.

“Na sintaxe: se diz a relação dos sinais com os outros sinais, semântica: a relação dos sinais com os objetos, onde sua designação é afirmada, e a pragmática: a relação situacional (der situativ Zusammenhang) onde os sinais são usados entre os interessados.”

5.2.- O método atual: O Pós-Positivismo

Entretanto, a tópica em si mesma é tão radical quanto o positivismo. A ideologia da lei trouxe um grande benefício à aplicação do direito, conforme declinado acima, e não pode ser simplesmente afastada em favor da análise do caso concreto.

Nesse sentido, a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo. Esse método é chamado de tópico-hemenêutico.

Usa-se, portanto, no método penal, a lei e a compreensão do caso.

A lei é o limite negativo, isto é, não se admite a incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função dar a garantia do homem em face do poder de punir, conforme se apregoava desde o iluminismo. O limite negativo do método penal o harmoniza com o Princípio Constitucional da Legalidade.

O caso dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito da liberdade, isto é, que seja pró-libertatis. Como a finalidade da legalidade foi garantir a liberdade do homem em face do poder de punir, conforme discorrido acima, a tópica é teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Com efeito, são possíveis decisões não baseadas no silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao Homem. Isto, em verdade, representa o cumprimento do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, porque só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível.

Vejamos um exemplo da decisão a partir do caso, isto é, da tópica, que serve para aumentar o âmbito de liberdade. Como sabido, a lei somente prevê duas causas legais de exclusão da culpabilidade: obediência hierárquica e coação moral irresistível (art. 22 do Código Penal). Entretanto, não se nega a existência das causas supra legais de inexigibilidade de outra conduta, que por óbvio não estão baseadas na lei, para afastar a culpabilidade do agente. Esta referida exclusão se realiza com base em um julgamento das circunstâncias do caso concreto que excluem a censurabilidade do autor da conduta, reconhecendo-se que elas afetaram a liberdade do agente entre se comportar conforme ou contrário ao Direito. É o caso da jurisprudência abaixo transcrita:

“PENAL E CONSTITUCIONAL”. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 95, “D”, § 1º, DA LEI 8.212/91. MATERIALIDADE COMPROVADA. FALÊNCIA DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA.

I - Pratica o delito previsto no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91 (hoje com redação dada pela Lei 9.983/00, que inseriu o art. 168-A no Código Penal Brasileiro), o empregador que desconta contribuição previdenciária de seus empregados e deixa de recolhê-la aos cofres da Previdência.

II - Dolo manifestado na vontade livre e consciente de não repassar as contribuições recolhidas dos contribuintes à Previdência Social. Desnecessária a demonstração de dolo específico. O animus rem sibi habendi é exigido na apropriação indébita comum, mas não o é na apropriação indébita previdenciária.

III - A existência de provas cabais quanto à alegada dificuldade econômica da empresa administrada pelos acusados, culminando com a decretação de falência, possibilita o reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa e justifica a exclusão da culpabilidade.

IV - Apelação do **"Ministério Público Federal desprovida."**
Relator: Des. Fed. CÂNDIDO RIBEIRO. TRF 1ª Reg. Ap. Crim. nº. 199838000079575. Terceira Turma. DJ 18/3/2005. Pág.: 18.

Assim, o método do Direito Penal reside na síntese entre os Princípios Constitucionais da Legalidade, o qual norteia seu limite negativo e da Dignidade da Pessoa Humana, que norteia seu limite positivo.

6 - SÍNTESE CONCLUSIVA

Porque o Direito Penal encerra em si o uso estatal da violência, sua compreensão somente pode ser efetuada através da união de seus elementos técnico-dogmáticos com o seu significado político. Com efeito, o face política do Direito Penal aflora tão fortemente que ele é apontado como o mais sensível termômetro da feição política do próprio Estado, isto é, se a violência da pena for aplicada de forma ilimitada, sem resguardar a Dignidade da Pessoa Humana, estaremos diante de um Estado arbitrário; de outro lado, se a violência da pena for aplicada dentro de parâmetros de proporcionalidade (legalidade, culpabilidade etc.), de modo que se respeite a dita Dignidade da Pessoa Humana, estar-se-á ante a um Estado democrático.

Deste modo, não se pode desvincular o Direito Penal de um duplo viés: a aplicação e a de interpretação constitucional. O primeiro viés – aplicação constitucional – condiciona o objeto do Direito Penal, o segundo – interpretação constitucional, o método.

O objeto do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Toda lei penal tutela um bem, que ela própria aponta. Os crimes no nosso ordenamento jurídico estão reunidos e sistematizados sob epígrafes, as quais constituem os títulos e os capítulos tanto do Código Penal, quanto das leis especiais (Por exemplo, na epígrafe: "*Crimes contra a honra*", que está no capítulo V do Código Penal, reúnem-se os delitos de calúnia, difamação e injúria; todos eles representam uma violação ao bem jurídico honra, expresso na epígrafe). Pois bem, quando o legislador (leia-se, o político) elege um bem jurídico ele efetua uma atividade de natureza política, mas essa referida atividade política precisa ter também um lado técnico: a coerência finalística e sistemática com o texto constitucional. Isto se dá porque, se a pena atinge bens jurídicos constitucionalmente assegurados (vida, liberdade e patrimônio), os bens jurídicos protegidos através da definição legal do crime também precisarão ter um substrato constitucional. Caso contrário, a lei penal violará os ditames da Carta Política, mormente o Princípio da Proporcionalidade.

De outro lado, o método do Direito Penal conformará a aplicação das normas daquele Direito no caso concreto. Com efeito, quando o aplicador das normas, o juiz (leia-se, o técnico) realiza a decisão do caso, ele também realiza uma atividade política. Por isso o método de aplicação da norma penal não pode ser resumido em um silogismo, onde a lei é a premissa maior, o caso é a premissa menor e a sentença é a subsunção do caso à lei. Tal assertiva pode ser comprovada com relativa facilidade: quem poderá sustentar serem as causas supra legais inexigibilidade de outra conduta, ou do reconhecimento da exclusão da antijuridicidade pelo consentimento do ofendido, baseadas em silogismos? Muito ao contrário, esses exemplos afastam a lei – que fatalmente conduziria à conclusão do caso a aplicação da pena – e decidem o caso pela tópica. Esta última (a tópica) encontra sua legitimidade positiva nos princípios constitucionais. O método penal, assim, encontra na lei o seu sentido negativo (não se pode punir fora da lei) e no caso seu limite positivo (o caso pode ensejar uma argumentação racional para o afastamento da lei, através de fundamentação constitucional). Este método representa, pois, a síntese dos Princípios Constitucionais da Legalidade e Dignidade da Pessoa Humana.

O fenômeno da alienação técnica dos políticos somado à alienação política dos técnicos conduz à falta de norte do Direito Penal. Com esse fenômeno, o Direito Penal se assemelha a um traje de arlequim, já que suas normas nunca guardam harmonia, ora existindo leis extremamente severas, ora extremamente brandas, sem que se atinja um ponto de equilíbrio. A sua aplicação concreta, por outra parte, fica assemelhada a um lance de sorte, porque os julgamentos variarão sempre entre a técnica autista do silogismo nu, vinculada que está à ideologia do século XVIII, de que a lei pode encerrar em si toda a complexidade humana na regulação de condutas, ou estarão em conformidade com um raciocínio mais elaborado e trabalhoso, que se utiliza da tópica e da hermenêutica, tendo a Constituição como baliza entre a lei e o caso.

Essa falta de norte, ao que parece, é a situação do Direito Penal brasileiro.

7-BIBLIOGRAFIA

- BARRETO, Tobias. *"Prolegômenos ao Estudo do Direito de Punir"*. Estudos de Direito II. Rio de Janeiro: Record/Governo de Sergipe. 1991
- BETTIOL, Guissepe. MANTOVANNI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM. 1986.
- BONECASA, César. Marques de Beccaria. *Tratado de los Delitos e de las Penas*. Buenos Aires: Arengreen. 1945.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Contol Social y Derecho Penal*. Barcelona: PPU. 1987.
- CARNELUTTI, Francesco. *El Problema de la Pena*. Buenos Aires: Europa América. 1947.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos. 1993.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001.
- FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. 1989.
- FRANCO, Alberto Silva et alli. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT. 1993.

HERNANDEZ, Cesar Camargo. Introducción al estudio del derecho penal. Barcelona: Bosch. 1960.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Lehrbuch des Strafrecht. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988.

LISZT, Franz Von. Lehrbuch des Strafrecht. Berlin und Lipzig: VWV. 1922.

MEZGER, Edmund. Strafrecht. Ein Lehrbuch. Berlin und Munich: Duncker und Humblot. 1949.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte Geral. Barcelona: Edição do Autor. 1998.

OUVIÑA, Guillermo. "*Estado Constitucional de Derecho e Derecho Penal*". Teorías Actuales en Derecho Penal. Buenos. Aires: Ad-hoc. 1998.

ROCCO, Arturo. El objeto Del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Montevideú - Buenos Aires: BdeF. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva. 1994.

VIEHWEG, Teodor. Topik und Jurisprudenz. München: Beck. 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. En torno de la cuestión penal. Montevideú - Buenos Aires: BdeF. 2005.



INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
VOLUME I
ÍNDICE

- 1 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO
Alberto Silva Franco¹.....15
- 2 - SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE
Jair Leonardo Lopes².....87
- 3 - SIGNIFICADO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL
Cláudio Brandão³.....103
- 4 - ESCUTEMOS TAMBÉM A LIÇÃO DOS LOUCOS
Alexandre Victor de Carvalho⁴.....125
- 5 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM POUCO DE PELICANO
Marcos Vedovotto⁵.....135
- 6 - A CONFUSÃO PROPOSITAL DO CONCURSO EVENTUAL DE
PESSOAS "A FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO"
Cezar Roberto Bitencourt⁶.....165
- 7 - RESSOCIALIZAÇÃO E ESTADO DE DIREITO
Winfried Hassemer⁷.....191
- 8 - BIOGRAFIA199

ESCUTEMOS TAMBÉM A LIÇÃO DOS LOUCOS

ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO ⁴
Desembargador do TJMG e Professor.

CARLA SILENE CARDOSO LISBÔA BERNARDO GOMES^{4.1}
Assessora Judiciária e Professora.

O Art. 96 do Código Penal diz que no Brasil são admissíveis duas espécies de Medida de Segurança, a saber, internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; e sujeição a tratamento ambulatorial.

Cuidando de processo criminal, ao julgador cumpre o dever de escolher qual delas deve ser aplicada.

Para uma melhor compreensão do tema, necessário se faz um retorno às origens histórico-filosóficas do instituto da Medida de Segurança.

Encerrado o período em que o único objetivo do direito penal era a reprimenda do agente como consequência do delito praticado, iniciou-se o momento de uma política criminal mantenedora do caráter punitivo, mas fundamentalmente preocupada em evitar o retorno do agente ao crime e o surgimento de novos delinqüentes, tudo em nome da promoção do bem-estar social.

Nos dizeres de Rui Carlos Machado Alvim, in "Uma Pequena História das Medidas de Segurança"; São Paulo: IBCCRIM; 1997; p. 22: "Percebe-se que o intento não mais concerne a uma equação de justiça - equilíbrio entre os delitos e as penas -, pressupondo, ante e tão-somente um sentido utilitarista, estribado na defesa social, tendo por único fim, a

eliminação do indivíduo inassimilável para a defesa e conservação do organismo social', conforme sintetizou Sodré de Aragão acerca da função e efeitos das penas para a escola positivista, a manifestação teórica desta nova fase".

A esta altura, um breve apanhado sobre o utilitarismo é premente por permitir a visualização correta do sustentáculo nefasto em que foi erigida a Medida de Segurança.

Reproduzindo Jeremy Bentham, "Os súbditos devem obedecer aos Reis [...] desde que os prejuízos prováveis da obediência sejam menores do que os prejuízos prováveis da resistência." (Fragment on Government. Org. Ross Harrison; Cambridge; 1988; p. 56). Isto é, o pilar do utilitarismo é a idéia de que, em qualquer situação, a ação moralmente correta é aquela que resultar na maior quantidade possível de utilidade; sendo esta, entendida como felicidade, prazer, bem-estar social.

Em outras palavras, segundo o pensamento utilitarista, entre as ações possíveis no momento deverá ser praticada a que mais for útil, ou seja, a que mais proporcionar felicidade.

Jonathan Wolff, ao discorrer sobre o utilitarismo, revela-nos o seu lado obscuro quando diz ser provável que erros judiciais sejam defensáveis em termos utilitaristas, desde que se busque a felicidade geral e, com muita propriedade, exemplifica o problema do "*bode expiatório*": "... suponhamos que foi perpetrado um crime hediondo – por exemplo, um ataque terrorista no qual morreram várias pessoas e muitas mais ficaram feridas. Nestas circunstâncias, a polícia sofre grande pressão para encontrar os criminosos. A população, na sua generalidade, exige vingança e garantias de que tal ataque não voltará a ocorrer. A felicidade geral sairá certamente beneficiada se a parte culpada for levada a tribunal. Mas os opositores do utilitarismo fizeram notar que a felicidade geral lucrará igualmente se aqueles indivíduos que a população crê serem culpados forem presos e condenados. Desde que sejam suspeitos plausíveis – tenham o sotaque certo, os aspectos esperados, etc. – pelo menos a exigência de vingança será satisfeita e todos dormiremos melhor nas nossas camas (mesmo que o façamos apenas devido à nossa crença falsa). Claro que há inocentes que sofrerão. Mas parece plausível que o aumento de felicidade (ou a redução de infelicidade) da população geral

se sobreporá ao sofrimento dos inocentes e, portanto, em termos utilitaristas, é compensador fazer de alguém um bode expiatório. Tendo em conta esta perspectiva, afirma-se, que o utilitarismo tem como consequência poder ser moralmente correto punir um inocente." (Introdução à Filosofia Política. Trad. Maria de Fátima St. Aubyn; Rev. Cient. Desidério Murcho; Gradiva; 2004; p. 81).

Situação estarrecedora e em tudo semelhante ao exemplo narrado acima é a que, indignados, assistimos recentemente com o brasileiro Jean Charles de Menezes em Londres.

Voltando ao cerne da controvérsia, todo o acima exposto é importante para demonstrar as bases frágeis em que se ergueu a Medida de Segurança tal qual a temos na atualidade.

Em fins do século XVIII a medicina se ocupa da questão da loucura e, repetindo a relação de dominação paciente-médico, sob a bandeira do utilitarismo, isola os rotulados "loucos" para "tratamento e cura nos asilos, limpando a sociedade de elementos tão perniciosos e inúteis" para que se alcançasse a almejada felicidade. No primeiro momento convivem os "loucos" criminosos e não criminosos, posteriormente eles são separados e os delinqüentes são encaminhados ao "hospício penal", evitando uma "contaminação" ainda maior. Isto é, se o doente mental por si só já era capaz de gerar infelicidade para a população, dada à sua inutilidade, devendo, portanto, ser extirpado do convívio social, o portador de sofrimento mental que viesse a praticar um delito deveria ser duplamente isolado, como escória da escória de uma sociedade em busca de um falso bem-estar social pautado na idéia de utilidade. "Convergem-se a medicina e o direito pena. § A medicina invade o terreno do direito penal e o direito penal deixa-se seduzir pela nova teoria médica, uma aliança nada liberal – e que se consolidará imorredouramente, ameahando, ainda naquele tempo, a problemática da responsabilidade – que resulta inicialmente na instalação dos hospícios penais, onde o criminoso louco viverá uma situação de extrema ambigüidade e quase sempre conflitante: réu sem culpa, enquanto criminoso será submetido à disciplina férrea inerente às prisões, e enquanto louco, ao tratamento obrigatório inerente aos asilos, dupla carga a lhe impor, em nome da periculosidade, uma internação por período indeterminado: § 'A fundamental tal atitude tem-se a periculosidade: o internamento é justificado pela periculosidade que o

louco representa para a sociedade, no sentido da probabilidade de realização de novos crimes, e visa à prevenção criminal. Esse internamento será agora denominado medida de segurança. O tempo de sua duração ficará, nesse caso, dependente de que seja verificada medicamente a cessação da referida periculosidade: apurar-se que o indivíduo tem novamente condições de viver no meio social, de acordo com as regras vigentes nesse meio, a saber: sem praticar novos crimes'. (Sílvia C. Queirolo, em Periculosidade: da Norma Médica à Norma Jurídica temas IMESC, v. 1, n. 2/97)." – Grifamos.

No Brasil a experiência retro se repetiu e o resultado não podia ser diferente, desde então, os portadores de sofrimento mental que cometem algum delito estão sujeitos às denominadas Medidas de Segurança. A primeira idéia nos chegou com o Código Penal do Império, em 1824, quando se previa o recolhimento em casa especial (hospícios penais) ou a entrega do louco delinqüente para a família, sem qualquer preocupação com o tratamento (ela que convivesse com o problema).

Em 1890, o novo Código diz que a internação deve ter por fim a "segurança pública", ou seja, difunde-se a idéia do isolamento devido ao "perigo" que o agente representa para a sociedade.

Etapa a etapa a Medida de Segurança veio sofrendo alterações e, entre 1940 a 1984 temos o sistema conhecido como duplo-binário, quando após a execução da pena, sendo o agente "perigoso", executava-se a Medida de Segurança.

Nos dias de hoje, após a reforma de 1984, o nosso Código Penal, conforme dissemos acima, consagra duas modalidades de Medida de Segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial.

A verdade é que, embora o instituto tenha evoluído desde o seu nascimento, não se distanciou, em momento algum, da idéia da utilidade. Ora se isola o agente pela sua inutilidade, mascarando-se o problema com a idéia de que ele é "perigoso", incapaz, portanto, de gerar felicidade; ora se devolve o agente à família como se dizendo a ela, o problema é seu e, assim, arque com as conseqüências dele.

Atualmente, é bom que se lembre, a forte pressão econômica segrega ainda mais o portador de sofrimento mental, especialmente aquele que praticar um delito, pois sua inutilidade econômica torna-o um ser desprezível, economicamente inviável, desnecessário... Contudo, Maximiliano Roberto Ernesto Führer, ao escrever sobre o tema, de forma apaixonada procura nos mostrar que, apesar de tudo, a Medida de Segurança difere da sanção e parece mais justa para o doente mental, especialmente na modalidade do tratamento ambulatorial: "Desde que Philippe Pinel (1745 – 1826), iniciou a busca de um caminho mais científico e humano para o tratamento da loucura, afastando os institutos de fundo supersticioso, a internação psiquiátrica evoluiu bastante. Na rede pública já existem, há muito, hospitais completamente abertos, sem muros. É certo que sempre haverá necessidade de uma ala de contenção para agudos, mas a terapia e a farmacologia psiquiátrica já dispõem de meios absolutamente eficazes de controle, sem que haja necessidade dos acorrentamentos e encarceramentos de antanho. Este regime hospitalar procura restituir o doente ao ambiente familiar no mais breve tempo possível. Ao grupo familiar incumbe promover a manutenção do tratamento e o controle do paciente. Hoje, a família é também responsável pela contenção do louco, exatamente como ocorria no germe da medida de segurança, na Roma antiga. § Desta evolução da Medicina deve beneficiar-se também o Direito Penal, libertando-se das seculares superstições acerca da loucura. § A mais hedionda delas é a presunção iuris et de iure de periculosidade do inimputável." (Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. Malheiros; p. 143).

A nova roupagem dada ao tratamento ambulatorial hodiernamente – onde o portador de sofrimento mental recebe os cuidados médicos necessários sem o isolamento da família -, ao que nos parece, torna-a um mal menor e, não se vislumbrando uma periculosidade que justifique a internação do agente em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, deve ser preferida.

Resta ao operador do direito, antes de qualquer coisa, libertar-se do preconceito para tratar o assunto.

É preciso esquecer a presunção de periculosidade do inimputável. A malfadada idéia de que "*cautela e caldo de galinha não fazem mal a ninguém*" não tem assento constitucional, constituindo-se numa

pré-concepção que, conseqüentemente, não pode orientar a escolha de qual definição terapêutica deve ser imposta. Afinal, "A Constituição e o bom senso garantem ao acusado uma exame de periculosidade antes da imposição da medida de segurança. Desta garantia se beneficiam todos, sãos, doentes e especialmente todos os que apreciam a Ciência Penal (Führer, op. cit, p. 145)".

Assim é que, um juízo de periculosidade assentado exclusivamente na gravidade da pena prevista para o crime nem sempre corresponde à realidade.

O norte para se escolher qual a melhor Medida de Segurança a ser executada deve se pautar, a fim de atenuar o erro que ela por si só configura, na conclusão pericial e não na natureza da pena.

A doutrina e a jurisprudência, atentas ao Estatuto dos Direitos Humanos e à Carta Constitucional de 1988, vêm lacerando as amarras da lei penal e admitindo a substituição, em tese, da Medida de Segurança de internação pela de tratamento ambulatorial – como visto acima, um mal menor – quando este se mostra suficiente. A título de ilustração: "... Entretanto, esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Imagine-se o inimputável que cometa uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima. Se possuir família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, por que interná-lo? Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial. Melhor, nesse sentido, a Lei de Tóxicos, prevendo a internação somente quando o caso concreto o exigir. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a possibilidade de correção do erro legislativo e permitindo a aplicação de tratamento ambulatorial a autor de fato-crime apenado com reclusão." (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 5ª ed.; rev., atual. e ampl.; São Paulo: RT; 2005; p. 438).

"O Juiz deve preferir, sempre que legalmente possível, o tratamento ambulatorial. Está mais do que demonstrada a nocividade da internação psiquiátrica. Os manicômios judiciais, como instituições totais, funcionam com sinal negativo, agravando a situação mental do doente. Com o notável progresso feito pela medicina com relação aos tranquilizantes a grande maioria dos doentes mentais pode hoje

permanecer em segurança com sua famílias." (Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 16ª ed.; atual; Rio de Janeiro: Forense; 2004; p. 501).

"Se o laudo oferecido no incidente de insanidade mental afirma que bastará o tratamento ambulatorial, não há por que ser determinada a internação do réu, se logo a seguir poderá vir a ser desinternado condicionalmente." (Franco Alberto Silva e outros. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. RT; 1995; p. 1131). "... esta solução normativa quanto à possibilidade de tratamento ambulatorial redundou tímida, porquanto se encerra nas hipóteses a que seriam cominadas à pena de detenção, o que significa, em muitos casos, o recurso à imposição de tratamento manicomial desnecessário e, portanto, nefasto." (Reale Jr., Miguel e Outros. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. 2ª ed.; Forense; p. 291).

E ainda: "A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade, previstos no artigo 26, caput, e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime." (Resp. 324091-SP, 6ª T., Rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v. u., DJ 09.02.2004, p. 211).

"O inimputável não sofre pena, todavia, fica sujeito à medida de segurança. Em se tratando de crime punível com reclusão, impõe-se a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. Dada à profunda distância entre o normativo e a realidade fática, no tocante à execução da pena, em cuja extensão, colocam-se também as medidas de segurança, o Juiz precisa auscultar a teleologia da norma, a fim de alcançar o melhor resultado, individual e socialmente considerados. Em verdade, os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, quando muito, formam uma ala no estabelecimento prisional de segurança máxima. Preferível suspender, condicionalmente, a internação pelo tratamento ambulatorial (CP, art. 96, II). Não se trata de mera liberalidade." (R.Esp. 111167-DF, rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 25.08.1997, p. 39414).

"MEDIDA DE SEGURANÇA – Réu punido com reclusão – Perito médico que indica como suficiente o tratamento ambulatorial – Admissibilidade, pois deve-se evitar, sempre que possível, a internação." (TACrim-SP, RT-748/656).

"MEDIDA DE SEGURANÇA – Réu inimputável que praticou crime de roubo – Substituição da internação por tratamento ambulatorial – Possibilidade: - É possível substituir por tratamento ambulatorial a internação determinada na medida de segurança imposta a agente de roubo, absolutamente incapaz, que é adequadamente assistido pelo cônjuge, sem qualquer indício de periculosidade subsistente, pois, não obstante a primeira parte do art. 97, caput, do CP, não se pode concluir pela existência da presunção juris et de jure quanto à perigosidade daquele que comete crime apenado com reclusão, admitindo-se prova em contrário, seja essencialmente por meio de prova incidental, seja por qualquer documento médico ou prova oral confiável, uma vez que a Lei Penal existe para servir ao homem devendo ser substituída por alternativas válidas, que se revelem úteis e edificantes à boa convivência em sociedade quando assim se fizer necessário." (Apel. nº. 1.285.171/1, Caraguatatuba, 16ª Câm. – Rel. Fernando Miranda, 08.11.2001).

Fazemos coro aos ensinamentos e às decisões colacionadas acima, pois a almejada tranquilidade social depende do respeito às garantias individuais mínimas, sendo intolerável qualquer intervenção que fira a dignidade humana.

Destarte, entendemos que a internação forçada em manicômio judiciário é medida gravíssima, a ser utilizada somente quando for insuficiente a aplicação do tratamento ambulatorial.

A experiência ordinária revela que a medida de internação é estigmatizante e não alcança os resultados pretendidos. Ao contrário, resulta em verdadeira "pena de prisão perpétua", e os que tiveram a oportunidade de conhecer o Hospital Psiquiátrico Dr. Jorge Vaz em Barbacena, único manicômio judiciário existente em nosso Estado, entenderão o que aqui dizemos.

Em que pese o louvável esforço da equipe de trabalho de referida instituição, a quem rendemos nossas homenagens, a realidade é que os portadores de sofrimento mental que praticaram algum delito e foram para lá encaminhados padecem, com o abandono, com o preconceito e com o descaso de uma sociedade que rejeita tudo o que não lhe for útil.

O tema é sério e já foi motivo de debate no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 4 de maio de 2004, onde ficou aprovada a Resolução nº. 05 que dispõe a respeito das Diretrizes para o cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei 10.216 de 6 de abril de 2001, de onde destacamos os direcionamentos de nº. 1 e 10: "A partir dos resultados (...), ficam propostas as seguintes diretrizes: 1. O tratamento aos portadores de transtornos mentais considerados inimputáveis 'visará como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio' (art. 4º, § 1º, da Lei nº. 10.216/01), tendo como princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar. (...) 10. A conversão do tratamento ambulatorial em internação só será feita com base em critérios clínicos, não sendo bastante para justificá-la a ausência de suporte sócio-familiar ou comportamento visto como inadequado".

Se a perícia juntada aos autos de um processo criminal concluir no sentido de que o agente é inimputável e a indicação médica apontar o tratamento ambulatorial como terapêutica suficiente, interná-lo simplesmente porque o delito cometido é punido com reclusão resulta numa decisão injusta e dissociada dos objetivos perseguidos, quais sejam, a cura do mal ou a colocação do indivíduo em condições mínimas de convivência em sociedade.

Quando a indicação médica especializada indica como suficiente o tratamento ambulatorial para o agente é porque entendeu que ele não apresenta desajuste de ordem psíquica que represente perigo à sociedade, devendo, portanto, ser evitada a internação.

Defendemos, convictos, que deve prevalecer a definição médica como guia para a escolha da definição da Medida de Segurança a ser aplicada em detrimento da natureza da pena.

E, para finalizar, lembramos que "os juízes não são juízes porque combatem a criminalidade, ou porque, intrépidos como mocinhos do faroeste, enfrentam e duelam com os bandidos, os malvados e maltrapilhos. Os juízes – e a lição é tão antiga quanto eles próprios! – são juízes simplesmente porque dizem publicamente o direito. E dizer o direito hoje é, antes de tudo, pregar a Constituição, suas garantias, seus fundamentos, seus princípios e suas liberdades." (Juízes para a Democracia. Ano 6 nº. 29, jul./set., 2002, p. 01).

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM POUCO DE PELICANO

MARCOS VEDOVOTTO ⁵

Juiz de Direito Substituto; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Uberlândia; Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades do Triângulo Mineiro; Ex Procurador-Geral do Município de Uberlândia; Associado do ICP – Instituto de Ciências Penais; Associado do IBCCRIM – Instituto de Ciências Criminais e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

Scire leges non est verba carum tenere sed vim ac potestatem -

Conhecer as leis não é recordar suas palavras, senão compreender seu alcance e espírito.

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM POUCO DE PELICANO

SUMÁRIO

MARCOS VEDOVOTTO ⁵

1. - INTRODUÇÃO.....	139
1.1 - Escopo do Presente Trabalho.....	139
1.2 - Função do Juiz na Aplicação da Pena - Responsabilidade.....	141
1.3 - Direitos Humanos. Guardião dos Direitos Fundamentais.....	142
2. - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	143
2.1 - Noções Introdutórias.....	143
2.2 - Justificativa para a Individualização.....	144
2.3 - Método Adotado pela Reforma de 1984.....	146
2.4-Síntese do Critério Trifásico de Nélson Hungria.....	147
3. - ETAPAS DA FIXAÇÃO DA PENA.....	148
3.1 - Introdução.....	148
3.2 - 1ª Fase – Análise das Circunstâncias Judiciais para Estabelecimento da Pena-Base.....	149
3.3 - 2ª Fase – Análise das Circunstâncias Legais (Agravantes e Atenuantes) – Pena Provisória.....	152
3.4 - 3ª Fase – Análise das Causas Especiais de Aumento ou Diminuição de Pena Previstas na Parte Geral e na Parte Especial (art.68, terceira parte do Código Penal).....	155
3.5 - Tentativa - Última Parcela.....	156
3.6 - Estabelecimento do Regime Inicial do Cumprimento da Pena.....	157
3.7 - Realização das Substituições Cabíveis.....	158
3.8 - Concessão da Suspensão Condicional da Pena.....	159

3.9 - Fundamentação dos Efeitos da Condenação Referidos no Art. 92 do Código Penal.....	160
3.10 - Aplicação da Pena de Multa.....	160
4. - CONCURSO DE CRIMES.....	161
5. - CONCLUSÃO.....	163

1 - INTRODUÇÃO

1.1 - Escopo do presente trabalho

A justiça penal oferece desafios os mais instigantes ao juiz brasileiro.

RENATO NALINI¹ explica que em todos os Estados-Nações desenvolvidos reserva-se para a jurisdição do crime a primícia dos quadros judiciais, pois compreende-se ser ela a jurisdição cujos efeitos mais profundamente atingem a pessoa humana. Ferem-na em sua dignidade, em sua honra, em sua liberdade e, em muitos países, efeitos suscetíveis de excluir a própria vida humana.

Para tanto, a tarefa de aplicar o direito às situações concretas é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm. AGNALDO MORAES DOS SANTOS² aduz que regras técnicas existem e são importantes para que o processo seja caracterizado pela lisura, pela transparência, pela eficaz participação das partes e pela controlabilidade dos provimentos, elementos que formam a opção filosófica, sociológica e política do sistema jurídico como um todo.

NELSON PALAIA³ arremata dizendo que a precisão técnica prende a atenção do juiz, impõe respeito, obriga um pronunciamento mais cuidadoso e estudado da parte contrária, do juiz ou do Ministério Público, enriquecendo o processo e tornando mais valiosa e mais completa a decisão final.

¹ NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2.ed. São Paulo: RT. 2000, 139/140p.

² SANTOS, Nelson Agnaldo Moraes dos. *A Técnica de Elaboração da Sentença Civil*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 6p.

³ PALAIA, Nelson. *Técnica da Contestação*. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 65p.

Por outro lado, ALBERTO SILVA FRANCO⁴ assevera que urge ao juiz, além do normal exercício da jurisdição penal, que faça valer, efetivamente, os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do cidadão, no campo penal e processual penal, todas as vezes que tais direitos ou garantias suportem ou estejam em vias de suportar algum tipo de lesão.

Urge, ainda, que o juiz criminal tome consciência de que, além da jurisdição penal, exerce também a jurisdição constitucional das liberdades e que, por isso, não pode compactuar com nenhum agravo à Constituição Federal.

Assim, além da técnica jurídica, exige-se também atenção à postura do juiz criminal, enquanto garantidor dos direitos históricos, que segundo NORBERTO BOBBIO⁵ emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

Ressalta-se, como exposto, que o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas.

Neste cenário, a construção da sentença criminal exige rigor técnico e sensibilidade. Deve-se observar a linguagem direta e simples, obedecendo-se a uma seqüência lógica e ordenada, evitando-se considerações irrelevantes, excesso de citações jurisprudenciais e doutrinárias, devendo a conclusão se apoiar no Direito e nas provas.

O que se pretende com o presente trabalho não é esgotar o tema relativo à individualização da pena, mas sim indicar algumas soluções práticas, lógicas e, sobretudo, técnicas relativas ao *modus faciendi* da mensuração da pena.

Cumprе esclarecer que tais orientações foram colhidas, em sua grande maioria, diretamente no Sétimo Curso de Formação Inicial de

⁴ FRANCO, Alberto Silva. Lei de crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. v.5, n.2, abr-mai-jun/92, 55p.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9ª.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Bobbio defende a tese segundo a qual os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Juizes Substitutos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais promovido pela ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES⁶, que pela *magister dixit* ganham *status* de fundamento irresistível.

1.2 - Função do juiz na aplicação da pena. Responsabilidade

GILBERTO FERREIRA⁷ ressalta que estabelecer a pena justa não é obra fácil. Nos ombros do julgador recai uma incomensurável responsabilidade, pois da aplicação da pena depende o destino de uma pessoa e, muitas vezes, de sua família. Não é tarefa que se faça às pressas, sem meditação!

NELSON HUNGRIA⁸, no apêndice denominado "*O Arbítrio Judicial na Medida da Pena*", no título "*A Função do Juiz Criminal*", chamou a atenção dos magistrados brasileiros para a sua efetiva e árdua função, como juiz criminal, na busca da verdade real dos fatos para a correta aplicação da lei e da pena, como função precípua daquelas, fazer justiça, sem que, com isso, pudesse inovar, criando ou modificando a lei, mas, ao mesmo tempo, fazer análise técnica e psicológica das provas e do direito, com base em sua interpretação, em sua experiência e consciência, na doutrina e na jurisprudência.

Assim fez registrar:

Perante o novo direito brasileiro, o juiz criminal é, assim, chamado a exercer o seu nobre ofício com a sua própria consciência, com o seu próprio raciocínio, com a sua livre crítica. Já não será um intérprete escolástico da lei, um aplicador de justiça tarifada, um órgão de pronunciamento automático de fórmulas sacramentais: mas uma consciência livre a regular destinos humanos.

⁶ Módulo de Direito Penal e Processual Penal coordenado pela Desembargadora Jane Ribeiro Silva, da Terceira Câmara Criminal do TJMG, acompanhada pelos orientadores Juizes Nelson Missias de Moraes, Sumariante do Primeiro Tribunal do Júri da Capital; Fernando Alvarenga Starling, Presidente do Primeiro Tribunal do Júri da Capital e Herbert José Almeida Carneiro, da Vara de Execuções Criminais da Capital.

⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 47p.

⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 5.ed. Forense, 422p.

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR⁹ ensina que, para o cientista do Direito, um dos temas mais difíceis de sistematização é o da teoria do delito; para o juiz, tormento é a aplicação da pena. Impõe-se ao juiz criminal o enfrentamento dessas duas dificuldades, das quais se aproxima, levando consigo suas idéias e ideologias sobre o delito como um fato social e jurídico, e sobre a pena como resposta do Estado.

Deve ele percorrer o árduo caminho de superação das dificuldades teóricas presentes no processo penal para a formulação do juízo condenatório; ao final, põe-se frente a frente com o réu para definir o seu futuro.

Mais adiante, conclui o Ministro:

Sabendo-se que aquele primeiro juízo deriva de uma investigação criminal com as deficiências conhecidas, e que a sentença será cumprida nos estabelecimentos considerados **"verdadeiras sucursais do inferno"**, espera-se do juiz criminal, ao lado de apurado conhecimento teórico, a compreensão profunda do crime que julga e da pena que aplica.

Por fim, FRANCISCO VANI BEMFICA¹⁰ assevera que:

Se só Deus é infalível, o juiz, entre os outros seres humanos, tem o dever de errar menos, o que lhe exige consulta permanente aos livros e respeito absoluto aos ditames de sua consciência. Daí porque a lei lhe confere poderes e direitos e lhe impõe deveres.

1.3 - Direitos humanos. Guardião dos direitos fundamentais

A construção de uma sociedade justa e fraterna, preceito a todos cogente, inclusive aos juízes, é um projeto permanente. O juiz brasileiro é o agente encarregado pela Constituição de interpretar a mensagem normativa de elaborador do pacto. JOSÉ RENATO NALINI¹¹ ressalta que a missão do juiz não é apenas processar e sentenciar.

⁹ Ver prefácio da obra *Das penas e seus critérios de aplicação* de José Antonio Paganella Boschi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2004. 179p.

¹⁰ BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado, seus poderes e deveres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 7p.

¹¹ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, 143/144p.

Reclama-se-lhe, sim, cumpra com sua função institucional. Mas ao fazê-lo precisa imbuir-se da responsabilidade de garante dos direitos humanos. Direitos humanos da vítima e também do infrator.

A Constituição Brasileira reservou ao juiz criminal uma atuação muito diversa daquela de braço repressor do Estado.

Adquire relevo sua posição garantidora, própria do Judiciário no sistema acusatório, onde existe um órgão específico para pleitear a condenação do acusado.

Ao Ministério Público o sistema cometeu a atribuição acusatória, à defesa o exercício de opor a ela a resistência técnica e estratégica.

Portanto, é o juiz a última instância garantidora dos direitos de seus jurisdicionados, por isso, do juiz se espera que faça justiça.

2 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

2.1 - Noções introdutórias

Em se tratando de sentença criminal, como se sabe, não basta apenas examinar a existência do fato, autoria, culpabilidade e demais fatores de dosimetria na fundamentação¹². É preciso ir além, ou seja, é necessário proceder à individualização da pena.

A história demonstrou que a individualização feita exclusivamente pelo legislador não era proporcional, sendo, portanto, injusta. Comprovou, também, que deixar essa tarefa ao exclusivo arbítrio do magistrado poderia levar a abusos. Chegou-se, então, ao meio termo. O legislador estabeleceria um mínimo e um máximo em valores abstratos para cada crime, deixando ao juiz a incumbência de fixar, dentre esse mínimo e esse máximo, a pena cabível a cada espécie.

¹² Nada obstante as atividades inerentes ao método trifásico concentrem-se na conclusão/dispositivo da sentença, a boa técnica recomenda que o juiz, ainda na fundamentação, de forma crítica e não meramente enunciativa, examine todos os fatores que possam influir na dosimetria das penas provisória ou definitiva. Noutro dizer, na fundamentação o juiz examina questões como: atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, concurso de crimes, para só então, no dispositivo, aplicar a pena correta.

O princípio constitucional da individualização das penas (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição de 1988) é materializado, portanto, em três níveis:

a) **legislativo**, quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer;

b) **judicial**, quando o juiz, atento às circunstâncias do crime, do agente e da vítima, fixa a pena cabível que melhor retribua e previna o crime; e

c) **executório**, quando a execução da pena se faz segundo critérios jurídico-administrativos, pelo juiz da execução e com auxílio do pessoal penitenciário.

Em síntese, tem-se que individualizar a pena, pois a função do juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹³.

Noutro dizer, nas palavras de NÉLSON HUNGRIA¹⁴, como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser predeterminada pelo legislador, mas individualizada pelo juiz, pois só este é que tem diante de si, na realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos.

Na verdade, individualiza-se a pena, aliás, precisamente, não somente porque cada acusado é um, mas também porque cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis.

Enfim, a individualização da pena é, sobretudo, obra do juiz criminal.

2.2 - Justificativa para a individualização

¹³ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 49/50p.

¹⁴ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Forense, 415p.

¹⁵ POLONI, Ismair Roberto. *Técnica estrutural da sentença criminal: juízo comum – juizado especial*. 1.ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2002, 161/170p.

ISMAIR POLONI¹⁵ assevera que dentro dos limites do art. 59 tem o juiz o poder-dever de buscar a aplicação da lei penal e a correspondente fixação da pena, verificando o que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de conformidade com a finalidade social da lei e à consecução do bem comum.

Almeja-se a ressocialização do condenado e a prevenção do crime, pelos efeitos sociopedagógicos, sofrendo, em sua inferência intelectual, toda sorte de elementos próprios e pessoais de sua personalidade e formação sem que, contudo, transforme a sentença condenatória em instrumento de suas eventuais revoltas pessoais, mediante a aplicação da lógica do razoável.

Antes de instrumento externador de confusões pessoais do juiz, ou de instrumento para satisfação pessoal, a sentença condenatória é o instrumento disponível pelo Estado para a manutenção da paz e ordem públicas, pela reprovação do que é, no mínimo, moralmente incorreto, para, então, transformar-se em norma penal, tendo como norte a dignidade humana.

Por fim, arremata:

Deve o juiz da condenação, na fixação da pena, realizar sua inferência intelectual, com uma abstração completa de dogmas e preconceitos, próprios ou incutidos, para "*sentir*" aquilo que pela sociedade, como um todo, e pela vítima, em particular, possa ser considerado necessário e suficiente, sem, contudo, deixar de verificar circunstâncias pessoais, subjetivas e objetivas, do agente e dos fatos.

ADA PELEGRINI GRINOVER¹⁶ esclarece que, infelizmente, decorridos mais de cinquenta anos de vigência do Código Penal, em que se deu ao juiz grande poder para exercer importante papel na individualização da pena, isso muitas vezes não tem acontecido, preferindo-se a constante e injusta fixação de penas mínimas, nivelando-se situações e agentes inteiramente diversos.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. ed. São Paulo: RT, 261p.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Forense, 417p.

No entanto, conforme preconizado por NÉLSON HUNGRIA¹⁷, é preciso insistir que a pena não pode ser aplicada a modelos de fábrica em série. A reprimenda deve ajustar-se, de caso em caso, a um ente humano, a um indivíduo na sua personalidade real.

É o *suum cuique* de Ulpiano (a cada um o que é seu).

2.3 - Método adotado pela reforma de 1984

Consoante a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, o legislador optou, relativamente às penas privativas de liberdade, pelo método trifásico, cuja inobservância implica nulidade insanável da sentença.

Permite-se, com o referido critério, o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.

Assim dispõe, efetivamente, o atual artigo 68 do Código Penal:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Dispostos os enunciados, entre pontos e vírgulas, sugerem três movimentos distintos: no primeiro, busca-se a **pena-base**; no segundo, a **pena provisória** e, por último, a **pena definitiva**, precisamente como recomendava Hungria, autor do método trifásico.

¹⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 179p.

Consoante JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI¹⁸, o artigo 68 do Código Penal, literalmente, não demonstra a integralidade do processo judicial de individualização da pena privativa de liberdade, porque o juiz, em verdade, antes mesmo de iniciá-lo, necessita escolher, dependendo da situação, a pena aplicável, dentre as cominadas na moldura penal.

Assim, quando a lei penal permitir aplicação alternativa de penas, a opção qualitativa consistirá na eleição, pelo aplicador, daquela que melhor atender ao critério de proporcionalidade (necessidade e suficiência).

Em suma, conclui o Desembargador:

Primeiro ele investigará e optará, motivadamente, pela pena a ser imposta, se a lei, no caso concreto, lhe der essa alternativa, para, só depois, obediente ao método estabelecido no artigo 68 do Código Penal, estabelecer as penas base, provisória e definitiva.

2.4 - Síntese do critério trifásico de Nélon Hungria

Pelo exposto, o Código Penal, na Reforma de 1984, adotou o critério trifásico de Nélon Hungria (art. 68, *caput*) em relação à aplicação da pena privativa de liberdade.

Com efeito, na primeira fase, fixa-se a pena-base mediante detalhada análise das condições judiciais do artigo 59, não bastando apenas sua menção meramente enunciativa, mas sua interpretação crítica ante os elementos dos autos.

Na segunda fase, são aplicadas, primeiramente, as atenuantes genéricas e, em seguida, as agravantes genéricas. Estão elas sempre na parte geral do Código Penal e nenhuma diminuição ou acréscimo pode ir aquém do mínimo ou além do máximo legal imposto pelo legislador.

Entendimento diverso geraria um grave perigo ao direito de liberdade de qualquer pessoa, submetida à ação penal, pois se de um lado torna-se admissível à diminuição abaixo do mínimo, admite-se também o aumento além do máximo, ensejando a desobediência ao princípio da legalidade da pena, colocando a punição concreta à mercê de preconceitos e ideologias dos juízes.

Na terceira fase, vêem-se, primeiramente, as causas especiais de diminuição e finalmente as de aumento, que estão, em geral, na parte especial do CP, quase sempre em seguida à definição jurídica, embora algumas constem da parte geral, por terem a característica de aplicação geral a todo e qualquer crime.

No que se refere à pena de multa, ela será detidamente examinada em momento apropriado, esclarecendo-se, no entanto, que segue o critério trifásico, contendo um **plus** referente à situação econômica do acusado.

3 - ETAPAS DA FIXAÇÃO DA PENA

3.1 - Introdução

Definidas as premissas básicas do sistema trifásico, passa-se à análise detalhada. Na verdade, ao examinar os citados dispositivos do Código Penal (artigos 59 e 68), verifica-se que o procedimento de aplicação da pena exige o percurso de, pelo menos, oito etapas, a saber:

a) Escolha da pena a ser aplicada quando ao fato for cominada mais de uma alternativamente (art. 59, I do Código Penal);

b) Análise das circunstâncias judiciais para estabelecimento da pena-base (art. 59, *caput* e art. 68, primeira parte, ambos do Código Penal);

c) Análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – artigos 68, segunda parte; 61, 62 e 65, todos do Código Penal);

d) Análise das causas especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na parte geral e na parte especial (art. 68, terceira parte do Código Penal);

e) Estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena (artigos 59, III e 33, ambos do Código Penal);

f) Realização das substituições cabíveis (artigos 59, IV; 43; 44 e 60, todos do Código Penal);

g) Concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal);

h) Fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código Penal.

Antes, porém, de se passar ao exame das várias etapas, é preciso esclarecer que, se houver mais de um acusado, a individualização da pena deve ser realizada isoladamente, para cada réu, por tratar-se de aspecto pessoal, subjetivo, não se podendo fundir a personalidade dos acusados como idênticas (RT 706/354).

ADALTO DIAS TRISTÃO¹⁹ ensina que, em caso de condenação em mais de um crime, deve o Juiz esclarecer a pena aplicada a cada um deles. Justifica-se tal conduta não apenas com o objetivo de verificar a ocorrência de prescrição (art. 119, do CP), mas também aquilatar se a pena acrescida pelo crime continuado ou concurso formal não excede a soma das penas dos crimes-membros (RT 616/290).

Finalmente, importante lembrar a lição do DESEMBARGADOR PAGANELLA BOSCHI²⁰, segundo o qual:

...anulada pelo órgão jurisdicional superior a parte defeituosa da sentença por erro na dosimetria, por inadequada ou inexistente fundamentação, o juiz, na nova sentença, caso não tenha havido também recurso do

¹⁹ TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 51p.

²⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 183p.

acusador, pleiteando expressamente o aumento da pena, não poderá impor pena em qualidade ou quantidade mais gravosa que a da sentença anulada, pois, do contrário, dará causa a declaração de nova nulidade, por ofensa ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus* indireta.

3.2 - 1ª fase – Análise das circunstâncias judiciais para estabelecimento da pena-base (art. 59, caput e art. 68, primeira parte, ambos do Código Penal)

Uma vez definida a pena aplicável dentre as cominadas (art. 59, I do Código Penal), deve-se fixar a quantidade da pena-base (art. 59, II do Código Penal), levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, caput do Código Penal.

Tais circunstâncias se classificam em dois grupos. No primeiro, estão as circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos) e, no segundo, as objetivas (circunstâncias e conseqüências do fato e comportamento da vítima).

As oito circunstâncias arroladas devem ser efetivamente valoradas, de forma favorável ou desfavorável, consoante os elementos de prova constante dos autos, *daí a necessidade de o juiz suprir, tanto quanto possível, eventuais falhas da investigação policial*.

É direito fundamental de o cidadão saber o quantum básico e como ele foi fixado. Noutro dizer, a valoração da circunstância judicial – que outra coisa não é senão o processo de determinação da respectiva carga de valor, positivo ou negativo – exige fundamentação minuciosa porque só assim, como lembra ALBERTO FRANCO²¹, “*será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros*”.

Passa-se aos critérios recomendados para a análise das circunstâncias judiciais.

²¹ FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 666.

No aspecto da **culpabilidade**, reiteradas vezes nossos tribunais acentuam, com propriedade, que ela deve ser aferida, considerando-se principalmente o grau de reprovabilidade da conduta praticada e levando-se em conta não só as condições pessoais de cada réu, mas também a situação fática que o levou a praticar a conduta incriminadora.

Os **maus antecedentes** penais do réu resultam de sentenças anteriores passadas em julgado, sem, contudo, caracterizarem reincidência, enquanto não houver reabilitação. Importante lembrar que a reincidência não pode ser examinada nesta fase, porquanto deve-se considerar a regra segundo a qual, quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez e na última fase em que couber.

Assim, em se tratando de réu reincidente, em virtude de uma única condenação transitada em julgado ocorrida antes da prática da infração que se examina, esta circunstância não pode incidir a título de antecedentes na primeira fase da dosimetria, mas tão-somente como circunstância legal da segunda fase (art. 61, I, do CP).

A proibição desse *bis in idem* é matéria fartamente analisada por nossos Tribunais. A circunstância de estar o agente envolvido em outros processos criminais não justifica, isoladamente, a agravação de sua pena, pois, também em tais casos, poderá a final prevalecer a presunção de inocência que milita em favor de todos os réus.

Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5, LVII). Muitas vezes, uma condenação por crime anterior ao que se examina pode ocorrer e transitar em julgado durante o processo pelo novo crime, hipótese em que não haverá reincidência, e sim antecedente.

Em relação à **conduta social**, impõe-se a análise da situação do agente nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc. Tal circunstância não se confunde com os antecedentes criminais. Na verdade, ela é um estudo dos antecedentes sociais do condenado e, caso não fique comprovada a má conduta social do réu, esta deverá ser considerada boa, pois estes antecedentes não se avaliam por conjecturas e, muito menos, por ouvir dizer.

Na análise da **personalidade**, devem ser lembradas suas qualidades morais, a sua boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento. Também não devem ser desprezadas

as oportunidades que o réu teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Dentre as circunstâncias referentes ao contexto do fato criminoso, os **motivos do crime** demandam a verificação de um perfil psíquico do delinqüente e da causação do crime para uma correta imposição de pena. O crime deve ser punido em razão de motivos que podem levar a uma substancial alteração da pena, aproximando-a do mínimo quando derivam de sentimentos de nobreza moral, ou elevando-a quando indicam um substrato anti-social.

As **circunstâncias do crime** podem referir-se à duração do delito, ao local do crime, à atitude durante ou após a conduta criminosa, dentre outras. São circunstâncias influenciadoras do apenamento básico todas as singularidades propriamente ditas do fato e que ao juiz cabe ponderar para exasperar ou abrandar o rigor da censura.

A referência às **conseqüências do crime** é de caráter geral, incluindo-se nela as de caráter objetivo ou subjetivo não inscrito em dispositivos específicos. Referem-se à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, inclusive aquelas derivadas indiretamente do delito.

Na verdade, tais circunstâncias são aquelas que se projetam para além do fato típico, porque, se assim não fosse, poderiam acarretar a quebra do *ne bis in idem*, nomeadamente naqueles casos em que aparecem compondo a figura penal.

Por fim, deve-se examinar o **comportamento da vítima**, ou seja, a contribuição desta para a conduta delitiva. Noutro dizer, o juiz dosará a culpabilidade levando em consideração que, quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos, menor será o grau de reprovabilidade da conduta do acusado.

3.3 - 2ª fase – Análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – artigos 68, segunda parte; 61, 62 e 65, todos do Código Penal) – Pena provisória

Fixada a pena-base obtida a partir da apreciação crítica das circunstâncias judiciais entre o mínimo e o máximo cominados em abstrato pela lei, passa-se à segunda fase do método de Nélson Hungria, a saber, exame das circunstâncias atenuantes e agravantes dos artigos 61 a 67 do Código Penal.

As circunstâncias judiciais, repita-se, são valoráveis pelo juiz

favorável ou desfavoravelmente e influem na dosimetria da pena-base, conforme as particularidades do caso concreto, ao passo que as circunstâncias legais agravantes e atenuantes trazem consigo a carga de valor estabelecida *a priori* pelo legislador e sinalizam a direção a seguir, na determinação da pena provisória.

Esclareça-se, logo de início, que as penas não poderão ser fixadas abaixo do mínimo ou acima do máximo legal. Isto porque, como é sabido, as atenuantes genéricas não podem levar a pena aquém do mínimo legal, consoante a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 22 de setembro de 1999, que dirimiu, jurisprudencialmente, algumas dúvidas que ocorriam nos julgados, principalmente após a reforma penal de 1984.

Diferentemente, as causas de diminuição ou aumento de pena, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código penal, permitem a redução ou o agravamento da pena aquém ou além dos limites mínimo e máximo previstos no tipo básico ou qualificado.

Também deve ser esclarecido que as atenuantes e agravantes não se confundem com as circunstâncias legais qualificadoras, majorantes ou minorantes porque estas últimas, além de se situarem (também) na Parte Especial do Código, cumprem funções muito diferentes daquelas. As qualificadoras reposicionam o juiz diante de margens penais distintas das do tipo básico, e as causas especiais de aumento ou diminuição determinam aumento ou diminuição da pena provisória, com vistas à concreta determinação da pena definitiva.

Nesta fase, cumpre alertar que, sob pena de nulidade, não pode uma circunstância que serviu como qualificadora ou possibilitou a desclassificação para tipo privilegiado ser usada também para agravar ou atenuar a pena. Seria ela utilizada duas vezes²².

Noutro dizer, no caso de incidência de duas qualificadoras, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no artigo 61 do Código Penal.

A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (artigo 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o *caput* do artigo 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 262p.

genérica, quando diz: "*são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime*".

Ora, se determinada circunstância já qualifica o crime, não pode funcionar como agravante, pois, neste caso, o legislador não o permitiu. Se for qualificadora, não pode ser ao mesmo tempo agravante.

A presença de duas qualificadoras deve ser analisada na fase de fixação da pena-base, e não significa, necessariamente, que a pena deverá ser bastante elevada, devendo ser examinadas as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, aumentando, apenas, a reprimenda porque o juízo de reprovabilidade passa a ser maior, além de as "*circunstâncias*" militares, com maior gravidade, contra o réu.

Por fim, no concurso de agravantes e atenuantes, o *quantum* do acréscimo ou diminuição deve ficar ao prudente critério do juiz que deve dar ênfase às circunstâncias preponderantes de acordo com o comando do art. 67 do Código Penal, excepcionando-se apenas a menoridade, que, à luz de todo o Código, sobrepuja as demais.

Melhor explicando, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve considerar as circunstâncias preponderantes.

São prevalentes as de caráter subjetivo. São objetivas as circunstâncias relativas à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução.

As circunstâncias subjetivas são aquelas que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Saliente-se que a menoridade terá destaque especial, preponderando sobre qualquer circunstância de caráter subjetivo. Deve preponderar, até mesmo, sobre reincidência ou, pelo menos, a ela se equiparar.

Havendo uma circunstância agravante subjetiva e outra atenuante subjetiva elas se anulam, porque ambas têm a mesma natureza. Só haverá prevalência de uma sobre outra quando tiverem natureza distinta.

Resumindo a ordem de importância: menoridade, reincidência, circunstâncias subjetivas e, por derradeiro, agravantes e atenuantes objetivas.

Outra questão de suma importância diz respeito à quantidade de aumento que deve ser feita em relação ao reconhecimento de uma atenuante preponderante e uma agravante não preponderante.

Neste caso, entende-se que, primeiramente, deva ser determinado o *quantum* de diminuição e, depois, o *quantum* de aumento, sendo que a diminuição, neste caso, deverá ser maior que o aumento.

No caso de a pena já se encontrar no mínimo, pode-se dizer que o aumento será menor porque milita, em favor do réu, uma atenuante que deve ser considerada, não para levar a pena abaixo do mínimo legal, mas para impedir que o aumento pela agravante seja imposto em patamar maior.

Repita-se que todas estas questões, em razão da boa técnica, devem ser valoradas na fundamentação, em particular, no capítulo referente ao crime em tela, restando para a dosimetria "*apenas*" a aplicação.

3.4 - 3ª fase – Análise das causas especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na parte geral e na parte especial (art. 68, terceira parte do Código Penal)

Por fim, na terceira fase é preciso atentar para o critério segundo o qual as causas de diminuição ou aumento previstas na parte especial devem ser analisadas em função das próprias causas e não em razão das circunstâncias judiciais, pois estas já foram analisadas.

Em outras palavras, as etapas são estanques e não se comunicam.

Também entende a jurisprudência que, no caso de se efetuar um único aumento, a sua maior ou menor quantidade de acréscimo deve ser cuidadosamente motivada, com base em dados concretos.

Especificamente no que refere ao disposto no artigo 68, parágrafo único do Código Penal, estabeleceu o legislador, no dispositivo em questão, uma forma de concurso homogêneo, pois, ali, ele ocorre só entre as causas de diminuição ou só entre as causas de aumento,

enquanto no concurso heterogêneo previsto no artigo 67 do Código Penal ele ocorre entre as agravantes e atenuantes.

Quer isso dizer que não se pode compensar causas de diminuição com causas de aumento, pois o concurso não ocorre entre duas categorias, mas apenas dentro delas mesmas, isoladamente.

Também não há concurso entre as causas de aumento previstas na parte geral, estas devem ser todas aplicadas.

O concurso é apenas em relação às causas de diminuição ou aumento previstas na parte especial e, repita-se, não entre umas e outras, mas apenas dentro de cada categoria, ou seja, só entre as de diminuição ou só entre as de aumento.

Importante lembrar que, havendo duas causas de diminuição previstas na parte especial, não sendo estabelecido o concurso, ou seja, não se escolhendo a causa que mais diminua, conforme permitido no parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, cada diminuição será imposta sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior, não sobre a pena-base.

As causas de aumento da parte geral não podem ser alvo de concurso, devendo ser separadamente aplicadas.

Finalmente, não se pode estabelecer concurso entre uma causa de diminuição e uma de aumento, devendo, mais uma vez, ser ressaltado que o concurso ocorre só entre as causas de diminuição ou entre as de aumento.

A causa de aumento sempre é a última a ser aplicada, pois já incidirá sobre pena diminuída, resultando em benefício para o réu.

3.5 - Tentativa – última parcela

A diminuição decorrente da tentativa constitui o último fator ou fase da dosagem da pena, devendo ser aplicada após as causas de diminuição ou aumento relativas ao crime.

Feita a diminuição decorrente da tentativa, nenhum outro acréscimo ou decréscimo há de ser feito, uma vez que, depois de analisadas todas as circunstâncias do delito, ela constitui a última fase da dosagem da pena, a última parcela entre todos os fatores que merecem ser considerados.

Constitui o último cálculo, quer na hipótese em que existam outras causas de diminuição de pena, quer existam causas especiais de aumento de pena.

Observa-se que o *quantum* da diminuição, na tentativa, não pode ser imposto sem motivação.

Verifica-se se o réu apenas iniciou a execução do crime, ou se a exauriu, sem atingir a consumação, por circunstâncias alheias à sua vontade. Se ele apenas deu início à execução, a diminuição deverá ser maior, pois se está diante de uma tentativa imperfeita.

Deve-se verificar, também, se o agente esgotou os meios de execução, só não conseguindo consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade já estando no final da execução, se está diante de uma tentativa perfeita ou crime falho, quando então a diminuição deverá situar-se em seu patamar mínimo.

3.6 - Estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena (artigos 59, III e 33, ambos do Código Penal)

A determinação da pena definitiva finaliza as etapas do método trifásico, mas não exaure o processo de individualização judicial da pena, globalmente considerado. Sendo a pena imposta a privativa de liberdade, é necessária a fixação do regime (art. 59, III do Código Penal).

Neste aspecto, é importante atentar para o fato de que as penas privativas de liberdade, como é próprio do sistema progressivo, são executadas, em regra, de regime a regime, do mais severo (fechado) ao mais brando (aberto).

A essência desse sistema de transferência progressiva do condenado do regime mais gravoso ao mais liberal reside na distribuição do tempo de duração da pena em períodos, cada um regido por regras próprias, todas orientadas na direção da recuperação da liberdade e da reincorporação do condenado ao mundo livre.

Em suma, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do *caput* e seu §2º do art. 33 do Código Penal, mas também de suas próprias ressalvas, conjugadas com o *caput* do art. 59 e inciso III do Código Penal. Em outras palavras, a individualização do regime não dispensa a análise das circunstâncias judiciais, visto que também jungido ao princípio da proporcionalidade – necessidade e suficiência.

Por fim, em se tratando de crime hediondo, para os que entendem pela constitucionalidade da vedação a concessão da progressão, tecnicamente, não existe *"regime integralmente fechado"*. A pena é que será cumprida integralmente em *"regime fechado"*.

3.7 - Realização das substituições cabíveis (artigos 59, IV; 43; 44 e 60, todos do Código Penal)

Julgar e punir alguém, sobretudo com pena privativa de liberdade, é atribuição de grande responsabilidade, mormente quando se verifica que a prisão vem representando um grave risco para a sociedade, pois a contaminação dos males carcerários evidencia-se a cada dia, a tal ponto que hoje se entende que a pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar, efetivamente, um perigo para a sociedade.

Aliás, a própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, informa que uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.

Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Pois bem, consoante o disposto no art. 59, IV do Código Penal, se possível, a pena privativa deve ser substituída por outra espécie de pena. Desta forma, cumpre analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Para tanto, deve-se atentar aos requisitos objetivos e subjetivos que autorizam tal substituição, quais sejam: *a) pena não superior a quatro anos; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente e d) circunstâncias judiciais favoráveis.*

Deve-se examinar ainda se a substituição da pena é reprimenda suficiente para a pessoa do condenado, capaz de ressocializá-lo. Se for cabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos, costuma-se estabelecer: uma na modalidade de prestação de serviços à comunidade, por igual prazo ao da condenação, em local e condições a serem determinados pelo Juízo da Execução Penal, e outra, na forma de prestação pecuniária, consistente no pagamento de determinado valor a entidade pública ou privada, com destinação social, a ser determinada pelo Juízo da Execução Penal.

Finalmente, deve o juiz examinar a possibilidade de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46, § 4º do Código Penal, consoante interesse do condenado e o critério do Juiz de Execução, na forma da Lei.

Registra-se, por oportuno, que só se admite a concessão do *sursis* quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritas de direito, conforme preceitua o art. 77, III do Código Penal.

3.8 - Concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)

Caso não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa por outra (artigo 77, III do Código Penal), se preenchidos os requisitos de lei, pode ser suspensa a pena privativa.

Especificamente no que se refere às condições, é preciso atentar para o fato de que não se pode aplicar o *sursis*, condicionando o benefício à prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano, cumulada com o comparecimento mensal em juízo. Pois as condições previstas no §1º do artigo 78 do Código Penal ou *sursis* legal não podem ser cumuladas com aquelas do *sursis* especial, previstas no §2º do mesmo artigo, uma vez que estas últimas são substitutivas das primeiras.

O termo empregado no §2º do artigo 78 do Código Penal – substituir – afasta qualquer dúvida nesse sentido. As condições que podem ser aplicadas cumulativamente, quando não aplicado o *sursis* legal, são aquelas ali impostas, nas letras "a", "b" e "c".

Ainda sobre o *sursis*, importante trazer a lição de PAGANELLA BOSCHI²³, segundo a qual:

...com a elevação para 4 anos do requisito objetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I), é razoável sustentar que o juiz também pode conceder o *sursis* quando a pena individualizada for superior a 2 anos de reclusão ou detenção e não ultrapassar a 4 anos.

3.9 - Fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código Penal

Resta, finalmente, ao juiz, se for o caso, motivadamente declarar os efeitos decorrentes da sentença (art. 92, I, II e III), inclusive a perda de veículos, embarcações, aeronaves ou quaisquer outros meios de transporte, assim como maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza usados na prática de delitos relativos a entorpecentes (art.42, da Lei 10.409, de 2002).

3.10 - Aplicação da pena de multa

Assim como acumular bens, ganhar dinheiro e produzir riqueza fazem bem ao homem, nada obstante a preocupação com o *ser* deva preponderar, inversamente, a perda de dinheiro e a redução de bens e de riqueza lhe causam muito mal.

A pena de multa começou a nascer no exato momento em que o homem primitivo descobriu essa verdade. E, por essa razão, a multa, do latim *mulcta*, sempre teve um significado de expiação, retribuição, castigo.

No que se refere à pena de multa, esta comporta duas etapas separadas, dependendo, ainda, a apuração do *quantum* final da pena de operação a ser realizada na fase de execução da pena.

Na primeira etapa, fixa-se a quantidade de dias-multa, que varia entre 10 e 360 dias, ocorrendo aí a parte de individualização da pena, propriamente dita, garantia constitucional de todo condenado (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal), em que devem ser observadas as diretrizes do artigo 68 do Código Penal.

²³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 181p.

Esta etapa, assim como na fixação da pena privativa de liberdade, divide-se em três fases, previstas no artigo 68 do Código Penal.

Na primeira, fixa-se a pena-base, interpretando-se, à luz dos elementos dos autos, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não bastando apenas a sua menção, mas análise profunda de cada uma delas em relação à pessoa do condenado.

Realizada a operação, chega-se à quantidade de dias-multa entre o mínimo de 10 dias e o máximo de 360, sem se preocupar com a situação econômica do réu, mas com a gravidade da infração cometida.

Na segunda fase desta primeira etapa, verifica-se, inicialmente, a existência de circunstâncias atenuantes genéricas e depois das agravantes genéricas, não podendo haver inversão no seu exame, ou seja, se examinar primeiro as agravantes e depois as atenuantes, pois seria indiscutível o prejuízo sofrido pelo condenado.

O entendimento predominante é que atenuantes e agravantes genéricas não podem, respectivamente, levar a pena aquém do mínimo, nem além do máximo, não podendo ser aplicadas quando a pena-base já tiver sido fixada no mínimo, quer se trate das primeiras, ou no máximo, quando se trata das segundas.

Na terceira e última fase da primeira etapa, se procede à eventual alteração resultante de causas de diminuição e depois das de aumento, não se podendo inverter a ordem de aplicação, senão também se evidenciaria prejuízo ao apenado.

Chega-se, assim, à quantidade final de dias-multa, sem nenhuma preocupação com a condição econômica do condenado, mas apenas com as circunstâncias e a gravidade do crime.

Na segunda etapa, depois de apurado o número de dias-multa, se procede à fixação do valor da unidade, isto é, do dia-multa, aí, então, voltado o juiz para a situação econômica do réu.

4 - CONCURSO DE CRIMES

Conforme já exposto, em caso de condenação em mais de um crime, deve o juiz esclarecer a pena aplicada a cada um deles, seja no concurso material (art. 69 do Código Penal), formal (art. 70 do Código Penal) ou crime continuado (art. 71 do Código Penal).

Neste aspecto, para evitar repetição desnecessária, pode-se adotar uma única interpretação das circunstâncias judiciais para todos os crimes, quando estas devem ser igualmente interpretadas, dizendo que o fixamos isoladamente em relação a cada um deles, mas de maneira excepcional, pois a regra é a interpretação diversa, ou seja, cada resultado lesivo tem peculiaridades próprias.

Questão importante, no que diz respeito à fixação da pena no concurso formal, é o critério para o *quantum* de aumento a ser imposto.

Quanto ao critério, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que se deve levar em consideração o número de crimes que integram o concurso.

Existe um critério acolhido pelo TACRIM-SP que vem sendo adotado por quase todos os Tribunais: Naquele eg. Terceiro Grupo já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de delitos.

Quanto maior o número de delitos, maior será o aumento. Assim, em se tratando de dois crimes, o aumento será no mínimo de um sexto, incidindo sobre a pena imposta ao crime mais grave; de três, será um quinto; de quatro, um quarto; de cinco, um terço; de seis, metade, e finalmente de dois terços, quando foram sete ou mais delitos.

Entende-se que a justificativa da pena mais branda deve estar voltada não para a unidade de conduta, mas para a unidade do elemento subjetivo que leva o agente a praticá-lo.

Por fim, tanto quanto possível, a fixação do aumento deve decorrer do critério objetivo referente ao número de infrações, evitando-se, com isto, o risco da incidência em verdadeiro: *bis in idem*, ou seja, o de se levar em conta as circunstâncias já anteriormente no cálculo da pena-base.

Ainda no que se refere ao regime de cumprimento da pena, deve-se tomar cuidado no sentido de que na aplicação do concurso material, havendo soma das penas, deve-se destacar a obrigatoriedade de se executar primeiramente a pena de reclusão e após a de detenção, como determinou o artigo 69 do Código Penal, quando se tratar de natureza distinta.

5 - CONCLUSÃO

Consoante a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, a finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito (art. 59 do Código Penal): importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para *“reprovação e prevenção do crime”*.

Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

Contudo, a par da técnica, é preciso chamar atenção para a necessária compreensão humana dos processos criminais submetidos a julgamento. Conhecer a relação dos autos com a realidade.

Nas palavras de ALBERTO SILVA FRANCO:

... é necessário que o juiz esteja sensibilizado pelo questionamento social. A apreensão da realidade social, a percepção de que lida, antes de tudo, com conflitos e não com consensos, e a compreensão de que o processo não é um monte de papéis, mas representa a expectativa, a pretensão, a tutela ou a proteção de um ser humano concreto, de carne e osso.

Daí, ser grande a responsabilidade do juiz brasileiro.

Tem diante de si um sistema carcerário falido. Um Poder Judiciário assoberbado de trabalho, que o obriga a trabalhar durante a noite e nos finais de semana, em processos que, em razão da enorme demanda, não são suficientemente instruídos, de sorte a permitir uma perfeita individualização.

Não vige o princípio da identidade física do juiz, de maneira que quem julga, muitas vezes, não conheceu o réu ou coletou a prova. Não conta, salvo raras exceções, com psicólogo ou assistente social para lhe fornecer informações sobre a psique e a vida social do réu, da vítima e de seus familiares.

Enfim, é diante desse quadro que o juiz tem de decidir a vida de um cidadão. Sua missão social é extraordinária, pois pode reconstruir ou destruir um homem.

Todavia, tais dificuldades jamais poderão servir de álibi para fugir à responsabilidade de bem instruir o processo-crime e proceder à completa individualização da pena na forma da lei e da Constituição Brasileira que tem por fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

Assim, consciente de seu dever, em especial no que refere a ser garantidor dos direitos históricos, terá ele de ser, nas palavras de Nélson Hungria, um pouco *pelicano*²⁴, a dar alguma coisa de si mesmo em cada um de seus julgamentos.

Que Deus nos ilumine!

²⁴ Conta a lenda que esse pássaro, na falta de alimento, fere o próprio peito para alimentar os filhotes, ou também, ao alimentar os filhos com sua própria carne, o Pelicano representa a abnegação, atributo de quem tem a honrosa missão de promover o bem-estar.

A CONFUSÃO PROPOSITAL DO CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS "A FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO"¹

SUMÁRIO

CEZAR ROBERTO BITENCOURT ⁶

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Professor Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS e Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (Espanha).

1. - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	167
2. - CRIMINALIDADE ORGANIZADA, CRIMINALIDADE MODERNA E CRIMINALIDADE DE MASSA.....	168
2.1 - CRIMINALIDADE MODERNA E DELINQUÊNCIA ECONÔMICA...	174
3. - BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO.....	178
4. - SUJEITOS DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO.....	178
5. - TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	180
6. - TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	183
7. - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	184
8. - CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	185
9. - FORMA QUALIFICADA.....	185
10. - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO COM OS CRIMES PRATICADOS PELA QUADRILHA.....	185
11. - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS..	187
12. - PENA E AÇÃO PENAL.....	188

¹*Quadrilha ou bando*: Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. Publicado na Revista Jurídica do ICP - Instituto de Ciências Penais de Belo Horizonte, 2006, Vol. I., p. 165.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As denominadas associações criminosas, que sempre preocuparam a sociedade de um modo geral, e os governantes, em particular, que temiam principalmente os ataques políticos, já nas primeiras décadas do Século XX, ganham nova dimensão no final desse mesmo século, passando a exigir não apenas sua revisão conceitual, mas, fundamentalmente, sua adequação político-criminal à pós-modernidade que é abrangida, dominada e, por que não dizer, seduzida e ao mesmo tempo violentada pela globalização que se reflete diretamente na criminalidade, seja organizada, seja desorganizada.

A partir do Código Penal francês de 1810 (art. 265), essa figura delituosa passou a integrar muitos dos códigos de outros países, que foram editados após essa data. No direito brasileiro, os Códigos criminais do século XIX – Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890 - não consagravam essa figura delituosa. O *ajuntamento ilícito* que aqueles diplomas previam (arts. 285 e 119, respectivamente), não exigiam *permanência ou estabilidade*, apresentando apenas alguma semelhança com a definição atribuída pelo "atual" Código Penal de 1940 ao crime de *quadrilha ou bando*: na verdade aquelas tipificações prescreviam mais uma espécie *sui generis* de concurso eventual de pessoas, distinta, por certo, da figura que acabou sendo tipificada em nosso diploma codificado.

Em síntese, o crime de *quadrilha ou bando* é uma criação do Código Penal de 1940, constituindo, por sua definição, uma modalidade especial de punição, como exceção, ao que se poderia denominar de atos preparatórios de futura infração penal, que na ótica do art. 31 do referido diploma legal, não são puníveis.

2 - CRIMINALIDADE ORGANIZADA, CRIMINALIDADE MODERNA E CRIMINALIDADE DE MASSA

Antes de iniciarmos o exame doutrinário do crime de *quadrilha ou bando*, descrito no art. 288 do CP, faremos uma rápida análise político-criminal da *criminalidade organizada*, que não se confunde com o crime de *quadrilha ou bando* tipificado na década de 1940. Nesse sentido, merece ser, de certa forma, resgatado os antecedentes daquele dispositivo na lavra de Nelson Hungria, *in verbis*: "No Brasil, à parte o endêmico cangaceirismo do sertão nordestino, a delinquência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinquir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos freqüentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de abigeatores (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente (sic), de ladrões de automóveis" ².

Como se percebe, essa é a anatomia jurídica do antigo e atual crime de quadrilha ou bando. Outra coisa é o fenômeno mundial que recebe a denominação de *crime organizado* ou de *organização criminosa*.

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma *política de exacerbação e ampliação* dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o *direito penal* como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascina a uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrária e simbolicamente o Direito Penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busque meios efetivos de controlá-la, a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se emblematicamente em *criminalidade organizada* – delinquência

². Nelson Hungria. *Comentário ao Código Penal*, vol. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 175.176.

econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais – enfim, crimes de colarinho branco³. Essa é, em última análise, a criminalidade moderna que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.

A "crise do direito" corre o risco de traduzir-se numa "crise da democracia", por que, em última instância, os múltiplos aspectos que abordaremos, equivalem a uma crise do *princípio de legalidade*, isto é, da sujeição dos poderes públicos à Lei, na qual se fundam tanto a *soberania popular quanto o paradigma do Estado de Direito*⁴. Vivemos, a partir da última década do milênio passado, um *negro período de arbítrio*, curiosamente logo após a publicação da Constituição "cidadã" de 1988. A despeito da consagração das garantias fundamentais na novel Carta Magna, a solução para as dificuldades presentes são buscadas através da reprodução de *formas neo-absolutistas* do poder, carentes de limites e de controles e orientadas por fortes e ocultos interesses dentro de nosso ordenamento político-jurídico. Atualmente, vivencia-se uma "sede de punir", constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais completam este panorama tétrico. As políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não fazem mais parte da ordem do dia; orquestra-se uma política de reforma legislativa nas áreas, de direito material, que apontam no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, no endurecimento dos regimes penais, e, na *área processual*, na "abreviação", redução, simplificação e remoção de obstáculos formais que, eventualmente, possam dificultar uma imediata e funcional resposta penal.

O nível de violação dessas garantias constitucionais atinge tal nível que levou o atual Pres. do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Edson Vidigal, a dar um grito de alerta, que recebeu a seguinte manchete

³ Sutherland foi quem, por primeira vez, em 1943, em sua conhecida obra "O crime de colarinho Branco". Abordou com seriedade esta forma de delinquência. Edwin Sutherland. El delito de cuella blanco, Caracas, 1969.

⁴ Luigi Ferrajoli. *El Derecho como sistema de garantías*, in Jueces para la democracia, información y debate, n. 16-17, Madri, ano de 1992, p. 62.

da Revista ISTO É: "ESTAMOS VIVENDO UM ESTADO NAZISTA". Presidente do STJ alerta para o perigo de ações espalhafatosas da Polícia Federal e diz que grampos viraram objeto de chantagem"⁵. Essa entrevista do Min. Vidigal recebeu a seguinte ementa (parte dela) do jornalista Florência Costa, destacando que Edson Vidigal dá um grito de alerta: "*o Estado democrático de direito no Brasil está ameaçado*". O alvo da preocupação do ministro do STJ -

Nessa linha de construção, começa-se a sustentar, abertamente, a necessidade de uma *responsabilidade objetiva*, com o abandono efetivo da *responsabilidade subjetiva e individual*. Essa nova orientação justificar-se-ia pela necessidade de um *direito penal funcional*⁶ reclamado pelas transformações sociais: abandono de garantias dogmáticas e aumento da *capacidade funcional* do Direito Penal para tratar de complexidades modernas.

⁸ Hassemer. Três temas... p. 65.

Por isso, a política criminal do *direito penal funcional* sustenta, como *modernização funcional* no combate à "criminalidade moderna", uma mudança semântico-dogmática: "perigo" em vez de "dano"; "risco" em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; "abstrato" em vez de concreto; "tipo aberto" em vez de fechado; "bem jurídico coletivo" em vez de individual, etc. O grande argumento para o abandono progressivo do Direito Penal da culpabilidade, é de que a "criminalidade moderna", reflexo natural da *complexidade social* atual, é grande demais para um modesto Direito Penal, limitado a seus dogmas tradicionais. Como refere criticamente Hassemer, "ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais"⁷. Vivemos atualmente o caos em matéria de garantias fundamentais, na medida que, ao que parece, alguns juízes federais rasgaram a Constituição Federal, autorizando a quebra de sigilos telefônicos, fiscais, bancários coletivamente, sem qualquer critério, bastando mera suspeita de qualquer irregularidade, determinando, indiscriminadamente, invasões de escritórios de advocacias violando sigilos profissionais etc.

⁵ Revista ISTO É/1864-6/7/2005, p. 7.

⁶ Funcional significa política de controle de condutas criminosas mediante instrumentos eficazes do Direito Penal.

⁷ Winfried Hassemer. Três Temas de Direito Penal, Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 56.

Mas, antes de tudo, precisamos definir algumas questões fundamentais para a análise adequada de toda a problemática que se nos apresenta na ordem do dia: afinal, de que criminalidade estamos falando? O que é *criminalidade moderna*? O que é *criminalidade organizada*? Será uma nova forma de delinquir ou representará somente um melhor planejamento, com maior astúcia e dissimulação, apresentando, conseqüentemente, maior perigosidade?

A *criminalidade organizada* é o centro das preocupações de todos os setores da sociedade. Na verdade, a criminalidade organizada é o tema predileto da mídia, dos meios políticos, jurídicos, religiosos, das entidades não governamentais, e, por conseguinte, é objeto de debate da política interna. No entanto, no cotidiano, na realidade diária do cidadão, não é a *criminalidade organizada* o fator mais preocupante, mas sim a *criminalidade massificada*. É esta criminalidade de massa que perturba, assusta e ameaça a população. Por isso, ante o imperativo há a necessidade de se distinguir com precisão *criminalidade organizada* e *criminalidade de massa*.

Nessa linha, *criminalidade de massa* compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente a toda a coletividade, quer como vítimas reais quer como vítimas potenciais. Os efeitos desta forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança⁸.

Esse *medo coletivo difuso* decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma *política criminal populista* com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate a criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios. São em circunstâncias como essa que surgem leis como a dos Crimes Hediondos, do Crime Organizado e dos Crimes de Especial Gravidade, etc., na forma tradicional de usar simbolicamente o direito penal.

⁸ Hassemer. Três temas... p. 65.

Criminalidade organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantesco e de conseqüências imprevisíveis e incontrolláveis. No entanto, os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a *criminalidade organizada*: o que ela é, como se desenvolve, quais suas estruturas, quais suas perspectivas futuras, como se desenvolve, são questões ainda sem respostas. Aliás, falando-se em "*criminalidade organizada*" é lícito pensar também na existência de uma *criminalidade desorganizada* que, nem por isso, deixará de exigir, igualmente, um combate eficaz. Já que o poder público, segundo confessam nossos governantes, não conseguem combater a criminalidade organizada, por que, pelo menos, não começam combatendo a *criminalidade desorganizada* que é a mais violenta e produz danos mais graves e mais diretos à coletividade que se sente refém da bandidagem "*desorganizada*"?! Seria, convenhamos, um bom começo para tentar minimizar a insegurança que tomou conta não só das populações urbanas, mas também daquela que resiste na zona rural.

A definição conhecida de *criminalidade organizada* é extremamente abrangente e vaga, e ao invés de definir um objeto, aponta uma direção. Na verdade, como sustenta Hassemer⁹, "A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção".

Por isso, deve-se concluir que, é absolutamente equivocado incluir no conceito de *criminalidade organizada* realizações *criminosas habituais*, de *quadrilha* ou de *bando*, apenas por apresentarem maior perigosidade ou encerrarem melhor planejamento, astúcia ou dissimulação. Esse tipo de *organização* sempre existiu nas comunidades sociais, estão presentes praticamente em todas as formas de criminalidade e, talvez, um certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execuções.

⁹ Hassemer. Três temas... p. 85. No mesmo sentido Raul Cervini. Análise criminológica do fenômeno do delito organizado in Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, São Paulo, Ed. Forense, 1992, p. 513.

Na realidade, essa é uma autêntica criminalidade de massa e corporifica-se nos assaltos, nos arrastões nas praias cariocas, em alguns estelionatos, enfim, de regra, nos crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a propriedade etc. Ou se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas Universidades brasileiras constituem crime organizado?

Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos servem apenas como "discurso legitimador" do *abandono progressivo* das garantias fundamentais do *direito penal da culpabilidade*, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal, etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli¹⁰, que "A pena não serve unicamente para prevenir os *injustos crimes*, mas também para prevenir os *injustos castigos*".

Enfim, sustentando-se a validade de um *direito penal funcional*, adota-se um *moderno utilitarismo penal*, isto é, um *utilitarismo dividido*, parcial, que visa somente a "*máxima utilidade da maioria*", expondo-se, conseqüentemente, às tentações de *autolegislação* e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um *direito penal máximo*, cujos fins justificam, os meios, e a sanção penal, como afirma Ferrajoli¹¹, deixa de ser "pena" e passa a ser "taxa".

Na verdade, para se afastar estas deficiências apontadas é necessário recorrer-se a uma *segunda finalidade utilitária*, da qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão: além do "máximo de bem-estar" para os "não desviados", deve-se alcançar também o "mínimo de mal-estar" necessário aos "desviados", seguindo a orientação de um Direito Penal mínimo.

¹⁰ Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal Mínimo, in Revista Poder y Control N.0, Barcelona, 1986, p. 37.

¹¹ Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal mínimo... p. 37. Segundo Jeremias Bentham, as doutrinas utilitárias defendem como fim da pena, somente a prevenção da prática de "crimes similares". Traités de législation civile et pénales, in Oeuvres, t. I, Bruxelas, 1840, p. 133: "Le but principal des peines c'est de prévenir des délits semblables".

2.1. - Criminalidade moderna e delinquência econômica

Nessa histeria toda em busca de um direito penal do terror fala-se abundantemente em "criminalidade moderna", que abrangeria a criminalidade *ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos*, onde se incluiria a delinquência econômica ou a criminalidade colarinho branco. Esta dita *criminalidade moderna* tem dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis que o direito *penal clássico* não consegue atingi-los, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar a culpabilidade, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

"Nessas áreas – como sentencia Hassemer¹² - espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiaridade ou a *última ratio* do direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *prima atio* na solução social dos conflitos: a resposta penal surge para os responsáveis por essas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas".

Para combater a "criminalidade moderna" o *direito penal da culpabilidade* – nessa linha de orientação - seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nessa criminalidade moderna, segundo sustentam, é necessário orientar-se pelo *perigo* ao invés do *dano*, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Nesse campo, o direito tem que se organizar previamente, ao contrário do direito penal material que nasceu com finalidade repressiva. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não repressivamente como é da sua natureza. Nesse aspecto, os bens coletivos são mais importantes do que os *bens individuais*, ao contrário do ideário do iluminismo; é fundamental a prevenção por que a repressão vêm quase sempre tardiamente.

¹² Hassemer. Três temas...

Por isso, embora sem endossar a nova doutrina do *direito penal funcional*, mas reconhecendo a necessidade de um combate eficaz em relação à *criminalidade moderna*, Hassemer¹³ sugere a criação de um novo direito ao qual denomina de *direito de intervenção*, que seria um meio termo entre ***Direito Penal e Direito Administrativo***, que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja tão eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que a do direito penal tradicional¹⁴.

Nessa criminalidade moderna, especialmente na *delinquência econômica*, inclui-se, com destaque especial, os crimes praticados através das pessoas jurídicas. Nesta criminalidade, as associações, as instituições, as organizações empresariais não agem individualmente, mas em grupo, realizando – *a exemplar divisão de trabalho* – de que nos fala Jescheck¹⁵.

Normalmente, as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora por razões estatutárias, haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade, lícita ou ilícita através dos demais.

No entanto, não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ajustado às mudanças sociais, respondendo adequadamente as interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se justificar deve responder eficazmente.

¹³Hassemer. *Três temas...* p. 59 e 95: "Há muitas razões para se supor que os problemas "modernos" de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um *direito interventivo* correspondentemente "moderno na zona fronteira entre o direito administrativo, Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem processo meticoloso, mas, então, também, sem posição de penas criminais".

¹⁴Na mesma linha, Silva Sanchez fala na necessidade de um *Direito Penal de duas velocidades*.

¹⁵Jescheck. *Tratado de Derecho Penal...* p. 937; Hans Welzel. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

A questão decisiva, porém, será de quanto de sua tradição, de suas garantias o direito penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade. Nessa linha de raciocínio, e respondendo a nossa interrogação, Muñoz Conde, referindo-se ao Projeto de Código Penal Espanhol de 1994, a respeito da necessidade de eventual criminalização, recomenda: "se no entanto for necessário criar algum novo tipo penal, faça-se, porém, nunca se perca de vista a identificação do comportamento que possa afetá-lo, com uma técnica legislativa que permita a incriminação penal somente de comportamento doloso ou, excepcionalmente, de modalidade culposa que lesione efetivamente ou, pelo menos, coloque em perigo concreto o bem jurídico previamente identificado" ¹⁶.

Para a proteção da chamada "ordem econômica estrita" – assim entendida aquela dirigida ou fiscalizada diretamente pelo Estado – foram criados os crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crimes de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza se justifica a utilização de graves sanções, eventualmente, inclusive privativas de liberdade, quando se fizerem indispensáveis.

No entanto, é preciso cautela para não se fazer tábula rasa, violando inclusive os princípios de intervenção mínima, da culpabilidade, do bem jurídico definido, da proporcionalidade e do devido processo legal, entre outros. Não se pode igualmente esquecer que a pena privativa de liberdade também deve obedecer a *ultima ratio*, recorrendo-se a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente.

Mas isto não quer dizer que o ordenamento jurídico, no seu conjunto, deva permanecer impassível diante dos abusos que se cometam, mesmo através de *pessoa jurídica*. Assim, além da sanção efetiva aos autores físicos das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e particularmente as pessoas jurídicas, mas com sanções próprias a esse gênero de entes morais.

¹⁶ Muñoz Conde. Principios políticos-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial, 1995.

A experiência dolorosa nos tem demonstrado a necessidade dessa punição e, a despeito das dificuldades dogmáticas praticamente insuperáveis, caminha-se a passos largos para essa solução. Klaus Tiedemann relaciona cinco modelos diferentes de punir as pessoas jurídicas, quais sejam, "responsabilidade civil", medidas de segurança", sanções administrativas verdadeira responsabilidade criminal e, finalmente, medidas mistas. No mesmo sentido, conclui Muñoz Conde¹⁷ "concordo que o atual Direito Penal disponha de um arsenal de meios específicos de reação e controle jurídico-penal das pessoas jurídicas. Claro que estes meios devem ser adequados à própria natureza destas entidades. Não se pode falar em penas privativas de liberdade, mas de sanções pecuniária; não se pode falar de inabilitações, mas sim de suspensão de atividades ou de dissolução de atividades, ou de intervenção pelo Estado. Não há, pois, por que se alarmar tanto, nem rasgar as próprias vestes quando se fale de responsabilidade das pessoas jurídicas; basta simplesmente ter consciência de que unicamente se deve escolher a via adequada para evitar os abusos que possam ser realizados".

Concluindo, o Direito Penal não pode a nenhum título e sob pretexto – abrir mãos das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o direito penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento adequadamente eficiente para combater a *moderna criminalidade*, inclusive a delinquência econômica. A insistência de governantes em utilizar o direito penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será **destruir** o Direito Penal se forem eliminados ou desrespeitados os seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um *direito de intervenção*, para o combate da *criminalidade moderna*, merece, no mínimo, uma profunda reflexão.

Finalmente, um sistema penal – pode-se afirmar – somente estará *justificado* quando a soma das violências – crimes, vinganças, e punições arbitrárias – que ele pode prevenir, for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados *indisponíveis*, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los deve garanti-los.

¹⁷ Muñoz Conde. Ob. Cit., p. 16.

3 - BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO

O crime de *quadrilha ou bando* – ao lado incitação ao crime (art. 286) e apologia de crime ou criminoso (art. 287) – integra, com exclusividade, o Título IX do Código Penal sob a epígrafe “Dos crimes contra a paz Pública”, de forma *sui generis*¹⁸, ao contrário de muitos códigos alienígenas que preferiram incluí-los entre os “*crimes contra a ordem pública*”¹⁹. Nelson Hungria, o maior defensor da correção do Código Penal de 1940, justificando a opção do legislador, destacava: “Com os crimes de que ora se trata (pelo menos com os arrolados pela nossa lei penal comum), não se apresenta efetiva perturbação da *ordem pública* ou da *paz pública* no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranqüilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social”²⁰.

Bem jurídico protegido, como vimos, é a *paz pública*, isto é, a ameaça a esse bem não apenas de natureza individual, mas também coletiva; por extensão, protege-se a própria atividade estatal de assegurar o bem comum, que é incompatível com a prática de qualquer atividade criminosa.

4 - SUJEITOS DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, em número mínimo de quatro (mais de três), tratando-se, por conseguinte, de crime de *concurso necessário*; em outros termos, o concurso de pessoas também é elementar típica dessa modalidade de crime, cuja inexistência desnatura a sua essência.

18. É *sui generis* na medida que se trata de um Título do Código Penal que não é subdividido em capítulos ou secções.

19. O legislador de 1940 preferiu acompanhar o entendimento adotado pelos códigos penais francês, alemão e uruguaio que também preferiram classificá-los como crimes contra a paz pública.

20. Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959, vol. 9º, p. 163.

A doutrina, de um modo geral, tem incluído também no número legal – mais de três pessoas – os inimputáveis, como, por exemplo, os doentes mentais ou menores de dezoito anos, ou seja, os penalmente irresponsáveis²¹. A despeito desse tema ser mais ou menos pacífico na velha doutrina nacional, merece uma reflexão mais elaborada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que não admite, em hipótese alguma, qualquer resquício de *responsabilidade objetiva*. Veja-se, por exemplo, a participação de crianças ou adolescentes os quais são absolutamente inimputáveis e, conseqüentemente, não têm a menor noção do que está acontecendo, incluí-los, em tais hipóteses, em uma *associação criminosa* representa uma arbitrariedade desmedida, mesmo que, *in concreto*, não se atribua responsabilidade penal a incapazes, utilizando-os tão somente para compor o número legal. Certamente, quando o legislador de 1940 referiu-se a "mais de três pessoas" visava indivíduos penalmente responsáveis, isto é, aquelas pessoas que podem ser destinatárias das sanções penais. Para reforçar nosso entendimento, invocamos o magistério daquele que foi, sem dúvida alguma, o maior penalista argentino de todos os tempos, Sebastian Soler, *in verbis*: "Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal, es decir, mayores de dieciséis años" ²².

No entanto, não descaracteriza a *formação de quadrilha* o fato de, por exemplo, num grupo de quatro pessoas, um dos seus componentes ser, por algum motivo, impunível em virtude de alguma causa pessoal de isenção de pena. Afastar-se da composição do número mínimo (mais de três) somente os indivíduos *inimputáveis*, deve-se reconhecer, é completamente diferente, sob o aspecto dogmático, da hipótese de tratar-se de alguém isento de pena em decorrência de uma causa pessoal.

Sujeito passivo, nessa infração penal, é a coletividade em geral, um número indeterminado de indivíduos, ou seja, o próprio Estado que tem a obrigação de garantir a segurança e o bem-estar de todos. A admissão da sociedade como sujeito passivo, não afasta, contudo, a possibilidade de, casuisticamente, existir individualmente um ou mais sujeitos passivos, como, por exemplo, quando for individualizável a vítima

²¹. Por todos, Magalhães Noronha. *Direito Penal*, vol. 4, ... p. 91/92.

²². Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*, vol. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, p. 604.

in concreto nos crimes praticados pela quadrilha ou bando; mas aí, nesse caso, já não será o sujeito passivo desta infração penal, mas daquelas que o próprio bando ou quadrilha vier a praticar, isto é, serão sujeito passivo de outro tipo penal e não deste, como, por exemplo, a vítima de um roubo praticado pela quadrilha, de um homicídio etc.

5 - TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

O núcleo do tipo é *associar-se*, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, agrupar-se. É necessária a união de mais de três pessoas para se caracterizar quadrilha ou bando, ou seja, exigem-se no mínimo quatro pessoas reunidas com o propósito de cometer crimes. Entende-se por *quadrilha ou bando*, com efeito, a reunião estável ou *permanente* (que não significa perpétua) para o fim de perpetrar uma indeterminada série de crimes. A *associação* tem como objetivo a prática de *crimes*, excluindo-se a contravenção e os atos imorais. Se, no entanto, objetivarem *praticar um único crime*, ainda que sejam mais de três pessoas, não se tipificará quadrilha ou bando, cuja elementar típica exige a *finalidade indeterminada*. Nesse sentido, destacava, com a precisão de sempre, Antolisei: "Obiettivo dell'associazione deve essere la commissione di più delitti (non di contravvenzioni). In altri termini, si esige che l'associazione abbia come scopo l'attuazione di un programma di delinquenza, e cioè il compimento di una serie indeterminata di delitti. Associarsi per commettere un solo delitto non integra la fattispecie in esame" ²³.

Estabilidade e permanência são duas características específicas, próprias e identificadoras da formação de quadrilha ou bando. Destaca Regis Prado²⁴, com acerto, que não basta para o crime em apreço, um simples ajuste de vontades. Embora seja indispensável, não é suficiente para caracterizá-lo. É necessário, além desse requisito, a característica da estabilidade. No mesmo sentido, pontificava Hungria, que "a nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na "co-participação criminosa", um ocasional e transitório concerto (sic) de vontades para determinado crime: é preciso que o acôrdo (sic) verse sobre uma duradoura situação em comum..." ²⁵.

²³ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale* ... p. 234/235.

²⁴ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 650.

²⁵ Nelson Hungria. *Comentários ao Código penal*... p. 177/178.

Se a finalidade for a prática de *crime determinado* ou *crimes da mesma espécie*, a figura será a do instituto do *concurso eventual de pessoas* e não a formação de *quadrilha ou bando*, na mesma linha do entendimento da doutrina italiana antes invocada.

Na verdade, a estrutura central do núcleo desse crime reside na consciência e vontade de os agentes *organizarem-se* em bando ou quadrilha, com o *fim especial* — elemento subjetivo especial do injusto — e imprescindível de praticar *crimes variados*. Formação de quadrilha ou bando é *crime de perigo comum* e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível, pelo menos para os iniciados, com o *concurso eventual de pessoas*. É indispensável que os componentes do bando ou quadrilha concertem previamente a específica prática de *crimes indeterminados*, como objetivo e fim do grupo. Para a configuração do crime de *quadrilha ou bando*, ademais, deve, necessariamente, apresentar um *mínimo de organização hierárquica* estável e harmônica, com distribuição de funções e obrigações organizativas. Na mesma linha, invocamos novamente o magistério de Antolisei: "<Associazione> non equivale ad <accordo>, come si può rivelare dal confronto dell'art. 304 com l'art. 305 (*infra* n. 240). Affinché esista associazione occorre qualche cosa di più: è necessaria l'esistenza di un *minimum* di organizzazione a carattere stabile, senza che, però, occorra alcuna distribuzione gerarchica di funzioni" ²⁶.

Não se pode deixar de deplorar, na verdade, o uso abusivo, indevido e reprovável que se tem feito no quotidiano forense, a partir do episódio Collor de Mello, denunciando-se, indiscriminadamente, por *formação de quadrilha*, qualquer concurso de mais de três pessoas, especialmente nos chamados crimes societários, em autêntico louvor à *responsabilidade penal objetiva*, câncer tirânico já extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. Essa prática odiosa beira o *abuso de autoridade* (abuso do poder de denunciar)¹.

Na realidade, queremos demonstrar que é injustificável a *confusão* que rotineiramente se tem feito entre *concurso eventual de pessoas* (art. 29) e *associação criminosa* (art. 288). Com efeito, não se pode confundir aquele — concurso de pessoas —, que é *associação ocasional*, eventual, temporária, para o cometimento de um ou mais crimes determinados, com esta — quadrilha ou bando —, que é uma associação para delinqüir,

²⁶. Francesco Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, vol. II, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 233/234.

configuradora do crime de quadrilha ou bando, que deve ser duradoura, permanente e estável, cuja finalidade é o cometimento indeterminado de crimes. Merece, nesse sentido, outra vez, ser invocado o magistério de Antolisei: "L'associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente. Nel concorso di persone, infatti, l'accordo fra i compartecipi è circoscritto alla realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l'accordo medesimo si esaurisce e, quindi, viene meno ogni pericolo per la comunità. Nell'associazione a delinquere, invece, dopo l'eventuale commissione di uno o più reati, il vincolo associativo permane per l'ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l'ordine pubblico che è caratteristica essenziale del reato" ²⁷.

Enfim, a configuração típica do crime de *quadrilha ou bando* compõe-se dos seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum); c) estabilidade e permanência da associação criminosa². Em outros termos, a formação de quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a *prática indeterminada* de vários crimes, como já afirmamos alhures.

Para concluir, invocamos o ensinamento do Ministro Sepúlveda Pertence, cujo talento e brilho invulgar incontestáveis autorizam que se invoque sua síntese lapidar: "Mas, *data venia*, isso nada tem a ver com o delito de quadrilha, que pode consumir-se e extinguir-se sem que se tenha cometido um só crime, e que pode constituir-se para a comissão de um número indeterminado de crimes de determinado tipo, ou dos crimes de qualquer natureza, que se façam necessários para determinada finalidade, como é o caso que pretende a denúncia neste caso. Pelo contrário, a associação que se organize para a comissão de crimes previamente identificados, mais insinua co-autoria do que quadrilha" ³.

Quadrilha ou bando, enfim, é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário, comissivo e de caráter permanente, que não se confunde com o simples concurso eventual de pessoas.

É necessário que os componentes do bando estejam previamente concertados para a específica prática de crimes indeterminados.

²⁷. Antolisei. *Manuale di Diritto Penale...* p. 235.

Por tudo isso, *bando ou quadrilha* somente se configura quando realmente de *quadrilha* se tratar, caso contrário estar-se-á diante de *concurso de pessoas* (art. 29), independentemente do número de pessoas envolvida na prática delituosa, que não tipifica a figura qualificada em exame.

6 - TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de associar-se a outras pessoas com a finalidade de praticar crimes indeter-minados, criando um vínculo associativo entre os participantes. É a vontade e a consciência dos diversos componentes de organizarem-se em bando ou quadrilha, de forma permanente e duradoura, para a prática indiscriminada de crimes. Elemento subjetivo do crime, na visão de Hungria, "é a vontade consciente e livre de associar-se (ou participar de associação já existente) com o fim de cometer crimes (dolo específico)"²⁸.

Exige-se o elemento subjetivo especial do tipo, caracterizado pelo *especial fim* de organizar-se em quadrilha ou bando para cometer crimes indiscriminadamente, sob pena de não se implementar o tipo subjetivo. Com acerto, nesse particular, destacava Soler: "a) la médula de esta infracción está dada por la finalidad genéricamente delictuosa que la caracteriza. Debe observarse, en este punto, que lo requerido por la ley es que la *asociación* esté destinada a la comisión de delitos. Se, trata, pues, de un fin colectivo, y como tal tiene naturaleza objetiva con respecto a cada uno de los partícipes. El conocimiento de esa finalidad por parte de cada partícipe, se rige por los principios generales de la culpabilidad"²⁹.

Em síntese, para que determinado indivíduo possa ser considerado sujeito ativo do crime de quadrilha ou bando, isto é, para que responda por essa infração penal é indispensável que tenha consciência de que participa de uma "*organização*" que a finalidade de delinquir; é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da quadrilha. Não respondem por esse crime, por exemplo, eventuais laranjas, que desconhecem a existência da quadrilha ou determinados empregados que apenas cumprem ordem de seus superiores.

²⁸ Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal* ... p. 179.
²⁹ Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*... p. 605.

Pela mesma razão, essas pessoas que, na linguagem da *teoria do domínio do fato*, são *meros executores* e não *autores do crime*³⁰, tampouco podem ser consideradas para completar aquele número mínimo exigido (mais de três) como elementar da tipificação de quadrilha ou bando.

7 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a *simples associação* de mais de três pessoas para a prática de crimes, colocando em risco a paz pública; desnecessária, pois, a *prática* de qualquer crime. Pune-se o simples fato de associar-se para a prática indeterminada de crimes. A associação criminosa pode, em outros termos, constituir-se, ter existência real e, a final, extinguir-se sem ter praticado nenhum crime, e mesmo assim ter configurado o crime de quadrilha ou bando, nos moldes descritos pelo nosso Código Penal. Contrariamente, no entanto, no *concurso de pessoas* (co-autoria e participação), pune-se somente os concorrentes se concretizarem a prática de algum crime, tanto na forma *tentada* quanto *consumada*.

Ademais, "tratando-se de um crime tipicamente permanente, a consumação se protraí até a cessação do estado antijurídico"³¹ criado pela formação da quadrilha.

A *tentativa* é absolutamente inadmissível, pois se trata de crime abstrato, de mera atividade. A impossibilidade de configurar-se a tentativa, decorre do fato de tratar-se de meros atos preparatórios, fase anterior ao "*início da ação*", que é o elemento objetivo configurador da tentativa.

³⁰. Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 9ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 439/541. A *teoria do domínio do fato* "distingue com clareza *autor* e *executor*, admitindo com facilidade a figura do *autor mediato*, além de possibilitar melhor compreensão da *co-autoria* (fl. 439)... A teoria do domínio do fato molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. Todo o processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do "homem de trás", o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. O *autor mediato* realiza a ação típica através de outrem, que atua sem culpabilidade" (fl. 441).

³¹ Francesco Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*... p. 237; No mesmo sentido, era o entendimento de Manzini, em comentário ao art. 416 do Código Penal Rocco, in *Trattato di Diritto Penale*, vol. VI, 1935.

8 - CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Trata-se de **crime de comum** (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, não requerendo qualquer qualidade ou condição especial); **crime formal** (não exige para sua consumação a produção de nenhum resultado naturalístico); **de forma livre** (pode ser praticado por qualquer meio que o agente escolher); **comissivo** (o verbo núcleo indica que somente pode ser cometido por ação); **instantâneo** (sua consumação não se alonga no tempo, ocorrendo em momento determinado); **de perigo comum abstrato** (perigo comum que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo; abstrato é perigo presumido, não precisando colocar efetivamente alguém em perigo); **unissubjetivo** (crime que pode ser praticado por uma única pessoa, não exigindo o concurso de ninguém); **unissubsistente** (praticado em um único ato).

9 - FORMA QUALIFICADA

Qualifica-se o crime quando a quadrilha está *armada*. Como a lei não distingue, doutrina e jurisprudência têm admitido que tanto as armas próprias como as inadequadas têm idoneidade para qualificar a infração penal³². Para isso, no entanto, acreditamos que é necessário que o agente ou os agentes portem ditas armas de forma ostensiva, gerando maior intranquilidade na ordem pública.

Há a incidência da qualificadora quando qualquer dos agentes esteja portando arma (parágrafo único), não sendo necessário que todos os integrantes da quadrilha estejam armados. É suficiente que um deles esteja portando arma, desde que os demais tenham conhecimento dessa circunstância e concordem com ela, caso contrário essa qualificadora não se comunica aos membros que ignorarem essa circunstância.

10 - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO COM OS CRIMES PRATICADOS PELA QUADRILHA

O "*associado*" que não participou de algum crime abrangido pelo plano da quadrilha, também responderá por ele? Em outros termos, aquele *vínculo associativo* que une os membros da quadrilha, é suficiente para torná-los igualmente responsáveis por todos os crimes que o bando eventualmente praticar? A resposta, evidentemente, é negativa.

³² Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal...* p. 181.

Com efeito, quando a *quadrilha* pratica algum crime, somente o integrante que concorre, *in concreto*, para sua efetivação responde por ele e, nesse caso, em *concurso material* com o previsto no art. 288 do CP. Os demais, responderão exclusivamente pelo crime de quadrilha ou bando, que é de perigo. O próprio Hungria já adotava esse entendimento, *in verbis*: "o simples fato de pertencer à quadrilha ou bando não importa, inexoravelmente (sic), ou automaticamente, que qualquer dos associados responda por todo e qualquer crime integrado no programa da associação, ainda que inteiramente alheio à sua determinação ou execução. No mesmo sentido, Antolisei: "I compartecipi che commettono uno o più dei reati formano oggetto dell'associazione, ne rispondono individualmente *in concorso* col delitto di cui stiamo occupando. La responsabilità per i detti reati si estende esclusivamente a quei soci che ne sono compartecipi ai sensi degli artt. 110 e segg. del código" ³³.

Convém deixar claro que uma coisa é associar-se para delinquir, de forma mais ou menos geral – formação de quadrilha -, outra, completamente diferente, é *reunir-se*, posteriormente, para a prática de determinado crime: esta segunda ação (a prática de determinado crime) não depende, necessariamente, daquela primeira (formação de quadrilha). *Quadrilha ou bando* é crime em si mesmo, consistindo-se na simples *associação estável e permanente* para a prática de crimes não determinados ou individualizados. A prática, no entanto, de qualquer crime objeto da programação da "sociedade" não exige a participação de todos, podendo, inclusive, ser praticado por um só dos integrantes do bando. Pelo crime de *quadrilha* respondem todos os integrantes do bando; agora, pelos crimes que este praticar responde somente quem deles tomou parte: uma coisa é a *formação de quadrilha*, outra, são os crimes que ela efetivamente pratica; por *aquela*, com efeito, respondem todos os seus membros, por *estes*, somente os agentes que efetivamente o perpetraram. Nesse sentido, já era a conclusão de Soler, "no todo miembro de la asociación responde necesariamente por los delitos efectivamente consumados por algunos de los miembros" ³⁴.

Por isso mesmo, que o *concurso material* entre o crime de quadrilha e os crimes que ela pratica não representam um *bis in idem*.

³³ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale...* p. 236/237.

³⁴ Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino...* p. 608.

O crime praticado em concurso (material) não absorve nem exclui o de quadrilha, pela simples razão de que não é necessária a precedência deste para a prática daquele; pela mesma razão, o simples fato de integrar uma determinada quadrilha não implica na responsabilidade por todos os crimes que esta realizar: também aí a responsabilidade continua sendo subjetiva e individual – cada um responde pelos fatos que praticar (direito penal do fato).

11 - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS

A despeito da pluralidade de participantes na prática delituosa, e da existência de vínculos psicológicos entre os autores, o crime de *quadrilha ou bando*, que é de *concurso necessário*, não se confunde com o instituto de concurso de pessoas, que é eventual e temporário. Com efeito, o crime de *bando ou quadrilha*, com sua natureza de infração autônoma, se configura quando os componentes do grupo formam uma *associação organizada*, estável e permanente, com programas previamente preparados para a prática de crimes, reiteradamente, com a adesão de todos. *Concurso eventual de pessoas*, por sua vez, é a consciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na prática da mesma infração penal. A intervenção de inúmeras pessoas (quatro, cinco ou mais), por si só, é insuficiente para caracterizar a *formação de quadrilha ou bando*, ao contrário do que tem sido, amiudemente, interpretado. O magistério de Antolisei relativamente ao Código Penal Rocco, que serviu de modelo para nosso Código penal de 1940, mais uma vez, ilustra essa distinção no nosso direito penal: L'associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente. nel concorso di persone, infatti, l'accordo fra i compartecipi è circoscritto all' realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l'accordo medesimo si esaurisce e, quindi viene meno ogni pericolo per la comunità. Nell' associazione a delinquere, invece, dopo l'eventuale commissione di uno o più reati, il vincolo associativo permane per l'ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l'ordine pubblico che è caratteristica essenziale del reato³⁵.

A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o *crime de quadrilha ou bando* do *concurso eventual de pessoas* (co-autoria ou participação).

³⁵ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale* ... p. 235.

Para a configuração do crime é irrelevante que o *bando* tenha ou não praticado algum delito. Com efeito, o *crime de quadrilha* (art. 288) pode consumir-se e extinguir-se sem se ter cometido um só crime e pode constituir-se para a prática de um número indeterminado de delitos, independente de efetivamente vir a executá-los.

Ao contrário da formação de quadrilha, no entanto, a simples *organização* ou *acordo prévio* para a prática de crimes previamente determinados está mais para *concurso eventual de pessoas* do que para formação de quadrilha. O *concurso de pessoas* compreende não só a *contribuição causal*, puramente objetiva, mas também a *contribuição subjetiva*, que não necessita revestir-se da qualidade de *acordo prévio*, como exigia a velha doutrina francesa. Segundo o magistério de Sebastian Soler⁴, é suficiente o conhecimento da própria ação como parte de um todo, sendo desnecessário o *pacto sceleris* formal, ao qual os franceses deram um valor exagerado.

Enfim, não se pode confundir *co-participação* (co-autoria e participação), que é *associação ocasional* ou eventual para a prática de um ou mais crimes determinados, com *associação para delinquir*, tipificadora do crime de quadrilha ou bando. Para a configuração desse crime, repetindo, exige-se *estabilidade* e o *fim especial* de praticar crimes indeterminadamente. E, ademais, a tipificação do crime de quadrilha ou bando corporifica-se com a simples *formação da quadrilha* (crime contra a paz pública), voltamos a afirmar, independentemente de praticar qualquer outro tipo de infração penal, ao passo que o *concurso eventual de pessoas* (co-autoria ou participação), como caracterizador da pluralidade de autores, somente tem relevância penal se levar a efeito a prática de algum crime, pelo menos em sua forma *tentada*. O concurso de pessoas, por si só, não tipifica crime algum, embora possa, em alguns casos, majorar a pena, como ocorre, por exemplo, nos crimes de roubo, furto etc.

12 - PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada é a de reclusão, de um a três anos. Admite-se a suspensão condicional do processo (Art. 89 da Lei 9.099/95, considerando-se a pena mínima cominada, que não é superior a um ano. Para a figura qualificada, no entanto a pena é cominada em dobro daquela prevista no *caput* do artigo.

Quando os agentes têm como fim a prática de crimes previstos no art. 8º da Lei nº. 8.072/90 (crimes considerados hediondos, § 1º), de tortura, terrorismo, tráfico de drogas, incidirão no tipo do art. 288 do CP e nas sanções do art. 8º da mesma lei, observada ainda a qualificadora do art. 288 e do crime cometido.

A ação penal é pública incondicionada, não dependendo, por conseguinte, de qualquer manifestação de vontade da vítima.

RESSOCIALIZAÇÃO E ESTADO DE DIREITO

WINFRIED HASSMER ⁷

Catedrático de Direito Penal, Processo Penal, Teoria do Direito e Sociologia do Direito na Universidade de Frankfurt a.M. Vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

1 - HA MUITO TEMPO QUE A IDÉIA DE RESSOCIALIZAÇÃO APRESENTA UM IMPULSO MUITO FORTE EM NOSSA CULTURA JURÍDICA, E QUE EM ESSENCIAL PODE-SE ATRIBUIR À TRÊS MOTIVOS:

a) Já a introdução da pena privativa de liberdade como modo de punição, inevitavelmente justificou a necessidade da teoria da ressocialização. As penas vitais, as penas corporais ou, por exemplo, o exílio dos condenados não tinham nenhuma dimensão temporal para o Estado sancionador. Para o Direito Penal, com a sua execução, de certo modo, elas já estavam terminadas. A instituição de penas privativas de liberdade, no entanto, trouxe à teoria e à praxis penal um problema qualitativamente novo: o tempo vago dos condenados. É naturalmente possível — e isto se tem feito — justificar também outras penas como a pena privativa de liberdade com a esperada correção (*Besserung*¹) do autor do fato punível; mas esta justificação só se torna concludente quando o Estado sancionador preenche o tempo dos condenados, que a pena privativa de liberdade lhe coloca à disposição. Com a imposição de penas privativas de liberdade se estabeleceu a necessidade de uma teoria da

¹ A expressão "*Besserung*" é a forma substantivada do verbo "*bessern*" (que em alemão traduz-se como melhorar, reformar, corrigir) e significa "melhoramento", "correção" "emenda". (N. do T.)

ressocialização; e a história da execução penal mostra que o tempo vago dos condenados sempre foi preenchido com técnicas de adaptação –seja com “*oração e trabalho*” ou socioterapia.

b) A necessidade de uma teoria da ressocialização se intensificou através da orientação empírica progressiva da cultura jurídica do século XIX. A “*orientação empírica*” da cultura e da cultura jurídica em nosso contexto significa principalmente que: sob o pano de fundo do desenvolvimento e estabelecimento das ciências empíricas – sobretudo das humanas– a crença na racionalidade da observação impôs-se não só nas ciências, mas na totalidade da vida pública e cotidiana e iniciou-se a crença na inconstância do mundo e o seu domínio através da intervenção técnica. Esta crença favoreceu intensamente os fins penais preventivos; serviu-lhes de base a certeza de que se podia influenciar os fenômenos da conduta desviante, do crime e da criminalidade –à longo prazo– através de intervenções empiricamente apropriadas. Além disso, nós vivemos diante do ethos de que uma sociedade que se acredita na posse de meios apropriados de intervenção, deve fazer uso destes meios, inclusive, para o bem do autor do fato punível e da sociedade punitiva.

c) O terceiro fator que me explica o impulso da idéia de ressocialização relaciona-se com este ethos. É o problema da legitimação do Estado moderno, o qual também abrange o poder punitivo estatal. As intervenções no patrimônio e na liberdade dos cidadãos –inclusive dos cidadãos que se tornam puníveis– necessitam de uma justificação, a qual, com alguma dificuldade, pode ser fornecida. Esta justificação, em uma cultura orientada empiricamente não pode mais ser conduzida normativamente, por exemplo, jusnaturalisticamente. Ela deve ser orientada muito mais pelas conseqüências, enfim, ela deve comprovar que as intervenções incriminadoras produzem conseqüências favoráveis, que elas também se importam com os interesses mais relevantes dos afetados. Para uma justificação desta espécie é sobremaneira apropriada a idéia de ressocialização. Ela toma ao Estado sancionador o ódio

(*Odium*) do carcereiro e comunica-lhe a função de médico. A solução "*cura em vez de penas*", não é só uma exigência particular da humanidade, ela é também um meio de fuga de uma crise de legitimação estatal, que leva à certeza de que a execução penal é o que um autor de fato punível deveria esperar como racional.

2 - TODOS ESTES FATORES QUE HOJE TORNAM ATUAL A IDÉIA DE RESSOCIALIZAÇÃO, LEVAM, NO ENTANTO, SOMENTE À UMA TEORIA SOBRE A PENA MAS AINDA NÃO À UMA PRAXIS.

Isto quer dizer que eles oferecem somente a garantia de esperança no restabelecimento, mas não do próprio restabelecimento. Se na realidade se prolongarem as esperanças da idéia de ressocialização na melhora e reintegração do autor punível condenado, jamais se descobrirá algo.

As avaliações científicas anteriores fundamentam mais o ceticismo. Elas objetam ao Direito, que só se podem dar decisões fundamentadas sobre as conseqüências reais da execução penal ressocializadora com base em pesquisas prolongadas e com grande cautela. Eu dou ainda um passo adiante: só em relação à proporção do que se pode designar como "*esperanças*" da idéia de ressocialização, se poderia continuar a controvérsia. Pois o que é realmente um "*delinquente ressocializado*?" Ele é "*saudável*" (e o que é isto?), ele é "*leal à moral*" ou ele é apenas "*leal ao direito*" (e ele o é então externamente ou também internamente?)? É resultado da idéia de ressocialização, que o tratamento desloque seus problemas com as normas jurídicas e sociais para o seu corpo ou a sua alma? Em síntese: na situação atual, em que se exige uma execução penal ressocializadora, mas que ninguém sabe realmente sobre seus efeitos, não se pode modificar nada em um tempo previsível.

Deduzir disso a exigência de uma despedida à idéia de ressocialização seria anacrônico. A orientação empírica da nossa cultura jurídica está tão solidamente conformada, que a salvação não se pode encontrar em um retorno ao entendimento das teorias absolutas da retribuição e da expiação, mas somente em uma sensibilização das competências e das técnicas em face dos problemas que uma execução penal ressocializadora leva consigo e em face das lesões que ela causa. Esta sensibilização me parece que faz falta atualmente. Os argumentos democraticamente fundamentados que a tradição jurídica preparou são

apropriados para reduzir o otimismo social injustificado. Eu gostaria de continuar a desenvolver estes elementos, em modo de tese, em quatro etapas. Elas acabam no receio de que a idéia de ressocialização possa proporcionar ao Estado sancionador a sã consciência que ele não merece.

a) A ressocialização na execução penal não é só um auxílio, ela é, em primeiro lugar, uma coação, ela é intervenção. Para os afetados o caráter coativo da ressocialização poderia estar até mesmo em primeiro plano. O tempo de que se necessita para sua melhora é tomado contra a sua vontade através da execução penal estatal. Na maioria dos casos, os condenados poderiam querer utilizar seu tempo de outro modo que em sua recuperação através do tratamento na execução penal. Atualmente eu não consigo ver condições para a "*implementação*" de uma terapia realmente emancipada ou emancipadora. Aos olhos de todos os afetados a pena é um mal, e ela continua sendo um mal ainda que ela seja executada e imposta no verdadeiro interesse do autor punível. Continuará sendo o tempo previsível, no qual a ressocialização na execução penal é uma assistência imposta, uma assistência imposta com coação, e a assistência imposta com coação é democraticamente, socialmente e também aos olhos do afetado algo completamente diferente do que uma assistência oferecida e aceita espontaneamente. Ela também poderia ser algo completamente distinto sob o ponto de vista da terapia.

b) Uma execução penal atenta à ressocialização atinge os condenados de modo essencialmente mais intenso do que uma execução penal que não investe no tratamento. O interesse da ressocialização não se apodera apenas do corpo e do tempo livre dos condenados, ele se apodera também das suas vidas, dos seus motivos, das suas racionalizações, das mentiras que os sustentam: das suas almas. As experiências com pesquisas "*terapêuticas*", cujos resultados devem ser mantidos à distância dos afetados se não se quiser prejudicá-los gravemente, mostram até onde isto leva. Aqui se chegou a um ponto em que é necessário referir-se às tradições democráticas da proporcionalidade da intervenção e aos limites da vítima,

quanto às técnicas bem intencionadas sobre os direitos dos cidadãos culpados ou condenados. Estes direitos não lutam somente contra o tempo excessivamente longo que o interesse no tratamento exige do condenado, mas também contra uma penetração excessivamente profunda em sua pessoa, a qual o interesse terapêutico exige.

c) A execução penal ressocializadora contesta *au fond* a autonomia do condenado. Ela traça um limite rigoroso entre o defeituoso e necessitado, por um lado, e o especialista e administrador da norma, por outro. Com a execução penal ressocializadora vai se perdendo a tendência à uma dimensão que ainda estava viva em uma época empiricamente menos esclarecida: a idéia de que nós somos todos pecadores, de que nós todos necessitamos de auxílio diante da ameaça do mal. Cada vez mais as ciências empíricas dos homens conseguem isolar os fatores criminógenos e desenvolver métodos para sua eliminação, e assim cada vez mais o autor punível é manejado como objeto de tratamento. Quanto mais seguros os terapeutas estão do seu conhecimento terapêutico e do seu instrumentário, mais eles caem no perigo de aprofundar os limites entre o defeito e o conhecimento da matéria.

d) A idéia de ressocialização na execução penal tende a uma excessiva carga sobre os afetados. Esta tendência apodera-se não só da condenação do autor em particular, ela refere-se também ao desenvolvimento do sistema de conseqüências jurídicas em sua totalidade.

Sob o ponto de vista do Estado de Direito também o interesse no tratamento cientificamente melhor e mais bem justificado pelos limites da vítima, deve fracassar diante dos limites da intervenção excessiva. Não só ao autor inclinado a pequenos delitos, para cujo tratamento eficaz seria exigível um período prolongado de atuação terapêutica, mas também à qualquer autor pode-se mencionar conseqüências graves, como a de que a assistência imposta pelo Direito Penal ressocializador pode realizar-se somente até o ponto que esteja em relação com a intensidade da sua lesão ao bem jurídico. E este ponto é difícil de marcar. Um Direito Penal de um Estado de Direito deve evitar colocar tudo de modo que um interesse terapêutico no tratamento, exposto de modo

razoável, ou desloque para cima ou negue completamente os limites da vítima nos casos isolados.

O significado da idéia de ressocialização para o desenvolvimento da pena estatal de um modo geral não se pode determinar de maneira simples. Ainda assim me parece uma tendência evidente. Existe –em todo caso no Direito Penal se necessita de uma legitimação orientada pelas conseqüências– algo assim como uma função salutar de desconhecimento (*Nichtwissens*²). Tal Direito Penal tende à aceitar cautelosamente –mas sem omitir– as intervenções na liberdade e no patrimônio dos seus cidadãos, sobre cujas conseqüências nada se sabe com precisão. As lesões que uma pena privativa de liberdade provoca aos afetados, ficam expostas aos olhos de todos. Sabe-se com muito pouca exatidão sobre suas conseqüências salutaras, somente que a pena privativa de liberdade é um estorvo em um Direito Penal que necessita de legitimação. Sob o meu ponto de vista, esta função salutar de desconhecimento promoveu categoricamente a carreira da pena de multa. A pena de multa é uma pena “vazia”, com a qual podem ser vinculadas quando muito expectativas preventivas rudimentares. Ela tem, segundo este entendimento, a função de repelir a necessidade de legitimação, mas não a capacidade de legitimação da pena privativa de liberdade executada, sem, ao mesmo tempo, abandonar a realizada pretensão punitiva do Estado. De certa forma, com a pena de multa na praxis penal o Estado sancionador afastou-se da pressão de legitimação da execução da pena privativa de liberdade.

A idéia de ressocialização está na posição de enfraquecer, com isto, a pressão de legitimação que as conseqüências razoáveis da execução da pena privativa de liberdade prometem –sobre as quais não se pode saber nada de maneira apropriada. Deste modo pode-se frear o motor que o Direito Penal que necessita de legitimação aciona em busca de alternativas à execução da pena privativa de liberdade. Na medida em que se afirma de modo geral a opinião de que é possível uma execução penal ressocializadora eficaz, nesta medida, afirmar-se-á a pena privativa de liberdade.

² O substantivo *Nichtwissen*, traduzido literalmente significa “não conhecimento”, contudo, optou-se aqui por traduzir pelo sinônimo *Unkenntnis*, “desconhecimento”. (N.do.T.).

3 - DESTAS CONSIDERAÇÕES PODEM SE DEDUZIR QUATRO CONSEQÜÊNCIAS PARA O TRABALHO CIENTÍFICO NA CONCEPÇÃO DE UMA EXECUÇÃO PENAL RESSOCIALIZADORA.

a) É necessário um esforço acentuado para o esclarecimento dos efeitos positivos da execução penal ressocializadora. Este esclarecimento deve se concentrar em dois aspectos. Em primeiro lugar, sabe-se muito pouco sobre o que as conseqüências salutaras da execução penal ressocializadora produzem ou podem produzir. Esta questão só se pode colocar de modo seguramente plausível quando se distingue, por um lado, entre os conceitos de fidelidade à norma, fidelidade ao direito ou saúde, bem como, por outro lado, entre os diferentes tipos de condutas e delitos que se encontram em tratamento na execução. Em segundo lugar, sabe-se muito pouco sobre os perigos, as lesões e as perturbações que a execução de um tratamento impõe aos afetados; portanto, seria necessário esclarecer também os "custos" que uma execução penal ressocializadora se dispõe a pagar no interesse de uma "correção" (*Besserung*) do condenado.

b) Sob o ponto de vista do Estado de Direito a teoria da execução penal deveria se preocupar com o debate e a conformação de um direito que até o momento só é visível em princípios. Eu penso no direito de poder se defender, justificadamente, contra uma assistência imposta ao direito do condenado de permanecer em silêncio.

c) Justamente em face do interesse crescente em uma execução penal ressocializadora deve-se continuar a intensa busca por alternativas à execução da pena privativa de liberdade. É preciso se desligar da estrita vinculação à idéia de ressocialização que foi introduzida com a pena privativa de liberdade.

d) Sobretudo a tarefa dos penalistas é continuar trabalhando na precisão dos limites da vítima. Quanto mais diferenciadas e plausíveis são as estratégias de ressocialização elaboradas, mais importante será que o jurista possa remeter-se de modo sensato aos limites à incriminação excessiva e que

o Estado sancionador imponha estes limites ao interesse especializado no tratamento desrespeitoso.

Tradução: PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil. Mestre em Ciências Criminais. Advogado Criminal.