

EDIÇÃO ESPECIAL COMEMORATIVA DO 380º ANO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA



CIÊNCIA JURÍDICA

FÓRUM INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL COMPARADO
7 A 10 DE MARÇO DE 1989
SALVADOR/BAHIA

Revista Mensal – Registrada no S.D.I. do Supremo Tribunal Federal
sob o nº 018/88, como Repositório Autorizado de Jurisprudência

ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL (PARTE ESPECIAL)

PRINCÍPIOS DA REFORMA – CRIMES CONTRA A VIDA

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (*)

1. O direito é fato histórico; expressa valores, cujo significado oscila conforme as aspirações predominantes em uma época e em determinada sociedade. Um Código, por isso, sem exagero, poder-se-á dizer, expressa a política de seu tempo.

O Código Penal brasileiro data de 1940, com vigência desde 1942. De lá para cá, a sociedade nacional se transformou profundamente; basta frisar: inúmeros fatos, que hoje se repetem, naquele ano, não eram sequer pensados. O progresso científico, o aperfeiçoamento dos meios técnicos e as próprias concepções, atualmente, projetam entendimentos profundamente diferentes.

Não se olvide, ainda, outro particular. É sabido, a grande fonte inspiradora do Código Penal em vigor foi o Código Rocco, publicado em 1930. Ideologicamente, tem mais de meio século de existência.

Na Itália, não obstante permanecer o mesmo, apesar de alterações legislativas, a partir da Constituição de 1948, politicamente bastante diferenciada da imposta por Mussolini, o Código sofreu vertical reexame dos tribunais, orientados, agora, pelos novos princípios constitucionais. A **Corte Costituzionale**, em particular, tem expressado interpretações que, à primeira vista, fazem parecer ser outra a lei analisada.

Entre nós, no entanto, a justiça criminal continua disciplinada pelo mesmo texto. O Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, em boa hora, dinamizou a reforma penal. A Parte Geral do Código e a Lei da Execução Penal aguardam a fluência da **vacatio legis**. E o projeto de Código de Processo penal espera aprovação no plenário da Câmara dos Deputados, com a discussão encerrada.

2. A Parte Especial não poderia ficar em mora. O Anteprojeto orientou-se por alguns princípios. Fundamentalmente, três: um político, qual seja, promover a

(*) PROF. DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA.

descriminalização e a despenalização; outro técnico, buscando aprimorar o trato dos institutos, e um terceiro, isto é, ajustá-lo-à sistemática da reforma penal.

Digam-se algumas palavras a respeito deles.

Numa segunda etapa, serão mencionadas as alterações do capítulo referente aos crimes contra a vida.

3. A descriminalização e a despenalização são critérios permanentes do direito penal; após a Segunda Guerra Mundial, notadamente na Alemanha e na Itália, que saíram de regimes políticos totalitários, e se propunham a restaurar a democracia, a idéia conquistou vivo colorido.

Descriminalizar ou despenalizar é resultado de crítica do ordenamento; tecnicamente, a busca de adequação da vigência com eficácia da norma jurídica. O raciocínio é complexo e tem como ponto de partida o conceito e o significado do direito penal.

O direito, poder-se-à dizer, é seletivo, no sentido de que o comportamento do homem é qualificado em duas grandes categorias: lícito ou ilícito, permitido ou proibido. Tenho para mim que a ilicitude é una, embora repercuta diferentemente nos vários setores dogmáticos. E essa diferença resulta da ideologia que preside tais setores. O direito civil tem finalidades que não coincidem com o direito penal, embora componham o mesmo sistema jurídico. Não há nisso nenhuma contradição, visto que os valores preservados são de natureza diferente. É certo, observa-se, notadamente nas construções jurisprudenciais, tendência à uniformização do conceito de conduta ilícita, não a dissociando da idéia de culpabilidade, no sentido moderno, empregado no direito penal, ou seja, de reprovabilidade. O direito penal, por razões históricas, antecipou-se à elaboração do conceito que se projeta em outras áreas.

O direito penal preocupa-se com valores, considerados fundamentais à preservação da sociedade.

Valor é idéia, concepção. Idéia e concepção de uma sociedade, daí ser de sabença, até popular, que a lei deverá ter um mínimo de eficácia; caso contrário, atritar-se-á com as concepções predominantes. O resultado será, então, a ineficácia. Inúmeros casos podem ser invocados. Exemplificativamente; os crimes de manutenção de casa de prostituição e rufianismo e as contravenções de jogo de azar e anúncio de meio anticoncepcional. Muitas vezes, a pressão é tão grande que implica a modificação de legislação, como aconteceu recentemente com a lei dos crimes contra a Segurança Nacional.

Observe-se, no entanto, que a referência a ser tomada não é o interesse individual, ou mesmo de grande parte da população. Seria de nosso interesse individual que não houvesse crime de sonegação fiscal; ficar-se-ia à vontade para não recolher tributos. Essa atitude, todavia, egoística, afronta interesses coletivos. O ponto de referência é sempre o valor. Este há de ser preservado, ainda que contrarie interesse de pessoas ou de grupos. E para que isso se torne realidade atua o direito. Relembre-se *Antolisei*: repetia que o direito exerce também função pedagógica. Entre o interesse pessoal e o valor, este deve prevalecer.

4. A descriminalização, observa-se, não se confunde com pieguismo, abrandamento do rigor penal. Volta-se para compromisso maior, de integração do direito com a sociologia do direito. Superado o discurso meramente formal, que identificava a setença à conclusão de um silogismo, não se pode pensar o direito sem a correspondência social da norma. Busca-se hoje, mais do que nunca, a realização da justiça material.

5. Nessa linha de raciocínio, torna-se correlata a idéia de criminalização, no sentido de acrescentar novos tipos legais de crime. É tarefa fundamentalmente qualitativa, que se justifica por ser o direito fato histórico a preservar valores. Não há nenhuma contradição quando se trata de descriminalização e é aumentado o rol das infrações penais. Descriminalizar é selecionar sem nenhuma conotação quantitativa. É, antes de tudo, atualização do direito penal. E mais, adaptação do existente, modificando também, eventualmente, os elementos constitutivos do tipo.

6. O direito, complexo de relações normativamente relevantes, porque tais vínculos são necessariamente intersubjetivos, qualifica condutas. Costuma-se dizer, e com razão: em direito penal não há neutralidade. A conduta é lícita ou ilícita. Não há meio-termo.

7. Em se tomando a legislação penal brasileira, cumpre indagar o que deve ser mantido, modificado, suprimido ou acrescentado. Vale dizer, ajustado à nossa atual realidade.

A tarefa não é fácil. Antes, complexa e altamente polêmica. O legislador não pode ser tímido a ponto de tornar-se omisso, nem tão ousado para não ser imprudente.

Dois objetos materiais devem ser analisados; a conduta e a tábua de valores da sociedade; integrando-as extrair-se-á o que é permitido; desta etapa, parte-se para aferir o grau de censurabilidade; quando a conduta merece repulsa, a ponto de ser intolerável (medida axiológica, dificilmente não provocará polêmica), afetando bens fundamentais (inalienáveis ou particularmente significativos), é definida como infração penal. De outro lado, ainda que ilícita, todavia tolerável (aceitável), deverá dispensar o rigor da lei penal. Caracterizada ilicitude, entretanto, sofrerá as sanções de outro setor do direito. Nenhuma conduta ilícita (a ilicitude é una) é irrelevante para o direito, havendo sempre uma sanção específica. As legislações que não incriminam o adultério nem por isso consideram lícita a quebra do dever de fidelidade matrimonial, e autorizam o divórcio.

8. A pessoa é valor universalmente consagrado. Os Códigos Penais dedicam especial atenção a algumas infrações. Esse título preocupa todos os países. Não será exagero, talvez, afirmar que nessa área a história tem demonstrado que a incriminação é crescente, com progressiva dilatação dos marcos da norma penal. Hoje, para o efeito do crime de homicídio não faz sentido distinguir o homem em razão de credo, condição econômica ou religiosa, a exemplo de Roma, ou de condições físicas, para ser um bom soldado, como ocorria em Esparta.

Dá não extrair, no entanto, a conclusão de ser uma parte estanque, definitivamente construída. Também aqui deve demorar a atenção do legislador. O desenvolvimento científico socorre a proteção desse valor; aumenta a sobrevida, debela moléstia, antecipa o nascimento, o conhecimento do sexo, determina, em alguns casos, com cálculo de certeza, e não de mera probabilidade, as condições físicas e mentais do nascituro. De outro lado, contudo, agride-se o mesmo valor. Exemplificativamente, a intimidade está sendo, dia a dia, invadida através de recursos técnicos, que ensejam captar, a distância, imagens e sons, que não devem ser levados ao conhecimento de terceiros. Além disso, não se pode tolerar que tais fatos sejam revelados, mesmo por quem deles tenha participado.

9. No tocante ao aspecto técnico, a Comissão teve algumas preocupações:

a) *Responsabilidade subjetiva*. A Parte Geral adotou com todas as suas consequências o princípio **nullum crimen sine culpa**; afastando as hipóteses de responsabilidade objetiva, bem como a responsabilidade pelo fato de outrem. O art. 19 é categórico. Nenhuma pena será agravada, se o agente não houver dado causa ao resultado, senão culposamente. Elaborou, além disso, nova estrutura do concurso de pessoas, distinguindo nitidamente a co-autoria e a participação criminosa.

O Anteprojeto, nessa linha, foi intransigente; impôs perfeita adequação do elemento objetivo ao elemento subjetivo. E para que não remanescesse qualquer dúvida dedicou expresso e especial tratamento aos crimes qualificados pelo resultado. Essa modalidade delituosa, é sabido, provocou, como ainda provoca, acirrada polêmica.

A solução do tema tem como modelo a estrutura da lesão corporal grave (doutrinariamente, distingue-se; legalmente, porém, tem o mesmo tratamento da lesão corporal gravíssima) e da lesão corporal seguida de morte.

O Anteprojeto, explicitamente, estabelece que o resultado mais grave (art. 129, §§ 1º e 2º): é informado por dolo direto ou dolo eventual. Dá estatuir: "Se o agente quis ou assumiu o risco de produzir..."

A lesão corporal culposa foi prevista no art. 129, § 7º.

A forma qualificada pelo resultado, por sua vez, definida no art. 129, § 3º, verbis: "Se, na lesão corporal grave, as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo". Acrescentou o § 4º: "Se nas circunstâncias referidas no parágrafo anterior, resulta morte: ..."

Em se conjugando a norma com art. 19, que impõe, necessariamente, pelo menos a culpa, quanto ao resultado mais grave, é lógico, e outra conclusão não se admite, o agente atuou dolosamente quanto à lesão corporal, mas a gravidade maior da ofensa à integridade física ou à saúde, ou a morte, não foi informada por essa espécie de elemento subjetivo, restando, pois, a culpa **stricto sensu**.

A mesma conclusão se extrai quanto aos casos de crimes qualificados pelo resultado, repetidos vinte e uma vezes.

Outro aspecto de responsabilidade objetiva foi enfrentado, isto é, as chamadas condições objetivas de punibilidade. Punir alguém, ou exacerbar a pena somente porque ocorreu um resultado, ou evento mais grave, contraria o princípio *nullum crimen sine culpa*.

O resultado precisa também estar vinculado ao elemento subjetivo. E mais, o evento, tal como a ação, ponderado para compor a conduta delituosa; por isso, elevado a elemento constitutivo do tipo, evitando-se instituí-lo como condição de punibilidade. Alcança-se, assim, um *desideratum* do direito penal apoiado na culpabilidade, qual seja, considerar concomitantemente a reprovação da ação e a reprovação do resultado. Exemplo dessa hipótese é o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122). Anote-se ainda a rixa grave (art. 138).

b) *Crime de perigo concreto*. O Código Penal vigente contém vários tipos legais de crime que consagram delitos de mera conduta, crimes de perigo abstrato. Essa postura concentra a atenção no comportamento do agente, desprezando o resultado, ou, o que é mais grave, presumindo que, da ação, decorrerá evento de probabilidade de dano ao bem jurídico.

O direito penal da culpa só se interessa pelo que o agente faz, e não pelo que o legislador pressupõe que pudesse acontecer.

A Comissão, fiel à mencionada orientação, particularmente no Título "Dos crimes contra a incolumidade pública", incluiu nos tipos a exigência de efetiva ocorrência de perigo. Fê-lo expressamente, a não ser nos casos em que da conduta, necessariamente, porque ínsito, decorresse perigo, como acontece com os crimes de epidemia (art. 281), envenenamento de água potável (art. 284) e outros.

c) *Forma qualificada*. Aprimorou-se, tecnicamente, a apresentação da forma qualificada. O texto atual não obedeceu a uma orientação uniforme. Ao contrário, muitas vezes, tem-se impressão de não haver sido eleito critério algum, lançada pragmaticamente, a fim de atender situações isoladas.

O Anteprojeto procurou uniformizar uma linha. De início, pensou-se fazer a seguinte distinção: a maior intensidade ou extensão do resultado constituiria causa especial de aumento de pena, ao passo que a maior reprovabilidade da ação atrairia a forma qualificada. Encontrou-se, no entanto, obstáculo de ordem dogmática. O art. 61 da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (Parte Geral), reproduzindo o disposto no art. 44, *caput*, do Código atual deixou expresso: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: ..." No respectivo rol, encontram-se hipóteses que recrudescem a censura ao agente, pelo modo de execução do crime (II, *d* e *e*), entretanto outras foram contempladas, como o motivo da ação (II, *a*), o fim de agir (II, *b*), a embriaguez preordenada (II, *c*), a qualidade do sujeito passivo (II, *f* e *i*) e quando o sujeito ativo se prevalece de determinadas circunstâncias (II, *g*, *h*, *j* e *k*). Não se olvide ainda o caso da reincidência (I).

Dessa forma, para manter coerência com a Parte Especial, o Anteprojeto considerou forma qualificada o aumento autônomo de pena, desde que, em relação a um tipo legal de crime, fosse, especificamente, atraída e eleita uma hipótese generica-

mente definida como circunstância agravante. Note-se, desde que um desses modelos ocorra, ainda que envolva caso de agravante não prevista na nova lei. É o caso do art. 178, parágrafo único.

d) *Perdão judicial*. A individualização da pena ganha importância cada vez maior. Ademais, a atual política criminal restringe a pena de prisão aos casos extremos, incentiva o perdão judicial, há muito reclamado pelos penalistas brasileiros; com isso, e não havendo recriminação maior, denotando as particularidades do fato ser ocasional na vida do agente, que sempre pauta sua conduta conforme às exigências mínimas de comportamento, recomenda-se tratamento especial, sequer deixando a marca da condenação. Pelo menos, a melhor interpretação, e que se ajusta à teologia do instituto, entende que a respectiva sentença é meramente declaratória. Efetivamente, não há condenação. O juiz reconhece a existência do ilícito, entretanto afasta a sanção, considerando-a desnecessária, se não inconveniente, no caso concreto. A sentença não é condenatória. A nova Parte Especial dispõe nesse sentido no art. 120. O Anteprojeto incentivou casos de perdão judicial, como se vê em onze artigos.

e) *Excludente de ilicitude*. O Anteprojeto elaborou exato registro de excludente de ilicitude, valendo-se da expressão empregada pela Lei nº 7.209/84 (art. 23), isto é, "não há crime".

f) *Isenção de pena*. Conseqüência lógica do item anterior, cumpria estabelecer nítida distinção entre os casos de isenção de pena, extinção de punibilidade e excludente de punibilidade. Nos três casos, o agente pratica conduta ilícita. Não se confundem com a excludente de ilicitude. Todavia, isenção de pena é gênero, compreendendo duas espécies. A exclusão da punibilidade ocorre quando o Estado, concomitantemente à cominação, proclama que o fato não é penalmente sancionado; razões de política criminal consideram particularidade que aconselha a não-incidência da pena. O Anteprojeto contempla-a nos arts. 196 e 360, § 2º. A extinção da punibilidade, no entanto, embora conduza ao mesmo efeito, só acontece se, após praticado o fato delituoso, ocorrer outro, previsto na lei, que afaste a sanção. Assim, exemplificadamente, a morte do agente, a retratação do querelado e o casamento do ofensor com a ofendida, relativamente aos crimes contra os costumes.

O Anteprojeto, na rubrica lateral, distingue extinção da punibilidade (art. 148) da exclusão da punibilidade (arts. 196 e 360, § 2º).

10. Introduziram-se três novos títulos: "Dos crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária" (XII); "Dos crimes contra o meio ambiente" (XIII) e "Dos crimes contra a memória nacional" (XIV).

11. É de se ressaltar, ainda, que o Anteprojeto preocupou-se diretamente com a sociedade nacional. O direito, é certo, repousa em princípios comuns a vários países. A doutrina, por sua vez, ganha alcance internacional. A literatura especializada foi consultada e o direito comparado levado em consideração. O transplante de instituto, no entanto, por si só, não é aconselhável, produzindo, quando alheio a uma realidade, efeitos negativos.

A Comissão voltou-se para o Brasil de hoje e pretendeu sugerir o que lhe pareceu a melhor solução.

Ressalte-se: a proteção do meio ambiente ainda não mereceu a necessária cautela; fundamentalmente, é objeto de normas administrativas. Ninguém desconhece ou relega a importância do assunto.

A Comissão, além disso, tomou posição na cizânia doutrinária a respeito da estrutura dos tipos legais de crime referentes ao meio ambiente. Fiel e coerente à linha relativa a outros tipos, não aderiu à idéia de ser a norma penal, na espécie, meramente sancionatória, simples reforço para garantir a eficácia das normas administrativas. Foi além, e preferiu indicar o objeto material, precisando a ação delituosa; afastou o perigo de a norma não apresentar o que os italianos mencionam com a palavra *concretezza*. Urge, na espécie, garantir o equilíbrio ecológico. É certo, como o meio influi no homem, o homem influi no meio. A pureza natural não pode ser o fim almejado. O progresso, portanto o homem, tem necessidade de utilizar-se do meio, levando, inapelavelmente, à poluição do ambiente. Busca-se, isso sim, o equilíbrio, de modo a evitar que o meio, em vez de servir, passe a agressor do homem.

O Anteprojeto valeu-se da expressão "destinação natural". Note-se, entendida no sentido cultural, próprio do direito. Só assim a norma enfrentará os anos, sem envelhecimento. Um rio, por exemplo, pode, durante muito tempo, não ser conhecido; participa, no entanto, como fator de equilíbrio ecológico. Num segundo momento, por hipóteses, foi via de transporte. Posteriormente, com a cidade, que nasceu e cresceu às suas margens, tornou-se escoadouro de detritos.

Em não se adotando o conceito cultural, esses três instantes são inconciliáveis. O significado histórico é o que interessa. Em breves palavras: a norma penal visa a garantir ao homem a natureza como meio para a realização de seus fins. O modo de utilizá-la varia de lugar para lugar. A floresta, juridicamente, é diferente da zona industrial. O ilícito se caracteriza no momento em que alguém desvirtua ou excede quanto ao consentido para a utilização do meio ambiente.

Com a sugestão do Anteprojeto, a lei penal não se limita a mero soldado de reserva da norma administrativa. O crime existirá porque caracterizada a ilicitude e o agente expõe a perigo a mencionada "destinação natural". O lançamento de impurezas em um rio caudaloso, v.g., os restos do almoço de pescadores, rigorosamente, maculam o estado natural da água, podendo configurar até ilícito administrativo; não constituirá, entretanto, ilícito penal por não haver afetado a destinação que, até então, o homem confere àquele rio.

O resultado, assim, ficou expressamente mencionado no tipo, que, de outro lado, descreve crime de perigo concreto, na Seção I do Capítulo I. Nas Seções II e III, no entanto, prevêm-se modalidades de crimes de dano, com exceção do estatuído nos arts. 414 e 415.

A inclusão de conceito cultural não é novidade no Código e tem o mérito de manter a norma sempre atualizada. Outros há, e jamais trouxeram maior dificuldade de interpretação. Mencione-se o Código Penal de 1940: costumes (Tít. VI); reputação

(art. 139); dignidade (art. 140); decoro (art. 140); mulher honesta (art. 219); ato obsceno (art. 230)

12. Examinem-se agora, as modificações introduzidas no Capítulo “Dos crimes contra a vida”.

A) HOMICÍDIO

a) O crime de homicídio manteve, fundamentalmente, a mesma disciplina do Código em vigor.

A Comissão, no entanto, preferiu reduzir o máximo da pena cominada ao homicídio simples – quinze anos.

O Código Penal brasileiro é um dos mais rigorosos na imposição de pena privativa da liberdade. Textos modernos situam a sanção mais severa em torno de quinze anos. Hoje, pensa-se no tempo existencial da pena, que não se identifica com a duração meramente cronológica. O condenado, após a execução, deve retornar à sociedade, em condições de poder desenvolver vida digna e útil. Encarcerar um jovem, e só restituí-lo à liberdade em idade inadequada para começar a trabalhar, é o mesmo que criar um inadaptado, se não um pária social.

A nova orientação tem a vantagem de bem distinguir a forma simples da forma qualificada. Além disso, caso particularmente recriminado, apesar de não configurar nenhuma qualificativa, ensejará ao juiz, no exercício do poder discricionário, aplicar pena superior ao mínimo da prevista para o homicídio qualificado. Atenda-se à norma constitucional quanto à individualização, que, substancialmente, busca tratar diferentemente situações desiguais.

a. 1) Inverte-se a ordem da “diminuição de pena” e da “forma qualificada”.

Ainda persiste a dúvida doutrinária, e jurisprudência é vacilante quanto à possibilidade de diminuir a pena, caso o homicídio seja qualificado. Os outros, que a negam, apegam-se, intransigentemente, à colocação das normas, concluindo que a primeira não se concilia com a segunda. Caso contrário, argumentam, a redução da pena teria sido colocada após a qualificação, como ocorre no crime de furto.

Sempre entendi que essa análise peca por excessivo formalismo do argumento. O Código, como sistema, é um todo; não cabe separar as normas, como se fossem compartimentos isolados.

O homicídio é instituto jurídico; como tal, as respectivas normas se harmonizam e se colocam em relação de coordenação. Interligam-se logicamente. Além disso, o dispositivo mais favorável ganha preferência.

O Código exerce também função esclarecedora do direito; a Comissão, por isso, para dirimir dúvida inverteu a ordem de colocação das normas, afastando divergência de entendimento, facultando, dessa forma, a melhor interpretação.

Outra é a conclusão, se a inconciliação for intrínseca, ou seja, quando as hipóteses se repelirem, pela própria natureza, como acontece com o "motivo de relevante valor moral" e o "motivo torpe".

a. 2) *Isenção de pena*. O Anteprojeto buscou, como foi dito, distinguir situações jurídicas.

O art. 121, § 3º, com a rubrica lateral *isenção de pena* exclui a penabilidade do médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa a morte iminente e inevitável, atestada por outro médico.

A eutanásia é disciplinada em várias legislações: Áustria (§ 77); República federal Alemã (§ 216); Portugal (art. 134); Suíça (art. 114). Todas reconhecem a singularidade do fato, diminuição da culpabilidade e, por isso, reduzem sensivelmente a pena.

Essa sugestão do Anteprojeto foi alvo preferido das críticas e sugestões apresentadas pelas inúmeras manifestações. Distribuem-se em três categorias: 1ª) apoio à inovação; 2ª) oposição veemente; 3ª) modificação da redação. Honestamente, e cumpre ser registrado, predominou a idéia da supressão, ao fundamento de contrariar a preservação da vida, ofender princípios morais e religiosos consagrados no Brasil e não encontrar respaldo em nossa tradição jurídica.

A bem da verdade, mencione-se, o tema motivou polêmica na própria comissão elaboradora; levando-se em conta que a reforma está-se processando com grande publicidade, achou de bom alvitre sentir a reação da nossa sociedade.

a. 3) A eutanásia, inicialmente, entendida como morte piedosa, apresenta várias espécies, conforme a finalidade que se busca alcançar: eugênica; econômica; criminosa; experimental; terapêutica; de solidariedade, também conhecida como comissiva ou positiva; e a eutanásia passiva, omissiva ou negativa.

Na eutanásia positiva o agente toma a iniciativa de provocar a morte, ao passo que na eutanásia negativa cessa a assistência à pessoa, o que antecipa o desenlace. Juridicamente, a distinção é evidente e importante: no primeiro caso a morte é provocada, ao passo que no segundo acontece naturalmente.

Há quem entenda que a eutanásia negativa não se confunde com o "deixar morrer". A diferença reside neste pormenor; na segunda hipótese, a omissão da assistência não influiria na morte.

Registre-se: a cessação de cuidados ao moribundo, cuja vida é meramente vegetativa, não acarreta a mesma reprovação de matar alguém, ainda que a seu pedido. Em termos de direito penal, dir-se-ia, a culpabilidade não revela a mesma intensidade.

O tema foi objeto de análise no direito canônico, realçando a explícita conclusão de Pio XII, no sentido de não ser exigível fornecer suprimentos extraordinários em situações excepcionais.

A lei precisa corresponder aos anseios da sociedade. Se assim não for, será carente de eficácia. Na espécie, precisa ser parcimoniosa, devendo contemplar apenas a manutenção da vida por meio artificial, desde que pelo menos dois médicos atestem que a morte está prestes a ocorrer. Em outras palavras, caracterizadas a iminência e a inevitabilidade do falecimento. Nesse caso, a causalidade da morte está definida, inexistindo, além de qualquer censura ao homem, ofensa ao próprio bem jurídico vida.

No dia 26 de junho de 1980, o Papa João Paulo II, na "Declaração sobre a eutanásia", afirmou: "Na iminência de morte inevitável, não obstante os meios usados, é lícito tomar a decisão de renunciar a tratamentos que alcançariam apenas um prolongado precário e penoso da vida, sem interromper, todavia, os cuidados normais devidos ao doente em casos similares".

Nesse caso extremo, a condição humana se concilia com a realidade da morte.

O direito não se esgota com as normas formalizadas; nem mesmo o direito penal, dado que para favorecer, admite ampla integração normativa, inclusive com recurso à analogia.

Na espécie, considerada a importância da matéria, a lei deve adotar orientação expressa, notadamente porque especifica excludentes de ilicitude, de culpabilidade e isenção de pena.

a. 4) *Homicídio culposo*. O Anteprojeto contempla duas novas causas de aumento de pena, vale dizer, se "grave a culpa" ou se o agente "comete o crime em estado de embriaguez".

Essa orientação buscou ajustar o Código, ainda mais, ao princípio de **nullum crimen sine culpa**, de modo a que a pena expresse a reprovação histórica ao agente da infração. Urge, assim, mostrar sensibilidade a todos os pormenores do crime.

O Código vigente, com a nova redação da Parte Geral, não faz distinção de graus de culpa, sugerido, desde o direito romano. Todavia, os magistrados sempre a elaboraram para a perfeita fixação da pena. O Anteprojeto, no entanto, registra a gravidade da culpa como causa específica do homicídio culposo. Não se pode tolerar que a pena não retrate injustificável negligência ou intolerável imprudência.

De outro lado, se a embriaguez não foi arrolada entre os tipos legais de crime, não deixa de constituir fator de imprudência, facilitando a produção de crimes.

O Anteprojeto não dedicou nenhuma atenção especial aos chamados crimes da circulação; aliás, perfeitamente subsumíveis ao texto proposto.

As duas sugestões, no entanto, atendem a ocorrências que se repetem na condução de veículos automotores, na via pública. Os acidentes de automóvel, hoje, como, antes, foram as máquinas das fábricas, são o grande instrumento dos homicídios culposos, que se reproduzem, de modo inquietante, nos grandes centros urbanos.

Com a ampliação mencionada, facultar-se-à punir mais severamente quem, sem respeito à vida humana, não guarda a cautela necessária para dirigir veículos, ocasionando a morte de várias pessoas.

a. 5) *Perdão judicial*. O perdão judicial, introduzido pela Lei nº 6.416/77, de inspiração alemã, teve alterada a sua redação; substituiu-se o critério quantitativo da intensidade das conseqüências da infração, sofrida pelo próprio agente, por outro, meramente objetivo, para tornar mais fácil a sua aplicação.

O mencionado dispositivo gerou polêmica, particularmente para definir em que circunstâncias a sanção penal se tornaria desnecessária, inclusive sua extensão, qual seja, se restrita às lesões corporais, ou abrangendo também os efeitos morais.

O Anteprojeto autoriza o perdão judicial, "se o agente, ou seu ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, sofre lesão corporal grave, ou se ocorre a morte de um destes".

Evidencia-se, embora em direito penal não haja compensação de culpas, balanceamento da conduta culposa e das conseqüências sofridas pelo agente, ou que atingiram parentes próximos.

Note-se, a hipótese é de *perdão judicial*, permitindo ao juiz aferindo o caso concreto, constatar a caracterização da ideologia da norma, ou seja, se o infrator, dada a extensão da conseqüência referida, sentiu a censurabilidade de seu comportamento, estimulando-o a não repetir a mesma conduta.

B) INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO

Registrou-se que o Anteprojeto não se concilia com a responsabilidade objetiva e muito menos com a responsabilidade por fato de outrem.

O art. 122 do Código vigente encerra condição objetiva de punibilidade. A pena somente será aplicada se o suicídio se consuma, ou se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

A ilicitude e a culpabilidade devem abranger tanto a ação como o resultado. Não faz sentido o rigor penal ficar restrito ao evento, especialmente nessa hipótese. É extremamente grave criar em outrem a idéia do suicídio, estimular idéia existente ou fornecer os meios necessários para uma pessoa se matar.

A proposta contorna todos esses inconvenientes. A ocorrência da lesão ou da morte passam a integrar o tipo (corrente doutrinária, não obstante a redação do Código de 1940, entende que já é componente). Com isso, haverá adequação do aspecto objetivo com o subjetivo de ação, permitindo manter coerência do sistema. Talvez melhor ficaria, considerada a relevância da matéria, punir simplesmente por "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar auxílio para que o faça". A proteção da vida humana deve ser completa, havendo reprovação ao agente.

C) INFANTICÍDIO

O infanticídio é homicídio privilegiado. Reduz-se sensivelmente a pena, em atenção às particularidades do estado emocional da parturiente. A mãe matar o filho é fato excepcional, o que denota a presença de circunstâncias especialíssimas. Não atenderia à justiça material equiparar esse crime ao homicídio. O contexto de projeção do infanticídio não se repete em outros crimes.

A solução do Código de 1940, porém, deu azo a divergência. Há vozes, na área médica, que chegam a negar a existência do "estado puerperal". Não ganham, porém, espaço jurídico. O direito é constitutivo, originário e autônomo. Em outras palavras, elabora os seus conceitos, desvinculado de qualquer outro setor do saber humano. Pouco importa que haja coincidência, e muito menos repetição servil, da concepção da biologia ou da antropologia.

Ao integrar o art. 123, o "estado puerperal" passou a constituir um ser jurídico; como tal, tem existência e, logicamente, elementos constitutivos.

Malgrado a polêmica, há um denominador comum: traduz a idéia de perturbação psicológica sofrida pela mulher, durante o parto ou logo após, afrouxando-se as forças inibidoras.

A Comissão relegou a expressão de sabor biológico; preferiu indicar, com mais simplicidade, o elemento constitutivo do tipo, que se traduz com a influência do parto. Está implícito que essa influência é perturbadora, a ponto de afetar o comportamento normal da mãe. Caso contrário, inexistiria razão para o privilégio.

A lei é elaborada com base nas máximas da experiência. A perturbação, quase sempre, se manifesta aliada a motivo psicológico, de desejo de ocultar a concepção, cuja culminância se dá no instante do nascimento, o que, tradicionalmente, é indicado com a expressão "ocultar desonra própria".

O Anteprojeto conjuga as duas condições, conferindo, dessa forma, um feitiço humano e realista para justificar a redução acentuada da pena.

O parágrafo único do art. 123 é expresso: "Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e parágrafos".

Remanesce a dúvida quanto à co-autoria no crime de infanticídio. Três correntes disputam a preferência. A primeira, ao fundamento de o estado puerperal ser elementar do crime, havendo comunicação da circunstância, a teor do disposto no art. 26, admite o instituto. A segunda, entendendo que o delito encerra circunstância personalíssima (e não pessoal, como estatui o citado art. 26), sustenta a incomunicabilidade da circunstância e, por isso, inadmite a co-autoria. A última adota posição intermediária, aceitando a co-autoria, se o terceiro se limita a praticar atos meramente auxiliares, não chegando a realizar a morte.

Interpretação sistemática corrobora o primeiro entendimento; o art. 26 não autoriza a distinção elaborada, devendo-se entender por "pessoal" toda circunstância

relativa à pessoa. Todavia, a finalidade da norma evidencia ser injusto contemplar alguém, sem influência do estado puerperal, com o mesmo tratamento.

O Anteprojeto, visando a afastar a divergência, sugere a norma transcrita, buscando individualizar o tratamento penal.

D) ABORTO

Há países que descriminalizaram o aborto (França, Suíça, alguns Estados da Federação Americana); outros restringiram a criminalidade (Espanha, Portugal).

Entre nós, o Projeto Hungria previra o "aborto por motivo de honra" (art. 124) e o "aborto culposo" (art. 126). O Código Penal de 1969 acolheu o primeiro; o segundo, no entanto, não obteve consagração legislativa.

Uma pergunta logo se põe. O aborto deve ser descriminalizado? É tema extremamente polêmico. Dividem-se as opiniões. E a divergência ocorre em todos os países. Na Itália, recorreu-se ao plebiscito, saída encontrada porque tanto o parlamento como entidades de classe e de credo religioso não chegavam pacificamente a um consenso.

O Direito penal Brasileiro considera a *pessoa* desde o momento da concepção. Nesse instante, para os efeitos penais, tem-se o conceito de vida, e a interrupção da gravidez afeta esse bem jurídico

O fato não causa, porém, o mesmo impacto do homicídio. A explicação é simples. O nascituro, por falta de convivência, não inspira o mesmo afeto, o que ameniza o choque emocional.

Persiste, contudo, embora menos intensa, a reprovabilidade da conduta. A reprovação, aliada ao elevado significado do valor, justifica a incriminação.

A censurabilidade, no entanto, além de admitir graus, pode até inexistir. A consequência, aqui, será a ausência da infração.

O Código Penal em vigor contempla dois casos de aborto lícito: o necessário e o sentimental. O Projeto Hungria reuniu-os sob o **nomen iuris** "aborto terapêutico ou quando a gravidez resulta de estupro" (art. 127). O Código Penal de 1969, porém, limitou-se ao "aborto terapêutico" (art. 129).

A causa dessas exceções confirma a regra: são hipóteses que não chegam à criminalidade. Sacrifica-se o bem protegido em atenção ao sentimento humano. O homem deve ser julgado conforme as medidas humanas. É inaceitável insistir na gravidez, não havendo recurso algum para salvar a vida da gestante. Há conflito, sem dúvida, entre alguém que vive e quem vai começar a viver. A solução da lei é justa. De outro lado, também não é aceitável que a mulher seja compelida a prosseguir a gestação resultante de estupro. A natural aversão ao fato não deve prolongar-se por toda a vida, fazendo presente o fruto do crime.

Urge, ainda, ampliar-se a faixa de aborto consentido, com esteio nas mesmas razões de solidariedade e compreensão do ser humano. Chamaria a hipótese de "aborto piedoso".

O progresso científico oferece recursos para constatar, até mesmo com juízo de certeza, as condições físicas e mentais do nascituro. Em sendo anormais, profunda é a decepção dos pais. Maior ainda a preocupação, além do transtorno que trará à família, muitas vezes sem recurso para amenizar as conseqüências da moléstia ou da deficiência física ou mental.

Coloco uma pergunta: é razoável exigir-se o prosseguimento da gravidez? Haverá reprovabilidade, se a mulher, na fraqueza de ser humano, preferir interromper a gestação? Será exigível impor-se-lhe a tarefa de carregar, durante toda a vida, um ser que, tantas vezes, não tem sequer condições de relacionar-se com os semelhantes?

Evidentemente, nesse caso, também extremo, deve haver a compreensão do direito. Em conseqüência, justifica-se ampliar a legalidade do aborto.

O fato, de outro lado, precisa ser revestido de cautelas, a fim de não se constituir em válvula de escape para casos típicos de ilicitude.

Em primeiro lugar, o leigo não está capacitado para definir as condições físico-psíquicas do nascituro. Impõe-se que dois médicos atestem o fato. Além disso, para resguardo da seriedade da operação e da saúde da gestante, o aborto será praticado por outro médico, que, por sua vez, cientificado do fato, chegará também à mesma conclusão de seus colegas. Haverá, enfim, sempre a opinião de uma junta médica.

Registre-se, o "aborto piedoso" não se confunde com o "aborto eugênico". Não se trata de depuração de raça, ou a busca do homem superior. Tal idéia só prospera em regimes políticos autoritários, contrastantes com a sociedade democrática. Essa pretensão, no estágio de progresso científico, é absolutamente aleatória, incompatível com sistema jurídico que tem o homem como valor de maior consideração.

A proposta leva a outro destino. Como acontece no "aborto necessário" e no "aborto sentimental", o "aborto piedoso" é compreensão do sentimento humano. Não contraria a chamada maternidade responsável. É, antes de tudo, sensibilidade e apreensão do razoável.

É possível, entretanto, que alguém suscite o argumento de que o fato já é praticado, dispensando o registro da exclusão da ilicitude.

Ainda que seja procedente, dois outros seriam favorecidos: a clandestinidade substituída pela legalidade e o Instituto de Previdência, que hoje recusa a prática, poderá socorrer pessoas que não dispõem de recursos para custear clínicas particulares, o que constitui até medida de justiça social.

Registre-se, e aqui vai outra distinção com o "aborto eugênico", a interrupção da gravidez não pode ser imposta pelo Estado. É ato de livre manifestação de vontade, exigida a anuência do marido, se a mulher for casada.

O intuito da Comissão é ajustar a lei ao tolerado pela sociedade, não olvidando a conciliação com os valores predominantes.