

PAROXISMO DE LEGALIDADE: CONCURSO DE AGENTES E INFANTICÍDIO.

Marcos Augusto Ramos Peixoto

Friedrich Wilhelm Nietzsche, ao aforismo número quarenta e três de seu livro *A Gaia Ciência*, nos dá a sua visão do que nos é revelado pelas leis, e em mais específico, pelas legislações penais; afirma o filósofo: “Ver no código penal de um povo uma expressão de seu caráter é equivocar-se grosseiramente; as leis não revelam aquilo que um povo é, mas aquilo que lhe parece estranho, esquisito, monstruoso, exótico.” Para o grande pensador, a codificação penal das nações seria um grande diagnóstico daquilo que se houve por bem denominar Patologia Social - expressão extremamente discutível: não vejo como poderiam os próprios doentes analisar com isenção sua doença, algo assim como nos colocou o poeta Carlos Drummond de Andrade, em sua derradeira entrevista, acerca do processo de análise dos acontecimentos da atualidade: “É cedo para julgar um político, um presidente, um ministro (da nova república); nós estamos – ao mesmo tempo – participando da ação e querendo ser juizes. O observador, o participante, nunca é o juiz. A gente pode julgar o Marechal Deodoro da Fonseca porque nós já sabemos em que deu a república com quase cem anos. Então é uma figura histórica. Mas julgar historicamente e moralmente um nosso contemporâneo me parece uma das coisas mais difíceis de se fazer.”

Ao analisarmos a proposição de Nietzsche, veremos que (como acontece com a generalidade das proposições) poderemos encontrar em sua própria negação, a afirmação do que foi negado. Se empregarmos um processo dialético elementar, veremos que ao dizer o que achamos monstruoso, afirmamos por negação o aprazível; ao falarmos sobre a estranheza, a singularidade, calamos sobre a moralidade, a trivialidade e então elas mais se ressaltam. Esta trivialidade e normalidade entretanto - e aqui Nietzsche tem total razão - não serão expressões do caráter do povo propriamente dito, como tentam colocar as várias linhas do positivismo jurídico, mas a expressão do caráter e da moral de uma das minorias existentes dentro do espaço social, o que desenvolveremos posteriormente; o código penal torna-se assim não só um diagnóstico, mas em prol daquela moralidade, também um receituário com os mais variados medicamentos...

A análise do desenvolvimento inicial das codificações penais, segundo a concepção positivista (visão de Donald Pierson), passaria necessariamente pela análise da “herança social de um povo”; mais especificamente, levando em consideração a nomenclatura firmada por William Graham Sumner, pela análise dos *folkways* e *mores* da sociedade (expressão que não encontrou perfeita correspondência na língua portuguesa, o que de certa maneira é bastante oportuno: “As denominações são também um exercício de poder.”)

Segundo Donald Pierson, “literalmente *folkways* são as maneiras de agir (*ways*) que caracterizam um povo (*folk*). São as formas de conduta que um povo desenvolveu durante sua vida”. “A distinção entre *folkways* e *mores* consiste na maneira pela qual a referida forma de conduta é considerada pelo povo que a pratica. Quando um *folkway* passa a ser considerado pelo grupo como absolutamente essencial, isto é, como irrevogavelmente ligado à persistência e eficiência de sua organização grupal, perde a sua simplicidade e passa a ser um dos *mores*.” Os *folkways* seriam os costumes que o grupo considerava menos importantes, enquanto os *mores* seriam aqueles prezados e mantidos com tenacidade. Devido justamente a esta diferenciação, os *mores* - poderíamos assim dizer - são mais obrigatórios que os *folkways*; o grau de reprovação decorrente da inobservância de um princípio estabelecido por um *folkway* é menor do que aquele emergente da violação de um *more*.

Na realidade, o fenômeno dos *folkways* e *mores* não é tão simples quanto o que nos é transmitido pela visão histórico-positivista de Donald Pierson, pois inexistente aquela sociedade monolítica e consensual, premissa maior de sua teoria; ao contrário, o corpo social caracteriza-se pela pluralidade de usos e costumes divergentes (conflitantes até) entre as mais variadas minorias sociais, sejam elas raciais, sexuais, políticas ou econômicas. Serão considerados (estabelecidos) *folkways* e *mores* justamente os usos e costumes (a moral) da minoria economicamente dominante detentora do poder, que a partir daí os recobrirá com um manto de essencialidade e consensualidade que os tornará mais uma forma de controle social. Traçando um paralelismo com as proposições de Foucault em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, afirmamos que os *folkways* e *mores* não têm uma origem – *ursprung*; são isso sim, consequência de um processo de invenção – *erfindung* - controlado pela classe que detém o domínio econômico. Daí a grande temeridade em se generalizar o entendimento dos *folkways* e *mores*, dando-lhes a denominação de “herança social”.

“As leis surgem mais tarde”, continua Donald Pierson, “aparecendo pela primeira vez, de ordinário, quando os *mores* começam a desintegrar-se quando a organização social tende a ceder, e o comportamento costumeiro a perder seu controle sobre os atos do indivíduo. Assim surgem os tribunais e a política para servirem como substitutivos do controle “informal” e mais poderoso exercido pelos *mores*, o qual já não mais funciona adequadamente.” Como podemos ver, em relação à questão Norma Jurídica, a questão *poder* é essencial, principalmente no que diz respeito ao caráter imperativo e coercitivo (coativo) daquelas normas. Aqui podemos levantar a seguinte questão: por qual razão o poder teria em um determinado momento se apropriado de determinadas tradições e costumes, colocando-os sob a tutela do monopólio da coação institucionalizada estatal? Em primeiro lugar, devemos notar que não há qualquer antinomia naquela apropriação já que os usos e costumes tutelados serão justamente os *folkways* e *mores* representativos da moral dos detentores do poder; por outro lado, serão estes os apropriados (e não outros que até hoje subsistem sob a forma de *mores* ou *folkways*) por serem considerados os essenciais para a manutenção do próprio poder; não há uma relação uni ou mesmo bilateral entre o poder e o direito, o que há na verdade é uma relação dialética. O poder não põe em risco o direito, nem se trata de uma simples obediência ou conformidade a este: o poder se mantém através do direito, e ao se manter,

faz o máximo para mantê-lo e conservá-lo. Aqui surge mais uma importante questão: a das forças conservadoras atuantes no direito.

Georges Ripert teria identificado duas linhas de força atuantes sobre o direito: as forças conservadoras, que lutam pela manutenção do direito existente e as forças reformadoras, que lutam pela sua modificação. Aquelas são representadas pelos grupos sociais com posição privilegiada dentro da sociedade. Como oportunamente nos coloca Luís Recasens Siches, as forças conservadoras “apresentam a situação presente como necessária e toda a reforma como perigosa. Predicam resignação aos deserdados. Tratam de socorrer os desafortunados, pondo em prática um paternalismo protetor que não exclui um sentimento de caridade, mas que contém outrossim, o medo da exasperação provocada pela miséria”. As forças reformadoras são representadas pela base da pirâmide econômica, a maioria economicamente desprivilegiada e empobrecida. “Às vezes”, diz Recasens Siches, “as reivindicações das classes dominadas adotam um sentido revolucionário. Porém o regime liberal democrático permite a ação dos reformadores. Já não é necessário recorrer à violência: basta conquistar o poder político que dá o poder de legislar”.

Contudo, isto é uma grande falácia, um equívoco mesmo! Esquece-se o ilustre Recasens Siches da hipocrisia dos sistemas eleitorais dos países “liberais democratas”, mormente a situação dos de Terceiro Mundo, principalmente no que diz respeito a dois principais aspectos: 1º) a legislação eleitoral é organizada pelas próprias forças conservadoras; 2º) é necessário o emprego e a movimentação de vultoso capital para se concorrer a uma eleição. Esta situação acaba por forjar uma estreita vinculação legislador-oligarquias-grupos econômicos, o que por sua vez determinará (retornando ao tema da Patologia Social) que a doença seja mantida pelos próprios doentes e que o sistema se perpetue *ad infinitum* - daí nossa grande reserva para com o sistema representativo das democracias indiretas e preferência pelos mandatos imperativos municiando a população, via de regra, com institutos como o plebiscito, o *referendum*, o *recall*, ou o veto da democracia semi-direta, alguns deles aliás previstos em nossa Constituição Federal, porém via de regra desprezados pelos poderes legislativo e executivo.

Pois bem, a partir daquela vinculação, temos a explicação de por que ao lermos o Código Penal encontramos ao lado de regras que efetivamente tiveram sua origem na evolução *folkway* > *more* > lei (exs.: crimes contra a pessoa, o sentimento religioso, os costumes, a família, a paz pública), outras regras que abrangem campos amorais ou, no máximo, pertencentes a uma ética capitalista (historicamente, burguesa) como os crimes contra o patrimônio - essencialmente.

Isto mostra a falência das teorias que colocam como pilar de sustentação do edifício jurídico o contratualismo. Hegel chega a afirmar, na elaboração de sua teoria das vontades atual e real que “o que o Estado ordena por meio das leis que seu governo promulga é a nossa vontade real. Se um policial nos prende por roubo, isto é o que realmente desejamos; se tivéssemos sido menos egoístas, estúpidos ou fracos, jamais teríamos cometido aquelas infrações. Ao nos prender portanto o Estado nos torna livres! A liberdade é ao final

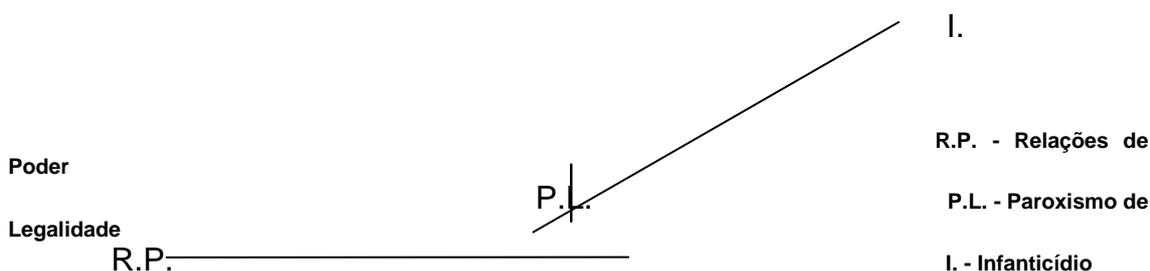
de contas, 'sermos nós mesmos da maneira mais completa'." É indubitavelmente um brilhante discurso, sofismático porém e difícil de ser defendido quando nos deparamos com, por exemplo - dentre tantos outros - uma "Lei de Segurança Nacional", no contexto em que foi criada...

É, porém, em nome deste contratualismo que se ergue o instituto da reserva legal ou princípio da legalidade, no seguinte sentido: só poderá ser punida a parte que desrespeitar o contrato firmado (parte esta que, supõe-se, esteja de acordo com o contrato, já que foi aceito por seus 'representantes' no poder legislativo - há casos em que o poder dispensa até mesmo esta 'representação', caindo assim no exercício do que já foi denominado "Poder Nú"). A partir daí, e ainda por não admitir o emprego da eqüidade, o Direito Penal seria a expressão máxima no direito atual do princípio *Fiat justitia, pereat mundus* ou ainda *Durum jus, sed ita lex scripta est*; criou-se um **paroxismo de legalidade** que fez do juiz uma simples máquina de subsumir (de acordo com a doutrina identificada pelo douto magistrado e professor Paulo Nader como sendo "da limitação à subsunção").

Este paroxismo de legalidade, de certa forma, já teria sido identificado por Ferri quando este assinalou os quatro defeitos principais na realização da justiça penal, como nos assinala o grande Hermes Lima: "o automorfismo, a despersonalização, a dosimetria e a ignorância do réu". Ferri utilizou-se da expressão "automorfismo" para caracterizar a transferência subconsciente da subjetividade e dos condicionamentos do juiz para o réu, igualando-o a ele próprio (o juiz), desprezando toda a herança sócio-econômico-psicológica do réu; ora, como muito bem diz Hermes Lima, "o criminoso não é apenas um homem a punir, mas igualmente um problema a compreender", fato que em prol de uma dinamização do judiciário prefere-se, eventualmente, esquecer. A despersonalização seria justamente este desprezo pela subjetividade do réu, considerando-o como boi a ser marcado, sendo a 'marca' um dos artigos do código penal. Continua o mestre: "por dosimetria Ferri designava a tendência a conceber a justiça penal num espírito de proporção aritmética: dado tal crime, tal deve ser a pena, quantitativamente considerada, a aplicar-se. Finalmente, a ignorância do réu, do que ele foi, de suas condições pessoais, sociais, do tratamento que deve receber." O direito penal, influenciado pelo paroxismo de legalidade, desumanizou-se.

A matéria torna-se mais interessante quando notamos que este mesmo paroxismo de legalidade, levado às últimas conseqüências (*fiat justitia...*), incumbe-se de abalar os próprios alicerces do Direito. É neste ponto que entra a polêmica questão da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal no **concurso de agentes no infanticídio**. Torna-se essencial aqui, traçar uma observação a fim de ressaltar o seguinte aspecto: não há uma relação direta e objetiva entre as relações de poder e a questão do infanticídio; o que há na realidade é uma estreita vinculação entre as relações de poder e o paroxismo de legalidade, e num *outro plano*, deste último com o infanticídio, o que passaremos a desenvolver mais adiante. Poderíamos pois afirmar o seguinte: Relações de Poder / Paroxismo de Legalidade, e Paroxismo de Legalidade / Infanticídio seriam comportamentos estanques desfrutando de um mesmo elemento que concomitantemente os separaria e uniria: o próprio Pa-

roxismo de Legalidade. O gráfico abaixo ajudará a elucidar a proposição:



Por uma determinação da própria codificação penal, obedecida estritamente, há a criação de uma verdadeira ficção quando se leva a efeito a comunicabilidade aos concorrentes, da condição de caráter pessoal elementar ao crime de infanticídio, qual seja, o estado puerperal. Segundo De Plácido e Silva, puerpera é justamente a expressão que designa a mulher que deu à luz recentemente; é a parturiente. Aplicada a comunicabilidade, conforme indiscutivelmente determina a parte geral do código penal em seu Artigo 30, *fine*, o concorrente responderá pela pena cominada ao crime de infanticídio que é de detenção de dois a seis anos, ao invés de responder pelo crime de homicídio, com pena de reclusão de seis a vinte anos, com a agravante prevista pelo Artigo 61, em sua alínea *h* do item II (ter o concorrente cometido um crime contra, no caso, uma criança). Vale lembrar que esta é a solução propugnada pela grande maioria dos autores, entre os quais: Roberto Lyra, Olavo Oliveira, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Euclides Custódio, Bento de Faria, Celso Delmanto, Damásio de Jesus e Heleno Cláudio Frago. Optam pela incomunicabilidade Nelson Hungria, Galdino Siqueira e Aníbal Bruno.

Se formos seguir uma interpretação da letra da lei, gramatical mesmo (limitação à subsunção...), não há como negar a efetiva comunicabilidade do privilégio do estado puerperal aos demais concorrentes que não a mãe, logicamente. Afirmamos anteriormente todavia, que este estrito cumprimento à letra da lei, imprescindível por um lado para a defesa e segurança dos cidadãos (a 'parte contratante'), acaba por criar um paroxismo de legalidade que trará como conseqüência no presente caso, um abalo a três dos principais alicerces do Direito: a realidade, a moralidade e a lógica. Passemos a analisar o embate entre a ficção legal criada pela comunicabilidade e cada um destes princípios norteadores da estrutura jurídica:

- O paroxismo de legalidade e a realidade: a questão aqui pode ser vista mesmo sob o prisma do senso comum; o paroxismo de legalidade cria uma ficção bizarra: atribui-se a um ser do sexo masculino ou mesmo a uma mulher não grávida o privilégio do estado puerperal, o que representa uma esdrúxula ficção jurídica *juris et de juri*, uma ficção jurídica que despreza de maneira mais completa a realidade dos fatos criando uma realidade paralela, legal, desvinculada; é a prática de um direito autosubsistente, autosuficiente: o ápice do paroxismo de legalidade.

- O paroxismo de legalidade e a moralidade: o direito, levando a cabo esta ficção jurídica, despreza totalmente sua 'herança social' - o que é pior, num campo essencialmente moral - em prol de sua autosuficiência. A aplicação da comunicabilidade vem a favorecer não tão somente aquele que matou uma criança sem a influência do estado puerperal (coisa que por si só já traz um alto grau de reprovabilidade social), mas ainda aquele que induziu, instigou, participou materialmente ou mesmo como co-autor para que uma mãe desse fim à vida de um filho seu.
- O paroxismo de legalidade e a lógica legal: o infanticídio é crime privilegiado que recebe especial diminuição de pena por parte do legislador em virtude de motivos fisio-psicológicos, isto seja, a influência do estado puerperal, efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. Almeida Jr. e O. Costa esclarecem que “os códigos penais, quando fazem do infanticídio um delito *sui generis*, menos grave que o homicídio, levam em conta a perturbação emotiva da mulher... O nosso código, porém, conquanto considere também a perturbação emotiva, exige que ela decorra de um fator fisiológico... nele se incluem os casos em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela ação, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho”. Atribuir a algum concorrente este privilégio por meio de uma ficção jurídica, quebra de maneira irremediável a relação lógica de estabelecimento da mesma.

Parece-me portanto, em face do que aqui foi exposto, que não há como negar esta falha sobremaneira grave do sistema penal. Algumas são as proposições doutrinárias com o propósito de suprir tal lapso, sendo a mais comum aquela que preconiza - como o faz Damásio de Jesus - a transformação de delito de infanticídio “em tipo privilegiado do homicídio. Assim, na definição típica do art. 121 do C.P. teríamos duas formas de atenuação da pena. A primeira, já contida no § 1º... A segunda causa do privilégio seria o infanticídio. Desta forma, o delito autônomo do artigo 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio (§ 2º), no lugar onde se encontra hoje o homicídio qualificado. Assim, a influência do estado puerperal e a relação de parentesco não seriam mais elementares do crime, mas circunstâncias de ordem pessoal e subjetiva. E, nesse caso, incomunicáveis na hipótese de concurso de agentes”.

Não me parece, entretanto, ser esta a melhor orientação - *data maxima venia*. A solução ideal seria a alteração da codificação de modo a criar uma exceção ao estatuído pelo artigo 29, *caput* do Código Penal, o que não descaracterizaria o infanticídio como delito de natureza autônoma, com peculiaridades somente a ele inerentes, e por isso desvinculado do homicídio - como atualmente é e deve continuar sendo. Criaria-se, desta forma, mais uma exceção pluralística à teoria unitária do concurso de agentes, como aliás já ocorre em nosso sistema, por exemplo, quanto aos crimes de aborto, corrup-

ção e falso testemunho.

Caso não seja tomada tal providência - sendo perturbador notar que o recente anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal não o tenha feito - permitir-se-á que se dê continuidade a esta sucessão de absurdos causados por uma limitação à subsunção sem cabimento lógico, moral e destituída de vínculos por mais elementares que sejam com a realidade, fruto de uma – entre tantas outras... – criação legislativa, *permissa venia*, verdadeiramente dantesca.