O DIREITO PENAL E OS REMÉDIOS PROPORCIONAIS ÀS DOENÇAS

TIAGO FARIAS BRAGA

Cadete da PMMG.

Resumo: *Apresenta uma análise do atual modelo de se legislar em matéria penal, vislumbrando a necessidade de se implementar um novo método para esse trabalho, a fim de se diminuir as desproporções entre cura e moléstia nesse âmbito da ciência jurídica .*

Palavras-chave: *Proporcionalidade. Desproporcionalidade. Cura. Remédio. Moléstia.*

1 INTRODUÇÃO

As mudanças político-sociais de um Estado somadas à sua evolução científica e aos seus conseqüentes avanços tecnológicos põem à prova o seu sistema jurídico, impondo-lhe por meio desta dinâmica novos tipos de necessidades jurídicas, e, às vezes, novas medidas de suprimento dessas necessidades, e no caso do Brasil, principalmente em matéria penal, devido ao princípio constitucional da legalidade que resulta na taxatividade e na não admissão de analogia – salvo *in bonam partem*¹ – para a solução de tal matéria.

A evolução, conforme a idéia darwinista, provoca uma seleção dos mais bem adaptados. As transformações sociais requerem modificações jurídicas concomitantes a fim de que o Estado se mantenha na posição de fiel garantidor da ordem pública, adaptando-se às novas hipóteses de violações de direitos e garantias de seu elemento humano – o povo – para

¹ “**In bonam partem**”: a analogia é empregada em benefício do agente” (CAPEZ, 2006, p. 35).

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

a elaboração de eficazes mecanismos de defesa. Para tanto, toda enfermidade estatal deve ser estudada de modo pormenorizado, porquanto semelhantemente às pessoas físicas, pessoas jurídicas também podem vir a morrer em razão de suas moléstias, especialmente em casos de moléstias que afetam a ordem jurídica estatal, que segundo Durkheim², em *O Suicídio* (1897), são as responsáveis pela violência, logo, também pelo suicídio.

2 A DIALÉTICA DOS REMÉDIOS E MOLÉSTIAS

A palavra dialética vem do grego: *dia*, que expressa a idéia de dualidade ou troca, e *léktikós*, que significa capaz de falar. Por isso, assemelha-se com a palavra diálogo, pois *logos* expressa palavra, razão, estudo ou tratado. Contudo, na concepção filosófica da palavra, principalmente na visão hegeliana³, a idéia central da dialética é a de que a morte é criadora.

A visão da morte como geradora nos guia ao movimento, ao processo constante. Essa mesma marcha deve ser procurada na interação entre os remédios e moléstias, no Direito Penal, com o objetivo de extrair a contradição criadora que neles existe, e conseqüentemente, encontrar por métodos científicos a cura que nasce da razoabilidade – proporcionalidade – entre o uso correto e oportuno dos remédios frente à incidência de moléstias.

2.1 Da desproporcionalidade

O atual sistema jurídico-penal do Brasil é frágil, porquanto nenhum legislador, dentro de suas limitações naturais do espaço-tempo e dos limites físicos de um tipo penal, poderia prever com apenas uma tentativa todos os casos possíveis de lesão ao bem jurídico que se pretende tutelar. Todavia, a solução não está em criar tipos os mais genéricos possíveis, porquanto

² Emile Durkheim (1858-1917), sociólogo cuja obra capital, *O suicídio* (1897), define o auto-extermínio como uma questão social, podendo aquele ser anômico, egoísta ou altruísta.

³ Termo que se refere ao que é relativo ao pensamento de Friedrich Hegel (1770-1881), filósofo alemão que desenvolveu a idéia da dialética idealista.

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

pela ultratividade *in melius*⁷ da lei penal, e por isso, obtiveram as progressões de pena para o regime semi-aberto e posteriormente para o aberto. Seria isso um exemplo de uma injustiça legal?

Era imoral que os autores do crime motivador de uma nova sanção mais severa fossem submetidos a uma outra sanção mais branda do que a que deu origem, contudo, não era ilegal. Mas isso só ocorreu porque há falhas no sistema, na medida em que as pessoas estão presas a paradigmas negativos⁸ do uso das fontes do Direito, pois poderia ter ocorrido a previsão dessa possibilidade de sanção mais severa, anterior ao fato delituoso, por parte dos operadores do Direito, agindo preventivamente na proteção escalonada do bem vida de acordo com aspirações sociais. Isso, apesar de ser diverso do usual, não vai de encontro ao conteúdo doutrinário da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale que define que “o Direito se atualiza como fato, valor e norma” (REALE, 2005, p.103), uma vez que só mudaria a questão da previsão do fato em busca de preveni-lo, ao invés do fato já consumado e sua repressão não totalmente eficaz.

Segundo Miguel Reale, o aspecto axiológico da norma marca tanto o valor objetivo a ser atingido, quanto a liberdade do destinatário, ainda que para prática do delito. Desta idéia, percebe-se que o homem é livre para cometer delitos, todavia, em uma perspectiva psicológica, ele os cometerá em virtude da maior quantidade de reforços e menor de punições possivelmente advindas de sua conduta. Logo, é necessário que os juristas tenham condições de deliberar a respeito das aspirações sociais e de como estas devem ser atendidas, criando remédios proporcionais às

⁷ A ultratividade, “possibilidade de uma lei se aplicar a um fato cometido durante a sua vigência, mesmo após a sua revogação...” (CAPEZ, 2006, p. 62), que ocorre em benefício do sujeito ativo do fato delituoso. Conforme Capez (2006), essa categoria de ultratividade é princípio constitucional: “O artigo 5º, XL, da CF, consagrou o princípio da ultratividade *in melius*” (*Ibidem*, p. 62).

⁸ De acordo com a concepção de Thomas S. Kuhn, autor de *The Structure of Scientific Revolutions*, é dentro de paradigmas que decorrem os estudos científicos e a evolução destes, porém se desses paradigmas eclodem anomalias que os contradizem, eles devem ser mudados – revolução científica – porquanto são negativos para a ciência.

moléstias, ou em outras palavras, adequando as conseqüências aos fatos jurídicos e evitando aberrações de um legal não justo.

Carnelutti (2005), em sua obra *Como nasce o Direito*, esclarece que esses problemas entre o injusto legal e o justo ilegal ocorrem devido à desqualificação de grande parte dos operadores do Direito: “no parlamento são os peões que predominam ou podem predominar pelo menos” (CARNELUTTI, 2005, p. 7). Os operadores do Direito devem ser homens competentes e contribuidores para a Ciência Jurídica, observando todos os fenômenos que lhes são de interesse, a fim de buscar com veemência o legal cada vez mais próximo do justo, procurando criar no sistema jurídico de forma preventiva remédios proporcionais às doenças daquele. Os operadores do Direito devem agir profilaticamente sobre as doenças jurídicas, utilizando mais vacinas do que soros, pregando a prevenção em primeiro lugar, na medida em que esta é muito mais eficiente do que a repressão.

Imagine, por exemplo, o caso de um indivíduo que constranger uma mulher, por meio de dope, a fazer inseminação artificial. Diante desse fato, têm-se dois problemas a serem solucionados:

Problema 1 - O que se pode fazer para combater a gravidez indesejada?

Antes far-se-á uma interpretação progressiva do disposto no Art. 128, II, do CP, que permite o aborto praticado por médico no caso de gravidez resultante de estupro, e, adaptar-se-á a situação às mudanças político-sociais e tecnológicas para fazermos uma analogia *in bonam partem*, resolvendo-se o caso da gravidez indesejada.

Problema 2 - Qual delito cometeu o agente da inseminação forçada?

Toma-se como base o art. 213 do CP que tipifica o Estupro: “*Constranger mulher a praticar conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*” (grifo nosso).

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

Claramente se percebe que faltou a elementar *conjunção carnal*, e portanto, a conduta não está tipificada no artigo supramencionado.

A seguir, pode se observar o Atentado Violento ao Pudor, delito do art. 214: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*” (grifo nosso), também não se enquadra nesse artigo uma vez que o ato da inseminação artificial diverge da elementar retrogrifada.

Logo, não se enquadrando nos crimes contra a liberdade sexual, passa-se para os crimes contra a liberdade pessoal, e só se consegue enquadrar a conduta em questão no art. 146, que tipifica o delito de Constrangimento Ilegal: “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe 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*”.

A questão é que, do segundo problema acaba nascendo um terceiro, que é a desproporcionalidade entre remédio e moléstia, pois a pena do art. 146 é de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa, sendo ínfima para combater a conduta de alguém que, de modo ardil, provocou uma gravidez indesejada e a conseqüente morte de um ser inofensivo, fato que gera novamente o injusto legal; a única diferença é que dessa vez alguém está pensando antes do fato ocorrer, oportunizando a prevenção desse remédio desproporcional por meio da criação de um proporcional, seja ele fruto de uma qualificação da pena do art. 146, ou até mesmo de um novo tipo penal.

2.2 Da proporcionalidade

Semelhantemente aos exemplos retroavaliados, pode-se trazer à tona uma nova discussão sobre cura e moléstia voltada para o âmbito do Direito Penal Militar, pensando neste como um direito penal especial que se ocupa originariamente com a tutela dos diferenciados valores militares, e por isso, deve combater e responder proporcionalmente

todos os casos de indisciplina que estiverem sob sua responsabilidade e controle, que é questão da existência da figura do precedente em algumas Instituições Militares, mas sua inexistência no Código Penal Militar⁹, o que aparenta também poder gerar casos graves de desproporção entre moléstia e cura jurídicas.

Precedente, segundo o Dicionário Larousse, refere-se àquele “que precede”, ou, de um modo mais abrangente, possui “antecedência no tempo, na ordem ou no lugar”. Desta definição pode-se extrair o significado castrense do termo: precedência é a relação de antigüidade e preferência que existe entre dois ou mais militares. Quando essa relação decorre de indivíduos de diferentes postos ou graduações, é facilmente compreendida, pois sempre o de maior guardá-la-á sobre o de menor, exceto no caso particular da PMMG dos Alunos do Curso de Habilitação de Oficiais (CHO) em relação aos Cadetes, alunos do Curso de Formação de Oficiais (CFO), o que, até acabar o período de vacância da Lei complementar 95¹⁰, dependerá do ano em que um cadete esteja para ser precedido ou precedente de um determinado aluno do CHO. Porém, quando decorre de pessoas dos mesmos postos ou graduações, utilizar-se-á o critério da antigüidade¹¹.

⁹ Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969.

¹⁰ Lei complementar 95, de 17 de janeiro de 2007, que alterou o disposto no artigo 9º, II, do Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais (antigo EPPM), elevando os cadetes do último ano do CFO e os alunos do CHO a condição de superiores hierárquicos em relação aos cadetes dos demais anos. A relação de precedência de um aluno do CHO para um cadete, antes da referida lei, se dava de acordo com as seguintes condicionantes: se o cadete estivesse no primeiro ou no segundo ano, o aluno seria precedente e o cadete precedido; se o cadete estivesse no terceiro ano, seria o contrário. Com o advento da nova lei, somente a última condicionante terá valor – Art. 9º Parágrafo Único, EMEMG.

¹¹ Critério que distingue um militar em relação a outro, conferindo prerrogativas e deferências ao mais antigo em relação ao mais moderno. Dentro da PMMG, a antigüidade de cada posto ou graduação será regulada, de acordo com Art. 12 da Lei 5301, de 16 de outubro de 1969.

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

As bases de quaisquer instituições militares são a hierarquia e a disciplina, e portanto são os bens que mais devem ser veementemente tutelados pelo instrumento jurídico que define os crimes militares e comina suas respectivas penas. A hierarquia “é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das IMEs¹²” (§ 1º, art. 6º, CEDM¹³) e a disciplina “é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia” (§ 2º, art. 6º, CEDM). Logo, uma ofensa a esses princípios vai muito além de uma chaga pessoal provocada de um subordinado para um superior, mas constitui um ataque letal aos valores de uma Instituição Militar que compromete sua estrutura, credibilidade e eficiência.

O Direito Penal é originariamente hierárquico, pois comina penas de acordo com o escalonamento valorativo dos bens a que visa tutelar. Nesse prisma, percebe-se que o Direito Penal Militar tem uma hierarquia diferente do Direito Penal comum, devido a seus diferenciados princípios e peculiaridades, valorizando acima de tudo a soberania nacional, a hierarquia e a disciplina, abrangendo até a pena de morte para quem atente contra tais valores em tempo de guerra.

O título II do CPM¹⁴ trata dos “Crimes contra a autoridade ou disciplina militar”, os quais estão relacionados com um dano ou um perigo de dano à hierarquia e/ou disciplina militar. Dentro do título mencionado, mais especificamente nos artigos 160 e 163, estão respectivamente previstos os crimes de desrespeito a superior e recusa de obediência. Tais delitos, conforme as próprias indicações de seus nomes, definem uma grave ofensa à autoridade e à disciplina militar. Contudo, esses crimes só abrangem o desrespeito a superior e a recusa de obediência de ordem de superior, parecendo, portanto, não alcançar às figuras dos precedentes,

¹² Instituições Militares Estaduais.

¹³ Lei 14310, de 19 de junho de 2002, dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais.

¹⁴ Código Penal Militar.

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

isso claro, e mais ainda, pelo disposto no art. 11 da Lei estadual 5.301, Estatuto de Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que regula a precedência hierárquica:

Art. 11...

I -“Pelo posto ou graduação”;

II - “pela antigüidade no posto ou graduação salvo quando ocorrer precedência funcional, estabelecida em lei ou decreto” (grifo nosso).

Dentro da perspectiva psicológica de reforços e punições que o indivíduo analisa para o cometimento de um delito, a autoridade e a disciplina nos cursos de formação militares estão asseguradas, na medida em que um desrespeito a um precedente, além de ocasionar um problema de cunho administrativo, também culminará em um problema penal, o que preserva a ordem da estrutura pedagógica militar e vislumbra um exemplo claro de proporcionalidade entre cura e moléstia, na medida em que todas as condutas que forem de encontro à disciplina e hierarquia militar – bens tutelados em questão – serão abrangidas pelo conceito de superior e pelos demais dispositivos legais já mencionados.

Além dos dois delitos discutidos, há várias outras hipóteses de proporcionalidades que podem nascer da existência do conceito de superior no CPM, e.g. os casos de majoração de pena para ofensas direcionadas a superior como o das disposições comuns previstas no inciso II do art. 218¹⁷ do CPM para os crimes contra honra, e, o art. 157¹⁸ que trata da violência contra superior, o 175¹⁹ da contra inferior, mas não há nenhum artigo que se refira à violência contra pares, mas todos esses casos serão abrangidos pelo conceito de superior, eliminando a vergonhosa idéia do injusto legal por meio de um remédio eficaz.

¹⁷ Art. 18...

II - “ contra superior”;

¹⁸ Art. 157. “Praticar violência contra superior”:

Pena - “detenção, de três meses a dois anos”.

¹⁹ Art. 175. “Praticar violência contra inferior”:

Pena - “detenção, de três meses a um ano”.

Segundo Álvaro Lazzarini²⁰, militares são operadores do direito, “pois, inegavelmente, exercem uma atividade jurídica do Estado”, quer na preservação da ordem pública, quer na defesa da pátria contra o inimigo externo. Eles visam assegurar os direitos constitucionais e viabilizar o usufruto desses direitos, por meio da garantia da lei e da ordem. Contudo, o militarismo só existe onde há hierarquia e disciplina, pois onde esses pilares inexistem, o militarismo não pode se fundar. Sendo assim, os casos de insubordinação e indisciplina devem ser abominados no meio militar, uma vez que se assim não o forem, o sistema militar estará fadado ao insucesso, em detrimento simultâneo da sociedade que é a principal receptora dos serviços desses operadores do direito. Logo, no meio do Direito Penal Militar, mais do que em qualquer outro, os remédios devem ser assaz eficientes e proporcionais às doenças que hão de combater.

Recursos como a possibilidade de interpretação analógica²¹ e a qualificação de crimes devem ser freqüentemente utilizados ao se elaborar uma nova lei, porquanto agem de uma forma preventiva abrangendo proporcionalmente uma enorme quantidade de moléstias. Os recursos devem ser explorados, tendo-se em vista a perfeita visão de Silva Franco, citada por Fernando Capez: “cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade do Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade...” (CAPEZ, 2006, p. 42).

3 CONCLUSÃO

Existem vários remédios desproporcionais latentes no sistema jurídico brasileiro que eclodem devido ao modelo repressivo de se operar a máquina legislativa, logo, faz-se necessária a implantação de um modelo

²⁰ Renomado jurista, organizador da 7ª edição do conjunto de códigos de CPM, CPPM, Estatuto dos militares e CF, da editora Revista dos Tribunais.

²¹ “Após uma seqüência casuística, segue-se uma formulação genérica, que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados (p. ex., crime mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe; a expressão ‘outro motivo torpe’ é interpretada analogicamente...)” (CAPEZ, 2006, p. 35).

O Direito Penal e os remédios proporcionais às doenças

preventivo de ação, e que por meio deste, os legisladores – operadores primários do Direito – sejam suficientemente qualificados para compreenderem que a entropia tendente do Universo também se aplica à Ciência Jurídica, e que sendo assim, todo sistema jurídico deve sofrer modificações concomitantes às da sociedade, da política e das outras fontes científicas, cabendo aos operadores do Direito, principalmente aos legisladores, a responsabilidade da elaboração dessas modificações de forma eficiente e atualizada.

Deve-se viabilizar um novo sistema jurídico, no qual permaneçam os operadores do direito que se dedicam à sua função e a exercem com proatividade, e excluam-se aqueles que trabalham de forma desidiosa e negligente, a fim de garantir a função teleológica da lei e impedir a anomalia do injusto legal.

Torna-se evidente que não se pode tratar um comércio virtual somente com as regras comuns de compra e venda, da mesma forma, não se pode manter o paradigma negativo da repressão como único meio de legislar penalmente, porquanto estamos contextualizados dentro do sistema *Civil Law*²² cuja conformidade com a reserva legal e com a anterioridade da lei penal²³ é irrefutável. Logo, não se admite a retroatividade penal *pro societa*²⁴, o que consolida uma necessidade de se modificar o modelo de legislar repressivamente.

²² Tipo de ordenamento jurídico da tradição latina ou continental que “caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito” (REALE, 2005, p.142).

²³ Capez (2006) define o princípio da legalidade (artigos 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal) como gênero que se divide em duas espécies: “o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (...) e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (...)” (CAPEZ, 2006, p. 37).

²⁴ Retroação da lei penal, em benefício da sociedade, mas em detrimento do agente.

Tiago Farias Braga

É necessário que se incuta em cada jurista a consciência da grandiosidade de seu papel científico de identificar e apontar remédios proporcionais e eficientes para todas as hipóteses de moléstias jurídicas, principalmente as penais, mantendo uma constante atualização e revisão da legislação vigente, com o intuito de prevenir aberrações jurídicas e de viabilizar a integração de todos os órgãos componentes do sistema jurídico, por meio de um sinergismo onde cada órgão exerce harmonicamente sua função, auxiliando e complementando a dos demais, na medida em que somente desta forma serão obtidos os remédios proporcionais às doenças e promover-se-á a mais pura e cristalina justiça.

***Abstract:** It presents an analysis of legislation current model in penal law subject, showing the need of it introduces a new method for this work, with the objective of it reduces the disproportion between cure and disease in this scope of law science.*

***Key-words:** Proportion. Disproportion. Cure. Remedy. Disease.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Texto Constitucional de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 01/92 a 45/04. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Edição 2006.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Edição 2006.

_____. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969. Edição atualizada até 02 de janeiro de 2006.

_____. **Lei de Crimes Hediondos**. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**; parte geral. São Paulo: Saraiva. 10.ed., 2006, p. 589. v.1.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2005.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p.340.

MINAS GERAIS. **Estatuto de Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - EPPM**. Lei 5301, de 16 de outubro de 1969.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva. 27. ed., 2005, p. 391.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 3132.