

A AUTOLESÃO, O ESTELIONATO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Sebastião Borges de Albuquerque Mello*

Resumo: O Código Penal considera estelionato a conduta de quem ofende a própria integridade física, com o intuito de obter a indenização do seguro. A referida criminalização deve ser interpretada à luz dos princípios da intervenção mínima, lesividade, e, sobretudo, do respeito à dignidade da pessoa humana. Logo, não é compatível com a intervenção penal própria de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estelionato. Seguro. Dignidade humana. Lesividade.

Abstract: The Criminal Code considers swindling the conduct of who offends yourself, in order to obtain compensation insurance. Such criminalization should be interpreted according to the principles of minimal intervention, harmfulness and, above all, respect for human dignity. Consequently, is not compatible with the very criminal intervention of a democratic state.

Keywords: Swindling. Insurance. Human dignity. Harmfulness.

Sumário: 1. Eficácia dos princípios penais. 2. Três palavras sobre humanidade, lesividade e fragmentariedade. 3. O art. 171, § 2º, V do Código Penal analisado à luz dos princípios penais. Referências.

1 Eficácia dos princípios penais

Certa vez, um colega advogado afirmou categoricamente que os princípios são instrumentos utilizados pelas partes quando a lei não lhes favorece, pois, se favorecesse, não seria preciso recorrer a ditos princípios; bastaria recorrer à lei.

* Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFBA, Professor Adjunto de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da UFBA, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

Tal assertiva, interpretada literalmente, poderia ser vista como uma visão positivista, de cega obediência a um texto legal, que reduz a força normativa dos princípios, mas, em certa medida, não deixa de ser verdadeira, pelo menos em parte, pois os princípios norteadores de qualquer subsistema constitucional, como é o Direito Penal, carecem de concretização para serem aplicados em cada caso concreto. Como leciona Larenz, os princípios não são meras regras gerais, eles carecem, antes, e sem exceção, de ser concretizados.¹

Em outras palavras, se o princípio carece de concretização, não é ele aplicado de forma direta e imediata; ele se revela no texto das demais regras jurídicas, e se expressa por intermédio da lei. Um princípio, na verdade, é a concretização de um valor porque traz um indício de consequência jurídica, e não a consequência jurídica propriamente dita.²

Desta forma, há de se concordar com o fato de que, se a lei revela um princípio, não é preciso recorrer ao mesmo, pois a regra jurídica – contida na lei – termina por concretizar os valores subjacentes, sendo desnecessário recorrer ao juízo de abstração decorrente dos princípios, se o mesmo encontra densificado no texto positivado.

Todavia, como as regras legais são densificação dos valores contidos nos princípios que as inspiram, não se pode negar seu caráter finalístico condicionante, inclusive materialmente, no conteúdo das normas. Como afirma Humberto Ávila,³ “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.

E a realização desse fim, como diz Canotilho,⁴ revela-se nos princípios através de funções de natureza negativa e positiva, limitando, de um lado, a introdução no sistema jurídico de regra jurídica cujo conteúdo confronte de forma incontornável com os princípios, e informando, impondo positivamente a atuação do legislador no momento legiferante em determinado sentido.

Esta dimensão negativa e positiva dos princípios, ora limitando, ora determinando, em confronto com diversos outros princípios e normas jurídicas resultarão, inexoravelmente, numa verdadeira função de hermenêutica, pois, conforme já tivemos oportunidade de comentar,⁵ “é com base nos princípios que

¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674.

² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 128.

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 70.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 178.

⁵ MELLO, Sebastião Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microsistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004. p. 103.

deve ser feita a interpretação das normas penais. Os princípios exercem esta função hermenêutica não só sistemática, de modo a conduzir à interpretação que melhor se aproxime da idéia de Direito, mas também prospectiva, em face de sua estrutura, que não contém uma consequência jurídica imediata, permitindo que seu conteúdo possa ser adotado numa interpretação evolutiva”.

Desta forma, um princípio não é mera tertúlia acadêmica nem refúgio de descontentes com a lei. É na verdade, a *prima ratio*, a primeira concretização normativa de um valor, é um fundamento das regras, com força prospectiva, revelando o conteúdo e o limite das demais normas, como seus alicerces.

Daí que prevalece a máxima de que as normas não se encontram soltas no ordenamento jurídico: a análise isolada de uma norma, despida de uma análise conjunta das regras com as quais a mesma se relaciona, bem como dos princípios fundadores e limitadores, significa fazer um recorte inaceitável na análise da situação posta em exame. A beleza de uma pessoa não se vê pela análise apenas do umbigo nem a qualidade de um time de futebol se observa apenas pela análise de um jogador. O direito no caso concreto não se revela apenas numa regra.

Diante de um caso, não se aplica uma regra, mas todo o ordenamento jurídico, valendo-se da máxima da *Gestalt*: não se vê partes isoladas, mas relações, uma parte na dependência de outra parte. As partes são inseparáveis do todo e são outra coisa que não elas mesmas, fora desse todo.⁶

Desse modo, não se pode descartar a eficácia inexorável dos princípios na análise da legislação e do caso concreto, tão importante para soluções de questões em que o desvalor da ação e do resultado são únicos e irrepetíveis, bem como o juízo de censura sobre o autor, amiúde não cabendo nas grades seletivas que os tipos penais encerram. Nessa ordem, a força normativa dos princípios irá conferir sentido a casos concretos que, embora idênticos do ponto de vista da lógico-formal do tipo, são distintos do ponto de vista teleológico e axiológico, na ordem sistemática de uma ordem jurídica fundada em princípios gerais de Direito.

2 Três palavras sobre humanidade, lesividade e fragmentariedade

Para análise da hipótese que propusemos comentar, cabe discorrer brevemente sobre três princípios fundamentais de Direito Penal: humanidade, lesividade e fragmentariedade.

⁶ BOCK, Ana Maria. *Psicologias*. Uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 50-57.

O princípio penal da humanidade é uma densificação de um princípio fundamental de toda ordem jurídica – a dignidade da pessoa humana – cristalizado não só no preâmbulo da Carta Magna, como trazido como fundamento da nossa República Federativa. Nesta condição, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido, valor e concordância com o sistema de direitos fundamentais. Salienta Jorge Miranda⁷ que “os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”.

Falar da dignidade como fundamento, como ressalta Moraes,⁸ significa, de um lado, estabelecer um direito individual protetivo em relação ao Estado e demais indivíduos (verdadeiros limites negativos), bem como o dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Entendemos, porém, que tal direito vai além disso: passa, necessariamente, no sentido positivo, de assegurar condições mínimas de exercício de sua condição humana, e na vedação de medidas que pretendam limitar ou até mesmo retirar esse mínimo que é assegurado a todo ser humano.

No entanto, é relevante salientar que, no momento histórico em que a ordem jurídico-constitucional atribuiu a toda e qualquer pessoa uma esfera de liberdade individual contra ingerências ilegítimas do poder constituído, considerou o ser humano como titular de um mínimo de condição de existência, que se tornou verdadeiro limite e substrato, indisponível, inalienável e inderrogável, da intervenção penal.

O mínimo existencial pertence a todo e qualquer homem, independente de pertencer ele a qualquer classe ou condição. Isso significa, como pondera Dieter Grimm,⁹ que a universalidade dos direitos fundamentais aparta-se das antigas formas jurídicas de proteção de direitos, porque seus titulares são todos os homens. Ao revés, as antigas liberdades jurídicas não se alicerçavam na condição humana, e sim, como visto, num *status* socialmente determinado ou na inclusão em determinada corporação. A proteção dos indivíduos, portanto, nunca era feita de modo universal, eram direitos de caráter particular, mais semelhantes à ideia de privilégio do que de direitos fundamentais.

Na esfera penal, costuma-se tratar o princípio da humanidade como um limite negativo à imposição de determinados tipos de sanção penal, consideradas cruéis ou que privam o condenado do mínimo de dignidade humana. Mas não é só. O princípio da humanidade significa também imposição de limites em preceitos penais incriminadores de condutas que são apenas e tão-somente reve-

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 166-167.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 50-51.

⁹ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006. p. 78.

ladoras de uma condição humana indigna, ainda que no processo de criminalização primária, através da lei. A lei, criminalizando certas condutas, na verdade não criminaliza o desvalor da ação ou do resultado, mas criminaliza a condição de privação de indignidade revelada por trás desta conduta.¹⁰

O princípio penal da lesividade não pode deixar de ser relacionado com o da dignidade da pessoa humana. A máxima, como ensina Roxin, de que só pode ser castigado o comportamento que ofenda direitos de outras pessoas e não apenas comportamentos imorais ou pecaminosos é um desdobramento inevitável do princípio da legalidade, e também da humanidade, pois é em face do princípio da lesividade que podemos exercer livremente nosso direito de ser e de estar, sem que o Estado possa interferir nessas escolhas.

Ferrajoli sustenta o princípio da lesividade na necessidade das penas, que também desemboca na dignidade humana, ao afirmar que o princípio axiológico de separação entre direito e moral impõe, para a maior tutela da liberdade pessoal de consciência, de autonomia e de relatividade moral, a tolerância jurídica de toda conduta não lesiva a terceiros.¹¹ Prieto Sanchis assevera que a separação entre pecado e delito implica que o Estado somente deve intervir quando se lesionam bens sociais, não podendo interferir em questões de fé e moral.¹²

Deriva, em certa medida, do princípio da humanidade a idéia, concernente ao princípio da lesividade, de que a autolesão é impunível. Como se sabe, uma das concretizações do princípio da lesividade é a proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. Tal postulado arrima-se na ideia de que “*nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo*”.¹³

Este princípio, embora não explícito, pode se verificar pela densificação de princípios constitucionais. Como sustenta Smanio,¹⁴ o direito à liberdade de ser e de pensar, a obrigatoriedade da tolerância ideológica, da igualdade, bem como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana veda a consideração do fato criminoso como mero indício da personalidade ou da periculosidade do

¹⁰ Neste sentido, como absolutamente violadores do princípio da humanidade, o art. 59 da Lei das contravenções penais, ou também o art. 247, IV do Código Penal.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 374.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración. In: PECES-BARBAMARTINEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II – siglo XVIII, v. II – La filosofía de los derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2001. p. 144.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*, teoria geral do direito pena. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 226.

¹⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, 2002. p. 143.

sujeito. Assim, a partir do momento em que é assegurado, a cada ser humano, o direito à liberdade, como princípio básico do Estado Democrático de Direito, não se pode incriminar condutas que representem mera expressão dessa liberdade, que não interfiram em qualquer bem jurídico alheio, por mais escandalosas ou desviadas que sejam.

E nesse sentido sustenta Paulo Queiroz¹⁵ ser razoável pretender, no âmbito extrapenal, que se previnam condutas lesivas de bens jurídico próprios; mas pretender coibi-las através da sanção penal é uma violência injustificável, primeiro, pela faculdade penal de dispor, por ato próprio, de qualquer bem jurídico que lhe pertença, desde que terceiros não sejam atingidos, e segundo, pela completa inutilidade da pena.

Por outro lado, o princípio da fragmentariedade, também chamado de intervenção mínima ou *ultima ratio*, implícito em nossa ordem jurídica mas evidentemente. Como sustenta Bittencourt,¹⁶ “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”. Significa, como sabido, que a intervenção penal, por significar uma medida extrema, só pode ter incidência quando indispensável, ou seja, quando as medidas extrapenais forem insuficientes para solucionar o conflito.

Daí surge a conclusão de que só devem ser tuteladas penalmente as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, com dimensão constitucional. Podendo o conflito ser satisfeito sem necessidade da intervenção penal, torna-se a mesma desnecessária. Luiz Luisi¹⁷ reconhece que nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio não se encontra explicitado, porém, citando Everaldo Cunha Lima, entende que o referido princípio seria imanente, pois vinculado a outros postulados imanentes e com os fundamentos do Estado de Direito. Adiante, o referido autor considera que o referido princípio seria uma densificação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), em conjunto com o art. 5º, *caput*, da Carta Magna, que consagra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O princípio da humanidade é explícito; a lesividade e a intervenção mínima, implícitos, porém revelados em face dos demais princípios regentes na Constituição de 1988. Estes princípios penais, como os princípios de um modo geral, só encontram seu sentido próprio apenas numa combinação de comple-

¹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998. p. 109.

¹⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

¹⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 25.

mentação e restrição recíprocas,¹⁸ sentido este que torna alguns dispositivos do Código Penal incompatíveis com o restante do subsistema, como é a hipótese da fraude para recebimento do valor do seguro.

3 O art. 171, § 2º, V do Código Penal analisado à luz dos princípios penais

Uma das formas equiparadas de estelionato, previstas no art. 171, § 2º, V, do Código Penal, é a fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro, fazendo incidir nas mesmas penas do estelionato quem “*destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro*”.

É constante, nas salas de graduação, a pergunta se tal dispositivo representaria a incriminação da autolesão, ao que vem a resposta automática, não pensada, de que tal incriminação não viola tal princípio porque o bem jurídico de tal crime, na verdade, seria o patrimônio da seguradora, como entendimento pacífico da doutrina.¹⁹

Em outras palavras, a lesão a um bem jurídico próprio (seja seu próprio patrimônio ou sua própria integridade física) seria incriminada porque afetaria a um bem jurídico de terceiro, através de um meio fraudulento, que induziria em erro a empresa de seguro. Não se pretende discutir, aqui, a destruição ou ocultação de coisa própria, que trata apenas de questão patrimonial. No que concerne, porém, à lesão ao próprio corpo ou o agravamento do mal preexistente, ainda que praticada com único e exclusivo intuito de receber o valor da indenização pela autolesão, há uma flagrante incompatibilidade com os princípios penais fundamentais.

A fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro é uma modalidade equiparada de estelionato, cujo tipo objetivo, previsto no *caput* do art. 171, é composto pelo polinômio: a) vantagem ilícita; b) prejuízo alheio; c) indução ou manutenção de alguém em erro; d) fraude.

Trata-se de crime material, em que a obtenção da vantagem e o dano alheio são indispensáveis para a consumação do crime, regra que se repete para as demais formas equiparadas, desde a fraude na entrega de coisa até a emissão

¹⁸ CANARIS, cit., 92-93.

¹⁹ Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 543; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte especial*. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 443 e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 293.

dolosa de cheque sem fundo, pois as figuras contidas no parágrafo 2º do art. 171 submetem-se à mesma principiologia do tipo fundamental, previsto no *caput*.²⁰

No que tange, porém, à fraude para recebimento do seguro, a lei estabelece uma exceção. Com efeito, segundo doutrina pacífica,²¹ neste caso o crime é formal, consumado com a mera ação física de lesar ou agravar o próprio corpo ou a saúde, independentemente da obtenção da vantagem financeira almejada.

Sendo crime formal, confere o legislador tratamento mais severo e gravoso a tal modalidade de estelionato, visivelmente desproporcional às demais modalidades de estelionato, previstas no *caput* e suas formas equiparadas.

Um pequeno exemplo demonstra tal incongruência: quem lesa o próprio corpo, com o objetivo de receber o valor do seguro, consome o crime independentemente da obtenção da vantagem, ao passo que um sujeito que simular uma lesão inexistente, com o fim de receber o mesmo prêmio, só irá consumir o crime quando receber o valor da indenização. Enfim, quando a lesão é real, o estelionato está consumado sem que o recebimento do valor do seguro integre o tipo. Quando a lesão é simulada, só vai haver consumação com o recebimento do valor do seguro. Se ambos fracassarem no seu intento, quem lesou-se responderá pelo crime consumado. Quem simulou a lesão, por tentativa.

Só este fundamento, com base na proporcionalidade, demonstraria o disparate proporcionado pelo tratamento jurídico-penal de tal ilícito. Mas não há de se falar aqui apenas de proporcionalidade. Há flagrante violação aos demais princípios penais, como se verá.

Um contrato de seguro, na forma do art. 757 do Código Civil, é aquele pelo qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

O artigo 761 do Código Civil, por sua vez, estabelece que “nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou do representante de um ou de outro”.

Vê-se, portanto, que a lei não assegura direito ao pagamento do valor do seguro quando o sinistro for provocado por ato doloso do segurado. E um seguro de acidentes pessoais, por exemplo, não cobre lesões corporais leves, e sim modalidades de lesões corporais graves e gravíssimas, escalonadas, atribuindo-se um valor a cada tipo de lesão, isentando as seguradoras de qualquer responsabilidade quando a lesão for provocada dolosamente pelo segurado.

²⁰ Cf. PRADO, cit., p. 535.

²¹ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 405; PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 545; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial*. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 445 e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 294.

Nesta ótica, a fraude para recebimento do seguro – quando se trata de lesão à própria integridade física – não se justifica, em face do princípio da intervenção mínima. Com efeito, o Direito Civil já exige o segurador de pagar o valor contido na apólice quando o dano for causado por ato doloso do segurado. E há acerto nessa medida, em face do caráter aleatório que caracteriza o contrato de seguro, fundado no risco. Assim não fosse, o corpo seria uma mercadoria para a qual o seguro paga um preço, seja qual fosse a causa do sinistro, e este não é o objeto nem a causa do contrato de seguro. Como salienta Noronha,²² as empresas de seguro privado e os institutos de previdência social são obrigados a ter um capital, “*possuir um patrimônio próprio, com o qual fazem face às responsabilidades assumidas e que por isso deve ser defendido*”.

Mas, ao lesar o próprio corpo, o segurado já não seria suficientemente penalizado pelo não pagamento do valor do seguro, aliado às consequências da lesão em si mesmo causada? Se a intervenção penal apenas deve ocorrer quando não houver outro modo satisfatório de resolver o conflito, como se entender necessária tal medida em relação ao segurado, que já castigado, no próprio corpo, pela sua fraude?

A gravidade e intensidade da intervenção penal na vida do cidadão não se justificam quando o sujeito que lesa a si mesmo, e se vê fracassado no recebimento de sua recompensa – o valor segurado. As marcas, quase sempre indelévels, do dano causado à própria saúde ou integridade física trarão, a cada instante, lembranças ao sujeito do seu infortúnio. Sua necessidade financeira não atendida, e o corpo, agora, menos saudável do que antes, farão com que a situação do sujeito seja consideravelmente pior depois da fraude, do que antes da mesma. E o corpo e a saúde não são bens eternamente renováveis; certamente o sujeito não tentará mutilar-se novamente, ciente do fracasso anterior. Não há pena que represente prevenção especial melhor do que aquela previamente incidente sobre o próprio corpo do segurado, que trará sempre consigo as marcas do seu ilícito.

Mas poder-se-ia argumentar pelo exemplo, pela prevenção geral. Não obstante as objeções já conhecidas a este tipo de finalidade da pena,²³ a intimidação (prevenção negativa) já ocorre pela notícia do infortúnio do fraudador, penalizado pela lesão da sua integridade física, sem a cobertura do seguro realizado, já por si só capaz de produzir mais efeito dissuasivo do que a pena em si, que representa um castigo em excesso. A confirmação da ordem institucional e dos valores positivados (prevenção positiva) também não justifica a aplicação da pena, pois não se pode dizer que um caso concreto inexitoso não seja por si só suficiente para manter a confiança institucional no ordenamento jurídico.

²² NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 400.

²³ No aspecto, Roxin, problemas fundamentais, p. 23 e 24.

Nem mesmo uma visão retribucionista consegue justificar a necessidade da intervenção criminal a quem causou um mal a si mesmo maior do que o que o Estado iria causar com a pena. Desta forma, o conflito resta suficientemente resolvido pelas esferas extrapenais de intervenção, bastando o não pagamento pela vítima para que se exclua por completo a necessidade da pena. No aspecto, vale citar a lição de Ferrajoli:²⁴

Se o Direito Penal responde tão somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo Direito Penal.

No caso, a reação social e jurídica (na esfera do Código Civil e dos Contratos) dispensam a intervenção penal, que apenas e tão-somente causará mais dor ao condenado, sem que haja qualquer interesse na exacerbação de seu castigo pessoal.

Por outro lado, em face do princípio da lesividade, não se pode entender compatível com a sanção penal a fraude para recebimento do seguro, na forma com a qual é colocada. Na verdade, antecipar a consumação do crime mesmo que não haja lesão ao patrimônio da seguradora representa, de forma travestida, a incriminação da autolesão, pois, do cotejo com a probabilidade de lesão ao patrimônio da seguradora, e a certeza da lesão à integridade física do fraudador, a maior lesão quem sofre é o autor do fato, e não a vítima.

Invoca-se o princípio da lesividade, não para alegar que se cogita de uma conduta interna, nem que se trata de um estado ou condição existencial, nem mesmo de uma conduta que não excede o âmbito do próprio autor.

Na verdade, invoca-se aqui a lesividade porque, não logrando o autor êxito no seu intento, o patrimônio da seguradora já está suficientemente protegido e resguardado, pois sequer haverá lesão, apenas um perigo não concretizado.

Ademais, as consequências do ilícito são, independentemente da pena, mais gravosas para o infrator do que para a vítima.

Por fim, não se compatibiliza tal incriminação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como dissemos linhas atrás, a humanidade penal não é apenas um limite negativo à imposição de certos tipos de pena, mas também uma vedação a incriminação que revele, por si só, uma condição desumana ou indigna. A dignidade, não resta dúvida, é bem indisponível.

Imaginemos então a situação de alguém que lesa o próprio corpo por dinheiro. O que levaria alguém a tomar tal atitude? Ganância, usura, ambição, amor ao dinheiro fácil? Certo que não. A autolesão, ainda que para receber dinheiro, não é um ato de cobiça, mas de desespero, porque vai de encontro à própria natureza humana e ao instinto de preservação. Quem comete tal ato

²⁴ Ferrajoli, cit., p. 373.

certamente é motivado por uma necessidade premente e urgente de dinheiro, a tal ponto que o mesmo é capaz de mutilar-se para tanto.

Ninguém, nenhuma pessoa deseja, como ideal de felicidade, ter partes do seu corpo mutiladas ou doenças agravadas, com comprometimentos sérios e até permanentes à saúde, mesmo que isso represente um acréscimo financeiro. Na lesão dolosa ao próprio corpo, o segurado, ainda que ganhe dinheiro, sai perdendo, pois dinheiro é bem fungível, e sua integridade física pode ficar definitivamente comprometida.

Não tendo o segurado de onde obter recursos, apela para o que mais íntimo e pessoal: sua integridade física, e, com ela, sua dignidade. Não é a cupidez que impulsiona um ato que atinge, muitas vezes em caráter permanente, a saúde do “ofensor”, mas sim a ausência de perspectivas, uma situação econômica crítica, a ponto de tornar seu próprio corpo uma fonte de recurso.

Causado o mal em si mesmo, aciona a seguradora, que, descobrindo a fraude, nega-se a pagar o valor estipulado na apólice. O sujeito, então, depara-se com a lesão causada ou agravada, com a saúde debilitada, talvez de forma permanente, e se vê castigado, não pelo fracasso do seu meio fraudulento, mas pelas conseqüências infrutíferas do seu ato de desespero, que acarretará, inevitavelmente, o arrependimento.

O dinheiro não pagará o dedo, a mão, a visão, a audição, a saúde e a integridade física, ainda que o segurado quisesse trocá-los por dinheiro da seguradora. O sujeito, agora com a saúde agravada e sem o valor decorrente da apólice, sai da história perdendo, pior do que entrara.

O mal à sua saúde já foi causado, e ele não recebeu o valor do seguro. O sujeito se vê, sem dinheiro e sem saúde. As conseqüências da lesão já não são suficientes para tornar a sanção penal desnecessária? Necessário um castigo a mais? O legislador de 1940 entendeu que sim. O Direito Penal “premia” tal sujeito, que, na última esperança de obter recursos, lesa sua integridade física, com pena idêntica à do estelionato, sem necessidade de causação de prejuízo alheio.

Tal dispositivo legal flagrantemente viola o princípio da humanidade. Ele revela apenas o caráter seletivo do sistema, incriminando uma conduta que expõe, revela, manifesta a clara situação de indignidade que vive alguém desesperado em busca de recursos financeiros, ainda que às custas do próprio corpo. É a coisificação do homem, o desrespeito à mínima condição humana, em que o homem deixa de ser um fim em si mesmo.

Assim, ainda que os princípios, por serem carentes de densificação, sejam de aplicação subsidiária, do ponto de vista axiológico eles prevalecem sim, sobre as normas, até porque, pela sua generalidade, pela sua possibilidade de comportar uma série indefinida de aplicações e pelo seu caráter de fundamentalidade. Por conseqüência, há de ser declarada a manifesta inconstitucionalidade do art. 171, § 2º, inciso V, do Código Penal.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 70.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 293.
- BOCK, Ana Maria. *Psicologias*. Uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial*. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 25.
- MELLO, Sebastião Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microssistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración. In: PECES-BARBAMARTINEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II – siglo XVIII, v. II – La filosofía de los derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2001.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I, teoria geral do direito pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.