

revista
Liberdades

Revista *Liberdades*
nº 1 - maio-agosto de 2009



IBCCRIM



EXPEDIENTE

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

Presidente: Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária: Juliana Garcia Belloque

2º Secretário: Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro: Édson Luís Baldan

2º Tesoureiro: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito, Carlos Alberto Pires Mendes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Sérgio Salomão Shecaira, Theodomiro Dias Neto

revista
Liberdades

Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM

DEPARTAMENTO DE INTERNET

Coordenador-chefe:

Luciano Anderson de Souza

Coordenadores-adjuntos:

João Paulo Orsini Martinelli

Luis Eduardo Crosselli

Regina Cirino Alves Ferreira

ENTREVISTA

(André Adriano Nascimento da Silva entrevista
ALBERTO SILVA FRANCO)

A receita para tornar uma revista estreante leitura obrigatória no mundo jurídico tem três itens indispensáveis: a regularidade de sua publicação, sua constante inovação e um conteúdo de qualidade. A regularidade torna certa sua periodicidade, de modo a dar a certeza ao leitor que em determinado momento terá em suas mãos um novo exemplar daquela publicação. Novo não apenas no sentido temporal, mas um exemplar que supere seu anterior, traga novidades de forma e conteúdo, que constitua parte de um processo de renovação constante, de modo que cada exemplar daquela revista seja atual, acompanhando a constante evolução do conhecimento humano. Mas acima de tudo, essa novidade periódica não deve - jamais - deixar de lado o conteúdo, esse sim o mais relevante dos três itens indispensáveis. O esmero pelo conteúdo deve ser sempre o objetivo desta estreante que se quer fazer importante. E para a estréia de gala da Revista ***Liberdades*** convidamos ninguém menos que **Alberto Silva Franco**, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e membro fundador e ex-presidente do IBCCRIM. Jurista de projeção além-mar. Autor de algumas das obras mais relevantes do cenário jurídico brasileiro, como o *best-seller Crimes Hediondos*. Exponente das ciências criminais contemporâneas. Apaixonado pela literatura e humanista por natureza.

Esta especialíssima entrevista inaugural foi concedida a **André Adriano Nascimento da Silva**, coordenador-chefe do Departamento de Cursos e Eventos do IBCCRIM:

Desde seu artigo denominado “Globalização e a criminalidade dos poderosos”, você já apontava para os grandes e profundos impactos que o processo de globalização traria para a sociedade, especialmente em relação à criminalidade. Você acredita que a atual crise econômica, resultado desse mesmo processo, impactará também a criminalidade em nossa sociedade?

ALBERTO SILVA FRANCO - Em 1990, quando foi escrito o artigo a que alude a pergunta, a globalização navegava de vento em popa; os economistas teciam loas à capacidade do mercado de equacionar qualquer problema; a soberania dos Estados-Nações definhava a olhos vistos; o Estado social era tratado como uma excrescência e se apregoava, pelos mais diversos meios de comunicação social, o que se denominou de pensamento único, ou seja, que os mandamentos do mercado constituíam verdades incontestáveis. Entre 1990 e meados de 2008, a globalização não sofreu nenhuma diminuição no seu ritmo de propagação. No seu deslanche hegemônico, derrubou os obstáculos que se lhe antepunham fossem eles fronteiras



geográficas ou mesmo soberanias nacionais. Os lucros obtidos em escala mundial pelos grandes conglomerados econômicos transnacionais - lucros esses resultantes, com frequência, de pura especulação - cresceram de forma desmedida. Os céleres meios tecnológicos de comunicação permitiram uma enorme mobilidade de capitais que se transferiam, ao toque de uma tecla de computador e de modo agressivo, de uma economia nacional para outra, em busca de vantagens econômicas ou financeiras cada vez de maior vulto. Todas as tentativas para a formação de blocos regionais, exceção feita à Comunidade Européia, foram condenadas ao fracasso. Ao lado disso, a força expansiva da globalização evidenciou, de forma cada vez mais patente, a impotência do direito, isto é, a existência de um vácuo do direito que se mostrou sem condições de disciplinar os poderes desregulados e selvagens do mercado. A globalização subestimava o direito na medida em que o tempo da economia não se acomodava ao tempo do direito. A formalidade atravancava a velocidade da decisão econômica. Daí a desconfiança em relação ao direito e a busca de soluções à margem do Estado-Juiz. Ademais, a globalização centrou-se inquestionavelmente no combate à idéia do Estado social, isto é de um Estado preocupado com as relações sociais e com as relações entre o Estado e a sociedade civil. A isso se adicionou uma crescente privatização das relações sociais o que provocou que o Estado se distanciasse do papel de garantidor da satisfação das necessidades sociais e que lhe fosse debitada a formação de extratos sociais parasitários. O novo surto capitalista não levou em conta o surgimento de novas tecnologias nos processos de produção, geradoras de uma necessidade progressivamente menor do uso da força-trabalho. A redução de políticas sociais reforçou o fenômeno da excedência de mão de obra, tornando impossível a inclusão social através do trabalho. Em consequência, aumentaram os setores sociais excluídos ou em risco de exclusão, havidos como inúteis em virtude da incapacidade de consumo.

Diante desse quadro, o direito penal foi chamado à colação, o que acarretou uma significativa mudança de relações entre o sistema penal e o sistema assistencial. Os excluídos passaram a ser cada vez mais objeto de atenção do sistema penal e cada vez menos protegidos pelo sistema assistencial. Como acentua Zygmunt Baumann (Archipiélago de excepciones, Madrid: Katz, 2008, p.13/14), deu-se então “a passagem de um modelo de Estado social e comunidade inclusiva para um Estado excludente, de justiça criminal, ou de controle do crime”. No lado oposto à exclusão social, disseminou-se uma nova criminalidade, de caráter transnacional, sem fronteiras geográficas, que cresceu sem nenhum controle punitivo porque, nesta matéria, reinou sempre uma total anomia. A tudo isso se acrescenta a emergência da sensação social de insegurança que não guarda necessariamente correlação com os índices objetivos de criminalidade e inclui um *plus* de caráter subjetivo: a preocupação ou o medo do crime. Essa ansiedade social em relação ao crime aumenta ainda mais com a liquefação de conceitos referenciais de socialização, como família, gênero, escola, religião, nação, etc. o que, sem nenhuma margem de dúvida, provoca desníveis de coesão social e alimenta demandas de punibilidade. Destarte, o medo ao crime, potencializado pelos meios de comunicação social, prioriza cada vez mais, em detrimento dos controles sociais informais, a presença do

controle penal o qual, de um lado, criminaliza a miséria para que os excluídos sociais não criem embaraços ao processo globalizador e, de outro, formula, para dar tranqüilidade aos incluídos - falsa tranqüilidade, por sinal - um direito penal de emergência puramente simbólico.

A crise econômica e financeira global de 2008 veio a furo no contexto acima aludido. A era da globalização acelerada provocou disparidades cada vez mais crescentes no mundo, acarretando por sua própria natureza crescimentos desequilibrados e assimétricos. Tais disparidades e assimetrias tornaram-se chocantes quando os ricos passaram a apropriar-se da imensa riqueza produzida pela globalização, deixando de redistribuí-la para a maior parte da população. O capitalismo gesta, em suas próprias entranhas, a maior prosperidade econômica e a mais extrema pobreza, convivendo uma nas proximidades da outra, o que significa estabelecer desequilíbrios e desníveis que necessariamente redundam em crises sistêmicas. Karl Marx há mais de cento e cinquenta anos, tinha detectado as instabilidades da economia capitalista. Já, na metade da última década do século XX, o mercado de capitais, sem nenhum tipo de regramento, a liberalização financeira e o definhamento do Estado-Nação provocaram crises menos abrangentes, mas sem sombra de dúvida, anunciadores de que se aproximava uma devastadora crise sistêmica que ciclicamente atinge o capitalismo, qualquer que seja o molde por ele adotado. E essa crise profunda, produzida pelo rompimento da bolha imobiliária nos Estados Unidos provocou uma ampla inadimplência das hipotecas, um comprometimento do sistema bancário e uma queda súbita dos mercados financeiros. Tudo isto causou, na economia de feição global, uma situação caótica nunca vista anteriormente, e os sistemas financeiro, bancário, hipotecário, securitário e empresarial correram de pronto a pedir socorro ao Estado que até então à luz do pensamento fundamentalista do mercado deveria ser mantido à distancia. Em outras palavras, o mercado que tinha privatizado os lucros, agora queria socializar os prejuízos. A resposta estatal não demorou muito: trilhões de dólares e bilhões de euros foram disponibilizados para pôr termo às dificuldades enfrentadas pelo mercado. Se antes cabia ao Estado submeter-se ou adaptar-se à retórica da liberdade do mercado, preservando-o de qualquer ingerência pois era capaz de equacionar suas próprias pendências; agora era o Estado que passava a ser a tabua de salvação das loucuras, da ganância e da falta de freios do mercado. O paradigma do fundamentalismo do mercado atingiu rapidamente o estado terminal. Só resta dizer-lhe as palavras latinas do ofício aos mortos: “requiem aeternam dona eis, Domine...” (Senhor, dai-lhe o repouso eterno).

É evidente que uma crise econômica e financeira de tal dimensão - e que ainda está em curso, não se sabendo ao certo, qual a direção que irá tomar - produzirá impactos na criminalidade. Prognosticar de que modo e em que nível a criminalidade internacional ou interna será atingida pela crise, é realizar um trabalho de futurólogo para o qual não me sinto capacitado. Força é convir, no entanto, que os momentos de crise são propícios para mudanças radicais e que a montagem de um novo paradigma que substitua o fundamentalismo do mercado poderá ensejar repercussões extremamente favoráveis no sentido de criar mecanismos idôneos a alcançar a criminalidade transnacional e de refrear o controle penal sobre os excluídos.

E qual a parcela da sociedade você acredita que será mais afetada? Ou serão todas elas? É possível ao mesmo tempo um aumento na criminalidade econômica pelos “poderosos” para diminuir os efeitos da crise sobre seu patrimônio, furtando-se ao pagamento de impostos, por exemplo, e um aumento na criminalidade dos mais pobres, caracterizada pela prática de crimes patrimônios, como o furto e o estelionato, com fins a garantir sua própria subsistência?

ASF - Reafirmo, em face da pergunta formulada, a extrema dificuldade de explicitar, no momento, quais serão as conseqüências da falência do paradigma capitalista do livre mercado. A realidade está indicando o rompimento de outras tantas bolhas especulativas; os buracos sem fundo à vista do sistema bancário; o esvaziamento de bolsões de riqueza fictícios; a queda vertiginosa dos preços imobiliários e do mercado de ações, etc. Tudo isso trará como resultado final dívidas e mais dívidas que cairão como peças de um jogo de dominó, uma atrás da outra. E ainda um taxa fantástica de desemprego, uma evidente diminuição do consumo, um obstáculo quase insuperável para a obtenção de crédito bancário, uma redução flagrante do comércio exterior, uma desaceleração visível da economia ou, mais do que isso, uma profunda recessão. Numa situação dessa ordem, será fácil dizer que os segmentos menos favorecidos sofrerão mais do que já sofrem. Mas as camadas mais favorecidos serão também atingidas. Saber quais os limites com que o caos econômico e financeiro afetará os mais poderosos dependerá do modo como será composto o novo paradigma substitutivo do paradigma neocapitalista. A mesma reflexão mostra-se adequada em relação ao controle penal.

Sem crise ou com crise, então, o caminho continuaria sendo o mesmo, ou seja, o investimento em políticas sociais de inclusão, especialmente voltadas para o ensino e o bem estar das populações de baixa renda, como você demonstra em suas aulas comparando as políticas públicas empregadas pelo Brasil e pela Coréia do Sul?

Não sei se poderia vaticinar que, com a crise ou sem a crise, o caminho continuaria a ser o do investimento maciço em políticas públicas voltadas para a inclusão social e para o atendimento das necessidades básicas da população excluída. Isto dependerá sempre do equacionamento que for dado ao paradigma substitutivo. Qualquer crise embute fatores extremamente negativos, mas também pode produzir resultados positivos. É sempre fascinante acompanhá-la dia a dia e ver quais as diretrizes que podem ser tomadas. Evidentemente, cada observador traz dentro de si um rumo que lhe pareça ser o mais adequado para o enfrentamento da atual problemática. Tenho, para mim, que um novo paradigma terá de reinventar o Estado-Nação, com capacidade para estabelecer regramentos a uma globalização sem freios, desregulada; rezeirá o réquiem da teologia do mercado e com isto, criará um sistema mundial com centros de poder múltiplos; terá necessariamente de garantir a plenitude da força-trabalho e reconstruirá o Estado social com a capacidade de instaurar um processo de reinclusão social, diminuindo assim os conflitos para os quais as soluções de outros controles, formais ou informais, fora do direito penal, se mostrem mais adequados. Se se caminhar nessa direção, é evidente

que o novo paradigma implicará na inversão maciça de recursos públicos – não para a salvação do sistema bancário que deverá passar por um período de estatização temporária – nas áreas da infra-estrutura, da educação, da saúde, do emprego, do lazer, etc. Por certo, os trilhões de dólares ou os bilhões de euros que continuam a ser injetados para a salvação dos gananciosos e irresponsáveis do sistema financeiro e econômico poderiam ainda ser mobilizados para a guerra contra a pobreza africana. E, desta forma, como enfatizou Benjamin Steinbruch, Diretor Presidente da Cia. Siderúrgica Nacional (Por que não? Folha de São Paulo, B-2, 10 de fevereiro de 2009), com tal volume de dinheiro, poderiam ser salvas vinte milhões de pessoas que morrem, por ano, de fome e “serviria também para incorporar bilhões de novos consumidores ao mercado. O mundo poderia sair desta crise menos desigual. Por que não?”

Mudando de assunto, voltou a discussão o polêmico tema do aborto. O projeto debatido nos últimos anos no Congresso Nacional visando a descriminalização do abortamento, utilizava-se de constatações científicas obtidas através de pesquisas confiáveis que demonstram que a criminalização dessa conduta causa muito mais danos à sociedade do que sua permissão e acompanhamento pelo Estado. Qual sua opinião sobre a descriminalização do aborto?

ASF - Estou plenamente convencido de que o aborto deve ser descriminalizado e por diversos motivos. *Em primeiro lugar* porque as inovações tecnológicas, que acompanharam a segunda metade do século vinte e invadiram os anos iniciais do século vinte e um, provocaram uma verdadeira revolução no que se refere à reprodução humana que, de um processo absolutamente natural, regido pelo acaso ou pela imprevisibilidade, se tornou uma função biológica perfeitamente programável. *Em segundo lugar* porque a precocidade do diagnóstico pré-natal permitiu uma ampla antecipação de problemas eventualmente detectados no processo de gestação e as sempre renovadas técnicas de reprodução humana, com uma sofisticação cada vez maior, para a concepção da vida em laboratório, propuseram vários questionamentos para os quais são exigíveis decisões pessoais, sobretudo, da mulher grávida ou em vias de engravidar-se, o que lhe atribui uma margem bem mais ampla de liberdade, como autodeterminação de sua vontade. *Em terceiro lugar* porque as transformações sociais, como assevera Miguel Kottow (*Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?*, em **Bioética**, Conselho Federal de Medicina, vol.9, n. 2,2001, p.37), “tais como a fragmentação da família, o nascimento de filhos na ausência de vínculos matrimoniais ou de casais, a inserção da mulher no trabalho, o precário apoio popular para o cuidado e educação das crianças, além de outros fatores, geraram o desejo de determinar quando se terá filhos e quantos”. *Em quarto lugar* porque o pensamento feminista pôs em destaque a importância que representa para a mulher a tutela de seu próprio corpo. Como observa Luigi Ferrajoli (*A questão do embrião entre o direito e a moral*, em **Revista do Ministério Público**, ano 24, n. 94, Lisboa, abril/junho de 2003, p. 9/30), “o corpo feminino foi durante muito tempo e ainda hoje, em relação a múltiplas questões, continua sendo uma *coisa*, um *objeto* em lugar de um sujeito de direito ou de direitos. E,

portanto, a afirmação da liberdade feminina consistiu no passado e consiste ainda hoje antes de tudo numa luta de liberação dos corpos das mulheres”. Em quinto lugar porque, na gestação, há uma *duplicidade na unidade*: a mulher é portadora do bem jurídico (vida intra-uterina) e, ainda titular de direitos próprios. Mas, nessa duplicidade, força é convir que só a mulher exercita as funções que permitem tornar viável a vida intra-uterina. Dar ao embrião ou ao feto um grau de autonomia idôneo a quebrar a unidade é uma postura logicamente inadmissível, máxime na medida em que um e outro dependem da mulher para a própria sobrevivência. Como salienta Francis Kaplan (*O embrião é um ser vivo?* em **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, de 13.04.08), “não é o embrião que se desenvolve, é a mãe que o desenvolve”. “É graças à função digestiva da mãe que ele recebe o alimento digerido do qual tem necessidade e do qual não poderia fazer uso se não tivesse sido previamente digerido pela mãe; é graças à função glicogênica do fígado da mãe que ele recebe a glicose da qual precisa; é graças à função respiratória da mãe que os glóbulos vermelhos de seu sangue recebem o oxigênio de que necessita; é graças à função excretória da mãe que ele expulsa materiais prejudiciais, dejetos que, de outro modo, o envenenariam”. Em sexto lugar porque o princípio da separação entre o direito e a moral permite, conforme Luigi Ferrajoli (ob. cit. p.13/14) “a única convenção que torna compatível a tutela do feto e, em geral, do embrião como pessoa potencial e a tutela da mulher precisamente porque, sendo pessoa, não pode ser tratada (...) como um meio para fins alheios: a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela se e só quando pensado e desejado pela mãe como pessoa”. Por último porque um Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, tem caráter laico e não está subordinado a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem o seu atuar. O recente episódio de aborto, realizado por médicos, de menor de nove anos de idade, estuprada pelo padrasto e portadora de dupla gravidez, põe à mostra a absoluta impropriedade da declaração feita pelo Arcebispo do Recife, D. José Cardoso Sobrinho no sentido de que a lei divina se sobrepõe ao direito positivo. Tal declaração não se acomoda ao modelo de Estado acolhido pela Constituição Federal de 1988 e só guardaria pertinência numa forma de governo teocrática. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que ‘favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais’. Transpor esse muro seria, como afirma Walzer citando Locke, ‘revolver o céu com a terra’; mesclar dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes (as citações entre aspas simples provieram de Michael Walzer, *Lãs esferas de la justicia*, México: Fondo de Cultura Económico, 1997, p.256). Toda a argumentação expendida, acrescida do suporte jurídico-penal que não vem a pêlo explicitar, dá sustentação à descriminalização do aborto.

A proibição do aborto não interferiria na livre disposição do corpo pela própria mulher, já que não temos certeza – até hoje – sobre o exato momento em que ela tem início?

ASF - Sem nenhuma margem de dúvida, a proibição do aborto interfere direta e imediatamente em relação a diversos direitos constitucionais da mulher. Antes de tudo, no direito inviolável à liberdade – art. 5º, *caput*, da CF – compreendida como liberdade positiva, isto é, o direito da mulher de ter o domínio de si própria. Sob este ângulo, no campo da liberdade pessoal, está contida a liberdade sexual, “que compreende”, como afirma García –Velasco (*Del homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, p. 187), “não apenas a faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem, mas também a liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador”. Além disso, num Estado Democrático e Social de Direito, de caráter laico, não poderá a mulher ter, sob risco de sofrer uma sanção punitiva, “a obrigação de ser mãe, de suportar uma gravidez, de dar à luz e de criar um filho”. Depois, em contradição com o princípio constitucional da igualdade – que significa igual respeito e defesa da identidade de cada um – a penalização do aborto retira da mulher a autonomia sobre o próprio corpo, reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não são os seus. Por fim, a inclusão do aborto na tipologia penal agride o direito da mulher à sua própria dignidade na medida em que violenta o direito sobre si mesma, pondo por terra o clássica axioma de Stuart Mill: “o indivíduo é soberano sobre si próprio, sobre sua mente e sobre seu corpo”.

Poderíamos dizer que se o conceito legal de morte é a cessação de impulsos cerebrais, o conceito de vida seria o seu início, com a formação do sistema nervoso central?

ASF - Seria possível existir uma relação de igualdade lógica entre o despertar cerebral e o silêncio cerebral, isto é, a humanidade de um ser vivo seria detectável através do início da atividade cerebral, assim como a morte de um ser vivo seria determinada pela cessação irreversível da atividade cerebral? O critério aproximativo das duas realidade – vida e morte – não me parece, nessa perspectiva, aceitável. E por razões que, a meu ver, são de extrema relevância. A partir de 1968, e portanto, desde o informe do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida - falta de batimentos cardíacos representava a morte - e foi substituído pelo cérebro de modo que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral. A adoção desse novo critério definitivo, o denominado *whole brain criterion*, permitiu, na prática, que se retirasse o suporte vital respiratório no tocante a determinados pacientes dados como mortos, do ponto de vista cerebral, o que propiciou um inquestionável progresso na área da transplantação de órgãos. Novas tecnologias desenvolvidas na área da biomedicina demonstraram, posteriormente, que o conceito de morte cerebral não possuía o nível de segurança desejável e dava causa a ponderáveis dúvidas sobre sua legitimidade. Desfez-se, assim, a plena identificação da morte com a morte cerebral, servindo esta como um diagnóstico clínico, ou mais precisamente, como um critério

a partir do qual se admite a abstenção ou a interrupção de suporte vital para efeito de transplante. Deu-se, então, guarida a um novo critério de morte, ou seja, à morte neocortical, o denominado *high brain criterion* o qual, como enfatiza Carlos Gherardi (*La muerte cerebral. Un permanente debate. Reflexiones sobre um simpósio internacional, Cuadernos de Bioética*, n. 0, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 133) “abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência de consciência, afetividade e comunicação como expressão da identidade da pessoa”. Assim, como afirma o teólogo norte-americano Richard Mc. Cormick, S.J., “life is a value to be preserved only as its contains some potencialy of human relationships”, de forma que quando a consciência fica totalmente abolida, como nos casos de estados vegetativos permanentes, “a pessoa desaparece ficando em seu lugar o corpo biológico que a albergou”. Todas essas considerações foram formuladas para deixar patente que a morte é um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, tem um desenrolar encadeado no tempo. É evidente assim que se insere num dado momento do desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina, e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade. Daí a afirmação de Diego Gracia, citado por Carlos Gherardi, de que “a morte é um fato cultural. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com a morte natural. Não há morte natural. Toda morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a morte. E pode ir mudando sua definição com o transcurso do tempo. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos”.

Se tal linha de argumentação se mostra pertinente em relação ao conceito de morte, não há razão para modificá-la em relação ao de vida. Esta é também um processo contínuo, gradual e complexo o que exige um perpassar temporal. Assim, mais do que destacar momentos puramente biológicos do processo vital – fecundação, nidação, atividade cerebral, etc.–, é mister que dê prioridade a outros aspectos como expressão de identidade da pessoa. A vida em formação só deve ser reconhecida como vida humana quando o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho. Destarte, a vida humana não está inserida na fusão dos gametas, nem nas diversas etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente no momento em que se estabeleça efetivamente o nexos ou a relação mãe/filho, isto é, como diz Miguel Kottow (ob.cit. p.34), quando a mãe incorpora “a vida humana dependente ao próprio projeto de vida”, ou dito de forma mais explícita ainda, como assevera Luigi Ferrajoli (ob. cit., p. 16) quando a mãe, “por ato de vontade” confere ao embrião “o valor de pessoa”, portanto, quando “cria a pessoa”. “A procriação é um ato criativo, como o *fiat lux* : fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e de vontade. Com ela a mãe dá não só o corpo, mas também a forma de pessoa ao

nascituro, tratando-o como filho. Por outras palavras: se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) da mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa”.

Embora entenda não existir nenhuma correlação entre o despertar e o silenciar cerebral, considero que os conceitos de vida e de morte têm algo em comum: não se confundem com o processo puramente biológico da vida ou da morte na medida em que se apresentam como construções culturais, que podem sofrer mutações no transcorrer do tempo.

No caso, talvez a descriminalização de uma conduta, teria um efeito benéfico diminuindo sobremaneira o óbito de mulheres que tentam realizar essa prática de modo “alternativo”? Seria possível, na sua opinião, que em alguns casos a mulher até mudasse de idéia em relação ao procedimento, em razão de um melhor acompanhamento psicológico e social por parte de agentes estatais?

ASF - Tenho, para mim, que a descriminalização do aborto poderá, num momento inicial, provocar o crescimento do numero de abortos em razão da maior segurança para sua prática. Grande parte dos abortos realizados atualmente às escondidas, ou de modo “alternativo”, como consta da pergunta, será efetuada à luz do dia e com total assistência medica adequada, o que ensejará o aumento do abortamento na estatística oficial. Mas a médio e a longo prazo, a tendência será, como já ocorreu em diversos países em que o aborto não é mais criminalizado, decrescente. Não cabe aqui o argumento de que o aborto se converterá num método habitual de controle da natalidade, com o abandono do recursos a outros meios preventivos da gravidez. Tal argumentação não tem condições de prosperar. A nenhuma mulher pode a conduta do aborto parecer um ato positivo e desejável. Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas. É evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios anticonceptivos do que apelar para o aborto. Por outro lado, a descriminalização do aborto propiciaria a criação, em nível administrativo, de um sistema de assessoramento psicológico e social ou de outros métodos dissuasórios para a mulher grávida os quais dariam uma tutela bem mais concreta ao embrião do que a ameaça penal. Uma correta informação sobre métodos anticoncepcionais ou uma política social de ajuda à mulher grávida produziriam efeitos bem mais significativos do que uma sanção punitiva. Destarte, uma luta que guarde eficácia contra o aborto não poderá estar centrada no Direito Penal, mas sim numa ação preventiva fundada numa política social avançada que encontra lastro num Estado Democrático e Social de Direito. Via de consequência, o aconselhamento psicológico e social prestado por pessoal especializado da rede hospitalar pública poderia, sem nenhuma margem de dúvida, influir sobre a mulher gestante para a não-prática do aborto.

...