

LESÕES NO FETO: PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor na Universidade de Santa Catarina
Advogado da Justiça Militar — SC

1. Observações preliminares — 2. Lesões no feto — 3. Discussão do tema —
4. Algumas hipóteses — 5. Interferência do intérprete — 6. Implicações jurídico-penais — 7. Observações finais.

1. Observações preliminares

Qual a proteção jurídico-penal do feto, no Brasil, no que tange à sua integridade física e mental? Dirigida a pergunta à tutela de sua *vida*, exclusivamente, obtém-se uma resposta mais ou menos fácil. Protege-a o Código Penal em vigor através da cominação de pena para a prática de aborto, somente permitida, em caráter excepcional, em caso de risco de vida para a gestante e de gravidez decorrente de estupro (CP, arts. 124 a 128). É claro que, à luz do Direito e, não, da Lei, outras hipóteses de licitude podem ser aventadas, mas o tema em si escapa do objeto e limites deste artigo.

Igualmente o reverso da questão é aqui abandonado. É que se mostram insuficientes, em termos de justiça quanto à gravidade do fato e, pois, de correspondente advertência ao criminoso, as penas do aborto cometido *sem* consentimento da mãe. O legislador brasileiro continua preocupado, de preferência, com os crimes de natureza patrimonial. A vida e a integridade física do ser humano (af incluído o feto em sentido amplo) permanecem como bens jurídicos de igual ou menor importância, sob vários aspectos e determinadas condições. O relógio da gestante, por exemplo, subtraído mediante violência ou grave ameaça, está

mais protegido do que o pequeno ser que carrega em seu ventre.

Este, afinal, se ainda não nasceu, não pode ser “subtraído” ou “seqüestrado”, isoladamente. E, mesmo depois de nascido, jamais alcança a dignidade de “coisa” de valor econômico. As penas relativas aos delitos que ofendem gravemente o ser humano em sua integridade física, em sua liberdade e dignidade (por exemplo: calúnia, constrangimento ilegal, seqüestro, subtração de incapazes, lesões corporais etc) são relegadas a segundo plano se comparadas com aquelas que se destinam aos delitos de natureza patrimonial. A exceção confirma a regra: o recrudescimento da punição prepondera nas ofensas que tiverem alguma conotação de lucro ou vantagem econômica.

2. Lesões no feto

Voltemos ao feto. E se ele sofrer alguma lesão física ou mental? Procura a legislação penal pátria preservar a integridade de seu corpo, de seus olhos, ouvidos, nariz, garganta, cérebro, ossos, rins, sistema nervoso, pulmões, fígado, braços pernas ou de qualquer outro órgão, função ou sistema?

Nenhuma dúvida, na resposta, se a lesão está associada a uma tentativa de

aborto, ou aborto consumado. Em ambos os casos, todavia, o que se pune é sempre o delito de aborto, o que significa dizer que tão-somente a *vida* do feto seria suscetível de amparo jurídico-penal. Inexistiria crime — tema em discussão neste artigo — se conduta e resultado se limitassem à lesão corporal, por mais grave que ela em si mesma se revelasse.

É o que se deduz, com lógica rigorosa, da indicação da vítima do crime de lesões corporais pela opinião praticamente unânime da doutrina penal brasileira.

Qual o texto-base do Código Penal? Ei-lo: “Art. 129 — Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena — detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

Quem seria esse “outrem” mencionado pelo dispositivo legal? Ele corresponderia à figura do “alguém” do crime de homicídio. Seria a pessoa humana, cuja identificação exige no mínimo, por extensão, ou autonomia da norma penal, o início do parto, já que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (CC, art. 4.º). Em consequência, haja vista o princípio da legalidade (CF, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º), o dano ao corpo e saúde do nascituro não teria qualquer relevância jurídico-penal, salvo na hipótese de aborto consumado ou tentado.

3. Discussão do tema

Entendo correta a assertiva desde que se admita o crime de lesões corporais no caso de sobrevivência do feto, a partir do nascimento ou início do parto. Falo em nascimento ou início do parto em face da correlação *homicídio/lesão corporal*, com respeito à vítima. Compreende-se que o “alguém” do homicídio dependa, no mínimo, de um início de parto. A razão é de ordem lógico-sistemática. O infanticídio (CP, art. 123) constitui “espécie” do “gênero” homicídio. O legislador, ao assinalar o parto como uma das condições da possibilidade jurídica

(tipicidade) do infanticídio, auxilia o intérprete na conclusão de que essa condição primordial se estende ao homicídio. O parto, explicitado no art. 123, demarcaria implicitamente, por empréstimo e interpretação lógico-sistemática, os limites entre aborto e homicídio. Antes do parto: crime de aborto. Depois do parto: crime de homicídio (ou de infanticídio, se for o caso).

É certo que inexistente entre nós crime de aborto culposos, por força do parágrafo único do art. 18 do CP. Poder-se-ia então argumentar que não sendo possível a *morte* culposa do feto não faria sentido a punição da *lesão corporal* culposa. O argumento, até certo ponto correto, é desnecessário. O que importa é verificar-se com rigor absoluto a ausência de tipicidade na lesão corporal sobre o feto se ausente o dolo de aborto.

Acrescento, porém: contanto que a sobrevivência do feto não atinja o processo de parto. Porque a partir desse momento, ou pelos menos do nascimento com vida, já se está diante de uma pessoa capaz de direitos e obrigações na ordem civil e, é claro, de uma pessoa sob maior tutela e proteção do ordenamento jurídico-penal. Assim, a criança que por dolo ou culpa de outrem nascesse com algum defeito físico (por exemplo, com um braço amputado ou atrofiado; cegueira, surdez etc.) se revelaria, com clareza meridiana, vítima de lesão corporal. Eliminada a hipótese de tentativa de aborto (mesmo nesse caso, o fato da lesão teria de concorrer para o agravamento da pena em concreto) restaria indubitável o dano à saúde ou integridade corporal.

Há quem possa insistir em que o único delito relacionado com o feto, na condição de vítima, previsto pelo Código, é o de aborto. Em consequência, somente por analogia *in malam partem*, incompatível com o Estado de Direito, se condenaria alguém que provocasse lesões no feto sem ter agido com dolo de aborto.

Acontece que concordo plenamente com a assertiva. Independentemente do acerto ou desacerto da legislação há que se respeitar, a qualquer preço, a estabilidade das instituições que protegem o indivíduo diante do poder organizado.

O que advogo, e defendo, é diferente. Sabe-se que o feto pode resistir a agressões externas (diretamente contra o seu corpo ou através do corpo de sua mãe) e no entanto sobreviver, nascer para o mundo, ingressar na adolescência, alcançar a longevidade e, finalmente, morrer. Por que ser tratado de modo discriminatório numa época em que se luta com denodo, apesar dos pesares, contra toda e qualquer forma de preconceito?

Continua respeitado, a meu ver, o princípio da reserva legal. Feto que nasce, e vivo continua, já não é mais feto, é homem, é alguém, é o *outrem* do crime de lesões corporais, na expressão do Código. Tivesse ele morrido, antes de parto, nenhuma dúvida quanto à ausência de crime, por imprevisão do sistema. Ao sobreviver, e ao se dar conta das seqüelas de condutas irresponsáveis (culpa) ou acentuadamente criminosas (dolo), não pode e não deve sentir-se discriminado no âmbito de suas relações de convivência social.

4. Algumas hipóteses

É claro que todas as conquistas do moderno Direito Penal teriam que ser observadas, notadamente no que diz respeito à hipótese de culpa em sentido estrito. A dúvida continua beneficiando o réu.

No plano teórico-penal, todavia, o crime é perfeitamente possível. Basta que se imagine uma gravidez notória e, em contrapartida, a violência de terceiros contra o corpo da mulher. A incerteza quanto ao dolo eventual de aborto não descarta o dolo ou culpa de lesão sobre o feto, mantida e preservada após o nascimento com vida. Já se faz cirurgia

com êxito, em benefício de feto, antes do parto. Como negar-se que se possa, alternativamente, provocar-lhe danos irreversíveis em razão de grave imperícia, ou grave imprudência, ou grave negligência e até mesmo através de ação dolosa, por motivos inconfessáveis?

Examine-se agora a conduta do motorista que, ciente da visível gravidez de sua acompanhante, dirige com excesso de velocidade a ponto de perder o controle do veículo e provocar, com o acidente, o parto prematuro, seguido de graves e irreversíveis lesões na pobre criança. O motorista seria réu de lesões culposas na gestante, diria o desavisado penalista. Nada mais.

Pois bem: admitida a culpa consciente, haveria mesmo delito de lesões corporais culposas na pessoa da gestante, mas delito idêntico (concurso formal) em relação à criança. O art. 129 do CP não constitui nenhuma ilusão de ótica. Ele existe como parte de uma legislação concreta, fonte primordial e projeto de um direito que se entrelaça com outras fontes e projetos igualmente respeitáveis: o grupo social (ideologia social) e o intérprete com poder decisório.

Sem pretensão de originalidade, lembro que não custa estender ao homem, como vítima, a atenção que merecem os animais, os vegetais, o solo, as águas, a atmosfera. Somente um excessivo zelo interpretativo é que descarta a tipicidade criminosa, no exemplo citado. Se válido o raciocínio contrário, terá que ser absolvido da prática de qualquer delito aquele que, habilidosamente, agir sobre a vítima *antes* do parto, vindo a causar-lhe a morte em fase posterior, conforme planejado e programado, sem o acréscimo de qualquer outra conduta. Não haveria aborto, por falta de dolo; nem homicídio, por impropriedade absoluta do objeto.

Ledo engano, todavia. O art. 4.º do CP admite o óbvio: que se possa produzir um resultado criminoso através de ação ou omissão precedente. Por isso mesmo, se

existe dolo de lesões corporais sobre o feto, lesões que persistem após o nascimento com vida, não há como fugir da lógica do sistema e negar a tipicidade, no mínimo, do art. 129, *caput*.

No que concerne à culpa em sentido estrito, inútil o argumento de que se não se pune a morte culposa de feto não se puniria, com maior razão, a *lesão corporal* igualmente culposa. Trata-se, porém, de argumento falacioso desde que tendente a abranger a lesão que persista após o nascimento. A presença de uma pessoa, de um *alguém*, de um *outrem*, evoca uma nova configuração jurídica. As penas distintas para o aborto e homicídio doloso atestam a diferença de variação ideológica do bem jurídico atingido. Além disso, o art. 128 do CP somente admite o aborto, ou a lesão tendente ao aborto. A lesão em si, dissociada do fim abortivo, não é permitida pelo legislador.

5. Interferência do intérprete

Percebe-se, pelo detalhe, que é menos grave sucumbir a certas lesões enquanto feto do que vir ao mundo e sobreviver mutilado. Há, é claro, exceções maravilhosas, pessoas deficientes que parecem oferecer lições de vida àqueles que não sabem fazer bom uso de sua liberdade e integridade física. Mas espero que essa constatação empírica não sirva de reforço à tese da ilegalidade ou inutilidade do crime de lesões corporais, nas condições até agora enfatizadas.

Não desconheço, aliás, que o intérprete interfere no processo de identificação e sistematização de quaisquer normas jurídicas sob pesquisa. Em matéria de aborto, por sinal, já se fala na falta de tipicidade da morte do ovo ou zigoto, em desenvolvimento, que ainda não se implantou no útero (nidação). Certas pímulas e dispositivos intra-uterinos deixariam assim de ser micro-abortivos, por falta de objeto material.

Essa técnica de redefinição de conceito não deixaria de ser razoável ou compreensível, em face de novas concepções, novos hábitos e necessidades sociais. Incompreensível e absurda, no entanto, me parece a tese de que o feto não constitui *sujeito passivo* do crime de aborto, o que tornaria indiferentes, para efeitos jurídico-penais, a existência ou não de gêmeos e até mesmo sua morte — a morte do feto — como consequência natural da voluntária e dolosa occisão da gestante, por terceiros.

Discordo frontalmente. Conhecida a gravidez múltipla, há concurso de crimes na conduta voltada para o aborto; ou de lesões corporais, ocorrendo a sobrevivência pós-parto. Indubitável também, à luz do Código e de comezinho princípio de justiça, a tipicidade de homicídio e de aborto, na segunda hipótese. A dolosa morte de uma gestante, sabendo-se da gravidez, implica no mínimo dolo eventual de aborto. É o que basta para o reconhecimento de ambas as figuras delituosas.

6. Implicações jurídico-penais

A tese da existência do crime de lesão corporal, dolosa ou culposa, desde que ocorra o nascimento da criança, se prende à teoria do *actio libera in causa*, tão conhecida dos penalistas. É claro, porém, que a figura meramente culposa, a par do vínculo de causa e efeito no plano material, exige a previsibilidade concreta do resultado, em termos de imprudência, negligência ou imperícia (censurabilidade ético-jurídica da conduta).

Por outro lado, assegurada a criminalidade do fato, surgem os inevitáveis desdobramentos da questão, no interior do sistema.

Assim, por exemplo, no que diz respeito às majorantes da forma culposa (CP, art. 129, § 7.º), que se mostram, ao que parece, teoricamente compatíveis com a espécie.

Diga-se o mesmo em relação às formas qualificadas de lesão corporal dolosa, mas com duas exceções, pois é visível a inaplicabilidade do art. 129, § 1.º, IV (aceleração de parto) e § 2.º, IV (aborto), em que se pressupõe uma gestante como sujeito passivo.

Parece-me igualmente cabível a aplicação do § 3.º (lesão corporal seguida morte). O aparente paradoxo da pena menor do crime de aborto, em quaisquer de suas formas, se resolve sem dificuldade com a recordação de que a vítima do aborto é o feto, só pode ser o feto, ao passo que na lesão corporal seguida de morte a vítima já é pessoa humana, só pode ser a pessoa humana. No limiar do terceiro milênio, por sinal, não há como se fazer espanto diante da possibilidade técnica de se ferir um feto, dolosamente, com a esperança ou a certeza de que a lesão permaneça ou se agrave após o nascimento. Pois é o erro de cálculo nas conseqüências de conduta que justifica o pretendido enquadramento jurídico-penal, em face do resultado mais grave. A morte superveniente, não desejada mas previsível, implica por certo maior responsabilidade ético-punitiva.

A questão se complica ao extremo na hipótese de dolo alternativo. A título de comparação, de uma tentativa de homicídio pode resultar lesão corporal grave. Resolve-se o conflito de normas pelo reconhecimento exclusivo da figura de

homicídio tentado, sem prejuízo de apenação mais elevada por força da lesão corporal. Ora, de modo semelhante, o agente pode querer o aborto e admitir a possibilidade de não alcançar êxito, assumindo o risco de que a criança, ao nascer, revele os estigmas de tentativa frustrada.

O Código Penal me parece obscuro. Entendo que deve prevalecer, no caso concreto, o delito mais grave, sem que se deixe de levar em conta o contexto das circunstâncias para uma apenação mais severa.

7. Observações finais

Para terminar, lembro que não examino a questão da licitude do aborto, notoriamente aplicada pela participação efetiva do grupo social, que se nega a endossar a rigidez do estatuto repressivo (art. 128). Mas o fato é que inexiste, paralelamente, amparo cultural para o reconhecimento de direitos absolutos da mãe e muito menos de terceiros sobre o feto.

Encaro, destarte, o outro lado da medalha, de ilicitude explícita. E estou consciente de que faço opções, aqui e ali, diante de eventual falta de clareza ou da ambigüidade do sistema. Sistema que por certo haverá de considerar como bens jurídicos autônomos, num futuro próximo, não só a vida mas também a saúde e a integridade física do nascituro.