

UM NOVO CASO DE QUALIFICATIVA PENAL EM HOMICÍDIO^(*)

Ary Florencio Guimarães

(Professor da Faculdade de Direito de Curitiba,
membro do Conselho Penitenciário e 1.º Sub-Pro-
curador Geral do Estado.)

1. A matéria constante da proposição pode ser assim resumida:

“O assassinio de mulher grávida deve constituir, no sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro, circunstância qualificativa do crime de homicídio, desde que o agente conheça a gravidez da ofendida ou seja notório esse estado”. ()*

A mulher-gestante deve merecer cuidados especiais por parte do Estado.

Ela é o receptáculo sagrado do ser humano, que possui direitos inauferíveis e inalienáveis no seio da família e da sociedade em geral.

(*) Indicação apresentada ao 1.º Congresso do Ministério Público do Ceará, realizado em Fortaleza, no mês de dezembro de 1953, e aprovada por unanimidade de votos.

A pessoa natural é protegida pelo organismo estatal desde a sua concepção até à morte.

Daí a punibilidade do aborto, que é a extinção de um ente em formação e que se irá completar pelo nascimento com vida; daí as normas do direito sucessório e as que regem as disposições de última vontade.

Proteger, assim, a mulher em estado de gestação, representa dever indeclinável da organização sócio-jurídica da sociedade, de que o Estado, por seus órgãos e no desempenho de suas altas e generosas finalidades para atingir o *bem comum*, é o titular e o mais autorizado e categorizado guardião.

A família, todos sabemos e nunca é ocioso repetir, é a *celula natural e fundamental da sociedade*, e nela a mulher-gestante ocupa, não há dúvida, o centro catalizador das mais intensas e profundas virtualidades.

O direito à proteção da maternidade, como corolário daquele outro direito essencial inerente à personalidade humana — o direito à vida —, representa, hoje em dia, uma das mais nobres e elevadas declarações ligadas à pessoa humana. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), na sua já famosa Carta Universal dos Direitos do Homem, conforme o texto aprovado pela sessão plenária da Assembléia Geral, a 6 de dezembro de 1948, inscreveu, depois de consignar que “*a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da Sociedade e do Estado*” (artigo 16, item 3), e proclamou solenemente que “*a Maternidade e a Infância têm direito a cuidados e assistência especiais*” (artigo 25, item 2).

Declara a Constituição Federal, por sua vez, que a família, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, “*terá direito à proteção especial do Estado*”, devendo ser obrigatoriamente exercitada, em todo o território nacional, a assistência à maternidade. E, na parte concernente às relações de trabalho, consagra ainda o nosso Magno Estatuto, de modo específico, o relevante direito, que corresponde à gestante, de usufruir “*descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário*” (cf. arts. 163, 164 e 157, n.º X).

2. Vejamos, agora, no campo mais propriamente jurídico, a justificação do nosso alvitre.

O Código Penal Brasileiro, no seu art. 129, quando cogita das lesões corporais qualificadas pelo resultado, prevê, dentre outras, as hipóteses de que resultem a *aceleração do parto ou o aborto*.

Com efeito, estabelece o mencionado dispositivo:

“Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 1.º — Se resulta:

I—.....

III —

IV — *aceleração do parto:*

Pena — reclusão, de um a cinco anos.

§ 2.º — Se resulta:

I—.....

III—

V — abôrto:

Pena — reclusão, de dois a oito anos”.

3 — Trata-se, aí, sem dúvida, de dois casos típicos das chamadas *lesões corporais qualificadas pelo resultado*.

O crime, no entanto, como esclarece NELSON HUNGRÍA, “apresenta-se com pena diversa da ordinária, mas não há mudança de *nomen juris*. Os resultados, enumerados nos referidos parágrafos, funcionam como *agravantes especiais* ou *condições de maior punibilidade*, e não como *elementos constitutivos* de crime distinto”. (In “Comentários ao Código Penal”, vol. V, pág. 288).

4 — A aceleração do parto configura, assim, no sistema do estatuto penal em vigor, uma *lesão grave*. Caracteriza-se “pela expulsão precoce do produto da concepção, mas em tal estado de maturidade, que pode continuar a viver fora do útero ma-

terno. Compreende tanto o caso em que o parto advém antes do tempo normal (mas necessariamente depois do tempo mínimo para a possibilidade da vida extra-uterina), quanto o caso em que ocorre no tempo normal, mas por trauma físico ou psíquico. Pressupõe-se que o feto esteja vivo, nasça vivo e continue a viver, dado o seu grau de maturação. Se o feto morre no útero ou fora dêle, em consequência da lesão, o fato passa a ser *abôrto*, e a lesão se qualificará como gravíssima (§ 2.º, n.º V, do art. 129)", consoante a lição de HUNGRIA. (Op. cit., pág. 295).

5 — O Código considera, por outro lado, como lesão gravíssima, como já foi dito, a que ocasiona o *abôrto*, inscrito êste como ofensa à vida desde a legislação imperial até os nossos dias.

"O evento *abôrto*, para a existência da agravante especial", — o ensinamento ainda nos é ministrado pelo insigne tratadista, — "não deve ter sido, de qualquer forma, querido pelo agente, pois, do contrário, terá êste de responder por dois crimes em concurso (o da lesão e o do abôrto) ou por abôrto qualificado (se a lesão, *per se*, fôr grave). Há que distinguir entre a hipótese do inciso V do § 2.º do art. 129 e a do art. 127, primeira parte, pois há uma inversão de situações: na primeira a lesão é querida e o abôrto, não; na segunda, o abôrto é que é o resultado visado, enquanto a lesão não é querida, nem mesmo eventualmente. Se o agente ignora a gravidez da ofendida e não tinha razão alguma para conhecê-la, a solução deve ser idêntica à que já formulámos no caso de lesão de que resulte aceleração de parto: o agente, tendo incidido em *insuperável* êrro de fato, não deve responder por lesão qualificada pelo resultado "abôrto". (Obra citada, pág. 301).

6 — Magistrais, na verdade, os conceitos expendidos pelo consagrado e emérito penalista, no tocante à apreciação do sistema adotado pelo legislador do nosso Código em relação às lesões corporais.

7 — Mas, pergunta-se:

O autor de homicídio contra mulher grávida, isto é, aquele que extingue, violenta e sanguinariamente, não só uma vida já formada e uma realidade orgânica e social da mais alta valia no seio da comunidade (a ofendida-mãe), como também uma vida em formação, uma pessoa em formação (MANZINI), o feto dentro do ventre materno, o nascituro que é protegido pela lei civil desde o momento mesmo de sua concepção (Código Civil, art. 4.º, e Cód. de Proc. Civil, art. 600, § 1.º), êsse homicida, revelador de altíssimo grāu de periculosidade, não deveria, por igual, ter o seu ato, sumamente criminoso, inscrito em a lei positiva penal na categoria de crime qualificado por êsse resultado duplamente danoso à sociedade e à ordem jurídica, e punido, conseqüentemente, com a pena mais elevada de 12 a 30 anos?

Assim, evidentemente, deveria estabelecer a lei!

A norma legal, porém, não permite tal solução, por isso que as agravantes que qualificam o crime de homicídio, como é sabido, são, tão sómente, as enumeradas nos incisos do § 2.º do art. 121 do Código Penal, isto é, se o crime fôr cometido: I — mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo törpe; II — por motivo fútil; III — com emprêgo de veneno, fôgo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV — à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; e V — para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Em suma: o crime menos grave — o de lesões corporais — é qualificado pelos resultados “aceleração do parto” ou “abôrto”; enquanto o homicídio — delito máximo contra a vida e, no caso, contra duas entidades humanas — e que é, no dizer de HUNGRIA, “o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante da orografia dos crimes, o crime por excelência, o padrão da delinqüência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do

senso moral médio da humanidade civilizada" (op. cit. pág. 23), — o homicídio, como dízíamos, praticado contra a mulher em estado de gestação, não é considerado, contraditóriamente, pelo Código, como delito qualificado...

Esse tratamento diverso da lei penal em vigor, como se vê, não merece encômios e se nos afigura desajustado do próprio sistema adotado pelo legislador, de maneira gritante e injustificável!

E a única maneira de contornar a situação, à vista da rigidez do sistema delineado (afastada a hipótese de concurso entre o homicídio e o aborto), é a de, num determinado caso concreto, levar-se em consideração o duplo e irreparável resultado danoso do evento, para fazê-lo funcionar contra o horroroso matador de dois seres humanos, não como circunstância qualificativa do crime de homicídio, mas, apenas, como agravante de caráter judicial, entregue ao exame do juiz para a individualização da pena, segundo as regras constantes do art. 42 do Código Penal.

* * *

Este conclave, de tão oportuno significado para o aprimoramento da ordem jurídica no país, não pode, nem deve, a nosso ver, ficar ausente do aspecto focalizado nesta ligeira e desprenciosa indicação, procurando, como é do seu objetivo, equacionar solução compatível com as exigências das realidades surgidas no pretório da justiça repressiva, para bem informar a política criminal brasileira.

* * *

À vista do exposto, e confiantes nos esclarecimentos e suprimentos da cultura profissional dos integrantes do I Congresso do Ministério Público do Ceará, propomos ou indicamos seja a matéria devidamente considerada pelo plenário, para o efeito de se sugerir, acaso aprovada esta indicação, a conveniência de

se incluir, desde logo, por meio de lei especial modificadora do Código Penal, na parte referente às qualificativas do crime de homicídio (a hipótese poderia compor, v.g., o sexto inciso da discriminação do § 2.º do art. 121), ou, então, futuramente, quando da elaboração de um novo diploma penal, a circunstância que determine a majoração quantitativa da pena (de 12 a 30 anos), desde que resulte da ação ou da omissão a destruição do feto, conhecendo o agente a gravidez da ofendida, ou, mesmo, quando seja notório êsse estado.