

QUANDO MATAR ALGUÉM NÃO É FATO TÍPICO

Bartira Macedo de Miranda Santos*

Resumo. Neste artigo, “Quando matar alguém não é fato típico”, propõe-se analisar a tipificação penal da conduta de se matar um ente humano durante seu nascimento. Aquele que, por exemplo, interessado na herança, matar o nascituro durante o parto, de modo a impedir o seu nascimento com vida, estará sujeito a qual tipificação penal? Poder-se-ia pensar também na conduta do médico durante os trabalhos de parto, que com dolo ou culpa, venha a causar a morte do ser nascente. A morte dada ao ser nascente configurará qual tipo penal? O ordenamento jurídico protege a vida humana em todas as suas fases de existência e desenvolvimento? O artigo faz um estudo sobre a proteção jurídica da vida humana desde a concepção e a correspondente proteção jurídico-penal em cada fase de seu desenvolvimento, atendo-se à análise do homicídio durante o parto. Apresenta, ainda, um estudo comparativo de duas decisões judiciais contraditórias: uma considerando o homicídio durante o parto como fato típico e outra, como fato atípico.

Palavras-Chave: Homicídio. Nascituro. Infanticídio.

Abstract. In this article, "When you kill someone is not actually typical," proposes to examine the criminalization of conduct to kill a human being during his birth. One who, for example, interested in heritage, kill the unborn child during childbirth, to prevent birth to life, which will be subject to criminalization? Power would also think of the conduct of the doctor during the labors that with malice or negligence, will cause the death of the spring. Death due to be rising criminal configure which type? The law protects human life in all its stages of existence and development? The paper makes a study on the legal protection of human aims since the conception and the corresponding criminal legal protection at every stage of its development, fidelity to the analysis of homicide during childbirth. It also presents a comparative study of two contradictory judgments: one considering the murder during childbirth as fact typical and other atypical as fact. Keywords: Murder. Unborn child. Infanticide.

Neste artigo, propõe-se analisar a (in)completude do ordenamento jurídico quanto à proteção da vida do nascituro. O problema que se coloca é quanto à tipificação penal da conduta de se matar um ente humano durante seu nascimento. Aquele que, por exemplo, interessado na herança, matar o nascituro durante o parto, de modo a impedir o seu nascimento com vida, estará sujeito a qual tipificação penal? Poder-se-ia pensar também na conduta do médico durante os trabalhos de parto, que com dolo ou culpa, venha a causar a morte do ser nascente. A morte dada ao ser nascente configurará qual tipo penal? O ordenamento jurídico protege a vida humana em todas as suas fases de existência e desenvolvimento? São os problemas que nos propomos enfrentar.

Do ponto de vista jurídico, a pessoa humana começa a existir a partir do nascimento com vida. Se não há nascimento com vida, não há pessoa. É o que se depreende do artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”¹.

Pontes de Miranda² esclarece: “No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). (...) Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida”.

¹ Três são as teorias que abordam o assunto: a **teoria conceptualista** – para quem a personalidade civil deve começar da concepção; a teoria **conceptualista condicionada** – que entende que a personalidade civil começa da concepção e fica condicionada ao nascimento com vida; e a **teoria natalista** – que defende o início da personalidade a partir do nascimento com vida, com o resguardo de alguns interesses ao nascituro. À luz do art. 4º do CC, o assunto muito controvertido, pois quem diz “direitos do nascituro” está afirmando personalidade. Fazendo uma análise mais ampla do ordenamento jurídico, embora haja opiniões em contrário, acreditamos que no Brasil adotou-se a teoria natalista, pois se não há nascimento com vida é como se o nascituro nunca tivesse existido. A existência de um natimorto não gera nenhuma consequência jurídica, a não ser o registro no Livro C (livro próprio para registro de natimorto de acordo com a Lei dos Registros Públicos). A teoria natalista evita inúmeros problemas jurídicos decorrentes de aborto natural (se o feto não nasce com vida não recebe nem transmite herança), parto suposto, gravidez aparente, gêmeos etc.

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I, p. 162. O Código Civil de 1916 possuía dispositivo semelhante no art. 4º.

O Código Civil é expresso em convencionar o início da existência da pessoa humana. O Código Penal, por sua vez, protege a vida humana em formação em três momentos distintos, diferenciando o *feto*, o *ser nascente* e o *recém-nascido*: por meio dos tipos penais que incriminam o aborto (art. 124 a 127) protege-se a vida humana intra-uterina; com os tipos do homicídio (art. 121) protege-se a vida humana extra-uterina; e com o infanticídio (art. 123) protege a vida durante o parto ou logo após (ser nascente e recém-nascido)³. Percebe-se que o Código Penal prevê crimes diferentes para as diferentes fases de evolução da vida humana. A vida não é protegida de uma forma geral, ilimitada e absoluta. A proteção que a lei penal faz da vida humana sofre restrições pelo próprio Código Penal que, ao permitir o aborto necessário (art. 128, I) está colocando a vida da gestante (pessoa nascida) acima da vida do feto (ser não nascido). Também quando prevê a legalidade do aborto sentimental (art. 128, II), o mesmo diploma legal coloca a repulsa da gestante de gerar um filho de seu estuprador acima do direito à vida.

Também a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida (apenas) aos nascidos com vida: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida...” Ora, só pode ser brasileiro ou estrangeiro os nascidos com vida. Antes do nascimento, não há nacionalidade.

É fato que o ente humano, muito antes de nascer já existe no mundo físico e material, todavia, constitui entidade jurídica diversa de acordo com o seu estágio de desenvolvimento. Assim, o feto e o recém-nascido são realidades distintas para o Direito, tanto civil como penal, porque enquanto não nascer com vida o feto não se torna pessoa.

1. Ser humano e pessoa humana

Ainda não foi possível à ciência determinar exatamente o início da vida humana. Sabe-se da existência de fases distintas desde a concepção até o nascimento, mas

³ Quando o legislador estabelece uma pena a quem praticar estas condutas, está, na verdade, querendo que os indivíduos não as pratiquem. Daí, diz-se que o tipo penal do homicídio protege a vida humana.

as ciências da vida não conseguiram determinar a passagem da animalidade à humanidade. Este é um problema da Biologia ou da genética. Ao Direito cabe tão somente estabelecer o momento da existência da personalidade jurídica da pessoa (não o início da vida⁴).

Os conceitos de ser humano e de pessoa humana não se confundem. O feto é um ser humano, mas não é ainda pessoa. O ser humano só é considerado pessoa no instante em que nasce com vida. A personalidade (jurídica) é a qualidade da pessoa (do ponto de vista jurídico).

A vida humana se desenvolve numa continuidade, desde a concepção até a morte. O Direito, todavia, disciplina de maneira diferente as diversas fases da vida humana. O Direito Civil condiciona o nascimento com vida para outorgar personalidade jurídica ao ser humano. Por outro lado, o Direito Penal estabelece tipos penais específicos para proteger diferentes fases da vida humana.

Pontes de Miranda⁵ diz:

Um dos problemas mais delicados a respeito dos *nasciturus* é o da tutela penal contra a ofensa à vida do *conceptus sed non natus*. Todos sabem que o infanticídio é crime, que o é o aborto e a própria ofensa à vida do apenas concebido. Mas diferença de penas indica que não se trata do mesmo crime. (...) Certo, pode-se pensar em resguardar-se ao nascituro o seu interesse de viver, à integridade física e psíquica, ao nome e outros interesses que estão à base dos direitos de personalidade; não há, porém, desde já, direito de personalidade, de que seja titular o nascituro.

José Frederico Marques⁶ leciona:

Sujeito passivo do homicídio é *alguém*, isto é, qualquer pessoa humana, o *ser vivo nascido de mulher, l'uomo vivo*, qualquer que seja sua condição de vida, de saúde, ou de posição social, raça, religião, nacionalidade, estado civil, idade, convicção política ou *status poenalis*. Criança ou adulto, pobre ou rico, letrado ou analfabeto, nacional ou estrangeiro, branco ou amarelo, silvícola ou civilizado, - toda a criatura humana, com vida, pode ser sujeito passivo do homicídio, pois a qualquer ser humano é reconhecido o *direito à vida* que a lei penalmente tutela.

⁴ Sobre o início da vida humana, consultar: LORENZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In SÁ, Maria de Fátima Freire (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 338.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 173.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 4. Campinas: Millennium, 2002, p. 79.

Com razão o autor supracitado diz que sujeito passivo de homicídio é alguém, isto é, qualquer ser vivo nascido de mulher. Sem razão, porém, quando diz que “toda criatura humana, com vida, pode ser sujeito passivo do homicídio”, pois o feto, por exemplo, é uma criatura humana e não é sujeito passivo de homicídio e, sim, de aborto.

2. A proteção jurídico-penal da vida humana

O tipo penal do homicídio (art. 121, *caput*, do Código Penal) tem a seguinte redação: “matar alguém”. O elemento passivo do homicídio é o *homem*, qualquer pessoa, seja homem ou mulher. Clóvis Bevilácqua afirma que *homem* é “todo ser nascido de mulher”⁷. Pelo homicídio, a lei penal protege a vida humana, mas, com o art. 121 do CP, não se protegem todas as fases da vida humana, ou seja, não se protege a vida desde a concepção. Faz-se proteção do feto, por exemplo, pelos tipos penais que incriminam o aborto.

Os quatro tipos penais que protegem o bem jurídico *vida* (humana) estão previstos no nosso Código Penal, no capítulo I do título I – *Dos crimes contra a vida*, da parte especial, que são: o homicídio (art. 121), a participação em suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124 a 127). O aborto é a interrupção da gestação; infanticídio é a morte do filho provocada pela própria mãe, durante o parto ou logo após, sob influência do estado puerperal.

Por expressa previsão legal, o infanticídio abrange tanto a morte provocada *durante o parto* como aquela ocorrida *logo após*, ou seja, com a incriminação do infanticídio o legislador penal visou proteger tanto a vida do *ser nascente* (aquele que está nascendo) quanto a do *recém-nascido* (aquele que acabou de nascer), vez que tem a seguinte redação: “matar, sob influência de estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após” (art. 123, CP).

⁷ *Apud*, LEVENHAGEM, Antonio de Souza. *Comentários ao Código Civil*. 3ª ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 1991, p. 25.

O *homem*, como ser nascido, pode ser vítima de homicídio, infanticídio e participação em suicídio, ao passo que o *feto* humano somente pode ser vítima de aborto. Em outras palavras, a norma penal que tipifica o aborto protege a vida humana em formação. Sua abrangência, portanto, cessa quando termina a gestação. Quando se inicia os trabalhos de parto, não se pode mais falar em aborto.

A proteção jurídico-penal do ser que se encontra na situação entre o início do trabalho de parto e o nascimento não está bem definida no Código Penal. Ele não é mais protegido pela norma penal do aborto, e o tipo penal do homicídio não é expresso quanto à sua proteção. O homicídio diz apenas: “matar alguém”. Diferente, o infanticídio expressamente diz “durante o parto ou logo após”, abrangendo, pois, tanto a morte do *ser nascente* como a do *recém-nascido*.

O problema se acentua quando se busca o art. 2º do atual Código Civil que dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. O art. 4º do Código Civil de 1916 tinha redação bastante semelhante: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Quando o Código Civil prescreve que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”, quer deixar explícito que a pessoa física só passa a existir, sob o ponto de vista jurídico, a partir do nascimento com vida. Antes disso, o ser humano não nascido não tem personalidade, não é ainda pessoa sob o ponto de vista jurídico, não sendo, assim, sujeito de direitos e obrigações.

Assim, tanto o Direito Penal quanto o Direito Civil tratam o nascituro e o recém-nascido como realidades distintas, pois, enquanto o Direito Civil considera como pessoa somente o ente humano nascido com vida, o Direito Penal prevê tipos penais distintos para incriminar a morte dada ao ente humano antes de nascer e depois de nascido com vida.

De um modo geral, os doutrinadores dizem que o homicídio não contém exigência de nenhuma qualidade pessoal do sujeito ativo ou passivo. Não é crime próprio, a exigir uma legitimidade ativa ou passiva especial. Diante disso, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo⁸. Alguns autores mencionam como sujeito passivo do crime de homicídio a “pessoa” ou “homem” “nascido” e outros que ainda acrescentam “ou nascente”, com vida⁹.

Helena Cláudio Fragoso¹⁰ diz que o sujeito passivo do homicídio pode ser qualquer ser vivo, nascido de mulher. Segundo ele, antes do nascimento não há homicídio, mas sim, aborto. Todavia, diz, “a morte do feto a termo ou viável durante o parto configura o crime de homicídio”. Baseado no tipo penal do infanticídio, o autor conclui que “faz certo que a morte *durante o parto* é homicídio, desde que se inicia o *parto*, não sendo necessário que haja expulsão, parcial ou total, nem vida autônoma”.

Esta é, sem dúvida, uma interpretação por analogia do homicídio com o infanticídio, que não se sustenta diante do Princípio da Legalidade. Não é possível a admissão da analogia como processo de criação de figuras delituosas não previstas expressamente em lei.

3 Limite e extensão da expressão “matar alguém”

Matar é provocar a morte, causar a morte. Morte, por sua vez, é a ausência de vida.

A expressão “alguém” pode ser tomada em dois sentidos. Em sentido vulgar, equivale a ser humano tanto o nascido com vida quanto o por nascer, independentemente da idade de gestação. Em sentido técnico-jurídico quer dizer a pessoa (que significa o ser humano nascido com vida).

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, 14ª ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 17. No mesmo sentido: ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*, Belém: UNAMA, 1999, p. 19.

⁹ OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*. São Paulo: Edição Saraiva, 1962, p. 8.

¹⁰ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 29.

A expressão “alguém” contida no artigo 121 (matar alguém) significa qualquer pessoa. Em outras palavras, qualquer ser humano nascido com vida.

Este é o *sentido literal possível*. Veja-se que o Código Penal diferencia o ser nascido e o ser não nascido, prevendo tipos diferentes para cada uma das modalidades de agressão à vida uterina e extra-uterina. O Código Penal não equiparou, na figura do homicídio, o ser nascente ao ser nascido, existindo aí uma lacuna da proteção penal à vida humana. Lacuna essa que só pode ser preenchida por lei, pois não há crime sem lei anterior que o defina.

Assim, não há como ser aceita a interpretação extensiva da expressão “alguém” ao ponto de considerar nela incluído o *ser nascente*, sem violar o princípio da legalidade.

Conseqüentemente, a interpretação legal possível para a expressão “matar alguém” quanto ao início da tutela penal do homicídio é a de provocar a morte de pessoa humana. Isto significa dizer que o homicídio protege a vida do ser humano a partir do nascimento com vida. Antes do nascimento com vida, não incide o tipo penal de homicídio, este protege a vida extra-uterina. Nesse sentido, o sujeito passivo do crime de homicídio é qualquer pessoa, ou seja, o ser nascido de mulher.

A distinção que o Código Penal dá à vida humana intra-uterina e à vida extra-uterina fica ainda evidente quando se comparam as penas dos tipos penais do homicídio, do infanticídio e do aborto. O homicídio prevê penas bem maiores do que estes outros tipos, evidenciando-se que a vida do ser humano nascido foi mais valorada pelo legislador penal do que a vida do ser humano por nascer. Evidencia-se esta valoração ainda mais quando se observa o artigo 128 do Código Penal que, ao permitir o aborto necessário e o sentimental, coloca a vida da gestante acima da vida do feto. Também coloca o sentimento de repulsa da mulher que engravida em decorrência de estupro acima do direito à vida do concepto.

O Anteprojeto do Código Penal traz, ainda, como hipótese permissiva do aborto o conhecido aborto eugênico, quando há grave má formação do feto que impossibilite a sua vida extra-uterina. Se o direito à vida fosse um direito absoluto, não seria possível tal permissividade. Pois, aí, mais uma vez, a vida da pessoa nascida é colocada em grau inferior à do ser não nascido.

Evidencia-se que o direito à vida não é um direito absoluto. A vida é um bem jurídico protegido pelo Direito Penal por diferentes tipos penais. A incidência do tipo penal depende do estágio de evolução da vida. A destruição da vida em formação, ainda em estado gestacional, implicará em aborto. A destruição da vida humana nascente ou recém-nascida incidirá em infanticídio se provocada pela própria mãe sob influência do estado puerperal. A proteção que o Direito Penal faz à vida humana por meio da tipificação do homicídio é a da vida após o nascimento.

Sendo assim, a expressão “alguém” tem o seu limite no nascimento com vida até a morte, e sua extensão compreende toda e qualquer pessoa (nascida com vida).

4 O infanticídio e uma velha lacuna legal

Andrés Augusto Balestra¹¹ salienta que nos primeiros tempos as legislações estipularam o momento inicial para se considerar a conduta como infanticida, e não abortiva, mediante expressões como: “matar o recém-nascido”, “aquele que após o parto matem o filho”, “aquele que matar uma criança”. Essas expressões tornavam imprescindível o nascimento com vida para a configuração do infanticídio. Essas legislações deixaram uma lacuna legal na tipificação dos crimes contra a vida porque matar o ente humano durante o parto não configurava o crime de aborto nem de infanticídio, uma vez que a figura típica do aborto exigia a expulsão provocada e vida exclusivamente biológica sem respiração, ao passo que para configurar o infanticídio exigia-se expulsão

¹¹ BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio*: impropriedade de uma figura autônoma. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP e defendida em 1978, p. 43.

espontânea e vida extra-uterina. Passou-se a reconhecer uma lacuna na tipificação dos crimes contra a vida porque ficava em descoberto o período de tempo correspondente ao processo de parto em que a vida não era mais intra-uterina e ainda não era extra-uterina por não haver, ainda, a respiração.

Segundo Andrés Augusto Balestra, as legislações dos primeiros tempos foram influenciadas pelo princípio galênico: “viver é respirar”. Ao fazer uso da expressão “matar recém-nascido”, a legislação considerava apenas e tão somente como objeto material do infanticídio aquele ser com vida extra-uterina, ou seja, o recém-nascido.

Influenciadas por esta concepção – de que a vida autônoma começa com a respiração – as legislações do mundo passaram a proteger a vida humana em três momentos essenciais: com o aborto tinha-se em mira salvaguardar a vida biológica do feto; com o infanticídio, a vida extra-uterina do recém-nascido e com o homicídio, a vida humana a partir do momento em que o ser não mais fosse considerado infante¹².

Somente mais tarde é que se chegou à conclusão de que a vida própria inicia-se antes de se estabelecer o movimento pulmonar respiratório, porquê, mesmo antes de o neonato respirar, já o seu sangue circula pelas artérias. Durante o parto o nascente deixa de receber oxigênio pela placenta, quando sai do útero e enquanto atravessa o canal do parto. Há aí um período de transição entre a vida intra-uterina (vida dentro do útero, em que o feto recebe oxigênio pelo líquido amniótico) e a vida extra-uterina (que é a vida com respiração). Respirar implica encher os pulmões de ar. No útero o feto não respira, mas recebe oxigênio da mãe.

Diante das novas constatações médicas – de que a vida autônoma começa antes da primeira respiração – renomados médicos passaram a estabelecer duas formas de vida própria, conforme Andrés Augusto Balestra¹³, que argumenta:

¹² Infante é o ser humano que acabou de nascer e que ainda não recebeu nenhum cuidado.

¹³ BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio: impropriedade de uma figura autônoma*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP e defendida em 1978, p. 37-38.

Diante disso passaram renomados médicos a estabelecer duas formas de vida própria. Uma, tendo seu início no instante em que o feto deixa de ser tal para se transformar em neonato, a qual denomina-se vida apnéica (intra-uterina) e surge por ocasião do rompimento do saco amniótico. E, outra, cujo começo ocorre no instante em que o neonato passa a ser infante em razão da entrada de ar nos seus pulmões, e chama-se vida extra-uterina. A primeira passou a ser denominada vida apnéica (intra-uterina) em virtude de que o neonato, durante o lapso de tempo referido, passa por uma asfixia fisiológica antes de entrar em contato com o mundo exterior, em razão de não mais receber oxigênio da mãe.

Com conhecimento das discussões médicas, os doutrinadores discutiram a atipicidade do fato de provocar a morte do ser nascente, vez que a redação dos códigos penais, até então, exigiam o nascimento com vida para a configuração do infanticídio.

Essa discussão não foi tão ardorosa no Brasil quanto em outros países como na Itália, onde renomados juristas sugeriram, sem êxito, a criação de um novo tipo penal denominado *feticídio*.

Nicotera chegou a escrever um artigo denominado: “*Il feticidio de una Lacuna Del Codice Penale*”, (O homicídio e uma lacuna do Código Penal) publicado na revista *Calábria Judiciária*, em 1946. Também escreveram sobre o assunto Ottorino Vannini, na obra *Il delitto de omicidio*, publicado em Milão, em 1935, pela *Società Editrice Libreria* e, ainda, Giovan Battista Impallomeni, no livro *Il Codice Penale Italiano*, publicado em 1891, pela editora *G. Civelli*.

No Brasil, doutrinadores do porte de Pontes de Miranda¹⁴ demonstrando conhecimento desta lacuna escreveu::

O problema de ter nascido com vida o ser humano é *questio facti*, que se há de resolver com os recursos da ciência do momento; não é *questio iuris*(...) A questão de se saber se é preciso ter respirado para ter vivido toma aspecto delicado no caso da criança que, ao sair do útero e antes de respirar, ainda que esteja intacto o cordão umbilical, é assassinada, ou sacrificada por imperícia médica. Quanto ao infanticídio, o direito penal brasileiro abstrai do momento em que se mata (Código Penal, art. 123), se a mãe estava sob influência do estado puerperal; fora daí, iniciado o parto, o atentado é homicídio, salvo para o médico nas estritas espécies do art. 128, I e II, do Código Penal. Assim, fora dessas espécies, iniciado o parto de ser humano que nasceria viável, haver-se-ia de ter como nascido o ente humano – o que daria resposta uniforme às duas questões. Porém o art. 4º, 1ª parte, fala de nascimento com vida, o que supõe o estar fora das entranhas, com vida. **A solução não é, de iure condendo, sem inconveniências; por exemplo, o que estaria excluído de herança pelo**

¹⁴ Ob. cit., p. 181-182.

fato de nascer o ser humano, de que se trata, poderia matá-lo, antes de nascer, para poder herdar.

A propósito, Andrés Augusto Balestra¹⁵ comenta:

Diante dessa lacuna legal, alguns doutrinadores, como Vannini e Impallomeni, a fim de dar proteção jurídica a esse momento existencial do sujeito passivo, propuseram a criação da figura do feticídio, a qual se configuraria quando a conduta fosse praticada contra o feto nascente, ou seja, quando o agente matasse o feto durante o período que medeia entre o início do parto e a vida extra-uterina.

Vicente de Paula Rodrigues Maggio¹⁶ pondera:

Duas seriam as soluções para este problema:

a) criar uma figura criminal intermediária entre o aborto e o infanticídio, sob o nome de “feticídio”, e

b) equiparar, juridicamente, o feto nascente ao ser recém-nascido.

Para nós, prevaleceu esta última hipótese e, desta forma, antes de iniciado o parto, nesta ocasião do feto o crime é *aborto*; iniciado o parto, o crime é *infanticídio*, pois, para este delito, basta o feto estar vivo no momento da conduta criminosa, não havendo qualquer necessidade de se distinguir entre vida intra-uterina e vida autônoma.

Para suprir aquela lacuna legal os legisladores passaram a adotar a expressão “durante o parto”, com a qual alteraram o marco inicial do momento consumativo do infanticídio, fundindo na descrição deste tanto o ser nascente como o recém-nascido. No Brasil, a expressão “durante o parto” foi adotada na descrição típica do art. 123 (infanticídio) pelo Código Penal de 1940. Neste particular, o Código “acobertou um santo e desacobertou outro”.

5. O infanticídio na legislação

No direito medieval, graves penas eram impostas aos infanticidas. O *Fuero Juzgo* mandava que se condenasse à morte a mulher que matasse seu filho, ou então à cegueira, penas que também se impunham ao marido que ordenasse o infanticídio. Na

¹⁵ BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio*: impropriedade de uma figura autônoma. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP e defendida em 1978, p. 32.

¹⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. Bauru-SP: Edipro, 2001, p. 75-76.

Carolina (Ordenança Penal de Carlos V), mandava o art. 131 que fossem enterradas vivas as mulheres que matassem seus filhos¹⁷.

O iluminismo e a doutrina do direito natural deram, porém, novos rumos ao tratamento penal do infanticídio, passando a defender um tratamento mais brando. Disse Beccaria¹⁸:

O infanticídio é, ainda, o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra uma desgraçada, que apenas cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. Por uma parte a infâmia, da outra a morte de um ente incapaz de avaliar a perda da existência: como não preferiria essa última alternativa, que a subtrai à vergonha, à miséria, juntamente com o infeliz filhinho?

A partir de Beccaria, os códigos penais passaram a prever um tratamento mais benevolente para a infanticida, que assim agia para esconder a sua deshonra (era o caso das mulheres casadas que engravidavam enquanto os maridos estavam em guerras, das grávidas solteiras, das estupradas etc).

O Código Criminal do Império tipificava o infanticídio no art. 197 prevendo para qualquer pessoa que matasse um recém-nascido uma pena mais branda do que a prevista para o homicídio, este era em regra punido com a pena de morte e, em algumas circunstâncias, com a mutilação de membros e o degredo para o Brasil.

Pelo Código Criminal do Império, qualquer pessoa podia ser sujeito ativo de infanticídio, mas quando a mãe praticava o crime para esconder a sua deshonra, a pena era bastante abrandada. O sujeito passivo era o recém-nascido, ou seja, exigia-se o nascimento com vida para a configuração do delito.

Era a seguinte redação, na linguagem da época:

Art. 197. Matar alguém recém-nascido.

Penas – de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

¹⁷ Conf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 4. Campinas: Millennium, 2002, p. 149.

¹⁸ BALESTRA, Andrés Augusto. Ob. cit., p. 25. Veja também: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 92, com tradução de Torrieri Guimarães.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua deshonra.
Penas – de prisão com trabalho por um a três anos.

Já o Código Penal de 1890 estabeleceu um limite de tempo de sete dias para a prática do infanticídio, sendo que qualquer pessoa poderia praticá-lo, continuando a ressalva de pena menor à mãe que agia para esconder a sua deshonra. O sujeito passivo continuou sendo o recém-nascido (aquele que acabou de nascer com vida). O infanticídio estava previsto no primeiro código penal republicano, no artigo 298 com a seguinte redação:

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte”.

Pena – de prisão cellualar por seis a vinte e quatro annos.

Paragrapho único. Si o crime fôr perpetrado pela mãe, para occultar a deshonra própria:
Pena – de prisão cellualar por três a nove annos.

O legislador de 1940, ao elaborar o Código Penal, na redação do art. 123, abandonou o critério da deshonra e adotou o critério bio-psicológico do estado puerperal, acrescentando ainda a expressão “durante o parto ou logo após”:

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) annos.

Com esta redação, resolveu-se a velha lacuna legal da tipificação da morte dada ao infante durante o parto. Mas, por outro lado, a nova tipificação deixou em descoberto as hipóteses quando um terceiro destrói a vida do nascente, sem a participação da mãe.

Pela redação do art. 123, só estão acobertados pelo infanticídio a própria mãe – é o que se depreende dos elementos do tipo, pois só a mãe pode “matar” “o próprio filho” “durante o estado puerperal” - e seus coautores e partícipes, por força do art. 30 do Código Penal (“Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal,

salvo quando elementares do crime”). Assim, aquele que auxilia a mãe a praticar infanticídio, responde também por infanticídio. Mas aquele que mata o nascente, sem participação da mãe em estado puerperal, não responderá por infanticídio.

Não se trata de atipicidade relativa, pois, no nosso entender, o fato também não esquadra no art. 121 (homicídio), pois *matar alguém* é destruir a vida de qualquer pessoa, e o nascituro, pelas razões já expostas, não é pessoa, ainda.

Nesse sentido, estamos de pleno acordo com o Juiz da Terceira Vara Criminal de Brasília, que rejeitou a denúncia oferecida pelo ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro ofereceu denúncia¹⁹ contra três médicos, “atribuindo-lhes a

¹⁹ Diz a denúncia: “**1. Causas.** 1.1. No dia 5 de Setembro de 2000, Terça-feira, por volta de 1h40 (*da madrugada*), Hellen Cássia Ferreira da Costa, de 16 anos de idade à época, grávida pela primeira vez há 40 semanas, dirigiu-se ao Hospital Materno Infantil de Brasília (HmiB), com sinais de ruptura da bolsa amniótica, porém sem contrações. A ficha de atendimento foi preenchida às 5h52 (*da manhã*); a internação só ocorreu às 8h15. Com o diagnóstico confirmado de ruptura prematura da bolsa amniótica e trabalho de parto em curso, estando preservados os batimentos cardiocirculatórios – o feto estava vivo até esse momento – foi, determinada a sua internação pelo primeiro denunciado, que, juntamente com os dois outros, eram os únicos médicos responsáveis pelo atendimento e assistência à paciente no turno das 7h00 às 13h00 daquele dia. Tinham por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância para com ela. 1.2. Ocorreu que nenhum dos três denunciados prestou qualquer atendimento à paciente desde a sua internação. Apenas às 11h25, três horas e dez minutos após a sua admissão no HmiB, Hellen Cássia foi avaliada pelo terceiro denunciado, que não conseguiu detectar os batimentos cardiocirculatórios. Às 11h40, Hellen foi examinada pela segunda denunciada, que confirmou a suspeita de morte fetal e indicou a indução medicamentosa do parto. 1.3. Às 15h50 a paciente expulsou um natimorto do sexo masculino; recebeu alta hospitalar no dia 6 de Setembro, às 10h30, em bom estado geral. **2. Responsabilidade penal.** 2.1. Entre as 18h15 e 11h25, Hellen Cássia não foi assistida; muito menos o seu filho. Em três horas e dez minutos de permanência em ambiente hospitalar sob a responsabilidade dos três acusados, nenhum deles dispensou à paciente sequer um toque. As evoluções, que eram devidas por eles a cada 30 minutos, ocorrem uma única vez, e como antes afirmado, três horas e dez minutos após a sua internação. Durante esse período, os denunciados se “esqueceram que a paciente estava em trabalho de parto”, deixando de examiná-la, bem como o feto. 2.2. O trabalho de parto compreende um risco permanente para o feto. Daí a necessidade de se avaliar suas condições antes e durante todo o seu transcurso. Mas os denunciados, por negligência, por omissão, ultrapassaram todos os limites dos riscos permitidos no trabalho de parto, não examinando a paciente, que havia procurado o Hospital ainda a madrugada. Como não examinaram-na, não trataram do feto; como não cuidaram da mãe, não cuidaram do filho; como não protegeram a mãe, não deram à luz o filho; como não protegeram a mãe, não deram à luz o filho; como não vigiaram a evolução do parto, não constataram o sofrimento fetal. Como não fizeram nada pela vida, deixaram que o feto morresse por anóxia intra-uterina, asfixiado pela própria vontade de nascer. 2.3. Com essas omissões, criaram o risco de produzir o resultado morte, sem, contudo, assumi-lo. Sem essas omissões o resultado não teria ocorrido. Sem essas omissões o resultado não teria ocorrido. Se os denunciados tivessem examinado e avaliado com proficiência os sinais clínicos da mãe e do feto, teriam cumprido a *lege artis* e identificado o sofrimento fetal a tempo de impedir que ele evoluísse para a morte, realizando uma cirurgia de emergência. Somente com as condições fetais normais se poderia permitir o parto transpélvico. 2.4. Cabia aos três médicos, ..., este último residente e sob a orientação dos dois primeiros, cumprir o Código de Ética Médica, em especial o disposto do seu artigo 57: “É vedado ao médico deixar de utilizar todos os

responsabilidade penal pela omissão profissional que produziu, durante o parto, a morte do filho [natimorto] de Hellen Cássia Ferreira da Costa”. A omissão teria consistido na falta de assistência à parturiente que se internou no hospital, onde os denunciados eram os únicos plantonistas e “esqueceram que a parturiente estava em trabalho de parto”, deixando de examiná-la e de prestar-lhe a devida assistência, bem como ao feto. Com esta omissão, segundo a denúncia, os médicos criaram o risco de produzir o resultado morte, devendo ser penalmente responsabilizados por homicídio.

O juiz da 3ª Vara Criminal de Brasília-DF rejeitou a denúncia por entender que o caso não é fato típico de homicídio e assim se pronunciou:

Ao que deflui da redação e fundamentos da peça inicial acusatória (fls. 2/6) e do que consta do Laudo de Exame Cadavérico de fls. 46/46v, *data máxima vênia*, o caso em enfoque não pode ser capitulado como de homicídio. Pois, segundo a definição clássica (*in Com.* Ao Cód. Penal, de Nelson Hungria, Ed. Forense, 4ª ed. – 1958, vol. V, pág. 36, § 6) “o sujeito passivo do homicídio é ser vivo, nascido de mulher”. E, ainda acrescenta: a destruição do embrião ou feto humano no útero materno não é homicídio, contemplando-a a lei penal sob o ‘nomem juris’ de aborto, menos severamente punido”. Ora, consoante conclusão do Laudo de Exame Cadavérico de fls. 46/46v: “A morte ocorreu devida anóxia fetal intra-uterina”. O que vale dizer (como aliás consta no topo do verso do laudo referido) que se trata de natimorto, o que, obviamente, impede que seja o caso tratado como homicídio. Por outro lado, embora em tese se pudesse falar em aborto, como se pode inferir do relato do fato na peça inaugural, na verdade, ela sugere conduta culposa aos seus autores, ao dizer, no item “1.3. Às 15h50 a paciente expulsou um natimorto do sexo masculino”; e, no item “2.2. ...//... Mas os denunciados, por negligência, por omissão, ultrapassaram todos os limites dos riscos permitidos no trabalho de parto, ...”, assim criaram o risco de produzir o resultado morte, sem, contudo, assumi-lo.”(grifei). Todavia, a nossa lei penal, como é sabido, e notório, não contempla o “aborto culposo”, sendo o fato, sob este prisma, atípico. Incide, portanto, o contido no art. 18, § único: “*Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”. E, apenas ad

meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.” O HimB é um hospital dotado de todos esses meios. Todos eles estavam disponíveis; nenhum deles foi empregado na assistência e solução da gravidez de Hellen Cássia. Não foram usados nem mesmo os mais antigos meios para a assistência a um parto: a vigilância pessoal, a presença física ao lado da gestante, o acompanhamento a cada trinta minutos dos sinais materno-fetais, o toque bidigital e ausculta fetal. Tudo o que até as parteiras indígenas fazem nas suas tribos. 2.5. Nessas circunstâncias, omitindo-se, quando deviam e podiam agir; quando deviam e podiam empregar o melhor do progresso científico em benefício da paciente e do seu filho, porque tinham o dever legal de cuidado, proteção e vigilância para com eles, os denunciados criaram a real possibilidade da ocorrência do resultado da morte, que era previsível por qualquer deles. **3. Conseqüências jurídicas do crime.** 3.1. Os médicos infringiram, individualmente (autoria colateral), o artigo 121, §§ 3º e 4º (c/c o artigo 13, *caput*, e § 2º), todos do Código Penal. A conseqüência jurídica dessas omissões será a retirada de alguns dos seus direitos fundamentais, marcadamente a sua liberdade pelo prazo de até quatro anos, em detenção, com a condenação que se espera. 3.2. Para que isso seja constitucionalmente viável e possível, requer o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios se instaure a devida ação penal, citando-os para todos os seus termos, com as conseqüências da ausência ou da revelia processuais, e intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para deporem sobre os fatos narrados. Distrito Federal, 28 de maio de 2001. Diaulas Costa Ribeiro, Promotor de Justiça, Coordenador da Pró-Vida.

argumentadum, há que se consignar que se fosse o caso de aborto (*doloso*), este Juízo não teria competência para processar o feito, cuja competência exclusiva é do Tribunal do Júri. Finalmente, como derradeira alternativa, poder-se-ia falar em eventual crime de lesão corporal na pessoa de Hellen Cássia, caso esta tivesse ocorrido, o que não se sabe, vez que a denúncia nenhuma referência fez a respeito. Isto Posto e pelo mais que dos autos consta, como o fato narrado na peça inaugural acusatória, sob a ótica de nosso Direito Penal, é atípico, como lastro no inc. I, do art. 43 do CPP, não recebo a denúncia de fls. 2/6.”

Conclusão

Se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei, não haverá crime, nem pena, sem prévia cominação legal. Não há crime sem tipo previamente expresse, certo e determinado.

Homicídio é “matar alguém”. Alguém é pessoa. Pessoa é o ser humano nascido com vida. Logo, só há homicídio a partir do nascimento com vida. O feto não é pessoa. Se não nasce com vida, não adquire personalidade, não se torna sujeito, não pode ser vítima de homicídio.

O ordenamento jurídico apresenta uma incompletude na proteção da vida do nascituro, pois os tipos penais que incriminam as condutas que atentam contra a vida humana não abrangem todas as fases de seu desenvolvimento, vale dizer, não tipifica a morte dada ao ser nascente, fora das hipóteses do infanticídio.

O legislador brasileiro, ao adotar a expressão “durante o parto ou logo após”, estendeu a tipificação do infanticídio, passando a punir a morte do ser nascente; mas, ao mesmo tempo, ao eleger o critério biopsicológico do estado puerperal, limitando o sujeito ativo à própria mãe do nascente, deixou sem tipificação legal as hipóteses em que a morte é provocada por terceiro, sem a participação da mãe.

Assim, na falta de norma jurídica expressa, se não há nascimento com vida, fora das hipóteses do infanticídio, é atípica a morte dada ao nascituro durante o trabalho de parto.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Belém-PA: UNAMA, 1999.
- BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio: impropriedade de uma figura autônoma*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1978.
- BARBOSA, Heloisa Helena et al. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BELO, Warley Rodrigues. *Aborto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BELFORT, Paulo e ORLANDI, Orlando. *Medicina perinatal*. São Paulo: Manole, 1983.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Manual de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Teoria jurídica do crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Crimes contra a pessoa*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003.
- CROCE, Delton e CROCE JR, Delton . *Manual de Medicina Legal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- D'URSO, Luis Flávio Borges. *Anteprojeto da parte especial do código penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

FÁVERO, Flamínio. *Medicina Legal*. 11ª ed., Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal*. 11ª ed. v.1. Rio de Janeiro: 1995.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 3ªed. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: parte especial*. 3ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. Bauru-SP: Edipro, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas-SP: Bookseller, 1997.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19ª ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1.

_____. _____. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*. São Paulo: Edição Saraiva, 1962.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. Revisão da tradução de Luis Flávio Gomes. *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Bauru: Javoli, 1980.

_____. (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire(Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao Futuro em Direito Penal*. Editora Setemares.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Matar durante o parto: uma lacuna no Código Penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VANNINI, Ottorino. *Il delitto di omicidio*. Millano: Società Editrice Libreria,, 1935.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

ZAFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Directo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.