

GUTA!


O CASO DA GRÁVIDA

Douglas Henrique Norkevicius

Grupo Estudos em Direito Penal



G.DPEE



"O direito é uma ciência prática, que se propõe a resolver problemas da vida em sociedade de forma correta, e não apenas a calar os envolvidos com um ato de força. Uma teoria jurídica não é um rótulo, uma expressão ('domínio do fato'), que abrevia um enunciado abstrato ('autor do crime é quem tem o domínio do fato') e está vinculada ao nome ou à autoridade de determinado autor ('ROXIN'), e sim uma tentativa de dar uma resposta correta a problemas concretos com que se verão confrontados os aplicadores do direito em seu dia-a-dia. Como disse em outra oportunidade, a prática não é uma consequência da teoria, mas seu começo e sua conclusão. Isso significa que o significado e o alcance de uma teoria só podem ser compreendidos uma vez que se esteja em condições de correlacionar a teoria a uma gama de problemas concretos. Essa capacidade tem, como qualquer outra, de ser treinada. O estudo abstrato das teorias tem de ser, assim, complementado pela aplicação dessas teorias a casos concretos – da mesma maneira que a leitura de livro de idioma não capacita ninguém a falar a língua" (GRECO, ESTELLITA, LEITE, A prática da teoria do delito, inédito).

O Gutachtenstil — carinhosamente apelidado de “Guta” — é um método de resolução de casos, largamente praticado, desde tempos remotos, na tradição alemã. Ele permite que o jurista consiga enxergar a teoria como um instrumento para a solução dos conflitos concretos, adquirindo sólida base para posterior crítica e até mesmo elaboração de novas soluções.

O método foi inserido nos cursos da FGV DIREITO SP em 2015, pela Profa. Dra. Heloisa Estellita em parceria com a Cátedra do Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlin. Além do ensino regular com o uso do método em todos os cursos ministrados pelos professores do grupo, foram realizados dois cursos intensivos na Escola, um com o Prof. Dr. Luís Greco (2015) e outro com o Dr. Alaor Leite (2019).

O texto a seguir é um produto do uso do método na FGV DIREITO SP.

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PENAL

Professor Guilherme de Toledo Góes

Nome: Douglas Henrique Norkevicius

Resolução de *Gutachtenstil* CASO 1: “Depois de 09 meses você vê o resultado”¹

Caso:

Após sair para jantar com seu namorado **B**, **A** resolve pegá-lo pelo braço e levá-lo para o quarto. Deliberadamente sem avisá-lo que não estava mais tomando seu anticoncepcional, **A** mantém relações sexuais sem preservativo com seu parceiro **B**. Após 6 meses, **B** percebe que foi enganado e, em uma das discussões com sua namorada, descobre que **A** está grávida. Por estar desempregado, ter altas dívidas em seu nome e não gostar do nome sugerido por sua namorada ao bebê (*Enzo*), **B** resolve que precisa dar um jeito na situação. Em uma madrugada qualquer do 7º mês de gravidez, **B** desfere um soco na barriga de **A**. **A** entra em trabalho de parto. A criança nasce viva, porém, falece após 20 dias em razão da formação incompleta. Punibilidade de **B**?

Resposta:

O caso poderia apresentar-se como o delito doloso disposto no artigo 127 (a forma qualificada do injusto tipificado no artigo 125) do Código repressivo. Entretanto, duas discussões deverão ser abordadas no caso em tela: (1) a criança nasceu e permaneceu, por 20 dias, viva, o que desclassificaria o delito disposto no artigo 127, já que não configurado o *aborto*. Nesse caso:

Estrutura do delito do artigo 127:

(I) Tipicidade:

A. Tipicidade objetiva:

- a. Ação: **socar a barriga de A.**
- b. Resultado: **nascimento prematuro de seu filho.**
- c. Causalidade: **socar - nascer prematuro - morrer, posteriormente.**
- d. Imputação objetiva: **presente a criação de um risco socialmente desaprovado que se não realiza no resultado - ao socar a barriga de A, cria o risco de aborto, que não se realiza, já que a criança nasce viva.**

B. Tipicidade subjetiva:

- a. Dolo: **prejudicar a gravidez de A (presente)**

¹ Baseado em STJ - HC 85298.

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PENAL

Nota-se que o tipo não fica cumprido, já que o *aborto* não ocorreu. Entretanto, há de se falar de **tentativa**, que apesar de não configurada, pode gerar debate e dúvidas. A tentativa não se configura por necessidade de adequação: (1) a criança nasceu viva, frustrando o ânimo inicial de B e, caso a situação fosse neste ponto finalizada, estaria configurada a tentativa, como dispõe o Código Penal. Entretanto, (2) a criança morre após alguns dias, **em decorrência das agressões**, por isso, há a consumação de um novo injusto: o homicídio doloso. Não podemos falar de punibilidade de B pelo injusto disposto no artigo 127, em sua modalidade tentada, somada ao injusto disposto no artigo 121§ 3, pois isso configuraria *bis in idem*: a punibilidade duplicada por uma mesma conduta/resultado, como a tradução literal do termo indica “duas vezes o mesmo”.

(2) Dessa forma, a ação de B acaba por demonstrar o cometimento de **dois delitos distintos**: lesão corporal de natureza grave, em relação a sua namorada A, e homicídio culposo em relação ao seu filho, já que com o soco desferido à barriga de A, B pretendia que seu filho fosse *abortado*, mas não que *morresse após de 20 dias*, como ocorreu. E a punibilidade por homicídio culposo se configura, já que B cria risco socialmente desaprovado (soco em A, grávida) que se realiza no resultado (seu filho morreu por ter nascido prematuro). Vejamos:

Estrutura do delito do artigo 129, § 1º, IV:

(I) Tipicidade:

A. Tipicidade objetiva:

1. Tipicidade objetiva do delito base:

a. Ação: **socar a barriga de A**

b. Resultado: **Dano físico em A**

c. Causalidade: **socar A - danificar/machucar/lesionar A.**

d. Imputação objetiva: **presente a criação de um risco socialmente desaprovado que se realiza no resultado - ao socar a barriga de A, cria o risco de machucá-la, que se realiza.**

2. Resultado agravante: **acelerar parto**

a. Realização: **presente.**

b. Relação causal entre o delito base e o resultado agravante: **presente. Ao socar a barriga de A, seu parto é adiantado.**

c. Imputação objetiva do resultado agravante: **Observado quando do soco na barriga de A, buscando prejudicar sua gravidez.**

B. Tipicidade subjetiva:

1. Dolo: **Presente.**

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PENAL

(II) Antijuridicidade: **não presente.**

(III) Culpabilidade: **culpável.**

Ou seja, **B poderá responder pelo crime de lesão corporal de natureza grave.**

Agora vejamos a estrutura do delito de homicídio culposo, em relação ao seu filho:

Estrutura do delito do artigo 121, § 3º:

(I). Tipicidade

1. Tipo objetivo

a. Objeto da conduta: **Matar alguém.**

b. Resultado: **Morte do filho.**

c. Nexu causal: **sem o soco, a criança não teria nascido prematura e morrido.**

d. Imputação objetiva

aa. Criação de um risco juridicamente desaprovado: **Sim, pois socou a barriga de A, sua namorada, grávida à época, causando o nascimento prematuro de seu filho.**

Existe, neste ponto, uma acirrada discussão – ainda aberta – sobre o bem jurídico *vida* do feto. Afinal, já é considerada a vida de uma pessoa ainda não nascida? A resposta mais adequada neste caso é que o soco produz o risco socialmente desaprovado não apenas para o aborto (artigo 127), mas também para a morte prematura de uma criança nascida vida, que é o caso concreto. Ou seja, há criação de risco desaprovado ao bem jurídico *vida* da criança já viva.

bb. Realização desse risco no resultado: **Sim, a criança morreu por nascer prematura devido o soco.**

(II). Antijuridicidade: **nada presente.**

(III). Culpabilidade: **culpável.**

Nesse esquema é notada a ausência da *aba* destinada à *tipicidade subjetiva*, isto porque, como evidenciado acima, não era do ânimo do autor que seu filho *nascesse* e só depois *morresse*, como aconteceu. Não há que se indicar que a esfera de proteção da norma disposta no artigo 121 do Código Penal seja assim tão abrangente. Ou seja, B assumiu a incidência da punibilidade das penas previstas ao artigo 127 do Código Penal, que prevê, para sua conduta, pena de reclusão de três a dez anos, aumentada de um terço, e não a de homicídio ou homicídio qualificado, que ensejam reclusão de seis a vinte anos, ou reclusão de doze a trinta - a depender da análise do fato, o que não farei aqui. Entretanto, ao criar um risco socialmente desaprovado que acaba por se realizar no resultado - mesmo que diverso daquele que B assumiu - existe a incidência de punibilidade, como estabelece o Código em seu artigo 121, § 3º. Os injustos culposos determinam, no sistema jurídico brasileiro, a capacidade de

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PENAL

demonstrarem o desvalor de determinada conduta: mesmo que àquele não fosse o objetivo específico o agente, a realização desse resultado já é suficiente para configuração o delito.

Ainda existem duas interpretações - que me parecem errôneas quando dispostas nos *Prüfschemata* (esquemas de análise) - que são a (1) observação de *bis in idem* ao punir B pelo homicídio culposo de seu filho, ou, em análise diametralmente oposta, (2) a afirmação que B cometeu *homicídio doloso* de seu filho. As duas apresentam fragilidade se observarmos que B possui a vontade - e conhecia sua ilicitude - de fazer com que A abortasse de seu filho, pelos motivos que seriam "estar desempregado, ter altas dívidas em seu nome e não gostar do nome sugerido por sua namorada ao bebê", ou seja, mesmo que seu ânimo fosse o de *eliminar* aquele bebê - e aqui, talvez bebê não seja o melhor termo - não podemos deduzir que B buscava que seu filho (a) nascesse e (b) morresse posteriormente: é apenas nessa situação que poderíamos punir B por homicídio doloso. Consequentemente, não podemos negar que seu filho morreu por conta de sua conduta ao socar a barriga de sua companheira grávida, realizando o risco criado quando desferiu o golpe: ou seja, por mais que não fosse sua vontade que seu filho (a) nascesse e (b) morresse (situação de homicídio doloso), esse cenário só ocorreu por conta do golpe que atingiu a barriga de A, criando um risco de morte para o seu filho, que foi devidamente realizado. Observa-se, então, com a punibilidade dos dois tipos em apenas uma só conduta, uma espécie de **concurso formal**. Por fim, então, B responderia apenas às penas impostas ao tipo do artigo 129, § 1º, IV, conforme disposto no artigo 70, ambos do Código Penal.

Referência:

TAVARES, Juarez; **Fundamentos da Teoria do Delito**, Tirant Brasil, 1ª ed., 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos; **Direito Penal Parte Geral**, Tirant Brasil, 8ª ed., 2018.

STJ. **HC 85298/MG**, Min. Marilza Maynard, 6ª Turma, DJ: 06/02/2014. 2014.