

PAULO CÉSAR BUSATO

Direito Penal

Parte Especial 1

Artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2014

ado preterido logo
te com resultado
) da gestante com
n consentimento
, contempla outra
odo mais ingenu
; imprudência.
que o art. 127 é
e 126, termino.

Capítulo II

DAS LESÕES CORPORAIS

Refere Fragozo¹ que na antiguidade, como por exemplo, na Lei das XII Tábuas, o que hoje conhecemos como lesões corporais era denominado *iniúria*. Foi só no Direito Romano que a *iniúria* ampliou seu conceito para abranger tanto ofensas físicas quanto morais, consistindo em "ofensa intencionada e ilegítima à personalidade de um terceiro".² A expressão latina (*iniúria*) traduzia a oposição ao direito (*ius*).³

Por influência do Direito costumeiro Germânico, que punia todas as lesões corporais através de composições, boa parte das lesões mais leves seguiu, durante a Idade Média, a serem pecuniárias, reservando-se as penas corporais apenas para os casos de lesões graves.⁴

As lesões corporais, como crime autônomo, surgiram apenas no fim do século XVIII no Código Austríaco de 1803, nos Códigos Franceses de 1791 e 1810 e no Código Bávaro de 1813,⁵ inspirações que foram seguidas pelo Código Penal do Império, de 1830 e pelo Código Penal da República, de 1890.

O Código de 1940, por sua vez, trouxe detalhada distribuição de responsabilidades, segundo a gravidade dos resultados.

¹ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I, p. 89.

² MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Reimpressão da tradução de P. Dorado, da obra original de 1899. Bogotá: Temis, 1999. p. 485.

³ Nesse sentido MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. cit., p. 484.

⁴ Nesse sentido FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 89.

⁵ A informação é de Fragozo em FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 89.

O atual texto legal, conquanto preserve a essência do crime de lesões corporais tal como previsto no Código original, sofreu inúmeros acréscimos oriundos de várias distintas leis.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto;

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I – incapacidade permanente para o trabalho;

II – enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto;

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Diminuição de pena

§ 4º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Substituição da pena

§ 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis:

I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II –
Les
§ 6
Per
Au
§ 7:
e 6:
§ 8
nº 4
Vio
§ 9:
par
age
Lei
Per
200
§ 1
§ 1
10.,
§ 1.
con
I
ben
cui
de
de
de
das
nível
e a
con

II – se as lesões são recíprocas.

Lesão corporal culposa

§ 6º Se a lesão é culposa: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Penal – detenção, de dois meses a um ano.

Aumento de pena

§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.720, de 2012)

§ 8º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)

Violência doméstica (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004)

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Penal – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004)

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

1 INTRODUÇÃO

Dentro dos crimes contra pessoa, o Código também inclui no seu âmbito de bens jurídicos, além da vida, a integridade física e a saúde. Os tipos penais que cuidam desse aspecto estão abrangidos no capítulo das lesões corporais.

A lesão corporal é, em princípio, toda a ofensa à integridade física ou a saúde de outrem. Portanto, os seus tipos inseridos neste capítulo dirigem-se à pretensão de proteção da saúde e integridade física do ser humano independente.

É importante delimitar a qualidade de “ser humano independente” nas vítimas das lesões corporais para deixar claro, desde logo, que, em princípio, não são puníveis as lesões corporais praticadas contra a pessoa em formação, ou seja, a saúde e a integridade física da pessoa dependente não são objetos alcançados pelos tipos contidos neste capítulo. Vale dizer, não existem lesões corporais praticadas contra o

lado,

moral
física,

o pela

idente,
 Longo
 go pra-
 luz, no
 retidas
 inar a

IPO

mente
 strada
 r lesão
 efetiva
 úde da
 e dano
 vítima

lica na
 rrmula
 caráter
 so, por
 riado,⁶

classe
 plia-se
 cações
 tina.⁷
 aflição
 saúde.
 ismo,

especial,

BITTEN-

Em suma, dentro da pretensão de relevância, inclui-se, além da ofensa à integridade ou à saúde corporais, também a ofensa à integridade e à saúde mentais, daí configurar crime de lesões corporais a provocação das paralisias, neuroses, insanidades, convulsões etc., quer seja por golpes ou ingestão de substâncias. Não se tem considerado, porém, como lesão corporal, o estado de semiconsciência ou a crise nervosa sem comprometimento.

A lesão corporal guarda fronteira também com alguns crimes pertencentes ao capítulo da periclitacão da vida e da saúde. É o caso do perigo de contágio venéreo (art. 130) e do perigo de contágio de moléstia grave (art. 131). Como são crimes de perigo, caso haja a transmissão das referidas doenças, este resultado consiste em efetivar a produção de um dano à saúde que, pela via do princípio da consunção, faz com que o crime de lesões corporais absorva aqueles.

Também ocorre delimitação pelo princípio de especialidade em relação a outros tipos penais como a *tortura* (art. 1º da Lei nº 9.455/97),⁹ o crime de transplante

⁹ Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquela que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

ilícito de órgãos (arts. 14 e 15 da Lei nº 9.434/97)¹⁰ e os delitos de esterilização ilegal de seres humanos (arts. 15 e 17 da Lei nº 9.263/96).¹¹

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

¹⁰ Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto;

Pena – reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I – incapacidade para o trabalho;

II – enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto;

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

¹¹ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I – durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II – com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na

capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou

incapacidade mental temporária ou permanente;

III – através de histerectomia e ooforectomia;

IV – em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V – através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena – reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único – Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Questão
raís é seu c
possível di
a propósito

Tanto é
outrem con

Os crité
Roxin incli
como situ
situações e
não é perf
diante da
pela adoçã
do risco n
usados nã
causalidad
há de ser t

Eviden
ofensas re
podem er
relação di
a decisão
parece-no
do consen
mereça se
da preten

Afinal
ofensa ac
geram ser
resulta di
meses de

¹² Confir

¹³ Um dos
menor, ébr
outrem, pr
na condicã
de Direito p

¹⁴ No me
Helena. Li
que se trat
Penal. Partr

utilização

Questão relevantíssima a respeito do bem jurídico no crime de lesões corporais é seu caráter individual, porquanto só a partir desse reconhecimento torna-se possível discutir a relevância do consentimento, conforme se verá nas observações a propósito da ilicitude.

empimento

Tanto é assim, que a autolesão não é punível, conforme deixa clara a elementar *outrém* contida no enunciado do tipo.

desacordo

Os critérios gerais da chamada teoria da imputação objetiva oferecidos por Claus Roxin incluem a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida

ativo torpe:

como situações de exclusão da tipicidade ou da imputação, por força de que tais situações estariam fora do alcance do tipo. Alhures¹² já se disse que tal regra geral não é perfeitamente adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante da opção pela indisponibilidade do bem jurídico vida. Daí a opção apenas pela adoção dos dois primeiros critérios de imputação objetiva de Roxin (criação do risco não permitido e realização do risco no resultado) os quais devem ser usados não sob a forma de uma teoria geral, mas como mera adição axiológica à causalidade para a afirmação do tipo objetivo. De consequência, a análise realizada há de ser tópica, variando segundo os tipos penais e os respectivos bens jurídicos.

Evidentemente, há relevância nas situações de consentimento a respeito de ofensas realizadas contra bens jurídicos disponíveis. Porém, dados os matizes que podem envolver a validade ou não desse consentimento,¹³ e também a falta de relação direta entre a análise dos níveis de magnitude de ofensa ao bem jurídico e a decisão individual e mutante a respeito do consentimento para com esta ofensa, parece-nos que a discussão a respeito da descaracterização do crime por influência do consentimento, em relação a bens jurídicos disponíveis, não é uma questão que mereça ser discutida no âmbito da pretensão de ofensividade, mas sim no âmbito da pretensão objetiva de ilicitude.¹⁴

Afinal, é bastante difícil compreender no âmbito da exclusão da relevância da ofensa ao bem jurídico, algumas agressões à integridade física consentidas que geram sequelas permanentes como as práticas do *branding* ou do *scarving*. Também resulta difícil compreender o consentimento dos pais em relação à filha de poucos meses de idade que é levada por eles para ser submetida à realização de um furo na

desta Lei.
alterações na
alterados ou

10 desta Lei.

grave.

no genocídio.

¹² Confira-se em BUSATO, Paulo César. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, cit., p. 161-165.

¹³ Um dos problemas é destacado por Cezar Bittencourt quando comenta que "se um inimputável, menor, ébrio, ou por qualquer razão um incapaz de entender ou de querer, por determinação de *outrém*, praticar em si mesmo uma lesão, quem o conduziu à autolesão responderá pelo crime, na condição de autor mediato (artigo 21, § 2º, do CP)" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 156).

¹⁴ No mesmo sentido do texto, admitindo a exclusão da pretensão de ilicitude, FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 1, p. 92. De opinião diversa, no sentido de que se trata de questão de atipicidade material, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 157.

sua orelha para a inserção de brincos. Ademais, tal procedimento costumeiramente gera reações inflamatórias que são claramente uma ofensa à saúde e que, caso fosse dado à vítima optar, esta certamente se oporia à realização do fato naquele instante. Não pode haver dúvida, pois, que o fato há de ser discutido no campo dos costumes e da relevância social do consentimento, campo este reservado para a pretensão de ilicitude.¹⁵

3 DA PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE

Em princípio, a lesão corporal pode ser dolosa ou culposa, admitindo-se os dois elementos subjetivos. Admitem-se também modalidades preterdolosas.

3.1 Lesões corporais dolosas

O dolo que orienta a pretensão de ilicitude diz respeito à realização do tipo de ação correspondente, identificada através dos indicadores externos capazes de determinar a existência de um compromisso para com a realização de um resultado específico de que trata o tipo correspondente.

Assume aqui crucial importância a percepção a respeito da pretensão efetiva de realização de um delito de lesões corporais, pois é justamente neste foco que se vai identificar eventual tentativa de homicídio. A diferenciação entre o homicídio a um ou outro tipo de ação, o que só pode ser aferido através de um processo de interpretação do sentido transmitido pela conduta do sujeito.¹⁶

O tipo das lesões corporais comporta dolo direto de primeiro ou segundo grau e também o dolo eventual.

3.2 Lesões corporais imprudentes simples (art. 129, § 6º) ou majoradas (art. 129, § 7º)

Ao contrário das lesões corporais dolosas, as lesões corporais culposas ou imprudentes não são subdivididas segundo sua gravidade, de modo que, qualquer que

¹⁵ Aliás, é justamente na antijuridicidade, aqui tratada como pretensão de ilicitude, o local apropriado para discutir conflitos de interesses, conforme pertinentemente assinalado por Roxin em ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. München: Beck, 1970. p. 15, onde afirma textualmente que "A antijuridicidade [...] é o âmbito da solução social de conflitos..." (*Die Rechtswidrigkeit [...] ist der Bereich sozialer Konfliktlösungen...*).

¹⁶ A respeito do dolo como atribuição de sentido veja-se nosso BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján; PITA, María del Mar Díaz. *Modernas tendencias sobre o dolo em Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 93 e ss.

seja a I
for a in
absolut
o condi
de pen:
determ
ainda q
incidên
nitude
abrange
É in
rais cul
tratada:
As I
present
nº 9.50
Fun
da pens
6º do a
Con
sulta de
o cirurg
recome:
O se
deixa de
do seu r
Esse
Contud
a crimir
pensar j
mente t
alguém
à vítima
local, vi
Agu
especial
O §,
se o crit
de segur
de 2012

Instrumental
do fato que
reservado
Losaq.
tindo-se
Losaq.

seja a magnitude da lesão corporal, se o elemento subjetivo que orienta o ilícito for a imprudência, o tipo penal será o do § 6º. Isso não significa, porém, que seja absolutamente irrelevante a gravidade da lesão. Significa apenas que esta não tem o condão de afastar a incidência sempre do mesmo tipo. Obviamente, na fração de pena a ser computada, as consequências do delito serão elemento crucial na determinação da quantidade de pena base a ser fixada dentro do marco aplicável, ainda que não possam ser confundidas com o resultado lesivo em si, sob pena de incidência em odioso *bis in idem*. É de todo óbvio, porém, que lesões de maior magnitude vão gerar outras consequências e limitações mais graves, não diretamente abrangidas pelas lesões em si.

É importante destacar já que são de comum ocorrência, que as lesões corporais culposas ou imprudentes decorrentes de acidente de trânsito já não mais são tratadas pelo Código Penal, mas em tipo específico do Código de Trânsito.

As lesões culposas majoradas (§ 7º do art. 129), quando no trânsito (que representa a maioria das ocorrências desta figura), agora também são tratadas na Lei nº 9.503/97, em função do Princípio da especialidade.

Fundamentalmente, o que menciona o dispositivo é que existe um agravamento da pena das lesões culposas, se tem lugar as circunstâncias descritas nos §§ 4º e 6º do art. 121 do Código Penal, ou seja, circunstâncias especiais de homicídio.

Concretamente, a primeira situação trata do crime de lesões culposas que resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Por exemplo, o cirurgião plástico que, ao inovar indevida e imprudentemente quanto à *lex artis* recomendada para a intervenção, provoca dano estético grave na paciente.

O segundo caso previsto nos dispositivos diz respeito à situação em que o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Essas situações concretas, normalmente estão associadas aos crimes de trânsito. Contudo, o advento da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, absorveu toda a criminalidade de trânsito, inclusive as lesões culposas de trânsito. Mas pode-se pensar no exemplo do funcionário de uma construção que, ao deixar negligente-mente um objeto pesado na borda de uma marquise, termina por derrubá-lo sobre alguém e, constatando a produção do resultado lesivo, não presta imediato socorro à vítima, não procura minimizar os danos provocados e foge, ausentando-se do local, visando evitar a prisão em flagrante.

Aqui, especificamente no que tange à última figura, note-se que trata-se de um especial fim de agir que se incorpora no tipo de ação.

O § 6º do art. 121 trata de um aumento de pena de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. O dispositivo, incluído pela Lei nº 12.720, de 2012, obviamente, dirigia-se a delitos dolosos. Não obstante, não há dúvida

atitude, o
alado por
1. P. 15,
e conflitos

6º) ou
qualquer

segundo

tensão efê
ste foco que
e o homicí
e correspon
n processo

lização do
nos Capaz
e um resul

tindo-se
Losaq.

Instrumental
do fato que
reservado

Das Lesões Corporais 111

Cesar, D
Art. 121
P. 15,
e conflitos

que a atividade de milícia privada a pretexto de prestação de serviço de segurança ou por grupo de extermínio pode também gerar resultados lesivos imprudentes.

3.3 Lesões corporais preterdolosas (art. 129, § 3º)

O art. 129, § 3º, cuida de crime *preterintencional* ou *preterdoloso*, ou seja, o dolo do agente é dirigido à lesão corporal, porém sobrevém a morte por imprudência.

A descrição típica, no entanto, como bem observa Bitencourt,¹⁷ restringe-se à hipótese de produção do resultado morte quando existe a transmissão de sentido de que o compromisso do autor era de realização de lesões corporais, porém, não engloba os casos em que as circunstâncias evidenciam que o dolo do autor era de realização de lesões corporais leves e o resultado é de lesões corporais graves ou gravíssimas, como, por exemplo, se a intenção é de tão somente dar um soco na vítima e, no entanto, esta cai sobre um objeto pontiagudo que lhe vaza um olho.

Com acerto, Bitencourt¹⁸ refere que a redação dos próprios casos de lesões graves ou gravíssimas, descritas pelos §§ 1º e 2º do art. 129, faz uso da expressão ‘*se resulta...*’, o que permite inferir que as figuras de lesões graves e gravíssimas são elas próprias resultados preterdolosos, sendo que o dolo do agente se restringirá à causação das lesões leves.

O problema dessa interpretação, como bem ressalta Bitencourt,¹⁹ é que se essas figuras forem consideradas figuras preterdolosas, como se haverá de castigar aquele que atua com dolo quanto à produção do resultado mais grave? Interpretadas as figuras como hipóteses de preterdolo, não estariam abrangidas nestes tipos as lesões corporais cujo resultado mais grave se encontre no âmbito do compromisso eventual ou direto, de primeiro ou segundo graus. Obviamente, não tem o menor sentido sustentar a existência de incriminação preterdolosa de um determinado resultado e manter impune o mesmo resultado quando produzido dolosamente. De outro lado, seria odiosa a previsão de penas idênticas para situações tão diferentes no âmbito da ilicitude subjetiva, ou seja, a proposição da pena das figuras dos §§ 1º e 2º igualmente para os casos em que os resultados mais graves fossem derivados de preterdolo e para aqueles casos em que tal resultado derivasse de dolo.

A solução, de *lege lata*, é apenas a de exigir a diferenciação das situações quanto ao elemento subjetivo no âmbito da fixação da pena, na análise da culpabilidade como grau de reprovabilidade da conduta.²⁰

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 161-162.

¹⁸ Idem, p. 161.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ Essa é exatamente a solução proposta por Bitencourt em BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 162.

4 DAS

Trate
cronolo

A ele
trada co
a autole

A úr
realizad:
bem jurí
própria
ou valor

4.1

Há d
tipo de
quanto
tação ol

Trat:
trar um
oferecid

No (aris, pr
da dimi
no prim
criação,
não pod
Para coi
incisão,
tido cor
atuação
respond
científic
fronteir

²¹

Há ce
aposena
uma ciru
-operatór
do cirurg

Paulista
 ntes.

O dolo
 intenção.

E-se à
 sentido
 n, não
 era de
 res ou
 co na
 olho.

lesões
 ressão
 as são
 ingria

essas
 aque-
 etadas
 pos as
 misso
 já seja
 menor
 inado
 ite. De
 iferir-
 figuras
 ossem
 e dolo.
 quanto
 idade

l-162.

Robert

4 DAS MODALIDADES DE TIPOS DE AÇÃO

Trata-se de crime material, cujo tipo contempla um resultado destacado lógica e cronologicamente da conduta consistente na ofensa à saúde ou à integridade física.

A elementar *outrém*, contida no *caput*, deixa claro que a ofensa deve ser perpetrada contra pessoa humana que não o agente. Ou seja, o tipo penal não alcança a autolesão.

A única hipótese em que o Código cogita a possibilidade de castigar a lesão realizada contra si mesmo deriva da presença de um interesse relacionado a outro bem jurídico, qual seja, o patrimônio, precisamente no caso de o agente ofender sua própria integridade física ou saúde com finalidade específica de obter indenização ou valor de seguro (art. 171, § 2º, V).

4.1 Tipo de ação e imputação objetiva

Há duas situações que merecem atenção a respeito da configuração material do tipo de ação ou omissão em lesões corporais e que tem interessante delimitação quanto à responsabilidade que pode ser ditada pela adoção dos critérios de imputação objetiva: as intervenções médico-cirúrgicas e as lesões desportivas.

Trata-se de um campo reconhecidamente controverso, mas que pode encontrar um interessante recorte a partir dos critérios de criação e realização de riscos oferecidos por Roxin.

No caso das intervenções médico-cirúrgicas, se o médico atua dentro da *lex artis*, produz uma lesão que pode ser identificada como uma atuação no sentido da diminuição do risco de produção do resultado, fato que se encontra incluído no primeiro grupo de casos capazes de gerar a exclusão da imputação por falta de criação do risco não permitido. Aquela que atua no sentido da diminuição do risco não pode ter contra si imputado o resultado que esteja na relação de causalidade para com sua atuação. Esse é precisamente o caso do médico que, ao realizar a incisão cirúrgica, através dela extirpa o mal de que é acometida a vítima. Em sentido contrário, sempre que se desvie (culposa ou dolosamente) da obediência à atuação recomendada para curar, o médico estará criando um risco não permitido e respondendo pelo resultado que dele derivar. Aqui existe um limite regulamentado cientificamente pela evolução da ciência médica, portanto, trata-se menos de uma fronteira fixa, com regras rígidas, e mais de uma análise a ser feita topicamente.²¹

²¹ Há casos limites (*hard cases*) como, por exemplo, o conhecido caso da funcionária pública aposentada Joana Messas Woitas, de 69 anos, que, em 21 de março de 1997, submeteu-se a uma cirurgia de revascularização do miocárdio, sendo que, ao sofrer um infarto durante o pós-operatório, teve uma ruptura no coração e esteve à beira da morte, sendo salva pela omissão do cirurgião cardíaco Francisco Gregori Jr., do Hospital Evangélico de Londrina, no interior do

Note-se que a atuação médica é no sentido da diminuição do risco de produção do resultado, o que torna o fato atípico. Ao menos, essa é a situação do tratamento curativo. A cirurgia eletiva, de fins estéticos, porém, estará relacionada ao consentimento, e o caso já não será de exclusão de pretensão de relevância, ou tipo de ação, mas sim de exclusão da pretensão de ilicitude sob a forma de permissão fraca.²¹

No que tange às lesões desportivas, igualmente as regras do jogo impõem um limite de risco permitido. É sabido que as atuações dentro do limite de risco tolerado, em situações regulamentadas, não permite a imputação do resultado. Assim, o boxeador que golpeia com socos o adversário não responde pelas lesões causadas, mesmo que sejam graves. Do mesmo modo as faltas nos esportes de contato, como o futebol, o basquetebol, o handebol, as artes marciais ou o *rugby*. Ora, quem aceita em participar de um esporte de contato está sujeito a sofrer gravames físicos.

É claro que a questão aqui passa pelo âmbito da regulamentação das regras do jogo. Sempre que a atuação ultrapassar os limites do que possa ser considerado uma falta ou uma simples infração punida desportivamente, poderemos estar diante do crime de lesões corporais. Assim, por exemplo, o boxeador que arranca um pedaço da orelha do adversário com os dentes durante um *clinch* ou os pontapés desferidos contra o tronco de um jogador de futebol que, durante a partida equilibra a bola na nuca, não podem ser considerados simplesmente infrações desportivas.²²

Nesse âmbito, é ainda mais delicada e difícil a questão de delimitação do ponto exato em que uma agressão deixa de ser falta desportiva e passa a configurar lesões corporais. A solução igualmente há de ser tópica.

Paraná. Gregori Jr. é autor de técnicas inéditas em cirurgias de válvulas cardíacas, mas ele e sua equipe não conseguiram fechar a ruptura, localizada no meio de uma área necrosada, com os métodos convencionais de sutura, que incluem o uso de fios cirúrgicos e cola biológica. Esgarçado, inúmeras vezes. Ao não conseguir suturar um orifício de cerca de um centímetro de diâmetro, antes de desligar os aparelhos que mantinham a paciente viva artificialmente, ele decidiu usar uma cola de alta potência que as pessoas utilizam em casa para rejuntar peças de cerâmica quebradas, consertar bijuterias, brinquedos etc., cuja compra ordenou fosse feita em um posto de gasolina próximo ao hospital, com o que, não só estancou a hemorragia como garantiu a sobrevivência da paciente. Caberia perguntar se a atuação de Gregori não fosse exitosa, se haveria de gerar responsabilidade pelo simples fato de ter ultrapassado os limites da *lex artis*. A resposta é para a frente, modificando e ampliando as chances de tratamento. A questão é se teríamos a mesma visão jurídica do caso, se o resultado tivesse sido negativo.

²¹ Em sentido contrário, admitindo a atuação em cirurgia estética como exclusão de tipicidade GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 141.

²² De modo similar, GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 146.

4.2 Sub

Os tipos
dolosas e in
graves (art.
§ 3º), privil
(art. 129, §
As imprude

4.3 Da resu

Todo cri
tema das le
o desvalor
uma concep

Do pont
não inclui –
rais imprud
resultado q
da fixação
máximo e r

Tratativ
sos, como
contamina-
bases segur

4.3.1 Lei

As lesõe
lesões corp
nas hipótes
outra, tenh
estaremos
Os elen
à integrad
causalidade

²⁴ Salvo nas
como de culp,

4.2 Subclassificação dos tipos de ação

Os tipos de ação incluídos no capítulo das lesões corporais incluem figuras dolosas e imprudentes. As dolosas são subdivididas entre leves (art. 129, *caput*), graves (art. 129, § 1º), gravíssimas (art. 129, § 2º), seguidas de morte (art. 129, § 3º), privilegiadas (art. 129, §§ 4º e 5º), majoradas (art. 129, § 7º), domésticas (art. 129, §§ 9º e 10) e contra pessoa portadora de deficiência (art. 129, § 11). As imprudentes podem ser simples (art. 129, § 6º) ou majoradas (art. 129, § 7º).

4.3 Da diferenciação dos tipos de lesões corporais quanto ao resultado

Todo crime se equilibra em um desvalor de ação e um desvalor de resultado. O tema das lesões corporais, no Código penal brasileiro comporta variações segundo o desvalor de ação e segundo o desvalor de resultado que obedecem, no entanto, uma concepção estritamente ajustada à pretensão de imputação focada no primeiro.

Do ponto de vista do desvalor de ação, como a prática de um injusto imprudente não inclui – de regra²⁴ – a consciência a respeito do resultado, todas as lesões corporais imprudentes são igualmente tratadas quanto à sanção, independentemente do resultado que produzam. Eventual discrepância surgirá tão somente no momento da fixação da pena base, que, de qualquer modo, não passará nunca dos limites máximo e mínimo estabelecidos pelo § 6º do art. 129.

Tratativa bem diferente é oferecida para os casos de ilícito doloso. Nesses casos, como o desvalor do resultado encontra-se incluído na consciência do autor, contamina-se também do desvalor de ação, conduzindo à diferenciação de penas bases segundo a gravidade do resultado produzido.

4.3.1 Lesões corporais leves (art. 129, caput)

As lesões corporais são tratadas como leves por exclusão. Serão consideradas lesões corporais leves aquelas cujo resultado, por um lado, não possa ser incluído nas hipóteses de gravidade elencadas nos §§ 1º, 2º ou 3º do art. 129 e que, por outra, tenham deixado vestígios aferíveis por laudo pericial, pois, do contrário, estaremos diante de meras vias de fato.

Os elementos do tipo são a ofensa como ação e a produção do resultado de dano à integridade física ou à saúde de outrem. Naturalmente, há de existir a relação de causalidade entre a ação realizada e o resultado produzido, bem assim, a conduta

²⁴ Salvo nas situações raríssimas que a doutrina tradicionalmente classifica paradoxalmente como de culpa consentiente.

Produção
ratamente
) consenti
no de ação
) fração,
ipõem um
risco tole-
lo. Assim,
causadas,
ato, como
luem anu-
sicos.

regras do
rado uma
diante do
m pedaço
lesferidos
a bola na
do ponto
rar lesões

is ele e sua
om os mé-
Esgarçado,
cedimento
diâmetro,
xidiu usar
> cerâmica
i um posic
antiu a sor
haveria de
resposta, a
da ciência a
eríamos a

tipicidade

p. 146.

deve representar uma criação de risco de produção do resultado não permitida, levar à produção do referido risco no resultado.

4.3.2 Lesões corporais graves (art. 129, § 1º) ou gravíssimas (art. 129, § 2º)

Quando se fala na gravidade das lesões, temos que as lesões graves, em sentido amplo, são as descritas nos §§ 1º e 2º. Que dividem-se em lesões graves em sentido estrito (§ 1º) e lesões gravíssimas (§ 2º).

As lesões corporais graves são aquelas que resultam em incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias; perigo a vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; ou aceleração de parto.

A *incapacidade para as ocupações habituais* não se resume ao trabalho, fazendo referência mais amplas no que tange a lazer, estudo, recreação etc. Sendo assim, deve tomar esse concretamente o que é a ocupação habitual de cada indivíduo que é vítima. Evidentemente, uma criança em idade escolar não tem atividade laborativa, mas isso não significa que não possa ser vítima de lesão corporal grave no sentido do art. 129, § 1º, inciso I. As suas ocupações habituais, ainda que de estudo ou lazer, que tenham sido privadas em função das lesões devem ser computadas para efeito do estabelecimento da responsabilidade agravada.

Importa notar, por outro lado, que a incapacidade deve ser real e não consistir meramente em dificuldade para a realização das ocupações regulares.

Por outro lado, não está abrangida a realização cotidiana de atividades ilícitas.²⁵ Não teria sentido que a maior proteção jurídica fosse oferecida em favor da preservação de uma atividade contrária aos interesses sociais.

É importante diferenciar entre a atividade ilícita e a atividade meramente imoral. As lesões corporais sofridas por prostituta que a incapacitam para o exercício de lesão corporal habitual de substituição, por exemplo, configura sim a hipótese de lesão corporal grave aqui referida.

Evidentemente, é necessária a realização de prova pericial da incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, tendo em vista tratar-se de crime pericial é obrigatório, podendo, no entanto, ser suprido por outras provas, em caso de impossibilidade de sua realização.

Quando o Código se refere a *perigo de vida* como resultado caracterizador do lesão grave também importa demonstração comprovada pela via pericial. Nesse caso, a demonstração há de ser no sentido de que houve perigo concreto de morte.

²⁵ Nesse sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 163.

ou seja, que a pericial, o que consiste na atuação que aqui se refere ao crime previsto no art. 129, § 1º, inciso I, estaria em condições de provocar a morte.²⁶

Debilidade
e não sua capacidade de que sua de Segundo a possível fi

Aceleração
"debilidade" das lesões do feto do que, do cc situação d

Bitencourt
naria a de resultado : aceleração viabilidade do agente, da condiçã esposo do próprio de

²⁶ Idem, p. 27

²⁷ Hungria se fossem cc Nélson. Com

²⁸ Cezar Bitencourt ou ortopédica da debilidade (BITENCOURT) BITENCOURT

²⁹ BITENCOURT

ou seja, que a pessoa efetivamente esteve na iminência de perder a vida. O laudo pericial, ou a prova complementar que o supra, deve descrever exatamente em que consistiu o perigo de vida e estabelecer sua relação de causalidade para com a atuação que gerou as lesões corporais.

Aqui fica bastante claro que o tipo se ajusta melhor às possibilidades de um crime preterdoloso, já que, caso o dolo do sujeito inclua a consciência e vontade de provocação de um resultado morte, que, contra a vontade deste, não sobrevém, estariamos diante de uma situação de tentativa de homicídio e não de lesões corporais²⁶.

Debilidade de membro sentido ou função²⁷ é diminuição da capacidade funcional, e não sua cessação. Trata-se, por exemplo, do enfraquecimento de um braço, da capacidade respiratória ou da acuidade visual. Deve ser permanente, o que significa que sua durabilidade é imprevisível, não desaparecendo com o correr do tempo. Segundo a doutrina,²⁸ não é necessário que seja definitiva, bastando que não seja possível fixar um momento futuro de recuperação.

Aceleração de parto é um termo inadequado, porque o código quis dizer "anrecipação" de parto, ou seja, o parto que foi realizado antecipadamente em função das lesões. É necessário que a situação tenha sido tal que se dê a expulsão precoce do feto do ventre da mãe, porém, que se produza um nascimento com vida, porque, do contrário, estariamos diante do caso de aborto, hipótese que conduzirá à situação de lesão gravíssima na forma do § 2º, inciso V.

Bittencourt²⁹ observa que o desconhecimento da gravidez, no caso, determinaria a desclassificação para lesões leves, posto que não seria possível incluir-se o resultado no âmbito de conhecimento do agente. É forçoso lembrar que, se houve aceleração de parto, isso significaria que a gestação teria alcançado um momento de viabilidade do feto, o que dificilmente seria uma circunstância disfarçável perante o agente, daí a dificuldade no reconhecimento da ausência da percepção do autor da condição de gestante da pessoa agredida. Por outro lado, o posicionamento esposado pelo penalista gaúcho desnatura, em certa medida, a condição por ele próprio defendida de que os tipos penais referidos no § 1º e no § 2º do art. 129

²⁶ Idem, p. 164.

²⁷ Hungria refere que o Código foi redundante ao elencar sentido e função sucessivamente, como se fossem coisas diferentes porquanto cada sentido é representado por uma função (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 335).

²⁸ Cezar Bittencourt refere que "para o reconhecimento da gravidade da lesão por resultado de debilidade permanente, não é necessário que seja perpétua e impassível de treinamento reeducativo ou ortopédico. Essa recuperação artificial já é, por si só, caracterizadora do estado de gravidade da lesão" da debilidade acarretado pela lesão; é mais que suficiente para atestar a gravidade da lesão" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 165).

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 165.

ñtida

Sentido
Sentido

Para as
lanente

azendo
assim,
O que é
rativa,
sentido
udo ou
as para

nsistir

25 illici-
avor da

imoral.
ício de
rese de

cidade
2 crime
exame
m caso

Idor da
Nesse
morte

l, cit., v.

do Código Penal seriam situações abrangentes do preterdolo. É que a exigência de conhecimento do agente a respeito da condição de gestante da vítima limita as situações referidas ao resultado à vinculação subjetiva de um ilícito doloso ou, no mínimo, realizado com culpa consciente. Portanto, a situação de culpa inconsciente quanto ao resultado mais grave, que é justamente a fórmula geral do preterdolo, ficaria excluída.

As chamadas lesões corporais gravíssimas, referidas no § 2º do art. 129 incluem aquelas que resultam incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente e aborto. Importa ressaltar que a expressão *gravíssimas* é uma criação doutrinária e não legislativa. No plano legislativo, afirma-se simplesmente que as lesões corporais dos parágrafos são *lesões graves*.

A *incapacidade permanente para o trabalho* é uma fórmula de agravamento das situações identificadas como incapacidade para as ocupações habituais mencionadas no § 1º. Naquela, trata-se de incapacidade para todas as ocupações usuais do sujeito laboral, ou profissional, pela qual possa o sujeito sustentar-se. É importante notar que não se trata do trabalho até então exercido pelo sujeito especificamente, mas sim de qualquer trabalho que possa exercer. Desse modo, não se está referindo a uma perda específica das situações concretas de atividade do sujeito, senão à perda de possibilidade de atuação no mercado de trabalho. Portanto, caso a lesão corporal incapacite a pessoa para a atividade laborativa que costumeiramente desempenhava, mas permita ainda que ela realize outra atividade de trabalho, não está caracterizada a situação concreta aqui descrita.

Por outro lado, a incapacitação pode derivar de problemas físicos ou psíquicos, porque ambos são aptos a produzirem a incapacitação para o trabalho. Note-se que a incapacitação deve ser permanente, ou seja, definitiva, com prognósticos de irreversibilidade. A natureza das lesões deve ser tal que demonstre uma perspectiva de cessação da atividade profissional que não se relaciona com a possibilidade de cura da enfermidade ou do dano causado, mas sim com a possibilidade de trabalho a partir dele.

O resultado de *enfermidade incurável* significa um processo patológico de estado de desenvolvimento das ciências médicas próprias do momento em que o sujeito sofre as lesões, recebe um diagnóstico de falta de probabilidade de cura. Vem sendo entendida como incluída na situação de enfermidade incurável os casos muito excepcionais, ou mediante tratamento exista, somente pode ser obtido em condições de duvidoso ou arriscado resultado.³⁰

³⁰ Nesse sentido, a observação de Roberto Lyra, quem observa que a identificação da enfermidade incurável é tópica, sendo que, "no caso concreto se individualizará, diretamente, o cálculo de

Tra
função
critério
é um fr
viment
exemp
de um
de pres
da cavi

A p
limites
membr
a ativid
de um
resulta
ção poc
exempl
função

Defi
guardar
ser con
atriz de
aflige o
defeito

Evic
possível
que nin

O re
sultado

Probabili
excepcio
artigo 12
correta. (

³¹ Nesse
pressupõe
um proce:
um osso e
com debil
forma-se e
a existênc
Paulo; Sar

Trata-se de um resultado limítrofe com a situação de debilidade permanente de função mencionada no § 1º, que costuma ser diferenciada pela doutrina segundo o critério de progressividade. Ou seja, enquanto a debilidade permanente de função é um fato estático e consumado, a doença é um processo dinâmico, em desenvolvimento, que ainda gerará consequências.³¹ A debilidade permanente pode ser, por exemplo, a necessidade de uso de óculos, provocada pelo dano à retina derivado de um soco no olho. A enfermidade permanente pode ser um glaucoma (excesso de pressão interna do globo ocular) advindo da cicatrização e eventual alteração da cavidade ocular derivada do trauma.

A *perda ou inutilização de membro sentido ou função* também é algo que guarda limites com a debilidade permanente prevista no § 1º, inciso III. A inutilização de membro, sentido ou função ocorre quando cessa ou interrompe-se completamente a atividade em questão. Ou seja, pode-se falar em perda de membro pela amputação de um braço ou uma perna. Fala-se em perda ou inutilização de sentido quando o resultado é provocar a perda da visão ou do olfato, por exemplo. A perda de função pode acontecer pela destruição de um órgão ou de parte do corpo, como, por exemplo, a perda da função mastigatória por destruição da mandíbula ou perda da função deambulatoria por uma paralisia permanente.

Deformidade permanente deve ser dano estético de certa monta, inclusive deve guardar relação com a pessoa, assim, um givaz no rosto de um ancião não pode ser considerado para estes fins de agravação, mas uma cicatriz no rosto de uma atriz de televisão ou uma modelo profissional, sim. A deformidade não somente aflige o rosto da vítima, mas também pode se referir a qualquer parte do corpo o defeito seja perceptível.

Evidentemente, resta caracterizada a deformidade permanente mesmo que seja possível a recuperação estética pela via de uma cirurgia plástica, por exemplo, já que ninguém está obrigado a realização desta.

O resultado de *aborto* é sempre preterdoloso. Isso porque, caso se trate de resultado obtido por dolo, resta configurado crime de aborto qualificado pela lesão

probabilidade. Se se apura a alteração permanente da saúde do ofendido; se, somente em casos excepcionais, ela pode ser tida como curável, está caracterizada a incurabilidade no sentido do artigo 129 § 2º, número II". A posição é citada por Cezar Bicencourt, e assumida por ele como correta. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 167).

³¹ Nesse sentido, a observação de Frederico Marques, para quem "a doença ou enfermidade pressupõe um processo em ato e dinâmico, enquanto que a debilidade é um fato estático residual, um processo encerrado e findo. Quando a agressão corporal provoca, por exemplo, a fratura de um osso da perna, pode suceder que o ofendido se cure da lesão, mas permaneça coxo, isto é, com debilidade permanente em um membro. Todavia, se ele não se cura e no osso fraturado forma-se a sede de um processo osteomielítico tuberculoso, provavelmente incurável, verifica-se a existência de enfermidade incurável" (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4, p. 216).

altado de aborto, resultando em lesões corporais, quando a gestante é atingida pelo do g

regado no comércio

3º)

figura Preterdolosa
acreve, na verdade,

is, pois, no Preterdoloso,

2. O *nomen juris* das

, pelas circunstâncias

do autor era com

orte, que se produziu

lesões corporais que

elo dolo do agente

título de imprudência

ção da consumação e

corporais. Da
principalmente

e os tipos penais de
ssivo. Vale dizer, a

nte compõe um dis

do o tipo de que

Assim, por exemplo,

a vítima das lesões

Também no caso de

lige ou companhia

ando-se o agente de

rma dos §§ 9º e 10º

Finalmente, também é diferenciado o tipo quando cometido contra pessoa portadora de deficiência, na forma do § 11.

Em todos esses casos, o dado comum é a especialização do tipo através da inclusão de um elemento na identificação do sujeito passivo.

Devido a uma péssima técnica de tipificação (que repete disposição relativa ao homicídio em seu § 4º), o § 7º inclui ainda uma especialidade do crime de lesões corporais culposas circunstanciadas, estas sim, sem nenhuma relação com o sujeito passivo, merecendo tratamento à parte.

4.4.1 Lesões corporais majoradas (art. 129, § 7º)

A pena das lesões corporais dolosas sofre uma majoração quando o crime é praticado contra vítima menor de 14 anos ou maior de 60 anos. Trata-se de uma causa de aumento de pena derivada de uma circunstância especial da vítima. O legislador entendeu que o caso não era apenas de permitir a incidência de uma agravante genérica da pena, na forma prevista no art. 61, mas sim de inserir um aumento especial, em fração determinada. Perceba-se que não se trata de uma fração variável, mas fixa. O aumento será sempre de um terço. Parece não ser essa uma escolha adequada, se bem entendido o fundamento justificador do *plus* de pena.

A pena parece ter sido aumentada em função da hipossuficiência das vítimas em proverem sua defesa. Se é assim, não parece lógico que o aumento de pena seja fixo, já que é evidentemente diferente a possibilidade de defesa de uma criança de 13 anos em face de um recém-nascido, ou de uma pessoa de 61 anos de idade e outra de 91.

a. Situação especial da lesão imprudente majorada.

A majoração de pena prevista no § 7º estende-se às lesões corporais imprudentes, quando cometidas em inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir ou se o agente foge para evitar a prisão em flagrante.

Nota-se, pois, uma figura especializada, de conteúdo variável e curiosa especificação.

A primeira das hipóteses diz respeito à violação de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Seria o caso, por exemplo, das lesões derivadas de um erro no tratamento médico-cirúrgico quando o cirurgião atua fora das normas técnicas aprovadas. Nesse caso, a imperícia médica acaba guindada a uma condição de culpa mais grave do que as outras modalidades, aproximando-se assim das situações em que o anglo-saxão, por vezes, costuma incluir na figura da *recklessness*.

O segundo caso é derivado de um acréscimo doloso em face do resultado culposo, em uma curiosa inversão do preterdolo, na qual ocorre uma absorção do concurso de crimes entre as lesões corporais e a omissão de socorro. Ou seja, a prática de

Note-se que se distribuem entre os §§ 9º e 10 diferentes penas para diferentes desvalores de resultado quanto à ofensa física, sempre e quando a ação seja perpetrada no âmbito das relações domésticas.

É sabido também que as pressões derivadas dos movimentos feministas que co-nheciam a realidade criminológica da violência doméstica, conduziram à ampliação da incriminação a respeito desse fato com a criação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida popularmente como *Lei Maria da Penha*. Essa lei pretendia dar abrangência ainda maior ao maltrato no âmbito familiar contra a mulher. Evidentemente, ao focar a mulher como vítima exclusiva de tal violência, a nova lei foi editada com um critério discriminatório. Não bastasse isso, a figura da violência familiar ficou identificada através de uma descrição com vasto emprego de elementos normativos (art. 7º da referida lei) que ampliaram por demais a caracterização de tal violência. Com o advento desta lei, é possível afirmar que houve uma diferenciação entre a violência doméstica *lato sensu* considerada, como sendo aquelas da Lei nº 11.340, enquanto no Código Penal restou apenas o crime de *lesões corporais domésticas*, que é justamente o que é tratado nos §§ 9º e 10 do art. 129. Quando a lesão corporal é leve, praticada contra os sujeitos determinados no § 9º, resta caracterizada a lesão corporal doméstica de natureza leve. Quando a violência no âmbito doméstico é perpetrada gerando o resultado previsto no elenco dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129, ocorre o acréscimo de um terço sobre a pena na forma prevista no § 10 do mesmo artigo, desde que as vítimas sejam aquelas indicadas no § 9º.

Na verdade, o § 9º, além de apresentar um elenco de vítimas possíveis, abre uma cláusula de interpretação analógica ao incluir uma situação similar quando as lesões não são praticadas em face das pessoas que são minuciosamente apontadas. O parágrafo inclui a possibilidade de que se reconheça como lesões corporais domésticas aquelas cometidas contra pessoas diversas das apontadas pelo § 9º, desde que presente um prevailecimento, por parte do agente, de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Trata-se, obviamente, da adoção de um elemento normativo do tipo que amplia o alcance dos casos que podem estar ali enquadrados.³⁵

4.4.3 Lesões corporais domésticas contra pessoa portadora de deficiência (art. 129, § 11)

A Lei nº 11.1347, de agosto de 2006, incluiu o § 11 no art. 129 do Código Penal, no qual se previa um aumento de um terço da pena se as lesões corporais domésticas forem cometidas contra pessoa portadora de deficiência.

O dispositivo contempla uma causa de aumento de pena novamente mal redigida. Conquanto seja certo que uma pessoa portadora de deficiência tem menores condições de defender-se de uma agressão, ao invés de optar pela inclusão dessa

³⁵ No sentido do texto, veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 178.

classe de vítima na redação do § 7º, a redação faz com que se admita apenas a sua incidência quando dá-se o caso do § 9º do art. 129, ou seja: quando as lesões são leves e praticadas no âmbito doméstico.

A redação não permite a aplicação para lesões corporais praticadas fora das relações domésticas ou de co-habitação, sendo que, sem dúvida, os portadores de deficiência desconhecidos do agente estão, do mesmo modo, em menor condição de defender-se.

A consequência seria pensar que o dispositivo legal não tem por fundamento a dificuldade de defesa da vítima, mas sim, erigir a um patamar diferenciado a vítima no âmbito doméstico, quando portadora de deficiência.³⁶

Mais curioso ainda é que o fator de defesa seja desprezado justamente quando o resultado produzido pela lesão é mais grave. Isso porque não se pode admitir, diante da redação do § 11, sua aplicação às hipóteses do § 10. Isso porque, a locução empregada no § 11 não é de que se aplica o aumento de pena quando o crime é praticado *contra as pessoas* indicadas no § 9º, mas, sim, que sua incidência se dá nos casos do § 9º, logo, não cabe a interpretação extensiva *in malam partem*.

5 PERMISSÕES FORTES E FRACAS

Não há dúvidas a respeito de que o Estado tem interesse na proteção da integridade física dos cidadãos, bem como de sua saúde. Por outro lado, há limites de legitimidade na interferência do Estado em relação à disponibilidade dos bens jurídicos individuais. Assim, uma ofensa à saúde ou a integridade física consagrada não pode ser caracterizada como ilícita. As normas que contemplam tipos de ação relativos às lesões corporais, mesmo que traduzam magnitude suficiente para representar uma pretensão de ofensividade (como ao caso, por exemplo, da instalação de *piercings*, da confecção de tatuagens, ou ainda de outras práticas como o *branding* ou o *scarring*), uma vez presente o consentimento válido de agente capaz, não permitem à norma afirmar uma pretensão objetiva de ilicitude, posto que presente uma permissão fraca, ou, na terminologia clássica, uma causa suprallegal de justificação ou exculpação.³⁷

³⁶

Transparece aí um dos mais frequentes problemas enfrentados pela legislação penal brasileira: o ato de legislar casuisticamente. O fato de que o movimento para a inserção da matéria penal no campo da violência familiar teve origem no caso *Maria da Penha* e que esta vítima da violência inserisse este dispositivo com tal configuração de deficiência, fez certamente com que o legislador que ficou conhecida como *Lei Maria da Penha*.

³⁷

Enfrentando o tema de modo diverso do aqui tratado, amparado na fórmula de tipicidade/atipicidade, GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 143-145.

6 CONCLUSÃO

A cons-
outra pess-
corporal, a
dos tipos F
lidade da t
estes confi
é, por essê

Há pre-
lesões cor-
Como |

bilidade da
casos recoi
probatória
ramente pc
é manifeste
por interfe
de pequen
por terceir
da vítima e
provocaria
de execuça
circunstân
presentes,

7 QUES- ALCA.

As lesõe
característi
Todas as
29 e 30 enc

³⁸

Na jurisp
possível tent
de fato. Rem
admitte forma

³⁹

Nesse sen
COUP

6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação se dá com um efetivo dano à integridade física ou à saúde de outra pessoa. Portanto, é perfeitamente possível a existência da tentativa de lesão corporal, ainda que restrita a modalidade dolosa. Isso porque as próprias naturezas dos tipos penais culposos e preterdolosos não admitem a tentativa. A incompatibilidade da tentativa com o delito imprudente e o preterdoloso deriva do fato de que estes configuram tipos incongruentes por excesso objetivo, enquanto a tentativa é, por essência, um tipo incongruente por excesso subjetivo.

Há precedente³⁸ no sentido de que não seria possível a tentativa do crime de lesões corporais, o qual sempre redundaria em vias de fato.

Como bem assevera Bitencourt,³⁹ existe aqui uma confusão entre a impossibilidade da tentativa e a demonstração de sua existência. Evidentemente, muitos casos reconhecidos como vias de fato são, na verdade, situações cuja dificuldade probatória impediu o reconhecimento do crime de lesões corporais. Porém, é claramente possível a tentativa de lesões corporais dolosas quando o intento de ferir é manifesto, mas a ação desencadeada para a produção do resultado é interrompida por interferência de terceiro. Por exemplo, quando um agente arremessa uma pedra por interferência de terceiro. Por exemplo, quando um agente arremessa uma pedra de pequeno porte em direção a outra pessoa e, no ato do arremesso, é empurrado por terceiro, de modo a fazer com que seu arremesso tenha a trajetória desviada da vítima e não logre acertá-la. Indivudosamente, caso a pedra atingisse a vítima provocaria o crime de lesões corporais e não vias de fato; foram realizados atos de execução que deram ensejo à realização do plano do autor; a interferência de circunstância alheia à vontade do agente impediu a produção do resultado. Estão presentes, como se nota, todos os elementos da tentativa de delito.

7 QUESTÕES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. LIMITES DO ALCANCE DO TIPO

As lesões corporais são crimes comuns, ou seja, não exigem nenhuma particular característica do sujeito ativo.

Todas as hipóteses de autoria e participação são puníveis. As regras gerais dos arts. 29 e 30 encontram plena aplicabilidade, sem necessidade de descer a pormenores.

³⁸ Na jurisprudência, há posição isolada (TACrimSP RT 445/410) no sentido de que não é possível tentativa de lesões corporais, porque a hipótese sempre há de configurar ilícito de vias de fato. Remansosa jurisprudência, contudo, firmou entendimento de que o crime em apreço admite forma tentada.

³⁹ Nesse sentido HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 327-328 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 160.

8 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE

No âmbito das consequências jurídicas do delito, as penas previstas para as lesões corporais compõem um variado espectro.

As lesões leves dolosas são punidas com detenção de três meses a um ano, sendo que, quando produzidas no âmbito doméstico, ou com o agente prevalecendo sobre as relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, passam para a detenção de três meses a três anos. Essa pena pode ser aumentada de um terço se a vítima for portadora de deficiência.

As lesões corporais graves em sentido estrito, por sua vez, têm uma pena de reclusão, de 1 a 5 anos, enquanto que as lesões gravíssimas têm uma pena de dois a oito anos de reclusão. Ambas podem sofrer um aumento de um terço se as práticas no âmbito doméstico ou com prevalecimento de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade.

As lesões corporais imprudentes, por seu turno, independente da gravidade que possuam, conduzem a uma pena de detenção de dois meses a um ano, que poderá ser aumentada de um terço caso haja violação da regra técnica de profissão, omissão de socorro, ou o abandono do local do crime, com o objetivo de furtar-se à prisão em flagrante.

Para além desses casos, existe previsão de diminuição de pena no § 4º, caso o autor de lesões corporais tenha cometido o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Trata-se evidentemente de uma figura privilegiada, equivalente àquela prevista no § 1º do art. 121 para o homicídio, para a qual são aplicáveis todos os comentários lá expendidos.

A voz do dispositivo refere que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Em realidade, não se trata de uma opção judicial, mas sim de um dispositivo cogente, uma vez que seja reconhecida a circunstância especializante descrita pelo parágrafo.

A segunda forma privilegiada de lesões corporais é descrita pela 5ª, onde a voz do dispositivo menciona que, sendo as lesões leves, o juiz poderá optar pela aplicação de multa em substituição à detenção, se a situação de privação de liberdade estiver prevista no § 4º ou se as lesões são recíprocas. Aqui sim está prevista uma *facultas agendi* do juiz, que deve ser empregada na exata medida em que as funções da pena sejam mais bem cumpridas pela escolha da substituição, como de resto é a regra para proceder nos casos de substituição que alude a Parte Geral do Código Penal.

Cezar
129 aplica
morte. Par
aquelas de

O auto
supor, pelc
todas as pi
5º são res
e seguidas

Não ve
não incidê
corporais.
tuição par

As razi
a obrigato
que contê

Se nãc
haver qua
Por ou

tar o caso
de uma p
disposiçã
das funçõ
privação c
leves as le

O § 8º
culpomas,
agente de
Evidenten
sito no tes
a realizaçã
casos, um

9 DA A

Convé
de lesões,
encontrar

Cezar Bitencourt⁴⁰ refere que "as privilegiadoras constantes do § 4º do art. 129 aplicam-se somente às lesões corporais graves, gravíssimas ou seguidas de morte. Para a hipótese das lesões corporais leves, as privilegiadoras aplicáveis são aquelas do § 5º e não estas".

O autor não dá nenhuma explicação específica para este comentário. Mas é de supor, pelo contexto e pelos tópicos em que se desenvolvem, que ele considera que todas as privilegiadoras de aplicação cogente, e que esta é a razão pela qual as do § 5º são reservadas para lesões leves e as do § 4º para as lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte, é uma ideia de proporcionalidade.

Não vemos assim. Não há nenhuma razão concreta de *lege lata* para justificar a não incidência das hipóteses do § 4º indistintamente em todos os casos de lesões corporais. A permissividade de que sejam aplicadas fórmulas distintas de substituição para as lesões leves, conforme prevê o § 5º, não exclui o § 4º.

As razões da separação entre dois diferentes dispositivos parece ser justamente a obrigatoriedade da aplicação da redução do § 4º, já que ele contempla figura típica que contém elementos especializantes equivalentes aos do homicídio privilegiado.

Se não há dúvidas da aplicação cogente do § 1º do art. 121, tampouco pode haver quanto à aplicação do § 4º do art. 129.

Por outra parte, a disposição do § 5º parece abrir um caminho ao juiz para ajustar o caso às funções da pena, dando uma solução intermediária entre a aplicação de uma pena reduzida e a oferta do perdão judicial. Nisso consiste a inovadora disposição do § 5º, que tem o mérito essencial de aproximar as funções da pena das funções da própria imputação. Caso o juiz verifique que a resposta penal de privação de liberdade não é oportuna para o caso, especialmente diante de serem leves as lesões, ele se vale da aplicação do § 5º do art. 129.

O § 8º do art. 129 ainda prevê a aplicação do perdão judicial, no caso das lesões culposas, caso o juiz verifique que as consequências da infração atingem o próprio agente de forma tão grave que a imposição de qualquer pena se torne desnecessária. Evidentemente, ainda que não trasladado para os casos de lesões corporais de trânsito no texto da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, é perfeitamente possível a realização da analogia e o transporte da figura do perdão judicial para aqueles casos, uma vez que o desvalor de ação e o desvalor de resultado são idênticos.

9 DA AÇÃO PENAL

Convém apontar as diversas possibilidades com relação à ação penal nos crimes de lesões corporais, tendo em vista que parte das regulamentações a respeito não se encontram no próprio capítulo do Código Penal, mas, sim, em legislação esparsa.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 173.

Os crimes de lesões corporais leves (do *caput* do art. 129) e os crimes de lesões corporais culposas (mesmo que na figura especial do art. 303 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito brasileiro) são de ação penal pública condicionada à representação da vítima, por força da incidência do art. 88 da Lei nº 9.099/95.

Tema polêmico, a esse respeito, foi a questão da inclusão do § 9º ao art. 129, especialmente com a pena ditada pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que ultrapassou os limites de regulamentação pelas regras dos crimes de menor potencial ofensivo, mas também pela incidência de regra específica, consistente no art. 41 da mencionada lei, que dispôs expressamente que “*aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*”.

Não obstante, de modo curioso e contraditório, o art. 16 da mesma citada lei estabelecia que “*nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público*”.

Isso admitira a existência de uma situação de discricionariedade para a mulher em relação apenas aos crimes em que fossem pendentes de representação, como a ameaça, por exemplo. O curioso era que justamente nos crimes mais graves, Ministério Público em substituição da mulher a abandonava, impondo o jugo do órgão competiria decidir a respeito da propositura da ação penal, a despeito do que pensasse a mulher a respeito disso.

O certo é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela fórmula da ação penal pública condicionada, o que não obsta lembrar a sensibilidade do voto do Ministro Cezar Peluso, vencido na ocasião, quem advertiu para os riscos da adoção da postura limitadora, citando a conveniência de se permitir que os crimes cometidos no âmbito da lei sejam processados e julgados pelos Juizados Especiais:

“sabemos que a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate à violência, isto é, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia. Além disso, a oralidade ínsita aos Juizados Especiais é outro fator importantíssimo porque essa violência se manifesta no seio da entidade familiar. Fui juiz de Família por oito anos e sei muito bem como essas pessoas interagem na presença do magistrado. Vemos que há vários aspectos que deveriam ser considerados para a solução de um problema de grande complexidade como este”.

Ademais, lembrou prudentemente que há razões de ordem lógica para admitir um caráter condicionado da ação:

“Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada.”

Lamentavelmente, não foi a orientação tomada.