

CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE CADÁVER. A QUESTÃO DO NATIMORTO

Heleno Cláudio Fragoso

No capítulo II do título V da Parte Especial, disciplina o Código Penal os crimes contra o respeito aos mortos, objeto dos artigos 209 a 212. Os artigos 211 e 212 tratam do vilipêndio, destruição, subtração ou ocultação de cadáver, sendo, portanto, de interesse precisar qual o conceito jurídico penal de cadáver, já que a questão pode suscitar importante dúvida no que tange ao natimorto. Pergunta-se se o natimorto deve ser considerado cadáver para os efeitos da lei penal. Conquanto seja opinião dominante na doutrina e na jurisprudência a resposta afirmativa a tal questão, oferecendo Alberto Dall’Ora erudito estudo (*Sula nozione giuridico-penale di cadavere. La questione del nato-morto*, Milão, 1949), em que se propõe demonstrar que o natimorto, absolutamente, não é cadáver.

A maioria dos autores, ao tratar da questão, responde, simplesmente, que o natimorto é cadáver. Não desenvolve qualquer argumentação nem trata de delimitar o conceito jurídico penal de cadáver. A posição do problema é a seguinte: a corrente dominante¹ entende que cadáver é o corpo humano inanimado. Oberhoff, sintetizando o pensamento desses autores, define: “Sotto il concetto di cadavere noi possiamo rappresentarci soltanto qualcosa che comprenda tutte le caratteristiche essenziali dell’uomo, meno che la vita” (*apud Dall’Ora, ob. cit.*, p. 29).

Binding², secundado por Civoli³ e Dall’Ora, define cadáver como sendo o corpo humano que viveu (vida extra-uterina).

Estamos no terreno da interpretação da lei penal, e não se pode perder de vista este caráter essencial da questão. E para logo deve notar-se que pouco auxiliam na exegese os critérios naturalísticos, os conceitos vulgares ou de outros ramos do direito. Segundo a lição de

¹ MANZINI, CRESPOLANI, CAMPOLONGO, FLORIAN, NOSEDA, PLACENTINI, D’ANIELLO, MAGGIORE, VANNINI, SABATINI, CONTI, SALTELLI e ROMANO, SANDULLI, KAHL, BERNER, OLSHAUSEN, WACHENFELD, MERKEL, FRANK, SCHOENKE, OBERHOFF. Entre nós, engrossam a corrente BENI CARVALHO, BENTO DE FARIA, GALDINO SIQUEIRA, NELSON HUNGRIA e ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA.

² Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil, Leipzig, 1902, I, p. 184.

³ Trattato di Diritto Penale, 1913, p. 510.

Wolf, os elementos da figura legal são independentes, pois são normativos e construídos teleologicamente e o próprio Dall’Ora entende que é mister admitir “che numerose nozione naturalistiche o volgari subiscono una trasformazione talora profonda quando vengono introdotte nella fattispecie giuridico-penale”. É como se o significado das palavras ou termos empregados na lei penal fosse específico, *intra moenia juris poenalis*. Ainda que se não aceite como absoluta esta tese, é sempre necessário, como ensina Bettiol (Diritto Penale, Palermo, 1945, p. 79), “che il significato del termine usato sai polarizzato verso gli scopi propri nel diritto penale”.

Está quase a dispensar comentário a necessidade do emprego do método teleológico na interpretação da norma penal, pois ele é aceito, indistintamente, por gregos e troianos, como o melhor meio de se conhecer a *ratio* da lei. Sabendo-se a finalidade (telos) da norma, tem-se um guia seguro para interpretá-la corretamente. Consulte-se, a propósito, a perfeita lição de Petrocelli (Principi di Diritto Penale, Padova, 1944, p. 150) e Antolisei (Manuale di Diritto Penale, Milão, 1947).

E se a norma visa a proteção de um bem jurídico, de um interesse juridicamente protegido, impõe-se a investigação sobre a natureza e espécie de tal interesse, como condição fundamental para a interpretação.

*

Os crimes contra o respeito aos mortos constituem capítulo do título V da Parte Especial, que se intitula: “Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos”. Por que uniu o legislador as duas espécies de crimes? Esclarece-o a Exposição de Motivos: “São classificados como *species* do mesmo *genus*, os crimes contra o sentimento religioso e os crimes contra o respeito aos mortos. É incontestável a afinidade entre uns e outros. O sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores ético-sociais que se assemelham. O tributo que se rende aos mortos tem um fundo religioso. Idêntica, em ambos os casos, é a *ratio essendi* da tutela penal”.

Que se pretende ao tutelar penalmente o sentimento religioso? Visa tal tutela penal a proteção de um interesse coletivo. Reconhece na religião um valor ético de excepcional significação, e um elemento de controle social, em cuja manutenção há um interesse jurídico. Sujeito passivo dos crimes contra o sentimento religioso é, primeiramente, o Estado ou a coletividade, embora possa ser também qualquer pessoa humana que sofra qualquer ação

indicada no artigo 208 do Código Penal. Quem seria o ofendido se, por exemplo, alguém escarrasse sobre um crucifixo em meio a uma procissão? Seriam ofendidos todos os presentes em sua piedade, em seu sentimento religioso, de tão profunda significação. Ofendidos seriam os que tivessem conhecimento do fato, ofendido é o interesse geral em que se respeite a religião como coisa sagrada.

Incontestável afinidade — diz a Exposição de Motivos — com os crimes contra o sentimento religioso, possuem os crimes contra o respeito aos mortos. Por que se respeitam os mortos? Que visa a lei quando manda respeitar os mortos e comina pena para que a viole? O tributo que se rende aos mortos tem um fundo religioso. Já no totemismo — primeira forma de religião na história humana — venerava-se o totem como o antepassado corporal e o espírito protetor do clã. Os estudos de Frazer, Wundt, Westermarck, Kleinpaul, Freud, documentam magnificamente o caráter de tabu que os mortos possuíam e possuem. Através dos tempos atribui-se aos cadáveres o caráter de coisa sagrada, inquietante, perigosa. Em obra sugestiva, relata Freud (*Totem y Tabu*, Editorial Americana, Buenos Aires, p. 82) uma série de tabus relacionados com os mortos e dos quais o luto é uma sobrevivência. Havia primitivamente um horror aos mortos, talvez fruto da instintiva aversão inspirada pelo cadáver em suas alterações anatômicas. Observa ainda o criador da Psicanálise que nossa representação atual da morte sob a forma de esqueleto, mostra apenas eu a morte mesma não é senão um homem morto.

Objeto de culto aparecem os mortos em quase todos os povos, de todas as épocas. Na Grécia antiga, transformavam-se os antepassados em deuses-lares e por toda a parte são ainda venerados e respeitados os mortos. Acendem-se velas, fazem-se velórios, levam-se coroas e flores, guarda-se luto. São tudo manifestações de religiosidade. Andou certo, portanto, o legislador ao unir sob o mesmo título os crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. E não se pode excluir desse respeito (desse horror inconsciente) os natimortos. O cadáver do pequeno feto nascido sem vida é um corpo humano, que possui o caráter de coisa sagrada e inspira sentimentos semelhantes aos que os outros defuntos inspiram.

O sujeito passivo dos crimes contra o respeito aos mortos é também o Estado, personificando a coletividade, que tem um interesse jurídico no respeito aos mortos.

Em face do nosso direito positivo, a indagação sobre se cadáver é também o natimorto, pode ser equacionada nos seguintes termos: o vilipêndio, subtração ou destruição do corpo do natimorto ofende o respeito aos mortos? Se se desse o corpo do natimorto publicamente a um

animal, a uma serpente, estar-se-ia ofendendo um sentimento de piedade, devoção e respeito? Se, encolerizado ante o fruto de relações adúlteras, alguém arrastasse o pequeno natimorto por uma viatura, não estaria ofendendo a consciência ética do povo, isto é, um princípio de moralidade estabelecido? Ante os próprios animais mortos tem o homem um sentimento de piedade, que não é absolutamente veneração pela vida extinta, mas piedade no sentido comum, de pena, pelo corpo do cavalo ou do cão, inanimado. O natimorto é cadáver. Não interessam os critérios lexicográficos, naturalísticos ou de ciências estranhas ao direito penal. A finalidade da lei penal que protege o respeito aos mortos exige que se inclua os natimortos naquela proteção, pelo que cadáver é também o que nasce morto. São impertinentes as indagações sobre o sentido da palavra cadáver, natimorto ou defunto (*litera occidit...*). Importa uma verificação da *ratio legis*, segundo o método que nos orienta. Como ensina Antolisei (ob. cit., p. 45), “ogni disposizione di legge va interpretata in modo che consegua lo scopo per cui fu posta e non vada al di là di esso. Se una spiegazione non consente alla norma di raggiungere quello scopo, deve essere respinta, come va respinta quella che conduce a conseguenze che trascendono le finalità della norma”.

Podemos aferir a correção de nossa conclusão estudando os artigos 209 e 210 do Código Penal, em face do natimorto. Diz o artigo 209: “Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária”. Este crime está capitulado sob o título “Crimes contra o respeito aos mortos”, e só podemos entender a perturbação de funeral como crime, pela ofensa ao respeito devido aos mortos. Pela violação do sentimento de coisa sagrada que todos emprestam aos mortos, e, por extensão, ao funeral. Ora, é impossível excluir o funeral do natimorto da proteção penal, mesmo porque a lei não especifica qual o funeral que não pode ser perturbado: diz simplesmente — “impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária”. Seja qual for o enterro. Portanto, tratando-se de enterro de natimorto intencionalmente perturbado, configura-se o crime do artigo 209 do Código Penal brasileiro e 409 do Código Penal italiano? É evidente.

Figuremos ainda um exemplo em que fique claro o elemento subjetivo do crime. A dá à luz uma criança morta, fruto de relações ilícitas com B. C., esposa de B., resolve perturbar o funeral que se processa, provocando um escândalo. Estamos diante do crime do artigo 209. Se fosse mais além a esposa e praticasse violência contra o pequeno corpo inanimado, atirando-o ao chão, destruindo-o, estaria configurado o crime do artigo 212, indiscutivelmente.

*

O estudo de Alberto Dall’Ora é sério e erudito, demonstrando mesmo grande valor como pesquisa científica. Como pode ele chegar àquela conclusão, esposando — como afirma — o critério teleológico na interpretação da lei?

Primeiramente, porque a lei italiana na fala em respeito aos mortos, e sim em “Delitti contro la pietá dei defunti”. Esses crimes são tratados juntamente com os crimes contra a religião e o motivo é o mesmo que inspirou o legislador patricio: a afinidade das duas espécies de crimes.

O Código italiano fala em defunto, e demonstrar lexicograficamente que natimorto não é defunto, é fácil. Outrossim, entende Dall’Ora que a lei penal protege o respeito devido à sobrevivente personalidade dos mortos. Esclarece: “Il culto degli estinti, la quase-religione che ha per oggetto i traspasati, le deferenze verso la morte hanno um significato in quanto si riferiscono al rispetto per la vita che non é più, e pertanto per le spoglie di chi ha cessato di vivere” (ob. cit., p. 31).

Essa interpretação especiosa do respeito aos mortos é reforçada, no entender do autor, pelo termo “piedade” empregado pelo Código italiano e que deve ser interpretado — esclarece — no sentido originário da *pietas* latina: “Pietà é la *pietas* latina, il culto, la venerazione, che si professano verso entità che si superarono, che trascendono le nostre esistenze, che si impongono al nostro amore rispettoso, como la patria o i defunti”.

A opinião de que a palavra “pietà” deve ser interpretada em seu sentido originário, tem por si autoridade de Manzini e pode, aliás, ser aceita. Entretanto, as palavras na lei penal devem ser interpretadas também em sentido atual e não somente no significado que historicamente se registrou. Nesse sentido Binding, citado por Rocco, em sua *Opere giuridiche*, III, p. 303, e ainda Maggiore (*Diritto Penale*, Bolonha, 1949, p. 128): “Le parole debbono riceversi, non solo nel significato che avevano al tempo della, ma anche nel senso che esse sono venute acquistando com l’evolversi della civiltá”.

Mesmo admitindo-se, entretanto, que o termo “piedade” seja empregado no sentido originário de veneração, devoção; não há lugar para exclusão do natimorto. Há devoção, há veneração, há respeito pelo cadáver, pelo corpo humano inanimado, porque existe um

sentimento generalizado de que ele constitui coisa sagrada. Este sentimento se explica por uma espécie de herança arcaica do primitivo tabu da morte.

Cadáver para Dall’Ora é o corpo humano que viveu, eis que o respeito que se deve aos *defuntos* é conseqüência da vida que tiveram, da memória e do passado que deixaram: “La legge tutela il rispetto dovuto alla sopravvivenza personalità dei morti”.

Entende-se, comumente, que a vida começa com a respiração, excluído o caso de vida apnéica. Supondo que o feto nascesse e respirasse apenas uma vez: é cadáver no entender de Dall’Ora, eis que viveu. Mas, como mereceria a proteção penal, se não existe no caso o que se poderia chamar de personalidade sobrevivente? E se a palavra piedade, como a emprega o Código italiano, fosse entendida no sentido especial de veneração por “entidades que se superaram, que transcenderam a nossa existência, que se impuseram ao nosso amor respeitoso”, seria lícito crer que o corpo de uma criança que viveu alguns minutos ou alguns momentos vida apnéica, merece piedade? Não, evidentemente. Então, não seria bastante dizer que cadáver é o corpo humano que viveu, mas acrescentar que cadáver só seria o corpo daquele que tivesse vivido suficientemente para se “impor ao nosso amor respeitoso, etc.”.

Que diferença social existe entre o corpo que nasceu sem respirar e o que respirou apenas uma vez? Sustentamos que nenhuma. O critério que criticamos veria aqui diferença fundamental: um é cadáver; outro não. Um merece a proteção penal, outro não. O homem da rua, o *homo medius*, destinatário ideal da norma penal, não estabelece qualquer diferença num e noutro caso. Afirma que a criança nasceu morta. Que diferença sentimental existe entre o enterro das duas crianças?

Não, Dall’Ora não soube empregar o método teleológico: perdeu-se em considerações sem qualquer importância, que nada têm a ver com a indagação da finalidade da lei. Não demonstra como adquire repentinamente personalidade que merece respeito e devoção o feto que respirou apenas um segundo ou que viveu um instante mesmo sem respirar. Não demonstra a diferença que existe entre o vilipêndio de um pequeno corpo que não viveu e um que viveu apenas um momento. Como esperar pela perícia para saber se houve vilipêndio, se alguém achando o pequeno corpo cometesse atos que configurassem o crime? Trata-se de dano moral que não poderia depender da docimásia.

O natimorto é cadáver porque inspira sentimento de coisa sagrada; porque é tratado socialmente com como um defunto. Evidentemente, é menor o dano social no vilipêndio do

cadáver de um natimorto, mas isso não interessa à questão, pois diz respeito ao grau do dano, ou seja o que Carrara chamava de “força moral objetiva” do crime.

Resta uma questão importante a resolver. É a que se refere à maturidade do feto. Se o feto em geral pode ser cadáver ao vir à luz sem vida, indaga-se se todo feto ou apenas alguns poderiam ser cadáver para os fins da lei penal.

A questão encontra solução satisfatória se não perdermos de vista o critério teleológico que nos norteia. Pergunta-se: de que momento em diante o corpo do natimorto inspira aquele sentimento especial de respeito? A resposta nos dá indicação precisa e afasta qualquer dúvida. Deve, pois, ser deixado ao prudente arbítrio do juiz a consideração de cada caso concreto, o que deverá ter em mente os critérios éticos que estão na base da proteção jurídica. Manzini (Trattati di Diritto Penale italiano, UTET, Turim, 1950, p. 97 — nota) cita um aresto da Cassação que plenamente confirma essa opinião: “Cadavere è il corpo umano inanimato, senza che sai necessaria la preesistenza della vita. Perciò é cadavere anche il nato-morto, come pure il concepito giunto a la maturità, non essendo tale il feto espulso prima del compimento della gestazione. L’indagine circa la maturità del feto è devoluta al giudice del merito”.

Os autores costumam entender que cadáver só pode ser o feto maturo, isto é, o feto ao sétimo mês de gestação. Segundo Oberhoff, o momento em que o feto pode tornar-se cadáver é aquele em que atinge a capacidade de viver (Lebensfaehigkeit), mas é preciso que se tenha em mente que não têm valor senão restrito os critérios naturalísticos, pois estamos em terreno de dano moral.

(*) Publicado na Revista *Investigações*, n.º 47, em 1953.