

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A CULPABILIDADE DA MÃE NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Maísa Marques Costa

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A CULPABILIDADE DA MÃE NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Maísa Marques Costa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente/SP
2017

A CULPABILIDADE DA MÃE NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Jurandir José dos Santos
Orientador

Marcus Vinicius Feltrin Aquotti
Examinador

Mário Coimbra
Examinador

“O fim do direito é a paz, o meio de que serve para
consegui-lo é a luta”
(Rudolf Von Ihering)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos colegas do oitavo termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, aos meus atenciosos professores e orientadores, que sem eles não teria concluído esse trabalho, à minha família que é a base de tudo, meus pais em especial, que estiveram sempre comigo desde o início desta caminhada, me apoiando e dando forças quando eu mais precisava, também à duas pessoas que sem dúvida são essenciais na minha vida e que eu dependo muito, minhas queridas irmãs Beatriz e Marina, que estão sempre comigo tanto nos momentos bons dessa vida quanto nas horas de dificuldades e que sempre me fizeram acreditar que tudo é possível e que no final tudo dá certo, pessoas que pude sempre contar e que não me deixaram desacreditar se quer um minuto na realização de sonhos e na possibilidade de concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus sobre todas as coisas, sempre presente me dando forças.

Ao meu professor e orientador Jurandir José dos Santos, que não mediu esforços durante toda essa caminhada, estando sempre disponível e me dando orientações precisas para a realização deste trabalho.

E finalmente agradeço à todas as pessoas que estiveram presentes e envolvidas neste trabalho, direta e indiretamente tornando possível que tudo isto pudesse acontecer.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a análise do crime de infanticídio, delito de natureza privilegiada, além de abordar os aspectos da influência do estado puerperal na parturiente. A pesquisa coloca em confronto as figuras típicas do crime de infanticídio com a do homicídio, estudando de forma ampla sobre o tratamento jurídico de cada um desses delitos, analisa a sua história e, igualmente, a culpabilidade da mãe, bem como os casos em que pode ser aplicada a sua inimputabilidade. Mostra que, sem dúvidas, o delito de infanticídio está presente em nossa sociedade moderna, ocorrendo de modo frequente e busca uma resposta sobre o tema por meio da análises e discussão sobre a aplicabilidade da pena para o caso concreto, no âmbito da psicanálise e também analisa se o estado puerperal pode influenciar na não aplicabilidade da pena para o fato tipificado no artigo 123, do Código Penal.

Palavras-chave: Infanticídio. Psicose puerperal. Influência psicanálise. Parturiente. Pós-parto. Imputabilidade Penal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose the theme of the crime of privileged nature, being infanticide, besides addressing the aspects of the influence of the puerperal state in the parturient. The research confronts the typical figures of the crime of infanticide with that of homicide, studying broadly the legal treatment of each of these crimes, analyzing its history and also the guilt of the mother, as well as the cases in which May be applied to its unimputability. It shows that, without doubt, the crime of infanticide is present in our modern society, occurring frequently and seeks a response on the subject through analysis and discussion on the applicability of the sentence to the concrete case, in the scope of psychoanalysis and also Analyzes whether the puerperal state can influence the non-applicability of the sentence to the fact typified in article 123 of the Penal Code.

Keywords: Infanticide. Puerperal psychosis. Psychoanalysis influence. Parturient. Post childbirth. Criminal Imputability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ANÁLISE TOPOGRÁFICA DOS ELEMENTOS DO CRIME	11
2.1 Teoria Da Culpabilidade e Divergências Doutrinárias	13
3 COMENTÁRIOS SOBRE OS INCISOS/AGRAVANTES E ATENUANTES	17
4 O CRIME DE INFANTICÍDIO	23
4.1 Origem	24
4.2 Análise Dos Códigos Penais Brasileiros	27
4.3 Direito Comparado	30
5 PSICOSE PÓS-PARTO: DEFINIÇÕES E CAUSAS	32
5.1 Influência do Estado Puerperal	33
5.2 Diferenças Entre Puerpério e Estado Puerperal	35
5.3 Estado Puerperal Como Excludente de Criminalidade	36
5.4 Relevância da Perícia e Constatação do Estado Puerperal	38
6 CAUSAS DA IMPUTABILIDADE PENAL	42
6.1 Forma Culposa do Infanticídio e Concurso de Pessoas	44
6.2 Diferenças Entre Infanticídio, Homicídio e Aborto	48
6.3 Responsabilidade Penal	52
7 A CULPABILIDADE NO CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE DE CASOS	53
7.1 Quantum da Pena	55
8 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1 INTRODUÇÃO

O infanticídio é assim nomeado por se tratar de um delito onde a própria mãe tira a vida do filho durante o puerpério ou estado puerperal, estando com sua capacidade mental, física e psicológica alterada devido ao parto.

A abordagem deste tema se torna importante por ser um assunto polêmico e discutido por diversos especialistas da área da saúde e do Direito. O infanticídio descrito no artigo 123, do Código Penal é um dos crimes mais difíceis de serem entendidos pelo fato do autor do delito ser a própria mãe, dentre outras particularidades que estão envolvidas quanto a sua ocorrência.

Entretanto, o infanticídio na atualidade se encontra em estado oculto, pois as autoridades ainda não têm total conhecimento do que é, porque o participante principal desse crime que é a mãe, oculta o caso para não ser revelado. Por isso, por faltar conhecimento sobre o caso e nem mesmo ter provas suficientes sobre o determinado assunto, o nosso ordenamento jurídico brasileiro não possui explicações mais abrangentes. O que leva uma mãe a atentar contra a vida do filho é uma questão que nem a Medicina e nem a Psicologia consegue fixar conceitos próprios, e não cabe às ciências jurídicas explicar com detalhes técnicos o que é o estado puerperal, portanto vamos diferenciar o estado puerperal da causa excludente de imputabilidade por doença mental.

O artigo 123, do nosso Código Penal conceitua *infanticidium* o ato de “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. A pena cominada para o delito é de detenção de dois a seis anos. Com a evolução da sociedade nota-se também, a evolução do tipo penal do Infanticídio, onde passou pela impunidade, pelas punições rigorosas e hoje é considerado um crime privilegiado. Desta forma, vamos explanar sobre as questões relacionadas à legislação e a forma como se posiciona quanto ao delito, especificando a legislação e também comparando pontos de vista divergentes neste contexto. A legislação está diretamente ligada a esse assunto por ser esta a responsável por penalizar a mãe que cometeu o crime, atuando então de maneira particular em relação ao infanticídio, havendo redução da pena se a mãe for julgada incapaz de responder pelos seus atos.

O infanticídio atualmente é classificado como crime próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, além de ser Instantâneo e Doloso. Pode se consumir durante o parto ou logo após, visto que durante o parto, abrange desde o início das contrações. Vale destacar que o Infanticídio, tentado ou consumado, é um crime cuja Ação Penal é pública e incondicionada, o que podemos concluir que, o Ministério Público tem atribuição exclusiva para a sua propositura, independentemente da representação do ofendido, admitindo-se a este a ação privada subsidiária, desde que haja inércia do Ministério Público, nos termos do disposto no art. 5º, LIX, da CF.

Dentre as causas e motivos deste delito estão os fatores biológicos na fase pós-parto que altera o nível hormonal da parturiente e também fatores psicológicos decorrentes de sentimentos conflituosos da mulher em relação a si mesma, ao bebê e até mesmo ao companheiro.

Os métodos os quais foram utilizados neste trabalho foram: o dedutivo e o indutivo, partindo das teorias e leis; caminhando-se geralmente para planos cada vez mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias (conexão ascendente e descendente).

E por fim, temos também o uso do método histórico, o qual consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje. Assim, seu estudo é para uma melhor compreensão de que as atuais formas de vida social, costumes e instituições tem origem no passado, sendo de grande importância pesquisar suas raízes, para compreender sua natureza e função.

A base do trabalho é de estudo doutrinário, jurisprudência e sites de pesquisas, especificamente na área criminal, analisando casos julgados pelos tribunais com opiniões relacionadas ao estudo específico no Código Processual Penal e Código Penal.

A pesquisa visa analisar a história do delito igualmente a culpabilidade da mãe assim como os casos em que pode ser aplicado a sua inimputabilidade. Diante disso, será explanado a diferença entre Infanticídio e Aborto, com o objetivo de esclarecer as divergências existentes entre eles, para resultar no bom entendimento sobre o assunto, na qual os tribunais tiveram decisões mais recentes e com bons esclarecimentos, com intuito de deixar o assunto mais claro e abrangente diante da sociedade brasileira.

2 ANÁLISE TOPOGRÁFICA DOS ELEMENTOS DO CRIME

A conceituação jurídica do crime é ponto máximo e, ao mesmo tempo, um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal, como de pensamento do mestre Nelson Hungria (1978, p.148) afirmando ainda que:

[...] o crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (*effectus sceleris*), isto é, a conseqüente lesão ou periclituação de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado.

Na doutrina penal brasileira, adotou-se um conceito formal do delito, no qual o crime seria toda a conduta humana que infringisse a lei penal. Neste conceito, verificava-se o fato do indivíduo transgredir a lei penal apenas, sem que qualquer outro fator fosse analisado.

Posteriormente, surge também uma definição material de crime, o qual passou-se a definir o crime como sendo o fato oriundo de uma conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem jurídico protegido pela lei.

E por fim, chegamos ao conceito dogmático ou jurídico de crime, apelidado por muitos de "*analítico*".

O crime, portanto, passou a ser definido como: - crime é toda a ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável. Este conceito, decompõe a figura do crime em elementos constitutivos que seriam individualmente analisados, assim unicamente facilitam a tarefa de averiguar a conduta humana criminosa, para uma justa aplicação da reprimenda.

O crime é composto por três elementos denominados: tipicidade; ilicitude e culpabilidade (reprovabilidade), sendo que essas possuem suas excludentes. E, para que fique caracterizado o crime os três elementos principais devem estar presentes na conduta do infrator, para que assim ele seja enquadrado em determinado crime previsto pelo Código Penal.

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (*ação ou omissão*). Dentro destas condutas positivas (*ação*) e negativas (*omissão*) pertencentes a estrutura do crime, não vamos olvidar os crimes comissivos por omissão, ou seja, aqueles que são praticados através de uma

conduta negativa (omissão), mas que produz um resultado positivo (um fato visado e desejado pelo agente). É o clássico exemplo da mãe, que desejando matar seu próprio filho de tenra idade, deixa de amamentá-lo, com a finalidade de matá-lo de fome.

Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, *antijurídico*. A ilicitude é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado). Nas palavras do Prof. Damásio de Jesus: "A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais)."

Presente a causa de exclusão o fato é típico, mas não antijurídico, e, em consequência, não há de se falar em crime, pois lhe falta um requisito genérico.

Exige-se, ainda, se revista da característica da censurabilidade, conteúdo da culpabilidade. Em certos casos, como o do fato típico e ilícito praticado por inimputável, embora haja os dois primeiros elementos do crime, inexistente a reprovabilidade social, em consequência do que não se produz a responsabilidade. Exige-se, assim, um terceiro elemento do crime: a Culpabilidade, a qual é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado ao homem a um fato típico e antijurídico, reprovabilidade que vem recair sobre o agente penal. A culpabilidade, portanto, é a culpa em sentido amplo, que abrange o dolo (artigo 18, inciso I, CP) e a culpa em sentido estrito (artigo 18, inciso II, CP).

Ela resulta ainda da união de três elementos: imputabilidade, consciência efetiva da antijuridicidade e exigibilidade de conduta conforme ao Direito. Ou seja, deve o autor do delito ser imputável; ter conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade de sua conduta; e ter condições de, no momento da prática daquele ato criminoso, ter agido de modo diverso do qual agiu.

Dessa forma, é oportuno lembrar de que existem excludentes de culpabilidade previstas pelo Código Penal que determinam que o agente não deve ser punido, mesmo sendo a sua conduta (ativa ou positiva), típica e antijurídica.

De acordo com Damásio Evangelista de Jesus (2014, p. 503), o maior expoente da teoria finalista da ação em nosso meio, sustenta que a culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. Ela somente funciona como pressuposto da pena; e que o juízo de reprovabilidade não incidiria sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se tratando de fato culpável, mas de sujeito culpável. Então, Culpabilidade seria um juízo de reprovação que recairia sobre o sujeito que praticou o delito, desta forma, a culpabilidade seria uma condição de imposição de pena.

Diante de todas as considerações acima, podemos concluir que o conceito de crime ainda está em evolução. O atual conceito adotado pela doutrina prevalente não perdurará por muito tempo. Logo, o crime como "*ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável*", passará por algumas modificações e "*reformas*", aliás, como tudo em nossas vidas.

2.1 Teoria da Culpabilidade e Divergências Doutrinárias

O conceito de culpabilidade apresentou significativa evolução, podendo-se mencionar as seguintes principais teorias:

A primeira é a teoria psicológica da culpabilidade, preconizada por Von Liszt e Beling (CAPEZ, 2013, p 176), a qual de acordo com essa teoria tradicional, a culpabilidade reside na relação psíquica do autor com seu fato, é a posição psicológica do sujeito diante do fato cometido. Essa teoria compreende o estudo do dolo e da culpa, que são suas duas espécies. Em resumo, a culpabilidade consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado, tendo por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação. O dolo é caracterizado pela intenção ou assunção do risco de o agente produzir o resultado, e a culpa é caracterizada pela inexistência dessa intenção ou assunção do risco de produzi-lo. Diante disso, essa teoria sofreu algumas críticas. A primeira delas é que nela não há explicação razoável para a isenção de pena nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal, em que o agente é imputável e agiu com dolo. Outra crítica é que a culpa não pode integrar a culpabilidade psicológica porque é normativa, e não psíquica. E por fim, a partir da descoberta dos elementos

subjetivos do injusto, conclui-se que o dolo não pertence a culpabilidade, mas à conduta, pois sua exclusão leva à atipicidade do fato. Segundo assevera Damásio de Jesus (2014, p.504), “o erro dessa doutrina consiste em reunir, como espécies de culpabilidade, fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa”.

Posteriormente, surge a teoria psicológico – normativa da culpabilidade, sendo o principal responsável pelas inovações no campo da culpabilidade Reinhard Frank (CAPEZ, 2013, p. 176), o criador da teoria normativa da culpabilidade, em 1907. Essa teoria exigia, como requisitos para a culpabilidade, algo a mais do que dolo e culpa. Buscava-se uma explicação lógica para situações como a coação moral irresistível, na qual o agente dá causa ao resultado com dolo ou culpa, é imputável, mas não pode ser punido. Diante disso, dolo e culpa não podem ser considerados espécies da culpabilidade, mas sim elementos. E a culpabilidade é psicológico – normativa: contém o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade como fator normativo. Alinharam-se, assim, os seguintes pressupostos para a culpabilidade:

- Imputabilidade;
- Dolo e culpa;
- Exigibilidade da conduta diversa.

O dolo é um fator psicológico que sofre um juízo de valoração, sendo assim, o dolo não pode estar na culpabilidade, mas sim deve estar fora dela para sofrer a incidência do juízo da censurabilidade. Ou seja, a principal crítica que se faz a essa teoria consiste em ignorar que o dolo e culpa são elementos da conduta e não da culpabilidade. Segundo alguns autores, eles não são elementos ou condições de culpabilidade, mas o objeto sobre o qual ela incide.

Por fim, a última teoria é a normativa pura da culpabilidade, também chamada extrema ou estrita. Essa teoria nasceu com a teoria finalista da ação (década de 1930), que teve com precursores Hartmann, Graf Zu Dohna e Welzel como seu maior defensor (CAPEZ, 2013, p 177). Welzel observou que o dolo não pode permanecer dentro do juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem o seu elemento fundamental, que é a intencionalidade, o finalismo. Então, retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal. Exclui do dolo a consciência da ilicitude e a coloca na culpabilidade. Em consequência, para a teoria finalista e para a normativa pura, a culpabilidade possui os seguintes elementos:

- Imputabilidade;

- Potencial consciência da ilicitude;
- Exigibilidade de conduta diversa.

São puros juízos de valor, excluídos de qualquer fator psicológico. A imputabilidade contém um juízo sobre a capacidade geral do autor. Não se trata de uma valoração específica, que a tornaria psicológica. De acordo com Welzel, a capacidade concreta de culpabilidade não é suscetível de percepção, sobretudo por terceiros pessoas, uma vez não pode ser objeto de conhecimento teórico. A exigibilidade da conduta diversa, característica da teoria normativa pura, foi adotada no estado de necessidade inculpável (artigo 25 do Código Penal de 1969), tratando-se de puro juízo de valoração. Diante disso, vieram muitas críticas à teoria de Welzel, principalmente quanto à separação entre culpabilidade e ilicitude, dolo eventual e culpa em sentido estrito. Em sua posição inicial, Welzel afirmava que os resultados nos delitos culposos derivavam na inobservância do mínimo de direção finalista capaz de impedir sua produção. Então, o fato imprudente era “evitável finalmente”, o que introduzia no conceito um momento valorativo, próprio da culpabilidade e não do âmbito do tipo; além disso, a finalidade do agente no delito culposos é penalmente irrelevante (em regra). Aceitando as críticas, Welzel modificou sua teoria, e, atualmente no crime culposos, o nexos finalista é juridicamente irrelevante.

Há ainda, a teoria limitada da culpabilidade, a qual é uma modalidade da anterior. Para essa teoria, o erro que recai sobre uma situação de fato (descriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto erro que recai sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição. Defendem essa teoria no Brasil, Assis de Toledo e Damásio de Jesus (CAPEZ, 2013, p. 178). É a teoria adotada pela reforma penal de 1984, onde as discriminações putativas fáticas são tratadas como erro de tipo (artigo 20, § 1º), enquanto as discriminações putativas por erro de proibição ou erro de proibição indireto são tratadas como erro de proibição (artigo 21). Assim, no erro de proibição, subsiste o dolo, excluindo-se a culpabilidade, se inevitável. Prova de que o dolo, na reforma penal de 1984, não faz parte da culpabilidade.

Os elementos da culpabilidade, segundo a teoria do Código Penal:

- Imputabilidade;
- Potencial consciência de ilicitude;
- Exigibilidade da conduta diversa.

Podemos concluir, que diante da Teoria da Culpabilidade, há algumas polêmicas e divergências doutrinárias quanto a este assunto.

Para Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, José Henrique Pierangeli e outros (NUCCI, 2009, p. 162), o crime apresenta três requisitos ou três elementos característicos: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Os mais antigos, como Nelson Hungria e Basileu Garcia, também acresciam, à estrutura do crime, um quarto elemento, a punibilidade, que – hoje é entendimento pacífico – não integra o conceito de crime, pois se situa fora dele, como sua consequência jurídica.

Entre os brasileiros, entretanto, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Manoel Pedro Pimentel e René Ariel Dotti (NUCCI, 2009, p. 162), entre outros, pensam de forma diferente: a culpabilidade não faz parte do crime, não é seu elemento, mas uma condição para a imposição da pena criminal, um pressuposto de aplicação da pena. O crime, para eles, apresenta apenas duas notas essenciais, dois elementos: a tipicidade e a ilicitude. É um fato típico e ilícito.

Damásio E. de Jesus (2014, p. 503) afirma que: “a culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. Funciona como pressuposto da pena. O juízo de reprovabilidade não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de fato culpável, mas de sujeito culpável.”

Portanto, foi de muita importância tais teorias, dando um enfoque maior para o Finalismo de Hans Welzel no sentido de contrapor-se a teoria clássica, ou seja, criando o Finalismo, elaborou a Teoria Normativa Pura, no sentido de rechaçar o dolo e a culpa da Culpabilidade, alocando-a na Conduta, que assim serão compostas de ação ou omissão (conduta positiva ou negativa) e Dolo e Culpa, e assim aduzindo os elementos da Culpabilidade, quais sejam: Imputabilidade, Exigibilidade de conduta diversa e Potencial Consciência da Illicitude.

3 COMENTÁRIOS SOBRE OS INCISOS/AGRAVANTES E ATENUANTES

Nosso Código Penal não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais, restando ao magistrado o seu arbítrio. Porém, há um consenso doutrinário defendido por Cezar Roberto Bitencourt, de que a variação destas circunstâncias legais não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e atenuantes se equiparariam às causas modificadoras da pena, que apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

Além disso, a preocupação com a dupla valoração afasta as circunstâncias que constituem ou qualificam o crime. Nesse sentido, a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 583): “Dessa forma, no caso das agravantes e atenuantes, é importante sempre se atentar se elas não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena”.

Conforme ensina Mirabete, fica claro que uma elementar ou qualificadora, que faz parte do tipo básico ou qualificado, não pode, ao mesmo tempo, torná-lo mais grave, com o reconhecimento desta circunstância como agravante genérica da pena, o que é vetado pelo princípio do *non bis in idem*; e o qual o mesmo princípio é válido para as circunstâncias atenuantes.

Quanto à sua aplicação, as agravantes e atenuantes incidem na segunda fase da aplicação da pena, que se subdivide em três fases.

A primeira delas, é a fase da aplicação a qual incidem as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixando-se a pena base do delito, dando início ao cálculo da sanção a ser aplicada.

Na segunda fase da aplicação da pena, nosso Código Penal descreve quais circunstâncias agravantes, limitando-se, no *caput* a dizer que: "São circunstâncias que sempre agravam a pena quando não constituem ou qualificam o crime". Em um segundo plano, o artigo versa sobre as circunstâncias atenuantes, definindo em seu *caput* que, quando da ocorrência de uma das circunstâncias abaixo discriminadas, a pena deve obrigatoriamente ser atenuada, dizendo que: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena".

Por fim, na terceira fase é necessário abordar o concurso de agravantes e atenuantes, ou seja, é possível que em um mesmo fato delituoso concorram circunstâncias agravantes e atenuantes, objetivas ou subjetivas. Nesta esteira, o artigo 67 do Código Penal, determina que “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Destrinchando o artigo 61, do Código Penal (agravantes), podemos concluir que é de se considerar circunstância de um crime todo aquele elemento previsto em lei que não integra o tipo penal, não está previsto como parte da conduta, mas deve subsidiar o agravamento ou abrandamento da pena a ser fixada, caso esteja presente no caso concreto. Ou seja, a presença das circunstâncias do artigo 61 do Código Penal, em um delito, demonstram um grau maior de reprovação da conduta do delinquente, advindo a necessidade de uma pena mais severa em face dele.

Porém, em determinados crimes, o tipo penal pode prever alguma circunstância como elemento do delito, como parte dele, sendo, portanto, uma circunstância elementar do tipo penal. Em outras hipóteses, a norma penal, em sua redação, já inclui no tipo uma circunstância como causa à imposição de uma pena mais severa, então se fala em circunstância qualificadora, em crime qualificado.

Tanto a presença de uma circunstância elementar, como de uma qualificadora no próprio tipo penal, impede a incidência do artigo 61, do Código Penal no caso concreto, sob pena de *bis in idem*, exceção a qual vem contida expressamente na parte final do artigo 61.

Um exemplo concreto de circunstância qualificadora que não pode ser considerada para efeitos de incidência do artigo 61 do Código Penal é o motivo fútil no delito de homicídio. Como ela está prevista como circunstância própria do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal), a pena deste delito não pode ser majorada com base na circunstância do artigo 61, inciso II, “a”, do Código Penal, pois já enunciada como circunstância agravante do próprio crime.

Dessa forma, não há incidência das agravantes previstas no artigo 61, II e “h” do Código Penal, o mesmo versa sobre o delito cometido contra descendente e contra criança. Assim, verifica-se então que no crime de infanticídio já possui o mesmo contexto pertinente ao artigo acima referenciado.

Greco (2010, p. 226) em sua obra faz o seguinte questionamento:

Tratando-se de crime de Infanticídio, como o fato narrado no tipo penal diz respeito à conduta da mãe que, influenciada pelo Estado Puerperal, causa a morte de seu próprio filho, durante o parto ou logo após, caberia a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, II, e, segunda figura (ter cometido o crime contra descendente)?

E a resposta não poderia ser outra, segundo o mesmo autor:

Não, pois, caso contrário, estaríamos fazendo uso do chamado 'bis in idem', pois que a própria redação contida no caput do art. 61 do Código Penal diz serem "circunstancias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime. Na infração penal em estudo, a condição de filho é elementar constitutiva do delito de Infanticídio, razão pela qual a pena não poderá ser agravada no segundo momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal. (GRECO, 2010, p. 226).

Dessa forma, verifica-se que as agravantes não podem ser utilizadas no delito em comento, pelo fato de não constituírem ou qualificarem o delito.

O rol das agravantes é taxativo, não admitindo ampliação. No artigo 61, caput, o Código emprega o advérbio "sempre", em face de que as agravantes são em regra de aplicação obrigatória. O juiz não pode deixar de agravar a pena, ficando o quantum da agravação a seu livre arbítrio, calcada nas circunstâncias do caso concreto e nos dados inerentes à pessoa do agente. No artigo 62, entretanto, o Código não emprega a expressão "sempre". Pode se observar, porém, que, incidente uma das agravantes, o juiz, em regra, não pode deixar de considerá-la.

Portanto, são hipóteses do artigo 61 do Código Penal em que se admite a agravação da pena:

No inciso I, o Código inseriu a Reincidência, *status* decorrente da prática de novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, ela é conceituada no artigo 63, *caput*, do Código Penal.

No inciso II, "a", a primeira circunstância agravante genérica é o motivo fútil, que indica desproporção entre o motivo e a prática do crime.

No inciso II, "b" trata-se das circunstâncias agravantes referentes à conexão de crimes (crimes conexos). A conexão pode funcionar como qualificadora do crime de homicídio, desde que o crime-meio (homicídio) seja cometido para "assegurar" (não só facilitar) a execução do crime-fim.

No inciso II, “c”, encontramos circunstâncias referentes à forma de realização do crime: “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”.

No inciso II, “d”, o Código arrola as circunstâncias agravantes referentes ao meio empregado pelo agente na prática do crime. “Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum”.

No inciso II, “e”, arrola circunstâncias referentes às relações entre o agente e a vítima: crime cometido “contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge”. Não importa seja o parentesco legítimo ou ilegítimo. O resultado da adoção, entretanto, não agrava a pena.

No inciso II, “f”, o Código agrava a pena do autor do crime que o pratica “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

No inciso II, “g”, o Código determina a exasperação da pena de quem pratica o crime “com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”. O sujeito deve exercer cargo ou ofício público, vindo a praticar o delito com abuso de poder ou violação de obrigação inerente à sua atividade.

No inciso II, “h”, faz referência a crime cometido “contra a criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida”.

No inciso II, “i”, trata da hipótese de o crime ter sido cometido “quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade”. Ex: maltratar, sem arrebatá-lo, o preso que está sendo conduzido pela autoridade. Se houver arrebatamento, o fato constituirá o crime do artigo 353 do CP, caso em que não incidirá a agravante.

No inciso II, “j”, se refere ao crime cometido “em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”. São casos em que, não causada pelo agente, este se aproveita da situação para cometer o delito, agravando-se a pena em face da ausência de solidariedade humana.

Por fim, no inciso II, “l”, o CP cuida da embriaguez preordenada, quando o agente provoca voluntariamente a própria embriaguez com o fim de

cometer o crime, para *criar coragem* e/ou tentar provocar a diminuição de sua culpabilidade em face da embriaguez.

Nos termos do que dispõe o artigo 65 do Código Penal, embora seja taxativo, é válido considerar a existência da atenuante inominada do artigo 66, que abre amplo leque de possibilidades de aplicação de minorantes.

As circunstâncias atenuantes têm a mesma natureza jurídica das agravantes, entretanto, seguem sentido oposto ao destas, já que orientam a redução da pena, quando presentes no caso concreto. Elas são de aplicação em regra obrigatória, pois o caput do artigo 65 dispõe: “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. O quantum da atenuação fica a critério do Juiz. Entretanto, há um caso em que as circunstâncias atenuantes não tem incidência: quando a pena-base foi fixado no mínimo legal. Elas não podem atenuar a pena aquém do mínimo abstrato. É possível que a atenuante do artigo 65 funcione na Parte Especial do CP como causa de diminuição da pena. Neste caso, a atenuação genérica não tem aplicação.

Vejamos as várias atenuantes:

- a) Ser o agente menor de 21 ou maior de 70 anos
- b) Desconhecimento da lei
- c) Motivos de relevante valor social ou moral
- d) Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano
- e) Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.
- f) Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime
- g) Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou
- h) Circunstâncias inominadas

De acordo com o artigo 65 e seus incisos:

No inciso I, atenua-se a pena do menor de 21 anos, onde se considera a idade que o autor tinha na época da prática do crime, em razão de sua presumível imaturidade e inconsequência pelo delito que cometeu. O maior de 70 anos, por sua

vez, tem atenuada sua pena por uma questão de piedade e humanidade, em razão da própria velhice.

No inciso II, o desconhecimento da Lei não se justifica (artigo 21 do Código Penal e 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), tornando-se ela oponível a todos após ter sido publicada. Entretanto, a ignorância dela pelo autor serve como causa de diminuição de pena, caso reste reconhecida.

No inciso III, “a”, o motivo de relevante valor social é aquele que prepondera em favor da coletividade e o de valor moral é aquele que se afigura justo, suficiente para, ao menos no campo moral, justificar a conduta do autor.

No inciso III, “b”, o arrependimento e/ou reparação do dano surge aqui como figura subsidiária do previsto no artigo 16 do Código Penal. Não configurado o arrependimento posterior no mencionado artigo, pode o autor valer-se ainda da atenuante sob comento, apenas para efeito de circunstância atenuante.

No inciso III “c”, a hipótese de coação resistível, aquela situação sobre a qual é de se esperar alguma oposição do autor, está em oposição à coação que é irresistível, prevista no artigo 22, *caput*, do Código Penal. Não configurada esta excludente de culpabilidade, o autor do fato poderá se valer ainda dela como circunstância legal para atenuação da pena.

No inciso III “d”, a confissão da autoria deve ser espontânea, não podendo decorrer de fatores externos ao agente. Assim, não se pode considerar a que advém de advertência de autoridade ou de outras circunstâncias, hipótese em que se configurará, no máximo, em confissão voluntária, que não se confunde com aquela.

No inciso III “e”, a influência da multidão em tumulto, como atenuante, só incide quando ela não for provocada pelo próprio agente. obsta a lei que o tumulto provocado pelo autor do fato lhe aproveite.

4 O CRIME DE INFANTICÍDIO

O infanticídio conceitua-se pelo verbo matar, da mesma forma que é o delito de homicídio, que tem como significado acabar com a vida alheia. É o ato de agir da própria mãe, que ocorre durante ou logo após o parto resultando na morte do próprio filho.

O delito em discussão pode ser praticado pelo meio comissivo, como por exemplo por meio de fraturas cranianas, enforcamento, estrangulamento entre outros, ou pelo meio omissivo, sendo aquele que a mãe deve agir para impedir o resultado, como exemplo: deixar de amamentar a criança, abandonar o filho em lugar ermo, no entanto, todos estes atos para provocar a sua morte.

No que tange ao sujeito passivo do delito, sempre fazemos referência ao filho, o qual possui denominações diferentes em virtude do “tempo” em que é cometido o delito. Qual seja: se o delito ocorrer durante o parto, o filho será denominado “ser nascente” e se ocorrer logo após este será denominado “recém-nascido” ou “neonato”. Já o sujeito ativo do delito é a própria mãe, portanto, este delito não pode ser considerado um crime de mão própria, pelo fato do mesmo poder ter coautoria ou partícipe para a prática do ato.

No que diz respeito à culpabilidade, deve ser observado o estado puerperal, e neste sentido, é primordial que sejam feitas algumas averiguações.

É de grande relevância analisar alguns fatos, como: a existência de parto, e, em caso afirmativo, se ele é recente; confirmado o parto recente, as condições em que o mesmo ocorreu; se a imputada, após o crime, escondeu ou não o filho morto; se ela tem lembrança do ocorrido; se ela simula o ocorrido; se não é portadora de antecedentes psicopáticos, agravados pela gestação, o parto e o puerpério, pois, se for, a reprimenda não será a prevista no artigo 123, mas, sim a descrita no artigo 26 ou parágrafo único, do Código Penal, dentre outras.

Entretanto, para averiguar a ocorrência deste delito faz-se necessário distinguir puerpério de estado puerperal, que define a prática delitiva de homicídio ou infanticídio. O tipo do infanticídio acarreta vários problemas, tanto do ponto de vista doutrinários, mas também práticos; seja pela dificuldade de visualização, obstaculizando a correta capitulação do fato, seja pela dúvida quanto ao enquadramento das pessoas que realizam a conduta típica, além da parturiente.

Podemos concluir que a atual figura do Infanticídio deve ser suprimida do Código Penal e, conseqüentemente transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado de homicídio. Pois bem, na definição típica do artigo 121, do Código Penal, passaríamos a ter dois casos de diminuição da pena. Primeiramente, já contido no parágrafo primeiro, referente aos motivos de relevante valor social ou moral, e domínio de violenta emoção, seguida de injusta provocação da vítima. O segundo caso de diminuição da pena, seria a do Infanticídio, disposto no parágrafo segundo do artigo 121, “se o agente matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. Diante disso, a relação de parentesco e a influência do estado puerperal seriam circunstâncias de ordem pessoal e subjetiva, incomunicáveis nos termos do artigo 30 do Código Penal, resolvendo-se assim, não só o problema da coautoria, como também estaria estabelecendo-se um critério mais homogêneo na legislação penal em todos os casos em que se protege o maior bem jurídico, a vida. Assim, é extremamente favorável a manutenção do critério fisiopsicológico, porém, tendo a influência do estado puerperal como causa de diminuição da responsabilidade penal no Homicídio, mesmo tratando-se de uma circunstância de aspecto imprevisível, que acaba tornando-se, evidentemente, um critério duvidoso e de difícil comprovação científica.

4.1 Origem

No período Greco-Romano, o filho estava totalmente submisso à autoridade paterna, o qual o pai era o chefe máximo da instituição familiar e tinha poder absoluto sobre sua esposa e seus filhos (*jus vitae ac neci*), tendo o poder de matar crianças que nascessem imperfeitas, malformadas ou que constituísse desonra ou afronta à família. Somente ao tempo de Justiniano que isso foi modificado por influência cristã, desaparecendo o direito de vida e morte do *pater familiae*. O Direito Romano da época, não conhecia a palavra *infanticidium*, mas sim *parricidium*, genericamente qualquer forma de homicídio. As Institutas de Justiniano incriminavam o Infanticídio como pena de morte, executadas de maneira cruelmente extravagante, colocando o condenado num saco para ser cosido junto com um cão,

um galo, uma víbora e uma macaca, e depois lançada ao mar ou rio; esta conhecida como pena do *culeus*, ou “pena do saco”, de terrível atrocidade.

Conforme ensina Nelson Hungria (1981, p. 239-240):

O direito romano da época avançada incluía o infanticídio entre os crimes mais severamente punidos, não o distinguindo do homicídio. Se praticado pela mãe ou pelo pai, constituía modalidade do parricidium e a pena aplicável era o *culeus*, de arrepiante atrocidade.

Isto só foi modificado num segundo momento (Período Intermediário) por influência cristã, já pelos institutos de Justiniano, onde as mães, quaisquer que fossem os motivos, quando praticavam o infanticídio, eram punidas com penas severíssimas. Assim, nesta fase histórica intermediária, o crime de Infanticídio passou a ser punido com a pena de morte.

O terceiro período, o Moderno ou Atual se deu com o movimento Humanista, com destaque para os filósofos do direito natural, especialmente por Beccaria e Feuerbach, o qual inicia-se um período de abrandamento da pena de Infanticídio. Consequentemente, os ordenamentos jurídicos passaram a considerar o Infanticídio como homicídio privilegiado, quando praticado pela mãe ou por um parente. A pena de morte foi sendo abolida, primeiramente na Austrália em 1803, e posteriormente, na Baviera, em 1813. Somente em 1810, o Código Napoleônico e a lei inglesa continuaram mantendo na espécie a pena de morte.

Ao contrário das leis inglesas e francesas, a alemã exigia que a acusada confessasse o seu crime, o qual o recurso para obtenção de confissão era a tortura. O código Carolino trazia em duas notas explicativas, orientações para a realização de docimasias destinadas a verificar se a criança realmente havia nascido viva. A crescente valorização da vida da criança trouxe, como consequência, punições mais severas e frequentes para as infanticidas.

No período Moderno, no Brasil, os seus três estatutos repressivos (1830, 1890 e 1940) conceituaram o delito de infanticídio, de formas diversas. Influenciada diretamente pelo Iluminismo, a pena imposta à infanticida era mais branda que a cominada ao homicida. O Código Criminal de 1830 adotou o critério *causa honoris*, privilegiou o Infanticídio cometido pela mãe, com pena de 1 a 3 anos de prisão com trabalho. O Código Penal de 1890 manteve a mesma definição do Infanticídio, considerando como tal a morte do infante nos sete primeiros dias do seu

nascimento, equiparando a pena do Infanticídio de 6 a 24 anos de prisão celular cometido por estranhos ao homicídio simples. Além disso, aumentou a pena do infanticídio cometido pela mãe *honoris causa* para 3 a 9 anos de prisão celular. O Código Penal de 1940, sob a influência do Código Penal Suíço de 1937, consagrou o critério fisiopsicológico, retirando de seu texto a "*honoris causa*". Sendo assim, infanticídio ganhou tratamento diverso do que já havia recebido nas legislações penais brasileiras anteriores, deixando de lado a fundamentação da pena no motivo de honra e passando a fundamentá-la no critério fisiopsicológico do estado puerperal, ficando definido da seguinte forma no artigo 123 do dispositivo legal brasileiro: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto, ou logo após: Pena – detenção de 2 a 6 anos".

O Código Penal atual não trata da motivação psicológica, "*honoris causa*" (critério utilizado para caracterização do infanticídio nos códigos anteriores). Entende-se por "causas honoris" aqueles casos em que a mulher é mãe solteira ou que deu à luz a um filho ilegítimo, que gera nas parturientes uma sensação de agonia e desespero. Não significa que a influência do estado puerperal não seja o elemento principal na caracterização do infanticídio, mas, além dele a "*causa honoris*" também influencia na prática do crime, tendo caráter acessório na caracterização do infanticida. Analisando a definição de crime de infanticídio, de uma maneira mais ampla, percebe-se que trata de um "*delictum exceptum*", ou seja, um tipo especial de homicídio, com sujeito ativo (a mãe), sujeito passivo (o neonato ou nascente) a condição (estar sob influência do estado puerperal) específica e, que possui uma pena mais amena devido a tal condição especial.

Dessa forma, de acordo com Nelson Hungria (1955, p 327-328) há considerações de que nos tempos modernos, prevaleceram no sentido de destacar-se o infanticídio como um "*delictum exceptum*", ou merecedor de benigno tratamento penal, em cotejo com o homicídio, são de duas espécies: uma atendendo a um ponto de vista puramente *psicológico*, atenuando a pena somente no caso em que intervém o motivo de honra (hipóteses de gravidez ilegítima); a e outras fundando-se no estado *fisio-psíquico* da mulher parturiente, não havendo distinção entre gravidez legítima e ilegítima, abstraindo portanto, a causa honoris.

O infanticídio é, inegavelmente e antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos (e é fácil a comprovação pela simples consulta dos repertórios de jurisprudência), por mães solteiras ou mulheres

abandonadas pelos maridos e pelos amásios. Raríssimas vezes, para não dizer nenhuma, têm sido acusadas desses crimes mulheres casadas e felizes, as quais, via de regra, dão à luz cercadas do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares. Por isso mesmo, o conceito fisiopsicológico do infanticídio – “sob a influência do estado puerperal” – introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico – a causa da honra – vai, aos poucos, perdendo sua significação primitiva e se confundindo com este, por força de reiteradas decisões judiciais” (TJSP – Rec. – Rel. Silva Leme – RT 421/91).

Dessa forma, segundo a Jurisprudência tem entendido, com base no estatuto legal do artigo 123, do CP, o infanticídio pode ser classificado como um delito social privilegiado.

4.2 Análise dos Códigos Penais Brasileiros

Neste tópico, vamos analisar os antecedentes históricos do delito de Infanticídio, mais especificamente, no Período Moderno no Brasil.

Primeiramente, há de se falar no Direito Penal Indígena (MAGGIO, 2001, p 37), época que antecedeu à chegada dos portugueses, em 1500, os silvícolas que aqui viviam em diferentes graus de cultura, solucionavam os problemas penais através de regras naturais do direito costumeiro, ou seja, predominavam-se então o talião, a vingança privada e coletiva. O direito penal indígena quanto ao Infanticídio, pregava-se que o próprio costume aceitava a sua prática com total indiferença ou como conduta irrelevante.

Durante o período Brasil-Colônia vigoravam no país as Ordenações do Reino, (MAGGIO, Vicente – Infanticídio, 2001 p 38). Assim, o direito penal que se fundou no Brasil, desde o seu descobrimento até a independência tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino, mas que, em nenhum momento fazia qualquer referência específica ao crime de Infanticídio.

Com o surgimento da independência em 1822, por força de dispositivo constitucional, elaborou-se o Código Criminal do Império (MAGGIO, 2001, p 38) sancionado em 16 de setembro de 1830, o qual passou a considerar o Infanticídio como figura excepcional, cominando-lhe pena sensivelmente mais amena e mitigada. Esse Código de 1830 criou duas figuras de infanticídio: “Artigo 197 – matar alguém recém-nascido” (pena – de prisão por três a doze anos); “Artigo 198 – se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar sua desonra” (pena – de prisão com trabalho por um a três anos). Ou seja, verifica-se um crime de infanticídio que

pode ser praticado por estranhos ou parentes da vítima, não por motivo de honra e, sim, por motivos diversos. Vale ressaltar em que ambos os casos, o legislador utilizou somente a expressão “recém-nascido”, deixando sem amparo legal o nascente, ser que se põe entre o feto e o recém-nascido. Influenciada diretamente pelos Iluminismo, a pena imposta à infanticida era mais branda que a cominada ao homicida. Havia, porém, uma contradição neste dispositivo, entre os tipos previstos pelo artigo 197 (infanticídio cometido por terceiro, sem a “honoris causa”), e o homicídio simples. É que para este, de acordo com Nelson Hungria, a pena era de, no máximo, a morte; no médio, a gales perpétua; no mínimo, a de prisão com trabalho por vinte anos. Enquanto isso, o infanticídio cometido por terceiro, sem a “honoris causa”, era punido com a pena de três a doze anos de prisão.

Com a proclamação da República foi editado o Código Penal Republicano, em 11 de outubro de 1890, (MAGGIO, 2001, p. 40) conferindo ao Infanticídio o seguinte tratamento jurídico: “Artigo 298 – Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e impedir sua morte” (pena – de prisão celular por seis a vinte e quatro anos). Ainda diz o parágrafo único: “Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria” (pena – de prisão celular por três a nove anos). Desta forma, o legislador não percebeu o chocante absurdo, pois, ao infanticídio quando praticado não pelo motivo de honra, foi cominada somente a pena aplicável ao Homicídio simples. Então, o legislador de 1890, influenciado pelas legislações da época (Bolívia, Chile, Colômbia, México, Uruguai, Venezuela) inseriu no ordenamento jurídico uma significativa inovação, com a previsão legal do período de tempo durante o qual a conduta podia ser considerada infanticida, determinando que a morte da criança devia ser provocada nos sete primeiros dias de seu nascimento. Por outro lado, mantendo somente a utilização da expressão “recém-nascido”, continuou, assim, deixando o nascente sem o devido amparo legal.

Devido a precária sistematização do Código Penal de 1890 e a confusão causada por inúmeras leis penais especiais posteriores levaram o desembargador Vicente Piragibe, autorizado pelo chefe do Poder Executivo a reuni-las na Consolidação de Leis Penais, decretada em 14 de dezembro de 1932. (MAGGIO, 2001, p. 41). Porém, esta consolidação, não estabeleceu mudança alguma em relação ao tratamento jurídico do crime de Infanticídio, previsto no artigo

298. Desta forma, as insuficiências do Código Penal de 1890 levaram a várias tentativas de substituí-lo. Na primeira delas, o projeto Galdino Siqueira não considerou o infanticídio um crime autônomo, mas homicídio atenuado. No projeto Sá Pereira, elaborado sob a influência do Código Suíço de 1916, ao configurar o infanticídio como crime autônomo, passou a ser a primeira proposta de substituição do critério psicológico para critério fisiopsicológico, atrelando o tipo penal à influência do estado puerperal. E por último, o projeto Alcântara Machado, acabou retornando ao critério tradicional puramente psicológico, relacionado com o motivo de honra, porém, estendeu o privilégio a outras pessoas, como ascendentes, descendentes ou colaterais da mãe. Desta forma, o critério “honoris causa” foi mantido. Porém, a Comissão Revisora do Código Penal de 1940, alterou o critério original do projeto, consagrando o critério fisiopsicológico, determinando-se a adoção do estado puerperal como motivo determinante para a diminuição da responsabilidade penal e retirando de seu texto a “honoris causa”.

Por fim, o atual Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Este, originou-se do Projeto de autoria do jurista Alcântara Machado, submetido, logo a seguir, ao exame da Comissão Revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra (MAGGIO, 2001, p. 44). Assim, no Código Penal de 1940, o infanticídio transformou-se em *delictum exceptum*, que só pode ter como autora a mãe. O referido estatuto legal vigente conceituou o crime de Infanticídio como: “Artigo 123 – matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena: detenção, de dois a seis anos”. Hoje, o Infanticídio é um delito social privilegiado. Neste sentido, verifica-se a seguinte jurisprudência:

O infanticídio é, inegavelmente e antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos (e é fácil a comprovação pela simples consulta dos repertórios de jurisprudência), por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelos maridos e pelos amásios. Raríssimas vezes, para não dizer nenhuma, têm sido acusadas desses crimes mulheres casadas e felizes, as quais, via de regra, dão à luz cercadas de amparo do esposo e do apoio moral dos familiares. Por isso mesmo, o conceito fisiopsicológico do infanticídio – sob a influência do estado puerperal – introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico – a causa da honra – vai, aos poucos, perdendo sua significação primitiva e se confundindo com este, por força de reiteradas decisões judiciais”. (TJSP, Rec. Crim., Relator Des. Silva Leme – RT 421/91)

Diante disso, no tocante à existência das duas correntes doutrinárias (psicológica e a fisiopsicológica), nosso Código Penal Brasileiro acabou adotando o critério fisiopsicológico; levando em conta o desequilíbrio fisiopsíquico oriundo do processo do parto. Dessa forma, esse delito é classificado como um crime próprio, em que somente a parturiente, sob a influência do estado puerperal, pode ser sujeito ativo, ainda havendo também o possível concurso de agentes (coautoria e participação), o qual está fundamentado no artigo 30, do Código Penal.

4.3 Direito Comparado

Alguns dispositivos elencados por serem de maior interesse e terem algo em comum com o Brasil, os quais foram analisados de outro ângulo e com maior ênfase e relevância; como por exemplo; o Código Chinês (artigo 287), a sua transcrição é de vital importância, tendo em vista ser um país totalmente diferente do nosso e ter uma cultura milenar; o Código Espanhol (artigo 138), pela proximidade com a nossa cultura, e por ter modificado a sua posição com referência ao Infanticídio, não adotando mais a figura autônoma, e sim, o enquadramento como crime de Homicídio; o Código Italiano (artigo 578), por igual razão, pela proximidade de nossa cultura através de seus imigrantes, e pela influência que nos acarreta no campo jurídico, e por ter, recentemente, alterado o seu Código Penal, fazendo introduzir modificações no valor da figura do Infanticídio, englobando de uma só vez, tanto o Infanticídio como o Abandono Material e Moral, como também, resolvendo o problema difícil e crucial do concurso de agentes, não deixando dúvidas, sobre sua tipificação e aplicação de pena, por fim; o Código Penal Português (artigo 136), que de uma forma ou de outra, ainda deixa, vestígios sobre a nossa cultura, por ser o país que historicamente foi o descobridor do Brasil, a primeira legislação Penal aplicada no Brasil, livro V, das Ordenações de Portugal. (MAGGIO, 2001, p. 103 - 109).

A situação no Brasil começou a melhorar quando foi promulgado o Código Criminal do Império Brasileiro (1830), logo após a Independência do país (1822). Outro fato importante, é que está sendo apreciado no Congresso Nacional, anteprojeto de Lei para alterar o Código Penal Brasileiro, onde se lê em seu artigo 123, “matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência perturbadora deste”. Esta nova redação é idêntica ao artigo 136, do Código Português, esta

alteração é devida as enormes dificuldades que os cientistas e operadores de Direito tem juntamente com os psicólogos e psiquiatras para definir o que venha a ser “estado puerperal”, como também de difícil enquadramento sobre o período que geraria a influência do estado puerperal; desta forma, os redatores do anteprojeto concordaram que com a mudança, facilitaria o entendimento desse crime. A presente redação é pertinente, pois a mudança, teve influência do atual artigo 136, do Código Penal Português.

Analisando também a redação do Código Penal Chinês de 1928 (RIBEIRO, 2004, p. 154), verifica-se que a influência pelas legislações ocidentais, alterou radicalmente a posição do Código Penal de 1912, o qual fora influenciado pelo Código Japonês de 1907. Esse Código de 1928, trata do infanticídio como figura autônoma no artigo 287, porém não menciona qualquer das circunstâncias subjetivas. Deflui, entretanto, de forma implícita o motivo de honra, pois nesse artigo determinou-se exclusivamente como sujeito passivo o filho ilegítimo.

Valendo-se então do Direito Comparado, sem maiores dificuldades, se encontra nos demais ordenamentos a tipificação da conduta em análise, como exemplo cita-se o Código Penal do Chile: (RIBEIRO, 2004, p. 163),

§ 2. Del infanticidio. Art. 394. Cometem infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a médio.¹

No mesmo sentido, o Código Penal de Portugal, ao dispor: “Artigo 136º. Infanticídio. A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos”.

De acordo com MAGGIO (2001, p 104), verifica-se que na maioria das legislações mais modernas, o Infanticídio adquiriu uma nova fisionomia jurídica, sendo, então, tratado como delito excepcional, ou seja, de forma privilegiada em relação ao homicídio, previsto em dispositivo próprio como figura derivada do homicídio, porém, com previsão sancionatória revestida de maior suavidade em face das circunstâncias subjetivas.

¹ § 2. Do infanticídio. Art. 394. Cometem infanticídio o pai, a mãe ou outros ascendentes legítimos ou ilegítimos que, dentro de 48 horas após o parto, matem o filho ou descendente, e serão punidos com uma prisão maior em sua graduação mínima e média.

5 PSICOSE PÓS-PARTO: DEFINIÇÕES E CAUSAS

Os transtornos psiquiátricos puerperais são classificados como: disforia do pós-parto (*puerperal blues*), depressão pós-parto e psicose puerperal. Dentre elas, vamos dar um maior enfoque para psicose puerperal.

A psicose puerperal é uma das possíveis complicações psiquiátricas nesta fase e também a mais grave delas, tendo início mais abrupto, podendo acarretar risco de suicídio ou infanticídio. Os sintomas são vários, como delírios, confusão mental, alucinações, quadros depressivos e maníacos. As mulheres apresentam então um comportamento desorganizado, alterando o modo de percepção da realidade, e delírios que envolve o recém-nascido, com pensamentos de lhes provocar algum dano, ou seja, havendo uma grande possibilidade da mesma provocar a morte do objeto dos seus delírios.

Esse fenômeno pode surgir após o parto, aproveitando-se dessas violentas mudanças nas taxas hormonais, podendo acontecer com qualquer mulher, mas afetando principalmente quem já possui histórico de problemas psiquiátricos, como a bipolaridade e a esquizofrenia.

Ter reações emocionais após o parto é normal, como casos de crise de choro, ansiedade, irritabilidade e lapsos de memória são reações não psicóticas e comuns entre 50% a 80% das mulheres. Normalmente esse quadro é superado pela própria mãe, sem ajuda de especialistas, em até seis meses.

Porém, já a Psicose Puerperal é o caso de sintomas mais graves e agudos, e é considerado um transtorno de humor. Mas ainda assim não é classificada como depressão pós-parto. É diferente por ser menos severa e mais breve.

Existem outros fatores que podem influenciar o quadro de Psicose Puerperal, além dos fatores biológicos, também os fatores sociais; como por exemplo se a mãe passa por problemas familiares ou financeiros, e as condições do parto, caso o parto tenha sido muito longo e problemático, a mãe lida com situações de muito estresse, podendo ser mais um peso nessa nova etapa de sua vida.

A Psicose Puerperal se apresenta como um quadro de delírio grave, em que a paciente pode passar por surtos, o qual acredita que o bebê ainda não

nasceu, ou que nasceu com algum tipo de deficiência ou problema de saúde ou até mesmo sem vida.

Por isso a mulher portadora de psicose puerperal, que comete Infanticídio, necessita mais de tratamento e reabilitação do que de punição legal, com o objetivo e finalidade de se evitarem outras fatalidades decorrentes da gravidade do seu quadro.

O tratamento utilizado nesse quadro é o mesmo para as psicoses em geral, com exceção nos casos de pacientes com quadro de problemas psiquiátricos anteriores, como bipolaridade e esquizofrenia, pois nestes casos específicos a paciente continua com seu tratamento anterior.

Para que o tratamento tenha êxito, é necessário que o aleitamento materno seja suspenso. O problema não afeta apenas a mãe e o bebê, e sim influencia toda família pela tamanha gravidade.

Por isso, nos casos de mães que apresentam Psicose Puerperal, é de grande importância que os pais se envolvam mais com a criança, numa tentativa de compensar para a parceira e até mesmo para o bebê. Com isso o bebê sofre menos o efeito do problema da mãe.

A criança deve sempre ter contato com outro adulto, ou o pai, para que o quadro de depressão da mãe não o afete tanto. Este quadro, apesar de não ser tão grave quanto uma Depressão Pós-parto, deve ser considerado com seriedade e tratado como o transtorno de humor que é.

5.1 Influência do Estado Puerperal

Com a chegada do Código Penal de 1940, a tipificação do motivo honra foi abandonada, e com isso passou-se a admitir o critério fisiopsicológico, sobrevivendo assim a ligação da influência do estado puerperal ao tipo penal e tal influência tornou-se determinante para a tipificação do delito.

O estado puerperal é um dos elementares do infanticídio, considerado aquele período em que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez, podendo ter profundas alterações psíquicas e físicas, transtornando a parturiente, e conseqüentemente deixando-as sem plenas condições de compreender o que está realmente fazendo. A influência do estado

puerperal tem a concepção de ser o conjunto das perturbações físicas e psicológicas que a mulher pode ter em virtude do parto, e com isso praticar o delito de infanticídio.

Pelo entendimento penal, trata-se de um quadro fisiopsicológico próprio das mulheres, em geral desassistidas e decorrente de gravidez indesejada, que durante seu curso, acabam gerando relevantes conflitos emocionais. Este quadro de graves repercussões comportamentais conduz a mãe, neste momento de maior fragilização física e psíquica durante o parto, ou logo após, a matar o próprio filho.

O Código vigente adotou o critério fisiológico, também denominado biopsicológico ou fisiopsicológico, afastando-se então do sistema psicológico, que exigia o motivo de honra. Todavia, temos que enfatizar o fato de que não é o simples estado puerperal que seja apto ao reconhecimento do Infanticídio, e sim necessário que a conduta seja praticada sob a influência do estado puerperal.

Ou seja, o estado puerperal nada mais é que o conjunto das perturbações psíquicas e fisiológicas sofridas pela mulher em razão do parto. Além disso, diversos fatores como: sofrimento, perda de sangue, angústia, inquietação, entre outros; podem levar a parturiente a sofrer um colapso do senso moral, como por exemplo uma liberação de impulsos e condutas maldosas, chegando por fim isso a matar o próprio filho.

Todavia, algumas mulheres não conseguem admitir que estão em um período depressivo (puerpério) em virtude do parto e com isso, acabam realizando atos contra a sua vontade, como o delito em comento. Assim, tem-se o conceito de Mirabete (1997, p. 89):

Puerpério é o período que vai da dequitação (isto é, do deslocamento e expulsão da placenta) à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas (...). Nele se incluem os casos em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando isso a matar o próprio filho. (...) podemos dizer até 'normal' da mulher que, sob o trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez não desejado, e temido, de suas entranhas.

A influência do estado puerperal normalmente acontece em qualquer parto, sendo presumida na morte da nascente ou neonato pela mãe, durante o parto ou logo após. Trata-se, porém, da presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário.

Assim, a influência do estado puerperal pode reduzir a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente; podendo também, alguns dias após o parto, causar na parturiente um fenômeno chamado psicose puerperal, o qual está quase sempre associada a uma doença mental já preexistente, que possui os mesmos efeitos de falta de discernimento, tanto que quando a puérpera se reabilita, não apresenta nenhuma lembrança do ocorrido.

Portanto, não significa que o puerpério gere sempre uma perturbação psíquica, mas é preciso que fique constatado que esta realmente intercorreu em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento da parturiente. Fora isso, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio.

5.2 Diferenças entre Puerpério e Estado Puerperal

O puerpério é o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta da mãe até a volta do organismo às condições pré-gravídicas. Puerpério vem de *puer*: criança; *parere*: parir. Este é caracterizado pelo período pós-parto, tendo a duração de aproximadamente quarenta dias ou de seis a oito semanas. É normal a todas as parturientes, podendo ou não influir no sentido da mulher durante sua manifestação.

O puerpério pode ser dividido em três fases, que são:

- Puerpério imediato, que é o período compreendido entre o primeiro e o décimo dia;
- Puerpério tardio, que é o período compreendido entre o décimo e o quadragésimo quinto dia;
- Puerpério remoto, que é o período compreendido entre o quadragésimo quinto dia, até o momento em que o organismo da mulher retorne à normalidade de sua função reprodutiva.

Por estado puerperal entende-se o estado fisiológico ou fisiopsicológico da parturiente iniciado na segunda fase do parto, mais precisamente, iniciado quando da expulsão do feto. Ou seja, é uma hipótese de semi-imputabilidade que foi abordada pelo legislador com a criação de um tipo especial diferente do homicídio simples, que possui apenas a elementar *matar*, também encontrada no infanticídio.

A influência do estado puerperal pode exercer diversas funções e produzir diferentes efeitos, dependendo do contexto em que se encontra. Diante disso, por exemplo, será elementar do tipo quando apenas influenciar a conduta de matar o próprio filho; quando, porém, sua intensidade for suficiente para lhe perturbar a saúde mental a ponto de reduzir-lhe a capacidade de discernimento e determinação; ou, ainda, poderá excluir a imputabilidade, se atingir o nível de doença mental.

Do ponto de vista obstétrico, o estado puerperal ou puerpério não é pacífico. Há quem entenda que este período inclui a própria gravidez, o parto e o tempo necessário para a involução clínica do útero, é o que, resumidamente, ensina Nerio Rojas (psiquiatra e médico legista argentino), citado por Magalhães Noronha (1996, p.124).

Por outro lado, de acordo com o Código Penal, para caracterizar o crime de Infanticídio, a morte do feto ou do recém-nascido deve ocorrer sob a influência do estado puerperal, porém, levando em conta o estado puerperal durante ou logo após o parto.

Vale ressaltar, que a definição conhecida para o estado puerperal e o puerpério independentes de divergências doutrinárias, são eminentemente técnicas, ou seja, médicas. Ambos necessitam de laudos médicos para serem diagnosticados e comprovados.

Por isso, para o Código Penal, não há nenhuma distinção entre o estado puerperal e o puerpério, tal definição somente para os fins científicos.

5.3 Estado Puerperal como Excludente de Criminalidade

Analisando o tratamento do infanticídio através dos tempos nos diversos ordenamentos jurídicos, constata-se que o mesmo nasceu com a humanidade e, antes de ser crime, já foi permitido, chegando a ser, conforme o caso, um direito, uma obrigação ou um dever.

O Código Penal de 1940, abandonando a exclusividade do motivo de honra, na conceituação do Infanticídio, passou a admitir o critério fisiopsicológico atrelando o tipo penal à “influência do estado puerperal”, como motivo de determinante do especial tratamento penal.

É necessário, portanto, a relação de causalidade entre o estado puerperal e o crime, pois nem sempre ele produz perturbações psíquicas na mulher, é o que se verifica nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal, sendo esta a cláusula do estado puerperal, a qual não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica; é preciso que fique verificado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora isto, não há porque distinguir infanticídio e homicídio.

É pacífico o entendimento de que a influência do estado puerperal há simplesmente de diminuir ou reduzir a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente. Havendo, então, relativa incapacidade de autodeterminação em decorrência do estado puerperal da mãe e, a morte do filho nascente ou neonato, estará configurado o crime de Infanticídio.

Verifica-se que às vezes, dias após o parto, é possível que o estado puerperal cause na mulher uma perturbação psicológica de natureza patológica, a chamada “Psicose Puerperal”, que geralmente está associada a uma doença mental preexistente que acaba por anular a capacidade de compreensão e discernimento da parturiente, circunstâncias que determinam um colapso do senso moral, uma desordem mental e uma super excitação frenética, que a privam de sua capacidade de querer e entender, nada recordando após o fato a respeito de sua conduta. Neste caso, o que se tem é a inimputabilidade, ou seja, a inexistência do crime por falta de agente culpável.

Em síntese, o puerpério pode ou não causar perturbação psicológica na mulher, e, conseqüentemente, poderão ocorrer quatro hipóteses distintas:

a) A parturiente que mata o filho, sem estar influenciada pelo estado puerperal estará cometendo Homicídio (artigo 121, do Código Penal);

b) A parturiente que mata o filho, sob a influência do estado puerperal, estará cometendo o Infanticídio (artigo 123, do Código Penal), sendo inadmissível a invocação do parágrafo único do artigo 26, do Código para obter-se a redução da pena, pois a influência do estado puerperal (causa de semi-imputabilidade) já está compreendida no tipo legal do artigo 123, do Código Penal;

c) A parturiente que mata o filho, influenciada pelo estado puerperal e também por apresentar alguma outra causa que lhe retire a plenitude do poder de

autodeterminação, responderá pelo Infanticídio com redução de pena, verificando-se a Semi-Imputabilidade (artigo 123 e artigo 26, parágrafo único do Código Penal); e

d) A parturiente que mata o filho, por estar acometida de doença mental (psicose puerperal) que lhe retire a inteira capacidade de autodeterminação, matando o filho, verifica-se a Inimputabilidade, e a infanticida é isenta de pena (artigo 26, *caput*, do Código Penal), ou seja, devendo ser absolvida sumariamente, em razão da causa excludente de culpabilidade.

De qualquer forma, é cabível ressaltar que de acordo com o Código Penal, para caracterizar o crime de Infanticídio, a morte do feto ou do recém-nascido deve ocorrer sob a influência do estado puerperal, porém, durante o parto ou logo após.

Assim sendo, concluímos que o crime de infanticídio, tentado ou consumado, é um delito de ação pública incondicionada e por tratar do rol dos crimes dolosos contra a vida a competência para julgamento é do Tribunal de Júri do local onde se deu a morte da vítima.

5.4 Relevância da Perícia e constatação do Estado Puerperal

Puerpério, sobreparto ou pós-parto é o espaço de tempo variável que vai do desprendimento da placenta até a involução total do organismo materno às suas condições anteriores ao processo gestacional. Dura, em média seis a oito semanas. Seu diagnóstico é muito importante nas questões médico-legais ligadas à sonegação, simulação e dissimulação do parto e da subtração de recém-nascidos, principalmente nos casos onde se discute a hipótese de Aborto ou de Infanticídio, ou ainda de parto próprio ou alheio.

Dessa forma, para o diagnóstico; os elementos que devem ser considerados para caracterizar a existência de um estado puerperal, ou seja, de uma circunstância que prove o parto recente, dentro do prazo admitido para esse estado, são:

- a) Útero
- b) Colo
- c) Vagina
- d) Ovário e Ovulação

Através da perícia médico-legal é que se conclui a presença da influência do estado puerperal e se este foi determinante para a prática do delito.

Deste modo, a perícia médica pode ser realizada durante três períodos:

- a) No pós-parto imediato (1 a 10 dias)
- b) No pós-parto tardio (10 a 45 dias)
- c) No pós-parto remoto (além de 45 dias)

A caracterização do Infanticídio constitui o maior de todos os desafios médico-legais pela sua complexidade e pelas inúmeras dificuldades de tipificar o crime. Por isso, essa perícia foi chamada de “*crucis peritorum*”, que significa “a cruz dos peritos”.

A perícia médica é fundamental para a imputabilidade do agente, e além da verificação da existência de dolo ou não do agente causador do crime imputado, também é necessário designar essa perícia para detectar os elementos constituintes do delito a fim de caracterizar: os estados de natimorto, o de feto nascente, o de infante nascido ou o de recém-nascido (diagnóstico do tempo de vida); a vida extra-uterina (diagnóstico do nascimento com vida); a causa jurídica da morte do infante (diagnóstico do mecanismo de morte); o estado psíquico da mulher (diagnóstico do chamado “estado puerperal”); e o diagnóstico de parto progressivo (diagnóstico do puerpério ou do parto recente ou antigo da autora).

Diante da nossa legislação penal, é importante verificar que para a configuração do crime de infanticídio, que a mulher seja portadora de grave perturbação psicológica.

O exame pericial sob o aspecto da avaliação do estado mental da infanticida deve consistir em apurar determinados quesitos:

- Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
- Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho;
- Se ela se lembra ou não do ocorrido ou se simula;
- Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas consequências surgiram no decorrer do parto;
- Se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto ou logo após, foi capaz de levá-la a praticar o crime.

A essência para esse tipo de perícia é, sem dúvida, a constatação de parto progressivo. No diagnóstico leva-se em conta o aspecto geral, os aspectos dos

órgãos genitais externos, a presença de corrimento genital, o aspecto das mamas, a presença de colostro ou leite, as paredes abdominais com vergões e a pigmentação clássica e os exames de laboratório para comprovação dos lóquios, induto sebáceo, colostro, leite e mecônio.

Por isso, é de grande importância a perícia médico-legal para determinar a presença ou ausência do estado puerperal na mãe durante a conduta delituosa, porém, diversas vezes tal perícia ocorre muito tempo após o cometimento do ato, assim então, dificultando a constatação do estado puerperal, já que também é possível a ocultação do cadáver. Dessa forma, justamente pela dificuldade da determinação do estado puerperal devido ao lapso temporal, opta-se pela presunção do mesmo. É o que pode ser destacado, na seguinte decisão:

INFANTICÍDIO: Estado puerperal. Presunção. O fato de não ter sido constatado pelo exame pericial, por ter sido o crime conhecido muito tempo depois, não impede o reconhecimento do estado puerperal, que deve receber uma interpretação suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período puerperal, que não é privativo da primípara (TJSP - Rec., rei, Desembargador Bandeira de Mello, RT 531/318).

Parte da jurisprudência vem entendendo que a influência do estado puerperal na conduta da agente que mata o próprio filho após o parto é presumida. Há entendimento contrário. No caso, considerando que os fatos não ocorreram logo após o parto, não há como reconhecer a influência do estado puerperal (RES, 224.577-3/ Barretos, 4ª Câm. Crim. De Férias 'julho/98', Rel. Passos de Freitas, v. U., 23/7/-1998). Com isso a Prova Pericial pode se fazer necessária, conforme entendimento majoritário, esposado no julgado acima, com a seguinte ementa:

O entendimento da jurisprudência majoritária é no sentido da dispensa da perícia médica para a constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. O que na realidade existe é uma presunção juris tantum, ou seja, até que se prove ao contrário, a mulher após o parto tem perturbações psicológicas e físicas, geralmente normais, mas, quando intensas causa um distúrbio tão grande que a mulher pode eliminar o neonato, ou seja, o recém-nascido.

Defendemos então, a tese de que o estado puerperal pode ser reconhecido, levando em consideração a presunção.

Acredita-se que o período do estado puerperal é bastante variável, podendo ocorrer somente por algumas horas ou então por alguns dias, e como regra, regride de forma espontânea, sem deixar sequelas. Por isso, para que um

legista consiga identificar os elementos para concluir uma perícia, são bastante complexos, pelo fato de que os sintomas já podem ter desaparecidos.

A partir daí, percebe-se que não só os elementos psicológicos são levados em consideração, mas também os elementos físicos que por muito tempo não foi questionado e nem teve relevância para o artigo em discussão.

Portanto, podemos ter em vista o quão desafiador é para o médico-legista a caracterização precisa e minuciosa do exame pericial no crime de Infanticídio. Sem dúvida, essa prova técnica pode desencadear no aspecto processual penal cominações distintas.

Por isso, a perícia médico-legal no Infanticídio é de extrema e fundamental importância para a esfera processual penal, pelo seu caráter esclarecedor, chegando-se à conclusão de que, sem sua contribuição, a Justiça jamais teria condições de fundamentar uma sentença dentro de um critério legalista e justo, pois lhe faltaria elementos técnicos consistentes e convincentes a respeito das condições de natimorto, pelo nascente, infante nascido e recém-nascidos; das provas de vida extra interina; da causa jurídica de morte; do estado psíquico da parturiente; e do diagnóstico de parto progresso.

6 CAUSAS DA IMPUTABILIDADE PENAL

Em primeiro momento, o tipo penal parece conflitar com o fenômeno da culpabilidade. De início, o legislador tipifica a conduta de alguém que pratica o tipo sob a influência de uma perturbação de caráter psíquico, e em outro momento, ordena o afastamento da culpabilidade (inimputabilidade ou semi-imputabilidade) quando as condições psíquicas influenciam o autor dos fatos no conhecimento da capacidade de entendimento ou de querer.

Em virtude desse aparente conflito de normas, é importante verificar o elemento normativo do tipo de Infanticídio e suas formas de manifestação, a fim de, no momento seguinte, unificar tais informações com o estudo da Imputabilidade.

No que tange a imputabilidade, insta salientar que são as situações de antijuricidade, as quais tem como objetivo justificar ou diminuir o ato criminal, pelo fato do agente não ter a plena razão da consciência, e dessa forma pode ser feita a qualificação de uma forma melhor identificando o dolo e a culpa na consecução do tipo penal.

Entende-se que as excludentes criminais podem aumentar a rigorosidade da culpabilidade do agente, que pode ser pela omissão ou pelos atos agravantes para a realização do delito.

A Imputabilidade Penal vem disciplinado nos artigos 26 a 28, do Código Penal, conhecida também por capacidade de culpabilidade, a imputabilidade é considerada elemento ou pressuposto da culpabilidade. O reconhecimento desta é de fundamental importância, porque a aplicação da pena em concreto só é possível se o agente for considerado culpável.

Para Fernando Capez (2010, p. 331), a imputabilidade é “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal.”

Em questão, analisaremos a Imputabilidade da autora do crime de Infanticídio, de acordo com o previsto no artigo 123, do Código Penal, o qual configura a conduta de matar o próprio filho sob o estado puerperal durante ou após o parto. Trata-se de crime próprio, pois o sujeito ativo do delito é a própria genitora do neonato ou recém-nascido. E por fim, no que diz respeito ao sujeito passivo, vale

salientar, que para a configuração do crime, é imprescindível a prova de que a vítima nascera com vida.

Como discutido em outros tópicos anteriores, a parturiente que sofre de puerpério pode apresentar a psicose puerperal como forma de manifestação, e quando acometida por esta psicose, a parturiente, que no momento sofre com alucinações e delírios relacionados ao recém-nascido ou neonato, tem grande possibilidade de provocar a morte do objeto dos seus delírios.

Se o resultado morte é provocado, é notório que o mesmo ocorrera por agente que era inteiramente incapaz de conhecer o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento ao tempo dos fatos. As alucinações e delírios, são suficientes para afastar a imputabilidade da agente e, em consequência, reconhecer sua inimputabilidade.

Mas se houver a possibilidade de a parturiente praticar o delito em intervalo de lucidez, nessa situação, ainda que constatada a psicose puerperal, a parturiente responderá pelo crime mesmo assim, pois, na ocasião dos fatos, encontrava-se plenamente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Devemos levar em conta, que na hipótese de o puerpério se manifestar através do quadro de Neurose Aguda, o qual se destaca por um comportamento traçado pela irritabilidade, depressão, ansiedade ou inquietação, não há que reconhecer qualquer causa que justifique o afastamento da culpabilidade da agente. Sob o puerpério nessas condições, a agente mantém plena a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminação, e, portanto, é plenamente imputável.

Por fim, o crime de Infanticídio tem por finalidade propor uma penalidade inferior quando comparada à imposta ao crime de homicídio. Dessa forma, a tipificação do crime, e a imputabilidade da autora dos fatos, está intimamente ligada à manifestação e à natureza do estado puerperal. Assim, quando manifestada em sua forma mais agressiva, caracterizamos que a psicose puerperal tem a capacidade de afastar a imputabilidade da agente desde que o mesmo não pratique a conduta durante o intervalo de lucidez. Na sua interferência psíquica menos gravosa, entendemos não haver circunstância que caracterize a semi-imputabilidade da agente.

Miguel Reale Júnior, afirma que “a imputabilidade, portanto, não é pressuposto da culpabilidade nem obstáculo à culpabilidade, mas dado distintivo da pessoa humana, razão pela qual constitui um pressuposto da ação, vista esta como decorrência de uma opção valorativa”. (2002, p. 206).

De seu lado, Michele Oliveira de Abreu ressalta que:

Creditar ao momento da ação ou omissão do delito a imputabilidade do agente leva-nos a defender que, se em qualquer outro momento da apuração dos fatos (inquérito policial ou peças de informação) ou do processo, restar evidente que o agente não detém plena capacidade psíquica não há que falar em “inimputabilidade superveniente” (ABREU, 2013, p. 89).

Assim, verificamos, que o puerpério não é condição *sine qua non* para a tipificação da conduta da mulher sob a forma de infanticídio. E sim, na maioria dos casos, é possível que a culpabilidade seja reconhecida, afastada ou, até mesmo diminuída. Somente admitimos a sua imputação quando, a agente acometida por estado puerperal, mantenha inteira a capacidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos e de autodeterminar-se de acordo com tal entendimento.

Por fim, resta concluirmos que a parturiente, quando acometida de psicose puerperal; diante das alucinações e delírios que, na verdade, configuram conceitos distorcidos da realidade, são suficientes para afastar a imputabilidade da agente e, por conseguinte, o reconhecimento da sua inimputabilidade.

6.1 Forma culposa do Infanticídio e Concurso de Pessoas

O julgamento de terceiros no crime de Infanticídio é bem questionável, pois na verdade o delito de Infanticídio é um Homicídio especializado por vários elementos, sendo um deles a influência do estado puerperal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2006, p 277), é intenso o debate doutrinário acerca da coautoria e da participação no contexto do crime de infanticídio, que não deixa de significar uma forma privilegiada do homicídio. A mãe por estar em estado puerperal mata o próprio filho recém-nascido, após o parto, recebendo, pois, pena bastante atenuada em relação à que está prevista no artigo 121. Por isso, muitos autores chegaram a sustentar a incomunicabilidade dessa

circunstância de caráter pessoal, afinal, o puerpério é perturbação físico-mental exclusiva da mãe. Não seria justo que o coautor ou partícipe fosse favorecido.

Assim, um crime pode ser praticado por uma ou várias pessoas em concurso. De forma objetiva, há concurso de pessoas quando duas pessoas ou mais concorrem no mesmo crime, sobretudo nos crimes unissubsistentes, por se tratar de um concurso eventual; mas, há concurso nos crimes Plurissubsistente, entretanto, esses se dão de forma necessária para a consumação do tipo.

Tentando achar a forma adequada para se estabelecer a responsabilidade penal dos partícipes, várias doutrinas surgiram e, dentre elas, destacamos o legislador brasileiro.

O infanticídio, classificado como delito autônomo, baseado no critério fisiopsicológico do estado puerperal tem conduzido o surgimento de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais que causam dúvidas e questionamentos para o quadro de incerteza jurídica no Brasil.

Pela Teoria Unitária, tanto o autor como o partícipe respondem pelo mesmo crime. Para a Teoria Pluralística, a conduta do partícipe constitui outro crime, havendo então, um crime do autor e outro do partícipe, sendo que ambos são descritos como crimes autônomos.

O Código Penal Brasileiro de 1940 adotou a Teoria Unitária ou Monista, onde o crime é sempre único e indivisível, tanto no caso de unidade de autoria, quando no de participação.

Essa teoria adotada como regra pelo atual Código Penal Brasileiro, em seu art. 29 quando prevê que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, nas palavras de Fernando Capez (2009, p. 345) “todos aqueles que, na qualidade de coautores e partícipes, deram a sua contribuição para o resultado típico devem por ele responder, vale dizer, todas as condutas amoldam-se ao mesmo tipo legal”.

Segundo Greco (2009, p. 430), “para a teoria monista existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes”.

O Código Penal brasileiro, quando adota, em regra, a teoria unitária ou monista garante que será aplicado o mesmo tipo penal a todos os que concorreram para a prática delituosa, e claro que na medida de sua participação.

Contudo, existe outra posição doutrinária que compactua que se a mãe age de forma culposa, esta não deve responder por homicídio culposos e nem por

infanticídio, tendo em vista que seu juízo mental não estaria compatível com os acontecimentos do momento, e sim, devendo - se observar a presença do estado puerperal, que assim irá comprovar os distúrbios psíquicos da mãe.

De acordo com Masson (2010, p. 62):

[...] a mãe não responde por crime nenhum, nem por homicídio culposo, nem por infanticídio. Isso porque a previsibilidade objetiva do crime culposo, aferida de acordo com o juízo do homem médio, é incompatível com os abalos psicológicos do estado puerperal. De fato, uma pessoa assim afetada não pode ser considerada detentora de inteligência e prudência medianas.

Ou seja, ressalta-se que caso a mãe venha a matar o próprio filho de forma culposa, sem a presença do estado puerperal, esta deverá então responder por homicídio culposo, ou seja, para o doutrinador Masson; o estado puerperal é que delimita os requisitos para que assim possam enquadrar ou não, a mãe em um delito.

Diante de tais considerações, ocorrendo a hipótese de terceiro concorrer para a prática do crime de Infanticídio, surge o seguinte questionamento: ao participe do crime de Infanticídio deve ser aplicada a pena cominada para o próprio infanticídio, ou para o crime de Homicídio?

O fulcro da discussão encontra-se na questão da comunicabilidade do elemento referente a “influência do estado puerperal”. De qualquer modo, é incontestável que a influência do estado puerperal constitui elemento do crime de infanticídio. Sendo elementar, em regra, torna-se comunicável ao coautor ou partícipe, salvo se este desconhecesse a sua existência. Isto está de acordo com o dispositivo do artigo 30 do Código Penal. Observa-se aqueles que eventualmente concorrem para a prática do delito de Infanticídio respondem também por esse delito ou pelo de Homicídio. Com a ausência de previsão explícita a respeito, não há uniformidade de soluções. Desta forma, parte da doutrina manifesta-se contrariamente a comunicabilidade do privilégio. Sustenta-se que o concurso de pessoas é inadmissível, notadamente porque o estado puerperal que provocaria uma atenuação de culpabilidade, é circunstância pessoal, insuscetível de extensão aos coautores ou partícipes.

O terceiro que realiza atos de execução ou auxilia, induz ou instiga a mãe a cometer o crime responderia pelo delito de Homicídio.

Nelson Hungria afirma que o infanticídio seria um '*delictum privilegiatum*', onde a mãe se encontra em uma condição "privilegiada" de diminuição de imputabilidade, a qual não caberia se estender aos demais, além de que ao partícipe se daria o privilégio ao responder pelo crime de infanticídio, onde cabia a este a sanção cabível ao Homicídio, sendo esta maior; ou ainda "*delictum exceptum*", quando praticado pela própria mãe. (HUNGRIA, 1955, p. 237).

Contudo, outra linha doutrinária adotada por juristas como Rogério Greco, Fernando Capez, Damásio de Jesus entre outros, acreditam que ainda que o crime de infanticídio se trata de um crime próprio, cabendo somente à mãe, em estado puerperal, a realização do tipo, baseados na regra prevista no artigo 30, do Código Penal, defendem a possibilidade de coautoria e participação; idealizando que, de acordo com o este artigo, há uma exceção, cabendo então a comunicabilidade entre os agentes, por força do que dispõe o citado artigo, do Estatuto Penal Repressivo que assim se expressa: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Ou seja, o estado puerperal é, indiscutivelmente, condição de cunho pessoal. Sendo elementar do tipo de infanticídio, essencial à sua configuração. Eliminada tal circunstância, resta caracterizado o crime de homicídio. Tratando-se, pois, de elementar, comunica-se ao coautor ou partícipe. De imediato, impõe reconhecer que, em face da legislação penal brasileira, responde pelo delito de Infanticídio, e não pelo delito de Homicídio; ou seja, o terceiro que executa o crime atendendo a pedido da mãe ou a ajuda a matar o próprio filho.

Com isso, verifica-se a possibilidade de três situações distintas:

a) A mãe mata o próprio filho, contando com o auxílio de terceiro: a mãe é autora de infanticídio e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe que, assim, responde também por Infanticídio. Somente no caso de o terceiro desconhecer a elementar é que ele responderá por Homicídio.

b) O terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe: o terceiro comete o crime de Homicídio, porque matou alguém. A mãe foi sua partícipe, em tese, deveria responder por homicídio, nos termos do artigo 29, *caput*, do Código Penal que dispõe: "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas...". Ocorre que, não pode ser adotada esta teoria porque seria levado ao seguinte contrassenso:

Se a mãe mata a criança, responderia por Infanticídio, mas, como apenas ajudou a matar, responde por Homicídio. Assim, não seria lógico essa segunda hipótese, devendo a mãe, portanto, responder por infanticídio.

c) Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando o recém-nascido: a mãe será autora de infanticídio e o terceiro (partícipe), por força da teoria unitária ou monista, responderá pelo mesmo crime, nos termos do artigo 29, caput, do Código Penal.

Portanto, concluímos que a melhor alternativa para a resolução de tal situação seria a transformação do delito autônomo, sendo que a lei deveria passar por uma revisão; pois a análise da lei está nas mãos do legislador, concedendo o “privilégio” aos participantes ou agravando a pena dos mesmos.

Em síntese, enquanto não for mudada a legislação penal a respeito do assunto, não vemos como possa o terceiro que participa de Infanticídio responder por Homicídio.

6.2 Diferenças entre Infanticídio, Homicídio e Aborto

A diante vamos analisar alguns delitos praticados contra a vida, mais especificamente crimes contra a pessoa, pois ambos não se confundem, diante de circunstâncias e elementares diferenciadoras, podemos distinguir aborto do Infanticídio e após o Infanticídio do homicídio.

Diante de um recém-nascido, ou feto, morto, tem-se basicamente, cinco possibilidades:

1. Infanticídio
2. Homicídio Doloso
3. Homicídio Culposos
4. Aborto Voluntário
5. Aborto Involuntário

Para que se configure infanticídio é necessária que o autor do crime seja a própria mãe da criança, que o crime seja cometido durante ou logo após o parto, e que a mãe esteja sob influência do estado puerperal. Mas se uma ou mais destas características não seja observada, não se pode dizer que se trata de um crime de infanticídio.

Desconsiderado o infanticídio, temos outras hipóteses. Pode ser que tenha ocorrido um aborto, podendo ou não ser voluntário. Para que uma destas hipóteses seja válida, uma perícia médica deve ser realizada.

Caso o infanticídio e o aborto sejam ambos desconsiderados, tem-se então um homicídio. O autor do homicídio pode ser tanto a mãe da criança, como qualquer outra pessoa, e pode ser este homicídio: simples, qualificado ou culposo.

Nos casos em que o autor do homicídio é a mãe da criança, é muito comum que se confunda com Infanticídio. O estado puerperal, sempre presente em qualquer gravidez, não leva a distúrbios de ordem psíquica em 100% dos casos. Logo, é perfeitamente possível que uma mãe venha a matar sua criança, durante ou logo após o parto, sem que a razão do crime advenha das complicações motivadas pelo estado puerperal. Assim prelecionam Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 246):

As expressões 'durante o parto' e 'sob a influência do estado puerperal' não se equivalem, pois, do contrário, o texto legal seria redundante. Não basta o fato, puro e simples de ter sido o infanticídio praticado pela mãe durante o parto: é necessário que haja um vínculo causal entre o estado puerperal e a ocasião da criança. É bem certo que tal relação pode deixar de existir, isto é, nem sempre o estado puerperal acarreta a perturbação psíquica que justifica, na espécie o *privilegium legal*. Pode ser inexistente a desnormalização do psiquismo da parturiente, e apresentar-se, não um crime cometido num estado particular de responsabilidade atenuada, mas sim um crime friamente calculado e perversamente executado.

Podemos afirmar que o Infanticídio se distingue do Abortamento, uma vez que o Infanticídio descrito no artigo 123 do Código Penal preceitua que o mesmo pode ser praticado durante o parto ou logo após o nascimento, sendo interessante analisarmos o interstício temporal demarcado pelo tipo, e em seguida verificar-se a conduta criminosa, e não necessariamente o resultado.

No entanto, diante disso a distinção com o aborto é visível; o que nada mais é que a interrupção da gestação gerando a morte do produto da concepção; ou seja, o lapso temporal que antecede o trabalho de parto, constitui o aborto. Vale ressaltar que somente se tipificará o aborto antes de iniciado o parto, com a interrupção do estado de gravidez e conseqüentemente a morte do feto. Ou seja, o fato classifica como aborto (antes do parto) e infanticídio (durante o parto) dependendo do momento da prática delituosa. Por isso há no que se falar em que “o

infanticídio é a destruição de uma pessoa e o aborto é a destruição de uma esperança”.

Referindo-se ao nascimento do pueril, ou o crime passa a ser o de homicídio ou infanticídio, o que irá caracterizar estas práticas delituosas são as circunstâncias no momento da ação. Ou seja, se comprovado que a vida do infante foi tirada sem a influência do estado puerperal, ou qualquer motivo ligado a honra, sem dúvida o crime caracterizado será o de homicídio.

Temos outra diferenciação, sendo infanticídio x homicídio, o qual a primeira característica que o distingue do homicídio é o fato de ser praticado pela mãe, mas não qualquer mãe e nem em qualquer situação, mas sim apenas aquele praticado pela genitora em estado puerperal contra o próprio filho durante o parto ou logo após, ressaltando que o estado puerperal não tem o tempo de duração pré-fixado. Portanto usa-se a expressão “todo infanticídio é um homicídio, mas nem todo homicídio é um infanticídio”.

Se não se verificarmos que a mãe tirou a vida do filho nascente, durante o parto, ou do infante nascido sob influência do estado puerperal, ou seja, se houver a ausência do elemento temporal ou fisiopsicológico, a morte praticada se enquadrará na figura típica do homicídio,

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Iniciado o trabalho de parto, não há crime de aborto, mas sim homicídio ou infanticídio conforme o caso. Para configurar o crime de homicídio ou infanticídio, não é necessário que o nascituro tenha respirado, notadamente quando, iniciado o parto, existem outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, por exemplo, os batimentos cardíacos. (HC 228.998-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2012).

No infanticídio não há modalidade culposa, mas se a mãe culposamente matar o filho, durante ou logo após o parto, em qual figura típica será enquadrada?

Esse entendimento causa diversas divergências entre os mais respeitados doutrinadores.

Há duas posições na doutrina, sendo elas, a primeira é a posição adotada por Damásio E. de Jesus (2005, p.107). Segundo ele, a genitora não responderá nem por infanticídio nem por homicídio, o fato é penalmente atípico.

E por fim, a segunda, é a posição adotada por doutrinadores como Néelson Hungria, Julio Fabbrini Mirabete, e Magalhães Noronha citando-se o seguinte exemplo: “Uma mulher que está sentindo as fortes dores de parto, porém não convicta que seja o momento de dar à luz, (há casos registrados em ônibus e trens) vindo o neonato a fraturar o crânio e morrer, deverá ser imputada por crime culposo”. (NORONHA, 1991, p. 44).

Atualmente, a corrente majoritária entende que aquele que auxilia com participação ou coautoria na prática do delito infanticídio responde com a mãe por este crime com base no artigo 30, do Código Penal.

Já o STJ entende que pelo critério biológico a responsabilidade da mãe estará sempre diminuída no caso de prejuízo na saúde mental, contudo se em virtude do estado puerperal a mulher estiver em estado de transtorno psíquico grave sem discernimento completo não pratica o delito dolosamente e também não se enquadra no artigo 18, inciso II, do Código penal como crime culposo, não podendo portanto responder pelo crime de infanticídio, restando somente uma perícia médica para que possa ser declarada inimputável conforme artigo 26 do código penal brasileiro.

Por fim, a culpabilidade da mãe e a fixação de pena se basearão no seu estado psicológico e biológico no período da ação do delito, e se aprovará ou negarão o estado puerperal com laudo médico atestando a real condição do agente no momento da ação que resultou no crime de infanticídio, posto que para este tipo penal não se admite crime culposos.

Assim, concluímos que as principais diferenças entre os três crimes estão no momento da prática delituosa, sendo eles: no Infanticídio o feto é morto enquanto nasce ou logo após o nascimento. No Aborto, somente se tipificará se o feto morto antes de iniciado o trabalho do parto haja ou não a expulsão. E por fim, no Homicídio a morte do feto se dá após o parto.

6.3 Responsabilidade Penal

A Doutrina penal indica três critérios que fixam a responsabilidade penal, sendo eles: o Biológico, o Psicológico e o Biopsicológico.

De início, no critério Biológico, quando se tem presente uma das causas mentais como a doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa oriunda de caso fortuito ou força maior, exclui-se a imputabilidade penal, já em relação à menoridade considera-se apenas a idade do agente. De acordo com Fernando Capez (2009, p. 351), esse sistema foi adotado como exceção, no caso dos menores de 18 anos, nos quais o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade de entendimento e vontade (artigo 27, do Código Penal)

O critério Psicológico ocorre quando, o agente não teve completo discernimento para entender o caráter ilícito do fato à época deste ocorrido.

E por fim, no critério Biopsicológico, considera-se além da idade, a capacidade psíquica do autor do crime após avaliação psicológica. Segundo a decisão do STJ, na análise de inimputabilidade por doença mental, prevalece este último critério.

Ou seja, não basta que o réu morra somente de alguma enfermidade (critério biológico), é preciso ainda que exista prova de que o transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (critério psicológico) (HC 55.320 e HC 33.401).

Em resumo, o STJ afirma que, pelo critério Biológico, considera-se que a responsabilidade penal estará sempre diminuída caso o indivíduo tenha prejuízo na saúde mental, não importando o nexo causal. Já o critério Psicológico, por sua vez, não questiona se o paciente tem uma doença, apenas é necessário saber se, no momento do ilícito, o indivíduo se encontrava com a capacidade de entendimento e autodeterminação reduzida. E finalmente, o critério Biopsicológico é uma somatória dos dois critérios.

7 A CULPABILIDADE NO CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE DE CASOS

Diante de vários julgados, nota-se que na maioria deles, a recorrente matou seu próprio filho após o parto, sob a influência de estado puerperal, desclassificando assim a conduta de Homicídio, e tipificando em Infanticídio, pela simples comprovação da influência do estado puerperal na conduta da mãe.

Dessa forma, segue a importante consideração jurisprudencial:

Influência do Estado Puerperal – TJSP: “Se toda a ação da acusada se verifica durante o estado puerperal, agiu ela, em tais circunstâncias, em estado transitório de desmoralização psíquica. É do temor à vergonha da maternidade ilegítima, motivo que levou o legislador a admitir em casos tais um abrandamento da pena, no que teve em conta os princípios da criminologia moderna sobretudo os postulados dos iluministas. Por isso o infanticídio é um *delictum exceptum*, um delito privilegiado” (RT 442/409) (

Neste sentido, a definição do doutrinador Damásio Evangelista de Jesus (2001, p 107).

A mulher, em consequência das circunstâncias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico e etc., pode sofrer perturbação de sua saúde mental. O código fala em estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.

Sobre a questão entendemos pertinente trazer alguns julgados, mostrando como nossos Tribunais têm enfrentado a questão.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim se pronunciou no , conforme citação de Julio Fabbrini Mirabete (2001. p. 921):

Data de publicação: 15/07/2013

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE, POR UTILIZAÇÃO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E MAJORADO POR SER ESTA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS (ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, E § 4º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA QUANTO À EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS DE AUTORIA DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRETENDIDA, APENAS, A ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL DO DELITO CONSTANTE DA DECISÃO, PARA QUE PASSE A CONSTAR O CRIME DE INFANTICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE TER A ACUSADA PRATICADO A CONDUTA SOB O EFEITO DO ESTADO PUERPERAL. PRESENÇA DE ELEMENTOS

PROBATÓRIOS DISSONANTES A ESSE RESPEITO. VALORAÇÃO PROBATÓRIA A SER REALIZADA PELO CORPO DE JURADOS. MANTIDA A DEFINIÇÃO JURÍDICA APONTADA PELO MAGISTRADO A QUO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. MOTIVO TORPE E MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. PROVAS NOS AUTOS QUE INDICAM A POSSIBILIDADE DE SUA CONFIGURAÇÃO. EVENTUAIS DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS PELA CORTE POPULAR. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. MANUTENÇÃO DA PRONÚNCIA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Existentes nos autos elementos contraditórios a respeito de ter a acusada realizado a conduta típica sob o efeito do estado puerperal, e demandando estes, para a sua elucidação, aprofundado exame de mérito e juízo valorativo, deve a matéria ser submetida ao Conselho de Sentença, detentor da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. 2. Na fase da pronúncia, as qualificadoras "só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio in dubio pro societate.

De outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu da seguinte forma, no Recurso 1.0702.04.170251-6/001:

Data de publicação: 08/05/2009

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ERRO DE TIPO. CRIME IMPOSSÍVEL. CONTROVÉRSIA. HOMICÍDIO AFASTADO. INFANTICÍDIO. COMPROVADA INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL NA CONDUTA DA MÃE. DESCLASSIFICAÇÃO NECESSÁRIA. - Existindo fortes indícios de que a acusada agiu com 'animus necandi', não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo, razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. - Se a prova dos autos, inclusive a de natureza pericial, atesta que a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (artigo 123 do Código Penal) (MINAS GERAIS, 2009).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito RSE 20131310028556, assim decidiu:

Data de publicação: 06/10/2015

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. PRONÚNCIA. INFANTICÍDIO. ESTADO PUERPERAL. COMPROVAÇÃO PERICIAL. PROVA INEQUÍVOCA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O estado puerperal caracteriza-se pela alteração psíquica da mulher em decorrência do parto, diminuindo-lhe a capacidade de completo entendimento ou de determinação perante a realidade. 2. O Laudo Pericial, elaborado por psiquiatra forense do Instituto Médico Legal, afirma que as informações constantes nos autos são suficientes para se diagnosticar a presença do estado puerperal na hipótese, sobretudo em razão do contexto da ação, da dinâmica dos fatos e do quadro de estresse reativo, com sintomas depressivos graves, apresentado pela ré após o delito. 3. Ainda que seja possível ao juiz decidir

de forma diversa do que consta no laudo pericial, a discordância em relação à conclusão técnica deve estar embasada em razões firmes, o que não se afigura possível na hipótese em apreço, pois não há prova que possibilite conclusão diversa daquela externada pela psiquiatra forense. 4. Após a finalização da primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri, é lícito ao juiz desclassificar a imputação formulada na denúncia, inclusive para pronunciar o acusado por crime doloso contra a vida diverso do capitulado na inicial acusatória (artigo 418 do Código de Processo Penal). 5. Recurso desprovido.

Diante desses julgados, pode-se concluir que todos se pautam diante do delito de Infanticídio, com a comprovação pericial da influência do estado puerperal na conduta da mãe, assim, desclassificando qualquer forma possível de outro tipo de delito.

7.1 Quantum da Pena

Quanto à aplicação da pena, de acordo com o Código Penal, em seu artigo 33, § 2º, se o condenado não for reincidente, poderá desde o princípio cumprir a pena em regime semiaberto. Há de se observar também a Súmula 269, do Superior Tribunal de Justiça, onde admite-se a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Se analisarmos a fixação do quantum da pena base (CP, artigo 59, II), devemos dar um enfoque quanto às circunstâncias privilegiadoras de um determinado delito, que via de regra, equivalem às causas de diminuição da pena, que devem ser consideradas na terceira fase da dosimetria da pena, sem valoração como circunstância judicial favorável ao réu, ou como circunstância atenuante, em decorrência da vedação do *bis in idem*. Mas, além disso, o novo decréscimo na aplicação da pena pode reduzir a pena aquém do limite mínimo cominado, o que é defeso consoante a Súmula 231 do STJ. Devemos assim, ressaltar, que só excepcionalmente, como nos crimes de infanticídio (artigo 123 do CP) e abandono de recém-nascido (artigo 134, do CP), há alteração na cominação legal mínima e máxima da pena.

O infanticídio é apenado com detenção, de dois a seis anos, conforme tipificado em nosso ordenamento.

A ação penal é pública incondicionada, dessa forma, a autoridade tomando conhecimento do fato, deve proceder de ofício, instaurando inquérito

policial. O Promotor de Justiça, assim que receber o inquérito policial, deve iniciar a ação penal por intermédio de oferecimento da denúncia. O procedimento criminal, para ser instaurado, não se submete a qualquer condição de procedibilidade.

A Constituição federal estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, que “é reconhecida a instituição do júri”, com enfoque a alínea *d*, “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Portanto, o crime de infanticídio deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, por se tratar de crime doloso contra a vida, e expressamente estabelecido no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, a consumação ou a tentativa do crime.

Em vista disso, segue-se então o rito previsto nos artigos 406 a 497, Código de Processo Penal, portanto é adotado o procedimento especial.

8 CONCLUSÃO

O infanticídio é assim conceituado por ser um homicídio praticado pela genitora contra o próprio filho, influenciada pelo estado puerperal, durante ou logo após o parto. Esse estado puerperal é o qual a parturiente que sofre por um estado mental alterado, acaba não sendo capaz de responder pelos próprios atos, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo.

Porém, há casos em que essa perturbação ultrapassa o estado puerperal e atinge verdadeira psicose. Nesse caso, a mãe é considerada sem consciência do caráter ilícito do fato ou autodeterminação, estado também determinado por perícia médica, no entanto, nesse caso, ela tem sua culpabilidade excluída e por nada responde.

O infanticídio também está ligado ao aborto, visto que a maioria dos casos de infanticídio ocorre em mulheres que não desejam a gravidez, dessa forma, mantendo uma gravidez clandestina, dentre outros fatos.

No tocante ao elemento subjetivo da autoria, existem duas correntes doutrinárias: a psicológica e a fisiopsicológica. Nosso Código Penal Brasileiro acabou adotando o critério fisiopsicológico, levando em conta o desequilíbrio fisiopsíquico oriundo do processo do parto. Dessa forma, esse delito é classificado como um crime próprio, em que somente a mãe (parturiente), sob a influência do estado puerperal, pode ser sujeito ativo. Também a maioria da doutrina reconhece o possível concurso de agentes (coautoria e participação), o qual está fundamentado no artigo 30, do Código Penal.

No que tange a doença mental, a agente que a possui deve ser considerada inimputável, com base no artigo 26, parágrafo único do Código Penal.

No que tange ao terceiro envolvido, esse responderá pelo delito de infanticídio juntamente com a mãe genitora, havendo então a imputabilidade da mãe, o terceiro a meu ver não poderia ser considerado inocente, visto que, o mesmo não teve nenhuma influência dos elementos normativos pertencentes ao infanticídio e mesmo assim cometeu o delito. Sendo assim, o terceiro deverá responder pelo delito de homicídio doloso ou culposos.

A disposição do artigo 123, do Código Penal, beneficia a autora do delito por meio de redução da pena, se for comprovado que esta praticou o crime

estando sob influência do estado puerperal ou outra alteração mental a qual a parturiente seja considerada incapaz de responder pelos seus atos. Mas, como no caso de o estado puerperal ter uma duração menor, se torna difícil comprovar que o ato ocorreu durante esse período. Por isso, normalmente o indivíduo passa pela perícia médico-legal e avaliação psicológica para que se possa chegar a uma conclusão, sendo esta de grande importância.

Todavia, é necessário destacar que outros estudos e a própria ciência consideram a existência do estado puerperal, por isso nesses casos é preciso muito cuidado ao chegar a uma conclusão definitiva e aumentar mais ainda a culpa já existente pela genitora que tirou a vida do próprio filho.

O ordenamento jurídico-penal impõe o afastamento da culpabilidade do agente que, dada sua condição psíquica, não tem condições de no momento dos fatos, entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Verifica-se então, que em um primeiro momento, o tipo penal parece conflitar com o fenômeno da culpabilidade. Sendo assim, o reconhecimento da culpabilidade é de extrema importância, porque somente é possível a aplicação da pena em concreto se o agente for considerado culpável.

Podemos concluir que atualmente o Infanticídio não é só um problema social, observado em algumas culturas, mas também biológico, cometido até por vários animais, e talvez em consequência de desequilíbrio hormonal a genitora sinta instintivamente, que é necessário sacrificar a vida do filho para assegurar a sua sobrevivência.

Portanto cabe ao sistema judiciário brasileiro analisar a taxa de hormônios nos resultados de perícias médicas da parturiente, e também não deixar de analisar os fatores psicossociais; assim para que haja a determinação correta da capacidade de imputação da agente.

Por fim, nada mais justo e adequado do que a sociedade se inteirar a respeito do delito de infanticídio, com o objetivo de obter soluções para evita-lo, ou seja, criando assim medidas preventivas dando uma maior sustentação e apoio médico e psicológico às gestantes que irão passar por esse momento único em suas vidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Michele Oliveira de. **Da imputabilidade do psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **Habeas Corpus Impetrado em Substituição ao Recurso Previsto no Ordenamento Jurídico. 1. Não Cabimento. Modificação de Entendimento Jurisprudencial. Restrição do Remédio Constitucional. Medida Imprescindível À sua Otimização. Efetiva Proteção ao Direito De Ir, Vir e Ficar. 2. Alteração Jurisprudencial Posterior à Impetração do Presente Writ. Exame que Visa Privilegiar a Ampla Defesa e o Devido Processo Legal. 3. Homicídio Culposo por Inobservância de Regra Técnica. 4. Iniciado o Trabalho de Parto não há Falar Mais em Aborto. 5. Trancamento da Ação Penal. Medida Excepcional. 6. Ordem não Conhecida**. Habeas Corpus nº 228.998 – MG. Impetrante: José Anchieta da Silva e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, data do julgamento: 23/10/2012, data da publicação DJe: 30/10/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1189141&num_registro=201103075485&data=20121030&formato=PDF>. Acesso em 23 maio 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_____. **Direito penal simplificado: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Marcela Almeida Nogueira. **A influência do estado puerperal na parturiente**. Jurisway, [s. l.], 15 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=295>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts 123 ao 361)**. 9. ed., rev., ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. **Recurso em Sentido Estrito. Homicídio Qualificado. Desclassificação. Pronúncia. Infanticídio. Estado Puerperal. Comprovação Pericial. Prova Inequívoca. Recurso Desprovido**. Recurso em Sentido Estrito. Relator: Silvano Barbosa dos Santos. Brasília, DF, data do julgamento: 01/10/2015, data da publicação DJe: 06/10/2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/240316714/recurso-em-sentido-estrito-rse-20131310028556>>. Acesso em: 15 maio 2017.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**, 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a pessoa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 8.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 6 ed., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. v. 2.

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina legal – texto e atlas**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Comentários ao código penal**., 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1978. v. 1.

_____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 6.

_____. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal: parte especial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru: Epidro, 2001.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial: art. 121 a 212**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 2.

MASSON Lais; SEHNEM Scheila Beatriz. O infanticídio decorrente da psicose pós-parto. **Psicologado Artigos**, maio de 2014. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/o-infanticidio-decorrente-da-psicose-pos-parto>>. Acesso em: 20 fev. 2017

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara Criminal. **Recurso em Sentido Estrito. Sentença de Pronúncia. Homicídio Qualificado. Erro de Tipo. Crime Impossível. Controvérsia. Homicídio Afastado. Infanticídio. Comprovada Influência do Estado Puerperal na Conduta da Mãe.** Desclassificação Necessária. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0702.04.170251-6/001, Relator(a): Des. Renato Martins Jacob. Belo Horizonte, MG, data do julgamento: 16/04/2009, data da publicação DJe: 08/05/2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.04.170251-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 25 maio 2017.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.

_____. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo, RT, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto: crimes contra a vida**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, 2001. v. 2.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004.