

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O INFANTICÍDIO E SEUS ASPECTOS DIVERGENTES

Cristiane Forin Pasquini

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O INFANTICÍDIO E SEUS ASPECTOS DIVERGENTES

Cristiane Forin Pasquini

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

Presidente Prudente/SP
Novembro/2002

O INFANTICÍDIO E SEUS ASPECTOS DIVERGENTES

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

José Hamilton do Amaral
Orientador

Gilmara Pesquero Mohr Funes
Examinadora

Plauto Bernardes Barreto
Examinador

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2002.

Descobri como é bom chegar quando se tem paciência. E para se chegar, onde quer que seja, aprendi que não é preciso dominar a força, mas a razão. É preciso, antes de mais nada, querer.

Amyr Klink.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar à Deus, que sempre esteve presente em todos momentos de minha vida, e nesses cinco anos de estudo me deu sabedoria, discernimento, força e coragem para enfrentar as dificuldades e realizar meus ideais.

Aos meus pais, que muitas vezes tiveram que renunciar seus próprios sonhos, para que eu pudesse realizar os meus. É graças a eles que hoje estou cumprindo mais uma etapa de minha vida.

Ao meu namorado, por me fazer acreditar que era capaz de alcançar meus objetivos, por sua compreensão e paciência.

As minhas queridas irmãs, que sempre torceram para a realização de meus sonhos, me motivando com suas palavras de experiência.

Ao Dr. José Hamilton do Amaral, meu orientador, por estar sempre à disposição para o esclarecimento das dúvidas e pelo companheirismo ao longo deste ano.

E a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, me ajudaram a efetuar a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Com o presente trabalho, a monografista procurou desenvolver uma análise crítica ao crime de infanticídio, previsto no art. 123, do Código Penal, descrevendo todas as divergências e dificuldades de interpretação do tema.

A autora teve como objeto apresentar o problema do infanticídio no atual Código, pesquisando os elementos que geram maior discussão e controvérsia entre doutrinadores e aplicadores do direito e analisá-lo no Anteprojeto do Código Penal.

Descreveu primeiramente, sua evolução histórica, buscando compreender os diferentes motivos que tiveram os legisladores para que fosse mudando o tratamento jurídico do delito, passando depois a analisar os critérios tipificadores, os elementos do tipo, a problemática da co-autoria, a importância da perícia, a ocorrência de distúrbios psiquiátricos puerperais, o tratamento jurídico do crime no direito comparado, e um breve relato do crime no Anteprojeto do Código Penal.

O trabalho mostrou que por mais divergente que seja e mesmo afirmando alguns doutrinadores renomados que a “influência do estado puerperal”, não passa de uma ficção jurídica, ela realmente existe; pois buscando demonstrar sua existência ou não, a autora fez uma pesquisa na área médica, e constatou a existência dos distúrbios psiquiátricos puerperais que podem acometer a mulher no período pós-natal.

Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a aplicabilidade do art. 30 do Código Penal, comunicando-se a terceiro o art. 123, no entanto agiu o legislador de forma injusta, pois mesmo a parturiente para ser beneficiada pelo privilégio do citado artigo, tem que ficar demonstrado pela perícia médica que no momento do crime ela estava sobre a influência do estado puerperal, o que não justifica que terceiro responda por infanticídio já que é causa de caráter personalíssimo da gestante. Uma eventual eliminação da figura autônoma do infanticídio, transformando-o em tipo privilegiado do homicídio acabaria com o problema da co-autoria.

O Anteprojeto do Código Penal, não trouxe soluções para a complexidade do delito em relação ao lapso temporal “logo após o parto”, nem em relação ao critério fisiopsicológico “influência do estado puerperal”. A mudança principal que ocorreu foi a inclusão da “honoris causa” e em relação a co-autoria. Diante de uma sociedade moderna, onde a mulher foi liberada de antigos preconceitos, não parece acertada a inclusão da honoris causa.

A autora não buscou achar uma resposta para a problema, mas sim fazer uma análise do âmbito da complexidade que envolve o crime.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio; estado puerperal; honoris causa; distúrbios psiquiátricos puerperais.

ABSTRACT

With the present work, the monographer has tried to develop a critic analysis to the infanticide crime, foreseen in the art. 123, from the Penal Code, describing all the divergences and difficulties of the interpretation theme.

The author had as object to present the problem of the infanticide in the current Code, researching the elements that cause larger discussion and controversy between doctrinaires and appliers of the right and to analyze it in Ante project of the Penal Code.

Describing firstly, its historical evolution, looking forward to understand the different reasons that the legislators had so that it has changed the juridical treatment of the wrong (crime), afterwards analyzing the typifying approaches, the elements of the type, the problem of the co-responsibility, the importance of the know-how, the occurrence of after-birth psychiatric disorders, the legal treatment of the crime in the compared law, and a brief report of the crime in Ante project of the Penal Code.

The research has shown that for more divergent it is and even affirming some renowned doctrinaires that the " the puerperal state influence ", is only a juridical fiction, it really exists; because looking forward to demonstrate its existence or not, the author has made a research in the medical area, and verified the existence of the psychiatric disorders that can attack the woman in the after-delivery period.

It prevails in the Brazilian juridical ordainment the applicability of the art. 30 of the Penal Code, communicating the third art. 123, however the legislator acted in an unfair way, because even the parturient to be benefited by the privilege of the mentioned article, has to demonstrated by the medical know-how that in the moment of the crime she was on the influence of the puerperal state, what doesn't justify that the third answer for infanticide since it is cause of personal characteristic of the pregnant woman. An eventual elimination of the autonomous illustration of the infanticide, transforming it in privileged type of the homicide would put an end to the problem of the co-responsibility.

Ante project of the Penal Code, has not brought solutions for the complexity of the crime in relation to the temporary lapse "soon after the childbirth ", nor in relation to the approach physics- psychological " influence of the puerperal state ". The main change that has happened was the inclusion of to " *honoris causa*" and in relation to co-responsibility. In a modern society, where woman has been liberated from old prejudices, It does not seem right the inclusion of the *honoris causa*.

The author has not looked forward to find a solution for the problem, but do an analysis of the ambit of the complexity that involves the crime.

KEY - WORDS: infanticide; puerperal state; *honoris causa*; puerperal psychiatric disorders.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DO INFANTICÍDIO	11
2.1 Conceito	11
2.2 Histórico.....	12
2.3 Evolução Histórica no Direito Penal Brasileiro.....	15
2.4 Objetividade Jurídica	20
2.5 Sujeitos do Delito.....	22
2.5.1 Sujeito Ativo	22
2.5.2 Sujeito Passivo.....	23
2.6 Critérios Tipificadores do Infanticídio.....	25
2.6.1 Motivo de honra.....	25
2.6.2 Influência do Estado Puerperal	32
2.7 Elementos do Tipo.....	37
2.7.1 Elemento Temporal	37
2.7.2 Elemento Subjetivo	38
2.8 Qualificação Doutrinária	41
2.9 Consumação e Tentativa.....	42
2.10 Pena e Ação Penal.....	44
3 DO CONCURSO DE AGENTES	45
3.1 Definição.....	45
3.2 Formas de Concurso de Agentes	45
3.2.1 Co-autoria.....	45
3.2.2 Participação.....	46
3.3 Natureza Jurídica	46
3.4 Liame Subjetivo	47
3.5 Punibilidade	48
3.6 Comunicabilidade de Condições, Elementares e Circunstâncias.....	49
3.7 Concurso de Agentes no Infanticídio	50
4 PERÍCIA NO CRIME DE INFANTICÍDIO (CRUCIS PERITORUM).....	56
4.1 Natimorto.....	56
4.2 Feto Nascente	56
4.3 Infante Nascido	57
4.4 Recém-Nascido	58
4.5 Prova de vida extra uterina autônoma.....	59
4.6 Causa Jurídica da Morte	66
4.7 Estado Somatopsíquico da Parturiente	67
4.8 Exame de Parto Progresso	68
5 DISTÚRBIOS PSIQUIÁTRICOS PUERPORAIS	69
5.1 Blues Puerperal ou Síndrome da Tristeza Pós-Parto	70
5.2 Depressão Puerperal ou Depressão Neurótica Pós-Parto	71

5.3 Psicoses Puerperais ou Distúrbios Afetivos Psicóticos-Puerperais.....	73
6 INFANTICÍDIO NO DIREITO COMPARADO	75
6.1 Análise dos Dispositivos Legais	75
6.1.1 Infanticídio como Homicídio Simples.....	75
6.1.2 Infanticídio como Homicídio Privilegiado	75
6.1.3 Infanticídio como Crime Autônomo	76
6.1.4 Adoção do Critério Fisiopsicológico	77
6.1.5 Adoção do Critério Psicológico.....	79
7 INFANTICÍDIO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL.....	83
8 CONCLUSÃO.....	86
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

ANEXO - Entrevista realizada com o médico psiquiatra Dr. Plauto Bernardes Barreto - CRM 35.053

1. *O que entende por estado puerperal?*

Estado que decorre à partir do término da gravidez.

2. *Existe este estado puerperal ou apenas seria uma ficção jurídica que o legislador inventou para atenuar a pena da mulher que mata seu filho?*

Existe, não é uma ficção, é uma realidade. É um estado que se apresenta em muitos casos. Existe uma polêmica de que isso seria uma complicação de um problema já existente, mas de qualquer forma ele segue a uma gravidez, então ele é um período puerperal claro.

3. *Existe mesmo a possibilidade de ocorrer distúrbios no período pós-parto?*

Sim evidente.

4. *Pode ocorrer a perda da consciência da parturiente devido algum distúrbio?*

Eventualmente sim. Pode haver um dismetabolismo e mesmo pelas alterações psíquicas uma ausência da consciência da realidade.

5. *Estes distúrbios psiquiátricos puerperais acometem apenas mulheres com antecedentes psiquiátricos ou não?*

Mais freqüentemente sim, não sempre.

6. *Aspectos psicológicos, como gravidez indesejada, complicações obstétricas, ausência de aleitamento, desemprego, conflitos conjugais, baixo nível sócioeconômico etc.; podem ser considerados como fatores de risco para o desenvolvimento dos distúrbios mentais?*

Tudo interfere. Essas complicações obstétricas pode interferir; a ausência de aleitamento pode dar culpa e ser fator agravante; o desemprego como um fator já adicional de preocupações, interferindo como vários outros elementos; os conflitos conjugais são bastante

importante para a complicação da situação; o baixo nível sócioeconômico contribui porque não tem os recursos de tratamento, os recursos necessários para contornar situações. Então todos esses são fatores de risco.

7. *Quais os sintomas que apresenta uma mulher sob a influência do estado puerperal? A influência do estado puerperal é capaz de levar a mãe matar seu próprio filho?*

São sintomas que podem ser desde uma depressão intensa até sintomas psicóticos de dissociação com a realidade. Sintomas de ordem psicóticos, alteração de pensamento, da senso percepção, a pessoa começa não falar com ligação de interidéias, então um falar desconexo, sintomas alucinatórios, ter delírios, alterações várias das funções psíquicas. Sim a influência do estado puerperal é capaz de levar a mãe matar seu próprio filho.

8. *A doutrina divide os distúrbios psiquiátricos puerperais em Blues Puerperal, Depressão Puerperal e Psicoses Puerperais. Esta correto está divisão? Qual a diferença principal entre elas? Qual delas englobaria a influência do estado puerperal ou esta não faz parte desses distúrbios?*

Sim esta correta esta divisão, seria uma das divisões encontradas na literatura.

As psicoses puerperais, como a depressão puerperal como o blues puerperal, todos eles são distúrbios psiquiátricos pós-parto. São distúrbios que se iniciam devido a conseqüências do parto.

O Blues Puerperal são alterações azuis menos graves, são alterações pequenas que passam daí poucos dias, mesmo sem tratamento

A Depressão Puerperal esta sim pode apresentar também com delírios e alucinações, porque já são depressões com distúrbios psicóticos que já entra na classificação seguinte de psicoses puerperais. Então são casos mais graves que existem então delírios. Esses delírios que podem elevar o risco da criança, porque a mãe que não teve uma gravidez boa, que não desejava a criança pode então apresentar uma idéia de exterminar a criança e isso é um risco maior.

As Psicoses então é desconexa com a realidade, a pessoa fica sem nenhuma crítica, sem nenhum julgamento, tem a realidade alterada, modificada pelos sintomas psicopatológicos.

Esta divisão pode ser aceita. A diferença principal é que uma depressão é um quadro de tristeza, melancolia, desinteresse de tudo, ausência de perspectiva, falta de energia, alterações de choro, isolamento pessoal. Enfim a depressão pode ter sintomas psicóticos alucinatórios, delirantes, agitações ou pode ter um quadro muito menos intenso, muito mais leve que é o Blues Puerperal, que são alterações passageiras sem maiores preocupações. Elas são todas de influência do estado puerperal.

9. Qual a causa biológica desses distúrbios?

Existe alterações biológicas e alterações psicológicas. Os fatores biológicos identificados são hormonais endócrinos.

10. Há diferença entre distúrbios psiquiátricos puerperais e os distúrbios mentais em qualquer fase da vida? Suas causas são diferentes?

Um decorre à partir do parto, os outros em qualquer época, independe da gravidez. A diferença é que nos distúrbios puerperais existe uma correlação temporal com a gravidez e o parto, já os outros distúrbios tem outras teorias etiológicas, mas de qualquer forma as causas não precisam ser diferentes, mas acontecem em períodos distintos. É desconhecida estas causas reais, existem hipóteses, mas pelo menos existe um estado de gestação e parto que isto é diferente. Então esta causa ocorre alterações metabólicas, alterações hormonais, alterações de várias ordens na gestante.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal visa garantir o convívio mais harmônico na sociedade, pela sanção de condutas juridicamente reprováveis, sempre mantendo-se consoante com a realidade da vida, suas manifestações e suas exigências sociais, sob pena de tornar-se inócuo.

A grande divergência de interpretação doutrinária e jurisprudencial em relação ao crime de infanticídio, consagrado no art. 123 do Código Penal, fez com que a autora pesquisasse de maneira minuciosa o tema proposto, tendo como meta entender seu tratamento na atual legislação e no Anteprojeto do Código Penal.

O presente trabalho foi desdobrado em seis tópicos, para melhor compreensão e absorção da presente proposta. O primeiro abordou o conceito, o histórico, a evolução na legislação brasileira, a objetividade jurídica, os sujeitos do delito, os elementos, a qualificação doutrinária, a consumação e tentativa, a pena e a ação penal. No segundo foi tratado do concurso de agentes. O terceiro analisou a perícia no crime de infanticídio. No quarto tópico foi abordado os distúrbios psiquiátricos puerperais. O quinto traz o delito de infanticídio no direito comparado. E por fim o sexto tópico aborda a questão do infanticídio no Anteprojeto do Código Penal.

Teve por objeto uma abordagem ampla do tema em vários aspectos, bem como em diversos momentos históricos, procurando descobrir as razões que levaram os legisladores a mudarem o tratamento do delito. Desta forma, buscou-se também analisar se o tratamento dado hoje ao delito atende à realidade social.

A autora não buscou solucionar o problema do infanticídio na atual legislação, mas sim levantar uma reflexão sobre o tema, analisando seus principais pontos de divergências, tais como a comprovação da existência do “estado puerperal”, o problema da co-autoria, a indeterminação do lapso temporal

“durante o parto ou logo após” e a inclusão do critério psicológico “*honoris causa*” no Anteprojeto do Código Penal.

No que concerne ao Anteprojeto do Código Penal, buscou a autora fazer uma análise sobre a compatibilidade da inclusão do critério psicológico “*honoris causa*” com a realidade vivida na sociedade moderna.

Analisados em tópico próprio os Distúrbios Psiquiátricos Puerperais, teve como objetivo dirimir as dúvidas a respeito da existência do chamado “estado puerperal” e avaliar as verdadeiras causas que podem levar a parturiente a matar seu próprio filho.

Como método de pesquisa foi utilizado o método dedutivo e pesquisa de campo. Durante a elaboração do presente trabalho foram pesquisadas várias doutrinas, artigos de revistas, jurisprudências, sendo ainda realizada uma entrevista para facilitar o entendimento do tema proposto.

2 DO INFANTICÍDIO

2.1 Conceito

A palavra infanticídio vem do latim e tem como significado a morte daquele que está nascendo. O crime de infanticídio está previsto no art. 123 do Código Penal, onde a mãe mata, sob “a influência do estado puerperal”, o próprio filho, durante o parto ou logo após, cominando em seu preceito secundário pena de detenção de dois a seis anos.

De acordo com a Exposição de motivos do Código Penal:

“o infanticídio é considerado um *delectum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. No entanto, esta cláusula, como é evidente não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica, é necessário que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de maneira a diminuir a capacidade de entendimento ou de autodeterminação da parturiente.”

Segundo a nossa legislação, para que caracterize o infanticídio (crime exceção), são necessários, a princípio, três elementos:

- 1- que se trate de feto nascente ou de infante recém-nascido.
- 2- Que tenha havido vida extra-uterino; e
- 3- Que a morte seja intencional.

Além disso, como um quarto elemento, é necessário que fique constatado ter sobrevindo realmente como perturbação psíquica, que é o verdadeiro sentido que contém a expressão: sob a “influência do estado puerperal”.

O Código delimitou o período do puerpério, sendo assim necessária para a consumação do crime de infanticídio, que a morte ocorra durante o parto ou logo após.

2.2 Histórico

O infanticídio no direito penal antigo, desconhecia a proteção que a lei e a moral devem hoje ao recém-nascido.

No direito Romano, a morte dada ao filho pela mãe era equiparada ao parricídio. Contudo, se o pai fosse o responsável pela morte do filho, não incorreria em qualquer delito, pois possuía plenos poderes em relação a seus filhos, direitos irrestritos até mesmo no tocante ao *jus primus inter pares* – a vida. Em certas ocasiões, dada a escassez de alimentos, era comum soldados ou agentes da autoridade matarem os recém-nascidos, principalmente do sexo feminino, por ordem do rei.

Existe até hoje esta bárbara tradição entre os índios Bororós. Acredita-se que, nas vésperas de nascer uma criança, se a mãe tem sonho mau, deve este ser considerado de ruim presságio para a tribo, e o mais prudente é sacrificar desde logo o recém-nascido. Muitas mães receando o agouro e suas conseqüências, preferem, às vezes, passar acordadas as quatro ou cinco noites que precedem o parto.

Entre os gregos era permitido o sacrifício de crianças de qualquer tempo portadoras de deformidades, mostrando-se impiedosos com as menores imperfeições, uma vez que as exigências estéticas desse povo sobrepunham-se ao próprio direito à vida.

Com a influência do Cristianismo, o fato passou a constituir crime gravíssimo. Sob o prisma religioso, os juristas começaram a considerar, que ninguém tinha o direito de dispor sobre a vida e a morte e, em se tratando de uma criança, sem capacidade para qualquer defesa, o crime se revestia de aspectos muitos mais repulsivos e condenáveis, merecendo portanto, violenta condenação. O infanticídio começou então, a ser castigado com pena de morte.

A *Lex Pompea de Parricidius* e a *Cornélia De Sicarius*, puniam com morte a mãe que matasse o próprio filho, restringindo a figura do sujeito ativo do crime. O pai porém tinha o direito de matar. Entretanto com a legislação de Justiniano desapareceu o direito de vida e de morte do *pater familias*, passando a ser punido com pena capital o infanticídio praticado por ele.

Em Roma, os institutos de Justiniano incriminavam o infanticídio com pena de morte, executando de maneira cruel e extravagante, colocando o condenado num saco para ser cozido junto com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca e depois lançado ao mar ou rio.

No Direito Germânico, considerava infanticídio tão somente a morte dada ao filho pela mãe.

Na Idade Média não se fazia diferença entre homicídio e infanticídio, aplicando-se severas sanções aos infanticidas. A gravidade do crime provinha do fato de ser o infanticídio violação da própria lei da natureza e do especial dever de proteção em relação aos filhos, bem como pelas condições especiais em que se encontrava a pequena vítima.

A Constituição Criminal Carolina, (Ordenação de Carlos V), punia a mãe criminosa com o enterramento em vida, além de sofrer perfuração de suas entranhas por pau ou ferro.

O Art. 131 da Constituição Carolina assim dispunha:

As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os seus filhos, que delas recebe, vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, segundo o costume. Para que se evite desespero, sejam essas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento, para isso houver comodidade de água. Onde, porém, tais crimes sejam freqüentes permitidos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume do empalamento e enterrar, ou que antes da submersão, a mãe Feitosa seja dilacerada por tenazes ardentes.

O rigor das penas durou séculos, até que o iluminismo e a doutrina do direito natural desse novo rumo ao tratamento penal do infanticídio.

Com o movimento humanista do século XVIII, iniciou-se o período de abrandamento da pena de infanticídio. Este movimento foi no sentido de combater a displicência com que o legislador impunha terríveis penas no tratamento do infanticídio propugnado pela sua consideração de *homicidium privilegium* quando cometido por sua mãe ou parentes. Foram pioneiros desse critério legislativo Beccaria e Feuerbach.

Importa aludir a lição de Beccaria ao destacar que:

O infanticídio é ainda, o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra uma desgraçada, que apenas cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. Por uma parte a infâmia, da outra a morte de um ente incapaz de avaliar a perda da existência. Como não preferiria essa última alternativa, que a subtrair à vergonha, à miséria, juntamente com o infeliz filhinho?¹

Beccaria demonstrou que não era apenas a perversidade o objeto do delito, mas que em outros casos haveria um motivo de honra, em que a mãe agiu daquela forma. Dessa forma, eram necessárias medidas que prevenissem estes estados e não de penas cruéis.

Diante do apelo de Beccaria as legislações que se seguiram até os dias atuais, atenuaram de modo considerável as penas do infanticídio *honoris causa*. Esse critério legislativo primeiramente foi inaugurado pelo Código Austríaco e, em seguida, na legislação de toda a Europa, com exceção da França e da Inglaterra, que sustentaram a pena de morte, como punição extrema dessas infrações penais.

Mais tarde, porém, a França adotou medida mais benéfica na punição do infanticídio, concedendo o privilégio *honoris causa*. Tal ocorreu através da Lei de Vicky, de setembro de 1941, que atenuou de modo geral a pena de infanticídio.

Da mesma forma, embora um pouco mais tarde, a Inglaterra também viria a atenuar a sanção contra o infanticídio, não precisamente por considerá-lo um

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p.83.

delito privilegiado, reconhecendo a *honoris causa*, mas sim por ter abolido a pena de morte de todos os delitos praticados naquele país.

2.3 Evolução Histórica no Direito Penal Brasileiro

Na época que antecedeu à chegada dos portugueses em São Paulo os silvícolas que aqui viviam em diferentes graus de cultura pré-histórica, solucionavam problemas penais através das regras naturais do direito costumeiro. O direito penal indígena não constituía qualquer forma de direito penal escrito e, quanto ao infanticídio, o próprio costume aceitava a sua prática com total indiferença.

Durante o período do Brasil - Colônia o direito penal que vigorou no Brasil, desde o descobrimento até a Independência tinha por forte o livro de V das Ordenações do Reino que, em momento algum, mencionou especificamente ao infanticídio.

No entanto, no título: Do Homicídio Qualificado, encontra-se a seguinte disposição legal:

§ 31 - a mãe que esquecendo-se de o ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com o fim de encobrir o seu delito, e de salvar a sua fama e reputação será para sempre presa e recusa na casa de correção .

Com o advento da Independência em 1822, criou-se por força constitucional, o Código Criminal do Império sancionado em 16 de setembro de 1830. O aludido Código Criminal, passou a considerar o infanticídio como figura excepcional, apenando-o com a pena mais branda.

Este ordenamento jurídico criou duas figuras de infanticídio: um praticado por estranhos ou parentes da vítima, independentemente da qualidade de motivos, e outro, praticado pela mãe por motivo de honra.

O artigo 197, definia o crime praticado por terceiros:

Matar alguém recém-nascido. Penas - de prisão por três a doze anos , e de multa correspondente à metade do tempo.

O Código Criminal de 1830, em seu art. 198, dispunha:

Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra. Pena-prisão com trabalho por 1 a 3 anos.

Em ambos os casos, o legislador utilizou somente a expressão “recém-nascido”, deixando sem amparo legal o nascente (aquele que está nascendo).

O Código Criminal do Império considerava o infanticídio passível de pena menor do que o homicídio verificando-se um flagrante contra-senso, considerando a possibilidade de ser sujeito ativo do delito o agente, sem qualquer parentesco com a vítima, e sem motivo de honra, impondo pena de três a doze anos, enquanto o homicídio simples possuía sanção mais severa, atingindo até a pena capital.

Com a proclamação da República, foi editado às pressas o Código Penal Republicano, em 11 de outubro de 1890, passando a tratar o infanticídio como figura delituosa *sui generis*, sem limitar, porém, o privilégio à hipótese da honra.

Assim dispunha o artigo 298, caput:

Matar recém-nascido, isto é, nos sete primeiros dias de seu nascimento quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando a vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte: A Pena era de 6 a 24 anos.

O legislador do Código Criminal de 1890 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou irrestrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio. Além disso, ocorreu outro contra-senso pois aplicava-se a mesma pena do homicídio simples à quem cometesse o infanticídio, mesmo sem motivo de honra, isto é, vinte e quatro anos de prisão celular, sem alertar para as agravantes do primeiro.

No caso de motivo de honra, onde só a mãe podia invocá-lo, a pena era mais branda:

§ único : Se o crime foi perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria – pena de prisão celular por 3 a 9 anos.

O Código de 1890, influenciados pelas legislações da época como a Chilena e a Peruana, inseriu no ordenamento jurídico uma inovação na previsão legal do infanticídio, incluindo, um elemento temporal no tipo. Esse elemento referia-se ao período de tempo à qual a conduta podia ser considerada infanticida.

Quem matava até o sétimo dia após o nascimento era punido com a pena mais branda, se porém, matasse após o oitavo dia, a pena era a mesma do homicídio.

Os Códigos de 1830 e 1890 equiparavam indevidamente o infanticídio ao homicídio simples, de forma que não se aplicavam as qualificadoras do crime de morte praticado contra adulto para aquele que matasse o recém-nascido.

Toda essa equiparação errônea, fazia o infanticídio um delito privilegiado, até mesmo quando não cometido pela mãe, a fim de ocultar desonra própria.

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, reuni-las na Consolidação das Leis Penais, decretada em 14 de dezembro de 1932.

A Consolidação das Leis Penais não trouxe mudanças ao crime infanticídio previsto no art 298.

Passaremos agora a abordagem de alguns aspectos dos projetos do Código Penal, não só por questão cronológica, como também por terem sido fonte do nosso ordenamento jurídico atual.

O Projeto Galdino Siqueira não considerava o infanticídio crime autônomo, mas homicídio atenuado:

Se o crime tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, crianças no momento de seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena de detenção de 2 a 8 anos.

O Projeto Sá Pereira, certamente elaborado sob a influência do Código Suíço de 1916, (Art107): Aquele que, durante o parto, ou ainda sob a “influência do estado puerperal”, matar o filho recém-nascido, será punido com prisão até três anos, ou com detenção por seis meses no mínimo”. (art 168).

O Projeto Alcântara Machado retornava ao critério tradicional da *honoris causa*, estendendo o privilégio a outras pessoas, além da mãe:

Art. 191 - Matar infante, durante o parto ou depois deste, para ocultar desonra própria ou de a de ascendente, descendente, irmã ou mulher: pena-detenção ou reclusão por 2 a 6 meses.

O Código Penal de 1940, adotou apenas o critério de natureza fisiopsicológica “influência do estado puerperal”, desprezando assim as razões que fundamentavam a atenuação da pena para o infanticídio, isto é, o critério psicológico, afastando-se dessa forma, o privilégio *honoris causa*.

O atual Código Penal (Decreto – Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940), entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, após a vocatio legis de mais de um ano, a fim de que todos pudessem melhor conhecer seus avanços.

Para definir o infanticídio no Código Penal vigente, não basta considerar apenas a vítima (o próprio filho recém-nascido ou nascente) é também necessário levar-se em consideração a figura do autor, que é exclusivamente a mãe.

Art. 123 - Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após - pena detenção de 2 a 6 anos.

Percebe-se, que o infanticídio em face da legislação penal vigente, não constitui mais forma típica privilegiada de homicídio, mas delito autônomo com denominação jurídica própria.

No entanto, do ponto de vista doutrinário, o infanticídio não deixou de ser uma forma de homicídio privilegiado.

Para Mirabete: “O infanticídio seria, na realidade um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o filho em condições especiais”.²

O Anteprojeto de Nelson Hungria, de 1963, em sua redação original, adotava alternativamente o critério do *honoris causa* e o critério da “influência do estado puerperal”. Assim descrevia o delito:

Art. 119 - Matar para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica, provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto: pena-detenção de 2 a 6 anos.

O Código de 1969, embora não chegou a vigor, retorna ao critério psicológico, deixando em segundo plano o critério fisiológico, adotado pelo Código Penal vigente. Assim dispunha em seu art. 122:

Matar a mãe o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto: pena-detenção de 2 a 6 anos.

O Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial, elaborada pela Comissão designada pela Portaria nº 518, de 06 de setembro de 1983, foi publicado primeiramente pela portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, e posteriormente pela portaria de nº 790, de 27 de outubro de 1987.

A Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984 do Ministério da Justiça, modificou o delito de infanticídio incluindo a *honoris causa*, além do “estado puerperal”.

Art. 123 - Matar o próprio filho durante ou logo após o parto, sob a influência deste e para ocultar desonra própria: pena-reclusão, de 2 a 6 anos. § único- Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e parágrafos.

A Portaria nº 790, de 27 de outubro de 1987, revelou outro texto:

Art. 123 – Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência perturbadora deste ou para ocultar desonra própria: Pena-reclusão de 2 a 6 anos. § único – Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e parágrafos.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 2, p. 88.

A Comissão inseriu no conceito normativo a *honoris causa*, assim a morte do neonato ocorrerá durante o parto ou logo após, sob a “influência do estado puerperal” e ou motivo da preservação da honra.

2.4 Objetividade Jurídica

O direito primordial do ser humano é o direito à vida. A Constituição Federal assegura, no caput do art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida, no inciso XXXVIII do mesmo artigo atribui ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ainda assegura licença gestante, com duração de cento e vinte um dia, no art.6º, XVIII; a proteção à maternidade, especialmente à gestante (arts. 201, II, e 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro.

No Direito Internacional o direito à vida é expressamente previsto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, ratificada no Brasil em 25 de setembro de 1992.

Art. 4º - Direito à vida: toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, considera em seu preâmbulo:

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento.

A objetividade jurídica do crime de infanticídio é a preservação da vida humana. O Código Penal, ao definir os crimes contra a vida, fez de forma a proteger e tutelar a vida do ser humano, como direito personalíssimo e individual. Com efeito, a lei protege a vida como bem jurídico supremo de fundamental valor ao homem. “[...] Nos termos do art. 123 do Código Penal, o fato é cometido pela

mãe durante o parto ou logo após. Diante disso, o direito à vida que se protege é tanto o do neonato como ao do nascente”³

Essa tutela, porém, se faz não somente no interesse do indivíduo, mas no interesse do próprio Estado, visando garantir a harmonia, o equilíbrio comunitário, bem como a paz e a ordem pública na vida em sociedade.

“[...] O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito a existência de todos os demais direitos.”⁴

O Código Civil reconhece os direitos do nascituro desde a sua concepção, dispondo:

Art. 4º - A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ainda que nossa legislação estabeleça a personalidade civil ao homem após seu nascimento com vida, os direitos do nascituro estão protegidos desde sua fecundação.

³ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p.106.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 61.

2.5 Sujeitos do Delito

2.5.1 Sujeito Ativo

O sujeito ativo é quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora.

Ao contrário dos crimes comuns, o infanticídio pertence à classe dos crimes próprios. Esta espécie de crime só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal.

Desta forma, o delito de infanticídio é de autoria limitada, restringindo a capacidade delitiva à parturiente, sob a influência psíquica do estado fisiopsicológico decorrente do puerpério.

Portanto, somente a parturiente pode ser sujeito ativo do crime de infanticídio. Como se adotou o critério fisiopsicológico, o sujeito ativo é a mãe que mata o próprio filho em “estado puerperal”, é o que prevê o disposto no art. 123, “caput”, ao referir-se ao próprio filho, e ao “estado puerperal” (capacidade especial).

Com efeito, qualquer pessoa que pratique a conduta incriminadora, que não seja a genitora, ou mesmo ela sem contudo sofrer “a influência do estado puerperal” cometerá homicídio.

As legislações, devido o caráter excepcional do infanticídio, adotam diversos critérios para determinar quais pessoas podem ser consideradas sujeitos ativos do crime de infanticídio.

Têm-se assim, um primeiro grupo que é constituído pelas legislações onde apenas a mãe pode ser sujeito ativo, não admitindo a conduta do infanticídio, se praticada por outra pessoa. Como exemplo, podemos citar: Brasil (art.123);

Bolívia (art.258); Colômbia (art.328); México (art.256); Peru (art.110) e Portugal (art.136).

Um segundo grupo, constituído pelas legislações que restringem os benefícios aquelas pessoas que possuam íntima ligação com a vítima, desde que taxativamente descritas pelo legislador no tipo penal, como é o caso, por exemplo, da Argentina (art. 81 capítulo 2º); Chile (art, 394); e Uruguai (art. 313).

Estas legislações tem por fundamento do tipo, a defesa da honra e admitem que essa se promova por terceiros em determinadas condições, incluindo-se entre possíveis autores de infanticídio pai, mãe ou outro parente próximo da mulher.

E por último, um terceiro grupo de codificações, na qual estende-se o privilégio a qualquer pessoa que dê morte ao neonato ou recém-nascido, como é o caso, por exemplo, da República Dominicana (art. 300).

2.5.2 Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime. Para que seja encontrado é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora. No crime de infanticídio, o bem protegido pela norma é o direito à vida. Assim o seu titular é o filho nascente ou recém-nascido.

Assim o sujeito passivo no crime de infanticídio é o filho, a criança que a mulher carrega nove meses em seu ventre, uma vida que está para despontar para o mundo, compreendendo o recém-nascido (neonato) e o nascente (morto durante o parto).

Em outros tempos, muitas legislações foram influenciadas pela lição de Casper, grande médico-legista alemão do século passado, onde, segundo o qual “viver é respirar, não respirar é não ter vivido”. Desta maneira, o objeto material o

crime de infanticídio era apenas neonato ou recém-nascido, com vida extra-uterina.⁵

Nelson Hungria, a esse respeito enfatizava que:

O radical critério de Casper levaria, na prática, a exclusões intoleráveis. Assim, não responderia por infanticídio, por exemplo, a mãe que expulsasse o feto dentro de uma bacia com água, ou que o matasse antes que os orifícios respiratórios fossem desobstruídos de mucosidade ou de restos de membrana amniótica.⁶

O Código Penal vigente ampliou o conceito de infanticídio, passando a ser sujeito passivo deste, além do recém-nascido, o feto nascente. Esclarecendo assim, a dúvida presente no regime do Código de 1890, quando o delito era realizado durante o parto (*in ipso partu*).

A vida extra-uterina autônoma do neonato deixou de ser condição indispensável do infanticídio. Segundo o magistério de Néelson Hungria:

O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo que totalmente desligado do corpo materno, uma vida humana. Sob o prisma jurídico-penal, é, assim, antecipado o início da personalidade. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero.⁷

Para a caracterização do infanticídio é necessário que haja a ocisão de um neonato vivo, não importando sua capacidade de sobreviver. Não importa que pelas suas condições orgânicas, o ser nascente ou recém-nascido se mostre absolutamente inviável. A lei protege, por conseqüência, a vida, mesmo sendo precária, e com sua duração previsível.

A viabilidade, ou seja, a possibilidade de continuação da vida, não é condição necessária para caracterização do delito, pois o inviável pode ser sujeito passivo do crime de infanticídio, desde que o infante tenha nascido vivo.

⁵ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 5, p.259.

⁶Ibid., p.257.

⁷ FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 11. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980, v. 2, p. 757

Assim afirma Magalhães Noronha:

“Prescinde o delito da vitalidade, ou seja, capacidade de viver fora do seio materno, adaptação as condições regulares da vida exterior. Conseqüentemente um recém-nato inviável é sujeito passivo do crime”.⁸

E mais adiante acrescenta: “Ainda que disforme ou monstruoso, o neonato goza de tutela legal. Nem há razão, em uma sociedade civilizada, para excluí-lo dessa proteção.”⁹

2.6 Critérios Tipificadores do Infanticídio

Existem dois critérios na legislação para considerar o infanticídio um *delictum exceptum*.

Primeiramente temos o critério psicológico, que reconhece uma punição mais benigna exclusivamente pelo motivo de honra. Ocorre quando o fato é cometido pela mãe a fim de ocultar desonra própria.

Em segundo temos o critério fisiopsicológico, que foi adotado pela nossa legislação, não leva em consideração a *honoris causa*, mas sim “a influência do estado puerperal”.

2.6.1 Motivo de Honra

A punibilidade do infanticídio, variou da imputabilidade absoluta até a aplicação da pena de morte.

⁸ NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra a pessoa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.44

⁹ *Ibid.*, p.45

Durante o século XVIII, iniciou-se um movimento entre os filósofos do direito natural sob o argumento de que este crime não se dava por perversidade e sim pelos imperativos da honra que se procurava salvar.

Em decorrência do critério psicológico de ocultação da desonra defendida por Beccaria, Feuerbach e outros, levaram muitas legislações penais a reconhecer expressamente como homicídio privilegiado a morte de um filho praticado pela mãe ou parentes por motivo de honra.

A *honoris causa* nada mais é que a necessidade psicológica da mulher defender a sua honra sexual, frente a uma gravidez clandestina, de mãe solteira ou repudiada por toda a sorte de fatores religiosos, morais ou familiares.

Flamínio Fávero, ressalta que:

Força é convir que esse crime é de feição especial. Liga-se em regra a uma falta sexual conseqüente à sedução, adultério, estupro, incesto. É pois o epílogo de uma gravidez ilícita, com parto quase sempre não assistido, clandestino. Há, assim, em relação à mulher, uma desonra a ocultar e uma emoção violenta que age, tudo criando estado especial no espírito de uma infeliz que não soube ou não pode resistir.¹⁰

Beccaria, justificando o critério psicológico indagava: “Quem se encontra entre a infâmia e a morte de um ser incapaz de lhe sentir os males, como não preferirá esta à miséria infalível, à qual estarão expostos ela e o infeliz fruto?”¹¹

Nelson Hungria, ao criticar o projeto de Sá Pereira, que adotava pela primeira vez em nossa legislação o critério fisiológico, afirmava que:

O questionado dispositivo do Projeto Sá pereira valeria, se viesse a ser definitivamente aprovado, quase como um estímulo ao infanticídio, permitindo o contrabando de sentimentos egoísticos ou inferiores, sob a capa protetora de uma fictícia “imputabilidade restrita.”

Se exclui da noção do infanticídio, a causa honoris, é força convir que se abstrai a razão única do abrandamento da pena. O efeito de degradação

¹⁰ FÁVERO, 1980, p. 757.

¹¹ BECCARIA, 1995, p.86.

da imputabilidade, atribuída ao imperioso motivo de ocultação da desonra, esse, sim, corresponde a um justo motivo de critério psicológico. A dolorosa perspectiva da descoberta do seu erro, que a sociedade não perdeu o pudor, um verdadeiro estado de angústia, em que gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fruto de seu amor ilegítimo.¹²

A justificativa da oposição de Nelson Hungria ao Projeto de Sá Pereira decorre da abstração da *honoris causa* do tipo e da conseqüente adoção do critério fisiopsicológico. Para Hungria a *honoris causa* seria a única razão de abrandamento da pena.

Para Heber Soares Vargas:

Realmente, a infanticida atua quase sempre sob a influência de um conceito de honra, isto é, preocupada ansiosamente e de uma maneira obcecada em ser descoberta em seu erro; e sente que a sociedade não a perdoará por está gravidez (às vezes fora do casamento, conseqüente de adultério ainda que dissimulado).

O medo de se expor a vergonha de um erro infamante aos olhos da sociedade, a mortificação e o remorso em torno das conseqüências desta situação ilegítima e não desejada, a desesperança de outros recursos são motivos capazes de provocar conflitos de ordem afetiva causadores de uma intensa tensão emocional, que levam, às vezes, a mulher a consumir o infanticídio.¹³

Os defensores desse critério estão centrados em um ponto em comum, no que tange ao motivo de honra, circunstância elementar constitutiva e integrante da figura típica do crime de infanticídio. Limitam-se a um aspecto de índole psicológica chamado honra sexual.

A *honoris causa* como justificativa do infanticídio motivou a literatura da época, podendo citar entre outros, um poema de Bracht, transcrito por Heber Soares Vargas, onde é narrada a história de uma jovem, doméstica acusada de ter matado o próprio filho, durante o parto, na privada da patroa:

¹² LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. **Direito penal**: parte especial por Nelson Hungria. Rio De Janeiro: Jacintho Editora, 1937. p.261

¹³ VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p.374.

A infanticida Maria Farrar

“Maria Farrar, nascida em abril,
sem sinais particulares,
menor de idade, órfã, raquítica,
ao que parece matou um menino
da maneira que se segue,
sentindo-se sem culpa.

Afirma que grávida de dois meses
No porão da casa de uma dona
Tentou abortar com duas injeções
Dolorosas, diz ela,
Mas sem resultado.
E bebeu pimenta em pó
Com álcool, mas o efeito
Foi apenas de purgante.
Más vós, não deveis
Vos indignar.

Toda criatura precisa de ajuda dos outros.
Seu ventre inchara, agora a olhos vistos
e ela própria criança, ainda crescia,
E lhe veio a tal tonteira no meio do ofício das matinas
e suou também de angústia aos pés do altar.
Mas conservou secreto o estado em que se achava
Até que as dores do parto lhe chegaram.
Então, tinha acontecido também a ela,
Assim feiosa, cair em tentação.
Mas vós, por favor, não vos indignéis.
Toda criatura precisa de ajuda dos outros.
Às cegas, tanto, sem cessar,
Até que ele deixasse de chorar.
Naquele dia, disse, logo pela manhã,
Ao lavar as escadas sentiu uma pontada
Como se fossem alfinetadas na barriga.
Mas ainda consegue ocultar a moléstia.
E o dia inteirinho, estendendo paninhos, buscava
Solução. Depois lhe vem à mente que tem que
Dar à luz e logo sente.
Um aperto no coração. Chegou em casa tarde
Mas vós, por favor, não vos indignéis.
Toda criatura precisa de ajuda dos outros.
Chamaram-na enquanto ainda dormia.
Tinha caído neve e havia que varrê-la,
Às onze terminou. Um dia bem comprido.
Somente à noite pôde parir em paz.
E deu a luz, pelo que disse, a um filho
Mas ela não era como as outras mães.
Mas vós, por favor, não vos indignéis.
Toda criatura precisa de ajuda dos outros.
Com as últimas forças, ela disse, prosseguindo,
Dado que seu quarto o frio era moral,
Se arrastou até a privada, e ali
Pariu como pôde quase ao amanhecer
Narra que a esta altura estava transtornadíssima
e meio endurecida e que o garoto, o segurava a custo
pois nevava dentro da latrina.
Entre o quarto e a privada
o menino prorrrompeu em prantos
e isso a perturbou de tal maneira, ela disse,
que se pôs a socá-lo

Às cegas, tanto, sem cessar,
Até que ele deixasse de chorar.
Depois conservou o morto no leito, junto
dela , até o fim da noite.
E de manhã o escondeu então no lavatório.
Mas vós, por favor, não devei vos indignar,
Toda criatura precisa da ajuda dos outros.
Maria Farra, nascida em abril,
morta no cárcere de Moissen
menina-mãe condenada,
quer mostra a todos o quanto somos frágeis.
Vós que parais em leito confortável
e chamais bendito vosso ventre inchado,
não deveis execrar os fracos e desamparados.
Por obséquio, pois, não vos indigneis.
Toda criatura precisa da ajuda dos outros.¹⁴

Uma rara beleza literária que merece destaque são as descrições de Miguel Longo citada por Nelson Hungria, onde descreve o drama de uma gravidez ilegítima , e caminho para o infanticídio:

A princípio, consegue esconder a prova do pecado, e leva uma existência de sobressaltos e forçadas reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publicidade, e infeliz começa a perder até a coragem de simular um sorriso. Seu ânimo é possuído de agitações convulsivas, desorientações, desequilíbrio de sentimentos e de idéias. As próprias carícias prodigalizadas por seu desvelados pais são causas de remorsos, são novos abalos ao periclitante domínio e entrementes, de longe, apavorante como um espectro, vem se aproximando, minaz, de dia em dia, de hora em hora, o momento fatal em que a própria vergonha à família, aos parentes, ao público, e torna-se deprimida, avultada sob o íncubo medonho que não abandona, de dia ou de noite, até mesmo nos poucos momentos de repouso que lhe são concedidos pela angústia. É um abismo de trevas, de tempestade, de impercrutáveis mistérios que se cava naquela alma; a piedade, até a piedade lhe é negada, porque pedi-la é vergonha, e merecê-la é desonra, espera-la é sinal de maior humilhação da dignidade e do decoro pessoal! E chega o dia fatal, e a hora se aproxima: à agitação, sucede o desvario, o desatino do naufrago à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação; enfim, a surpresa do parto tira a infeliz o último raio de luz metal, o derradeiro baluarte de defesa, a esperança de um remédio imprevisto; e ela, num momento reativo de conservação instintiva, é impelida, automaticamente, a suprimir a prova da vergonha, do erro infamante, a desonra... e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedira contas a essa mulher, como autora de um crime; mas a lei a moral dirá aos juízes: acima e além dos códigos há a lei da necessidade, a infelicitas fati, o império inelutável das fatais contingências da vida.¹⁵

¹⁴ VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 375-377

¹⁵ HUNGRIA, 1958, p.243-244.

Nelson Hungria, após defender a *causa honoris* contra o Projeto de Sá Pereira, posteriormente, apoiou o critério fisiopsicológico do atual Código de 1940, acrescentando que:

Evitando menção expressa ao motivo de honra, que é causa clássica do benigno tratamento penal do infanticídio, o novo código obedeceu a várias razões. A primeira delas é que, atender-se a causa honoris, devia-se atender também, logicamente, a motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como, por exemplo, a abertura econômica, o excesso de prole, o receio de um filho tarado. Seria uma injustiça, que nestes últimos casos a infanticida tivesse de responder por homicídio comum; mas por outro lado, a extensão dos motivos legais de atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento indireto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo do interesse demográfico do Estado. Outra razão é que, dentro da política do estado moderno, estruturalmente inspirado na defesa do interesse coletivo não é admissível que seja superado pelo da honra objetiva individual. Não deixa, além disso, de ter algum fundamento a seguinte opinião de Maggiore: ‘ Em geral, à parte o interesse demográfico, acreditamos que a extrema imoralidade e abjeção de quem elimina a própria prole não podem ser coonestadas por motivo algum, mesmo a honra. Há qualquer coisa mais forte do que a honra, e é o instinto da maternidade, o dever de devotamento para com o próprio filho. Quem vence tal instinto e descumpra tal dever não merece indulgência. Justamente, os antigos consideravam o infanticídio como parricídio.¹⁶

Contudo, cinco anos após aquela respeitável explicação sobre a não inclusão da *honoris causa*, verifica-se no art.119 do Anteprojeto de Nelson Hungria (1963), a inserção da *honoris causa* como uma das condições tipificadoras do infanticídio.

Acreditamos que o legislador embora tenha feito a exclusão da *honoris causa* do texto do art.123 vigente, esta continuou a ser admitida, ainda que implicitamente, conforme a argumentação final de Nelson Hungria:

“Os peritos e juízes não devem abstrair, para a formação de seu juízo, não só o motivo de honra, como outras causas psicológicas de igual premência, quando ocorreram.”¹⁷

¹⁶ HUNGRIA, 1958. p.253.

¹⁷ Ibid., p.248.

Olavo de Oliveira, em “O delito de matar”, asseverava, à fls. 195, o seguinte: “Em 1945, Nilton Sales já previa que a causa de honra continuaria a ser admitida, no atual Código, como elemento do crime de infanticídio, contrariamente ao pensamento do legislador.”¹⁸

Conforme o entendimento de Paulo Sérgio Leite Fernandes, a *honoris causa* continua sendo admitida em nossos Tribunais:

O Tribunal do Júri aceita reiteradamente o motivo de honra como meio de aplicação da especial atenuação de pena prevista no art.123 do Código Penal, bastando nos mais das vezes, que a defesa vincule a *honoris causa* ao estado puerperal, apesar de tecnicamente não caracterizado este.¹⁹

E, seguindo na mesma linha de pensamento, entende Atugasmin Médici Filho:

O Código de 1940 fez muito bem em repudiar, na definição do crime, a ‘causa honoris’, que é motivo determinante do evento essencial à sua configuração (...) o motivo *honoris causa* continua integrado a figura jurídica do infanticídio, o Código de 1940 fez, apenas, omissão desse motivo na definição legal (...).²⁰

Os defensores do critério psicológico enfatizavam a oposição ao Novo Código, no que tange a não distinção entre filiação legítima e ilegítima.

A esse respeito entendia Henrique Fonseca de Araújo:

Não se pode colocar no mesmo pé de igualdade a mãe que mata o seu próprio filho, fruto de uma união legal, por egoísmo ou para se furtar aos encargos da maternidade, com aquela que mata para ocultar sua desonra, decorrente da concepção de um filho fora dos laços conjugais, com todas as desastrosas conseqüências do seu erro.(...)
Não nos parece, pois, acertada, a orientação adotada pela nova lei penal, nessa matéria, rompendo com um velho critério, acolhido pela grande maioria das legislações, e que se assenta sobre um justo motivo

¹⁸ OLIVEIRA, Olavo de apud FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. p. 124.

¹⁹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. p.125.

²⁰ MEDICI, Filho Atugasmin. O infanticídio e o novo código penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.140, n.518, p.360-363.nov.1942.

psicológico, para firmar a diminuição da responsabilidade numa problemática perturbação psíquica, decorrente do estado puerperal.²¹

2.6.2 Influência do Estado Puerperal

O Código Penal de 1940, desprezando o monopólio 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 determinante do especial tratamento penal.

Os defensores do critério fisiopsicológico procuraram estabelecer um critério diverso da causa de honra, no intuito de obterem um critério mais lógico e científico, a fim de resolver o problema das injustiças que um critério psicológico puro trazia. Pelo novo critério o benefício não mais estaria relacionado ao conceito de honra e prenhez ilegítima.

Damásio Evangelista de Jesus conceitua o “estado puerperal” como sendo “o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.”²²

O “estado puerperal” está sempre presente em todo parto e permanece algum tempo após o mesmo. No entanto nem sempre o “estado puerperal” acarreta uma perturbação psíquica que possa levar a mãe matar seu próprio filho.

É necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do recém-nascido ou neonato e o “estado puerperal”.

Nos termos da Exposição dos Motivos do Código Penal de 1940:

O infanticídio é considerado um delictum exceptum quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é obvio, não quer dizer que o puerpério acarrete sempre uma

²¹ ARAÚJO, Henrique Fonseca de. Aspectos legais do infanticídio. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 89, n. 463/465, jan./mar. 1942, p.291-292

²² JESUS, 1991, p.93.

perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em conseqüência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou auto-inibição da parturiente. Fora daí não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio.

Neste sentido, verifica-se a jurisprudência in verbis:

“Se não se verificar que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sob a influência do estado puerperal, a morte praticada se enquadrará na figura típica do homicídio.” (RT 491/292)

Segundo se percebe no texto da Exposição de Motivos do Código Penal, a lei não presume a imputabilidade diminuída da parturiente.

Entretanto, conforme entendimento de Flávio Augusto Monteiro de Barros:

É, pois, presumida a influência do estado puerperal na morte do nascente ou neonato pela mãe, durante o parto ou logo após. Trata-se, porém, de presunção juris tantum, admitindo prova em contrário.²³

Seguindo a mesma linha de pensamento, esclarece Flamínio Fávero:

Não é preciso que indaguemos mais da existência desse estado especialíssimo, basta o fato de ela eliminar o fruto do seu ventre para ela estar presa, jungida a esse estado puerperal. Basta que se faça o diagnóstico de uma gestação pregressa terminada pelo parto e como conseqüência final a eliminação do próprio fruto da concepção. A Lei é expressa: estado puerperal. Não podemos exigir um transtorno da mente de vulto, transtorno que implique em uma perturbação de tal sorte que impeça a verdadeira capacidade de imputação.²⁴

E por fim, a esse respeito salienta Júlio Fabrini Mirabete:

Já se tem entendido, que a lei presume a existência de uma perturbação psíquico especial, sendo necessária prova contrária para se descaracterizar o infanticídio, uma vez que a influência do estado puerperal é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto, e dada a sua grande freqüência, deverá ser admitida sem maiores dificuldades.(RJTJESP 30/425; RT 655/272).²⁵

²³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.57.

²⁴ FLAMÍNIO apud FERNANDES, 1996, p. 118.

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 2, p. 89.

Porém, como podemos notar esta não é a linha seguida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vejamos alguns acórdãos, que representa a tendência do Tribunal Paulista:

“Infanticídio: Delito não configurado. Estado puerperal da acusada não comprovado. Pronúncia da mesma como incurso no art.121, parágrafo 2º, inciso III, do Código Penal. Recurso provido para esse fim. Inteligência do art.123 do Código Penal.”

Ementa: O reconhecimento da ocorrência do estado puerperal depende de prova, tanto mais que nem sempre se verifica após o parto.” – 1º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Revista dos Tribunais, v.339, p.109).

Homicídio qualificado. Asfixia. Ré que, por esse modo, eliminar o filho logo após o parto – Desclassificação pretendida da infração para infanticídio. Inadmissibilidade. Ausência de qualquer exame constatando-se achar sob a influência do estado puerperal, quando eliminou o filho, não é possível a desclassificação do delito para o infanticídio”. – Acórdão da segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Revista dos Tribunais, v. 260, p.186).

A decisão dos jurados, reconhecendo ter a ré matado o próprio filho sob a influência do estado puerperal se revela manifestamente contrária à prova dos autos, se o exame médico legal procedido na mesma negou qualquer perturbação psíquica decorrente do puerpério – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Revistas dos Tribunais, v. 377, p.111).

Oswaldo Pataro nos ensina:

A duração do estado puerperal é variável entre algumas horas e poucos dias e, geralmente, regride espontaneamente e não deixa seqüelas. Devido a tais características fica difícil a observação pericial, pois, ao realizar o exame os sintomas podem ter desaparecidos. Examinando uma purpéria, o legista nem sempre disporá de elementos para concluir pela realidade de um estado puerperal.²⁶

Na prática, torna-se muito difícil caracterizar a existência da “influência do estado puerperal”, pois na maioria dos casos quando a mulher é submetida ao exame pericial, já se passou um longo período da data do fato delituoso.

Segundo a opinião de Paulo Sérgio Leite Fernandes:

²⁶ PATARO, Oswaldo apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru: Edipro, 2001. p.47

A Jurisprudência exige, portanto, a efetuação de exame na mulher, afim de ficar constatado se, ao matar o filho, ela estaria sobre a influência do estado puerperal. Convém notar que o exame pericial, normalmente efetuado muito tempo após o parto, dificilmente oferecerá elementos seguros para negativa da existência do puerpério. O período de excitação e de delírio pode ser relativamente breve. Os peritos, serão obrigados a valer-se principalmente de informações da própria mulher e de testemunhas, que relatarão o procedimento da gestante e suas reações durante e logo após o parto. O exame puro e simples da puerpéra oferecerá poucos elementos, geralmente não fornece nenhum esclarecimento.²⁷

Fernando de Almeida Pedroso, por sua vez, acrescenta:

Eventual influência do estado puerperal tem a tônica e a característica da transitoriedade, pois é efêmera, temporária e momentânea – em suma, de curta duração. Desta forma, é impraticável constatá-la técnica ou pericialmente, pois possíveis laivos ou vestígios logo se desvanecem. De outro turno, via de regra o exídio ocorre em partos clandestinos, sem a presença de pessoas que pudessem interferir para a evitação do acontecimento, de sorte que a carência de testemunhas ressumbra como outro fator que dificulta a comprovação da influência puerperal. Assim, na dúvida em *dúbio pro réu*, culminando o brocardo por agraciar um sem números de verdadeiras homicidas.²⁸

Há entendimento acerca da matéria, que no caso de dúvida da existência da “influência do estado puerperal”, deva-se prevalecer a solução mais benéfica ao réu “*in dubio pro réo*”, agraciando assim, mães parturientes, aparentemente homicidas, premiando-as com a brandura e amenidade da punição.

No entanto, alguns doutrinadores entendem não se pode confundir o “estado puerperal” com a psicose puerperal, que geralmente está associada a uma doença mental preexistente, podendo surgir em mulheres já predispostas a certa anormalidade psíquica, que se agrava com o puerpério. Neste caso, o que se tem é a imputabilidade, ou seja, a inexistência de crime (ou de imposição de pena) por falta de agente culpável, pois a psicose puerperal anula a capacidade de compreensão e discernimento da parturiente.

Hélio Gomes nesse sentido entende que no decorrer do parto e do puerpério, podem surgir três ocorrências psicológicas:

²⁷ FERNANDES, 1996. p.121.

²⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 239.

No primeiro temos as psicoses puerperais, conseqüentes ou concomitantes do puerpério. Não se trata da loucura puerperal de Marcê, cuja única manifestação seria o crime, mas de uma verdadeira psicose toxi-infecciosa, acessos de mania ou melancolia, reações esquizofrênicas, etc.

Mãe que mate o filho sob a influência dessa psicose e não sob a influência do estado puerperal é uma doente mental: enquadra-se no art.26 do Código Penal.

No segundo caso, o puerpério anormalidades anteriores, que podem levar ao crime. São perversas instintivas, histéricas, débeis mentais, etc., nas quais o abalo puerperal arrasta ao delito determinando às vezes impulsos filicidas. A criminoso enquadra-se-á no parágrafo único do art. 26. Ainda aqui não se trata de influência do estado puerperal.

O terceiro caso, o mais comum, é aquele a que se quis referir por certo o legislador. Nele ingressam as gestantes normais, mas a quem as dores do parto, as emoções do abandono moral, as privações sofridas antes, durante ou logo após o parto. Não são alienadas, semi – alienadas. Também não são calculistas, nem emotivas. São mulheres perturbadas momentaneamente pelos sofrimentos físicos (dores e hemorragia) e morais que o parto acarreta. Insisto nas dores morais e privações porque é raro, excepcional, que a mulher casada e feliz cometa infanticídio. Este crime é sempre cometido por mães solteiras, abandonadas pelo amante já saciado e repelida pela família cheia de preconceitos e a quem o desespero do abandono somado às dores físicas da parturição armam o braço.²⁹

Para Magalhães Noronha não importa a verdadeira causa do delito, assim não interessa saber se ocorreu o “estado puerperal” puro ou se houve o agravamento de doença mental na parturiente.

Basta, para ele, que exista o “estado puerperal”, e que conseqüentemente o delito tenha sido cometido durante o parto ou logo após, para ser caracterizado o infanticídio, aplicando-se, quando necessário, o disposto no art. 26 e seu parágrafo, do Código Penal. Assim ele afirma:

De qualquer forma, se o parto provocar perturbações psíquicas patológicas, como delírios, alucinações etc., suprimindo inteiramente na mulher a capacidade de entendimento ou determinação, não há, por que se impugnar o art.26. Diga-se o mesmo acerca de seu parágrafo único. Noutras palavras: não há razão para que o infanticídio (e, pois, com a circunstância elementar do estado puerperal), como qualquer outro delito, fique fora do alcance das causas que excluem ou minoram a imputabilidade.³⁰

²⁹ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992, p. 370-371

³⁰ NORONHA, 1991, p. 42.

2.7 Elementos do tipo

2.7.1 Elemento Temporal

O art. 123 do Código Penal vigente exige, além do “estado puerperal”, que o crime tenha sido praticado durante ou logo após o parto. Esta expressão, na prática, traz muitas dificuldades.

A primeira expressão “durante o parto” não acarreta maiores disceptações, significa dizer enquanto estiver ocorrendo o parto.

Todavia configura-se como durante o parto o período que vai desde a rotura das membranas até a expulsão do feto e da placenta. É o espaço de tempo que leva o feto na travessia do canal vaginal até o seu despontamento no meio exterior.

Já para Nelson Hungria “o parto, a que se refere o texto legal, é o que começa com o período de expulsão, ou, mais precisamente, com o rompimento da membrana amniótica.”³¹

No que tange a segunda expressão “logo após” pela sua imprecisão levamos a concluir que ficará ao arbítrio do julgador estabelecer se no momento da morte a agente realmente merece ser enquadrada como autora desse tipo de delito.

Entendem alguns autores que logo após o parto, significa, imediatamente depois o parto, sem intervalo. Dividem-se desse mesmo entendimento entre outros, Heleno Cláudio Fragoso e Genival Veloso de França.

³¹ HUNGRIA, 1958, p. 264-265.

A lei não fixa um limite de prazo após o parto, surgindo desta forma muita divergência doutrinária neste ponto.

Nélson Hungria pronuncia-se sobre esta divergência, entendendo que deve ser feita uma interpretação ampla da expressão 'logo após o parto': "Não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal."³²

O que se faz essencial, porém, do ponto de vista jurídico-penal, é que a parturiente ainda não tenha entrado na fase de bonança e quietação, isto é, no período em que se afirma, predominante e exclusiva de fato a ser averiguado pelos peritos-médicos e mediante prova indireta.

O legislador de 1940 e a atual Comissão Revisora, não ousaram-se em dimensionar o limite dessa expressão "logo após," pelo fato de ser incomensurável, o que gera as mais diversas interpretações, variando desde o entendimento de que a expressão refere-se a um período que dura alguns dias até a noção de que o intervalo de tempo se estende enquanto perdurar a influência do chamado "estado puerperal".

A melhor interpretação da expressão "logo após o parto" é aquela que de forma mais abrangente, compreende todo o período em que a parturiente permanecer sobre "a influência do estado puerperal".

2.7.2 Elemento Subjetivo

Os doutrinadores afirmam de forma unânime, que o elemento subjetivo do crime é o dolo (vontade livre e consciente de praticar um fato definido na lei como crime).

³² HUNGRIA, 1958, p. 266

O dolo no crime de infanticídio se difere do dolo no homicídio, porque no primeiro a mãe é impulsionada por uma influência anímica (proveniente do psíquico).

Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (Código Penal, art.18). O dolo é a vontade livre e conscientemente dirigida ao resultado, pelo menos aceitando o risco de produzi-lo.

Torna-se difícil conciliar o infanticídio e dolo, devido “a influência do estado puerperal”, pois este estado pode provocar na mulher uma obnubilação das faculdades mentais, levando a puérpera, às vezes, a não entender o caráter criminoso do fato ou a não se determinar de acordo com ele. Na realidade deve se entender que a perturbação da saúde mental causada pelo puerpério tornaria a puérpera relativamente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sendo o “estado puerperal” uma mera perturbação da saúde mental, o dolo pode coexistir como vontade dirigida e conseguir um determinado resultado.

Entretanto, no caso de perturbações psíquicas decorrentes do parto que provocam na mulher total incapacidade de entendimento ou de autodeterminação, não podendo agir ou se omitir com dolo, pois não estariam presentes aqui a vontade e a consciência da ilicitude do ato. A explicação que se encontra é que o legislador jamais cogitou entender o “estado puerperal” puro como condicionador de perturbações psíquicas de tal monta que viessem a provocar na puérpera total incapacidade de entendimento ou de autodeterminação. Assim se ocorrer na mulher perturbação da saúde mental que lhe retire a total capacidade de autodeterminação, vindo a matar seu filho, durante o parto ou logo após não haverá crime, por força do art.26 do Código Penal.

O delito não admite a forma culposa, pois o legislador ao tipificar o delito não previu a modalidade culposa e, assim, nos termos do disposto no parágrafo único do art.18 do Código Penal:

Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Assim afirma Nelson Hungria: “o infanticídio não admite forma culposa: só é punível a título de dolo. Se o feto nascente vem a morrer por imprudência ou negligência da mãe, responderá esta por homicídio culposo.”³³

No mesmo sentido, expressa-se Júlio Fabbrini Mirabete:

“Não existe forma culposa de infanticídio; se a mãe, por culpa, causar a morte do filho, responderá por homicídio culposo, ainda que tenha praticado o fato sob influência do estado puerperal”.³⁴

Neste sentido verifica-se a seguinte jurisprudência:

Pronúncia. Infanticídio. Ausência de prova da intenção da recorrente de matar o próprio filho. Despronúncia. Inexistindo nos autos a prova de que a mãe quis ou assumiu o risco de morte do filho, não se configura o crime de infanticídio, em qualquer de suas formas, eis que inexistente para a espécie a forma culposa. (JJES, REC. Rel. Des. José Eduardo Grandi Riderito, RT 632/331)

Contudo, Damásio Evangelista de Jesus entende que é atípica a conduta da mãe que de forma culposa mata seu filho, durante o “estado puerperal”:

“Se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa não responde por delito algum. (nem homicídio, nem infanticídio).”³⁵

Num posicionamento, quase isolado, Antônio José Miguel Feu Rosa, defende existir a hipótese de homicídio culposo:

Participamos, entretanto, do entendimento daquela importante corrente que, com Carrara à frente, sustenta que o infanticídio admite a forma culposa. Isto se dá, por exemplo, quando a mãe, sob a influência do

³³ HUNGRIA, 1958, p.266

³⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92.

³⁵ JESUS, 1999, p. 109.

estado puerperal, desleixa nos cuidados devidos ao recém-nascido: alimentação, proteção contra o frio ou calor, assistência médica, etc., causando-lhe a morte, não dolosa, mas culposamente, pois, como acentua Quintano Ripollés, “não se pode negar que estas e tantas outras hipóteses constituem imprudências por si, que em certas ocasiões devem e podem ser puníveis.”³⁶

O bem jurídico vida, o mais importante na escala jurídico-social, exige uma proteção penal, só admitindo a exclusão da responsabilidade penal quando a ação que o lesa não for consequência de dolo ou culpa. Suprimir a vida de alguém por negligência, imprudência ou imperícia tipifica o homicídio culposo. Portanto o entendimento doutrinário que nos parece de melhor forma técnica e jurídica é aquele segundo o qual não importa se a mãe esta sob “a influência do estado puerperal” ou não, se vier a matar seu próprio filho, durante ou logo após o parto, agindo culposamente, responderá por homicídio culposo, como incursa no art.121, parágrafo terceiro, do Código Penal.

2.8 Qualificação Doutrinária

O infanticídio é um delito próprio, de dano, material, instantâneo, comissivo ou omissivo impróprio, simples, de forma livre e plurissubsistente.

Os crimes próprios ou especiais são aqueles que só podem ser cometidos por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal. O infanticídio caracteriza-se como um crime próprio, pois só pode ser praticado pela mãe, que sob “influência do estado puerperal” mata seu próprio filho.

Quanto ao resultado o infanticídio é considerado crime de dano, pois só se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, lesão à vida da criança.

³⁶ ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 127.

O delito é qualificado como crime material porque o tipo (art.123 do Código Penal) menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. Para se consumir o infanticídio é necessário que se verifique o resultado querido pelo agente: (morte da criança).

É considerado um crime comissivo, pois é praticado mediante ação, e omissivo impróprio, quando a mãe através de sua omissão, permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona, por exemplo: a mãe que deixa de alimentar o filho, causando-lhe a morte.

Denomina-se como crime instantâneo, porque sua consumação se dá num determinado instante, não se prolongando no tempo.

O crime de infanticídio é também considerado como um crime principal, pois independe da prática de delito anterior.

É qualificado como delito simples pelo fato de apresentar um tipo penal único: (art.123 do Código Penal).

É ainda denominado como crime de ação livre, pois pode ser praticado por qualquer meio capaz de causar o resultado.

Finalizando, trata-se de crime plurissubsistente, pois se perfaz com vários atos.

2.9 Consumação e Tentativa

Consuma-se o infanticídio com a morte do filho nascente ou recém-nascido pela própria mãe. Como já se observou, não é necessário que tenha ocorrido vida

extra-uterina, bastando à prova de que se tratava de feto vivo. “As leis não exigem a capacidade de vida extra-uterina; basta estar vivo”.³⁷

Como crime material, o infanticídio admite a tentativa, e esta se aperfeiçoa quando, apesar da ação finalista do sujeito ativo, a morte do filho não sobrevem por circunstâncias estranhas à vontade daquele. Iniciada a ação de matar, esta pode ser interrompida por alguém que impede sua consumação.

Cabe salientar que haverá crime impossível quando a mãe, supondo estar viva, pratica o fato com a criança já morta, conforme art.17 do Código Penal.

Igualmente não haverá crime, quando a criança nasce morta e a mãe, com auxílio de alguém, procura desfazer-se do cadáver, abandonando-o em lugar ermo.

Quando a mãe expõe ou abandona o recém-nascido, mas sem desejar o seu fim, para ocultar sua desonra, estando ou não sob o domínio do suposto “estado puerperal”, configura-se o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, qualificado de acordo com o art. 134, e seus parágrafos, do Código Penal, quando resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Se, contudo a mãe, estando sob a influência do considerado “estado puerperal”, abandonar recém-nascido, logo após o parto, e com intuito de matá-lo, somente praticará o crime de infanticídio, já que o abandono é meio de que se utiliza para efetivação da prática delituosa.

É importante ressaltar que, se a morte do novo ser ocorrer antes de iniciado o trabalho de parto, o crime será de aborto. Já se a mãe, “durante ou logo após o parto”, eliminar a vida do infante estando fora da “influência do estado puerperal”, responderá por homicídio.

³⁷ NORONHA, 1991, p. 44.

2.10 Pena e Ação Penal

A pena cominada para a prática da conduta delituosa, de acordo com o art.123 do Código Penal, é de detenção de dois a seis anos.

No crime de infanticídio a ação penal é pública incondicionada, a autoridade policial, ao tomar conhecimento do fato, deverá proceder de ofício, instaurando inquérito policial, independentemente de manifestação de qualquer pessoa. O promotor público recebe o inquérito policial e inicia-se a ação penal com oferecimento da denuncia.

Sendo um crime doloso contra a vida, seu julgamento se processa perante o Tribunal do Júri, conforme preceitua art.5º, inciso XXXIII, letra d, da Constituição Federal.

3 DO CONCURSO DE AGENTES

3.1 Definição

Quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de um delito, fala-se em concurso de agentes . No entanto vários motivos podem levar os sujeitos a agirem em concurso, seja para garantir a sua execução ou impunidade, seja para assegurar o interesse de várias pessoas em consentimento.

Com fulcro no art. 29 do Código Penal, quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Assim define o artigo 29 do Código Penal:

Quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

3.2 Formas de Concurso de Agentes

3.2.1 Co-autoria

A co-autoria ocorre quando todos os cooperadores realizam a conduta descrita pela figura típica.

Todos os agentes, conscientemente, unem esforços no sentido da produção do mesmo efeito, através de várias atividades.

Segundo entendimento de Damásio E. de Jesus: “co-autoria é a divisão de trabalho como nexos subjetivo que unifica o comportamento de todos”.³⁸

Na co-autoria a atividade de cada agente contribui para a integralização do delito, não sendo necessário que todos pratiquem atos executórios.

3.2.2 Participação

Na participação os agentes não realizam comportamento positivo ou negativo descrito na norma penal incriminadora, mas contribuem, de qualquer modo para a configuração do ilícito penal.

O partícipe contribui para a formação do delito de várias maneiras, como por exemplo instigando, auxiliando ou induzindo alguém a praticar o delito.

3.3 Natureza Jurídica

Tentando encontrar a maneira melhor para estabelecer a responsabilidade penal dos partícipes, surgiram três teorias e, dentre elas, orientou-se o legislador brasileiro.

A primeira delas é a teoria unitária ou monística. Para esta teoria existe uma unidade do crime, ou seja, todos os que contribuem para integração do delito respondem pelo mesmo crime.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária em seu art. 29.

³⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1. p. 407.

O referido artigo emprega o termo crime no singular, demonstrando que todos os agentes respondem por fato típico único. Porém algumas vezes, como exceção, o Código acatou a teoria pluralística, em que a conduta do agente constitui outro crime, como por exemplo, o aborto provocado pela gestante e aborto provocado por terceiro (arts.124 e 126).

A segunda teoria é chamada de teoria dualista. Os adeptos a essa teoria entendem que há um único crime entre os autores e um outro crime único entre os partícipes.

E por fim, a terceira é a teoria pluralística. Para esta teoria há uma pluralidade de crimes e não apenas de pessoas. 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. Cada um dos participantes responde por um delito próprio, que deriva de uma conduta própria e de um elemento psicológico próprio, sendo desta forma uma teoria subjetiva, contrária a teoria monística, que é objetiva.

3.4 Liame Subjetivo

É necessário que exista um elemento subjetivo, não sendo suficiente para a existência da participação, apenas as várias condutas dos partícipes ligados ao fato material pelo nexo de causalidade. O elemento subjetivo é a vontade, a consciência de contribuir para a realização do crime, devendo estar presente entre os agentes.

Segundo o entendimento de Carrara:

Concorre ao delito com vontade e com ação todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material.³⁹

3.5 Punibilidade

Embora o Código Penal mantenha a teoria Monística, adotou a teoria restritiva do autor, segunda a qual, distingue o autor do partícipe. Além disso, houve uma mitigação da teoria Unitária, na parte final do caput do art. 29 do Código Penal, que todos os participantes incidem nas penas cominadas ao crime, “na medida de sua culpabilidade”.

Assim podemos perceber que o fato criminoso é comum entre os agentes, mas no que tange a sua culpabilidade, esta é medida de forma unitária, dependendo da importância da participação do agente.

Nos termos do parágrafo único do art. 29, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. Essa redução da pena, presente a circunstância exigida, é obrigatória, portanto a expressão “pode”, refere-se ao quantum da diminuição.

A redução de um sexto a um terço deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do partícipe na prática delituosa, desta forma quanto mais a conduta do agente se aproximar do núcleo do delito maior será sua pena, de outro lado quanto mais distante do núcleo, menor será sua pena.

³⁹ CARRARA apud JESUS, 1999, p.417.

3.6 Comunicabilidade de Condições, Elementares e Circunstâncias

Conforme preceitua o art.30 do Código Penal, não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Para entendermos melhor este artigo, será necessário definirmos primeiro os três elementos a seguir:

O primeiro elemento são as circunstâncias, que são dados acessórios (acidentais), que aglutinados ao crime, têm a função de aumentar ou diminuir a pena. Não modificam a qualidade do crime, mas apenas sua gravidade.

As circunstâncias podem ser objetivas e subjetivas. As circunstâncias objetivas estão ligadas com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima. As circunstâncias subjetivas estão ligadas com a pessoa do participante, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros participantes, não tendo qualquer relação com a materialidade do delito.

O segundo elemento são condições pessoais, que são as relações do agente com o mundo exterior e com outras pessoas ou coisas, como as de estado civil, de parentesco, de profissão ou emprego.

O terceiro são elementos típicos do crime, dados que integram a definição da infração penal.

São incomunicáveis as circunstâncias de caráter pessoal em caso de co-autoria ou participação, assim no que concerne a dados inerentes à pessoa de determinado agente não se estende aos fatos praticados por outros participantes.

As circunstâncias de caráter objetivo só podem alcançar o partícipe se, sem haver praticado o fato que as constitui, se tiverem ingressado na esfera do seu conhecimento (dolo ou culpa).

As elementares sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento. Este princípio decorre do requisito da identidade da infração penal para todos os participantes. Todo elemento que integrar o fato típico fundamental comunica-se aos participantes.

Existe um entendimento que as elementares sempre comunicam-se, entretanto a norma do artigo 30 do Código Penal, não utiliza a expressão “sempre”; não dizendo que as elementares sempre comunicam-se, sendo portanto necessário para sua comunicabilidade que o autor conheça a qualidade pessoal inerente ao autor.

3.7 Concurso de Agentes no Infanticídio

Existe muita divergência doutrinária acerca do cabimento do concurso de agentes no crime de infanticídio.

O fulcro dessa divergência encontra-se na questão da comunicabilidade do elemento referente “a influência do estado puerperal”, surgindo três posições a respeito.

Uma primeira posição integrado principalmente por Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Galdino Siqueira e Aníbal Bruno, defendem a tese que o infanticídio, é uma figura privilegiada pelo Código Penal com único objetivo de beneficiar a mãe que encontra-se sob “a influência do estado puerperal”, e sendo esse privilégio de caráter estritamente pessoal, não comunica-se a terceiros, de acordo com a proibição do art.30.

Sustentam ser de caráter personalíssimo “a influência do estado puerperal”, devido ao fato de somente a mãe parturiente poderia se ver acometida pelo domínio do referido estado.

Nesse sentido afirma Nelson Hungria:

Não diz com o infanticídio a regra do art. 25 (Quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas). Trata-se de um crime personalíssimo A condição “sob a influência do estado puerperal” é incommunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art.26 , sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico penal, ser chamadas de circunstâncias, pois estas só dizem com maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja com maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar, ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio.⁴⁰

A esse respeito afirma Aníbal Bruno:

Só pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas pela lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro partícipe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamenta o privilégio e que pode só se realiza na pessoa da mulher que tem filho impede que se mantenha sob o mesmo título a unidade do crime para a qual concorre os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, esse matar toma a configuração do infanticídio. Para os outros mantém o mesmo sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é homicídio. Assim, por exemplo, quando é o terceiro que mata e da mulher é só a instigação para que o faça, ou, ao inverso, quando aquele instiga, ou fornece o meio, ou auxilia materialmente e esta é que realiza a ação de matar, concorrendo os demais extremos do tipo, para ela o crime é de infanticídio mas a ele se punirá como homicida.

A proteção penal da vida humana debilita-se no infanticídio em atenção à situação psíquica anômala em que se encontra a mulher que mata o próprio filho ou colabora na sua morte. É esse situação mental que o Direito julga digna de ser considerada como de atenuação da responsabilidade, com a consequência da minoração da pena. Esse enfraquecimento da proteção à vida, bem fundamental no sistema do Código, não deve estender-se ao comportamento do terceiro copartícipe, estranho àquela situação psíquica excepcional que justifica o privilégio.⁴¹

⁴⁰ HUNGRIA, 1958, p. 266.

⁴¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. São Paulo: Forense, 1966. t. 4, p.150-151.

A segunda posição, prima pela aplicabilidade do art.30 do Código Penal, com relação a comunicabilidade das elementares do crime, pois é incontestável que “a influência do estado puerperal” constitui elemento do crime de infanticídio.

Entre os defensores dessa posição estão Damásio E. de Jesus, Custódio da Silveira, José Frederico Marques, Roberto Lyra, Eduardo Magalhães Noronha, Baliseu Garcia, Bento Faria e outros.

Tendo por fundamento o art.30 do Código Penal, segundo o qual as circunstâncias de caráter pessoal comunicam-se aos agentes quando elementares do crime, não restam dúvidas de que “a influência do estado puerperal”, embora seja circunstância de caráter pessoal, é elemento do crime de infanticídio, pois, se suprimida do tipo legal, o delito se reduz ao homicídio, perdendo o seu caráter de crime próprio e excepcional.

Muitos defensores desta posição confessam, que não é a maneira mais justa de se punir o partícipe e co-autor. Nessa visão, esclarece Eduardo Magalhães Noronha:

Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância (isto é, estado, condição, particularidade etc.) pessoal e que, sendo elemento do delito, comunica-se, ex vi do art. 30, aos co-participes. Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derogada.⁴²

Damásio E. de Jesus também se pronuncia sobre a injustiça do abrandamento da pena ao partícipe ou co-autor:

Não resta dúvida que, conforme o caso, constitui absurdo o partícipe ou co-autor acobertar-se sob o privilégio do infanticídio. Sua conduta muitas vezes representa homicídio caracterizado. Mas temos de estudar a questão sob a ótica de nossa legislação, que não cuidou de elaborar norma específica a respeito da hipótese. Melhor fizeram outros códigos, como o italiano, que inseriu em seu contexto um dispositivo especial, imposta ao que favorece a autora principal, após dizer que o infanticídio pode ser cometido por outra pessoa que não a própria mãe. (art.578).⁴³

⁴² NORONHA, 1991, p.47.

⁴³ JESUS, 1999, p.111.

No entanto, há terceira posição defendida por Baliseu Garcia, José Frederico Marques e Euclides Custódio da Silveira, defendem que há comunicabilidade, porém com restrições de que a participação de terceiro deve ser meramente acessória na efetivação da conduta delituosa.

Assim sustenta José Frederico Marques:

O infanticídio é crime próprio, pois somente o pode cometer a mãe em relação ao filho recém-nascido (...) Outras pessoa, no entanto, podem figurar como co-autores; e como se trata de delito privilegiado, mas autônomo, comunicam-se as circunstâncias subjetivas que integram o tipo, aos co-autores (...), muito embora pense de modo contrário o insigne Nelson Hungria. Mas é preciso que o co- autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou ao recém-nascido, será enquadrada no artigo 121.⁴⁴

A opinião restritiva da comunicabilidade de José Frederico Marques, e seus seguidores, na tese em que terceiro só responde por infanticídio quando sua participação for meramente acessória, quebra o Princípio da Unidade de crimes para todos os sujeitos, que rege a co-delinquência, pois o Código Penal, em seu artigo 29, caput, adotou a teoria unitária do concurso de pessoas. E não trata o art.123 de exceção pluralística do princípio unitário, uma vez que, esta depende de texto expresso.

Cabe ressaltar que o respeitável jurista Nelson Hungria, tempos depois muda sua opinião sobre a comunicabilidade da “influência do estado puerperal”, passando a sustentar que ela comunica-se aos partícipes e aos co-autores.

Nelson Hungria, defendendo sua opinião, esclarece:

Comentando o art.116 do Código Suíço, em que se inspirou o art.123 do nosso, Logoz (...) e Hafter (...), repetindo o entendimento de Gautier, quando da revisão do Projeto Stoos, acentuam que um terceiro não pode ser co-partícipe de um infanticídio, desde que o privilegium concedido em razão da influência do estado puerperal é incomunicável. Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das qualidades e circunstâncias pessoais, seguindo o Código helvético (artigo 26), é irrestrita, (...), ao passo que perante o Código Pátrio (também artigo 26)

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4. p.141.

é feita uma ressalva: 'salvo quando elementares do crime'. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, respondem pelas penas este cominadas, e não pelas de homicídio.⁴⁵

Diante da formulação típica desse crime em nossa legislação, não há como fugir à regra do artigo 30, uma vez que, “a influência do estado puerperal” é elementar do crime de infanticídio. Sendo elementar, torna-se comunicável ao co-autor ou partícipe.

Com efeito verifica-se a possibilidade de três hipóteses distintas, conforme nos ensina Damásio E. de Jesus:

A primeira hipótese: a mãe e o terceiro concretizam o núcleo do tipo matar (pressupondo o elemento subjetivo específico) em co-autoria.

A mãe responderia por infanticídio e o terceiro também deve responder por esse crime, sob pena de quebra do princípio unitário que rege a co-autoria.

A segunda hipótese: a mãe mata a criança contando com a participação acessória do terceiro.

A mãe é autora de infanticídio e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que assim também responde por infanticídio.

A terceira hipótese: o terceiro mata a criança com a participação meramente acessória da mãe.

O terceiro responde por homicídio, e a mãe em tese responderia por homicídio, pois as pessoas que colaboram num homicídio, são homicidas, não infanticidas, nos termos do art. 29, caput, do Código Penal. Ocorre todavia se adotada esta teoria ocorreria um grande contra-senso na aplicação da pena, a mãe seria punida mais severamente do que pela realização integral do crime. Assim, para manter a equidade a mãe responderá por infanticídio.

⁴⁵ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 5, p. 266

Uma eventual eliminação da figura autônoma do infanticídio, transformando-o em tipo privilegiado do homicídio, acabaria com o problema da co-autoria, pois “a influência do estado puerperal” e a relação de parentesco não mais seriam elementares do crime de infanticídio, mas circunstâncias legais específicas de natureza pessoal ou subjetiva do homicídio, portanto incomunicáveis em caso de concurso de agentes.

Entretanto, enquanto não houver uma mudança em nossa legislação penal, não poderá terceiro que participa de infanticídio responder por homicídio, por força do art.30 do Código Penal.

4 PERÍCIA NO CRIME DE INFANTICÍDIO (CRUCIS PERITORUM)

A perícia no crime de infanticídio apresenta-se bastante complexa, devido a inúmeras dificuldades para tipificar o crime. Por esta razão, esta perícia é chamada *crucis peritorum*, ou seja, a cruz do perito.

O exame pericial tem como objetivo analisar os elementos fundamentais à caracterização do delito. Os elementos a serem analisados são os seguintes: os estados de natimorto, de ser nascente, de infante nascido e de recém-nascido, a prova de vida extra-uterina autônoma, a causa jurídica da morte do nascido, o estado somatopsíquico da parturiente e o diagnóstico de parto pregresso.

4.1 Natimorto

Caracteriza-se natimorto o feto morto durante o período perinatal, que inicia-se da vigésima segunda semana de gestação, quando o peso fetal é de quinhentos gramas.

A mortalidade perinatal pode ter causa natural ou violenta. Entre as causas naturais mais comuns estão: anoxia anteparto, prematuridade, anomalias congênitas e doenças hemolítica congênita. As causas violentas são as mesmas do aborto criminoso, como as pinças abortivas e os métodos físicos.

4.2 Feto Nascente

Considerando que o infanticídio também se verifica durante o parto, é necessário estabelecer nessa circunstância o estado de feto nascente.

Conceitua-se feto nascente como sendo aquele ser que apresenta todas as características de um infante nascido, menos a faculdade de ter respirado.

Adriano Marrey, define nascente como: "... o ser que se põe entre o feto e o neonato, podendo ser considerado como tal até o apnéico, isto é, aquele que ainda não respirou o ar ambiental, embora já acuse batimento do coração".⁴⁶

4.3 Infante Nascido

É o que acabou de nascer, isto é, o que tendo sido expulso do útero materno respirou, porém não recebeu nenhuma assistência, especialmente quanto à higiene corporal, ou ao tratamento do cordão umbilical.

Seu corpo apresenta-se total ou parcialmente recoberto por sangue materno ou fetal, o que se reveste de fundamental importância para a afirmação pericial de que o crime ocorreu "logo após o parto".

O infante nascido apresenta proporcionalidade de suas partes, peso, estatura habitual, desenvolvimento de órgãos genitais, núcleo de ossificação femur-epifisária, e ainda, outras características de grande importância para a perícia, tais como nos ensina Genival Veloso França:

Estado Sanguinolento: Como já foi salientado, o infante que não recebeu nenhum cuidado de higiene, é encontrado com o corpo cheio de sangue, podendo ser materno ou fetal. É de grande importância esta observação pericial para que fique configurado o elemento logo após o parto.

⁴⁶ MARREY, Adriano apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 28.

Induto Sebáceo: É uma proteção da pele do bebê na vida intra-uterina, tem tonalidade branco-amarelo, consistência untosa e recobre grande parte do corpo do bebê, principalmente no pescoço, axilas e nas pregas inguinais e o popliteas.

Tumor do Parto: Trata-se de uma saliência no couro cabeludo do recém-nascido de cor violácea, causada pela pressão exercida pelo anel do colo. É necessário observar que não é sempre presente no bebê, e quando ocorre toda via desaparece em torno de 24 a 36 horas após o nascimento da criança.

Cordão Umbilical: Tem cerca de 50 centímetros de comprimento, liga o feto a placenta. Apresenta aspecto úmido, brilhante e de tonalidade branco azulada. Com o passar dos dias ele vai perdendo o brilho, começa a secar e se achatar, até formar uma fita cinzenta caindo em torno do sétimo dia. A análise do cordão umbilical é de grande valia para diferenciar entre infante nascido e recém-nascido, e ainda orienta a perícia na idade do recém-nascido.

Presença de Mecônio: No intestino delgado e na parte inicial do intestino grosso do infante nascido, existe uma substância espessa, pegajosa e de tonalidade verde escura conhecida por mecônio. No sofrimento fetal, pode haver evacuação dessa substância durante o parto ou mesmo na cavidade uterina.

Respiração Autônoma: Para se considerar infante nascido será necessário a comprovação da respiração. Se não respirou, teve morte durante o parto ou intra-uterinamente e, por isso, é feto nascente ou natimorto.

4.4 Recém-Nascido

O conceito médico legal de caracterização do recém-nascido abrange um período que vai desde os primeiros cuidados de higienização corporal, com conseqüente remoção, de sua superfície, sangue materno ou fetal, e pelo tratamento do cordão umbilical até o sétimo dia do seu nascimento.

De acordo com o art.134, do Código Penal, recém-nascido é a criança desde o instante de seu nascimento até a queda do cordão e a quase cicatrização da ferida umbilical, que acontece na maioria das vezes, entre o terceiro e o sétimo dia de vida, sendo, desta forma, recém-nascido a criança cuja ferida umbilical ainda não cicatrizou.

4.5 Prova de vida extra uterina autônoma

É de fundamental importância para a caracterização do infanticídio a comprovação da existência de vida extra uterina, que apresenta-se principalmente pela respiração autônoma do infante nascido ou recém-nascido.

Para a comprovação do nascimento com vida, ou seja, de que o ser humano respirou, utiliza-se obrigatoriamente um conjunto de provas denominadas docimásias (do grego: dokimos – eu provo). Estas provas se baseiam na existência de sinais de vida manifestadas sobretudo nas funções respiratórias e digestivos.

As docimásias podem ser divididas em: diretas, indiretas, não respiratórias e ocasionais.

a. Docimásias respiratórias diretas:

Denomina-se docimásias respiratórias diretas o conjunto de provas que visa verificar se o recém-nascido respirou, através da análise dos pulmões.

a.a. Docimásia hidrostática pulmonar de Galeno: essa é a mais prática, mais usada e mais antiga docimásia. Fundamenta-se na densidade do pulmão, e pretende diferenciar o pulmão de indivíduo que respirou, do pulmão do indivíduo que não respirou.

O pulmão fetal é compacto e tem densidade entre 1,040 e 1,092, possuindo, desta forma, uma densidade maior que a da água. Com a expansão provocada pela entrada de ar, os pulmões diminuem sua densidade, passando esta a ser de 0,700 a 0,800, apresentando-se flutuante quando imersos em água.

A prova hidrostática de Galeno, é realizada em quatro fases, iniciando-se pela ligadura da traquéia logo após a abertura do corpo e preparando-se um recipiente grande contendo um pouco mais de 2/3 de sua capacidade:

1ª fase – mergulha-se nesse recipiente o conjunto respiratório. Ocorrendo flutuação houve respiração, logo, existiu vida. Se ao contrário não houve flutuação, considera-se que esta fase foi negativa, impondo a fase seguinte.

2ª fase – Conservando-se o bloco na água, separam-se os pulmões e após secionar os hilos dos órgãos observa-se se há flutuação. Se os pulmões flutuarem por inteiro ou até a metade da água, houve respiração, no entanto se permanecem no fundo, considera-se que esta fase foi negativa, impondo a fase seguinte.

3ª fase - Ainda mergulhado na água, cortam os pulmões em pequenos fragmentos para verificar o comportamento de cada um deles, se afundarem, o pulmão não respirou; caso alguns fragmentos flutuem, houve respiração.

4ª fase - Os fragmentos são espremidos, sob a água, contra a parede do recipiente, ocorrendo o desprendimento de pequenas bolhas de ar junto com sangue, a prova se considera positiva.

Podemos concluir, se a primeira fase foi positiva, presume-se que o infante respirou satisfatoriamente. Se apenas a segunda e a terceira fases são positivas, houve uma respiração precária. Porém se somente a quarta fase foi positiva, a prova é duvidosa ou há presunção de raras incursões respiratórias. Se todas as fases são negativas, não houve respiração.

a.b. Docimásia tátil de Nério Rojas: Ao apalpar um pulmão que respirou, tem-se a sensação esponjosa e crepitação, caso não tenha respirado verifica-se uma consistência carnosa.

a.c. Docimásia óptica ou visual de Bouchut & Casper: Esta prova consiste na observação da superfície do pulmão. Nota-se no pulmão que não houve respiração um aspecto compacto, liso e uniforme, enquanto no que houve respiração assume um aspecto de mosaico alveolar, em decorrência de ocorrerem mudanças circulatórias que circunscrevem os lóbulos pulmonares.

a.d. Docimásia diafragmática de Ploquet: Com a abertura da cavidade toracoabdominal, observa-se o músculo diafragma horizontal, quando houve respiração; ao passo que este pode apresentar convexidade exagerada das hemicúpulas quando a respiração não ocorreu, essa convexidade é devido à pressão exercida pelas vísceras abdominais.

a.e. Docimásia óptica de Icard: A realização desta prova se realiza por meio de pequenos cortes de fragmento de pulmão, de dimensão reduzida, esmagado entre duas lâminas de modo a transformá-lo num esfregaço. Nos casos em que houve respiração, nota-se inúmeras bolhas de ar no esfregaço. Porém, esta prova não tem valor para pulmões putrefeitos, pois os gases da putrefação podem simular um resultado falsamente positivo.

a.f. Docimásia radiológica de Bordas: Trata da opacidade dos pulmões que não foram insulflados de ar, os diafragmas não são vistos, nem a silhueta cárdio-aórtica.

a.g. Docimásia histológica de Balthazard (ou de Bouchut-Tamassia): Consiste no exame microscópico do tecido pulmonar através da técnica histológica comum, podendo ser usada mesmo nos putrefeitos. No pulmão que respirou, a estrutura é histologicamente igual ao pulmão do adulto, ao passo que o pulmão que não respirou tem as cavidades alveolares colabadas.

Estando o pulmão em putrefação, o tecido pulmonar apresenta bolhas gasosas irregulares no tecido intersticial e as cavidades alveolares fechadas.

Se as fibras elásticas, quando examinadas pelo método de Weigert, demonstram, através de sua disposição citoarquitetônica se houve ou não distensão pela entrada de ar. Porém, se a putrefação inutilizou as fibras elásticas, esta prova poderá se realizar pelo método de Levi-Bilschowsky, impregnando-se o retículo fibrilar.

a.h. Docimásia hidrostática de Icard: Esta prova serve como complemento a docimásia pulmonar de Galeno, nos casos de dúvida, ou quando apenas a 4^a fase deu positiva, pois necessita de quantidade mínima de ar nos fragmentos de pulmão.

Icard preconizou duas provas: por aspiração; e por imersão em água quente.

Por aspiração: coloca-se os fragmentos do pulmão em um frasco cheio de água fria, em seguida, fecha-se esse frasco com uma borracha que possui um orifício central por onde passa uma cânula de uma seringa de metal. Puxa-se o êmbolo da seringa a fim de diminuir a pressão interna do frasco pela rarefação de seu ar, até obter-se um equilíbrio com o ar existente nos alvéolos do fragmento de pulmão no fundo do líquido. Assim, o pulmão aumenta de volume, diminui sua densidade e flutua, positivando, desta forma, a prova, provando ter havido respiração.

Por imersão em água quente: esta prova tem a mesma finalidade da anterior: a de dilatar o ar que se encontra nos alvéolos. Se fragmento de pulmão colocado em um reservatório de água quente flutuar, o resultado da prova é positivo, confirmando que houve respiração.

a.i. Docimásia epimicroscópica pneumo-arquitetônica de Hilário Veiga de Carvalho: Consiste no estudo da superfície externa do pulmão por meio do ultraopak. Para isto, o pulmão deve ser lavado em formalina, depositado em uma

placa de Petri, cortado em fragmentos, unido a uma gota de glicerina e visualizado com a lente objetiva de imersão. Quando houve respiração, as cavidades cheias de ar mostram-se arredondadas com refringência contrastada em fundo negro. O pulmão que não respirou, mostra apenas um fundo negro uniforme e sem imagens. No pulmão putrefeito, as bolhas são grandes, disformes e de distribuição irregular.

a.j. Docimásia química de Icard: Coloca-se um fragmento de pulmão da parte central de um lobo, que foi previamente lavado em álcool puro, em uma solução alcoólica de potassa cáustica a 30%. Inicialmente, o fragmento fica preso ao fundo do frasco, porém, se houve respiração, deverão se desprender bolhas de ar originadas do parênquima destruído pelo líquido. Se o pulmão estiver putrefeito, a dissolução da víscera será rápida e as bolhas grandes, decorrentes do enfisema putrefativo.

b. Docimásias Respiratórias Indiretas

Denomina-se docimásias respiratórias indiretas o conjunto de provas que visa verificar se o recém-nascido respirou utilizando-se para tanto, outros órgãos que não os pulmões, sendo que as mais utilizadas são:

b.a. Docimásia gastro-intestinal de Breslau: Fundamenta-se na existência de ar no tubo digestivo, ingressado por deglutição toda vez que o feto tenha respirado. Após forte ligadura acima do cárdia e na ampola íleo-cecal, secciona-se o tubo digestivo que é, então, retirado e colocado em um recipiente com água. Se houver flutuação é porque o feto respirou; se afundarem é porque não houve vida extra-uterina. Nos casos em que durante as manobras de ressuscitação houve insuflação de ar no estômago do feto, apenas este órgão flutuará, enquanto que o resto do tubo digestivo afundará na água.

b.b. Docimásia auricular de Vreden-Wendt-Gelé: Analisa-se a ocorrência de ar na cavidade do ouvido médio que lá ingressara através da tuba timpânica, desde que o recém-nascido tenha respirado. Consiste na punção da membrana

timpânica, com a cabeça do feto mergulhada na água, caso o mesmo tivesse respirado, surgirá uma bolha de ar que sobe até a superfície do recipiente.

b.c. Docimásia hemato-pneumo-hepática de Severi: Esta prova consiste em verificar as taxas de oxiemoglobina do sangue existente no pulmão e no fígado, se idênticas, significa que não houve hematose, logo, não houve respiração; pois se houvesse respiração, a taxa de oxiemoglobina no sangue pulmonar deveria ser obrigatoriamente mais elevada.

b.d. Docimásia pneumo-hepática de Puccinotti: Consiste na delimitação da quantidade sangüínea do fígado e do pulmão; pois o pulmão que respirou tem peso específico menor que o do fígado.

b.e. Docimásia plêurica de Placzek: Fundamenta-se no fato fisiológico de que quando houve respiração, deve haver, portanto, uma pressão negativa na cavidade pleural.

b.f. Docimásia traqueal de Martin: Esta prova realiza-se com ligação da traquéia na parte superior e coloca-se um manômetro bem sensível por corte transversal. Em seguida, faz-se pressão nos pulmões, e havendo ar em seu interior devido à respiração, o líquido do manômetro irá oscilar. Porém, esta prova não tem valor em pulmões putrefeitos.

b.g. Docimásia hematopulmonar de Zalesk: Consiste no estudo do conteúdo hemático dos pulmões, com a finalidade de estabelecer se houve ou não respiração.

b.h. Docimásia ponderal de Pulcquet: Esta prova baseia-se na diferença de peso relativo dos pulmões e do corpo do infante que respirou ou não.

b.i. Docimásia do volume d'água deslocado de Bernt: O diagnóstico da respiração, neste caso, é dado pelo grau de deslocamento do líquido quando neste estão imersos o pulmão e o coração.

c. Docimásias não Respiratórias

Trata-se de provas que se não se baseiam na respiração fetal, mas em outras atividades vitais desenvolvidas pelo recém-nascido, como a deglutição. Existem várias, mas as mais utilizáveis são:

c.a. Docimasia síalica de Dinitz-Souza: consiste na identificação de saliva no estômago do feto. A reação positiva é um indicativo de que existiu vida extra-uterina.

c.b. Docimasia alimentar de Bothy: consiste na identificação de leite ou outros alimentos no estômago do feto; referidos elementos não existem no natimorto. Porém, neste caso, é importante não confundir estes restos de alimentos com o induto sebáceo que pode ter sido deglutido pelo feto antes de nascer.

c.c. Docimasia bacteriana de Malvoz: Procura-se a presença de bactérias *Bacterium colli* como evidência de que houve respiração, porém, sua presença é um tanto contraditória, pois fala a favor da deglutição de alimentos do que propriamente à respiração.

c.d. Docimásia úrica de Budin-Ziegler: Esta prova será considerada positiva se forem encontrados uratos nos condutos renais, como marca da respiração do recém-nascido. Esses sedimentos se apresentam sob a forma de estrias amareladas dispostas radialmente na zona medular. Esta docimásia é baseada no conceito de que a presença de sedimentos de ácido úrico é muito comum naqueles que sobreviveram por um ou dois dias.

c.e. Docimásia do nervo óptico de Mirto: fundamenta-se no estado de mielinização do nervo óptico, a qual se inicia logo após o nascimento. Esta docimásia tem muito mais valor como determinante do tempo de sobrevivência do recém-nascido. Este fenômeno se inicia doze horas após o nascimento e se completa dentro de quatro dias aproximadamente.

d. Docimásias Ocasionais

Não se trata, de provas técnicas, mas de observações para cuja ocorrência se torna necessário que o feto tenha tido vida extra-uterina.

d.a. Corpos estranhos: A presença de corpos estranhos nas vias respiratórias do cadáver implica, necessariamente, que o feto tenha feito a sua inspiração, donde que tenha respirado.

d.b. Sinais de sobrevivência: como descamação cutânea; orla de eliminação peri-umbilical; dessecamento e mumificação do cordão umbilical.

d.c. Lesões traumáticas: Quando o feto apresenta lesões traumáticas com características inequívocas de terem sido produzidas "intra vitam", é irretorquível que o mesmo teve vida extra-uterina.

d.d. Presença de substâncias alimentares no tubo digestivo: a presença de substâncias fala a favor de vida extra-uterina; principalmente porque acredita-se que uma simulação dessa ordem é extremamente difícil.

4.6 Causa Jurídica da Morte

A morte natural do recém-nascido afasta o infanticídio, entretanto resta analisar se a morte ocorreu por causa acidental ou criminosa.

A morte acidental pode ocorrer antes, durante ou após a realização do parto.

Antes do parto a morte pode se dar em conseqüência de traumatismo direto sobre a parede abdominal.

Se a morte do infante se der durante o parto é necessário uma perícia cuidadosa afim de que não caracterize como infanticídio. Entre as causas acidentais durante o parto, as mais comuns estão: a asfixia por deslocamento prematuro da placenta, por enrolamento do cordão no pescoço, penetração de líquidos nas vias respiratórias e a pressão da cabeça em bacias maternas.

A morte do infante também pode ocorrer após o parto, em decorrência por exemplo de hemorragia do cordão, traumatismo nos partos de surpresa.

As causas criminais da morte do recém-nascido são as de maior interesse para o médico legista. Podem ser produzidas pelas mais diversas modalidades de energia, como as energias mecânicas, por contusão, compressão, ação de objetos perfurantes, pérfuro-cortantes e corto-contundentes. As energias de ordem físicas por combustão e queimaduras, e as energias físicas químicas por estrangulamento, esganadura, soterramento e afogamento.

4.7 Estado Somatopsíquico da Parturiente

Elemento de fundamental importância para a configuração do infanticídio é o exame psíquico da parturiente, no qual averigua-se a presença de perturbações psicológicas capazes de levá-la a matar seu próprio filho.

No entanto a eficácia dessa perícia torna-se difícil, pois muitas vezes sua realização se dá muito tempo após o crime, desaparecendo assim vestígios de perturbação psicológica na mulher, que muitas vezes pode apresentar-se de forma momentânea.

Conforme entendimento de Genival Veloso de França o exame pericial do estado mental da infanticida deve apurar:

1. Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
2. Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho;

3. Se ela se lembra ou não do ocorrido ou se simula;
4. Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas conseqüências surgiram no decorrer do parto;
5. Se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto ou logo após, foi capaz de levá-la a praticar o crime.⁴⁷

4.8 Exame de Parto Progresso

A doutrina entende ser necessário e indispensável para a configuração do delito, que a perícia determine a recentidade do parto.

Para a realização desse diagnóstico leva-se em conta o estado geral, o aspecto dos órgãos genitais externos, a presença de corrimento genital, o exame dos órgãos genitais internos pelo toque, a presença de colostro ou leite, as paredes abdominais com vergões e pigmentação clássica e os exames de laboratório para comprovação dos lóquios, induto sebáceo, colostro, leite e mecônio.

⁴⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2000. p. 250-251.

5 DISTÚRBIOS PSIQUIÁTRICOS PUERPERAIS

O risco de ocorrência de distúrbios psiquiátricos no período pós-natal é maior do que em qualquer outra fase da vida das mulheres.

O nascimento de um filho, traz consigo uma exigência cultural, social, familiar e pessoal, de que a mãe esteja feliz e apta a desenvolver suas funções maternas de forma adequada. Exige-se que a mãe seja uma boa mãe, não importando que esteja passando por uma fase de mudanças, desencadeadas por vários fatores tais como: alterações hormonais, mudança na imagem corporal, adaptação ao seu novo papel, estruturação da relação conjugal, modificação da vida familiar, o afastamento temporário de uma carreira profissional.

Todo os rituais e tabus em relação a proteção e cooperação à mulher durante o período do puerpério, foram abandonados, implicando com isso uma menor atenção familiar e social a mãe nesse período de grande adaptação.

Todos estes fatores faz com que a mulher fique mais vulnerável a distúrbios psiquiátricos no período pós parto.

Estudos revelam que as primipáras têm um risco trinta e cinco vezes maior de apresentarem um distúrbio psicótico nos trinta dias após o parto do que em qualquer outro período anterior. Os três primeiros meses após o parto são o período de maior risco de a mulher sofrer uma internação psiquiátrica. No primeiro mês o risco é oito vezes maior do que em outros períodos. Do segundo ao décimo segundo mês, o risco é duas vezes maior. Aproximadamente setenta por cento das mulheres internadas por distúrbio psiquiátrico puerperal não possuem uma história prévia de doença mental.

Alguns autores entendem que os distúrbios psiquiátricos puerperais constituem entidades psiquiátricas distintas, entretanto vários estudos indicam

que as psicoses puerperais não são diferentes das psicoses em geral, exceto em relação ao evento precipitante, à chance de um episódio futuro e alguns sintomas iniciais como por exemplo, presença de confusão mental e menor retardo psicomotor.

A Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10 considera que os distúrbios psiquiátricos relacionados ao puerpério, podem ser classificados entre transtornos psiquiátricos usuais sem relação com o período pós- parto.

Apesar de alguns estudos contrários, são destacados como fatores de risco para o desenvolvimento dos distúrbios mentais no período pós natal: gravidez indesejada, primipariedade, complicações obstétricas, ausência de aleitamento materno, desemprego materno e ou paterno, conflitos conjugais, baixo nível socioeconômico, ausência de suporte da família e amigos, história patológica, pregressa e familiar de transtornos do humor.

Os distúrbios puerperais podem ser classificados em três grandes grupos: blues puerperal ou síndrome da tristeza pós-parto, depressão puerperal ou depressão neurótica pós-parto, psicoses puerperais ou distúrbios afetivos psicóticos-puerperais.

5.1 Blues Puerperal ou Síndrome da Tristeza Pós-Parto

Os sintomas da blues puerperal na maioria dos casos são as variações de humor, com tendência à depressão, crises de choro, hipersensibilidade, emotividade exacerbada, tristeza, ansiedade, fadiga, cefaléia e também preocupações excessivas com a saúde do bebê e com amamentação.

Contudo, isto pode contrastar com a realidade vivida com a presença do bebê, gerando vivências conflitivas, constrangimentos, sentimentos de culpa e de

auto reprovação na mente da mãe e muitas vezes a situação é agravada pelo pouco entendimento pelos familiares.

O blues pode raramente apresentar sintomas mais sérios do que simples tendência e oscilações depressivas do humor, como por exemplo, ideação hipocondríaca, insônia, desrealização e despersonalização.

Os sintomas costumam-se iniciar nos primeiros dias após o parto e remitir em duas semanas aproximadamente, sem deixar seqüelas.

A etiologia, ou seja, sua causa ainda é desconhecida, mas pode estar relacionada às intensas alterações hormonais que ocorrem nesse período. Acredita-se também que o blues pode estar associado à perda ou diminuição de apoio social.

A síndrome de tristeza pós parto é auto limitada e benigna. Seu tratamento consiste principalmente em esclarecimento, compreensão e apoio.

5.2 Depressão Puerperal ou Depressão Neurótica Pós-Parto

Os principais sintomas são tristeza, perda de prazer, humor depressivo, choro lábil, estados mentais instáveis, anorexia, dificuldade de concentração e memorização, redução do interesse sexual, ideação suicida, insônia, auto-acusações e reprovações, sentimentos de não ser boa mãe para cuidar de seu bebê, amamentá-lo ou amá-lo. A mãe torna-se mais voltada para si, com dificuldade de estabelecer a experiência gratificante de mutualidade e de acompanhar o desenvolvimento do bebê.

Aqui também está presente, e de forma mais intensa o conflito entre a vivência do estado depressivo contrastando com a situação de realidade de ter um filho saudável e desejado, agravado pelas incompreensões e cobranças até hostilidades de maridos, além de familiares.

Nos casos de maior comprometimento é necessário considerar o risco maior da depressão que é o suicídio ou tentativas neste sentido, tenham ou não sido verbalizados ou explicitados pela parturiente.

A depressão puerperal apresenta-se em quadros mais duradouros e mais estruturados psicopatologicamente, podendo cronificar-se, se não bem orientados, com conseqüências não só para mãe, mas também para o desenvolvimento emocional e cognitivo de seu filho.

É necessário diferenciar o transtorno depressivo do blues com a depressão puerperal. Apesar dos sintomas iniciais do distúrbio depressivo ser semelhantes aos do blues, este tem início mais precoce, de duração limitada, relativamente benigno, e não há necessidade de tratamento específico.

O início do quadro depressivo ocorre, na maioria das vezes, nas duas primeiras semanas após o parto.

Apesar do grande volume de pesquisas relativas aos distúrbios de humor nos últimos anos, no que tange a sua etiologia, permanece no terreno das hipóteses. A depressão tem sido pesquisada dentro de uma perspectiva multifatorial, envolvendo fatores biológicos, predisposição familiar, hereditária e temperamental, variações caracterológicas, mediadores demográficos e estresses psicossociais.

Os fatores de risco conhecidos para a depressão pós-parto sem sintomas psicóticos são primariamente psicossociais, como a ausência de apoio familiar, eventos estressantes, relacionamento conjugal insatisfatório, pobreza relativa, dificuldades obstétricas, alterações psiquiátricas durante a gravidez, particularmente, humor deprimido, ansiedade e disforia e história psiquiátrica prévia.

Apesar de amplos estudos sobre os hormônios esteróides no puerpério, além da presença de hipotireoidismo em algumas portadoras de depressão pós-parto, há poucas evidências que suportem uma base biológica para sua etiologia.

No entanto pesquisas mostram que cerca de quatro por cento das mães apresentam alterações de humor leve associada a uma disfunção tireoidiana nos primeiros oito meses após o parto e um por cento apresenta episódio depressivo maior.

Os casos mais leves de depressão pós-parto duram em torno de trinta dias, e se resolvem espontaneamente, e os mais graves persistem até por dois anos.

A depressão pós-parto acomete entre quinze a vinte e cinco por cento de todas as parturientes, entretanto esta incidência pode revelar-se ainda maior, considerando que boa parte das mulheres não procuram ajuda.

Diferentemente da tristeza pós-parto, que não requer ação médica especializada, o tratamento da depressão pós-natal pode ser psicológico e ou medicamentoso. Na maioria das vezes escolhe o tratamento psicológico através de acompanhamento por profissionais habilitados, até a remissão completa do quadro depressivo. No entanto nos casos mais severos e duradouros da depressão é necessário o tratamento a base de antidepressivos.

5.3 Psicoses Puerperais ou Distúrbios Afetivos Psicóticos-Puerperais

As psicoses puerperais são perturbações mentais graves onde há uma alteração fundamental do humor acompanhada de importante alteração do teste de realidade, ideação delirante de caráter depressivo ou persecutório, alucinações auditivas e visuais, desagregação do pensamento e além de agitação psicomotora eventual.

Iniciam-se de forma abrupta nas duas ou três primeiras semanas pós-parto.

O conteúdo destas alucinações e delírios é referente à gravidez, parto e ao neonato. Há uma negação do ocorrido e grande agressividade e hostilidade dirigidas à criança.

Em casos de maior comprometimento psicopatológico e de maior desagregação da personalidade, há riscos de agressões e até morte da criança por parte do mãe, sendo necessário nestes casos separar o bebê desta mãe, embora se saiba que isto possa contribuir para a manutenção da doença. A prioridade é resguardar a vida do bebê e com decorrer do tratamento procura fazer a reaproximação aos poucos, mas sempre sob a vigilância cuidadosa e constante de profissionais habilitados.

Entretanto, em casos de menor comprometimento, recomenda-se que a mãe e o bebê fiquem juntos na instituição psiquiátrica, sempre com acompanhamento constante, devendo observar esse mesmo cuidado para tratamento domiciliar.

Os fatores de risco da psicose puerperal são os seguintes: ser mais freqüentes em primipáras, episódios ou surtos psicóticos pessoais anteriores, relacionados ou não à puerperalidade, história familiar de doença mental.

Acredita-se que as alterações hormonais que seguem o parto precipitam o distúrbio de humor em mulheres geneticamente predispostas.

O tratamento psiquiátrico é feito à base de neurolépticos, antidepressivos e ansiolíticos, dependendo de cada caso.

Assim que os sintomas remitem, ou seja, tendo uma evolução favorável, é importante a indicação de uma psicoterapia individual ou familiar.

6 INFANTICÍDIO NO DIREITO COMPARADO

6.1 Análise dos Dispositivos Legais

6.1.1 *Infanticídio como Homicídio Simples*

O atual Código da Espanha eliminou o crime de infanticídio, passando tipificar a conduta de infanticida como homicídio doloso simples, com pena de prisão de dez a quinze anos.

Artículo 138 – El que matare a outro será castigado, como reo de homicídio, com pena de prisión de diez a quince años.⁴⁸

Outras legislações como a Inglaterra, Turquia, Egito, Mônaco e Groelândia, também não fazem qualquer menção quanto ao crime de infanticídio, considerando como crime de homicídio a morte do nascente.

6.1.2 *Infanticídio como Tipo Privilegiado do Homicídio*

O infanticídio é considerado para algumas legislações uma figura derivada do homicídio doloso.

O Código Penal do Paraguai tipifica a conduta infanticida como um tipo privilegiado do homicídio. Desta forma ao tratar do homicídio doloso, dispõe sobre a conduta infanticida, cominando sua pena de forma atenuada.

⁴⁸ Art. 138 – Aquele que matar ao outro será castigado como réu de homicídio, com pena de prisão de dez a quinze anos.

Artículo 105 – Homicídio doloso:

§ 3º - Se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando:

II - una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto.⁴⁹

Se aplicará uma pena privativa de liberdade de até cinco anos, punindo também a tentativa, quando uma mulher matar seu próprio filho durante ou imediatamente após o parto.

6.1.3 Infanticídio como Crime Autônomo

As legislações do Chile, Colômbia e da República Dominicana consideram o infanticídio como uma figura autônoma e privilegiada, mas não mencionam nenhum critério para invocar esse privilégio.

O Código Penal do Chile estende esse privilegio não só a favor da mãe, como também do pai e dos demais descendentes legítimos ou ilegítimos, que matam o filho ou descendente, dentro das quarenta e oito horas depois do parto.

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 matam al hijo o descendiente, y serán penados com presidio mayor em sus grados minimo a medio.⁵⁰

O atual Código Penal da Colômbia dispõe sobre a mãe que durante o nascimento ou dentro dos oito dias seguintes matar seu próprio filho, fruto de acesso carnal violento ou abusivo ou de inseminação artificial não consentida.

⁴⁹ Art. 105 – Homicídio doloso: § 3º Se aplicará uma pena privativa de liberdade de até cinco anos e se castigará a tentativa quando:

II – Uma mulher matar seu filho durante ou imediatamente depois do parto.

⁵⁰ Art. 394 – Cometem infanticídio o pai, a mãe e os demais ascendentes legítimos ou ilegítimos que dentro de quarenta e oito horas depois do parto matam o filho ou descendentes, e serão apenados com prisão em seu grau maior em seus graus mínimo a médio.

Art. 328 - Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.⁵¹

O Código Penal da República Dominicana sem fazer qualquer menção ao critério, ao lapso temporal e a distinção sancionatória em relação a qualidade do sujeito ativo, dispõe: aquele que mata criança recém-nascida é réu de infanticídio.

Art. 300 - El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio.⁵²

6.1.4 Adoção do Critério Fisiopsicológico

Outras legislações, além do Brasil, adotaram o critério fisiopsicológico, dentre elas podemos destacar a legislação de Guatemala, de Peru, de Portugal e da Venezuela.

O Código Penal de Guatemala, mencionando o critério fisiopsicológico, dispõe sobre a mãe que mata o seu próprio filho durante o parto ou sob “a influência do estado puerperal”. Podemos perceber pela disjuntiva “ou” entre as expressões durante o parto ou sobre “a influência do estado puerperal”, que a mãe que mata seu próprio filho durante o parto mesmo não estando sobre “a influência do estado puerperal”, responde por infanticídio. É importante salientar que este privilégio alcança os avós maternos, desde que, cometerem o delito com a finalidade de ocultar desonra da mãe. A pena imposta à mãe é idêntica para os avós.

⁵¹ Art. 328 – Morte do filho fruto de relação carnal violenta ou abusiva ou de inseminação artificial não consentida. A mãe que durante o nascimento ou dentro de oito dias subsequentes matar seu filho, fruto de relação carnal violenta ou abusiva ou de inseminação artificial não consentida incorrerá em prisão de um a três anos.

⁵² Art. 300 – Aquele que mata uma criança recém-nascida, se faz réu de infanticídio.

Art. 303 - La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el part o estando todavia bajo la influencia del estado puerperal, será castigada com três años de prisión correccional.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que para ocultar la deshora de la madre, dierem muerte al recién nacido.⁵³

Da mesma forma o Código Penal do Peru utilizou-se da disjuntiva “ou”, ao dispor sobre a mãe que mata o seu filho durante o parto ou sob “a influência do estado puerperal”. Não obstante este privilégio será alcançado a mãe que matar o filho durante o parto, mesmo não estando acometida da “influência do estado puerperal”. Este privilégio somente pode ser concedido a mãe.

Art. 110 - La madre que mata su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida com pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o com prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento e cuatro jornadas.⁵⁴

Diversamente da legislação de Guatemala e de Peru, o Código Penal de Portugal dispõe sobre o infanticídio como sendo a conduta da mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora, impondo assim, a necessidade do nexo causal entre a conduta e a influência perturbadora do parto.

Art.136 - 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 um a cinco anos.

O atual Código Penal da Venezuela, implicitamente adotou o critério fisiopsicológico, dispondo sobre a mãe que impulsionada por motivos intimamente ligados ao seu estado, que lhe produzam incontestável alteração psíquica, matar o seu filho durante o nascimento ou antes de completar três dias, sendo a

⁵³ Art. 303 – A mãe que intencionalmente mata seu filho depois do parto ou estando todavia sobre a influência do estado puerperal será castigado com três anos de prisão correccional. Com a mesma pena incorrerá os avós maternos que para ocultar a desonra da mãe matarem o recém-nascido.

⁵⁴ Art. 110 – A mãe que matar seu filho durante o parto ou sob a influência do estado puerperal, será punida com pena privativa de liberdade não inferior a um ano e nem superior a 4 anos, ou com prestação de serviço comunitário de cinquenta e duas a cento e quatro jornadas.

conduta sancionada com prisão de dois a oito anos. Este benefício somente pode alcançar a mãe.

Art. 129 - La madre que impulsada por motivos intimamente ligados a su estado, que le produzam indudable alterción psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haja cumplido tres días, será sancionada com prisión de dos a ocho años.⁵⁵

6.1.5 Adoção do Critério Psicológico

Dentre as legislações que adotaram o critério psicológico, podemos destacar as legislações da Argentina, da Bolívia, do Equador, de Honduras, do México, da Nicarágua, de El Salvador e do Uruguai.

O Código Penal da Argentina, embora aparentemente pareça ter adotado os dois critérios, na realidade adotou apenas o critério psicológico, usando o “estado puerperal”, apenas para delimitar o período que o sujeito ativo pode praticar o delito.

Todavia é evidente a intenção do legislador pois o crime tem por finalidade ocultar a desonra da mãe, podendo ocorrer durante o nascimento ou enquanto se encontrar sob “a influência do estado puerperal”.

Para ficar ainda mais claro a intenção do legislador, este privilégio alcança aos ascendentes e colaterais, caso fosse outra a intenção haveria aqui um grande contra senso.

Art. 81, § 2º - Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a seis años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para

⁵⁵Art.129: A mãe que impulsionada por motivos intimamente ligados ao seu estado, que produzir sem dúvida alterações psíquicas, matar seu filho durante seu nascimento ou antes de que tenha completado três dias, será sancionada com prisão de dois a oito anos.

ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.⁵⁶

O Código Penal da Bolívia de forma explícita adotou o critério psicológico, ao empregar a expressão “para encobrir sua fragilidade ou desonra” à mãe que causar a morte de seu próprio filho durante o parto ou até três dias depois.

Art. 258 - La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días despues, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años.⁵⁷

Da mesma forma, o Código Penal do Equador explicitamente dispõe sobre a mãe que, para ocultar sua desonra, mata o filho recém-nascido. O legislador aqui, é omissivo quanto ao lapso temporal.

Art. 429 - La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién-nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de 3 a 6 años.⁵⁸

O Código Penal de Honduras, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mãe que, para ocultar desonra, der causa à morte do filho que ainda não completou três dias. Este benefício alcança os avós maternos, desde que tenham matado a criança para ocultar desonra da mãe, porém, a pena será superior àquela prevista para os casos em que o sujeito ativo é a própria mãe.

Art. 408 - La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido três dias, será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de presidio mayor en su grado mínimo. Fuera de estos casos, el que matare a un recién

⁵⁶ Art. 81 § 2º - Se impondrá reclusão de até três anos ou prisão de seis meses a seis anos à mãe que para ocultar sua desonra matar seu filho durante seu nascimento ou enquanto se encontrar sob a influência do estado puerperal. E aos pais, irmãos, maridos e filhos que para ocultar desonra de sua filha, irmã, esposa, ou mãe, cometem o mesmo delito.

⁵⁷ Art. 258 – A mãe que para encobrir sua fragilidade ou desonra causar morte ao seu filho durante o parto ou até três dias depois, incorrerá em privação de liberdade de um a três anos.

⁵⁸ Art. 429 - A mãe que para ocultar sua desonra matar seu filho recém-nascido, será reprimida com pena de reclusão menor de três a seis anos.

nacido, incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato.⁵⁹

O Código Penal do México implicitamente adotou o motivo de honra, exigindo para a concessão do benefício que a mãe não tenha má fama, que tenha ocultado sua gravidez, que o nascimento não se tenha tornado público nem inscrito no registro civil, e que a criança seja filho ilegítimo. Exige-se ainda para a caracterização do delito que a morte ocorra dentro de setenta e duas do nascimento da criança. Somente a mãe pode ser beneficiada, entretanto no Código anterior (art.325), o benefício era estendido aos descendentes consangüíneos, porém, com previsão sancionatória superior àquela onde o sujeito ativo é a própria mãe.

Art.256 - Se impondrán de três a cinco años de prisión a la madre que diere muerte a su próprio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- I. Que no tenga mala fama;
- II. Que haya ocultado su embarazo;
- III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro civil; y
- IV. Que el infante no sea legítimo.

Si en el infanticidio tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponde se le suspenderá de uno a tres años en ejercicio de su profesión.⁶⁰

O Código Penal da Nicarágua, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mulher de boa fama que, para ocultar sua desonra, mata seu filho dentro de 24 horas do nascimento. O benefício é estendido aos avós, nas mesmas condições, porém com apenação superior.

⁵⁹Art. 408 - A mãe que para ocultar sua desonra matar seu filho que não tenha completado três dias, será castigada com pena de prisão menor em seu grau máximo. Os avós maternos que para ocultar a desonra da mãe cometerem este delito, com pena de prisão maior em seu grau mínimo. Fora estes casos, quem matar um recém-nascido, incorrerá, segundo os casos, nas penas de (parricídio) ou de assassinato.

⁶⁰ Art.256 – Se impondrá de três a cinco años de prisión a la madre que matar seu próprio filho dentro de setenta e duas horas de nacido, siempre que concurren las siguientes circunstancias. I. Que não tenha má fama, II Que tenha ocultado a gravidez, III. Que o nascimento do infante tenha sido oculto e não tenha sido inscrito no Registro Civil, IV. Que o infante não seja legítimo. Se o infanticídio tiver participação de um médico cirurgião, auxiliar ou parteira, além da pena privativa correspondente se suspenderá de um a três años o ejercicio de su profesión.

Art. 359 - La mujer de buena fama que, por ocultar su deshonra, matare a su hijo, dentro de las veinter cuatro horas de haver nacido, sufrirá la pena de prisión. Si el delito fuere cometido por los abuelos, en las mismas circunstancias, la pena será presidio en primero grado.⁶¹

O Código Penal de EL Salvador adotando de forma explicita o critério psicológico dispõe sobre a mãe que matar o filho que ainda não completou quarenta e oito horas de nascido. O privilégio alcança os avós maternos, porém com previsão sancionatória superior à própria mãe.

Art.363 - La madre que por ocultar su deshonra, matare al hijo que no haya cumplido cuarenta y ocho horas de nacido, será castigada com três años de prisión mayor.
Los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito, en el término del artículo anterior, sufrirán la pena de cuatro años de presidio.⁶²

O Código Penal do Uruguai, apesar de ter adotado o critério psicológico, não tratou do delito como verdadeiro tipo autônomo e sim, como uma atenuante especial do homicídio. É o que se verifica pela análise do artigo 313, assim se o homicídio doloso for cometido contra recém-nascido com menos de três dias, para salvar a própria honra ou a honra de parente próximo, responderá por homicídio, com a pena atenuada.

Art. 313 - Si el delito previsto en el artículo 310 (homicidio intencional) se cometiera sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado com seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.⁶³

⁶¹ Art. 359 – A mulher de boa fama que, para ocultar sua desonra, matar seu filho, dentro das vinte e quatro horas depois de nascido, sofrerá na pena de prisão. Se o delito for cometido pelos avôs nas mesmas circunstâncias, a pena será de prisão em primeiro grau.

⁶² Art. 363 – A mãe que para ocultar sua desonra, matar seu filho que não tenha completado quarenta e oito horas de nascido, será castigada com três anos de prisão maior. Os avós maternos que, para ocultar a desonra da mãe, cometerem este delito, com a finalidade do artigo anterior, sofrerá na pena de quatro anos de prisão.

⁶³ Art. 313 – Se o delito previsto no artigo 310 (homicídio intencional) for cometido em face da pessoa de uma criança menor de três dias, para salvar desonra própria ou do cônjuge ou parente próximo, será castigado com seis meses de prisão a quatro anos de penitenciaría . Se entende por parente próximo os pais, os filhos legítimos ou naturais, reconhecidos ou declarados como tais, adotivos, avôs, netos e também os irmãos legítimos.

7 INFANTICÍDIO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

O Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial, elaborado pela Comissão designada pela Portaria nº 518, de 06 de setembro de 1983, foi publicado primeiramente pela Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, e posteriormente pela Portaria nº 790, de 27 de outubro de 1987.

A Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984 do Ministério da Justiça, modificou, especificamente, o delito de infanticídio incluindo a *honoris causa*, além do “estado puerperal”:

Art.123 – Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência deste e para ocultar desonra própria:
Pena: Reclusão, de dois a seis anos.
Parágrafo único – Quem concorre para o crime incide nas penas do art.121 e parágrafos.”

No entanto, a Portaria nº 790, de 27 de outubro de 1987, revelou outro texto:

Art.123 – Matar o próprio filho, durante ou logo após o a parto, sob influência perturbadora deste ou para ocultar desonra própria.
Pena: Reclusão, de dois a seis anos.
§ único – Quem concorre para o crime incide nas penas do art.121 e parágrafos.

Pode-se observar que o novo texto traz a expressão “sob a influência perturbadora do parto” em lugar da menção “sob influência do parto”, trazendo a idéia do desequilíbrio psicológico sofrido pela parturiente em consequência do parto.

Outra mudança que também podemos observar é a inclusão da *honoris causa* no texto do artigo, criando a alternatividade de condições para a caracterização do delito. Assim poderá invocar o privilégio do art. 123 do Código Penal, a mãe que mata seu próprio filho logo após o parto sob a influência perturbadora do parto, como aquela que mata com o intuito de salvar sua própria

honra. Dessa maneira, tanto o critério psicológico como o fisiopsicológico foram utilizados para a conceituação do delito, de forma alternativa.

Em relação a co-autoria, houve uma alteração no que concerne a punição, passando a responder por homicídio aquele que concorre de qualquer maneira para a prática do crime, acabando assim a injustiça do partícipe ou co-autor acobertar-se sob o privilégio do infanticídio.

Esta nova conceituação do infanticídio não trouxe uma solução definitiva para as divergências de interpretações doutrinárias e consequentemente jurisprudenciais.

Se analisarmos o novo texto observamos que nem mesmo a expressão “logo após o parto”, foi alterada, continuando desta forma as divergências de interpretações doutrinárias e jurisprudências, variando o entendimento de que a expressão se refere a um período que dura alguns dias até a noção de que o intervalo de tempo se estende enquanto perdurar a influência do chamado “estado puerperal”, e ainda existe o entendimento de que a questão deva ser remetida ao Poder Judiciário para que este a resolva.

Buscando dirimir as dúvidas sobre o critério fisiopsicológico, a comissão revisora do Anteprojeto ao Novo Código substituiu a expressão “sob a influência do estado puerperal” pelo enunciado “sob a influência perturbadora do parto”, no entanto, estas duas expressões traz consigo o mesmo significado, ou seja que o parto pode ocasionar na mulher perturbações psíquicas, capaz de levar a mulher eliminar a vida de seu próprio filho. Esta expressão também gera muita divergência entre os doutrinadores, como já vimos.

Diante das modificações ocorridas na sociedade, onde a mulher foi liberada de antigos preconceitos, não parece acertada a inclusão da *honoris causa*, pois não mais constituem em objeto de reprovação social e censura moral, ser a vítima fruto de uma gravidez ilegítima, incestuosa ou adúltera, não importando também ser a mãe solteira, casada, viúva, divorciada, abandonada ou amigada. Mesmo que venha ser motivo de reprovação social para determinadas sociedades em

que não ocorreu a evolução em seus costumes, não justificaria este privilégio em face da preservação da vida do nascente ou neonato, pois há uma desproporção entre a valoração atribuída à honra sexual da mulher e a conferida à frágil existência humana.

Uma outra mudança que ocorreu no Anteprojeto ao Novo Código Penal foi a fixação da pena. O atual Código Penal prevê a pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos para o ato ilícito, enquanto o Anteprojeto ao Novo Código Penal fixa a pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis anos).

Para realizar uma reforma na parte especial do Código Penal é necessário o conhecimento de questões que têm sido objeto de discussões ou discordâncias a nível jurisprudencial. Assim é fundamental que essas discordâncias contida no art. 123 do Código Penal, sejam solucionadas a nível legislativo.

8 CONCLUSÃO

Existem dois fundamentos na legislação para considerar o infanticídio um delito privilegiado: o critério psicológico “*honoris causa*” e o critério fisiopsicológico “estado puerperal”.

O primeiro desses fundamentos, iniciou-se com um movimento entre os filósofos do direito natural, durante o século XVIII, sob o argumento de que esse crime não era cometido por perversidade e sim pela necessidade de a mulher defender a sua honra sexual.

O critério da “*honoris causa*” ocorre quando o fato é cometido pela mãe para ocultar desonra própria.

Percebe-se nos dias atuais uma enorme desproporção de valores, pois é um absurdo, em uma sociedade moderna, a mãe tirar a vida de seu próprio filho para salvar sua honra. O direito à vida do nascente ou recém-nascido seria mitigado pelo motivo de honra.

Levando-se em consideração que ainda há expressiva camada da população no país em que a cultura e os costumes não evoluíram, devido a vários fatores, como por exemplo a religião, a gravidez de mulheres solteiras, viúvas, divorciadas pode ainda ser motivo de desonra à mulher e de indignação para a sociedade, mas mesmo nestes casos não se justifica a morte de uma criança indefesa, pois o direito à vida deve ser respeitado acima de tudo.

Relativamente à segunda justificativa, o Código Penal atual, adotou em seu art. 123, o critério fisiopsicológico para a caracterização do delito. Esse critério tem trazido muita discussão no âmbito jurídico, devido à má estruturação do tipo penal.

O legislador usou o termo “influência do estado puerperal”, referindo-se a este como uma patologia específica, porém no âmbito da medicina não existe patologia denominada “estado puerperal”. Verificou-se após pesquisa que existem os Distúrbios Psiquiátricos Puerperais, que se dividem em Blues Puerperal, Depressão Puerperal e Psicoses Puerperais e que podem acometer a parturiente.

A mulher, como ser biológico, carrega consigo a responsabilidade e a probabilidade de, eventualmente, tornar-se o ambiente propício para o desenvolvimento de um novo ser humano. A gravidez e o parto geram grandes transformações, não só em seu organismo, mas também em seu psiquismo e em seu papel sócio-familiar, fazendo com que ela fique mais vulnerável a distúrbios psiquiátricos nesse período.

Para a mãe ser beneficiada com o privilégio do art. 123 do Código Penal, será necessário que fique constatado pela perícia médica que ela estava sob a influência de perturbação psíquica, no momento do crime.

É evidente a má formulação do tipo penal, devido à grande discussão e divergência por parte da doutrina e da jurisprudência no que concerne a sua interpretação.

Quanto ao elemento temporal “durante ou logo após o parto”, a primeira expressão “durante” não traz maiores dificuldades na interpretação, que significa dizer enquanto estiver ocorrendo o parto. Mas a segunda expressão “logo após” gera inúmeras interpretações diferentes. O melhor entendimento é considerar esse período “logo após” como sendo todo o período em que a parturiente permanecer sob a influência dos distúrbios psiquiátricos.

Diante da formulação típica desse crime em nossa legislação, não há como fugir à regra do art. 30, uma vez que “a influência do estado puerperal” é elementar do crime de infanticídio e, sendo elementar torna-se comunicável ao co-autor ou partícipe.

Essa comunicabilidade é sem dúvida injusta, pois somente a parturiente pode sofrer perturbações psíquicas puerperais, e para ser beneficiada desse privilégio, deve ficar comprovado essa perturbação. Uma eventual eliminação da figura autônoma do infanticídio, transformando-o em tipo privilegiado do homicídio, acabaria com o problema da co-autoria.

O Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial publicado pela Portaria nº 790, de 27 de outubro de 1987, prevê a incriminação do infanticídio com base nos dois critérios, fisiopsicológico “estado puerperal” e o psicológico “*honoris causa*”.

O direito deve sempre atender as necessidades sociais, uma reforma exige não somente a atualização, pura e simples, das figuras criminosas, mas a adequação com a realidade da vida moderna e com a evolução dos costumes.

A inclusão da “*honoris causa*”, no tempo em que vivemos, parece não ter cabimento, devido à desproporção entre a valoração atribuída à honra sexual da mulher e a conferida à frágil existência humana.

Conclui a monografista que é necessário que o crime de infanticídio seja revisto no ordenamento jurídico brasileiro, para que possam ser sanadas estas obscuridades, que levam a muitas injustiças na sociedade.

Portanto, a expressão de que valeu-se o legislador “sob a influência do estado puerperal” poderia ser alterada para “distúrbios psiquiátricos puerperais”. Assim acabaria de uma vez a dúvida sobre sua existência, pois estes distúrbios estão classificados na CID-10 - (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BRASIL. **Código penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte especial – crimes contra a pessoa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. t. 4.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito dos mortos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

COUTINHO, Tadeu; COUTINHO, Conrado Milani. Depressão pós-parto. **Femina**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 7, p. 571-577, ago.1999.

CROCE, Delton. **Manual de medicina legal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 11. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980, v. 2.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GUARIENTO, Antonio; MAMEDE, João Alberto Vilar. **Medicina: materno-fetal**. São Paulo: Atheneu, 2001. v. 2.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

_____; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 5.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

_____. **Direito penal**: parte especial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. Néelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 5, p. 5-7, dez./jan. 2001.

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

MALDONADO, Maria T. P. **Aspectos psicossomáticos do ciclo gravido – puerperal e a importância do trabalho interprofissional de psicólogos e obstetras**. 1974. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.

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

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 4.

MEDICI, Filho Atugasmin. O infanticídio e o novo código penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.140, n.518, p.360-363.nov.1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2001.

_____, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra a pessoa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 2.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria forense**: noções básicas. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

PIAZZETA, Naele Ochoa. Aborto e infanticídio. **Consulex - Revista Jurídica**, Brasília, 2001, n. 109, p. 32-35, jul. 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 138. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.2.

ROCHA, Fábio Lopes. Depressão puerperal- revisão e atualização. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**. Rio de Janeiro, 1999, v. 48, n. 3, p. 105-114, mar. 1999.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.