

MICHELLE BAESE CAETANO

**A INVESTIGAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL NA
APURAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG

2010

MICHELLE BAESE CAETANO

**A INVESTIGAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL NA
APURAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO**

Monografia apresentada à banca examinadora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Msc. Dário José Soares Júnior.

FIC - CARATINGA

2010



SOCIEDADE PRESBITERIANA DE EDUCAÇÃO E PESQUISA
FIC - Faculdades Integradas de Caratinga
Credenciadas pela Portaria 1644 de 20/10/2000 MEC
Curso: DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada:

A INVESTIGAÇÃO DO ESTADO QUEREMEL NA
APURAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Elaborada pelo Aluno: MICHELLE GHESE CAETANO

Foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Caratinga, 22 de Novembro de 2010

D - -
Orientador

Ribeirão
Examinador 1

[Assinatura]
Examinador 2

“Apliquei o coração a conhecer a sabedoria e a saber o que é loucura e o que é estultícia, e vim a saber que também isto é correr atrás do vento”.

(Eclesiastes 1:17)

Dedico este momento de alegria aos meus pais, pelo amor incondicional, força, carinho e atenção dispensados a mim durante toda a minha vida. Eu amo vocês!

AGRADECIMENTOS

À Deus,
pelo privilégio de me deixar viver para conquistar esta grande vitória.

Aos meus pais, Hebert e Maria José,
peças fundamentais na formação do meu caráter, por não medirem esforços na
concretização dos meus sonhos.

À minha irmã, Marielle,
pela ajuda e compreensão nos momentos precisos.

Ao Mestre e colega Dário José Soares Júnior,
pela orientação no desenvolvimento desta pesquisa.

Ao Mestre Vagner Bravos Valadares,
pela dedicação com a qual corrigiu este trabalho.

Ao Doutor Nestor Nurdan Soares,
pela grande amizade a mim conferida e pela prontidão em ajudar-me no
esclarecimento de dúvidas relativas a esta pesquisa.

Aos amigos: Júlio César, Jeferson, Ramon e Maria Imaculada,
pela cumplicidade durante estes cinco anos. Que possamos continuar sempre
unidos!

Aos médicos: Aurélio Vinicius, Ivan Benedito, Marcelo Antônio e Gustavo Safe,
pelo coleguismo, carinho e boa vontade na resolução dos questionários.

A Fabianne Novais e aos demais colegas de trabalho,
pela paciência nos meus momentos de maior ansiedade.

Obrigada!

RESUMO

O crime de infanticídio se encontra tipificado no art. 123 do Código Penal Brasileiro (CP). A mãe que, durante o parto ou logo após, vier a matar o próprio filho (o ser nascente ou neonato), acometida pelo estado puerperal, será condenada nos termos do artigo citado, por entender a legislação penal brasileira que naquele momento, ela teria sofrido um distúrbio fisiopsicológico, ou seja, teve sua capacidade de discernimento reduzida, em virtude do colapso de suas aptidões morais, que pode ser decorrente das alterações anatômicas, psíquicas e fisiológicas do parto e puerpério. As literaturas médica e jurídica apresentam divergências sobre a existência, durabilidade e constatação da circunstância elementar normativa do crime: o estado puerperal. A demora na realização da perícia médico-legal, o mais viável senão o único mecanismo de comprovação da existência do crime, torna duvidosa a aplicação da pena de infanticídio, considerado delito autônomo, de denominação jurídica própria, que concede à criminosa a redução de pena, quando comparado ao crime de homicídio, em razão da suposta condição singular que julga-se pairar sobre ela. A deflagração do crime de homicídio pode confundir-se com este delito, uma vez que a conduta típica de ambos constitui-se do verbo “matar”, e, principalmente, porque a presença do estado puerperal, em regra, é presumida, haja vista que os meios de prova geralmente são insuficientes, ineficazes ou incompatíveis. Em virtude de tais controvérsias, a fim de contribuir com a Ciência do Direito, de promover a máxima tutela jurídica penal, bem como o resguardo da segurança jurídica, esta pesquisa se desenvolve prevendo a possibilidade de afastamento do tipo penal do crime de infanticídio contido no Código Penal Brasileiro, substituindo-se este pela imputação do crime de homicídio (art. 121 do CP).

Palavras-chave: infanticídio; homicídio; puerpério; estado puerperal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
1 INFANTICÍDIO	13
1.1 Precedentes históricos na legislação penal brasileira	16
1.2 Objetividade jurídica	18
1.3 Sujeitos do crime	19
1.3.1 Sujeito ativo	19
1.3.2 Sujeito passivo	20
1.4 Concurso de pessoas	21
1.5 Elemento subjetivo e materialidade	22
2 A INVESTIGAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL	26
2.1 Considerações gerais sobre as alterações anatômicas, psíquicas e fisiológicas do parto e puerpério	28
2.2 A inimputabilidade e a semi-imputabilidade penal no crime de infanticídio	33
2.3 Limitação temporal: “durante o parto ou logo após”	35
2.4 A apuração do crime de infanticídio: perícia médico-legal	38
2.4.1 Perícia no sujeito passivo	39
2.4.2 Perícia no sujeito ativo	41
3 INFANTICÍDIO X HOMICÍDIO	45
3.1 A descriminalização do crime de infanticídio	45
3.2 Pena e ação penal	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

A presente monografia sob o tema “A investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio”, tem por objetivo comprovar a inviabilidade de se considerar o estado puerperal como circunstância elementar normativa do crime de infanticídio.

A concessão da atenuação de pena à parturiente que mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, se dá em virtude do critério fisiopsicológico. Todavia, o problema da pesquisa se amolda à difícil constatação do dito estado puerperal, que não se sabe se realmente existe, uma vez que os meios de prova para constatá-lo costumam não ser eficazes, utilizando-se, portanto, em regra, o critério da presunção.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico. Também se inclui pesquisa de campo, por meio da aplicação de questionário, para a averiguação, no caso concreto, do posicionamento de profissionais envolvidos nas respectivas áreas em estudo. Em face do universo discutido, o trabalho se revela inter e transdisciplinar, por abranger o Direito Constitucional, o Direito Penal, a Medicina Legal e a Psiquiatria Forense.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as idéias sustentadas por Genival Veloso de França, cujo argumento central de seus trabalhos aponta a desnecessidade do dispositivo específico do infanticídio enquanto delito autônomo, que pode ser retirado da codificação penal, sem nenhum malefício ou injustiça.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, muito embora se confirme a existência de um possível colapso de aptidões morais por parte da parturiente, durante o parto ou logo após, a mesma não pode ser privilegiada com a atenuação de pena, pelas razões que, em tese, envolvem a difícil comprovação da existência do suposto estado puerperal no momento do crime.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Infanticídio”, discorre-se sobre a evolução histórica do crime; faz-se a definição do objeto jurídico; traça-se o perfil dos sujeitos envolvidos; define-se o elemento subjetivo e analisa-se a materialidade da qual o delito se

compõe.

Já no segundo capítulo, denominado “A investigação do estado puerperal”, traz-se esclarecimentos acerca da elementar normativa do crime; expõe-se os quadros de doença mental que podem se confundir com este; procura-se esclarecer as questões de inimputabilidade e semi-imputabilidade penal, assim como também a limitação temporal do referido delito e a questão da perícia médico-legal, mecanismo de comprovação da elementar normativa, enfocando as dificuldades para a sua realização.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Infanticídio X Homicídio”, encerra as discussões pretendidas, ao dispor sobre a possibilidade da descriminalização do delito em tela, expondo a possível inserção deste dispositivo no rol do art. 121 do CP; analisa-se a pena e a ação penal adotada pela legislação em vigor, contrastando-a com a modificação sugerida por este estudo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais, dentre os quais se incluem os tipos penais do “infanticídio” e do “homicídio”, bem como a visão doutrinária sobre “puerpério” e “estado puerperal”, os quais se passa a explicar a partir de então.

A palavra *infanticídio* é derivada de dois radicais latinos, quais sejam: *infans* (criança) e *caedere* (matar), sendo-lhe, portanto, atribuída a definição, *lato sensu*: dar morte a uma criança.¹

Fernando Capez, baseando-se na disposição do art. 123 do Código Penal Brasileiro, interpreta o infanticídio como “a ocisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal”.²

Jorge Paulete Vanrell e Maria de Lourdes Borborema acrescentam aspectos importantes no entendimento deste conceito, quando dispõem que o infanticídio é uma modalidade de homicídio, empregada pelo CP de forma autônoma, por se tratar de um crime em que a mãe, influenciada pela condição singular do estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, e que, devido a essa peculiaridade que abrange a mulher, o mesmo é classificado como *delictum exceptum*, o que o torna um homicídio privilegiado, que concede atenuação de pena à infanticida.³

Com relação ao *homicídio*, Romeu de Almeida Salles Jr. define-o, de forma evidente, como a “eliminação da vida de uma pessoa por outra”⁴. Para Paulo José da Costa Jr. trata-se da “morte injusta de um homem, praticada por um outro, direta

¹ COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. **A problematização do infanticídio enquanto tipo autônomo**. Jus Navigandi. Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10301>>. Acesso em: 14 abr 2010.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentido religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 7. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

³ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007, p. 481.

⁴ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

ou indiretamente”⁵. Júlio Fabbrini Mirabete, que faz referência à interpretação do jurista italiano Francesco Antolisei, diz ser “a morte de um homem ocasionada por outro homem com um comportamento doloso ou culposo e sem concurso de causa de justificação”.⁶

E. Magalhães Noronha, com fulcro na disposição do art. 121 do CP, entende que o homicídio é um tipo de mera descrição objetiva, que se constitui apenas de núcleo (matar) e de sujeito passivo ou objeto material (alguém), apoiando-se, portanto, na definição do jurista alemão Franz Von Liszt, para quem “o homicídio é a destruição da vida humana”. Noronha, ainda em seus estudos, expõe a citação clássica do jurista italiano Giovanni Carmignani, para quem “o homicídio (de *hominis excidium*) é a violenta *hominis coedes ab homini injuste patrata* (violenta occisão de um homem injustamente praticada por outro”.⁷

Segundo Euclides Custódio da Silveira, o referido delito é precisamente “a eliminação da vida humana extra-uterina praticada por outrem”, uma vez que “a eliminação da vida humana endo-uterina caracteriza o crime de aborto”.⁸

O *puerpério*, palavra originária da junção de dois radicais latinos (*puer* e *parere*) significa, em termos gerais, parir uma criança⁹. Contudo, esta definição não se amolda com perfeição àquela estabelecida por médicos e juristas, visto que o ato ou efeito de parir é chamado de parto; o puerpério compreende este período e se estende algum tempo depois.

Segundo a aceção médica de Jorge de Rezende, o puerpério, também conhecido como sobreparto ou pós-parto “é o período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havidas depois do parto”.¹⁰

Genival Veloso de França conceitua-o como “o espaço de tempo que vai da

⁵ COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 453.

⁶ ANTOLISEI, Francesco *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2**: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p.28.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 22.

⁸ SILVEIRA, Euclides Custódio da *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Ibidem*, p.28.

⁹ COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. **A problematização do infanticídio enquanto tipo autônomo**. Jus Navigandi. Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10301>>. Acesso em: 14 abr 2010.

¹⁰ REZENDE, Jorge de *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 218.

expulsão da placenta até a involução total das alterações da gravidez, pela volta do organismo materno às suas condições pré-gravídicas”¹¹. A maioria dos doutrinadores do Direito e da Medicina Legal estudados perfilha desta mesma definição.

No que se refere ao *estado puerperal*, Flávio Augusto Monteiro de Barros entende ser este “o conjunto das perturbações psíquicas e fisiológicas sofridas pela mulher em razão do fenômeno do parto”.¹²

Para Hermes Rodrigues de Alcântara, trata-se de uma obnubilação mental desencadeada após o desprendimento do feto do organismo materno, que se manifesta em parturientes que não receberam assistência médica, conforto ou solidariedade durante a gravidez.¹³

Fernando Capez elucida que esta alteração do comportamento, decorrente do parto, causa perturbações de ordem física e mental na mulher, fazendo com que ela produza sentimentos de angústia, ódio e desespero, impulsionando-a a eliminar a vida do próprio filho.¹⁴

Roberson Guimarães salienta que o estado puerperal se manifesta em mulher previamente sã, de forma transitória, fazendo com que ela libere instintos que podem culminar em agressão contra o próprio filho, devido à diminuição súbita e considerável do seu senso moral e da sua capacidade de entendimento.¹⁵

Fica evidente a razão pela qual o mesmo pertence à corrente fisiopsicológica, uma vez que tanto o corpo quanto a mente da parturiente estarão sofrendo alterações perturbadoras.

¹¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 167.

¹² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

¹³ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia Médica Judicial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 148.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentido religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

¹⁵ GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica**. Jus Navigandi. Teresina, a.7, n. 65. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 15 out 2010.

1 INFANTICÍDIO

Moldado através dos tempos pela humanidade, o infanticídio passou por momentos diferenciados entre os ordenamentos jurídicos, desde a antiguidade até chegar aos dias atuais.

Antes de ser considerado crime, foi permitido perante a sociedade e classificado, conforme o caso concreto, em um direito, uma obrigação ou um dever.

No Período Greco-Romano, do séc. VIII ao séc. V (a.C) o *pater familias* detinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito de vida e de morte sobre todos aqueles que dele dependiam, quais eram, seus filhos, esposa e até mesmo os escravos.

Neste período, em tempos de escassez de alimentos, era comum ao rei determinar que seus agentes ou soldados matassem os recém-nascidos, especialmente os do sexo feminino, devido ao sexismo patriarcal.

A Lei das XII Tábuas¹⁶ (Roma), do ano 450 (a.C), também autorizava que os pais eliminassem a vida daquelas crianças que viessem a nascer com aparência disforme ou monstruosa. Ainda que houvesse motivo diverso deste e não sendo aceita a criança no âmbito familiar, o pai poderia vendê-la, ou mesmo abandoná-la, ignorando o seu nascimento, e esta, por falta de cuidados básicos certamente viria a óbito.

Na cidade de Esparta (Grécia) no ano 800 (a.C), os meninos eram considerados propriedade do Estado, que detinha sobre eles o *jus vitae et necis*; isto porque, a partir dos sete anos de idade, eles deveriam ser treinados, através da escola oficial, para se formarem como bons soldados e era dever do Estado resguardar-lhes a vida ou causar-lhes a morte, caso não apresentassem o perfil necessário para servi-lo.

Em qualquer das condutas descritas, se não fossem tratadas como permissivas, eram consideradas indiferentes, dando o direito de impunibilidade absoluta àqueles que viessem a cometer o infanticídio, que se configurava

¹⁶ Lei das XII Tábuas. TÁBUA QUARTA. Do pátrio poder e do casamento. “1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los”. (DHNET. **Lei das XII Tábuas**. Natal/RN. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>> Acesso: 13 out 2010).

simplesmente como o ato de tirar a vida da criança, não fazendo qualquer discriminação a idade desta.

No século IV (d.C) o Cristianismo foi adotado como religião oficial do Império Romano. As crianças começaram a ser batizadas e passaram a adquirir identidade perante a comunidade. O infanticídio, agora considerado pelos monásticos como pecado, sujeitava a autora do delito à pena de morte; decisão esta que afetou diretamente a classe de juristas da época, que a partir de então, vieram a adotar o posicionamento de que “ninguém tinha o direito de tirar a vida de seu semelhante, principalmente em se tratando de uma criança indefesa, frágil e desprotegida”.¹⁷

Assim, no Período Intermediário, do séc. V ao séc. XVIII (d.C) houve uma reação jurídica em favor do filho recém-nascido, punindo-se a mãe com a pena capital, caso viesse a matá-lo.

O *pater familias* ficou isento de punibilidade, até o surgimento das Institutas de Justiniano, quando então veio a perder o direito sobre a vida e a morte de seus dependentes, submetendo-se à mesma penalidade imposta à mulher.

O infanticídio passou a se constituir pela natureza gravíssima, assim como o parricídio¹⁸, sendo este último interpretado atualmente como a morte de qualquer ascendente provocada pelo descendente; todavia, o direito romano já o considerou como o ato de assassinar qualquer pessoa, e, posteriormente, se revestiu do entendimento de que constituía o crime de tirar a vida de qualquer parente próximo¹⁹. O ordenamento jurídico da época narrava as seguintes considerações:

Não seja (o parricida ou infanticida) submetido à decapitação, nem ao fogo, nem a nenhuma outra pena solene, mas cosido, num saco de couro, com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, e torturado entre as fúnebres angústias, seja conforme permitir a condição do lugar, arrojado ao mar vizinho ou ao rio. (“Inst.” 4,18,16).²⁰

¹⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 42.

¹⁸ “No decorrer da história, foi possível observar que, quando planejado por uma mulher, constitui uma raríssima exceção, pois em regra, o parricídio é cometido por homens que, de modo geral, não podem ser classificados como impulsivos ou sequer descontrolados, chegando, inclusive, a ser emocionalmente mais estáveis que outros membros da família”. – (*Ibidem*, p. 31-32).

¹⁹ Lei das XII Tábuas. TÁBUA SÉTIMA. Dos delitos. “18. Se alguém matar o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio”. (DHNET. **Lei das XII Tábuas**. Natal/RN. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>> Acesso: 13 out. 2010).

²⁰ DEITOS, Hamilton Francisco. **A descriminalização do infanticídio**. Busca Legis. Florianópolis, mar 1999. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoDeitos-Descriminalizacaol.PDF>> Acesso em: 14 abr 2010.

Considerava-se, então, que os pais detinham o dever especial de proteção aos filhos e que tirar a vida deste ser indefeso constituía uma afronta à lei da natureza, devendo-se punir o infrator de forma cruel.

Na época de Carlos V, no ano de 1532, entrou em vigor o *Constitutio Criminalis Carolina* ou Ordem de Justiça Penal, prevendo pena atroz à mãe que viesse a tirar a vida do filho recém-nascido. Eis o que dizia o art. 131 deste ordenamento, segundo Nelson Hungria:

As mulheres que matam, secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam 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 houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão freqüentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes.²¹

No Período Moderno, a partir do séc. XVIII (d.C) os filósofos Iluministas, adeptos do Direito Natural, passaram a defender a *honoris causa* como forma de abrandar a pena do crime de infanticídio. O delito, agora tratado de forma indulgente e privilegiada, foi classificado como *delictum exceptum*, devido à adoção do critério psicológico.

Percebe-se, então, que houve uma reação jurídica em favor da mulher infanticida, beneficiada com a diminuição da pena. O critério de defesa da honra era extensivo aos parentes que assim entendessem ser esta a justificadora do crime por eles cometido em favor da mulher, contra a vida do recém-nascido.

Aos poucos, a pena de morte foi abolida dos ordenamentos jurídicos, a começar pelo Código Penal Austríaco que, em 1803, passou a tratar o infanticídio como espécie de homicídio privilegiado. Posteriormente, o Código Penal da Baviera (Alemanha) em 1813, acatou o mesmo critério.

A pena de morte prevaleceu no Código Napoleônico (França) de 1810, mas anos depois adotou a *honoris causa* para justificar a diminuição da pena, através da Lei Vichy de 1941.

A lei inglesa, que também se utilizou da pena de morte em seus escritos por

muitos anos, optou por amortecê-la, admitindo também o critério de defesa da honra, mas de forma extensiva a todos os crimes praticados no reino, com a finalidade de abolir por completo a punição do criminoso com a própria vida.

Assim, a humanidade foi aceitando as modificações impostas pelo tempo e a maioria dos ordenamentos jurídicos passou a beneficiar mães e parentes infratores, devido às idéias iluministas.

1.1 Precedentes históricos na legislação penal brasileira

As fases de evolução do Direito nos países da Europa Ocidental foram mais extensas do que as do Brasil.

Em 1830 entrou em vigor a primeira legislação penal brasileira, conhecida como Código Criminal do Império (CCrim), criada poucos anos após o Brasil deixar de ser colônia de Portugal. Neste ordenamento, já se verificava a seguinte redação para o crime de infanticídio:

Infanticídio

Art. 197. Matar alguém recém-nascido.

Penas – de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente à metade do tempo.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra.

Penas – de prisão com trabalho por um a três anos.

Percebe-se de imediato que nesta época, além da parturiente, parentes da vítima ou estranhos, por motivos diversos, poderiam praticar o delito.

Contudo, se a parturiente viesse a cometê-lo por motivo exclusivo de honra, recebia pena atenuada. Até então, compreendia o perfil da infanticida a mulher cuja gravidez era ilegítima, resultante da sedução, adultério, estupro ou incesto²², sendo que quaisquer destes motivos poderiam levar a parturiente a sofrer um abalo

²¹ HUNGRIA, Nelson *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p.42.

²² FAVERO, Flávio *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 61.

psicológico, fazendo a mesma pensar dia e noite em como se livrar da criança indesejada, a ponto de esconder a gravidez durante todo o seu percurso, com a finalidade de resguardar a sua honra²³. Por intermédio do parto clandestino, excitada pelas dores moral e física, provenientes deste, ela matava o próprio filho recém-nascido.

No ano de 1890, com a Proclamação da República, editou-se às pressas o Código Penal Republicano, que alterou o dispositivo relativo ao crime de infanticídio:

Do Infanticídio

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir a sua morte:

Pena – de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria:

Pena – de prisão celular por três a nove anos.

Nota-se que até então, a figura do ser *nascente* ainda não possuía amparo legal. Contudo, este novo código trouxe uma grande inovação na definição do referido tipo penal ao estabelecer um limite temporal (máximo de sete dias após o nascimento). As penas também sofreram modificação.

Em 1942, após mais de um ano de *vacatio legis*, entrou em vigor o Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, o atual Código Penal Brasileiro (CP), alterando novamente o dispositivo do crime de infanticídio, *ipsis literis*:

Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção de 2 a 6 anos.

O infanticídio passou a ser considerado como delito social privilegiado. O

²³ “A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama e respeito público de que goze a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra já era conhecida, não lhe cabe a alegação de defesa da honra”. – (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte especial – crimes contra a pessoa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, Tomo 4, p. 148).

critério de defesa da honra da parturiente foi suprimido pela nova redação, quando então se veio a admitir a presença do suposto estado puerperal como elementar normativa do delito. Eximiu-se expressamente do tipo penal a possibilidade de outrem, que não seja a mãe, praticar o crime, uma vez que o estado puerperal é reputado como condição pessoal (singular), desencadeada pelo parto ou puerpério.

1.2 Objetividade jurídica

O núcleo do crime de infanticídio constitui-se do verbo “matar”. Desta feita, considera-se como objetividade jurídica deste delito, a vida humana, especificamente, do ser *nascente* ou *neonato*.

Para Vicente de Paula Rodrigues Maggio

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.²⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁵ (ONU, 1948) traz em meio aos seus dispositivos, expressamente, o direito à vida. Todavia, o mesmo não ocorre com a Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU, 1959), que dispõe apenas sobre a proteção contra a discriminação racial e religiosa, contra a crueldade e exploração, direito à educação, saúde, previdência social e prioridade no recebimento de socorro, deixando de mencionar expressamente o direito à vida. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁶ (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) promulgada em nosso país através do Decreto nº. 678 de

²⁴ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 55-56.

²⁵ Art. III – “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Art. XXV – 2. “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

²⁶ Art. 4º – 1. “Toda pessoa tem o direito de 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”.

09/11/1992, a Constituição da República Federativa do Brasil²⁷ (1988) e ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança²⁸ (ONU, 1989) promulgada em nosso país através do Decreto nº. 28 de 26/01/1990 põem a salvo expressamente o direito à vida, bem jurídico penalmente tutelado, de interesse do indivíduo e do próprio Estado.

1.3 Sujeitos do crime

São dois os sujeitos do crime de infanticídio: a *autora*, chamada de sujeito ativo, ou seja, aquela que pratica o crime; e a *vítima*, chamada de sujeito passivo, aquela que sofre a ação criminal.

1.3.1 Sujeito ativo

O infanticídio é um delito próprio, de autoria limitada, em que somente a mulher, acometida pelo suposto estado puerperal, proveniente do parto e puerpério, pode ser a autora da morte do próprio filho.

Damásio de Jesus afirma com propriedade: “Autora do infanticídio só pode ser a mãe”.²⁹

Vanrell e Borborema acrescentam: “Em face da expressão contida no art. 123 do Código Penal – ‘o próprio filho’ – vê-se que o legislador limitou o delito a um único agente, ‘a própria mãe’, sob as condições antes especificadas”.³⁰

²⁷ Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Art. 5º, *caput*. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos.”

²⁸ Art. 6º - 1. “Os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”.

²⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

³⁰ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007, p. 485.

1.3.2 Sujeito passivo

Com a redação do Código Penal de 1940, passou-se a considerar como sujeito passivo do crime de infanticídio, tanto o ser *nascente* como o *neonato*. Rogério Greco discorre sobre os termos:

[...] o delito pode ser cometido tanto contra o *nascente*, isto é, aquele que está nascendo, que ainda se encontra no processo de expulsão, quanto contra o *neonato*, ou seja, aquele que acabou de nascer, já se encontrando desprendido da mãe.³¹

Paulo José da Costa Jr. traz uma definição um pouco diferenciada, porém complementar, sobre os mesmos termos, imprescindível para o entendimento deste estudo:

Neonato é um ser que nasceu vivo. Indispensável uma vida concreta, não apenas uma esperança de vida, como no aborto. Note-se, porém, que mesmo o ser disforme ou monstruoso é tutelado pela lei. Nascente é 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 acuse batimento do coração.³²

Adriano Marrey faz a seguinte ressalva sobre a questão da apnéia do recém-nascido no crime de infanticídio:

O recém-nascido apnéico, isto é, que ainda não respirou o ar ambiente, pode ser vítima desse crime, desde que nasceu vivo, verificada a função vital pelo batimento do coração. Do contrário, não haveria crime sempre que se suprimisse a vida no breve instante entre o nascimento e o em que a aspiração se devesse iniciar.³³

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 221.

³² COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 482.

Assim, para que haja a tipificação do crime é necessário que se prove o mínimo de atividade funcional do sujeito passivo, sendo o requisito da vitalidade, ou seja, capacidade de viver fora do útero materno, indiferente.

Se a parturiente vier a intentar o ato delituoso contra um ser que durante ou logo após o parto já se encontrava morto, ela não poderá receber nenhum tipo de punição, por se tratar de crime impossível, conforme o elucidado pelo art. 17 do CP: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

1.4 Concurso de pessoas

Devido à extensão do assunto relativo ao problema do concurso de pessoas, principalmente em razão das divergências doutrinárias e por ser este apenas uma referência indispensável ao presente estudo, far-se-á uma breve análise contida no que pressupõe o texto da lei.

Sabendo-se que são elementos do crime de infanticídio: ser mãe (crime próprio) + matar + o próprio filho + durante o parto ou logo após + sob a influência do estado puerperal, entende-se que havendo a exclusão de qualquer destes dados, a figura típica do infanticídio deixará de existir, gerando a atipicidade relativa, passando a considerá-lo como outro delito, dentre os mais prováveis, aborto, homicídio ou lesão corporal.

Partindo da premissa de que no momento do crime um terceiro estivesse presente, nada fez para evitar o resultado morte da criança, ou, participou acessoriamente na conduta da autora principal, induzindo, instigando ou auxiliando-a a praticar o delito e sendo este conhecedor dos elementos do tipo, solucionaremos a aplicação da pena ao terceiro, com fulcro na seguinte conduta abarcada pelos artigos do CP:

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas

³³ MARREY, Adriano *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2:** Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

[...]

Circunstâncias incomunicáveis

Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (grifo nosso)

Apesar de o suposto estado puerperal ser condição personalíssima da parturiente, mas elementar do crime, comunicar-se-á ao co-autor ou partícipe.

E. Magalhães Noronha, com particular lucidez, disserta sobre o texto expresso na lei:

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

A não-comunicação ao co-réu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de *atenuação do homicídio* e não um *tipo* inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.³⁴

Portanto, se os elementos do crime forem de conhecimento do terceiro, deverá incidir sobre ele a pena do infanticídio. Se provado que o terceiro desconhecia os elementos do tipo penal, será ele indiciado por outro crime, equivalente ao ato praticado.

1.5 Elemento subjetivo e materialidade

O elemento subjetivo do crime de infanticídio se constitui apenas do dolo, podendo ele ser na forma direta (quando a mãe quer o resultado, ou seja, causar a morte do filho) ou eventual (quando a mãe não deseja diretamente o resultado morte, mas assume o risco de produzi-lo).

O que se percebe, porém, é que existe um contra-senso na adoção do dolo como elemento subjetivo, uma vez que a mulher influenciada pelo estado puerperal

³⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 58.

não possui a capacidade livre e consciente de praticar o delito.

Não há previsão categórica da modalidade culposa para este crime, devendo-se aderir ao que dispõe o art. 18 do CP, parágrafo único: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

A jurisprudência pondera diante de um caso concreto:

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 inexiste para a espécie a forma culposa (TJES – Rec.– rel. Dês. José Eduardo Grandi Riberito – RT 632/331).³⁵

Se a criança vier a morrer em virtude de negligência, imprudência ou imperícia da parturiente sob o estado puerperal, esta não responderá por crime algum. Todavia, verificando-se nestes casos a ausência do estado puerperal, a parturiente deverá responder pelo crime de homicídio culposo, nos moldes do art. 121, §3º do CP, cuja pena é de detenção de um a três anos.³⁶

A conduta típica do crime de infanticídio se constitui do verbo *matar*, pressupondo, de imediato, a forma comissiva. Todavia, o delito pode também ocorrer por omissão.

Constituem as causas comissivas mais freqüentes deste crime: fraturas do crânio, sufocação, estrangulamento, submersão, feridas, queimaduras e envenenamento. Eis o que dispõe a jurisprudência sobre um destes fatores:

Constatando o laudo pericial que a morte do infante foi provocada por meios violentos, provavelmente por asfixia, baseando-se, para tanto, em certa cianose da face, não se pode negar sua validade quanto a ter o mesmo nascido com vida (RT 387/282).³⁷

³⁵ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 132.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109.

³⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Ibidem*, p.115.

Os crimes omissivos se subdividem em omissivos próprios e omissivos impróprios. Victor Eduardo Rios Gonçalves estabelece as seguintes definições sobre esta subdivisão:

- a) *omissivos próprios* (ou puros), que se perfazem pela simples abstenção, independentemente de um resultado posterior. Ex.: omissão de socorro (art. 135), que se aperfeiçoa pela simples ausência de socorro.
- b) *omissivos impróprios* (ou comissivos por omissão), nos quais o agente, por uma omissão inicial, dá causa a um resultado posterior, que ele tinha o dever jurídico de evitar. Ex.: a mãe, que tinha o dever jurídico de alimentar seu filho, deixa de fazê-lo, provocando a morte da criança. A simples conduta de deixar de alimentar não constitui crime, mas o resultado morte que dela decorre constitui infração penal.³⁸

O infanticídio admite apenas a omissão imprópria. Levando-se em consideração a figura de garante atribuída à mãe, o CP dispõe que:

Art. 13. O resultado morte, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

A título exemplificativo dos tipos omissivos impróprios, a jurisprudência aduz:

Responde por infanticídio a progenitora que, após o nascimento do filho, não presta os cuidados indispensáveis à criança, deixando de fazer a ligadura do cordão umbilical seccionado. (TACRIM/ SP – AC – rel. Juiz Lauro Alves – JUTACRIM 49/187).³⁹

Admite-se a forma tentada do infanticídio, uma vez que estamos diante de um crime material, em que há a possibilidade de a parturiente iniciar a ação de matar a

³⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: parte geral**. Sinopses Jurídicas. 8. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9-10.

³⁹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p.115.

criança, podendo ser impedida de cometer o delito, por circunstâncias alheias à sua vontade. Neste caso, a pena a ser aplicada encontra-se regradada pelo art. 14, inc. II, parágrafo único do CP: “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Se a parturiente tirar a vida de um nascituro, ou seja, da criança que se encontrava em seu ventre, antes de iniciado o trabalho de parto, responderá pelo crime de aborto (art. 124 do CP).

Se, contudo, ela matar a criança, durante ou logo após o parto, ou em um espaço de tempo maior após vir a dar à luz, observando-se a inexistência do estado puerperal, responderá pelo crime de homicídio (art. 121 do CP).

Se, havendo ou não a presença do estado puerperal, a paciente vier a expor ou abandonar o bebê a fim de ocultar a própria desonra, mesmo sem a finalidade do resultado morte da criança, mas assumindo este risco, responderá pelo crime de exposição ou abandono de recém nascido (art. 134 do CP).

Se, na presença do estado puerperal, a parturiente vier a matar outra criança (nascente ou neonato) imaginando ser a sua, haverá a figura do infanticídio putativo, prevista no art. 20, §3º do CP: “o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”. Todavia, se vier a matar um adulto em razão deste distúrbio fisiopsicológico, deverá responder pelo crime de homicídio; isto porque, o mesmo dispositivo prevê que “não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Visto estas considerações, podemos, por fim, classificar o infanticídio como: crime próprio (cometido pela mãe em estado puerperal), simples (o tipo penal é único), de forma livre (pode ser praticado de diversas maneiras); doloso (a agente prevê e assume o resultado lesivo de sua conduta), comissivo (exige uma atividade positiva da agente) e omissivo impróprio (a agente se abstém do dever jurídico de agir, causando o resultado), de dano (lesiona efetivamente um bem jurídico), material (a lei descreve uma ação e um resultado e exige a ocorrência deste para que haja a consumação do delito), plurissubsistente (a ação da agente constitui-se de vários atos que formam um processo executivo e que pode ser fracionado, admitindo a tentativa), monossujeetivo (pode ser cometido por um só sujeito), não transeunte (deixa vestígios) e instantâneo de efeitos permanentes (se consuma subitamente e o resultado se prolonga no tempo).

2 A INVESTIGAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL

O critério clássico de tipificação do infanticídio alegava que a mulher cometia o crime para preservar a própria honra sexual. Apenas aquelas cuja gravidez fosse *ilegítima*, eram beneficiadas com a redução de pena.

Em contrapartida, a mulher casada que às vésperas do parto fosse abandonada pelo marido, fator este que poderia levá-la ao desespero (devido à falta de recursos financeiros para cuidar da criança) e, conseqüentemente, sujeitá-la a distúrbios morais e físicos acarretados pelo parto e puerpério, vindo a tirar a vida do próprio filho, fruto de uma gravidez *legítima*, não recebia o benefício da pena atenuada.⁴⁰

Com a finalidade de ceifar injustiças como essa, geradas pelo critério psicológico, é que se modificou a tipificação do delito.

No ano de 1927, sob a influência do Código Suíço de 1916, surgiu no Brasil o projeto Sá Pereira, configurando o infanticídio como crime autônomo (praticado apenas pela parturiente) e sendo a primeira proposta de substituição do critério psicológico (honra) pelo critério fisiopsicológico (estado puerperal).

Entretanto, este posicionamento não foi adotado de imediato, e, apenas em 1940 a legislação penal brasileira veio a assumí-lo, com origem no projeto elaborado por Alcântara Machado, que passou por várias edições, até se adequar aos conceitos jurídicos que a sociedade da época exigia. Durante bom tempo, se manteve fiel ao critério psicológico, mas após ser submetido ao exame da Comissão Revisora (Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra) adotou o critério fisiopsicológico, a fim de diminuir a responsabilidade penal da parturiente.⁴¹

Nelson Hungria comentou sobre a escolha do novo critério:

Ao contrário do puramente psicológico, não distingue entre gravidez ilegítima ou legítima, abstraindo, portanto, ou pelo menos relegando para terreno secundário, a *causa honoris*: somente tem em conta a particular perturbação fisiopsíquica decorrente do parto. Ao invés do *impetus pudoris*, o *impetus doloris*.⁴²

⁴⁰ MELLO, Dirceu de *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 63.

⁴¹ *Ibidem*, p. 51-52.

⁴² HUNGRIA, Nelson *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Ibidem*, p.64.

O que não se podia prever de imediato, era que esta modificação traria muitas divergências no quesito da limitação temporal do dito estado puerperal, que acabou dificultando a averiguação precisa do critério e confundindo-o com outros quadros de perturbação psíquica e até mesmo, tendo sua existência negada por alguns pesquisadores, deixando margem de dúvidas à penalidade imposta à mulher que viesse a matar o próprio filho (nascente ou neonato).

Entende-se, sobretudo, que este quadro fisiopsicológico ao qual nos referimos será próprio de mulheres que passaram por um processo de fragilização física e psíquica durante o parto ou logo após, por motivos que se resumem à falta de assistência no período grávido-puerperal, ocasionando nelas a vontade de matar o próprio filho.

Isto porque, a mulher que possui tratamento médico, hospitalar e apoio familiar durante todo o período referido, dificilmente chegará a cometer o delito, pois, vai encontrar auxílio suficiente nos momentos de maior fragilização.

Sendo portadora de determinada alienação mental, o diagnóstico poderá ser constatado durante o próprio período gestacional, possibilitando o tratamento da doença de forma a sanar seus possíveis efeitos, evitando assim, que a parturiente aja delituosamente contra o ser nascente ou neonato.

A jurisprudência traz ao conhecimento deste estudo que não é impossível, mas é rara a incidência do crime de infanticídio entre mulheres casadas e felizes, que dão à luz cercadas de amparo do esposo e do apoio moral de familiares. (TJSP – Rec. Crim. – Relator Des. Silva Leme – RT 421/91).⁴³

O estado puerperal, como se demonstrará, não é psicose, assim como também não é caso de semi-alienação e também não se trata de um quadro normal. Ele é abordado como um “transtorno mental transitório incompleto, por ser de curta duração e porque não chega a constituir um estado de alienação mental. É apenas um estado crepuscular, um estado de obnubilação das funções psíquicas”.⁴⁴

Há evidências de que este distúrbio fisiopsicológico não se encontra inserido no rol das patologias médicas. Então, por que considerar como elementar normativa do crime de infanticídio, ou seja, como critério de atenuação da pena, uma característica que não possui o devido reconhecimento de sua existência pela

⁴³ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 52.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 28.

sociedade médica? Qual é a base jurídica de definição e identificação deste critério que o torna aplicável ao crime de infanticídio? As perguntas são numerosas e as respostas constituem-se de alta perplexidade, ou, simplesmente não existem.

Alguns projetos de lei já foram elaborados objetivando a retirada da expressão “estado puerperal” do referido tipo penal. O ANEXO 1 traz a proposta do Deputado José Divino, de revogação do art. 123 do CP, que não foi aceito pela Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, por considerarem, em sua maioria, composto de inadequada técnica legislativa.

Contudo, muitos juristas e doutrinadores posicionam-se contra a adoção do critério fisiopsicológico, porque este, apesar de não ser, se confunde com os quadros de alienação mental que, poderão ensejar à inimputabilidade penal. O que se sabe, e que de fato ocorreu, foi a inserção de uma razão possível na tipificação do crime, contudo, incomum, de difícil constatação, que acaba por enganar à própria lei.

É importante salientar não ser coerente com a legislação penal brasileira, criar a presunção legal absoluta de que a genitora, tão-só pelo fato de estar no período de parto ou logo após, sofrerá transtornos psíquicos gerados pelo estado puerperal, pois, via de regra, o parto não gera tais desequilíbrios.⁴⁵

Torna-se impossível precisar a limitação temporal do estado puerperal, uma vez que ele simplesmente parece se tratar de uma invenção. O que, de forma geral, deve-se admitir, é que o mistério do crime de infanticídio se resume inteiramente à comprovação da existência desta elementar.

2.1 Considerações gerais sobre as alterações anatômicas, psíquicas e fisiológicas do parto e puerpério

Durante o período gestacional, em que a mulher traz dentro de si o produto da concepção, os níveis de progesterona e estrógenos se elevam consideravelmente.

No final deste período, a tendência é que estes mesmos níveis hormonais

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentido religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

caiam de forma brusca, podendo ocasionar alterações de humor na parturiente, que, sendo portadora de alta sensibilidade fisiológica ou psíquica, fica diretamente sujeita à possibilidade de desencadear transtornos psiquiátricos puerperais.

Roberson Guimarães tece o respectivo comentário acerca deste período, confirmando o que por ora foi descrito:

É fato biológico bem estabelecido que a parturição desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central, cuja disfunção promove estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional.⁴⁶

O trabalho de parto, em regra, inicia-se com o processo de dilatação, ou seja, a mulher sente fortes dores, indicativas de que o colo do útero se prepara para a passagem do feto; em seguida, aparecem as contrações uterinas de forma progressiva, indicando a fase de expulsão do ser nascente para a parte externa do útero; e, por fim, há a dequitação, que é a expulsão da placenta de dentro do organismo materno.⁴⁷

A Obstetrícia considera que o fim do parto ocorre somente após a dequitação; a Medicina Legal aprecia a sua duração de forma pouco diversa, entendendo que o mesmo se finda com a expulsão do nascituro de dentro do ventre materno, sem a necessidade da dequitação.⁴⁸

Ainda sobre o parto, este pode ocasionar na parturiente a predisposição a três tipos de abalos: físico, psíquico e social.⁴⁹

O abalo físico deriva-se dos processos orgânicos, em que a mulher pode perder grande quantidade de sangue, durante o parto ou nas hemorragias pós-parto, assim como também pode sofrer lacerações e roturas do canal vaginal, o que, de fato, são elementos que podem traumatizá-la.

O abalo psíquico surge atrelado ao anterior, uma vez que as dores do parto

⁴⁶ GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica.** Jus Navigandi. Teresina, a.7, n. 65. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 15 out 2010.

⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

⁴⁸ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia médica judicial.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 148.

⁴⁹ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal.** Leme: Mizuno, 2007, p. 483-484.

tendem a condicionar na mulher reflexos psicológicos que podem se manifestar de forma tão agressiva em sua atual e próximas gestações, a ponto de fazer com que ela deteste o próprio filho.

O abalo social ocorre em decorrência do desamparo que a parturiente vem a sofrer, visto que, em regra, verifica-se que o infanticídio é praticado por mulheres solteiras, cuja gravidez é ilegítima, sendo-lhe negado o apoio familiar, ou mesmo, mantendo ela a sua condição em segredo, sentindo-se moralmente envergonhada, enganada, abandonada, sozinha para viver a sua desgraça, sem a devida assistência, submetida a condições extremas durante o parto, sujeita a “um transtorno dissociativo da personalidade com a desintegração temporária do ego”.⁵⁰

O puerpério encontra-se intimamente ligado ao conceito de parto, por iniciar-se logo após o término deste. A sua duração é definida pelos doutrinadores de formas diversas, compreendendo o período máximo de seis a oito semanas após o parto, quando então se acredita que o organismo da mulher voltou às condições normais e que a possibilidade de desencadear abalos psicológicos se exauriu.

Todavia, segundo Hans Wolfgang Halbe, médico especialista em ginecologia e obstetrícia, algumas delas acabam sendo vitimadas pelos transtornos psiquiátricos puerperais, tais como: disforia do pós-parto (ou *puerperal blues*), depressão pós-parto e psicose puerperal. Halbe desenvolveu um estudo acerca das possíveis alterações decorrentes do período grávido-puerperal, do qual é possível extrair informações relevantes para a presente pesquisa, da forma como se passa a expor.⁵¹

A disforia do pós-parto (ou *puerperal blues*) é caracterizada por ataques de choro, labilidade de humor, nervosismo e comportamentos agressivos por parte da mulher, contra seus acompanhantes e/ou familiares. Em regra, seu desencadeamento é limitado pelas duas primeiras semanas do puerpério e os sintomas tendem a desaparecer espontaneamente, ao final de mais duas semanas. Em comparação aos demais que se seguem, este é o quadro mais simples dos transtornos, com maior facilidade de reversão. Incidência: 50% a 80% das

⁵⁰ GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica.** Jus Navigandi. Teresina, a.7, n. 65. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 15 out 2010.

⁵¹ HALBE, Hans Wolfgang; HALBE, Aparecida Francisca Pedace; CELESTINO, Clíce Aparecida. **Depressão no ciclo grávido-puerperal.** Ciber Saúde RBM Revista Brasileira de Medicina. LIM 058, FMUSP. Disponível em: <http://www.cibersaude.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=1713> Acesso em: 12 out 2010.

puérperas.

A depressão pós-parto apresenta as mesmas características da disforia do pós-parto e outras, tais como o sentimento de culpa, o desinteresse por atividades diárias, a falta de capacidade para concentração, ansiedade mental, pensamentos negativos, até mesmo, queixas infundadas de dores no corpo e alguns sintomas neurovegetativos⁵², incluindo insônia e perda de apetite. Todavia, a mulher percebe em si um determinado tipo de prazer em se sentir assim, e, por vezes, oculta estes sintomas, temendo ser oprimida pelo seu momento de infelicidade. Este quadro pode surgir entre as seis primeiras semanas até o quinto mês do pós-parto, prevalecendo por três a quatorze meses. Incidência: 8% a 15% das puérperas, sem sinais precedentes; 50% das mulheres com histórico de transtorno bipolar; 43% das mulheres com histórico de depressão unipolar; 70% das mulheres com episódio anterior de depressão pós-parto.

A psicose puerperal costuma iniciar-se de forma inesperada. Geralmente, a mulher apresenta sessões de delírio, confusão mental, alucinações, quadros maníacos e depressivos, enfim, pensamentos desorganizados, fora da realidade, insanos. É um quadro psicológico dissociativo, emergencial, que pode ocorrer dentro das quatro primeiras semanas do pós-parto, com duração indeterminada. Incidência: 0,1% a 0,2% das puérperas (20% a 50% destas puérperas possuem precedentes históricos de transtorno bipolar). Esta é a fase que mais se aproxima da possibilidade da mulher tirar a vida do próprio filho e que mais se confunde com o suposto estado puerperal.

Contudo, Paulo José da Costa Jr. traz a este estudo o esclarecimento de que não se pode, de forma alguma, confundir o estado puerperal com as chamadas psicoses puerperais, porque estas últimas são típicas de mulheres já predispostas a determinada anormalidade psíquica, apenas agravadas com o puerpério.⁵³

Vanrell e Borborema confirmam esta asserção, ao traçarem o entendimento de que “inexiste uma psicose puerperal como entidade psiquiátrica particular. Esta entidade não existe isoladamente, mas ocorre naquelas mulheres que já possuem um componente psicótico anterior”. Para estes doutrinadores:

⁵² Trata-se do desequilíbrio do sistema nervoso autônomo (ou involuntário), responsável pelas funções que não controlamos por vontade própria. – (PHITOHERB. **Distonia neurovegetativa**. Disponível em: <<http://www.phitoherb.com/article.asp?id=81>> Acesso em: 12 out 2010).

⁵³ COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 480-481.

Trata-se de mulheres doentes mentais, com graves alterações de esfera psíquica e que passam por períodos alternados de remissão do quadro, de duração variável, quando podem, inclusive, aparentar boa saúde mental.⁵⁴

Oswaldo Pataro acrescenta que:

Estas manifestações psicopatológicas, com quadros clínicos bem definidos, encontram no puerpério condições propícias para sua instalação. Assim, os fatores físicos, representados pela exaustão; químicos, proporcionados pelas alterações hormonais e psicológicos, oriundos da tensão emocional, se associam para precipitar um surto ou episódio psicótico.⁵⁵

As características da população de maior risco aos quadros de psicose puerperal compreendem mulheres envolvidas em/por: “brigas entre os pais; gravidez fora do casamento; medo de relações sexuais; aversão por relações sexuais; medo do marido; dependência e submissão ao marido; marido autoritário e medo de morrer no parto”.⁵⁶

Os transtornos psiquiátricos puerperais nem sempre ocorrerão durante o período grávido-puerperal, mas, havendo a sujeição da parturiente a esses quadros, a identificação de precedentes históricos deverá sempre ser averiguada, e, de certo, com alta probabilidade de constatação, o que gera a conclusão de que o aparecimento destes transtornos em mulheres consideradas normais, embora não seja impossível, deve ser raro.

A CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) elaborada pela Organização Mundial de Saúde traz a classificação dos principais transtornos mentais e comportamentais associados ao parto e puerpério, durante as seis primeiras semanas após o parto. O estado puerperal não se inclui entre elas. (ANEXO 2)

Vista a duração do parto e do puerpério, e, tomando-se por ora, todos os conceitos estabelecidos, deve-se possuir a convicção de que puerpério e estado puerperal não se confundem, uma vez que o puerpério sempre existirá e o suposto

⁵⁴ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007, p. 483.

⁵⁵ PATARO, Oswaldo *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 27-28.

⁵⁶ GUARIENTO, Antônio *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Ibidem*, p. 69.

estado puerperal será derivado dele.

A Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal, item 40, traça a seguinte disposição acerca do estado puerperal no crime de infanticídio, baseando-se neste mesmo entendimento:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente.⁵⁷

Assim, deve-se entender que o puerpério é um quadro fisiológico comum à toda parturiente, cuja duração é determinada, e que, em alguns casos, poderá causar alterações do psiquismo materno, levando a mulher a agir instintiva e violentamente contra o próprio filho (nascente ou neonato).

Os juristas chamam a estas alterações de estado puerperal, cuja duração não é bem definida pela lei e doutrina. Os médicos, por sua vez, definem estas mesmas alterações de acordo com as classificações presentes na CID-10, onde não há referência ao suposto estado puerperal, que não se trata de um efeito comum e corriqueiro de qualquer parto, como bendizem erroneamente alguns doutrinadores e jurisprudências, uma vez que normal e patente apenas será o puerpério.

2.2 A inimputabilidade e a semi-imputabilidade penal no crime de infanticídio

Se a parturiente vier a matar o próprio filho (nascente ou neonato) devido à atitudes condizentes com o quadro de psicose puerperal, ou seja, anormalidade de transtorno mental patológica preexistente, que elimina “totalmente” a sua capacidade de entendimento, deverá ser isenta da aplicação de pena, pois se transformará em agente inimputável, como bem nos explica Maggio, ao tecer a seguinte comparação:

A influência do estado puerperal há simplesmente de *diminuir* ou *reduzir* a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente. Se, atinge o ápice de *suprimir* ou *anular* essa capacidade, ou se, associada à doença mental preexistente, produz o mesmo efeito, o que se tem é a *inimputabilidade*, ou seja, a inexistência de crime por falta de agente culpável.⁵⁸

A previsão legal para estes casos encontra-se no art. 26, *caput*, do CP:

Inimputáveis

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Se, em função da presença de tal anormalidade mental, a parturiente praticar o crime de infanticídio, mas constatando-se que a mesma não perdeu por completo a capacidade de autodeterminação no momento do delito, “poderia” ela ser considerada semi-imputável, e agraciada com a atenuação da pena, em virtude do disposto no parágrafo único do referido art. 26 do CP:

Redução de Pena

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um terço a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Porém, alguns doutrinadores julgam que esta cláusula já se encontra inserida no tipo penal do art. 123 do CP em função da presença do estado puerperal, embora este não se trate de semi-alienação e não exista como patologia própria nos tratados médicos⁵⁹, e, portanto, a redução de pena para o crime de infanticídio não existirá,

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 220.

⁵⁸ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido.** São Paulo: Millennium, 2004, p. 27.

⁵⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 167.

devendo-se considerar, apenas, a possibilidade da inimizabilidade penal.

Há, contudo, aqueles que acreditam ser possível que o próprio estado puerperal desenvolva na mulher uma perturbação da saúde mental, de natureza patológica, que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento e autodeterminação, tais como delírio ou mesmo psicose, devendo-se aplicar o preceituado pelo parágrafo único.⁶⁰

Nelson Hungria, com o intuito de demonstrar a não-pacificação sobre este tema, argumenta: “não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da *influência do estado puerperal* e, a seguir, o da *irresponsabilidade* ou da *responsabilidade diminuída*, segundo a regra geral”.⁶¹

Luiz Regis Prado também acredita ser possível “o reconhecimento da influência do estado puerperal e também da inimizabilidade (art. 26, *caput*) ou da semi-inimizabilidade da parturiente (art, 26, parágrafo único), conforme o caso”.⁶²

O mais viável para este estudo é concordar com a primeira possibilidade, de não ser possível a redução da pena de infanticídio, uma vez que se comparado este crime ao de homicídio, em que há igualdade de núcleo do tipo (matar), aquela que o comete já é beneficiada com a minoração da pena.

2.3 Limitação temporal: “durante o parto ou logo após”

O art. 123 do CP traz em seu texto, na condição de elementar do crime de infanticídio, que a conduta típica praticada pela autora contra o ser nascente ou neonato, se dê “durante o parto ou logo após” sob a influência do estado puerperal.

Intrigante é a expressão “durante o parto”, pois deve-se descartar como momento consumativo o período em que o parto se inicia, ou seja, a fase da dilatação, quando a criança ainda é considerada como feto, por estar totalmente inserida dentro do ventre materno, pois, vindo a mãe a tirar-lhe a vida, estará

⁶⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 108.

⁶¹ HUNGRIA, Nelson *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 218.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 183. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 94.

caracterizado o aborto.

A análise da referida expressão deve ser feita a partir da segunda fase do trabalho de parto, quando a figura do feto deixa de existir e surge o ser nascente. Convém salientar, segundo o entendimento de Adriano Marrey, que esta nova figura compreende, então, “o ser que se põe entre o feto e o neonato, podendo ser considerado como tal o apnéico, isto é, aquele que ainda não respirou o ar ambiental, embora já acuse batimentos do coração”.⁶³

A partir do momento em que a cabeça do ser nascente aparece através da vulva, é possível entender que ele já pode ser salvo de uma ação infanticida⁶⁴. Nelson Hungria confirma tal raciocínio ao dizer que do ponto de vista biológico, existirá a vida humana antes mesmo daquela criança se desligar totalmente do ventre materno, sendo antecipado o início da sua personalidade.⁶⁵

É interessante trazer à baila o art. 2º do Código Civil Brasileiro (2002), onde se encontra disposto que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, o que vêm a reforçar o entendimento de Hungria.

A personalidade vem a ser a qualidade moral diferenciadora de uma pessoa para outra, que a torna única em comparação aos demais de sua espécie.

Genival Veloso de França afirma em seus estudos que “o infanticídio durante o parto é mais raro”.⁶⁶

Esclarecido o período inicial em que o delito pode ocorrer, segue-se para a segunda expressão inserida no art. 123 do CP, qual seja: “logo após o parto”, quando, então, surge a figura do recém-nascido, ou seja, a criança que nasceu viva, independente da sua capacidade de vida autônoma.

Existem posicionamentos doutrinários diversos acerca da limitação do período “logo após o parto”:

Almeida Jr., que se referia a um prazo preciso de até sete dias, passou a admitir que se deve deixar a interpretação ao julgador. Bento de Faria

⁶³ MARREY, Adriano *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 33.

⁶⁴ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007, p. 486.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Ibidem*, p. 33.

⁶⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 168.

refere-se ao prazo de oito dias, em que ocorre a queda do cordão umbilical. Flaminio Fávero também se inclina para a orientação de deixar ao julgador a apreciação. Costa e Silva afirma que “logo após” quer dizer “enquanto perdura o estado emocional”. Damásio estende o prazo até enquanto perdurar a influência do estado puerperal. Na jurisprudência, tem-se entendido que, se apresentando de relativo valor probante a conclusão para a verificação do estado puerperal e assumindo as demais circunstâncias que fazem gerar a forte presunção do *delictum exceptum* (RT 506/362, RJTJESP 14/391), o prazo se estende durante o estado transitório de desnormalização psíquica (RT 442/409).⁶⁷

Genival Veloso de França, baseando-se na exaustão da palavra “logo”, acredita que trata-se do período “imediatamente depois do parto”, ou seja, “desde a expulsão do feto e seus anexos até os primeiros cuidados ao infante nascido”.

E. Magalhães Noronha acredita que embora a lei não tenha fixado prazo definido à referida expressão, “não se lhe pode dar uma interpretação mesquinha, mas ampla, de modo que abranja o variável período de choque puerperal”⁶⁸. Entrando a parturiente em fase de bonança e havendo o afloramento do instinto materno, estará cessado o período possível do estado puerperal.

Genival Veloso de França confirma em seus estudos que “se uma mãe tem o filho, veste-lhe uma roupa, alimenta-o e depois o mata, esse intervalo lúcido, entende a doutrina que descaracteriza o infanticídio e configura o homicídio”. Defende também que se a mulher vier a adormecer após o parto, e, ao acordar, se deparar com o filho, vindo a matá-lo, deverá ser enquadrada no crime de infanticídio, uma vez que o estado puerperal “é um estado e não um tempo definido”.⁶⁹

Em face das opiniões propostas, relativas ao período “durante o parto ou logo após”, o que prevalece de fato é a existência do estado puerperal.

Flavio Augusto Monteiro de Barros aduz que:

A melhor orientação, porém, é a que reserva à expressão logo após o parto significado mais abrangente, compreendendo todo o período em que permanecer a influência do estado puerperal.⁷⁰

⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2:** Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60-61.

⁶⁸ NORONHA, Magalhães *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 222.

⁶⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 168.

⁷⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

Hélio Gomes acrescenta que “para o penalista não interessa o estado puerperal antes ou algum tempo depois do parto, pois só leva em conta o estado puerperal *durante ou logo após o parto*”.⁷¹

2.4 A apuração do crime de infanticídio: perícia médico-legal

De acordo com a jurisprudência, “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)⁷². Eis que se processa então a seguinte dúvida: como provar que no momento do crime, estava a mulher sob a influência do distúrbio fisiopsicológico do estado puerperal?

O médico-legista possui o dever legal de averiguar a presença das causas e características determinantes do infanticídio. Roberson Guimarães confirma: “ao exame médico foi transferida toda a responsabilidade de documentação material deste crime”.⁷³

A perícia neste caso, compõe-se de alta complexidade, sendo conhecida pelos peritos como *crucis peritorium* (cruz dos peritos)⁷⁴, uma vez que se trata de matéria mais transcendental e dificultosa incumbida a estes profissionais.

O procedimento jurídico para a sua realização encontra-se detalhado no Código de Processo Penal, Título VII – Da prova, Capítulo III – Do exame do corpo de delito e das perícias em geral, arts. 158 a 184.

A jurisprudência aponta que “a perícia médico-legal precisa demonstrar, para que se possa admitir a hipótese, a existência de nexo causal entre a ação do agente e o resultado desta ação. – *Revista dos Tribunais*, 457/334”.⁷⁵

A perícia deverá ser realizada em ambos os sujeitos do crime, com o intuito de diagnosticar no sujeito passivo o seu tempo de vida, se de fato nasceu com vida e o mecanismo de morte empregado contra ele. No sujeito ativo o diagnóstico será

⁷¹ GOMES, Hélio *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 137.

⁷² *Ibidem*, p. 67.

⁷³ GUIMARÃES, Roberson *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Ibidem*, p.71.

⁷⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 168.

referente à existência do “estado puerperal” e aos sinais de parto progressivo.

Os ANEXOS 3 a 5 compreendem exemplos de laudos utilizados pelo serviço de perícia médico-legal no crime de infanticídio, constando neles os quesitos que obrigatoriamente deverão ser respondidos pelos profissionais.

2.4.1 Perícia no sujeito passivo

Averiguou-se neste estudo que tanto o ser nascente que respirou, quanto o apnéico que apresentou o mínimo de atividade funcional (batimentos cardíacos) e também o neonato, são considerados como possíveis vítimas do crime de infanticídio.

O tempo de vida do sujeito passivo será diagnosticado pelo perito, levando-se em conta o desenvolvimento dos órgãos, o peso, o tamanho da criança, através de técnicas variadas utilizadas pela ciência médica, que não serão detalhadas neste estudo.

Em seguida, parte o perito para o segundo diagnóstico, a fim de averiguar se a criança nasceu ou não com vida. Maggio enfatiza:

É fundamental apurar se a criança nasceu viva, porque é possível acontecer que a mãe deu à luz a um natimorto. Diante da ausência de prova da existência de vida no momento da conduta delituosa, verifica-se a impossibilidade jurídica de se punir a tentativa, por estar caracterizado o crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.⁷⁶

O perito deve identificar se a suposta vítima do crime de infanticídio tratava-se de um natimorto, feto nascente, infante nascido ou recém-nascido, considerando, para tanto, que o natimorto é o feto que durante o período gestacional teve sua possibilidade de vida interrompida, dentro do ventre materno, por causa natural ou violenta; o feto nascente é aquele que acabou de nascer, apresentando todas as

⁷⁵ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia Médica Judicial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 16.

⁷⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 128.

características do infante nascido, menos a capacidade de ter respirado (apnéico); o infante nascido é o que acabou de nascer, respirou e que ainda não recebeu cuidados especiais, apresentando-se em estado sanguinolento, com indulto sebáceo (*vernix caseosum*), cordão umbilical, mecônio, e algumas vezes, com tumor de parto; e o recém-nascido é aquele que nasceu apresentando sinais de vida extra-uterina e que já recebeu cuidados especiais.⁷⁷

O nascimento com vida do sujeito passivo será diagnosticado através das *docimásias* (pulmonares e extra-pulmonares) e das *provas ocasionais* (presença de corpos estranhos nas vias respiratórias, substâncias alimentares no tubo digestivo, lesões ou indícios de recém-nascido) que indicarão se houve ou não a presença de batimentos cardíacos e respiração autônoma por parte do neonato, ou mesmo, se ele chegou a ser alimentado ou lesionado.

A jurisprudência⁷⁸ expõe que “não se tendo comprovado com segurança a existência da vida extra-uterina, não se configura o infanticídio. – *Revista dos Tribunais* 281/492”. Aduz também que:

A perícia médico-legal que não esclarece qual a docimásia pulmonar empregada para suporte da conclusão de que a vítima nasceu com vida, se mostra sem a necessária fundamentação para comprovar a materialidade do infanticídio. (TACRIM/SP – AC – rel. Juiz Silva Franco – RT 554/636.

A investigação do mecanismo de morte compreende o estudo da causa jurídica que levou a vítima ao óbito. Contudo, deve-se analisar se o resultado realmente adveio de forma criminosa, mas levando-se em consideração, também, a possibilidade de causas acidentais ou naturais.

A morte natural afasta a tipificação do crime de infanticídio. As causas acidentais geralmente englobam o traumatismo direto sobre a parede abdominal, a asfixia devido ao descolamento prematuro de placenta, enrolamento do cordão umbilical, penetração de lóquios nas vias respiratórias ou pelvis materna compreendendo a cabeça do feto; raramente se verificará a morte acidental depois do parto, que poderá ocorrer devido a hemorragias do cordão umbilical, traumatismo

⁷⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 168-169.

nos partos de surpresa, quedas, entre outros acidentes. As causas criminosas são resultantes de energias mecânicas (contusão, compressão, ação de objetos perfurantes, pérfuro-cortantes e corto-contundentes), energias físicas (combustão e queimaduras), energias físico-químicas (esganadura, estrangulamento, afogamento, sufocação, confinamento e soterramento), raramente por envenenamento e eletropressão e, algumas vezes, também poderá se identificar a morte por abandono (inanição e ataque de animais de rapina).⁷⁹

Para E. Magalhães Noronha “existe *morte* quando se apresenta a chamada *Trípole de Bichad*, constituída pela cessação das funções cerebrais, da circulação e da respiração”.⁸⁰

2.4.2 Perícia no sujeito ativo

A presença do chamado “estado puerperal” constituirá a parte mais difícil da perícia médico-legal. Osvaldo Pataro expõe motivos suficientes para se acreditar nesta afirmação:

A duração do estado puerperal é variável entre algumas horas ou 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 desaparecido. Examinando uma puérpera, o legista nem sempre disporá de elementos para concluir para a realidade de um estado puerperal.⁸¹

A precariedade em se estabelecer com propriedade o delito também é relatada nos escritos de Paulo Sérgio Leite Fernandes⁸², que fazendo referência a Pellegrini, citado por Nelson Hungria, afirma que em razão de o exame pericial ser

⁷⁸ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia Médica Judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p.149.

⁷⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.172.

⁸⁰ NORONHA, Magalhães *apud* MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 35.

⁸¹ *Ibidem*, p. 80.

realizado muito tempo após o parto, não haverá elementos seguros a fim de se negar a existência do estado puerperal, visto que o período de excitação e delírio da mulher pode ser relativamente breve.

Deverão, portanto, os peritos, serem obrigados a se valer de informações extraídas da própria autora do delito e de testemunhas, que relatarão o procedimento e as reações da puérpera durante ou logo após o parto.

O simples exame pericial desta, não oferecerá nenhum esclarecimento acerca do crime, apenas indicará a existência ou não de parto recente.

Se não houver provas suficientes que confirmem a existência do estado puerperal no momento do crime, deverá o médico ser prudente e enjeitar a hipótese da presença de um estado de inconsciência total ou parcial da puérpera.

Genival Veloso de França, na sua condição de perito médico-legal, entende ser de total relevância apurar os seguintes critérios para a confirmação da existência ou não do suposto estado puerperal:

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 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.⁸³

F.A. Gomes Neto disserta sobre as incertezas que o critério fisiopsicológico traz à perícia médico-legal:

Quanto à influência do estado puerperal, se de fato ocorreu ou não, exige ainda mais atenção, mas em caso de dúvida deve ser admitida como ocorrente. Em geral se a morte do próprio filho pela mãe se deu durante o parto ou logo após, já se deve presumir, salvo prova em contrário, que se deu sob a influência do estado puerperal⁸⁴.

⁸² PELLEGRINI; HUNGRIA *apud* FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1984, p. 143.

⁸³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.172.

Nota-se claramente que em caso de incerteza acerca do referido assunto, prevalece o princípio *in dúbio pro reo*. Eis que então a medicina legal aponta ao Direito a existência da dúvida que beneficia a ré com a atenuação da pena, articulada pelo art.123 do CP, quando poderia esta ser punida nos moldes do art. 121 do CP. Maggio critica a forma de solucionar o caso por este critério da presunção legal:

Finalmente, considerando que, na dúvida, sempre prevalece o brocardo do *in dúbio pro reo*, surge, então, a presença de uma válvula de escape que, juridicamente, acaba por agraciar mães parturientes, *aparentemente* homicidas, premiando-as com a brandura e amenidade da punição.⁸⁵

A própria jurisprudência⁸⁶ por vezes, traz à investigação do estado puerperal, confusões jurídicas, como se pode notar:

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

O reconhecimento do estado puerperal deve ser interpretado de maneira suficientemente ampla, de modo a abranger o variado período do choque puerperal. A influência deste estado é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto e, dado a sua grande freqüência, deve ser admitidos sem maior dificuldade. (TACRIM/SP – AC – rel. Juiz Fernandes Braga – JUTACRIM 83/383).

É certo que a condição mental da mulher será essencial para a máxima aplicação do tipo penal, porém, a escassez de mecanismos periciais traz ao judiciário, há anos, a aplicação da presunção do crime, abalando intensamente a segurança jurídica.

⁸⁴ GOMES NETO, F. A. **Código penal brasileiro comentado nos termos da nova constituição federal**: parte especial – comentários aos artigos 121 a 249. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.22.

⁸⁵ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 84.

⁸⁶ *Ibidem*, p.84.

Com relação ao exame de parto progressivo, a intenção é atestar se a mulher, de fato, pariu recentemente, mesmo que ela tenha falecido durante ou algum tempo depois da conduta. Examina-se o aspecto dos seus órgãos genitais externos, verifica-se a presença de corrimento genital, o aspecto dos seus órgãos genitais internos por meio do toque, a involução uterina, o aspecto das mamas, a presença de colostro ou leite, a presença de vergões e pigmentação clássica nas paredes abdominais e faz-se exames laboratoriais para comprovar a presença de lóquios, induto sebáceo, colostro, leite e mecônio.⁸⁷

Se através da perícia médico-legal não ficar comprovada a existência de sinais indicativos de uma gravidez ou parto recente, a imputação da pena à suposta acusada de ter cometido o crime de infanticídio, deverá ser imediatamente afastada.

⁸⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.172-173.

3 INFANTICÍDIO X HOMICÍDIO

Levando-se em consideração todas as comparações tecidas, percebe-se que não existe apenas um único problema no referido tipo penal do infanticídio, e sim vários, que compreendem: a defesa do antigo critério psicológico como elementar do crime, a limitação temporal referente à expressão “logo após o parto”, o concurso de pessoas, e, a existência do chamado “estado puerperal” como elementar normativa do crime, sendo este último o nosso principal objeto de pesquisa.

Parte-se agora para a exposição de motivos argüidos como fatores descriminalizantes deste delito. No que se refere à pena e ação penal, tal assunto foi intencionalmente inserido ao final deste capítulo, visto ser importante confrontar este tipo penal com o homicídio, apresentando soluções plausíveis para o referido estudo.

3.1 A descriminalização do crime de infanticídio

Sabe-se que a conduta contida no tipo penal do infanticídio é a mesma do homicídio, qual seja, “matar”. Porém, como bem nos explica Maggio:

No infanticídio, a própria mãe, contrariando os impulsos da natureza, dirige sua conduta criminoso contra o próprio filho, ser indefeso, frágil e desprotegido. No homicídio, em regra, o sujeito elimina a vida de um rival ou desafeto, pelos mais variados motivos, onde a vítima, em princípio, possui as devidas condições físicas para sua capacidade defensiva.⁸⁸

Olhando por este ângulo, obviamente, o crime de infanticídio deveria ser reputado mais grave do que o homicídio, visto se tratar de uma ação altamente repugnante, quando se considera que a vítima do delito não possui a mínima condição de apresentar autodefesa, ou de suplicar por ela.

⁸⁸ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p.13.

Entretanto, a sanção penal imposta à parturiente é absolutamente desproporcional. Isto porque, o legislador, ao trazer o critério fisiopsicológico como tipificador do delito, acabou gerando no âmbito jurídico um tamanho contra-senso, pois adotou como elementar normativa uma característica sem tratamento patológico próprio, composta de ambigüidades e severas críticas, nas searas médica e jurídica.

Ainda existem doutrinadores que acreditam ser o motivo de honra o único capaz de levar a parturiente a cometer o infanticídio, contrapondo-se à adoção do suposto estado puerperal. Wilian Wanderley Jorge cita que:

O critério de nossa lei, que deveria fundar-se no motivo de honra, e não no critério fisiológico-psicológico do estado puerperal, vem hoje, perdendo prestígio entre a maioria dos códigos, porque torna o crime de configuração difícil e praticamente uma figura penal decorativa.⁸⁹

O texto jurisprudencial, que faz um breve relato sobre o perfil da infanticida, após a adoção das novas considerações para a tipificação do delito, gera uma reflexão sobre o antigo critério psicológico (honra) e o novo critério fisiopsicológico adotado (estado puerperal) ao dizer que ambos ainda se confundem entre as reiteradas decisões judiciais:

O infanticídio é, inegavelmente e antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos (e é fácil a comprovação pela simples consulta dos repertórios de jurisprudência), por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelos maridos e pelos amásios. Raríssimas vezes, para não dizer nenhuma, têm sido acusadas desses crimes mulheres casadas e felizes, as quais, via de regra, dão à luz cercadas de amparo do esposo e do apoio moral dos familiares. Por isso mesmo, o conceito fisiopsicológico do infanticídio – sob a influência do estado puerperal – introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico – a causa da honra – vai, aos poucos, perdendo sua significação primitiva e se confundindo com este, por força de reiteradas decisões judiciais.” (T_{JSP} – Rec. Crim.– Relator Dês. Silva Leme – RT 421/91)⁹⁰

Contudo, não retrocederemos este estudo à idéia de se apontar o motivo de

⁸⁹ JORGE, Wilian Wanderley. **Direito penal**: parte especial – artigos 121 a 183. Ribeirão Preto: Livraria Jurídica Katsuzomizuno, 1984, p. 66.

⁹⁰ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 52

honra como a melhor justificativa do delito, uma vez que matar uma criança em virtude do medo da desmoralização social, nos tempos atuais, não faz sentido algum; isto porque as mulheres, em geral, mesmo em casos de abuso sexual, possuem meios suficientes de informação destinados à prevenção da gravidez, e ainda, porque as relações sexuais sem laços matrimoniais já não são vistas com o mesmo escândalo de tempos remotos, sendo atualmente julgadas como normais.

Delton Croce, racionalmente, traz à baila a perfeita exclusão da idéia do motivo de honra das gestações atuais, dissertando para tanto, sobre o critério fisiopsicológico:

Pensamos como os autores que vêem na influência do estado puerperal um produto da imaginação nunca ocorrido em gestantes, de vida pregressa mental sadia, casadas e felizes, as quais, via de regra, dão à luz cercadas do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares, em maternidades ou no domicílio. Por que estas não sofrem da chamada influência do estado puerperal? As acometidas deste efeito psicológico de todo e qualquer parto são mulheres que engravidaram inconscientemente, ou contra a sua vontade consciente, e que, não tendo por qualquer motivo provocado aborto, ocultam por disfarces a prenhez até o termo, quando, então, são obrigadas a parir o filho, ao qual ocisam, durante o parto ou logo após, como castigo para si mesmas e uma vingança para seu meio ambiente. Não é, portanto, o parto que as leva a cometer o nefando ato, mas, sim, o conflito social grave em que se encontram ao dar à luz.⁹¹

É considerável que a parturiente pode vir a engravidar por vontade própria, ou mesmo, sem este desejo, por falta de método contraceptivo ou pela mínima informação adquirida, mas em momento algum imaginará ser para ela uma desonra, e sim, uma carga ter que prestar cuidados a uma criança, por ora não planejada, o que poderá fazer com que ela cogite a possibilidade de tirar a vida do próprio filho antes mesmo de o parir, e, não conseguindo, fica atormentada, querendo se livrar do novo ser, durante o parto ou logo após.

Enfocando, a partir de então, apenas a posição do critério fisiopsicológico na legislação atual, partindo de sua primeira inserção no Código Penal, Galdino Siqueira cita Nelson Hungria ao criticar a idéia defendida por Virgílio de Sá Pereira:

Nunca se ouviu dizer (ou, pelo menos, é caso esporádico) que uma mulher

⁹¹ CROCE, Delton. **Manual de medicina legal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 468.

mentalmente sã fosse levada à eliminação de seu filho recém-nascido por essa perturbação psíquica que Sá Pereira julgava inerente ao estado puerperal⁹².

A crítica tecida uma década depois da adoção à nova redação, mostra que há muito tempo as divergências já existem. De fato, Sá Pereira foi o idealizador da implantação do estado puerperal como elementar do crime de infanticídio. Contudo, não se deve esquecer que o Projeto de Alcântara Machado foi o primeiro a recepcionar o novo critério.

Hélio Gomes se pronuncia resumidamente acerca da inclusão da referida elementar normativa no tipo penal, entendendo que “o estado puerperal, requerido pelo Código Penal à configuração do infanticídio, é uma entidade, a nosso ver, no mínimo pouco palpável, para não dizer virtual”.⁹³

Para Maggio “o legislador brasileiro acabou cometendo imperdoável falha, ao incluir entre as circunstâncias elementares do crime, uma verdadeira causa de diminuição da responsabilidade penal, ou seja, a influência do estado puerperal”.⁹⁴

Em palavras modernas, França aponta que o estado puerperal não passa de “uma simples ficção jurídica no sentido de justificar a benignidade de tratamento penal”.⁹⁵

Damásio Evangelista de Jesus faz relatos de seu conhecimento acerca da elementar, posicionando-se contra ela, citando outros motivos que poderão desencadear a conduta da agente criminosa:

[...] 1 – O conceito de estado puerperal implícito na redação do artigo 123 do nosso Código Penal não se concilia com a realidade observada em clínica obstétrica, nem em clínica psiquiátrica (não conheço por experiência pessoal, nem por leitura, qualquer caso de mãe que mata o próprio filho, que não se inclua numa destas situações: a) psicose identificável pela psiquiatria clínica; b) continuar ocultando uma ligação clandestina). 2 – A conduta da infanticida, apreciada em seu conjunto, - (desde o início de sua ligação clandestina até a ocisão do próprio filho e ocultação do respectivo cadáver) -, revela uma preocupação obsessiva, OCULTAÇÃO, que é

⁹² HUNGRIA, Nelson *apud* SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte especial. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, Tomo III, p.51.

⁹³ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 746.

⁹⁴ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p.18.

⁹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 167.

altamente sugestiva de neurose.⁹⁶

A existência do quadro de psicoses puerperais será sempre um fator conflitante com a identificação do estado puerperal. A questão do parto clandestino encontra-se intimamente ligada aos casos de gravidez ilegítima (visto que já se foi exposto que em gestações assistidas raramente ocorrem transtornos durante ou logo após o parto); é possível que a mulher faça o seu próprio parto sozinha, sem a assistência médica necessária. Por descuido ou por vontade própria, poderá tirar a vida do ser nascente ou neonato, e, possivelmente, por medo da punição ou por vergonha da sua conduta delituosa, virá a esconder o cadáver. Esta vontade própria poderá estar ligada a determinado transtorno mental patológico, assim como também poderá ser característica de um ato de maldade.

Helena Cláudio Fragoso, grande crítico do critério fisiopsicológico, se manifesta com total lucidez, dizendo que o estado puerperal:

[...] jamais poderia, por si só, provocar na mulher uma tal agressividade contra o próprio filho, violando o impulso natural da maternidade. Ou existe uma precedente situação de anomalia psíquica que a gravidez e o parto precipitam (e estaríamos então na esfera do artigo 22 e seu parágrafo único), ou existem fatores de ordem social (gravidez fora do casamento, extrema severidade dos pais, intensa reprovação dos parentes) que provocam grave perturbação de ânimo capaz de conduzir ao crime.⁹⁷

Logicamente, a mulher que comete o infanticídio há muito tempo já cogitava a possibilidade de vir a tirar a vida daquela criança, não se podendo considerar que o suposto estado puerperal tenha sido a única causa justificável para a realização da conduta por ela traçada. É o que se entende com a legislação. O estado puerperal “deveria” ser exclusivamente a causa motivadora do delito, eliminando por completo qualquer possibilidade por parte da parturiente, de ter cogitado a suposta morte do próprio filho antes de o parir. Porém, a versão que se tem retirado dos fatos é outra.

⁹⁶ AZEVEDO, José Barros *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo, V. 13, p.25-26, jul./set. 1970, p.31.

⁹⁷ O artigo 22 citado na obra é atualmente o artigo 26 do CP. (FRAGOSO, Helena Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial – artigos 121 a 166. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, v. 1, 1962, p. 539).

Genival Veloso de França defende este entendimento, dizendo que as mulheres que matam o próprio filho, durante ou logo após o parto:

Praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto e assumir uma atitude incapaz de provocar suspeitas. Tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade.⁹⁸

vem se verificando que durante o parto, por se encontrar exposta a fatores estressantes, a parturiente apenas ganha coragem para realizar a conduta anteriormente pensada, de matar o próprio filho. Maggio referencia que:

Os defensores do critério fisiopsicológico, na defesa de suas posições, incorreram em flagrante contra-senso, argumentando que a mãe infanticida nada sabe sobre a conduta praticada em razão da obnubilação (perturbação da consciência) produzida pelo estado puerperal. Ora, como pode a mãe agir com dolo, de forma voluntária e consciente, estando sob uma perturbação psíquica que não lhe permite entender a ilicitude de sua conduta?⁹⁹

Em virtude de tais apontamentos, o marco teórico deste estudo, Genival Veloso de França, jurista e mestre de sucessivas gerações de médico-legistas brasileiros, traz em sua obra “Fundamentos de Medicina Legal” o argumento de que:

O estado puerperal, expressão ambígua e situação contestada pelos médicos, têm merecido, através de todo esse tempo, severas críticas, sendo, inclusive, considerado por alguns como uma simples ficção jurídica no sentido de justificar a benignidade de tratamento penal [...] Nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido. [...] Achamos, em suma, desnecessário o dispositivo específico do infanticídio, podendo, sem nenhum malefício ou nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira, pois ele nada mais representa senão uma forma especial de responsabilidade atenuada cuja pena breve contrasta com outras formas de homicídio

⁹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p.167.

⁹⁹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p.132.

doloso¹⁰⁰.

James Tubenchlak também adota o propósito de se retirar do crime de infanticídio a qualidade de delito autônomo:

A verdade, sim, é que o infanticídio nada mais é do que um homicídio, e não atinamos com o porquê de sua tipificação em artigo diferente. [...] Diga-se mais, não se constitui em boa técnica transmudar-se uma infração para outra tão-somente em homenagem aos motivos que a determinam. [...] Fica resumido nosso entendimento na seguinte proposição: deve ser revogado, por desnecessário, o artigo 123 do CP, que tipifica o delito de infanticídio, pois a influência do estado puerperal, bem assim a *honoris causa*, já se encontram contempladas, respectivamente, nos artigos 121, parágrafo 1º, e 26, parágrafo único, do mesmo diploma.¹⁰¹

As palavras de Vanrell e Borborema reforçam a visão destes doutrinadores acerca das condições de penalização da autora do delito:

Ou a puérpera é uma agente *inimputável*, totalmente *irresponsável* pelo ato praticado (art. 26 do Código Penal), sujeita a tratamento penal especial, incluindo medida de segurança; ou é uma homicida mesmo, sujeita a tratamento penal comum, incluindo as qualificadoras aplicáveis à espécie.¹⁰²

Através das pesquisas, justificativas e afirmações de renomados juristas, e comprovando-se a escassez de recursos para a averiguação da suposta elementar, este estudo apóia a afirmativa de que o estado puerperal não deve ser utilizado como condição determinante para caracterização do crime de infanticídio, uma vez que não oferece segurança para a aplicação da máxima tutela jurídica penal.

¹⁰⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 167.

¹⁰¹ TUMBENCHLAK, James *apud* DEITOS, Hamilton Francisco. **A descriminalização do infanticídio**. Busca Legis. Florianópolis, mar 1999. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoDeitos-DescriminalizacaoI.PDF>> Acesso em: 14 abr 2010.

¹⁰² VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007, p. 485.

3.2 Pena e Ação Penal

O CP em vigor prevê à infanticida a pena de 2 a 6 anos de detenção, em regime semi-aberto ou aberto.

Trata-se de ação penal pública incondicionada, em que a autoridade procede de ofício, instaurando o inquérito policial, independente de provocação de qualquer pessoa, devendo o Ministério Público oferecer a denúncia, tanto nos casos de consumação, quanto de tentativa.

Como se trata de crime doloso contra a vida, o Tribunal do Júri detém a competência para julgá-lo.

Relembrando os motivos que levam o infanticídio ao status de delito autônomo, Fernando de Almeida Pedroso cita que:

Como figura típica derivada do homicídio, contém o tipo legal do infanticídio todas as características daquele, com a adição de outros caracteres, chamados elementos especializantes, que lhe deram a natureza privilegiada, a característica de *delictum exceptum*.¹⁰³

Maggio argumenta, para fins de comparação, que:

No homicídio a pena é de reclusão; no infanticídio é de detenção. Quanto à quantidade, no homicídio privilegiado, considerando a redução de um sexto a um terço na pena do homicídio simples (6 a 20 anos), ou seja, reduzindo-se um terço da pena mínima e um sexto da pena máxima, chega-se a maior faixa de pena em abstrato: reclusão de 4 anos a 16 anos e 8 meses. No infanticídio a pena é de detenção de 2 a 6 anos (menos que a metade média).¹⁰⁴

Eis que se percebe que a aplicação da pena é composta de grande desproporcionalidade entre ambos os crimes. Para Carlos Xavier de Paes Barreto, o referido delito não deveria receber diminuição de pena em relação ao homicídio:

¹⁰³ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 234.

O nosso legislador destacou-o para o crime especial menor do que o homicídio. Não merece nossos aplausos por esta orientação tomada. Somos dos que pensam que não pode o infanticídio ser punido inferiormente ao homicídio: tanto vale a vida de quem tem sete dias, como a de quem tem oitenta. O facto de ter sido atentado cometido contra incapaz de resistir deve constituir atenuação da pena? Não nos parece.¹⁰⁵

Não obstante, Damásio de Jesus expõe, com perfeição, a saída mais adequada à esta discordância:

Para nós, a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado do homicídio. Assim, na definição típica do art. 121 do CP teríamos duas formas de atenuação da pena. A primeira já contida no §1º., referente aos motivos de relevante valor moral ou social e domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. A segunda causa do privilégio seria a do infanticídio. Desta forma, o delito autónomo do art. 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar onde se encontra hoje o homicídio qualificado (§2.º). Assim, a influência do estado puerperal e a relação de parentesco não seriam mais elementos do crime, mas circunstâncias de ordem pessoal ou subjetiva. E, nesse caso, incomunicáveis na hipótese do concurso de agentes. Em consequência, a mulher responderia por homicídio privilegiado, com a denominação de infanticídio, enquanto o terceiro responderia por homicídio sem atenuação.¹⁰⁶

Assim, o art. 121 do CP viria a punir, não somente a mãe, mas qualquer pessoa que atentar contra a vida do ser nascente ou neonato, obedecidas todas as hipóteses de atenuação e agravamento da pena. As divergências acerca do concurso de pessoas seriam sanadas, passando o co-autor ou partícipe a responder pelo crime de homicídio, na medida de sua culpabilidade. As discussões sobre o momento da morte articulada pela expressão “logo após o parto” diminuiriam, uma vez que deixaria de ter importância o momento em que o óbito ocorreu, sendo relevante apenas saber se realmente houve o resultado. O tão criticado “estado puerperal” não mais seria tratado como elementar do delito, visto que, não há mais legitimidade social para se continuar admitindo a existência deste homicídio privilegiado.

¹⁰⁴ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004, p. 29.

¹⁰⁵ BARRETO, Carlos Xavier de Paes. **Infanticídio**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 71, n. 409/411, jul/set 1937, p. 23.

Adotando-se tais critérios, a aplicação da penalidade passa a ser mais objetiva, as controvérsias ficam sanadas e a máxima tutela jurídica penal garantida, donde se conclui que o art. 123 do CP pode ser revogado, sem prejuízo para a Ciência Penal e, conseqüentemente, a tipologia do homicídio (art. 121 do CP) pode ser adotada quando a parturiente vier a matar o próprio filho, o ser nascente ou neonato.

¹⁰⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo pôde-se compreender que o infanticídio, segundo a legislação penal, refere-se à conduta criminosa da parturiente, que influenciada por um suposto “estado puerperal”, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Contudo, o estado puerperal não existe. Não há qualquer menção ao referido distúrbio fisiopsicológico nos estudos da ciência médica, relativo ao período que compreende o parto e o puerpério.

Outras formas de transtornos psíquicos podem se desencadear na parturiente (depressão pós-parto, disforia do pós-parto, psicose puerperal), porém, não é justo utilizar como elementar normativa de um delito gravíssimo, uma condição “inventada” pelos juristas e sobre a qual jamais se chegará a um consenso relativo à sua limitação temporal e características próprias, por ser mais viável à sociedade médica admitir a existência de qualquer das outras doenças articuladas na CID-10, para os casos em que a mulher vier a matar o próprio filho durante o parto ou logo após, do que criar esta nova condição que mais parece um “meio termo” apaziguador das incongruências jurídicas. Trata-se de uma questão meramente lógica.

As mulheres envolvidas no assassinato dos próprios filhos, nascentes ou neonatos, geralmente, possuem histórico de gestação conturbada, sem acompanhamento médico e familiar adequado, fazendo com que elas, num ataque de tristeza e raiva (sentimentos que se acumulam durante a gravidez), cogite a possibilidade de cometer o crime, antes mesmo de entrar em trabalho de parto.

Este pensamento anterior ao parto descaracteriza o suposto “estado puerperal”, visto que o mesmo, pelo entendimento que se tira da legislação penal, deve obrigatoriamente se tratar de uma loucura momentânea, somente diagnosticada durante ou logo após a mulher vir a dar a luz, jamais ocorrida antes. Entretanto, o que se observa é que as dores e a angústia do parto apenas desencadeiam nela a coragem para praticar a conduta delituosa.

Há a possibilidade de uma mulher considerada normal psiquicamente, vir a matar o próprio filho, nascente ou neonato; isto, quando realiza o próprio parto sozinha ou sem a assistência médica adequada. As dores serão mais intensas e o processo de expulsão da criança mais demorado. Nestas horas, o senso moral da

parturiente, com toda certeza, já não mais existirá; apenas prevalecerá a necessidade de sanar a intensidade da dor sofrida, e, poderá ela (a parturiente) descontar seu desespero e raiva sobre a própria criança. Lembrando que, partos clandestinos, em regra, acontecem quando a mulher pretende ocultar a gravidez ou o momento do nascimento. Isto porque, anteriormente, já havia pensado em esconder a criança ou eliminá-la.

A gestante amparada pela família e pelo companheiro, que faz o pré-natal regularmente, dificilmente irá sofrer alguma perturbação mental no momento do parto. Durante as consultas, é possível diagnosticar alterações de comportamento ligados a transtornos psíquicos, que serão tratados, a fim de evitar futuros infortúnios à mulher, à criança e aos familiares.

Provar a existência deste distúrbio fisiopsicológico é impossível, porque, como já afirmado, ele não existe. Não há que se falar em quadro de curta duração e de difícil constatação. O que os peritos médico-legais conseguirão averiguar é apenas a presença de outras doenças mentais, que podem perdurar algum tempo depois do ocorrido, devido aos quadros de retrocesso relativos a transtornos psíquicos.

É burlesco à seara jurídica aceitar a questão da dúvida sobre a presença do suposto “estado puerperal” e se valer do princípio *in dubio pro reo*, admitindo a inclusão da mulher em um quadro de diminuição de pena. Falta circunspeção para admitir que àquela que vem a matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, trata-se de uma homicida e que como tal deve ser apenada segundo o art. 121 do CP, ou se demente, beneficiada pelo art. 26 do CP, com a inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal.

A constatação do crime de infanticídio, da forma como é expresso pelo CP, é impossível, não só por este fator, como por tantos outros, a se ver pela indefinição do Código Penal acerca da expressão “logo após o parto”, que deve ser entendida, segundo a doutrina, como o período referente ao puerpério imediato, quando a criança recebe os primeiros cuidados especiais após o nascimento.

A desproporcionalidade da pena no concurso de agente também se envolve de extrema polêmica, concedendo o benefício da redução de pena ao co-autor ou partícipe, por serem comunicantes as elementares do tipo.

Através da aplicação de questionários a médicos obstetras e ginecologistas, situados em nosso âmbito social, foi possível perceber a semelhança das respostas entre eles, que acreditam ser possível o surgimento de um estado confusional na

parturiente, decorrente apenas durante ou logo após o parto. Entretanto, todos também entendem que a maior incidência de transtornos psíquicos é verificada durante o período gestacional, podendo ser estes quadros revertidos antes mesmo de a mulher vir a dar a luz. (ANEXOS 6 a 10).

O número de infanticídios ocorridos é uma verdadeira incógnita. Projetos de Lei foram propostos, solicitando o afastamento do referido dispositivo penal. Contudo, os mesmos foram em vão, visto que a opinião da Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania continua apoiando a permanência do delito autônomo na legislação penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia Médica Judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

BARRETO, Carlos Xavier de Paes. **Infanticídio**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 71, n. 409/411, jul/set 1937.

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

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Fl. 39 do liv. 1º de Leis. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**. Em 8 de Janeiro de 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 12 out 2010.

BRASIL. Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html> Acesso em: 12 out 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>> Acesso em: 14 abr 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 12 out 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 14 abr 2010.

BRASIL. Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 10 out 2010.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://reservadejustica.wordpress.com/2009/05/18/convencao-americana-sobre-direitos-humanos/>> Acesso em: 10 out 2010.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 12 out 2010.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 1.262, de 16 de maio de 2003. Revoga o artigo 123 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 15 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/147022.doc>> Acesso em: 03 ago 2010.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentido religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JR, Paulo José da. **Código Penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005.

COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. **A problematização do infanticídio enquanto tipo autônomo**. Jus Navigandi. Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10301>>. Acesso em: 14 abr 2010.

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

DEITOS, Hamilton Francisco. **A descriminalização do infanticídio**. Busca Legis. Florianópolis, março 1999. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monoDeitos-Descriminalizacaol.PDF>> Acesso em: 14 abr 2010.

DHNET. **Lei das XII Tábuas**. Natal/RN (s.d) Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 13 out 2010.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial – artigos 121 a 166**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, V. 1, 1962.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GOMES NETO, F. A. **Código penal brasileiro comentado nos termos da nova constituição federal: parte especial – comentários aos artigos 121 a 249**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: parte geral. Sinopses Jurídicas**. 8. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva: 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus,

2009.

GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica.** Jus Navigandi. Teresina, a.7, n. 65. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 15 out 2010.

HALBE, Hans Wolfgang; HALBE, Aparecida Francisca Pedace; CELESTINO, Clíce Aparecida. **Depressão no ciclo grávido-puerperal.** Ciber Saúde RBM Revista Brasileira de Medicina. LIM 058, FMUSP. Disponível em: <http://www.cibersaude.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=1713> Acesso em: 12 out 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.** São Paulo, v. 13, p.25-26, jul./set. 1970.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Wilian Wanderley. **Direito penal:** parte especial – artigos 121 a 183. Ribeirão Preto: Livraria Jurídica Katsuzomizuno, 1984.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido.** São Paulo: Millennium, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2:** Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1982.

OMS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.** (CID10). Décima Revisão. Versão 2008. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>> Acesso em: 12 out 2010.

ONU. Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 10 out 2010.

ONU. Resolução 1386 (XIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1959. **Declaração dos Direitos da Criança.** Disponível em: <http://www.cnpqjr.pt/preview_documentos.asp?r=1000&m=PDF> Acesso em: 10 out 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto.** 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PHITOHERB. **Distonia neurovegetativa.** Disponível em:
<<http://www.phitoherb.com/article.asp?id=81>> Acesso em: 12 out 2010

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2:** parte especial, arts. 121 a 183. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código penal interpretado.** São Paulo: Saraiva, 1996.

VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal.** Leme: Mizuno, 2007.

ANEXOS

ANEXO 1

PROJETO DE LEI Nº 1.262 DE 2003

(Do Sr. JOSÉ DIVINO)

Revoga o artigo 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Fica revogado o Artigo 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Parágrafo Único. o crime tipificado no artigo revogado passa a ser imputado com base no disposto do artigo 121, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal brasileiro.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O infanticídio, entre os povos antigos, oscilava da impunidade às penas mais severas, inclusive a de morte, após várias espécies de suplícios.

No decorrer dos tempos esse delito autônomo foi se adaptando à evolução da sociedade, mas sempre com uma visão privilegiada pelos legisladores, que imaginaram pena especial para a infanticida, privilegiada em relação á do homicida, movidos pela piedade que a honoris causa lhes causava.

Na legislação brasileira, a causa de honra sempre figurou no tipo do infanticídio, sendo retirada da lei atual, que prestigiou somente o critério fisiopsíquico, que se revela na expressão sob a influência do estado puerperal.

Realmente, apesar de não constar no texto da lei, a causa de honra pode ser

considerada um motivo não escrito, pois, não obstante a sua ausência no texto legislativo os Tribunais continuam a prestigiá-la, como demonstram os vários acórdãos por eles exarados.

Além do mais, o tipo do infanticídio acarreta vários problemas, doutrinários e práticos, seja pela dificuldade de visualização, obstaculizando a correta capitulação do fato, seja pela dúvida quanto ao enquadramento das pessoas que realizam a conduta típica, além da parturiente.

Destarte, é forçoso concluir-se que o tipo do infanticídio tornou-se como crime autônomo, e até desnecessário. É perfeitamente compreensível ao entendimento, nos tempos antigos, da importância da honoris causa; hoje, porém, diante da revolução dos costumes, mesmo no interior do país este motivo não mais encontra justificativa.

Quanto à influência do estado puerperal, a conclusão é outra. Na verdade, trata-se de um critério duvidoso de apuração da materialidade do crime, visto que pela complexa forma que se dá e pela rápida recuperação da mulher em puerpério fica difícil, ou quase impossível a detecção de tal atenuante material. Isso faz com que várias e várias vezes crimes de homicídio sejam levados ao juiz na forma de infanticídio.

Em nossa justificativa, ressaltamos os dizeres do tratadista James Tubenchlak, que em sua obra "Estudos Penais", Rio de Janeiro ed. Forense, 1986:

"A verdade, sim, é que o infanticídio mais é do que um homicídio, e não atinamos o porquê de sua tipificação em artigo diferente, tal como acontece, aliás com o delito de exposição ou abandono de recém-nascido, esdruxulamente destacado do crime de abandono de incapaz. Diga-se mais, não se constitui em boa técnica transmutar-se uma infração para outra tão-somente em homenagem aos motivos que a determinaram. É válido concluir que as condições a diferenciarem o infanticídio do homicídio - influência do estado puerperal (código em vigor) e honoris causa (diploma de 1969) - não devem ser supervalorizados, inexistindo mesmo qualquer razão subjetiva ou de ordem prática para tanto".

Realmente, inexistindo o atual artigo 123 do Código Penal, o julgador disporá, ainda assim, dos dois motivos justificadores do tipo autônomo, podendo aplicá-los quanto entender conveniente.

Destarte, a honoris causa estaria presente no § 1º do artigo 121 da lei penal vigente, inserida na expressão relevante valor moral. A influência do estado puerperal,

por sua vez, estaria contida no parágrafo único do artigo 26 do mesmo diploma, na frase "em virtude de perturbação de saúde mental. O mais interessante é que, neste último caso, poderá o juiz reduzir a pena em dois terços. Ora, considerando-se o infanticídio uma espécie de homicídio, cuja pena varia entre seis e 20 anos de reclusão, ao aplicar-se o redutor de dois terços obtém-se a pena hipoteticamente cominada de dois a seis anos e oito meses de reclusão, que é quase a mesma prevista pelo atual artigo 123 do CP, excedendo-se a máxima em oito meses.

E, finalmente, caso o estado puerperal seja apenas o elemento provocador de um estado psicopático preexistente, de tal forma que se retire por completo o poder de autodeterminação da agente, então a mesma estará na categoria dos inimputáveis, resolvendo-se a pendenga pelo caput do artigo 26 do Código Penal brasileiro.

Com os recursos científicos disponíveis hoje à serviço da sociedade com equipamentos biomédicos capazes de detectar doenças residuais preexistentes e até futuras, bastando apenas a realização do pré-natal obrigatório para as parturiente, o que seria evitado, com certeza erradicado do país o infanticídio.

Pelo acima exposto é que submeto à douta apreciação dos nobres pares a proposição que ora apresento à Casa, solicitando o apoio dos nobres membros deste Legislativo para a sua aprovação.

Sala de Sessões, 16 de maio de 2003

Deputado JOSÉ DIVINO

ANEXO 2

CID-10

Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde

Décima Revisão - Versão 2008 - Volume I

FONTE: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>

Nota de Copyright

Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português (Centro Brasileiro de Classificação de Doenças) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo/Organização Mundial de Saúde/Organização Pan-Americana de Saúde

Copyright © 1993-2007 by Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português

Capítulo V - Transtornos mentais e comportamentais (F00-F99)

F50-F59 Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos

F53 Transtornos mentais e comportamentais associados ao puerpério, não classificados em outra parte;

Classificar aqui unicamente os transtornos mentais associados ao puerpério que apareçam durante as seis primeiras semanas após o parto e que não satisfazem os critérios diagnósticos de um outro transtorno classificado em outra parte neste capítulo, seja porque as informações disponíveis são insuficientes, seja porque elas apresentam características clínicas suplementares especiais que não permitem a sua classificação em outra parte de modo apropriado.

F53.0 Transtornos mentais e comportamentais leves associados ao puerpério não classificados em outra parte;

Depressão:

- pós-parto SOE
- puerperal SOE

F53.1 Transtornos mentais e comportamentais graves associados ao puerpério não classificados em outra parte;

- Psicose puerperal SOE

F53.8 Outros transtornos mentais e comportamentais associados ao puerpério não classificados em outra parte;

F53.9 Transtorno mental e comportamental associado ao puerpério, não especificado.

ANEXO 3

AUTO DE EXAME CADAVÉRICO (INFANTICÍDIO)

Cidade, UF.

Aos ... dias do mês de ... do ano de 20... nesta cidade e no ... foram designados peritos os Drs. ..., para procederem ao exame de infanticídio no cadáver de ... , a fim de se atender à requisição de exame nº ..., do ... , descrevendo, com verdade e com todas as circunstâncias, o que encontrarem, descobrirem e observarem, bem como para responderem aos seguintes quesitos: PRIMEIRO – Se houve morte; SEGUNDO – Se a morte foi ocasionada durante ou logo após o parto; TERCEIRO – Qual a causa da morte?; QUARTO – Qual o instrumento ou meio que produziu a morte?; QUINTO – Se foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou por outro meio insidioso ou cruel (*resposta especificada*).

Em consequência, passaram os peritos a fazer o exame ordenado, bem como as investigações que julgaram necessárias, findos os quais declaram:

Assinatura do perito (1)

CRM

Assinatura do perito (2)

CRM

ANEXO 4

AUTO DE EXAME DE PARTO PREGRESSO

Cidade, UF.

Aos ... dias do mês de ... do ano de 20... nesta cidade e no ... foram designados peritos os Drs. ..., para procederem ao exame de parto pregresso em ..., a fim de se atender à requisição de exame nº ..., do Sr. ... , descrevendo, com verdade e com todas as circunstâncias, o que encontrarem, descobrirem e observarem, bem como para responderem aos seguintes quesitos: PRIMEIRO – Houve parto?; SEGUNDO – Qual a data provável do parto?

Em conseqüência, passaram os peritos a fazer o exame ordenado, bem como as investigações que julgaram necessárias, findos os quais declaram:

Assinatura do perito (1)

CRM

Assinatura do perito (2)

CRM

ANEXO 5

AUTO DE EXAME PSÍQUICO DA PARTURIENTE (INFANTICÍDIO)

Cidade, UF.

Aos ... dias do mês de ... do ano de 20... nesta cidade e no ... foram designados peritos os Drs. ..., para procederem ao exame psíquico na parturiente de nome ... , a fim de se atender à requisição de exame nº ..., do Sr. ... , descrevendo, com verdade e com todas as circunstâncias, o que encontrarem, descobrirem e observarem, bem como para responderem ao seguinte quesito: A paciente se encontrava sob a influência do estado puerperal ao tempo do fato que lhe é imputado?

Em conseqüência, passaram os peritos a fazer o exame ordenado, bem como as investigações que julgaram necessárias, findos os quais declaram:

Assinatura do perito (1)

CRM

Assinatura do perito (2)

CRM

ANEXO 6



Esta entrevista tem o objetivo de colaborar com o projeto de pesquisa acerca da "Investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio", desenvolvido pela aluna Michelle Baese Caetano, do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC. (Ano de conclusão do curso: 2010).

ENTREVISTADO(A): NESTOR JURDANS SOARES
PROFISSÃO/ESPECIALIDADE: MEDICO GINECOLOGISTA - OBSTETRA

1. Do ponto de vista obstétrico, como você define o puerpério?

É O PERÍODO DE 42 DIAS APÓS O PARTO, ENTRETANTO EXISTEM CONSIDERAÇÕES NA LITERATURA QUANTO AO TEMPO

2. Qual é o tempo de duração do puerpério?

ALGUNS CONSIDERAM 42 DIAS, OUTROS APÓS O PERÍODO DAS MENSTRUAÇÕES, E, ATÉ O FINAL DA LACTAÇÃO

3. Na sua experiência, você acredita que a mulher no puerpério, pode perder a capacidade plena de entendimento de suas ações?

ALGUMAS MULHERES REALMENTE PERDEM A CAPACIDADE DE PERDA DO ENTENDIMENTO DE SUAS AÇÕES/QUESTÕES

3.1. Em caso afirmativo, você acredita que esta perda da capacidade se dá apenas em mulheres que já vinham apresentando alterações de comportamento anteriores ao parto ou existe a possibilidade desta alteração acontecer momentaneamente?

NOTAMENTAMENTE ESTAS MULHERES TÊM UM PASSA-DO PERSONAL E/OU FAMILIAR DE ALTERAÇÕES PSICOLÓGICAS

4. Você entende que a mulher, exclusivamente sob a influência do estado puerperal, pode vir até mesmo a matar o nascituro durante ou logo após o seu parto?

Sim

5. Você já vivenciou algum caso de infanticídio ou tem ciência de relatos clínicos acerca do crime?

Sim, como médico legista

6. Você saberia diferenciar estado puerperal de depressão pós-parto? Em caso afirmativo, exponha estes conceitos sucintamente.

ESTADO PUERPERAL É UM CONJUNTO DE SINAIS CLÍNICOS SUPRIMIS QUE ACOMPANHAM O PUERPERIO INICIAL, ENQUANTO QUE DEPRESSÃO PÓS PARTO É A MUDANÇA DE HUMOR QUE OCORRE APÓS O PARTO.

Caratinga, 12/04/2010

NESTOR
Assinatura e carimbo do entrevistado
Dr. Nestor Jurdans Soares
CRM MG 10.866

ANEXO 8



Esta entrevista tem o objetivo de colaborar com o projeto de pesquisa acerca da "Investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio", desenvolvido pela aluna Michelle Baese Caetano, do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC. (Ano de conclusão do curso: 2010).

ENTREVISTADO(A): MIRIAM B DA SILVA
PROFISSÃO/ESPECIALIDADE: CEO

1. Do ponto de vista obstétrico, como você define o puerpério?

é período (pós parto) - até 42 dias

2. Qual é o tempo de duração do puerpério?

(40 - 42 dias) pós-parto

3. Na sua experiência, você acredita que a mulher no puerpério, pode perder a capacidade plena de entendimento de suas ações?

(Sim) fica muito sensível e fragilizada

3.1. Em caso afirmativo, você acredita que esta perda da capacidade se dá apenas em mulheres que já vinham apresentando alterações de comportamento anteriores ao parto ou existe a possibilidade desta alteração acontecer momentaneamente?

está muito relacionado com seus conflitos familiares, ou aconteças, na família e com o comportamento dos seus familiares ou esposo

4. Você entende que a mulher, exclusivamente sob a influência do estado puerperal, pode vir até mesmo a matar o nascituro durante ou logo após o seu parto?

(Sim) Depressão pós parto

5. Você já vivenciou algum caso de infanticídio ou tem ciência de relatos clínicos acerca do crime?

(Sim) Relatos.

6. Você saberia diferenciar estado puerperal de depressão pós-parto? Em caso afirmativo, exponha estes conceitos sucintamente.

Sim - pois a parte apresenta distúrbio comportamental, como seletividade, apreensão, medo, temor, pânico, rejeição do filho após o parto, isolamento no seu quarto, não tolerar a luz

Caratinga, 13/04/2010

Assinatura e carimbo do entrevistado

[Assinatura]
Dr. Ivan Benedito de Souza
CRM / MG 24.505

ANEXO 9

	Esta entrevista tem o objetivo de colaborar com o projeto de pesquisa acerca da " <u>Investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio</u> ", desenvolvido pela aluna Michelle Baese Caetano, do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC. (Ano de conclusão do curso: 2010).
--	--

ENTREVISTADO(A):

PROFISSÃO/ESPECIALIDADE:

1. Do ponto de vista obstétrico, como você define o puerpério?

É o período compreendido, após a expulsão de placenta até o retorno de todos alterações procedente de gravidez.

2. Qual é o tempo de duração do puerpério?

de 6 a 8 semanas

3. Na sua experiência, você acredita que a mulher no puerpério, pode perder a capacidade plena de entendimento de suas ações?

Em alguns casos sim. Quando há doença

3.1. Em caso afirmativo, você acredita que esta perda da capacidade se dá apenas em mulheres que já vinham apresentando alterações de comportamento anteriores ao parto ou existe a possibilidade desta alteração acontecer momentaneamente?

Podem ocorrer das duas formas.

4. Você entende que a mulher, exclusivamente sob a influência do estado puerperal, pode vir até mesmo a matar o nascituro durante ou logo após o seu parto?

SIM

5. Você já vivenciou algum caso de infanticídio ou tem ciência de relatos clínicos acerca do crime?

SIM

6. Você saberia diferenciar estado puerperal de depressão pós-parto? Em caso afirmativo, exponha estes conceitos sucintamente.

SIM. O estado puerperal é psicológico, não há alteração do comportamento. Já a depressão ocorre alteração do estado comportamental, humor e trata-se com medicamentos.

Caratinga, 13/5 /2010

Dr. Aurélio V. D. Souza
CRM-MG 31026
CPF: 276.203.014-77

Assinatura e carimbo do entrevistado

ANEXO 10



Esta entrevista tem o objetivo de colaborar com o projeto de pesquisa acerca da "Investigação do estado puerperal na apuração do crime de infanticídio", desenvolvido pela aluna Michelle Baese Caetano, do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC. (Ano de conclusão do curso: 2010).

ENTREVISTADO(A): GUSTAVO MARQUES DE SOUSA SAFE

PROFISSÃO/ESPECIALIDADE: MÉDICO GINECOLOGISTA E OBSTETRA

1. Do ponto de vista obstétrico, como você define o puerpério?

PERÍODO QUE TEM INÍCIO APÓS O PARTO

2. Qual é o tempo de duração do puerpério?

VARIÁVEL (IMEDIATO, MEDIATO, TARDIO) 24h, 7 dias, 42 dias (6 semanas)

3. Na sua experiência, você acredita que a mulher no puerpério, algumas vezes, perde a capacidade plena de entendimento de suas ações?

ACREDITO QUE SIM (DEPRESSÃO PÓS PARTO → QUANDO MAIS ALENTADO BLUES)

4. Em caso afirmativo, você acredita que esta perda da capacidade se dá apenas em mulheres que já vinham apresentando alterações de comportamento anteriores ao parto ou existe a possibilidade desta alteração acontecer instantaneamente, sem causa ou fator antecedente?

GERALMENTE AS MULHERES APRESENTAM PROBLEMAS ANTERIORES, DIAGNOSTICADOS OU NÃO QUE POSSUEM UM ABISMO COM O NASCIMENTO, NO PERÍODO PÓS PARTO. DIFÍCIL TER INÍCIO PÓS PARTO.

5. Você entende que a mulher, única e exclusivamente sob a influência do estado puerperal, pode vir até mesmo a matar o próprio filho durante ou logo após o seu parto?

IMPORTANTE CONCEITUAR ESTADO PUERPERAL. ACREDITO SIM QUE MULHERES DEPRIMIDAS E COM PSIOSE PODEM FAZER ISTO.

6. Você já vivenciou algum caso de infanticídio? Em caso afirmativo, como você se comportou?

NÃO

7. Você saberia diferenciar infanticídio de homicídio? Em caso afirmativo, exponha sucintamente a sua definição.

ACREDITO SER A MESMA COISA, A DIFERENÇA SERIA QUE A CRIANÇA (BEBÊ) NÃO TERIA COMO SE DEFENDER

Caratinga, 4 / 11 / 2010

DR. GUSTAVO SAFE
CRM 31510
GUSTAVO SAFE
Assinatura e carimbo do entrevistado