

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico pretende trazer uma abordagem do crime infanticídio em face do estado puerperal, a intenção é buscar um entendimento diante das divergências exigentes entre doutrinadores. O capítulo I aborda os aspectos conceituais do crime infanticídio, que é a morte da criança recém-nascida durante ou logo após o parto, sendo a mãe influenciada pelo estado puerperal, como descrito no artigo 123 do Código Penal Brasileiro: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

A pesquisa aborda também os aspectos históricos. O infanticídio teve inúmeras modificações durante toda sua história, essas modificações demonstram que durante essa evolução as crianças recém-nascidas na Roma e Grécia eram tratadas como um objeto e podia ser morta pelos pais por motivo de honra ou outros motivos e pelo rei pelo motivo de falta de alimentos no reino, na idade média as crianças passaram a ser consideradas como ser humano. Quem matasse era punido com penas severas. Atualmente se a parturiente vier a matar seu filho influenciada pelo estado puerperal estará ela cometendo um delito descrito no artigo 123 do CPB, e se autora no ato estiver com perturbações psicológicas ou doenças mentais não tendo consciência de entender o caráter ilícito ou tinha apenas parcialmente a capacidade de entendimento, será aplicado o artigo 26 ou seu parágrafo único do CPB, neste caso será a autora inimputável ou semi-inimputável e submetendo-a a tratamento de internação ambulatorial. Em todo caso, para que se comprove se a parturiente cometeu o delito é necessário o uso da medicina.

Muitos doutrinadores são divergentes na aplicação do artigo 26 do CPB uns são favoráveis e outros são contra a aplicação de imputabilidade e semi-imputabilidade como será visto neste trabalho. No capítulo II e III terá uma abordagem na estrutura jurídica no código penal vigente do crime de infanticídio e a perícia realizada pelos médico-legistas durante ou logo após o parto.

O infanticídio é considerado como crime privilegiado, pois sua pena é mais branda que os demais crimes contra a vida. Isto ocorre porque somente a mãe

poderá ser sujeito ativo do crime de infanticídio, pois somente ela poderá passar pela influência do estado puerperal, pois somente ela é mãe. No atual Código Penal Brasileiro tem como conceito de sujeito passivo do crime de infanticídio não somente o recém-nascido, mas também o nascente.

O crime de infanticídio é um crime material, assim admitindo-se a tentativa. Desta maneira, se consuma com a morte do agente, causada pela própria mãe influenciada pelo estado puerperal. Podendo-se afirmar que somente é punível a título de dolo. Mas, a tentativa é aceita. E pode ocorrer quando o crime não for consumado por circunstâncias alheias a sua vontade. Entretanto, não é aceita a forma culposa nesta modalidade de crime.

A diferença existente entre os crimes de infanticídio, de homicídio, e aborto, é que no infanticídio a parturiente esta diretamente influenciada pelo estado psicológico, no homicídio a mulher causa a morte do recém-nascido de forma planejada a fim de se ver livre de sua responsabilidade de ser mãe e o aborto é muito parecido com o homicídio na intenção de praticar o ato, mas por motivos diferentes tal como na defesa de sua honra perante a sociedade e a morte e causada ao feto. Nos três casos mencionados acima a sua comprovação é dificultada podendo somente ser comprovada diante da perícia por médico-legistas e exames que constatarão a pratica destes delitos.

A condição em que vai ser exposto o crime de infanticídio deverá levar em consideração o estado em que se encontra a criança e seus estágios de nascimento os elementos a serem avaliados pela perícia são os seguintes: natimorto, ser nascente, o infante nascido, o recém-nascido, a prova de vida intra-uterina, a causa jurídica da morte do infante, o estado somatopsíquico da parturiente e o diagnóstico de parto pregresso.

Mas há situações que mesmo com o auxílio da medicina apresenta dificuldades para apurar o crime de infanticídio e os estágios acima descritos. Neste caso a apuração do delito deve ser realizado pela perícia durante o parto ou logo após, não pode haver demora na realização da perícia para averiguar o estado da parturiente, para medicina o período puerperal tem uma duração normal de 6 (seis) a 8 (oito) semanas.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O Infanticídio é um Crime próprio, pois somente pode ser cometido pela mãe, se caracteriza de acordo com o artigo 123 do Código Penal Brasileiro: "Matar, sob a influência do Estado Puerperal o próprio filho, durante o parto ou logo após", sendo a autora apenada com detenção que pode variar de 2 (dois) a 6 (seis) anos, conforme o caso. Defina-se como morte do nascente, neonato ou recém-nascido, sendo o sujeito ativo somente a mãe e sujeito passivo o filho. Segundo a Mirabete: O infanticídio seria, na realidade, um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o filho em condições especiais¹. E esse Crime é:

Antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos, por mães solteiras ou mulheres separadas abandonadas pelo marido e pelo amásio e que, por isso, o antigo conceito psicológico – a causa da honra – vai, aos poucos, perdendo sua significação limitada e se confundido com este (conceito fisiopsicológico), por força de reiteradas decisões judiciais.²

O Estado Puerperal é o período pós-parto, um conjunto de fatores biológicos, físicos e psicológicos que influencia em alterações psíquicas na parturiente, alterações estas que impedem que a mãe tenha consciência de um ato que ela pode causar ao recém-nascido, que permitem a abolição da capacidade de se conduzir ou se controlar diante do fato adverso. É partir do período de expulsão do recém-nascido, com o rompimento da membrana amniótica. Essa fase é prolongada até que a parturiente retorne à normalidade pessoal que o fenômeno do parto interrompeu nesta fase a parturiente e influenciada pelos fatores biológicos, físicos e psicológicos.

Este estado pode basear-se em dois motivos, são eles: psicológico que visa ocultar a desonra proveniente de uma gravidez ilegítima e o físico-psíquico, que são alterações emocionais, cognitivas, comportamentais gerados pelos desgastes físicos

¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 25^o. ed., São Paulo (SP): Editora Atlas, 2007, p. 56.

² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 25^o. ed., São Paulo (SP): Editora Atlas, 2007, p 57.

causados pelo parto, ou seja, dores, sangramentos, medo, fadiga, súbita queda de níveis hormonais, alterações bioquímicas no sistema nervoso central.

No estado puerperal nem sempre fica condicionada que ela foi influenciada pelos fatores psíquicos, quando a parturiente está neste estado tem que haver perícia para comprovar se realmente ela foi influenciada. Para medicina o estado Puerperal tem uma duração normal de 6 (seis) a 8 (oito) semanas.

A legislação vigente adotou como atenuante no crime de infanticídio o conceito fisipsíquico do “estado puerperal”. Esse estado não ocorre com frequência, e tem que ser comprovado por perícia, mais se resta dúvida, presume-se que ocorreu o estado puerperal devendo ser favorável à autora, partindo do princípio do “in dubio pro reo”, aplica-se a pena mais favorável ao réu.

No crime contra pessoa humana que tem proteção desde a sua formação, desta forma, ocorrendo mesmo antes do nascimento no útero da mãe. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa no crime contra pessoa. O sujeito passivo é qualquer pessoa com vida, mais no infanticídio a pessoa ativa é só mãe e passiva o filho. A ação típica é “matar”. Trata-se de um crime de forma livre, exige-se que a vítima esteja viva. O agente pode vim a servir de qualquer meio para eliminar a vida do ser humano. Como em todos os crimes contra a vida o objeto jurídico protegido é o direito à vida do ser humano, e subjetivo é punido a título de dolo (direto ou eventual) ou forma culposa. No Infanticídio é só na forma de dolo (direto ou eventual).

Pode agir diretamente ou indiretamente contra a vítima, servindo-se de meios materiais (apunhalando, atirando, expondo-a a temperaturas inadequadas) ou de meios psíquicos. É um crime comissivo que se pratica de forma positiva, podendo ser também realizado o tipo por omissão.

CAPÍTULO I

1 - INFANTICÍDIO

1.1 - CONCEITO

O Crime de infanticídio é a (morte do nascente, neonato ou recém-nascido) é um crime próprio somente à mãe pode cometer o delito contra a vida do recém-nascido. Para o direito brasileiro moderno, este crime somente se configura se a autora, quando cometeu o crime, estava sob a influência do estado puerperal (é o período pós-parto, que pode causar perturbações na mãe, amnésia e falta de consciência), durante o parto ou logo após. A legislação vigente adotou como atenuante no crime de infanticídio o conceito fisipsíquico do “estado puerperal”. No Infanticídio a autora é apenada com detenção que pode variar 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Segundo o Romeu de Almeida e Roberto de Almeida o infanticídio é um crime:

Praticado “durante o parto” ou “logo após” (fator temporal). Assim, já com início do parto a ação caracteriza o infanticídio. Basta à vida biológica, não se exigindo vida autônoma. O início do parto ocorre com a dilatação do colo o útero, com as dores características. Segue-se a expulsão, após completada a dilatação. Já nessa fase poderá configurar-se o delito em estudo, desde que presentes os requisitos do art.123. Tendo nascido, poderá ainda verificar-se o delito. É que a lei admite a pratica delituosa “logo após” o nascimento. A legislação não fixou o período que compreende a expressão “logo após”. Propõe a doutrina que a interpretação deva se no sentido de admiti-la de modo amplo, para efeito de abranger o chamado período variável de choque temporal (RT, 531:318).³

³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de Direito Penal** – 10^o. ed. Ver., E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 174.

O Código Penal brasileiro define o crime de infanticídio, no seu artigo 123, trazendo em sua redação: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Como se pode notar, através do caput do artigo 123, temos dois conceitos que devem ser discriminados para melhor entendimento da matéria. O primeiro é o ato de matar, ou seja, de tirar a vida de alguém. Mas para que ocorra o infanticídio, o recém-nascido deve respirar como afirma Muakad:

O feto nascente tem todas as características do feto nascido, menos as que demonstram a faculdade de ter respirado. A forma criminosa durante o processo da parturição é mais rara, e a demonstração de que o feto estava vivo no momento em que a mãe praticou contra ele a violência é a condição indispensável para que se possa falar de crime de infanticídio.⁴

Assim é considerado vivo aquele que possui a respiração. Porém em certos casos pode ocorrer vida sem respiração nos recém-nascidos, desta forma ocorre a apnéia–fisiológica.

Deve ser minuciosamente comprovado que ocorreu a respiração, pois se este fator deixar de ocorrer não estamos diante de infanticídio, e sim de um caso de aborto. Porém a Medicina-Legal distingue a vida extra-uterina da intra-uterina através de três fatores, como sustenta Muakad:

Três fatores distinguem a vida extra-uterina da intra-uterina: a cessação da circulação fetoplacentária, a substituição da respiração placentária pela respiração pulmonar e a substituição da nutrição por via placentária pela nutrição por meio da via gastrointestinal. Todos estes fatores têm expressão anatômica características, cuja averiguação cuidadosa pelo médico-legista constitui prova de vida extra-uterina, representando, portanto, um auxílio a ação da justiça.⁵

⁴ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2^o. ed., vol. 1, São Paulo: 2002 p. 120.

⁵ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2^o. ed., vol. 1, São Paulo: 2002 p. 126.

O segundo conceito que deve ser analisado é a influência do estado puerperal, pois é através dele que se caracteriza o infanticídio. O estado puerperal é visto por Ribeiro: Entende-se por estado puerperal as perturbações psíquicas decorrentes do parto. ⁶

Ocorre que existem pequenas diferenças para comprovar o estado puerperal através da Medicina Legal, como explica Ribeiro:

Uns chamam de estado puerperal à gravidez, ao parto e ao puerpério que o segue; outros somente a este último; outros consideram durante o tempo da involução fisiológica do útero; alguns a relacionam a evolução histórica desse órgão, que pode durar até dois meses. ⁷

Esta breve divergência entre doutrinadores ocorre pelo fato do Código Penal deixar em aberto o lapso temporal, pois é demonstrado que o infanticídio é cometido no lapso temporal entre o início do parto e o término do estado puerperal.

Para Costa apud Muakad, o estado puerperal assim é definido:

Além dos estados psicológicos que podem aflorar durante o parto ou das psicopatias decorrentes do momento do parto, há as psicoses que costumam sobrevir após o parto, chamadas puerperais. Tratam-se geralmente de confusões alucinatórias agudas, de ofuscamento da consciência, manias transitórias, amências, delírios. Moderadamente, os psiquiatras afirmam que não existem psicoses puerperais específicas. Surgem elas no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma espécie do genus, psicoses sintomáticas, isto é, transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicação etc., e cujas lesões não tem uma localização cerebral. Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada têm a ver com elas, portanto o artigo 123, deixando a ocasião do infante de ser infanticídio, mas devendo a acusada ser tratada segundo a norma geral sobre a responsabilidade ou capacidade de direito penal. ⁸

⁶ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 29.

⁷ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 31.

⁸ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2^o. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 148.

A discussão em torno do tempo em que é aceito o estado puerperal pode prolongar de dias para meses, isto se dá pelo fato dos doutrinadores não entrarem em um consenso. Para alguns o estado puerperal se esgota com a primeira menstruação pós-parto, já para outros, isto ocorre quando o útero volta à normalidade, porém há correntes que se manifestam em torno 6 (seis) a 8 (oito) semanas após o parto.

Por sua vez, assevera Fragoso:

O estado puerperal é um estado fisiológico normal, e sua definição não é específica. Segundo alguns autores é o estado em que se acha a parturiente durante a gestação, o parto e algum tempo após este. Outros somente consideram estado puerperal o período que segue ao parto ou, ainda, o que se inicia com o parto e termina com a involução clínica do útero ou a menstruação. O estado puerperal pode ser considerado como um conjunto de sintomas fisiológicos, que se inicia com o parto e permanece algum tempo após o mesmo.⁹

Seguindo o entendimento do autor:

Nosso CP vigente, adotando o critério fisiológico, considera essencial, no crime de infanticídio, a perturbação psíquica que o puerpério pode acarretar na parturiente. O estado puerperal existe sempre, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais na mulher, que possam levar à morte do próprio filho. O processo do parto, com suas dores, a perda do sangue e o enorme esforço muscular, pode determinar facilmente uma momentânea perturbação de consciência. É esse estado que se torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado, nas legislações que adotam o critério fisiológico.¹⁰

Deve-se distinguir puerpério de estado puerperal. Em relação ao primeiro todas as mulheres o têm, pois este se trata do quadro fisiológico comum em

⁹ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte especial** (1ª edição, 1976; 17ª edição, 2006), atualizada. ed., forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 94.

¹⁰ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte especial** (1ª edição, 1976; 17ª edição, 2006), atualizada. ed., forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 94.

todas as mulheres que dão à luz, tendo início, meio e fim. Já o estado puerperal não é comum em todas as mulheres. O puerpério está contido no estado puerperal. Para Ribeiro o puerpério ocorre:

Com a expulsão da placenta, inicia-se a fase denominada *post-partum* ou puerpério, que tem a duração de aproximadamente quarenta dias (seis a oito semanas). Nessa fase o puerpério a mulher passa, em regra, por volta do terceiro dia após o parto, por uma depressão física e psíquica, que, de dentro de uma normalidade, caracteriza-se por uma ligeira confusão por parte da mulher com relação ao seu corpo (com nova forma após nove meses). Psicologicamente, a mãe confunde-se com relação à sua troca de papéis, de gestante para o de mãe. São causas desta depressão não só os fatores citados, como também as alterações hormonais, metabólicas orgânicas em geral, pelos quais passa a mãe.¹¹

A doutrina muitas vezes conceitua puerpério e estado puerperal como sendo o mesmo fator. Mas deve-se ressaltar que o estado puerperal decorre do puerpério, porém o estado puerperal decorre de duas situações, são elas, dor moral (honra), e dor física.

O motivo de honra como é respaldado pelos doutrinadores pode ser obtido através dos fatores que englobam a índole da pessoa como a honestidade, a lealdade, fidelidade, inteligência e cultura.

A mulher, ou melhor, a infanticida age para salvaguardar a sua integridade perante a sociedade, assim compreendendo-se que suas ações são em prol de sua reputação, mesmo quando esta venha a eliminar a vida de seu próprio filho, este fruto de um ato sexual ilegítimo, pois está agindo em favor de sua desonra.

O motivo de honra pode ser fator fundamental para o infanticídio, pois, trazer a tona à desonra de uma pessoa pode causar um transtorno psicológico muito grave, assim gerando a morte de uma criança recém-nascida, como ilustra Gláucio Vasconcelos Ribeiro citando um trecho descrito com maestria de Miguel Longo:

¹¹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 72.

A princípio, consegue esconder a prova do pecado, e levam uma existência de sobressaltos e forçadas reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publicidade, e a infeliz começa a perder até a coragem de simular um sorriso. Seu ânimo é possuído de agitações convulsivas, desorientações, desequilíbrio de sentimentos e de idéias. As próprias carícias prodigalizadas por seus desvelados pais são causa de remorso, são novos abalos ao periclitante domínio da razão, às dolorosas arritmias do coração e entrementes, de longe, apavorante como um espectro, vem se aproximando, minaz, de dia em dia, de hora em hora, o momento fatal em que a desgraçada já não pode esconder a própria vergonha à família, aos parente, ao público; e torna-se deprimida, aviltada sob o incubo medonho que não a abandona, de dia ou de noite, até mesmo nos poucos momentos de repouso que lhe são concedidos pela fadiga, pela exaustão, pela absorvente angústia.¹²

Seguindo o entendimento do autor:

É um abismo de trevas...de tempestades, de imperscrutáveis mistérios que secava naquela alma; a piedade, até a piedade lhe é negada, porque pedi-la é vergonha, merecê-la é desonra, esperá-la é maior humilhação da dignidade e do decoro pessoal! E chega o dia fatal, e a hora se aproxima: à agitação sucede o desvairo, o destino do naufrago à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação; enfim, a surpresa do parto tira à infeliz o último raio de luz mental, o derradeiro baluarte de defesa, a esperança de um remédio imprevisto: ela, num momento reativo de conservação instintiva, é impelida, automaticamente, a suprimir a prova da vergonha, do erro infamante, da desonra... e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedirá contas a essa mulher, como autora de um crime, mas a lei moral dirá aos seus juízes: acima e além dos códigos há a lei da necessidade, infelicitas facti, o império inelutável das fatias contingências da vida.¹³

Desta forma quando a mãe age com suma violência apenas está protegendo a sua reputação perante a sociedade, pois após sofrer uma gravidez não esperada e jamais programada, ou melhor, um ato sexual ilegítimo, esta pode sofrer perturbações. Estas em conjunto com a dor do parto podem lavá-la a cometer tal brutalidade.

Porém dentre os doutrinadores renomados, encontra-se uma corrente que é desfavorável à aceitação da “honoris causa”, entre eles estão, Fragoso, que

¹² RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 50.

¹³ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 50.

assim pronuncia: O motivo de honra, que historicamente confere privilégio ao homicídio, evidentemente não mais se justifica em face da evolução de costumes de nosso tempo em matéria sexual e da emancipação da mulher.¹⁴

Quando a mãe age por, a “honoris causa”, ou seja, motivo de honra este ato que é considerado por extrema covardia, egoísmo e de incompatibilidade com os dias e costumes atuais a mãe não possui direito de escolher entre a vida e morte de seu filho, se agir por esse motivo será aplicado à mãe o art. 121 CPB, ou seja, é um ato homicida contra o filho.

A jurisprudência posiciona-se no sentido de que deve ser analisado, as circunstâncias que levaram a mãe a cometer tal delito, entre eles o estado psicológico, a forma com que está veio a engravidar e os meios que convive.

A justiça em certos casos reconhece o estado puerperal, como demonstrado, entretanto doutrinadores renomados dentro do campo da Medicina Legal e da bioética a descartam, como vejamos o entendimento de Almeida apud Muakad:

O estado puerperal é uma ficção jurídica-não existe tecnicamente para a Medicina Legal. É um crime que depende de uma perícia médica para se comprovar se a mãe matou o próprio filho sob a influencia do estado puerperal. O estado puerperal, criado pelos juristas, e um caso de responsabilidade atenuante, tendo em vista o certo grau de perturbação que comete a mulher ao ter dado a luz recentemente. Para ele, contudo, o médico não reconhece esse estado puerperal. Do ponto de vista médico, comprovados clinicamente, são males como o surto psicótico, por exemplo, isto é, doenças clinicamente diagnosticadas, o que normalmente não ocorre com o estado puerperal.¹⁵

Segundo Muakad como ocorre uma discordância entre doutrinadores em relação ao estado puerperal, o legislador optou em descrever como sendo por “influência” do estado puerperal.¹⁶

¹⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal – Parte especial** (1ª edição, 1976; 17ª edição, 2006), atualizada. ed., forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 75.

¹⁵ MUAHAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2ª. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 156.

¹⁶ MUAHAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2ª. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 145

A doutrina entra em discordância em vários fatores. Porém pode-se obter que o puerpério é visto como o ciclo em que a mulher passa até o nascimento da criança. Este ciclo pode ser influenciado por fatores negativos, como sendo uma gravidez inesperada, ou pior, gerada através de violência, ou em meio à extrema pobreza. Se ocorrer um desses fatores, ou ocorrendo até mais de um deles, o instinto maternal em vez de gerar amor, esperança, proteção em prol da criança, começa a reverter o quadro e ter uma desordem psíquica. Esta desordem pode acarretar na diminuição de entendimento ou de inibição da parturiente, gerando assim o crime de infanticídio. Porém deve conter estes fatores para que tenhamos um caso de depressão neurótica pós-parto, também ou sob a influência do estado puerperal.

1.2 – HISTÓRICO

O infanticídio, durante sua história teve várias modificações e formas de punir, que tem mudado de uma forma lenta e gradativa, que vem acompanhando o desenvolvimento da sociedade humana, a suas mudanças se dão pelo encontro de suas angustias e anseios.

Segundo a Noronha:

O infanticídio teve, através das épocas, considerações diversas. Na antiguidade, como se vê das institutas de Justiniano (Liv. IV, Tit. XVIII, par.6.), foi punido com pena atroz, pois o condenado era cosido em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, e lançado ao mar ou rio. No direito medieval, a Carolina (Ordenações de Carlos V), art. 131, impunha o sepultamento em vida, o afogamento, o empalamento ou a dilaceração com tenazes ardentes. Foi no século XVIII, sobretudo, que o delito passou a ser considerado mais brandamente, e hoje, não obstante vozes em contrário, é orientação comum das legislações e também a seguida pelos Códigos pátrios.¹⁷

¹⁷ NORANHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 2, 25ª. ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1991.

Ribeiro traz o direito Romano já instituía o infanticídio entre os crimes mais severamente punidos, pois não o distinguia do homicídio. Nesta época o crime de infanticídio tanto poderia ter como sujeito ativo a mãe quanto o pai.¹⁸

Na Grécia e na Roma o pai ou mãe detinha o direito de vida e de morte sobre seus filhos, cuja relação era basicamente de um “direito de propriedade” e a prática do infanticídio era muito comum, pelos pais e em rituais religiosos. Os reis da Grécia e da Roma em certas épocas quando faltava alimentos no reino, ordenavam a morte dos recém-nascidos principalmente as crianças que nascessem imperfeitas ou mal formadas ou que constituísse desonram ou afronta à família elas podiam ser mortas pelos pais.

Seguindo ao entendimento de Prado ele diz que:

A lei das XII Tábuas (séc. V a.c.) autorizava a morte do filho nascido disforme ou monstruoso. Tal estado de coisas só foi alterado – sob o influxo do cristianismo – com a edição da legislação de Justiniano, que cominava severas penas esse delito.¹⁹

Na Idade Média as leis e costumes eram favoráveis à vítima do infanticídio que durou do século V ao XVIII d.C, também não tinha diferença entre os crimes de homicídio e infanticídio. Porém as penas aplicadas a quem os cometia era de grande crueldade, sendo as mais graves da época. A vida do recém nascido para igreja era muito respeitada, para os juristas daquela época ninguém tinha direito de tirar a vida de seu semelhante principalmente de crianças que não tinha como se defender era frágil.

Ribeiro ensina que:

¹⁸ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004, p. 19-20.

¹⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

Que com o passar dos séculos, mais aproximadamente no século XVIII, começou entre os filósofos do direito natural, uma corrente em busca do abrandamento da pena em relação ao infanticídio. No entanto estes começaram a tratar do infanticídio como uma forma de homicídio privilegiado.²⁰

No Iluminismo a leis e costumes era favorável a autora do crime, nesse período iniciou por volta do século XVII e está vigente até hoje os legisladores possuíam fortes e relevantes argumentos como a honra da mulher de ter que perder o filho e ser condenada a partir do século XVIII começou entre os filósofos do direito natural, uma corrente em busca do abrandamento da pena em relação ao infanticídio. No entanto estes começaram a tratar do infanticídio como uma forma de homicídio privilegiado quando praticado por motivo de honra da mãe ou por seus parentes. Ocorre que alguns países persistiram com a intolerância antiga, entre eles o Código Napoleônico de 1810 e uma Lei Inglesa de 1927.

O Código Criminal de 1890, por sua vez deu ao infanticídio da seguinte tipificação: Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando a vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte. Pena-prisão celular por seis a vinte e quatro anos. Trazendo em seu parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: pena de prisão celular por três a nove anos. Tratando desta forma o infanticídio com a mesma pena que cominara ao homicídio, tornando assim injustificável a distinção entre ambos os crimes.

Além das leis citadas, vigoraram em nosso ordenamento alguns projetos, entre eles: O Projeto Galdino Siqueira, O Projeto Sá Pereira e o Projeto Alcântara.

Ribeiro menciona que:

²⁰ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004, p. 31-32.

O Projeto Galdino Siqueira tratava o infanticídio como sendo uma forma de homicídio atenuado, pois a pena aplicada era de dois a oito anos de detenção, para a mãe que matasse o próprio filho, no momento do nascimento ou logo após, para ocultar sua desonra.²¹

No entanto o Projeto Sá Pereira configurava o infanticídio como sendo crime autônomo, demonstrando o estado puerperal como o causador de tal barbaridade, este projeto seguiu como exemplo o Código Suíço de 1916 em seu artigo 107: Aquela que, durante o parto, ou ainda sob a influencia do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até 3 anos, ou com detenção por 6 meses, no mínimo. Mirabete menciona que:

O Projeto Alcântara, teve várias edições publicadas, porém retomava o critério do Código Penal de 1830 fundamentando o privilégio do "honoris causa", assim ampliando o privilégio a outras pessoas além da mãe, pois relatava que: "Matar infante, durante o parto ou logo depois deste, para ocultar a desonra própria ou de ascendente, descendente, irmã ou mulher", impondo uma pena inferior aos demais projetos, pois a pena aplicada era de detenção ou reclusão por dois a seis meses. Ocorre que esse projeto não levou em conta as tendências predominantes do pensamento jurídico brasileiro, do início do século XX, em relação ao infanticídio. Tendo tratamento privilegiado os pais, avós, tios, irmãos do recém nascido.²²

Entretanto o Código de 1940 teve uma visão diferenciada dos demais códigos já mencionados, pois argüiu a influência do estado puerperal, demonstrando que o crime de infanticídio deixava de ser uma forma de homicídio privilegiado, mas, sendo um delito autônomo, com denominação jurídica própria. Cujo próprio artigo nos traz: Matar, sob a influencia do estado puerperal, o próprio filho durante o parto ou logo após: Pena- detenção de 2 a 6 anos.

Nesse sentido expõe Damásio:

²¹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 36-37.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: 17^o.ed., vol. 2 São Paulo: Atlas. 2001 p. 43.

O infanticídio, em face da legislação penal vigente, não constitui mais forma típica privilegiada de homicídio, mas delito autônomo com denominação jurídica própria. Entretanto, o infanticídio não deixa de ser, doutrinariamente, forma de homicídio privilegiado, em que o legislador leva em consideração a situação particular da mulher que vem a matar o próprio filho em condições especiais.²³

O crime de Infanticídio é uma figura delituosa que vem recebendo tratamentos diversos em diferentes ordenamentos em todo mundo. O atual Código Penal não trata mais da “honoris causa”, este critério foi muito utilizado pelos Códigos anteriores, ou seja, a proteção da honra sexual da mulher, o Código Penal Brasileiro (CPB) em vigor, adotou a influência do suposto estado puerperal, como circunstância causadora do delito. Somente a mãe durante o parto ou logo após pode cometer o crime de infanticídio, em relação ao filho recém nascido.

No Brasil, na legislação vigente, matar o recém nascido é crime de homicídio, e, somente quando cometido sobre a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após é que é caracterizado como crime de infanticídio.

Reavaliando o crime de infanticídio pode-se verificar que é um “delictum exceptum”, pois, trata-se de um tipo especial de homicídio, tendo como sujeito ativo à própria mãe, sujeito passivo, o neonato ou nascente, e estando a mãe sob influência do estado puerperal.

²³ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial**, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ Damásio E. de Jesus. – 26^o.ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004, p. 106.

CAPÍTULO II

ESTRUTURA JURÍDICA NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Na estrutura jurídica do infanticídio, serão analisados, os critérios de tipificadores do delito, a influência do estado puerperal, os sujeitos do crime, o tipo objetivo e subjetivo, o crime consumado e tentativa, concurso de pessoas e distinções entre homicídio, aborto e infanticídio.

Tendo como objetivo analisar todas as modalidades aonde se pode aplicar o infanticídio, e quais as circunstâncias em que a mãe está influenciada pelo estado puerperal, e se pode aplicar ou não o artigo 26 do Código Penal Brasileiro ao infanticídio uns doutrinadores são contra e outros são favoráveis.

2.1 - CRITÉRIOS TIPIFICADORES DO INFANTICÍDIO

O Crime de infanticídio é classificado por três critérios de conceituação psicológico, fisiopsicológico e o misto. Critério psíquico ou psicológico o crime é caracterizado quando o fato é cometido pela mãe da vítima a fim de preservar a própria honra. Era modelo do código penal anterior (1890).

Por sua vez, o critério fisiopsíquico ou fisiopsicológico não é levado em consideração a "honoris causa" mais sim a influência do estado puerperal. Esse sistema é adotado pelo Código Penal em vigor. E o conceito misto ou composto leva em consideração, a um só tempo, a influência do dito estado puerperal e o motivo da preservação da honra da mãe da vítima para a configuração do delito. Adotado pelo anteprojeto de Código Penal Hungria 1963.

Para Romeu de Almeida e Roberto de Almeida:

O CP atual não fundamenta a atenuação da pena no motivo de honra. O critério adotado é o fisiopsicológico. O apenamento mais brando encontra fundamento nas perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, em consequência das dores, perda de sangue e excessivo esforço muscular, que atenuam a imputabilidade. O critério psicológico (não adotado pelo CP) assenta-se no motivo de honra. O fisiopsicológico (adotado) leva em conta o desequilíbrio oriundo do parto, sem desconhecer que o móvel do crime pode entrar no complexo desencadeante desse desequilíbrio (v. Exposição de Motivos). A lei fala em estado puerperal. É difícil a sua conceituação.²⁴

2.3 - INFLUÊNCIA DO CHAMADO ESTADO PUERPERAL

O estado puerperal é um conjunto de fatores biológicos, físicos e psicológicos que influenciam em alterações psíquicas na parturiente, alterações estas que impedem que a mãe tenha consciência de um ato que ela pode causar ao recém-nascido, que permitem a abolição da capacidade de se conduzir ou se controlar diante do fato adverso. Para medicina o estado Puerperal tem uma duração normal de 6 (seis) a 8 (oito) semanas. A influência do estado puerperal se dá durante o parto ou logo após, como coloca o artigo 123 do Código Penal Brasileiro. “Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

É partir do período de expulsão do recém-nascido, com o rompimento da membrana amniótica. Essa fase é prolongada até que a parturiente retorne à normalidade pessoal que o fenômeno do parto interrompeu nesta fase a parturiente e influenciada pelos fatores biológicos, físicos e psicológicos. No estado puerperal nem sempre fica condicionada que ela foi influenciada pelos fatores psíquicos, quando a parturiente está neste estado tem que haver perícia para comprovar se realmente ela foi influenciada, mais se resta dúvida o caso concreto, presume-se que ocorreu o estado puerperal devendo ser favorável à

²⁴ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de Direito Penal** – 10^o.ed., Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 173.

autora, partindo do princípio do “in dúbio pro reo” aplica-se a pena mais favorável ao réu. Assim ocorrendo perturbação psíquica amnésia no estado puerperal, mesmo que seja por certo período de tempo, inimputável será a autora da ação.

Segundo o Heleno Cláudio Fragoso apud Romeu de Almeida Salles Junior e Roberto de Almeida Salles:

Para fins do direito penal, o estado puerperal pode ser considerado como conjunto de sintomas fisiológicos, que se inicia com o parto e permanece algum tempo após o mesmo. O que a lei considera, no crime de infanticídio, é a perturbação psíquica que o puerpério pode acarretar na parturiente. O estado puerperal existe, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais na mulher, que a possam levar a matar o próprio filho. O processo do parto, com suas dores, a perda de sangue e o enorme esforço muscular pode determinar facilmente uma momentânea perturbação da consciência. É esse estado que torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado. É claro que esta perturbação pode ocorrer mais facilmente se tratar de mulher nervosa ou angustiada, ou de filho ilegítimo.²⁵

A influência do estado puerperal traz alucinações e delírios, esses são sintomas de colapso moral, que influenciam a mãe através de impulsos nervosos, colocando-a como inimputável ou semi-imputável, mesmo que as alucinações e delírios só durem por algum tempo. Tem que verificar se a mãe estava influenciada pelo estado puerperal, sendo este o causador do surgimento do tipo.

Desta maneira para Magalhães Noronha:

De qualquer forma, se o parto provocar perturbações psíquicas patológicas, como delírios, alucinações etc., suprimindo inteiramente na mulher a capacidade de entendimento ou determinação, não há por que se impugnar o art. 26 do Código Penal, diga-se o mesmo acerca de seu parágrafo único.²⁶

²⁵ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de Direito Penal** – 10^o.ed., Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 173.

²⁶ NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. 31^o.ed., SP. Saraiva, 2003, vol.2.p. 52.

Nesse sentido expõe Frederico Marques:

Inadmissível é que a favor da parturiente se invoque o art. 26, parágrafo único, para obter-se redução de pena, sob o fundamento de diminuição da imputabilidade advinda da influência do estado puerperal..., se a parturiente acusar alguma deficiência mental, ou desenvolvimento mental retardado, que lhe tire o poder de autodeterminar-se, restringindo-o e diminuindo-o, pode ser-lhe aplicada à redução de pena a que faz alusão o art. 26 do CP como do seu parágrafo único.²⁷

O infanticídio é um crime próprio só pode ser cometido pela mãe. Alguns doutrinadores como o Mirabete entende que: o infanticídio seria na realidade, um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o filho em condições especiais²⁸, ou seja, deve a autora estar influenciada pelo fenômeno do estado puerperal. Nesse mesmo sentido diz Mirabete sobre o Estado Puerperal:

Fenômeno não bem definido, o estado puerperal é por vezes confundido com perturbações da saúde mental, sendo até negada sua existência por alguns autores. Não há que se confundir o estado puerperal, de simples desnormalização psíquica com as denominações psicoses puerperais (ou sintomáticas) que configuram doenças mentais, levando-se o fato a exame nos termos de inimputabilidade da agente por força do art. 26, caput.²⁹

Dados de uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro citada na obra do Prof. Hélio Gomes constatou que o infanticídio é praticado nos casos que a mãe encontra-se solteira, quando mantinha gravidez em segredo, além de não ter o parto assistido, necessitavam, de atendimento psiquiátrico, e, além do mais, os estudos psiquiátricos comprovam que essas mães tiveram alucinações dissociativas e amnésia.

²⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, vol. 11. Campinas (SP): ed., Millenium, 1999, p. 180.

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 25^o. ed., São Paulo (SP): Editora Atlas, 2007, p. 56.

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 25^o. ed., São Paulo (SP): Editora Atlas, 2007, p. 57/58.

A partir da Associação Americana de Psiquiatria, em seu manual DSM-IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) podemos afirmar que o chamado "estado puerperal", elementar de nosso código penal, nada mais é do que uma modalidade de Transtorno de Estresse Agudo (TEA), que tira completamente a consciência da pessoa causando alucinações e amnésia.

Desta maneira é de entendimento do manual DSM-IV, apresentado na Academia Americana de Psiquiatria:

A característica essencial do TEA é o desenvolvimento de uma ansiedade característica, sintomas dissociativos e outros, que ocorrem dentro de até um mês após a exposição a um agente estressor externo. Enquanto vivencia o evento traumático o indivíduo tem pelo menos três dos seguintes sintomas dissociativos: um sentimento subjetivo de anestesia; distanciamento ou ausência de resposta emocional; redução da consciência sobre aquilo que o cerca; desrealização; despersonalização ou amnésia dissociativa. A perturbação dura pelo menos dois dias e não persiste além de quatro semanas após o evento traumático. Os sintomas não se devem aos efeitos fisiológicos diretos de uma substância (droga de abuso, medicamento), ou a uma condição médica geral; não são melhor explicados por um Transtorno Psicótico Breve; nem representam uma mera exacerbação de um transtorno mental preexistente.³⁰

Contudo, demonstram-se taxativas a presença de alguns destes sintomas supracitados nas autoras de infanticídio, sendo quase regra, a amnésia, as alucinações auditivas e o transtorno de despersonalização, sendo claro nesse sentido o DSM-IV:

No Transtorno de Despersonalização ocorre uma alteração na percepção de si mesmo, a um grau em que o senso da própria realidade é temporariamente perdido. Os pacientes com transtorno de despersonalização podem sentir-se mecânicos, autômatos, que estão em um sonho, ou distanciados do próprio corpo.³¹

³⁰ DSM-IV. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 4^o. ed., Editora Artmed, 1995, p. 409-411

³¹ DSM-IV. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 4^o. ed., Editora Artmed, 1995, p. 409-411.

Para Hélio Gomes, em sua obra *Medicina Legal*, sendo um dos grandes clássicos da literatura médico-legal-pátria, o estado puerperal requerido pelo CP à configuração do delito, é uma entidade, a nosso ver, no mínimo pouco palpável, para não dizer virtual.³²

Diz ele, que o infanticídio é um crime de características únicas que o tornam um “*defictum exceptum*”, sendo uma forma de homicídio privilegiado.

Para Hélio Gomes na prática o que acontece é:

O que se observa na prática, é que essa insanidade causada pelo ato de parir não é observada nos partos assistidos, em mulheres que tiveram uma gestação assumida e desejada, mesmo que ilegítima... o que se dá na realidade, é a morte de recém nascidos em situações suspeitas, ocorrendo, na imensa maioria dos casos, em virtude de problemas, os mais diversos, tais como pobreza extrema, número excessivo de filhos, gravidez resultante de estupro ou mesmo ilegítima e/ou fortuita. Diante do fato indesejado, a mulher quando não consegue abortar, no início, pratica, como último recurso para sanar o problema, a morte do próprio filho.³³

Sendo assim no que tange a respeito à prova pericial, explica:

A prova pericial, no que tange ao estado puerperal, é de extrema dificuldade, uma vez que os exames da puérpera são realizados em época mais ou menos tardia em relação ao crime, fato este que, por si só, inviabiliza, ao perito, pronunciar-se com precisão sobre sua ocorrência e a influência do mesmo na consumação do delito pela mulher mentalmente sã, já que, como dissemos anteriormente, não ficam quaisquer vestígios, sendo o quadro efêmero.³⁴

³² GOMES, Hélio. **Medicina legal** Atualizado. Hygino Hercules. 33^o. ed., Rio de Janeiro (RJ): Freitas Bastos Editora, 2003, p. 499.

³³ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. Atualizado. Hygino Hercules. 33^o. ed., Rio de Janeiro (RJ): Freitas Bastos Editora, 2003, p. 499.

³⁴ GOMES, Hélio. **Medicina legal**. Atualizado. Hygino Hercules. 33^o. ed., Freitas Bastos Editora. Rio de Janeiro, 2003, p. 499.

O Estado puerperal pode basear-se no critério fisiopsicológico que é o desequilíbrio oriundo do parto. O critério psicológico (não adotado pelo CPB) que visa ocultar a desonra proveniente de uma gravidez ilegítima e o físico-psíquico, que são alterações emocionais, cognitivas, comportamentais gerados pelos desgastes físicos causados pelo parto, ou seja, dores, sangramentos, medo, fadiga, súbita queda de níveis hormonais, alterações bioquímicas no sistema nervoso central.

Rogério Greco diz que, durante o período do estado puerperal, a parturiente sofre abalos de natureza psicológica que a influenciam para que decida causar a morte do próprio filho.³⁵

Dessa maneira são identificados três níveis de estado puerperal por Rogério Greco, sendo eles classificados em mínimo, médio e máximo, a saber:

Se a parturiente, embora em estado puerperal, considerado de grau mínimo, não atua, por essa razão, influenciada por ele, e vem a causar a morte de seu filho, durante ou logo após o parto, deverá responder pelo delito de homicídio; Em sentido diametralmente oposto, se a parturiente, completamente perturbada psicologicamente, dada à intensidade do seu estado puerperal, durante o parto ou logo após, deverá ser tratada como inimputável, afastando-se, outrossim, a sua culpabilidade e, conseqüentemente, a própria infração penal; Numa situação intermediária encontra-se a gestante que atua influenciada pelo estado puerperal e, em decorrência de suas perturbações psicológicas, vem a dar causa à morte de seu filho durante o parto ou logo após. Este, para nós, é que fora adotado pelo Código Penal e que caracteriza, efetivamente, o delito de infanticídio.³⁶

Continuando a classificação do autor:

Mais em decorrência de suas perturbações psicológicas originárias de seu estado puerperal, não seja totalmente incapaz de entender o "caráter". Ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, nesse caso poderíamos aplicar-lhe a diminuição de pena

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial.** 3º. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 218.

³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial.** 3º. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 218.

contida no parágrafo único do art. 26 do CP.³⁷

Segundo Romeu de Almeida Salles Junior e Roberto de Almeida Salles:

O infanticídio é delito excepcional. Não havendo perturbações do psiquismo, não haverá motivo para o tratamento privilegiado. A averiguação desse estado resulta de perícia médica, que não é mais considerada indispensável. Tendo em conta as perturbações do psiquismo da mulher, a doutrina, com base na legislação penal, apresenta as seguintes hipóteses: 1ª) o puerpério acarreta perturbações que são a causa da morte do filho – haverá infanticídio (art. 123); 2ª) o puerpério não acarreta nenhuma perturbação na mulher – haverá homicídio (art.121); 3ª) o puerpério provoca doença mental – isenção de pena nos termos do art. 26, inimputabilidade; 4ª) o puerpério produz na mulher causa de semi-inimputabilidade – pena atenuada, com base no art. 26, parágrafo único.³⁸

Segundo o entendimento de Damásio de Jesus:

Não há incompatibilidade entre a descrição típica do infanticídio (art. 123) e o disposto no art. 26 e seu parágrafo único do CP, que trata da inimputabilidade e da semi-imputabilidade, Três hipóteses podem ocorrer: 1.ª) Se, em decorrência do estado puerperal, mulher vem a ser portadora de doença mental, causando a morte do próprio filho, aplica-se o art.26, caput, do CP: exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade causada pela doença mental. 2ª) Se, em conseqüência da influência do estado puerperal, a mulher vem a sofrer simplesmente perturbação da saúde mental, que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação, aplica-se o disposto no art. 26, parágrafo único, do CP. Neste caso, desde que se prove tenha sido portadora de uma perturbação psicológica patológica, como delírio ou psicose, responde por infanticídio com a pena atenuada. 3ª) É possível que, em conseqüência do puerpério, a mulher venha a sofrer uma influência psíquica, que não se molde à regra do art. 26, parágrafo único, do CP.³⁹

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3ª. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 218.

³⁸ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de Direito Penal** – 10ª. ed., Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 174.

³⁹ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial**, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ Damásio E. de Jesus. – 26ª. ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004, p. 108.

Seguindo o entendimento do autor:

Neste caso, responde pelo delito de infanticídio, sem atenuação da pena. Assim, se o puerpério não causa nenhuma perturbação psicológica na mulher, se ela matar o próprio filho, pratica crime de homicídio. Entretanto, é possível que o estado puerperal cause na mulher uma perturbação psicológica de natureza patológica. Nesta hipótese, é preciso distinguir. Se essa perturbação psíquica constitui doença mental, está isenta de pena nos termos do art. 26, caput. Se a perturbação psíquica não lhe retira a inteira capacidade de entender e de querer, responde pelo delito de infanticídio, porém com a pena atenuada, em fase do art. 26, parágrafo único, do estatuto penal.⁴⁰

Desta forma a inimputabilidade ou semi-imputabilidade a ser aplicada a mãe devera autora estar com perturbações psíquica amnésia ou falta de consciência na consumação do ato homicida contra seu filho sendo assim aplicando o art. 26 do CPB. Estabelece o artigo 26 do Código Penal Brasileiro:

É isento de pena o agente que por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era o tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbações 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.⁴¹

Neste sentido expõe Gonçalves, Vitor Eduardo Rios:

O artigo 26 do Código Penal é a possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato, ou seja, o conjunto de condições pessoais que dá ao agente a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de uma infração penal. O parágrafo único, estabelece que o agente é chamado de semi-imputável, pois perde

⁴⁰ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial**, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ Damásio E. de Jesus. – 26^o. ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004, p. 108.

⁴¹ VADE MECUM, **Código Direito Penal**, 1940. 7^a. ed., Saraiva. São Paulo. 2009.

apenas parcialmente a capacidade de entendimento e de autodeterminação. O Código Penal não define a imputabilidade. Ao contrário, enumera apenas as hipóteses de inimputabilidade.⁴²

Continuando o entendimento do autor que expõe:

A inimputabilidade é definido em três critérios, biológico que leva em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado (quer em fase de problemas mentais ou da idade do agente), psicológico que considera apenas se o agente, ao tempo da ação ou omissão, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação e o biopsicológico que considera inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (causa), era, ao tempo da ação ou omissão, totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento (conseqüência).⁴³

Por fim se o estado puerperal causa uma perturbação psíquica amnésia ou falta de consciência, mesmo que seja por certo período de tempo, inimputável será o ato homicida, nesse sentido aplica-se ou não o art. 26 do Código Penal Brasileiro ao infanticídio? Muitos doutrinadores são contra a sua aplicação e outros são a favor a sua aplicação no infanticídio.

2.4 – SUJEITOS DO CRIME DE INFANTICÍDIO:

2.4.1 - SUJEITO ATIVO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Com a evolução dos seres humanos, e concorrentemente do direito, o sujeito ativo do crime de infanticídio foi alterado. No Código Criminal do Império aceitava-se como sujeito ativo terceiros, estes podendo ser parentes ou mesmo alguém que tivesse motivo de honra, além da mãe, que é aceita até hoje. Assim

⁴² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal: parte geral**. Volume 7 – 5º. ed., rev. – São Paulo: Saraiva 2001. – (coleção sinopses jurídicas), p. 87-88.

⁴³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Direito Penal: parte geral**. Volume 7 – 5º. ed., rev. – São Paulo: Saraiva 2001. – (coleção sinopses jurídicas), p. 87-88.

nos ensina Ribeiro: Já o Código Criminal do Império, seguindo a orientação reinante da época, passou a considerar o infanticídio como figura excepcional, apenando-a brandamente.⁴⁴

Esse ordenamento jurídico estabelecia dois tipos de infanticídio: um praticado por estranhos ou parentes da vítima, e por motivo diverso ao da causa de honra (com cupidez de herança ou promessa de recompensa), e outro, o praticado pela mãe por motivo de honra.

Porém esta forma de ver o sujeito ativo do crime de infanticídio foi modificando, até chegar ao atual Código Penal Brasileiro, o qual somente aceita como sujeito ativo à própria mãe, contudo que esteja influenciada pelo estado puerperal, senão estaremos diante de homicídio, conforme esclarece Mirabete: O infanticídio é um crime próprio, praticado pela mãe da vítima, já que o dispositivo se refere ao próprio filho e ao estado puerperal.⁴⁵

Somente a mãe poderá ser sujeito ativo do crime de infanticídio, pois somente ela poderá passar pela influência do estado puerperal, pois somente ela é mãe.

Se ocorrer a participação de um terceiro este responderá pelo crime de homicídio. Porém há autores que discordam desta situação. Diante do concurso de pessoas amplamente previsto no Código Penal Brasileiro em seu artigo 29: Quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Mirabete tem sua visão, baseando-se na Conferência dos Desembargadores do Rio de 1943, assim esclarecendo:

Endossamos a primeira orientação, adotada, aliás, na Conferência dos Desembargadores do Rio, em 1943, por ser inegável a comunicabilidade das condições pessoais quando elementares do crime, a não ser que a Lei disponha expressamente em contrário. Aliás, um mesmo fato somente pode ser punido de modo diverso com relação aos que dele participam quando a lei o determina (como nos casos do

⁴⁴ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 38.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: 17^o. ed., vol. 2 São Paulo: Atlas. 2001, p. 88.

aborto consentido e o praticado por outrem com o consentimento da gestante, o do peculato doloso e peculato culposo, o da corrupção ativa e corrupção passiva etc. a na hipótese do art. 29, parágrafo segundo, do CP). Mais adequado, portanto, seria prever expressamente a punição por homicídio do terceiro que auxilia a mãe na prática do infanticídio, uma vez que não militam em favor as circunstâncias que levaram a estabelecer uma sensação de menor severidade para a autora do crime previsto no art. 123 em relação ao definido no art. 121.⁴⁶

Portanto aquele que auxilia no crime de infanticídio irá responder por homicídio, pois conforme destaca Noronha: O infanticídio é crime da genitora, da puerpera. É, portanto, a mãe que se acha sob a influência do estado puerperal.⁴⁷

Mas, existe uma contradição entre os doutrinadores, pois é discutido se aquele que colabora na prática de um infanticídio responde por infanticídio ou homicídio.

Pois conforme o artigo 30 do Código Penal Brasileiro, que faz estender ao co-autor ou partícipe circunstância pessoal do agente, quando elementares do crime.

Assim, o CP. Vigente adotou o critério que restringe exclusivamente a mãe o benefício do infanticídio. Pois por considerar como um ato personalíssimo à circunstância do estado puerperal, este não admite foro de comunicabilidade. Desta forma fazendo com que o infanticídio seja crime próprio, pois exige que o sujeito ativo possua condições de parturiente, adequando esta condição exclusivamente a mãe.

2.4.2 - SUJEITO PASSIVO DO INFANTICÍDIO

O atual Código Penal Brasileiro tem como conceito de sujeito passivo do

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: 17^o. ed., vol. 2 São Paulo: Atlas. 2001, p. 90.

⁴⁷ NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. 31^o. ed., SP - Saraiva 2000, vol.2, p. 45.

crime de infanticídio não somente o recém-nascido, mas também o nascente. Assim, dirimindo a dúvida que se apresentava no Código anterior e antecipado a personalidade.

Pode-se ter como nascente aquele que ainda não respirou, mas, tem todas as características do feto nascido, como ensina Muakad:

Com relação ao feto que está nascendo, ou seja, que ainda não respirou e que não teve, portanto vida autônoma, denominado nessa fase feto nascente, a prova de vida não se baseia nas docimasias respiratórias, mas, na demonstração da vida circulatória através do tumor de parto e pelas reações vitais das lesões.⁴⁸

Para que se possa ter provas da existência de vida sem respiração, é necessário utilizar-se de meios laborais em algumas situações. O tumor do parto, como é chamado de bossa sorrossanguínea, comprova que houve vida sem que ocorresse respiração.

Pode ser considerado recém-nascido aquele que já respirou, ou seja, apresentou respiração autônoma. O principal meio para se comprovar que a criança respirou é obtido através do grito. Assim nos traz Irene Batista Muakad:

Após os primeiros movimentos respiratórios a criança dá o primeiro grito, que revela, verdadeiramente, a expulsão do primeiro ar das vias respiratória. O grito será mais forte quanto maior a quantidade de ar respirado. Como as modificações pulmonares são grandes, as melhores provas de vida extra-uterina se orientam por essa víscera.⁴⁹

Para que ocorra o crime é indiferente se o feto nascente ou recém-nascido tenha anomalias, aspecto monstruoso ou mesmo que não tenha capacidade de vida autônoma ou prematuro, basta que nasça com vida. Sendo assim, o nascimento com vida demonstra a vitalidade. Desta maneira nos demonstra Irene

⁴⁸ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2º. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 122.

⁴⁹ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2º. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 127.

Batista Muakad:

Uma vez nascido vivo, enquadra-se nas exigências para a configuração do tipo, isto é, para a caracterização do delito é necessário a demonstração de que o feto estava vivo e possuía vitalidade (termo genérico que abrange tudo), excluindo-se apenas a degeneração do ovo (mola hidatiforme) e o natimorto.⁵⁰

Para que possa ser considerada sujeito passivo do crime de infanticídio, a criança deve nascer com vida. Este crime pode ser cometido no momento do nascimento, nascente, ou após já ter respirado, recém-nascido.

Na visão de Fernandes os principais meios para a comprovação do nascimento com vida poderá ser obtido através de exames, que serão indicados pelo estado dos pulmões, altura a que chega o ponto mais alto do diafragma, ar no estômago e intestino, ausência de mecônio nos intestinos, ar e outras substâncias no ouvido médio, além de outros meios.

O volume dos pulmões de uma criança que viveu é bem diferente daquela que não obteve vida, deste modo ensina Fernandes:

A consistência dos pulmões que não respiraram é firme e carnosa. O tecido não crepita ao ser cortado. A superfície seccionada se mostra lisa, unida, homogênea. O pulmão que respirou tem o tecido flácido, depressível, crepitante ao corte, com superfície esponjosa.⁵¹

A superfície dos pulmões que não respiraram é lisa e carnosa. Essa superfície torna-se irregular se houver respiração. O peso dos pulmões que não respiraram é maior que o da água. Se flutuarem, é sinal que houve respiração.

A presença de ar no estômago e nos intestinos é sinal seguro de vida extra-uterina, salvo caso de adiantada putrefação. Se a criança viveu de um a

⁵⁰ MUKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2ª. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 121.

⁵¹ FERNANDES, Paulo Sérgio. **Aborto e Infanticídio**. 3ª. ed., Belo Horizonte: Nova Alvorada, p. 127-128.

quinze minutos, a presença de ar no estomago é comprovável.

Portanto, a ausência de mecônio no intestino é sinal de que a criança viveu pelo menos algumas horas. Neste mesmo entendimento Mirabete apresenta:

Comumente, a prova da existência de vida é feita por meio das docimasias. Não se exige, também, que o recém-nascido tenha vitalidade, havendo infanticídio ainda que se comprove que iria ele morrer de causas naturais logo depois do parto.⁵²

Sujeito passivo do crime de infanticídio é aquele que nasce com vida, mesmo que não sobreviverá ou que seja portador de doenças degenerativas ou exponha claramente formas anormais, pois a sociedade civilizada não tem a função e nem o dever de tomar alguma atitude, ou mesmo excluí-lo da proteção que a lei lhe assegura, conforme prevê Noronha:

Não é necessário que seja viável. Muitas crianças, nascidas vivas, parecem pouco viáveis no instante do nascimento, mas muito freqüente essa primeira impressão é desmentida. Não é permitido matar a criança, mesmo que se suponha que ela, apesar de tudo, morra.⁵³

Ainda que disforme ou monstruoso, o neonato goza da tutela legal. Não há razão, em uma sociedade civilizada, para excluí-lo dessa proteção.

Portanto aquele que nasceu com vida, mesmo sendo portador de alguma doença ou mesmo sendo portador de um estado físico anormal, tem em virtude da lei seus direitos assegurados. Aquele que acabou de nascer não tem que exercitar todas as funções de um nascente, mas simplesmente algumas delas, entre estas, a do coração, sendo esta essencial para a vida.

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: 17^o. ed., vol. 2 São Paulo: Atlas. 2001, p. 91.

⁵³ NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**, 31^o ed., SP., Saraiva, 2000, p. 47.

2.5 - TIPO OBJETIVO E TIPO SUBJETIVO

Como em todos os crimes contra a vida o objeto jurídico protegido é o direito à vida.

Em relação à vida, é protegido tanto o neonato, aquele que acabará de nascer, como o nascente, quando o fato é cometido durante o parto.

Porém, para que possamos falar em infanticídio deve a criança respirar, assim como ensina Fernandes:

A criança pode viver com vida própria mesmo que a ligação umbilical não tenha sido cortada. Basta que possua respiração mais ou menos ativa e independente e circulação própria. A circulação do cordão pode estar interrompida, impedindo que o sangue da mãe passe ao feto. Isto se dá desde o momento em que a criança passa a respirar.⁵⁴

Este caso supramencionado é em relação ao neonato, pois a criança já respirou. Ocorrem casos em que a criança ainda não tenha respirado, que é o caso do feto que está nascendo, ou seja, o nascente. Neste caso comprova-se a presença da vida através do tumor de parto, diante disso Muakad ensina que:

A presença do tumor de parto, bossa serossanguínea ou caput secedaneum, bem como pequenas hemorragias no couro cabeludo, depõem a favor da vida no início do parto, mesmo que o feto não tenha respirado. Estas alterações decorrem do desequilíbrio de pressão nas diferentes partes do feto, uma vez ainda dentro do útero, devido às contrações, e outras fora desse órgão. São formadas por derrame seroso em mistura com sangue, que, por transudação, fica acumulado no tecido celular subcutâneo do crânio.⁵⁵

⁵⁴ FERNANDES, Paulo Sérgio. **Aborto e Infanticídio**. 3º. ed., Belo Horizonte: Nova Alvorada: 1996, p. 126.

⁵⁵ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2º. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 122.

A presença do tumor de parto pode ser provada através de técnicas laboratoriais. Este fato é fundamental para a comprovação de que obteve vida este nascente.

O recém-nascido que após ter respirado, demonstra claramente que obteve vida, e desta forma pronuncia Muakad:

Cessadas a respiração placentária e a circulação fetal, instalam-se os primeiros motivos da caixa torácica em decorrência do aumento do gás no sangue, que excita o centro respiratório bulbar; tem início a função respiratória, a qual, após um período de dispnéia, se regulariza e se mantém daí por diante. Com a respiração autônoma, começa a vida jurídica do novo ser. A vida extra uterina apresenta, pela respiração autônoma do infante nascido ou recém-nascido, profundas modificações capazes de oferecer ao perito condições de um diagnóstico de vida independente.⁵⁶

Na visão de Muakad, inicialmente, tem-se a idéia que de somente existe vida após o primeiro momento de respiração do recém-nascido, porém como demonstrado pode ocorrer vida sem a respiração autônoma, que será comprovada através de pequenas hemorragias em seu couro cabeludo.

Mas a principal forma de comprovação de ocorreu vida autônoma, ou seja, ocorreu à movimentação da caixa torácica em decorrência do gás carbônico que está no sangue, é abalizando se houve movimentação de oxigênio em seu pulmão, que ocorrerá através do fenômeno conhecido como respiração.

O tipo subjetivo compreende o dolo seja direto ou eventual. Segundo o Damásio:

O Infanticídio só é punível a título de dolo, que corresponde à vontade de concretizar os elementos objetivos descritos no artigo 123 do CP.

⁵⁶ MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2ª. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p.127.

Admite-se a forma direta, em que a mãe quer precisamente a morte do próprio filho, e a forma eventual, em que assume o risco de lhe causar a morte. Não há infanticídio culposo, uma vez que no art. 123 do CP o legislador não se refere à modalidade culposa (CP, art. 18, parágrafo único). Se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum (nem homicídio, nem infanticídio). A mulher, porém, pode vir a matar a criança não se encontrado sob influência do estado puerperal, agindo culposamente. Haverá, neste caso, homicídio culposo, descrito no art. 121, § 3º, do CP.⁵⁷

2.6 - CRIME CONSUMADO E TENTATIVA

O crime de infanticídio é um crime material, assim admitindo-se a tentativa. Desta maneira que aborda Ribeiro:

Como crime material que é, o crime de infanticídio admite a tentativa e este se aperfeiçoa quando, apesar da ação finalista do sujeito ativo, a morte do filho não sobrevém por circunstâncias estranhas à vontade daquele. Iniciada a ação de matar, esta pode ser interrompida por alguém que impede a sua consumação, nos estritos termos do artigo 14, II, do Código Penal Brasileiro, “tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente.”⁵⁸

Neste mesmo pensamento se enquadra Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Magalhães Noronha, entre outros.

Consuma-se o infanticídio com a morte do nascente ou recém-nascido, este tendo como sujeito ativo à própria mãe sob o estado puerperal. Assim Ribeiro ensina: Mas para que o crime possa existir é indispensável à existência do sujeito passivo, que só pode ser alguém nascente ou recém-nascido.

⁵⁷ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial**, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ Damásio E. de Jesus. – 26ª. ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004, p. 92.

⁵⁸ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 117.

Basta que o nascente ou recém-nascido esteja vivo, e que este seja morto por sua genitora, esta, porém deve estar sob o envolvimento do estado puerperal, senão estaremos diante de homicídio. Mirabete assevera:

Consuma-se o delito com a morte do nascente ou recém-nascido. Como já se acentuou, não é necessário que tenha ocorrido vida extra uterina, bastando a prova de que se tratava de feto vivo. Evidentemente, sendo o infanticídio crime plurissubsistente, é possível a tentativa.⁵⁹

Desta maneira, o crime de infanticídio se consuma com a morte do agente, causada pela própria mãe em estado puerperal. Podendo-se afirmar que somente é punível a título de dolo. Mas, a tentativa é aceita. E pode ocorrer quando o crime não for consumado por circunstâncias alheias a sua vontade. Entretanto, não é aceita a forma culposa nesta modalidade de crime.

2.7 - CONCURSO DE PESSOAS

Ocorre o concurso de pessoas (ou concurso de agentes co-delinquências) quando uma infração é cometida por duas ou mais pessoas. No crime de infanticídio sendo um delito privilegiado em relação os outros crimes contra a vida, a autoria é personalíssima somente a parturiente e sob influência do estado puerperal é um crime próprio, não sendo possível concurso de pessoas, afastando a incidência da regra do artigo 29 Código Penal Brasileiro: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade e do artigo 30 do Código Penal Brasileiro que estabelece: Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Assim, se duas pessoas matam a vítima e apenas uma delas agiu por

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: 17^o. ed., vol. 2 São Paulo: Atlas. 2001, p. 92.

motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, somente para esta será aplicado o privilégio descrito no artigo 121, § 1 do Código Penal. Ou seja, se a parturiente vier a mata o próprio o filho durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal e pai ajuda na ocultação do crime, será aplicada a mãe do recém-nascido o artigo 123 do Código Penal Brasileiro ou artigo 26 do CPB dependendo do estado que mãe se encontrava, e o pai se ele agiu por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, será o pai enquadrado no artigo 121 § 1º do Código Penal Brasileiro.

2.8 - DISTINÇÕES ENTRE HOMICÍDIO, ABORTO E INFANTICÍDIO

Quando diante de nascente, recém-nascido, ou feto, morto, tem-se, essencialmente cinco possibilidades, entre elas o infanticídio, homicídio culposo, homicídio doloso, aborto voluntário e aborto involuntário.

Cada qual possui suas características próprias, estas estando elencadas e diferenciadas em nosso Código Penal.

Para que possamos falar em infanticídio, há necessariamente ter como autor à própria mãe, contudo deve ocorrer durante o parto ou logo após e deve estar obrigatoriamente influenciada sob o estado puerperal. Se estas características não forem observadas e constatadas, não estamos diante de infanticídio. Ensina-nos Ribeiro que:

Só se pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas na lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro que participe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamente o privilégio e que só se realiza na pessoa da mulher que tem o filho impede que se mantenha sob o mesmo título a unidade do crime para o qual concorrem os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, essa matar toma a

configuração do infanticídio. Para outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio.⁶⁰

Se for desconsiderado o infanticídio, podemos estar diante de outras quatro hipóteses. Dentre estas encontram-se o aborto. O Código Penal prevê o aborto nos artigos 124 e seguintes. No ensinamento Mirabete apud Ribeiro:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas da gestação), embrião (de três semanas até três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver no caso, aborto.⁶¹

Segundo o ensinamento de Damásio de Jesus:

Nos termos do art. 123 CP, que define o infanticídio, o fato, para assim ser qualificado, deve ser praticado durante ou logo após o parto. Dessa maneira, há infanticídio quando a conduta é executada pela mãe durante esse lapso temporal. Antes de iniciado o parto existe aborto e não infanticídio. É necessário precisar em que momento tem início o parto, uma vez que o fato se classifica como um ou outro crime de acordo com a ocasião da prática delituosa: antes do início do parto existe aborto; a partir de seu início, infanticídio. O parto se inicia com a dilatação do colo do útero. Após, vem a fase de expulsão, em que o nascente é impelido para a parte externa do útero. Por último, há a expulsão da placenta. Com a exclusão desta, o parto está terminado. A morte do sujeito passivo, em qualquer das fases do parto, constitui delito de infanticídio.⁶²

Diferenciando aborto de infanticídio tem-se o ensinamento de Fernandes apud Ribeiro:

⁶⁰ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004, p. 123.

⁶¹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 101.

⁶² JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial**, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio/ Damásio E. de Jesus. – 26^o. ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004, p. 107.

A principal característica do infanticídio é que nele o feto é morto enquanto nasce ou logo após o nascimento. O aborto, ao contrário, somente se tipificará se o feto é morto antes de iniciado o trabalho de parto, haja ou não a expulsão. Logo, enquanto não se inicia o parto, qualquer manobra tendente a matar o feto constituirá, caso haja êxito, o crime de aborto. A forma tentada (de infanticídio), apesar de difícil comprovação, é admissível. Vivo o feto, enquanto dura o parto e morto nesse período, haverá feticídio, equiparado a infanticídio.⁶³

Neste mesmo sentido afirma Ribeiro:

A ocisão do feto, antes de iniciado o parto, é aborto; começado o parto, se o feto era biologicamente vivo, o crime é de infanticídio. No aborto, há criminosa expulsão do feto; no infanticídio, a expulsão é espontânea. Terminada a vida intra-uterina, sem que haja a extra-uterina, neste estado de transição positiva-se o infanticídio.⁶⁴

Nesta mesma visão Ribeiro, faz sua distinção:

A distinção é que, no aborto, há a inviabilidade da continuidade da gestação, por provocação. O infanticídio, por seu turno, se caracteriza pela iniciação do parto e, em qualquer de suas fases (dilatação, expulsão do feto e expulsão da placenta) a morte do sujeito passivo.⁶⁵

O crime de aborto pode ocorrer em qualquer fase da gestação, já o infanticídio caracteriza-se pela influência do estado puerperal e somente no momento do nascimento ou logo após. Ocorre que a lei não se pronuncia sob o espaço de tempo (logo após), e a doutrina alega que este período é tido enquanto durar a influência do estado puerperal, que pode variar de dias para semanas, como expressa Muakad:

⁶³ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 102.

⁶⁴ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 102.

⁶⁵ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 104.

Logo após o parto, depois de ter sido interpretado por inúmeros juristas, passou a designar todo o período de tempo em que a mulher se encontra sob a influência do estado puerperal, ficando a comprovação da duração dessa perturbação psíquica subordinada à perícia médico-legal.⁶⁶

Assim, quando falamos em nascente ou recém-nascido estamos diante de infanticídio, pois nos termos do aborto estaríamos expressando ovo, embrião ou feto, que são diferenciados pelo tempo da gestação.

Há casos que mesmo com a evolução da medicina e o aperfeiçoamento médico-legal ficam difíceis de serem comprovados. Nestes casos a mãe pode matar o filho, diante deste ter nascido vivo, mas que não dispunha de condições para viver por sua própria imaturidade e sendo sua morte inevitável, mas, a mãe apressa este ato, como comprová-lo. Neste caso estamos diante de homicídio, caso a mãe não esteja sob a influência do estado puerperal. Ribeiro menciona:

Não se verificou aquela cláusula, ainda que presente a “honoris causa”, uma interpretação restritiva e legalista, portanto perfeitamente admissível juridicamente, muito embora não isenta de críticas humanísticas, identificará o fato como sendo um homicídio.⁶⁷

Quando a mãe mata o próprio filho, esta deve estar sob a influência do estado puerperal, senão estaremos diante de homicídio. Assim descreve Marques: 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.⁶⁸

No caso do infanticídio somente podemos ter como autor a mãe, sob a influência do estado puerperal, porém se ocorrer o auxílio de terceiro este responderá por homicídio, podendo ser simples, qualificado ou culposos. É comum

⁶⁶ MUAHAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2ª. ed., vol. 1, São Paulo: 2002. p. 116.

⁶⁷ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed., Pillares: 2004 p. 94.

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, vol. 11. Campinas (SP): ed., Millenium, p. 144.

nos casos em que a mãe cometa homicídio ser confundido com infanticídio. Para distinguir melhor o homicídio simples do qualificado Ribeiro esclarece:

A possibilidade de homicídio simples ou qualificado, por um outro lado, aparece quando ou o recém-nascido é morto por terceiros, havendo dolo configurado (caso contrário, qualifica-se o crime como homicídio doloso), ou a própria mãe mata, não sendo constatado vínculo causal entre a morte da criança e o estado puerperal em que se encontra a mãe, e sendo antes descartada a possibilidade de homicídio culposo. Essa constatação é, no entanto delicadíssima, e por isso diversos tribunais optam por desconsiderar o homicídio simples ou qualificado, e enquadram os casos como infanticídio.⁶⁹

Infanticídio, homicídio e aborto para que se comprove qual destes fora cometido é necessário o uso da medicina. Contudo, cada um possui codificação própria e assim os julgadores possuem meios para aplicar a punição. Mas há situações que mesmo com o auxílio da medicina apresenta-se com dificuldades para apurar qual crime está configurado, cabendo a cada julgador o convencimento da punição necessária, por meio das provas constantes na ação penal.

Dentre os crimes em estudo, o infanticídio é o único a ser considerado como crime privilegiado, pois sua pena é mais branda que os demais. Isto ocorre porque a autora, que somente poderá ser a mãe, estar diante da influência do estado puerperal.

⁶⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: ed. Pillares: 2004 p. 100.

CAPÍTULO III

3- A PERÍCIA A SER REALIZADA PELOS MÉDICO-LEGISTAS NA PARTURIENTE

A perícia só pode ser realizada pelos médico-legistas na parturiente, mesmo que perícia apresenta-se muito complexa diante de inúmeras dificuldades para averiguar em que estado se encontra a parturiente para tipificar o delito.

O exame realizado pela perícia por médico-legistas tem por finalidade analisar os elementos fundamentais para caracterização do delito. Os elementos a serem analisados pela perícia são: a prova de vida intra-uterina, os estados, do ser nascente, do infante nascido e do recém-nascido, do natimorto, a causa jurídica da morte do infante, o estado somatopsíquico da parturiente e o diagnóstico de parto progressivo.

3.1 - PROVA DE VIDA INTRA-UTERINA

A prova de vida intra ou extra-uterina é a existência de sinais de vida do ser nascente, infante nascente e recém-nascido, de acordo com Rogério Greco:

Dissemos que o início do parto ocorre com dilatação do colo do útero, com o rompimento da membrana amniótica ou com a incisão das camadas abdominais. Pode ser que, uma vez iniciado o parto, por exemplo, com o rompimento da membrana amniótica, a parturiente, influenciada pelo estado puerperal, pratique manobra no sentido de causar a morte de seu próprio filho, ainda em seu útero. Pergunta-se: Nesse caso, estaríamos diante do delito de infanticídio ou do crime de aborto? Para que possamos manter a coerência do raciocínio, não importa se a vida seja intra ou extra-uterina. Para nós, o divisor de águas entre o crime de aborto e o infanticídio é, efetivamente, o início do parto, e não se a vida era intra ou extra-uterina, embora exista

controvérsia doutrinária e jurisprudencial desse sentido.⁷⁰

Merece destaque a lição de Hungria apud Rogério Grego:

O Código atual ampliou o conceito do infanticídio: o sujeito passivo deste já não é apenas o recém-nascido, mas também o feto nascente. Ficou, assim, dirimida a dúvida que se apresentava no regime do Código anterior, quando o crime se realizava in ipso partu, isto é, na parte de transição da vida uterina para a vida extra-uterina. Já não há mais identificar-se, em tal hipótese, o simples aborto – solução que, em face do Código de 90, era aconselhada pelo princípio do in dubio pro reo: o crime é infanticídio. Deixou de ser condição necessária do infanticídio a vida autônoma do fruto da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma vida humana. Sob o prisma jurídico penal, é, assim, antecipado o início da personalidade. Remota esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero. Já então o feto passa a ser uma unidade social. Não se pode negar que o feto nascente seja um ser vivo, embora não possua todas as atividades vitais.⁷¹

3.2 - SER NASCENTE

O ser nascente entende-se por “feto que está nascendo”. É aquele que tenha atravessado parcial ou totalmente o orifício do útero. O Ser Nascente tem todas as características do feto nascido mais não demonstra a faculdade de respirar, se o feto não respirou, significa que não teve vida autônoma. O direito tutelado ao tratar de crime de infanticídio é a vida. Sendo importante estabelecermos as diferenças entre viabilidade, e vitalidade do feto, e também maturidade.

Para Romeu de Almeida e Roberto de Almeida:

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 229.

⁷¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 229-230.

Não se exige presente a vítima capacidade de viver fora do útero materno, adaptado às condições de vida extrauterina (vitalidade). Basta haver vida, sendo que a sua eliminação configura o crime. Reclama-se a prova de que a vítima vivia no momento da ação do agente. A mais comum é a da docimasia hidrostática de Galeno. Colocam-se os pulmões do cadáver em recipiente contendo água à temperatura de 15 a 20° C. Se vierem a flutuar, significa que houve respiração. Outras provas existem, sendo a da respiração a mais segura. E se a vítima sofreu a ação do agente durante o parto, antes de haver respirado? Como se faz a prova da vida biológica? É difícil. Sugere-se seja procurado o chamado “tumor de parto”, bossa que se forma em regra na cabeça do tamanho de uma noz. A bossa é reação vital do nascente.⁷²

A viabilidade e consequência da maturidade, mais existem muitos casos em que o feto não atinge o nono mês mais são viáveis para o nascimento; ao contrario aos fetos que atingem a maturidade, mas não são viáveis ao nascimento por motivos patológicos tais como malformações graves.

Maturidade refere-se ao nascimento, e não constitui hoje em dia, elementos indispensáveis para a caracterização do crime de infanticídio.

Vitalidade é o nascimento do feto com vida.

É indiferente para este crime se o feto nasce com anomalia congênita, e incapaz de uma vida autônoma, e se prematuro e não tem condições de sobreviver. Uma vez nascido vivo, se enquadra nos requisitos para configuração do tipo penal. A prova de vida é realizada no feto para averiguar se a vida circulatória, a onde se manifesta pelo tumor de parto e reações vitais das lesões.

O tumor de parto é uma saliência ou edema local, essa alteração ocorre do desequilíbrio de pressão nas diferentes partes do feto dos órgãos fora e dentro do útero devido às contrações. As pequenas hemorragias no couro cabeludo do feto demonstram que há vida mesmo que o feto não tenha respirado.

⁷² SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de Direito Penal** – 10^o. ed., Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 174.

O tumor de parto desaparece três dias depois do parto quando o feto nasce com vida se o feto nascer sem vida não haverá tumor de parto. Para muitos peritos o crime de infanticídio ocorre na parturição por isso às perícias são estudadas no feto nascido para determinar se ocorreram lesões no feto quando ele estava vivo ou morto.

Para Rogério Greco, Ser Nascente é:

A prova da vida do nascente ou do neonato é, portanto crucial. Existem exames que são produzidos para comprovar se houve vida no nascente, ou seja, aquele que ainda se encontrava no processo de expulsão do útero materno, bem como do neonato, isto é, aquele que acabara de nascer.⁷³

Odon Ramos Maranhão apud Rogério Greco, com precisão, aponta duas provas de vida que dizem respeito ao nascente, a saber: a) tumor de parto e b) reação vital. Assim, explica o renomado professor:

a) Tumor de parto – as compressões sofridas pela porção do organismo fetal que primeiro alcança as aberturas genitais da parturiente provocam edema local, que constitui tumor de parto. Geralmente se situa na cabeça que chega assumir aspecto assimétrico. Essa saliência se deve ao fato de haver circulação no organismo fetal. No feto morto antes do nascimento não há tumor de parto. B) Reação vital – se a morte do feto nascente foi provocada, é claro que no início da parturição este estava vivo. Logo, as lesões encontradas no feto terão sido produzidas *intra vitam*. O perito, ao examinar o cadáver do feto, deverá colher material para fazer uma reação vital pelas técnicas usuais (Verderaux, F. Fávero, Orsós etc.).⁷⁴

⁷³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3º., ed. Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 226.

⁷⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3º., ed. Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 226.

3.3 - INFANTE NASCIDO

O infante nascido é aquele que nasceu com vida e respira mais não recebeu nenhum tipo de cuidado e nem higienização necessária logo ou após o parto. O Estado sanguinolento é que ainda não foi limpo feto. Induto sebáceo que recobre grande parte do corpo do infante. Tumor do parto é uma saliência violácea que se forma no couro cabeludo.

Há presença de mecônio que é uma substância presente no intestino de infantes só ocorre em caso de sofrimento do feto ao nascer.

Diante disso, entende-se relevante o momento do início e término do parto. Segundo nos ensina Noronha:

O parto inicia-se com o período de dilatação, apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo do útero; segue-se a fase de expulsão, que começa precisamente depois que a dilatação se completou, sendo, então, a pessoa impelida para o exterior; esvaziado o útero, a placenta se destaca e também é expulsa: é a terceira fase. Está, então, o parto terminado, sendo necessário estabelecer-se fundamentalmente que o parto cessa após a expulsão das secundinas. Esse é o instante exato, pois, em que o infante nasceu, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical.⁷⁵

3.4 - RECÉM NASCIDO

O recém nascido é aquele que nasceu com vida e já respirou e se despreendeu totalmente do ventre materno e teve todos os cuidados e higienização. Para os médicos legistas o estado de recém nascido é até aproximadamente o 7º dia depois do nascimento da criança até a queda do cordão e a cicatrização da ferida umbilical. Os pediatras entendem que o estado

⁷⁵ NORANHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. v.2, 2003.p. 49.

do recém nascido é até 30 dias de vida. O recém nascido apresenta a mesma característica do infante nascido, exceto o estado sanguinolento e não o tratamento do cordão umbilical.

Odon Ramos Maranhão apud Rogério Greco:

Quanto ao neonato ou recém-nascido normalmente são utilizadas as provas que procuram demonstrar ter havido respiração, sendo essas provas chamadas de docimasias respiratórias. As docimasias respiratórias podem ser divididas em: diretas e indiretas. As provas diretas podem acontecer por meio de cinco modalidades: a) radiográfica; b) diafragmática; c) visual; d) hidrostática; e, e) epimicroscopia.⁷⁶

São essas as definições do conceituado autor:

Diretas: Radiográfica (Bordas). Radiografa-se o pulmão depois de extraído do organismo (durante a necropsopia). Pode-se também radiografar antes de se abrir o tórax (Ottolenghi). Serve para documentar. Estuda-se a transparência do parênquima pulmonar, que se estabelece no que respirou e está ausente na hipótese contrária. **Diafragmática** (Casper). Estuda-se a relação entre a curva diafragmática e a arcada costal. Se houver respiração, o diafragma se movimentou e a inspiração o fez subir ao 5º espaço intercostal; isto não ocorrendo, inexistiu respiração. **Visual** (Bouchut). Basta se estudar o pulmão a olho nu ou com auxílio de aumento ótico. O pulmão que respirou se mostra rosado, expandido, vesiculoso, o que não ocorre caso não tenha havido vida extra uterina. **Hidrostática** (Galeno). Possivelmente é a mais conhecida e praticada. O pulmão fetal não se expandiu, mostra-se compacto e tem uma densidade de 1,09, enquanto que o que recebeu ar e se inflou mostra-se com cavidades pneumáticas e conseqüente densidade baixa (0,9) .⁷⁷

Seguindo o ensinamento do autor:

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3ª. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p.227.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3ª. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p.227-228.

Por isso se colocarmos um fragmento ou mesmo o pulmão todo em vasilha com água (densidade = 1,0) poderemos observar que o primeiro vai ao fundo e o segundo flutua. **Epimicroscopia** (Veiga de Carvalho). São duas provas: epimicroscopia pneumo-arquitetônica histológica. São exatamente feitos por visualização estereoscópica para verificar se os alvéolos pulmonares se distenderam ou não. **Indiretas:** **Gastrointestinal** (Breslav). Consiste em verificar presença de ar no aparelho digestivo. Quando se dá a inspiração inicial, passa ar para o aparelho digestivo, o que serve de base para essa prova. O método de realização é semelhante ao galênico. É prova indireta. **Auricular** (Wreden-wendt). Após o início da respiração passa ar no ouvido médio. Por isso, se for feita trepanação na membrana do tímpano dentro de recipiente com água, o aparecimento de bolha gasosa indicará presença de ar e conseqüente respiração. É prova delicada e difícil. Tem interesse quando se dispõe somente da cabeça do recém-nascido para exame.⁷⁸

Além das docimasias respiratórias, também são utilizadas as docimasias não respiratórias, que, segundo a lição de Hungria apud Rogério Greco, podem se assim divididas:

A alimentar (pesquisa microscópica, macroscópica, ou química de traços de alimentos ou outras substâncias absorvidas pelo neonato), a sialica (pesquisa de saliva no estômago do feto), a renal (averiguação de infartos úricos nos rins do feto), a bacteriológica (constatação do bacterium coli no tubo gastroentérico), a vascular (pesquisa de mudanças anatômicas no coração e sistema artérico-venoso do neonato), a do nervo óptico), a bulbar (exame histológico do desenvolvimento e caracteres dos centros respiratórios bulbares), a umbilical (exames das alterações que sofre o coto do cordão umbilical até o momento de sua queda).⁷⁹

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3º. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p.227-228.

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3º. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, 228.

3.5 – NATIMORTO

Natimorto é o feto que morreu ainda no útero materno durante ou logo após o parto, ou aquele que nasceu morto, ou seja, quando ocorre óbito fetal. A morte do feto ocorre antes da expulsão ou de sua extração completa do corpo materno, independentemente da duração da gestação a mortalidade do feto pode ser fruto de causas naturais ou violentas.

A morte do feto e dada após a separação do corpo materno e não apresenta sinais de vida como: o feto não respire ou não há batimento do coração, pulsação do cordão umbilical ou movimento efetivo dos músculos de contração voluntária. Os termos são comumente empregados para distinguir esta ocorrência da dos nascidos vivos e dos abortos espontâneos.

O período perinatal é antes da vigésima semana se ocorrer a morte do feto ocorre um aborto espontâneo, Quando a morte do feto ocorrer após a 20^a semana de gravidez e dado o nome de natimorto. Algumas interpretações de médicos-legais (peritos) estabelecem o limite temporal na 28^a semana na gestação.

3.6 - CAUSA JURÍDICA DA MORTE

O infanticídio é um delito que tem por finalidade proteger a vida humana, o bem que é juridicamente protegido é a vida do nascente ou do neonato.

Segundo Flamínio Fávero apud Rogério Greco:

Não importa que a vítima seja viável ou não. A monstruosidade também pode ser objeto de infanticídio. Exclui-se, apenas, a mola, que é um ovo degenerado, à qual não assiste possibilidade de ter vida fora do ventre materno e, menos ainda, de se desenvolver como ente humano. Vítima

do infanticídio pode ser não só o verdadeiro recém-nascido, isto é, o feto já nascido, já fora do útero materno, malgrado continue preso pelo cordão umbilical, mas também o feto nascendo ou nascente, em plena expulsão embora ainda não tenha respirado. Neste caso, haveria rigorosamente a figura do feticídio que o Código louvavelmente equipara ao infanticídio.⁸⁰

O elemento indispensável para configuração jurídica do delito infanticídio é a intenção de “matar”, e por meio da perícia realizada pelos médico-legistas é que vai comprovar a causa jurídica da morte do nascente ou da criança. Se a morte ocorre por motivo natural afasta a hipótese de infanticídio. A perícia a ser realizada no crime de infanticídio para averiguar qual foi o motivo e causa jurídica da morte do crime, verifica se morte do nascente ou da criança ocorreu de forma natural, acidental, criminosa ou estava sob estado psíquico.

As causas acidentais podem ocorrer antes do parto, por traumatismo diretos sobre a parede abdominal, durante o parto por asfixia pelo cordão umbilical, compressão da cabeça fetal em pelvis estreitas. Após o parto, hemorragia de cordão.

As causas criminosas podem ocorrer por diversas formas por ações contundentes, objetos perfurantes, cortante, sufocação, e outras formas diversas.

As Causas do estado psíquico ocorrem durante ou logo após o parto é necessário que a parturiente esteja no estado puerperal, e se encontre com perturbações psicológicas. Quando a parturiente se encontra neste estado pode ocorrer à morte da criança, a perícia que vai verificar as causas jurídica da morte e como ocorreu o parto de forma angustiante ou dolorosa se a autora tenha cometido o delito para esconder o cadáver, se lembra do que aconteceu ou não, e se já tinha antecedentes psíquicos.

⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3ª. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007, p. 225-226.

3.7 - EXAME DE PARTO PREGRESSO

No Exame de parto pregresso, é necessário e indispensável que o médico-legista, realiza a perícia para verificar quando a mulher pariu e se realmente pariu, são levados em conta os aspectos como o estado geral, dos órgãos genitais externos, se a presença de corrimento genital, dos órgãos internos e outros aspectos, com o exame e possível verificar se a presença dos lóquios, iduto sebáceo, colostro, leite e mecônio, esses exames pode comprovar se realmente ocorreu o parto de forma tranqüila ou ocorreu algum problema.

A realização da perícia é essencial para comprovação da configuração do delito. Esse procedimento pode ser realizado mesmo na hipótese de a parturiente vir a falecer com os dados coletados durante ou logo após o parto, e os dados coletados necropsia.

3.8 - ESTADO SOMATOPSÍQUICO DA PARTURIENTE

No Estado somatopsíquico da parturiente, é realizado um exame psíquico, para averiguar se a presença de perturbações psicológicas ou doenças mentais preexistentes que pode ter levado a parturiente a causar a morte de seu filho, mais a realização deste exame é de difícil constatação para muitos peritos e a maioria das vezes, e realizado algum tempo depois do parto não restando nenhum tipo de vestígio que possa ser detectado, fica difícil de descobrir se a parturiente estava influenciada pelo estado puerperal na prática do delito contra a criança.

Dessa maneira o juiz na aplicação do artigo 123 do Código Penal Brasileiro no crime de infanticídio deverá levar em consideração à influência do estado puerperal e em que situações se encontram a parturiente para que possa determinar em que situações do estado puerperal devem-se aplicar o artigo 123 do CPB ou o artigo 26 (que é inimputável para autora, que comete delito sem

consciência do ato criminoso) e o parágrafo único (que é diminuição de pena, semi-imputável) do Código Penal Brasileiro.

Na aplicação do artigo 123 CPB, o estado puerpério acarreta perturbações que são a causa da morte do filho neste caso haverá infanticídio.

Na aplicação do artigo 26 CPB, inimputável a mãe que comete tal ato, quando a mãe estiver sob influência do estado puerperal com perturbações psíquicas amnésia ou doenças mentais, não tendo consciência de entender o caráter ilícito (falta de consciência) ou tinha apenas parcialmente a capacidade de entendimento eliminando a vida do próprio filho, e será a parturiente submetida a tratamento de internação ambulatorial.

Mas não é o que estar acontecendo na realidade, não esta sendo aplicado o artigo 26 CPB quando a mãe estiver com perturbações psíquicas amnésia, falta de consciência ou doenças mentais, estar sendo aplicado o artigo 123 do Código Penal Brasileiro, pelo motivo de extrema dificuldade da perícia de averiguar se mãe estava com perturbações psíquicas ou doenças mentais ou se mãe tinha consciência de entender o caráter ilícito ou tinha apenas parcialmente a capacidade de entendimento, essas perícias deveria ser realizada imediatamente na consumação do ato ou durante o estado puerperal, para confirmar se a parturiente encontrava-se neste estado. Alguns doutrinadores negam existência do artigo 26 do CPB, como também, diz não passar de mera ficção jurídica.

O estado puerperal é fundamental para a configuração do crime de infanticídio e na aplicação do artigo 123 ou 26 CPB, o juiz devera levar em consideração a investigação realizada pelos médico-legistas para comprovar se parturiente se encontra influenciada pelo estado puerperal. E essas perícias deveriam ser realizadas imediatamente na consumação do ato ou durante o estado puerperal, para confirmar se a parturiente encontrava-se neste estado, mais se resta dúvida o caso concreto, presume-se que ocorreu o estado puerperal devendo ser favorável à autora, partindo do princípio do “in dubio pro reo” aplica-se a pena mais favorável ao réu.

Para Genival Veloso o exame pericial do estado psíquico a ser realizado

na parturiente deve apresentar:

I. Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa; II. Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho; III. Se ela se lembra ou não do ocorrido ou se simula; IV. Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas conseqüências surgiram no decorrer do parto; V. Se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto ou logo após, foi capaz de levá-la a praticar o crime.⁸¹

Diante desta situação acima exposto, não estabelece no artigo 123 do Código Penal Brasileiro a duração normal do estado puerperal e sim, Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, então temos que socorrer a medicina que estabelece uma duração normal de 6 (seis) a 8 (oito) semanas.

⁸¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5^o. ed., São Paulo: Guanabara, 2004, p. 172.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar os entendimentos doutrinários acerca do crime de infanticídio em face do estado puerperal. Porém, para que se chegasse ao objetivo pretendido, fora necessário analisar os aspectos conceituais, histórico, estrutura jurídica no código penal vigente do crime de infanticídio e a perícia realizada pelos médico-legistas durante ou logo após o parto.

Para seu desenvolvimento lógico, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que, o Capítulo I, procurou-se demonstrar os aspectos conceituais e a origem histórica do infanticídio evidenciando que o delito apresentou diversas modificações, e formas de aceitação com isso sociedade se desenvolveu ate chegar à sua atual definição exigindo por conseqüência, a evolução da legislação que rege o comportamento do ser humano e seus atos, para que obtivéssemos o conceito atual, foi necessário, tanto da medicina quanto do direito e da sociedade, uma nova visão perante este crime, pois as características fundamentais do crime de infanticídio não são mais as mesmas que as de cinco ou dez anos atrás. Dessa forma, foram abordadas todas as hipóteses levantadas.

A primeira hipótese foi confirmada, haja vista que o estado puerperal é fator fundamental para a caracterização do crime de infanticídio. Pois somente a mãe, e esta, influenciada pelo estado puerperal que está diante de cometer o crime de infanticídio.

A segunda hipótese levanta não restou confirmada, pois há distinção entre puerpério e estado puerperal. Por puerpério entende-se o período que vai desde a expulsão da placenta até as condições pré-gravídicas, estando presente em todas as gestantes. Já o estado puerperal não é comum em todas as mulheres, e este decorre do puerpério. O estado puerperal decorre da dor moral ou da dor física, e não possui um tempo determinado, tanto pela Lei quanto pela doutrina.

No Capítulo II, apresentou-se um entendimento na estrutura jurídica do crime infanticídio, os critérios de tipificadores do delito, a influência do estado

puerperal, os sujeitos do crime, o tipo objetivo e subjetivo, o crime consumado e tentativa, concurso de pessoas e distinções entre homicídio, aborto e infanticídio. No capítulo III, foi abordado os aspectos dos estágios de nascimento e conceituação da criança recém nascida e a realização da perícia na parturiente com o objetivo de mostrar as dificuldades dos médico-legistas na realização da perícia na mãe e na criança e o que deve ser feito para a perícia comprovar em que estado se encontrava a parturiente na realização do parto.

Ao terminar o relato desta pesquisa acadêmica, cujo assunto não se esgotou, pois a cada dia surgem novos aspectos. Contudo ficou em aberto o período em que pode ser caracterizado o crime, pois a legislação vigente deixa um vazio, e a doutrina majoritária busca na medicina o principal aspecto do crime, ou seja, enquanto durar a influência do estado puerperal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DSM-IV. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 4º. ed., Editora Artmed, 1995.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - Parte especial**. (1º. ed., 1976; 17º. ed., 2006), atualizada, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos da Medicina Legal**. São Paulo: Guanabara Koogan, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina legal, atualizado. Hygino Hercules**. 33º. ed., Rio de Janeiro (RJ): Freitas Bastos Editora, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses Jurídicas. Dos Crimes contra a pessoa**, 9º. ed., São Paulo (SP): Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. 3º. ed., Niterói (RJ): Editora Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: parte especial, v.2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio** - Damásio E. de Jesus. – 26º. ed., Atual – São Paulo: Saraiva 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, vol. 11. Campinas (SP): Editora Millenium, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: 17º. ed., vol. 2, São Paulo: Atlas. 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 25º. ed., São Paulo (SP): Editora Atlas, 2007.

MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio**: 2º. ed., vol. 1, São Paulo: Mackenzie 2002.

NORANHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 2, 25º. ed., atualizada, São Paulo: Saraiva 1991.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. 31º. ed., Saraiva São Paulo 2000.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. 31º. ed., SP. Saraiva, vol.2, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 2, 3^o. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. São Paulo: Pillares, 2004.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida e SALLES, Roberto de Almeida. **Curso Completo de Direito Penal** – 10^o. ed., Ver. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VADE MECUM, **Código Direito Penal**, 1940. 7^a. ed., Saraiva. São Paulo. 2009.