

## UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

#### MARIA ELZA DE ANDRADE

# DESCRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO ENQUANTO DELITO AUTÔNOMO

#### MARIA ELZA DE ANDRADE

# DESCRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO ENQUANTO DELITO AUTÔNOMO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ma. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

#### MARIA ELZA DE ANDRADE

# DESCRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO ENQUANTO DELITO AUTÔNOMO

# **BANCA EXAMINADORA**

Prof. Ms. Lenilr	na Cristina Sena Figueiredo(Orientador)
Prof. M	S
D. C.M	-

SOUSA - PARAÍBA 2004

Aos meus sobrinhos e ao filho que ainda não veio. Dedico.

#### **AGRADECIMENTOS**

A Santíssima Trindade A minha família, pela compreensão e colaboração nos meus estudos Aos professores que dividiram comigo seus conhecimentos, em especial, Lenilma Cristina Aos amigos fiéis, especialmente João e Erô Ao meu amor

#### **RESUMO**

Este trabalho tem por intuito teleológico buscar a fundamentação para a descriminalização do infanticídio, enquanto figura jurídica autônoma. A pesquisa se conduziu por leitura, fichamento, análise e discussões de livros, textos, revistas, e outras publicações, impressas e virtuais, úteis ao desenvolvimento dos trabalhos. A mais conceituada classe de criminalistas foram estudadas para que pudéssemos aprofundar nossas discussões. Para alcançar o objetivo proposto tivemos de analisar as variações valorativas acerca do infanticídio em algumas sociedades, visto ser o delito absorvido de diversas formas na evolução histórica dos povos. Observamos, nessa abordagem, que esse mesmo delito já fora permitido em algumas civilizações como sacrificio oferecido aos deuses; fora reprimido ferreamente durante a Idade Média por força da Igreja Católica; e, hodiernamente, é conduta típica sancionada brandamente, por influência da corrente jusnaturalista do século XVIII. O infanticídio ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com o Estatuto Repressivo de 1.830. Desde então, o tipo penal vem produzindo uma enorme celeuma entre os criminalistas pátrios. Hoje, intrincadas discussões asseguram ser improfícuos os critérios de conceituação do crime para justificá-lo como delictum exceptum, quais sejam: o motivo da preservação da honra sexual da mulher; e o critério fisiopsíquico da influência do estado puerperal. Outra divergência doutrinária diz respeito à co-delinquência, uns afirmam que o co-autor responde pelo delito em tela, outros, asseveram que deverá responder por homicídio. Há, também, o impreciso significado da expressão 'logo após o parto', gerando entendimentos diversos sobre o lapso temporal. Questiona-se a relevância da permanência do infanticídio como delito autônomo. vez ser possível o banimento deste tipo penal da nossa legislação, por já existir previsão legal do homicídio, homicídio privilegiado (cometido por motivo de relevante valor social ou moral), e a possibilidade de se caracterizar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal previstas no art. 26 e parágrafo único do CP, respectivamente. Tendo em vista a possível reformulação da parte especial do Código Penal vigente pelo Ministério da Justiça, opinamos pela descriminalização do infanticídio enquanto direito autônomo de figura jurídica própria.

Palavras-chaves: Infanticídio, análise, descriminalização, configuração, homicídio.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 - INFANTICÍDIO: ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICA	09
1.1 O Infanticídio no Brasil	13
CAPÍTULO 2 – DEFINIÇÃO LEGAL E ANÁLISE DE SEUS COMPONENTES	19
2.1 Elementos do Tipo	27
CAPÍTULO 3 – A PROVA NO INFANTICÍDIO	37
CAPÍTULO 4 – FUNDAMENTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO	
ENQUANTO DELITO AUTÔNOMO	43
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

# INTRODUÇÃO

O infanticídio é um dos mais polêmicos tipos penais descrito não só em nosso ordenamento jurídico, mas também em outros países, pois desde o seu surgimento, até os dias hodiernos, produz cisão da doutrina criminalista.

O principal escopo do nosso estudo é compreender os fundamentos que constituem a base do infanticídio enquanto delito autônomo para verificar se a tese de descriminalização dessa figura típica enquanto delito *sui generis* pode ser, firmemente, sustentada.

A pesquisa se conduziu através de leitura e fichamento de livros, revistas, periódicos e outras publicações que tratassem direta, ou indiretamente, do tema proposto. Após a organização dos dados colhidos, foi realizada uma discussão acerca do que se poderia prescindir e o que era essencial para a ratificação de nossas idéias. Fizemos uma seleção dos dados por assunto e depois confeccionamos um texto de forma clara e coerente, que resultou no trabalho que ora apresentamos.

Matar o próprio filho é uma idéia que, a primeira vista e sem embargo, provoca repulsa. O instinto materno já levou mães a enfrentar feras para salvar sua prole. Então, quais os motivos que justificaria a prática desse ato?

A prática da conduta infanticida no meio social é rara, mas é vasto e complexo o número de opiniões acerca do delito. Em alguns casos, um mesmo intérprete do Direito é conduzido a modificar suas concepções referentes ao tema. Juízes e demais aplicadores do direito não conseguem chegar a um consenso.

Para se estudar o infanticídio é necessário buscar suas raízes. Por esta razão, torna-se imperioso realizar uma abordagem histórico-jurídica do delito em tela. Trataremos deste ponto no primeiro capítulo. Nesta mesma seção, abordaremos a evolução jurídica do

infanticídio no direito penal brasileiro, mais precisamente nos Códigos – dentre eles o de 1969 que nunca entrou em vigor - e os anteprojetos vencidos.

No segundo capítulo falaremos da definição legal do infanticídio, enfocando os sistemas de conceituação utilizados para caracterizá-lo. Abordaremos, também, a estrutura jurídica, analisando cada um de seus componentes, como: os sujeitos ativo e passivo, elemento subjetivo e materialidade. São altamente questionáveis os fundamentos da tipificação do infanticídio na legislação penal em vigor no Brasil. Mostraremos o porquê dessa assertiva com apoio de renomados juristas da área criminal.

Veremos também nesta mesma seção que não menos controversa é a apreciação da hipótese de cabimento do concurso de pessoas na prática da conduta delituosa, que biparte a doutrina pátria em correntes antagônicas de pensamento.

O terceiro capítulo versará sobre a realização da perícia, para a constituição de prova do infanticídio, donde veremos o rigoroso procedimento a ser observado, tendo em vista as dificuldades exsurgidas da caracterização do delito. Veremos os principais conceitos utilizados na medicina-legal como: feto morto durante o período perinatal; ser nascente; infante nascido; recém-nascido; prova de vida extra-ulterina autônoma; causas jurídicas da morte; estado somatopsíquico da parturiente; e exame de parto pregresso.

É no quarto capítulo que discutiremos a necessidade de se permanecer com o infanticídio como figura autônoma. Veremos como o Anteprojeto de 1983 aborda o crime em estudo, e analisaremos os motivos que levam à inserção do infanticídio como delito autônomo em seu texto. Traremos à tona os posicionamentos doutrinários a respeito do assunto e, em seguida, averiguaremos se a tese de descriminalização do infanticídio enquanto delito autônomo tem fundamento sustentável.

#### CAPÍTULO 1

#### INFANTICÍDIO: ABORDAGEM HISTÓRICO-JURÍDICA

A prática de eliminar a vida dos filhos nascentes ou recém-nascidos nem sempre fora motivo de repulsa social. As mais antigas legislações penais não faziam qualquer referência a essa modalidade de crime.

Podemos dizer que o infanticídio teve diversas valorações no decorrer da história da humanidade: da permissão a sua proibição. Sabe-se que a conduta era permitida através de indicações de historiadores e filósofos.

Na Antiguidade, verifica-se que entre os bárbaros a morte dos filhos e de crianças era prática corriqueira e não se configurava como delito, além de, também, não atentar contra os costumes e a moral vigente. Na Mesopotâmia e na Grécia Antiga, têm-se notícia dos famosos sacrifícios que os povos prestavam ao deus Moloch oferecendo seus filhos e as crianças em geral. O mesmo ocorria no oriente e na América Pré-colombiana (VINCENTINI, 1998).

Entre os gregos havia também o sacrificio de crianças, de qualquer idade, que apresentassem alguma deformidade física, evidenciando que o grande culto ao corpo, à estética e à beleza daquela civilização não encontrava limites éticos.

Na Roma Antiga, o pater familae poderia dispor da vida de seus progênitos – jus vitae et necis. Assim, não era punido pela prática de parricídio. Também, em algumas ocasiões, quando da escassez de alimentos, era comum agentes das autoridades ou soldados matarem os recém-nascidos por ordem do rei, especialmente os do sexo feminino.

Com o advento do Cristianismo, o fato adquiriu enorme repulsa social, passando a constituir crime gravíssimo. Por influência da Doutrina Católica, os juristas passaram a

entender que a ninguém era dado o direito de suprimir a vida de seu semelhante e que, por se tratar de uma criança indefesa que não fez qualquer agressão e nem poderia dar causa alguma para o ato extremo, o crime se revestia de aspectos abomináveis, sendo merecedor de violenta condenação. A partir desta concepção filosófica, o infanticídio começou a ser castigado com a pena capital.

O antigo Direito Romano, na sua época mais adiantada, encarregou-se de incriminar a conduta do infanticídio, infligindo as mais severas penas conhecidas – que, diga-se por oportuno, eram desumanas e cruéis.

A Lex Cornélia De Sicariis e a Lex Pompea De Parricidiis previam a pena de morte para a mãe que eliminasse a vida do próprio filho, restringindo, desta forma, a figura do sujeito ativo do delito. Entretanto, nesta época, o pai ainda possuía o direito de matar a sua prole.

Ao tempo de Justiniano, expira o direito do *pater familias* sobre a vida e a morte de seus descendentes, recebendo o infanticídio a cominação de pena capital. Fazendo referências às leis *De Sicariis* e *De Parricidiis*, as Institutas de Justiniano estabeleciam penas para a conduta típica, também, bastante severas, tendo o infanticídio a mesma gravidade e as mesmas sanções do parricídio, como se comprova:

Não seja (o parricida ou infanticida) submetido à decapitação, nem ao fogo, nem a nenhuma outra pena solene, mas cosido, num saco de couro, com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, e torturado entre as fúnebres angústias, seja, conforme permitir a condição do lugar, arrojado ao mar vizinho ou ao rio ("Inst." 4, 18, 6). (HUNGRIA, 1979: 240)

No antigo Direito Germânico, a mãe que atentasse contra a vida do filho era punida, mas, num primeiro momento, ao pai era lícito praticar tal conduta. Posteriormente, o fato passou a ser apenado com a morte do infrator.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1981: 73) o infanticídio durante a Idade Média era punido como homicídio, não se fazendo tal distinção. A pena infringida era o fogo, a decapitação e o empalamento, pois a conduta era tida por violação da própria lei da natureza e do especial dever de proteção dos pais em relação aos filhos.

Nelson Hungria (1979: 240) cita a Carta Carolina, ordenação penal de Carlos V, como exemplo das penas perpetradas para os infanticidas durante a Idade Média:

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

Com o Iluminismo, as penas começaram a ser estudadas com fundamento nas correntes de cunho Humanistas e Naturalistas. Isso veio a conferir um novo tratamento ao crime de Infanticídio, que tornou-se delictum exceptum, sendo aplicada penalidade mais branda.

As principais discussões dessa época diziam respeito à conduta praticada pela mulher imbuída de motivos determinados por *honoris causa*. Assim, sobre os influxos das novas idéias, as legislações passaram a considerar o infanticídio praticado pela mãe ou parentes como um *homicidium privilegiatum*.

Beccaria e Feuerbach são considerados pioneiros deste critério legislativo.

Cesare Beccaria (1.997: 112), insurgindo-se contra a pena capital imposta à criminosa, sustentava o abrandamento da sanção frente ao motivo da preservação da honra:

O infanticídio é igualmente o resultado de uma contradição inevitável em que cai uma pessoa que tenha cedido por fraqueza ou por violência. Quem se encontra entre a infâmia e a morte de um ser a quem essa infâmia não afeta, como não haverá de preferir essa morte à miséria certa a que ficariam expostos ela e o fruto infeliz?

Segundo Beccaria, dever-se-ia mitigar as penas impostas ao infanticídio, pois os motivos que levavam a mãe ou parente a praticar a conduta típica nem sempre eram de cunho torpe, mas de caráter honorífico, para que se pudesse preservar a honra da parturiente. A complacência de doutrinadores do direito natural acerca do delito influencia a cominação de penas abrandadas em muitas legislações.

As concepções advindas do Movimento Humanista e dos pensadores jusnaturalistas repercutiram primeiramente no Código Austríaco e, posteriormente, na legislação penal de toda a Europa, excetuando-se a Inglaterra e a França que mantiveram, na espécie, a pena capital.

Na Áustria, o diploma repressor, de 1.803, o crime fora considerado como homicídio privilegiado quando praticado pela mãe – ou por algum parente – contra a criança, desde que fosse realizado em defesa da honra. Ainda verifica-se na Argentina, Alemanha, Itália e outros países, a orientação acolhida por esse ordenamento.

Observou-se na França uma mudança concernente à pena infringida para a espécie, foram adotadas medidas complacentes com a mulher que agisse motivada pela *honoris causa*. A modificação fora introduzida pela Lei Vichy, de setembro de 1.941. Genericamente, a pena tornou-se mais benéfica para o agente infrator do crime de infanticídio.

A Inglaterra não se furtou de absorver as tendências de redução das penas por influência do Iluminismo. Certo que não se acolheu a possibilidade do reconhecimento do motivo da honra para amenizar a pena do crime em tela. Mas, findou por abolir todas as possibilidades de pena de morte em seu ordenamento, atingindo-se, também, o infanticídio, que tivera sua pena abrandada.

Diante o exposto até aqui, observamos que as penas cominadas ao infanticídio, por influência do pensamento iluminista, sobretudo, da corrente jusnaturalista, foram atenuadas

pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, estendendo-se, inclusive, em alguns deles, o privilégio da *honoris causa* a parentes da genitora.

#### 1.1 O infanticídio no Brasil

O infanticídio fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Penal Imperial de 1.830. Também fora previsto no diploma legal que o sucede, o Código Republicano de 1.890. O atual Código Penal, Decreto-Lei n.º 2.848 de 1940, manteve a figura típica como crime *sui generis*.

Passemos, agora, a abordar o modo como cada uma desses Estatutos regulavam a conduta delituosa, objeto de nosso estudo.

O tipo era descrito no Código Penal de 1.830 nos arts. 197 e 198, constituindo duas modalidades.

Estava disposto no art. 197 daquele Diploma Legal: "Matar algum recém-nascido: penas – de prisão por 3 (três) a 12 (doze) anos e de multa correspondente à metade do tempo."

Observe-se que no tipo acima transcrito não se verifica a exigência de qualquer elemento subjetivo, podendo o crime ser praticado por estranho e sem o motivo de preservação da honra da mulher. Isso constitui inexplicável privilégio dado aos agentes do delito. Ora, por que matar crianças no Império era menos grave do que matar adultos? Isso foi alvo de críticas de vários criminalistas da época, pois a pena aplicada ao homicídio era de: no máximo, a de morte; no médio, a de galés perpétua; e, no mínimo, de prisão com trabalho por vinte anos.

O artigo 198 do mesmo Estatuto descrevia o tipo mais específico, visto ser o fato praticado pela mãe. Trazia a seguinte redação: "Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: pena – de prisão com trabalho por 1 (um) a 3 (três) anos."

Nota-se, pela definição legal dessa modalidade, que o legislador pátrio aderiu à orientação preconizada pela escola de Direito Natural, tratando o infanticídio como uma figura excepcional, mitigando sensivelmente a sanção a ele imposta.

Segundo Nelson Hungria (1979: 41), o Código de 1.890, acompanhando os Códigos do Império e Português, destacava o infanticídio como delito *sui generis*, sem limitar, entretanto, o privilégio à hipótese da *causa honoris*.

Estatuía nestes termos o caput do artigo 298, do Código Penal:

Matar recém-nascido, isto é, infante, aos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir a sua morte: pena — de prisão celular por 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) anos.

Conceituado de forma genérica e irrestrita, não foi previsto no tipo nenhum elemento capaz de separar o infanticídio do homicídio simples. Para surpresa dos doutrinadores ofra cominado ao primeiro, quando praticado sem o motivo da preservação da honra, somente a pena aplicada à forma simples do segundo tipo penal.

Quanto à *honoris causa*, como critério de abrandamento da pena fora mantido, assim como previa o Estatuto precedente. A sua incidência somente poderia ser imputada à mãe da vítima. Isso, é o que se depreende do parágrafo único, do artigo 298, *ipsis literis*: "Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: pena – de prisão celular por 3 (três) a 9 (nove) anos."

Percebe-se no *caput* do artigo retromencionado, a presença de um lapso temporal arbitrado sem base científica, dentro do qual se caracterizava o fato típico, fazendo com que

aquele que matasse o infante até o sétimo dia após o nascimento recebesse pena atenuada e o que cometesse o crime no oitavo dia, por exemplo, suportasse a mesma pena do homicídio.

Ambos Estatutos Repressivos, de 1.830 e 1.890, equipararam o infanticídio ao homicídio simples, privilegiando, por vezes, o infanticídio com a minoração da pena, mesmo sem exigir o motivo da ocultação da desonra própria ou a presença da mãe da vítima na autoria do delito, e, outras vezes, imputando a ambas as condutas ilícitas a mesma previsão penal.

O Projeto Galdino Siqueira não faz menção ao infanticídio como um delito autônomo, mas como uma espécie privilegiada de homicídio, definindo a hipótese da seguinte forma: "Se o crime tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança no momento do seu nascimento ou logo após, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena – detenção de 2 (dois) a 8 (oito) anos."

o Projeto Sá Pereira buscou fundamentação no artigo 107 do Projeto do Código Penal Suíço de 1.916, considerando o infanticídio um crime autônomo e estipulava em seu artigo 168 que: "Aquela que, durante o parto, ou, ainda, sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até 3 (três) anos, ou com detenção por 6 (seis) meses, no mínimo."

Nelson Hungria critica fortemente este projeto por entender não haver fundamentação para a minoração da pena, uma vez que a *honoris causa* não havia sido contemplada no conceito do delito.

O Projeto Alcântara Machado, por seu turno, em suas várias edições, retomava o critério tradicional da preservação da honra, estendendo o privilégio da minoração da pena em favor de outras pessoas além da mãe da vítima, nos seguintes termos: "Matar infante, durante o parto ou logo depois deste, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher: pena – detenção ou reclusão por 2 (dois) a 6 (seis) meses."

O Código Penal de 1940 foi elaborado a partir da revisão do Projeto Alcântara Machado, feita por uma comissão integrada, por Nelson Hungria, Roberto Lyra, dentre outros.

Neste diploma legal, o infanticídio foi conceituado a partir do critério fisiopsicológico da influência do chamado estado puerperal, aperfeiçoando o entendimento exarado no Projeto Sá Pereira e abandonando a noção da defesa da própria honra.

O artigo 123, do Código Penal em vigor, descreve assim o delito: "Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: pena – detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

A partir daí, o infanticídio foi estabelecido não mais como uma espécie privilegiada de homicídio, mas sim como um delito autônomo de denominação jurídica própria, restrito à figura da mãe da vítima, obnubilada, ou seja, tendo sua consciência perturbada com escurecimento e lentidão do pensamento, por influência do chamado estado puerperal e, sob inspiração dos Códigos Polonês e Dinamarquês, delimitado no tempo entre o parto e o lapso de seus momentos posteriores.

Em 1.963, é formulado o Anteprojeto pelo eminente criminalista Nelson Hungria, que conceitua o infanticídio de forma mais ampla, optando, assim, pelo critério misto ou composto na tipificação da figura penal, posicionando o motivo da preservação da honra da mãe da vítima ao lado da influência do considerado estado puerperal.

O mencionado Anteprojeto no artigo 119 previa o ato ilícito da seguinte forma: "Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante o logo após o parto: pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

A partir da revisão do Anteprojeto Nelson Hungria, designada pelo Ministério da Justiça, em 1.964, e constituída por juristas como Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso, foi elaborado um projeto que resultou no Código Penal de 1.969, não tendo este entrado em vigor no Brasil.

Essa comissão responsável pela revisão do Projeto Nelson Hungria não acatou o critério composto, abandonando a elementar da "influência da perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal" e adotando o critério clássico do motivo da preservação da própria honra na conceituação do delito.

Comprovado pelo artigo 122, do Código Penal de 1.969, que descrevia assim o fato: "Matar a mãe o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto: pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

Por fim, o Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, desenvolvido pela comissão designada pela Portaria Ministerial número 518, de 06 de setembro de 1.983, foi publicado, *a priori*, pela Portaria número 304, de 17 de julho de 1.984 e, posteriormente, pela Portaria número 790, de 27 de outubro de 1.987.

Contudo, a Portaria de número 304, de 17 de julho de 1.984, do Ministério da Justiça, modificou especificamente o delito de infanticídio, incluindo no conceito do crime, ao lado do chamado estado puerperal, também a noção da *honoris causa* como propulsores da conduta ilícita, conforme se percebe na redação de seu artigo 123: "Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência deste e para ocultar desonra própria: pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único: quem concorre para o crime incide nas penas do artigo 121 e parágrafos."

Não obstante, a ser publicada a Portaria Ministerial número 790, em 27 de outubro de 1.987, foi revelado um texto diferente para o mesmo artigo 123: "Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência perturbadora deste ou para ocultar desonra própria: pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único: quem concorre para o crime incide nas penas do artigo 121 e parágrafos."

Hodiernamente, o Projeto de 1.984 ressuscita a vetusta discussão entre os critérios da preservação da honra própria e da influência do dito estado puerperal, optando pela fórmula conjugada na caracterização do delito. Procurando, também, solucionar, via normativa, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno do tema, cominando-se as penas previstas ao homicídio ao co-delinquente, praticante da conduta reprovada.

# DEFINIÇÃO LEGAL E ANÁLISE DE SEUS COMPONENTES

Como visto anteriormente, o infanticídio está disposto no Código Penal de 1.940, em seu artigo 123, que o define como a eliminação da vida do próprio filho, durante ou logo após o parto e sob a influência do chamado estado puerperal. Com base nessa definição, faz-se necessário analisar seus componentes. Para tanto, lançaremos mão de entendimentos doutrinários caracterizadores do delito.

• Sistemas de conceituação do delito - São três os sistemas de conceituação legislativa do infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto.

O critério psíquico ou psicológico é, segundo Heleno Cláudio Fragoso (1981:74), o utilizado para justificar a conduta criminosa da parturiente motivada pela defesa da honra. A mulher, engravidando de relações sexuais ilícitas, temendo a reprovação social, poderia cometer o ato delituoso por extrema vergonha e pudor, o que leva a uma amenização da pena cominada.

O critério fisiopsíquico ou fisiopsicológico é, segundo Fragoso (Ibidem), utilizado para justificar o privilégio outorgado ao infanticídio, em decorrência do chamado estado puerperal da mulher que, durante o parto, sofre perturbações fisiopsíquicas em conseqüência das dores, perda de sangue e excessivo esforço muscular que atenua sua imputabilidade. Este é o critério utilizado pelo nosso Código Penal em vigor.

Finalmente, 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 genitora para a configuração do delito.

Vejamos, agora, cada critério mais detalhadamente.

• Critério psicológico - um movimento desencadeado por filósofos do Direito Natural, a partir do século XVIII, buscou fundamentar em suas teorias e concepção a necessidade de um abrandamento da punição aplicada ao homicídio perpetrado pelos pais contra seus descendentes. As lições de Beccaria e outros contribuíram para o reconhecimento em muitas legislações penais, da morte de um filho praticada pela mãe ou parentes por motivo de honra, como homicídio qualificado.

O motivo, ou seja, a *honoris causa*, seria a necessidade psicológica da mulher de defender a sua honra sexual, frente a uma gravidez clandestina, de mãe solteira ou repudiada por concepções e fatores religiosos, morais ou familiares.

O célebre Nelson Hungria, ao criticar o Projeto de Virgílio de Sá Pereira quando este adotava pela primeira vez na legislação nacional o conceito fisiopsicológico da influência do chamado estado puerperal para minoração da pena do infanticídio, descrevia a motivação da honra da parturiente do seguinte modo:

A dolorosa perspectiva da descoberta do seu erro, que a sociedade não perdoa, cria na mulher que se engravida fora do matrimônio, e que ainda não perdeu o pudor, um verdadeiro 'estado de angústia', em que, gradativamente, se lhe vae apagando o próprio instincto de piedade para com o fructo de seu amor illegítimo. (HUNGRIA, 1.937: 261)

É imprescindível que a mulher seja honesta e necessite ver sua honra salvaguardada por meio deste artifício. Aníbal Bruno (1972: 148) sustenta que é a honra sexual da parturiente que está em jogo:

A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama e respeito público de que goze a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra já era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra.

Comungando do mesmo entendimento, faz ver Carlos Xavier de Paes Barreto (1.937:

21):

É necessário, porém, que tenha honra a zelar, deshonra a occultar, não se podendo applicar quando se não acha nessas circunstâncias, como, por exemplo, tratando-se de quem tivesse processado o amante por crime de defloramento, ou dado à luz poucos mezes depois de casada a filha do próprio marido.

Ao entrar em vigor em 1.940, o Código Penal substituiu o clássico critério do motivo da preservação da honra própria pela noção do infanticídio causado em decorrência do chamado estado puerperal, sendo alvo de fortes críticas pelo modo como tratou da questão.

Galdino Siqueira (1951: 42), ao defender a *causa honoris* como motivo diferencial entre o infanticídio e o homicídio, cita a percepção de Cesare Beccaria a respeito deste entendimento:

O infanticídio é, ainda, o resultado quase inevitável da cruel alternativa em que se acha uma infeliz, que só cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu sob os esforços da violência. De um lado, a infâmia, de outro, a morte de um ser incapaz de sentir a perda da vida: como não havia de preferir este último partido, que a rouba à vergonha, à miséria, juntamente com o desgraçado filhinho?

No mesmo sentido, expressa-se Aníbal Bruno (Ibidem) em defesa do critério psíquico:

Naquele motivo teríamos a razão realmente ponderável, com o seu poder de perturbar os processos de consciência, a que as alterações mais ou menos acentuadas do psiquismo provocadas pelo fenômeno do parto serviriam apenas de coadjuvantes. Como diz Maurach, em referência ao Código Alemão, o privilégio decorre do desespero da parturiente que concebeu fora do matrimônio.

No entanto, podemos encontrar entre os grandes juristas nacionais, os que se propõem a defender o critério fisiopsíquico adotado pelo Código Penal de 1.940 na definição do ato ilícito. Para o magistrado Atugasmin Médici Filho (1942: 360) a motivação da honra está contida de forma implícita na caracterização do infanticídio:

O Código de 1.940 fez muito bem em repudiar, na definição do crime, a causa honoris, que é motivo determinante do evento e não elemento essencial à sua

configuração. (...) O motivo honoris causa continua integrando a figura jurídica do infanticídio; o Código de 1.940 fez, apenas, omissão desse motivo na definição legal. (...) A benevolência da lei orienta-se para a mulher honesta que foi vítima de uma sedução, estupro ou posse sexual mediante fraude, da qual resulte gravidez e para quem, no momento do parto, além dos sofrimentos comuns ao fato de dar ao mundo uma nova vida impelida pela vergonha de ter de arrastar a infelicidade, dias e dias afora, comete o infanticídio.

• Critério fisiopsíquico - o Código penal em vigor adotou o critério fisiopsicológico, com o objetivo de estender o benefício da minoração da pena à mãe legítima que praticasse o crime, uma vez que, pelo critério clássico, a alegação da preservação da própria honra sexual somente poderia ser invocada no caso de gravidez ilegítima ou de mãe solteira.

Euclides Custódio da Silveira (1973: 93), não só defende o sistema em comento, mas destaca a importância da ampliação do conceito de infanticídio:

A razão fundamental da escolha desse novo critério foi evitar a injustiça que o tradicional propiciava, por restringir a honoris causa à gravidez ilegítima. A mulher casada, que concebia legitimamente, mas era abandonada pelo esposo, sem recursos financeiros, às vésperas do parto, não podia invocar a honoris causa, se matasse o recém-nascido impelida pela situação de desespero e dos distúrbios físicos e morais decorrentes do puerpério. O que se pretendeu, portanto, foi ampliar o privilégio de molde a abranger todos os casos em que a parturiente sofresse tais distúrbios físiológicos e psíquicos ou morais.

Defendendo ainda a tese da manutenção de tal critério no atual sistema penal, Heleno Cláudio Fragoso (Ibidem), vale-se das palavras de Maggiore: "a extrema imoralidade de quem destrói o próprio filho, violando o instinto maternal e o respeito à criatura humana, não pode ser justificada pela honra".

Contudo, há uma corrente doutrinária contrária diametralmente à adoção do critério fisiopsicológico na conceituação do delito, tendo como justificativa a raridade da ocorrência do delito no meio social e pelo entendimento de que a parturiente seria inimputável pela alienação mental, a exemplo de Alfredo Farhat (1970: 139):

O legislador não beneficiou a mãe infanticida, em primeiro lugar, porque os casos são raros e dificilmente se verificará a hipótese que faça caber a ré dentro do círculo estreito do favor que lhe concedem e, em segundo lugar, já que a técnica precisa ser

invocada, provada a loucura puerperal, despensa à mãe criminosa a atenuação que se lhe dá, porque a seu favor militaria uma dirimente, qual a da insanidade mental no momento de praticar o crime. Legislou-se para casos possíveis, mas não comuns, para exceção dentro da exceção criada e, dado o rigorismo da fórmula, as coisas continuam no mesmo pé e a lei se enganou a si própria.

Galdino Siqueira (Ibidem), citando Nelson Hungria, compartilha do mesmo entendimento dos opositores da fórmula fisiopsicológica: "Nunca se ouviu dizer (ou, pelo menos, é caso esporádico) que uma mulher mentalmente sã fosse levada à eliminação de seu filho recém-nascido por essa perturbação psíquica, que Sá Pereira julgava inerente ao estado puerperal."

Contudo, mesmo o célebre Nelson Hungria, tempos mais tarde, mudava de opinião, conforme descreve Galdino Siqueira (*op cit*: p.52), ao afirmar que seu antigo compassa ideológico, assevera que cumpre insistir no ponto de que o estado puerperal 'pode' determinar, mas nem sempre 'determina' a alteração do psiquismo da mulher normal. É de ciência comum que, em grande número de casos, a parturiente (notadamente quando se trata de uma plurípara) não se conturba, nem perde o domínio de si mesma.

Conforme ensina Flávio Augusto Monteiro de Barros (1997: 57) o chamado estado puerperal pode ser entendido como "o conjunto das perturbações psíquicas e fisiológicas sofridas pela mulher em razão do fenômeno do parto."

Contudo, não se deve confundir o dito estado puerperal com o puerpério, que é o espaço de tempo compreendido entre a expulsão da placenta e a involução total das alterações da gravidez, pelo retorno do organismo materno às suas condições pré-gravídicas, sendo um lapso temporal com duração aproximada de seis a oito semanas.

Faz-se mister estabelecer um nexo de causalidade entre a gravidez, o parto e o puerpério e as circunstâncias confusionais do chamado estado puerperal, uma vez que tal condição de obnubilação da consciência não se manifesta em partos assistidos, aceitos e desejados, senão naqueles de gravidez intangível ou clandestina.

Da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1.940, no seu item 40, podemos perceber claramente a assertiva:

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

De acordo com a disposição, compreende-se que a lei não presume a imputabilidade restrita em favor da parturiente, devendo restar provada a existência de algum abalo psíquico capaz de diminuir a capacidade de auto-inibição ou de entendimento da mulher.

Entretanto, Júlio Fabbrini Mirabete (1996: 89) destaca um julgado que toma como presumido pelo Código Penal vigente a influência do suposto estado puerperal, a partir da concepção de que tal circunstância seria inerente a todos os partos:

Já se tem entendido, todavia, que a lei presume a existência de uma perturbação psíquica especial, sendo necessária prova contrária para se descaracterizar o infanticídio e punir-se a agente por homicídio, uma vez que 'a influência do estado puerperal é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto, e, dada a sua grande freqüência, deverá ser admitida sem maiores dificuldades'(Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume 30, página 425; Revista dos Tribunais, volume 655, página 272).

Alguns jurisconsultos reforçam o coro dos que entendem ser fato normal a todo parto a ocorrência do considerado estado puerperal. Entre eles Atugasmin Médici Filho e Aníbal Bruno.

Consoante Aníbal Bruno (*op cit*: p. 150), um sentimento de justiça conduzirá, então, a fazer cobrir com o privilégio do artigo 123 toda morte dada pela própria mãe ao filho durante o parto ou logo após, desde que não se demonstre ter sido praticada friamente, excluindo qualquer comoção que pudesse justificar a idéia de grave perturbação da consciência.

Provar a prática da ocorrência do suposto estado puerperal, é tarefa das mais difíceis para o médico-legista, dado que é um estado passageiro e que, uma vez findo, normalmente não deixa vestígios. Em geral, tais fatos se passam fora da presença de testemunhas idôneas e, quando a parturiente é submetida a perícia médica, os sinais do distúrbio já esmaeceram.

O estado fisiopsíquico não deve ser confundido de modo algum com as psicoses puerperais que ocorrem no período pós-natal, indiferentemente do estado social, moral ou afetivo da mulher.

Odon Ramos Maranhão (1.994: 199) revela que as sintomáticas psicoses puerperais são inadequadamente denominadas, visto que não constituem entidade autônoma; antes se trata de esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, estado confusional, etc. Expressa o eminente doutrinador que essas manifestações psicopatológicas, com quadros clínicos bem definidos, encontram no puerpério condições propícias para sua instalação. Assim, segundo o insigne jurista, fatores físicos, representados pela exaustão; químicos, proporcionados pelas alterações hormonais, e psicológicos, oriundos da tensão emocional, se associam para precipitar um surto ou episódio psicótico.

As psicoses puerperais configuram doenças mentais, devendo-se levar o fato a exame nos termos da inimputabilidade da agente, por força do artigo 26, *caput*, do Código Penal, isentando-a de pena, ou mesmo, nos moldes da semi-imputabilidade da mulher, de acordo com o parágrafo único do citado artigo, quando, então, responderá por homicídio com a devida atenuação da pena.

O momento da perpetração da morte do novo ser é um dos essentialia elementa para a caracterização do infanticídio, em obediência à disposição do Código Penal que prevê a prática da conduta ilícita, sob a influência do chamado estado puerperal, durante ou logo após o parto.

A expressão 'durante o parto' não gera nenhuma dúvida, uma vez que, sendo o parto um conjunto de processos fisiológicos, mecânicos e psicológicos, por meio dos quais o feto viável ou a termo separa-se do organismo materno e entra no mundo exterior, é um fenômeno delimitado no tempo entre a contração e o deslocamento do feto e a consequente expulsão da placenta, permitindo a exata caracterização da prática delituosa nesta fase, dado que não se exige a vida autônoma do ser nascente mas tão somente a vida biológica do infante para a configuração da existência com vida.

Cabe ressaltar que, quando se tratar de feto não a termo, dá-se o parto prematuro e que, na hipótese de a morte do feto ser praticada antes do início do parto, caracteriza-se o aborto.

Tratando do momento da efetivação da conduta delituosa, Paulo José da Costa Júnior (1.992: 381) salienta que: "Poderá verificar-se a morte quando, mal iniciado o trabalho de parto, venha o ser nascente a ser morto 'dentro do claustro materno, ou mesmo logo após, e ainda preso à puérpera, pelo cordão umbilical, portanto, antes de respirar'."

A grande celeuma jurídica acerca do tempo da ação em que se pode configurar o infanticídio é sobre a interpretação da expressão 'logo após o parto', pelo fato de que não há prazo estipulado em lei fixando o seu tempo de duração e determinando até quando ocorre infanticídio e a partir de que momento a prática é a de homicídio.

Os doutrinadores apresentam concepções das mais variadas a respeito do significado do enunciado. Para Heleno Cláudio Fragoso a expressão "logo após o parto" significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo. A. F. de Almeida Júnior, que, de início, se referia a um prazo preciso de até sete dias após o parto, passou a admitir que se deve deixar a interpretação a critério do julgador. Bento de Faria faz menção ao prazo de oito dias, durante o qual ocorre a queda do cordão umbilical. Flamínio Fávero também entende que a definição compete ao julgador. A. J. da Costa e Silva sustenta que a expressão "logo após" quer significar "enquanto perdura o estado emocional". Por seu turno, Damásio Evangelista

de Jesus estende o lapso temporal até enquanto perdurar a influência do chamado estado puerperal. Este último entendimento é corroborado por Nelson Hungria(1.981: 264): "não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal." Alguns tribunais também adotam semelhante orientação, como registra Júlio Fabbrini Mirabete (1996: p. 92) ao mencionar que "o prazo se estende durante o estado transitório de desnormalização psíquica (Revista dos Tribunais, volume 442, página 409)."

Na verdade, na prática, tal definição estará sujeita a avaliação do caso concreto, onde o magistrado deverá levar em conta os dados objetivos da contagem de tempo, bem como os elementos subjetivos da autora, sendo estes de ordem psicológica, fisiológica, social e moral, para decidir se o crime foi realmente cometido sob a influência do anunciado estado puerperal e durante o parto ou logo após.

Flávio Augusto Monteiro de Barros (1.997: 58), entretanto ressalta que a melhor orientação, é a que reserva à expressão 'logo após o parto', um significado mais abrangente, compreendendo todo o período em que permanecer a influência do estado puerperal. Sobrevindo, contudo, a fase da bonança, em que predomina o instinto materno, cessa a influência do estado puerperal, não havendo mais delito de infanticídio, mas homicídio.

## 2.1 Elementos do Tipo

Da definição legal do infanticídio depreende-se que são elementos do tipo os sujeitos ativo e passivo, sendo ativo, a mãe; e passivo, a vítima, o recém-nascido ou o ser nascente. O tipo também importa num elemento subjetivo que se traduz no dolo. Passemos, agora, a dissecar os elementos do tipo.

• Sujeitos do crime: ativo e passivo – analisando a figura típica contida no artigo 123 de Código Penal, verifica-se a existência de elementos determinantes na configuração do infanticídio. O primeiro deles, é que seja o delito praticado durante ou logo após o parto, delimitando o tempo a ser disposto para que se configure o tipo. O segundo, é que o faça a própria mãe do infante e que esta ainda esteja sob o domínio perturbador do estado puerperal. O delito somente se caracterizará se estiverem presentes todas as elementares anteriores descritas.

Isto posto, compreende-se que o sujeito ativo do tipo penal somente poderá ser a mãe puerpera em relação ao seu filho nascente ou nascido, influenciada pelas perturbações advindas do parto. Nestas circunstâncias, o infanticídio se caracteriza como um crime próprio.

Após análise doutrinária, percebe-se que o sujeito passivo do delito será sempre o próprio filho, neonato ou nascente, tendo a lei penal antecipado o início da personalidade. Imprescindível para a configuração do delito é que ele esteja biologicamente vivo.

Neonato ou recém-nascido é o ser que veio à luz com vida e que pode ser vítima do delito imediatamente após o parto. É indispensável a existência de uma vida concreta, não bastando apenas uma esperança de vida. Enquadra-se nesta categoria amparada pela lei também o ser disforme ou monstruoso.

Adriano Marrey (apud Mirabete, 2001) afirma que não é necessário a existência de vida extra-ulterina para caracterização do sujeito passivo, desde que tenha nascido vivo, verificada a função vital pelo batimento do coração. Assevera Mirabete (2001: 90-91), corroborando com Marrey, que, do contrário, não haveria crime sempre que se suprimisse a vida no breve instante entre o nascimento e o em que a respiração se devesse iniciar.

Nascente é o ser que se interpõe ao feto e o neonato, suscetível, portanto, de ser morto durante o parto, considerando-se como tal até mesmo o ser apnéico, ou seja, aquele que ainda não respirou o ar ambiental, dado que não há necessidade de restar-se comprovada a

existência de vida extra-uterina autônoma, sendo, contudo, imperativo que o infante esteja vivo biologicamente, mesmo não sendo viável.

A inclusão do ser nascente na tutela jurídica conferida pelo infanticídio dispensou, no ordenamento jurídico, a previsão do feticídio, como uma figura criminal intermediária entre o aborto e o infanticídio, a qual seria precisamente a tutela legal da ocisão da vida humana nascente.

A prova de que o ser nascente estava vivo ao iniciar-se o trabalho de parto faz-se pela comprovação da existência da circulação sangüínea ou de seus efeitos, a exemplo das reações vitais determinadas pelo agente lesivo, como a coagulação do sangue, ou mesmo da presença do "tumor do parto" (ou bossa serossangüínea), o qual é um tipo de hematoma no vértice da cabeça, que no ser vivo apresenta determinadas características, e que é resultante do desequilíbrio entre as pressões internas e externas do útero materno, a primeira cada vez maior na medida em que a cabeça do infante principia a atravessar o canal pélvico.

Não incorre nas mesmas formas a comprovação da vida extra-uterina independente, esta efetua-se por meio das Docimásias, que são provas periciais que visam a comprovar a existência de circulação, de respiração ou de nutrição gastrointestinal.

Em pesquisa constatou-se que, dentre as Docimásias respiratórias, a mais prática, mais difundida e também a mais antiga é a Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno, que fundamenta-se na densidade do pulmão que respirou frente ao que não chegou a respirar.

Segundo Genival Veloso de França (1998: 244) a técnica desta Docimásia consiste em mergulhar em água comum, à temperatura ambiente, cuja densidade gira em torno de 1,0, o bloco constituído pelos pulmões, traquéia, laringe, língua, timo e coração. Como o pulmão fetal é compacto e sua densidade varia entre 1,040 e 1,092, inserido em água, não flutuará por ser mais pesado que esta. Já o pulmão que respirou aumenta consideravelmente de volume,

pela expansão alveolar, mas continua com o mesmo peso, trazendo sua densidade para 0,70 ou 0,80. Este pulmão, mergulhado em água, sobrenadará.

Tendo em vista a possibilidade de ser o infanticídio perpetrado durante ou logo após o parto, por ser a ocisão da vida do ser nascente ou do recém-nascido, faz-se necessário estabelecer o início e o término de tais períodos.

O parto é um processo mecânico-fisiológico que começa com a fase de dilatação, apresentando-se as dores características e a dilatação completa do colo do útero, seguindo-se o período de expulsão, que inicia precisamente depois que a dilatação se completou sendo, então, o novo ser impelido para o mundo externo, e é completado pelo esvaziamento do útero e a conseqüente expulsão da placenta. O fim do parto não é marcado necessariamente pelo corte do cordão umbilical.

A partir do momento em que se inicia o desligamento do ser nascente do organismo materno, pelo início dos trabalhos de parto, configura-se o infanticídio, sendo que a morte do feto produzida antes de iniciado o fenômeno do parto é caracterizada como aborto, em função de que somente haverá infanticídio quando o novo ser puder ser atingido sem destruição de qualquer formação interposta a ele e o ambiente extra-uterino.

O intervalo encerrado na expressão "logo após o parto", por seu turno, é de difícil precisão, provocando intensa polêmica entre os juristas pela dificuldade de mensuração do enunciado em termos de lapso temporal, sendo, contudo, o entendimento mais benéfico o que considera o período de duração equivalente ao prazo de ocorrência da perturbação psicológica em que a mulher estaria sob o domínio do chamado estado puerperal.

Para a caracterização do crime de infanticídio, não se exige que o infante tenha vitalidade, entendida como a possibilidade de continuação da vida, ocorrendo o delito ainda que se comprove que iria ele morrer de causas naturais logo depois do parto, por se tratar de um ser inviável, dado que a vida, por mais precária que seja a sua duração previsível, é

sempre o bem jurídico que a lei tutela dentro do conceito de matar alguém. Entretanto, excluise da proteção do ordenamento jurídico o ovo degenerado (mola) por não poder subsistir fora do ambiente materno e menos ainda tornar-se um ser humano.

• Elemento subjetivo e materialidade – o tipo penal só admite o dolo como elemento subjetivo, traduzindo-se na vontade de causar a morte do filho, dolo direto. O dolo eventual também pode ser invocado para ser aplicado à espécie, consubstanciando-se na assunção do risco de produção do êxito letal.

Segundo Mirabete (2001: 92) não existe forma culposa do infanticídio, sendo que, se o infante vier a morrer por negligência, imprudência ou imperícia da parturiente, esta não responderá por homicídio culposo, mesmo estando sob a influência do considerado estado puerperal, posto que o fato se amolda perfeitamente à norma do parágrafo terceiro do artigo 121, do atual Código Penal, com pena de detenção de um a três anos.

Em entendimento contrário à corrente majoritária, Damásio Evangelista De Jesus (1997: 109) afirma que "[...] 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)."

Constata-se, ainda, que embora num posicionamento quase isolado, Antônio José Miguel Feu Rosa (1995: 127) defende a hipótese de haver infanticídio culposo:

Participamos, entretanto, do entendimento daquela importante corrente que, com Carrara à frente, sustenta que o infanticídio admite a forma culposa. Isto se dá, por exemplo, quando a mãe, sob a influência do estado puerperal, desleixa nos cuidados devidos ao recém-nascido: alimentação, proteção contra o frio ou o calor, assistência médica, etc., causando-lhe a morte, não dolosa, mas culposamente, pois, como acentua Quintano Ripollés, 'não se pode negar que estas e tantas outras hipóteses constituem imprudências por si, que em certas ocasiões devem e podem ser puníveis'.

• Núcleo do tipo – o tipo objetivo do delito é representado pelo verbo matar, durante ou logo após o parto, ocorrendo o momento consumativo com a morte do nascente ou recém-

nascido. A morte pode ser provocada de várias maneiras, sendo as mais frequentes a fratura de crânio, a sufocação, o estrangulamento, a submersão e as lesões diversas, assim como a não retirada das mucosidades da boca do infante e a falta de tratamento do cordão umbilical.

Quanto aos meios empregados na prática do delito, podem ser *comissivos*, como a sufocação e o estrangulamento; ou *omissivos*, a exemplo do não tratamento do cordão umbilical.

Tratando-se de crime plurissubsistente, é admissível a tentativa nos casos em que, por circunstâncias alheias à vontade da agente, a morte do ser não acontece, como quando a mãe da vítima, ao iniciar a ação de matá-lo, é detida por uma terceira pessoa que a impede de concluir o ato delituoso.

Perspicaz é a observação feita pelos juristas ao salientar que, se a morte do novo ser ocorrer antes de iniciado o trabalho de parto, o crime será de aborto. Já se a mãe, durante ou logo após o parto, eliminar a vida do infante estando isenta da influência do chamado estado puerperal, responderá por homicídio. Do mesmo modo, haverá homicídio se a mãe praticar o ato muito tempo depois do parto. Por outro lado, o símples fato de o nascente ou neonato demorar para morrer não desnatura, por si só, o crime de infanticídio. Quando a mãe expõe ou abandona o recém-nascido, mas sem desejar o seu fim, para ocultar sua desonra, estando ou não sob o domínio do suposto estado puerperal, configura-se o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, qualificado, de acordo com o artigo 134, e seus parágrafos, do Código Penal, quando resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Se, contudo, a mãe, estando sob a influência do considerado estado puerperal, abandonar o recém-nascido, logo após o parto, e com o intuito de matá-lo, somente praticará o crime de infanticídio, já que o abandono é o meio de que se utiliza para efetivação da prática delituosa, estando o crime de abandono de recém-nascido, descrito no supracitado artigo 134, do Código Penal, absorvido no tipo de infanticídio. Haverá crime impossível quando a parturiente intentar contra o ser já

morto. Quando a mulher, sob a influência do dito estado puerperal, matar outra criança supondo tratar-se do seu filho, ter-se-á a figura do infanticídio putativo. Se a parturiente matar um adulto, acometida da mesma alienação psicológica desencadeada pela gravidez, parto e puerpério, responderá por homicídio.

O infanticídio é um crime doloso contra a vida. Nestes termos, seu julgamento se processa perante o Tribunal do Júri, em conformidade com a disposição do artigo 5°, inciso XXXIII, letra d, da Constituição Federal de 1.988, sendo competente o juízo do local onde se verificou a morte e, no caso de tentativa, o juízo do local onde cessou a atividade da agente.

A pena cominada para a prática da conduta delituosa, de acordo com o artigo 123, do Código Penal, é a de detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Nesta modalidade de crime a ação penal é pública e incondicionada. Por esse motivo, a autoridade policial, ao tomar conhecimento do fato, deverá proceder de ofício, instaurando inquérito policial, independentemente da provocação de qualquer pessoa. O Promotor Público, ao receber o inquérito policial, deverá iniciar a ação penal através do oferecimento da denúncia. O procedimento criminal, para ser instaurado, não se subordina a qualquer condição de procedibilidade.

• Concurso de pessoas – a participação e a co-delinquência na modalidade descrita anteriormente é mais uma das grandes celeumas que permeia o mundo jurídico e divide a opinião dos juristas.

A respeito da co-delinqüência nas condutas puníveis, convém inicialmente esclarecer que autor do crime é o sujeito que pratica a ação expressa pelo verbo típico da figura delitiva. É o que provoca aborto, mata, subtrai, etc. Quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, tem-se a co-delinqüência, concurso de agentes, de delinqüentes, de pessoas. As formas do concurso de pessoas dividem-se em: participação e co-autoria. Dá-se a participação quando o agente (partícipe), não praticando atos executórios do delito, concorre

de algum modo para a sua realização, instigando a prática do crime, por exemplo. Já a coautoria efetiva-se nas oportunidades em que várias pessoas realizam as características do delito, concorrendo cada um com uma atividade necessária para a consumação do delito.

Em se tratando do concurso de agentes no infanticídio, a doutrina se divide basicamente em duas correntes.

Vejamos o entendimento dos doutrinadores no que concerne ao concurso de agentes ativos do tipo.

Uma corrente doutrinária de expressão, composta principalmente por Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira, Álvaro Mayrink da Costa, Marcelo Fortes Barbosa, A. J. da Costa e Silva, Adriano Marrey, Salgado Martins, João Mestieri, Nelson Pizzotti Mendes, defende a tese de que não é cabível o concurso de agentes no infanticídio pelo fato de que, sendo a circunstância da influência do chamado estado puerperal de caráter personalíssimo, dado que somente a parturiente poderia ver-se acometida pelo domínio do referido estado, não seria comunicável a terceiros o privilégio da minoração da pena conferido à genitora em função da influência de tal estado, em obediência ao artigo 30, do Código Penal, que estabelece que são comunicáveis à terceiros as condições e as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime, não fazendo menção ao aproveitamento das circunstâncias dotadas de caráter personalíssimo.

Neste sentido, ao terceiro que causasse diretamente a morte do nascente ou neonato, ou que colaborasse de alguma forma com a mãe da vítima para que este fim fosse produzido, seriam aplicadas as penas previstas para o homicídio.

Sustenta Galdino Siqueira (1951: 59) que: "Trata-se de fato personalíssimo e, nos termos do Código, de condição incomunicável (sob a influência do estado puerperal)."

Por sua vez, a segunda corrente de pensamento, incorporada por Sebastian Soler, Manzini, Maggiore, Bento de Faria, Basileu Garcia, Carrara, Roberto Lyra, Wiliam Wanderley Jorge, Luiz Régis Prado, Cézar Roberto Bitencourt, Ariovaldo Alves de Figueiredo, Joaquim Jorge de Sousa Filho, Alberto Silva Franco, Olavo Oliveira, Romeu de Almeida Salles Júnior, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Euclides Custódio da Silveira, Paulo José da Costa Júnior, Antônio José Miguel Feu Rosa, Júlio Fabbrini Mirabete, Damásio E. de Jesus, José Frederico Marques, Celso Delmanto, E. Magalhães Noronha, entende ser possível o concurso de agentes no delito de infanticídio, em cumprimento ao artigo 29, do Código Penal, que determina que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", e, mais precisamente, em atenção ao artigo 30, do mesmo Código, que fixa que "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime." Sua argumentação fundamenta-se na percepção de que a influência do chamado estado puerperal é circunstância de caráter pessoal, mas também é particularidade de caráter elementar do infanticídio, sem a qual a morte do infante caracterizaria homicídio, deixando o delito de ser crime próprio e excepcional.

De acordo com este ponto de vista, o partícipe ou co-autor do crime de infanticídio responderia, juntamente com a parturiente, pela prática da conduta descrita no artigo 123, do Código Penal.

Damásio Evangelista de Jesus (1997: 111) possui o seguinte entendimento:

É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio. De acordo com o que dispõe o artigo 30 do Código Penal, 'não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime'. Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal (elementar) é comunicável entre os fatos dos participantes.

E. Magalhães Noronha (1996:52), corroborando com Damásio de Jesus, na defesa da tese da comunicabilidade da circunstância elementar descrita no tipo, sustenta que:

Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância (isto é, estado, condição, particularidade, etc.) pessoal e que, sendo elementar do delito, comunicase, *ex vi* do artigo 30, aos co-partícipes. Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derrogada. (...) A não comunicação ao co-réu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.

Estudos acerca do tema, mais precisamente sobre o concurso de agentes nos fizeram ver o mundo controvertido que gravita o universo do infanticídio. Nele, grandes juristas tornam-se flexíveis a propícias mudanças, a exemplo de Nelson Hungria, que, em princípio, era defensor da teoria que pregava não ser admissível o concurso de pessoas no infanticídio, tempos mais tarde, mudou seu entendimento a respeito da questão, vindo a adotar a tese da comunicabilidade da circunstância elementar da influência do considerado estado puerperal aos terceiros co-autores ou partícipes da conduta típica descrita no artigo 123, do Código Penal.

Esclarece sua posição Nelson Hungria (1981: 266):

Comentando o artigo 116 do Código Suíço, em que se inspirou o artigo 123 do nosso, Logoz (...) e Hafter (...), repetindo o entendimento de Gautier, quando da revisão do Projeto Stoos, acentuam que um terceiro não pode ser co-partícipe de um infanticídio, desde que o *privilegium* concedido em razão da 'influência do estado puerperal' é incomunicável. Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das qualidades e circunstâncias pessoais, seguindo o código helvético (artigo 26), é irrestrita, (...), ao passo que perante o Código Pátrio (também artigo 26) é feita uma ressalva: 'salvo quando elementares do crime'. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio."

Pelo disposto nos posicionamentos doutrinários, vê-se que a controvérsia que circunda a questão da co-deliquência no crime de infanticídio está longe de ser resolvida. Não podemos nos furtar a expressar determinada opinião a respeito. Pois, melhor seria que a própria lei tomasse as orientações para si, e definisse o destino de cada partícipe envolvido no delito. Infelizmente, isso não ocorreu. Então, o que podemos indagar é se essa figura tão controvertida merece continuar em nosso ordenamento jurídico.

### **CAPÍTULO 3**

## A PROVA NO INFANTICÍDIO

Um dos maiores desafios médico-legais é sem dúvida a caracterização do infanticídio dada à sua complexidade e às inúmeras dificuldades em tipificar o ato ilícito. Por estas circunstâncias a perícia de constatação do fato é considerada a *crucis peritorum* do médico-legista, ou seja, a cruz do perito.

Este tipo de exame pericial será orientado no sentido de buscar os elementos imprescindíveis à caracterização do delito, que os diferencia do homicídio e do aborto. Dentre os elementos serão avaliados: os estados de natimorto, de ser nascente, de infante nascido e de recém-nascido, a vida extra-uterina autônoma, a causa jurídica da morte do infante, o estado somatopsíquico da parturiente e o diagnóstico de parto pregresso.

Para melhor entendimento desse processo, buscamos o grande Mestre da Medicina Legal, Genival Veloso de França (1998), que dispõe das informações que precisamos para dar continuidade às nossas reflexões. Assim, vejamos o que o insigne doutrinador diz a respeito de cada elemento da perícia.

Feto morto durante o período perinatal - segundo a medicina legal, o período perinatal se inicia a partir da vigésima segunda semana de gestação, quando o peso do feto gira em torno de 500 g.

Este tipo de mortalidade pode ter causas naturais ou violentas. Dentre as causas naturais mais comuns têm-se a prematuridade, as anomalias congênitas, a anoxia anteparto e a doença hemolítica congênita. As causas violentas são as mesmas do aborto criminoso, como as pinças abortivas e os métodos físicos.

Ser nascente - assim como o infanticídio também se verifica "durante o parto", é necessário estabelecer, nesta ocasião, o estado de ser nascente que, em determinadas legislações penais, é suscetível de sofrer feticídio.

O feto nascente é aquele que tenha atravessado parcial ou totalmente o orifício externo do útero e que apresenta todas as características do infante nascido, exceto a faculdade de ter respirado. No infanticídio de ser nascente as lesões causadoras da morte encontram-se situadas nas regiões onde o novo ser principia a se expor ao mundo e apresentam as características produzidas *in vitam*.

Infante nascido - é aquele que acabou de nascer e respirou, porém não recebeu nenhuma assistência, especialmente quanto à higiene pessoal ou ao adequado tratamento do cordão umbilical.

O infante nascido apresenta proporcionalidade de suas partes, peso e estatura normais, desenvolvimento dos órgãos genitais, núcleos de ossificação e outras características, como o estado sanguinolento (corpo coberto, no todo ou em parte, por sangue de origem fetal ou materna), induto sebáceo (de tonalidade branco-amarelada, recobre a maior parte do corpo do infante servindo de proteção à sua epiderme na vida intra-uterina), tumor do parto (saliência de cor violácea no couro cabeludo do recém-nascido em função da pressão exercida pelo anel do colo durante o trabalho de parto), cordão umbilical (ligando o feto à placenta, tem fundamental importância no diagnóstico diferencial entre infante nascido e recém-nascido, orientando, ainda, a perícia na idade do recém-nascido e na constatação da lucidez da mulher frente à avaliação dos cuidados de corte e de tratamento habituais), presença de mecônio (substância de tonalidade verde-escuro presente nos intestinos e, eventualmente, evacuada durante o parto), respiração autônoma (caracteriza o infante nascido, pois, se o ser não respirou, ou teve morte durante o parto, na condição de ser nascente, ou morte intra-uterina na qualidade de natimorto).

Recém-nascido – sob o ponto de vista médico-legal, o estado de recém-nascido ou neonato, é caracterizado pelos vestígios comprobatórios da vida intra-uterina, um estágio que vai desde os primeiros cuidados após o parto até aproximadamente o sétimo dia de nascimento. O recém-nascido pode apresentar, embora atenuadas, as mesmas características do infante nascido, exceto o estado sanguinolento e o não tratamento do cordão umbilical.

Doutrinariamente, recém-nascido é a criança desde o instante de seu nascimento até a queda do cordão e a quase cicatrização da ferida umbilical, que acontecem, na maior parte das vezes, entre o terceiro e o sétimo dia de vida, sendo, desta forma, recém-nascido a criança cuja ferida umbilical ainda não cicatrizou.

Prova de vida extra-uterina autônoma - a prova da existência de vida extra-uterina independente é de fundamental importância para a configuração do infanticídio de infante nascido ou de recém-nascido, uma vez que a violência contra um natimorto constitui crime impossível e que, quando a vítima do delito é um ser nascente, basta a ocorrência de vida biológica, não sendo imperativo a constatação da existência de vida extra-uterina autônoma.

Cessadas a respiração placentária e a circulação fetal, o aumento de gás carbônico no sangue do vivente induz ao aparecimento da função respiratória, conferindo ao novo ser, pela respiração, vida jurídica.

A existência da vida extra-uterina, especialmente em função da respiração, apresenta profundas modificações no infante nascido ou no recém-nascido, capazes de fornecer ao perito condições de um diagnóstico seguro de vida independente.

Esse diagnóstico é feito pela comprovação da respiração através das Docimásias (do grego *Dokimasia*, *Dokimazo*, que significa exame, experiência, indagação e são provas baseadas na possível respiração ou nos seus efeitos) ou através das provas ocasionais (como a presença de corpos estranhos nas vias respiratórias, de substancias alimentares no tubo digestivo, de lesões ou de indícios de recém-nascimento).

Dentre as Docimásias mais difundidas temos: Diafragmática de Ploquet, Óptica de Bouchut, Táctil de Nerio Rojas, Óptica de Icard, Radiológica de Bordas, Hidrostática Pulmonar de Galeno (a mais prática, a mais usada e a mais antiga e que é fundamentada na densidade do pulmão que respirou – que flutuará - e do que não respirou), Histológica de Balthazard, Hidrostática de Icard, Epimicroscópica Pneumo-arquitetônica de Hilário Veiga de Carvalho, Química de Icard, Gastrintestinal de Breslau, Auricular de Vreden, Wendt e Gelé, Hematopneumo-hepática de Severi, Siálica de Souza-Dinitz, Pneumo-hepática de Puccinotti, Plêurica de Placzek, Traqueal de Martin, Hematopulmonar de Zalesk, Ponderal de Pulcquet, do Volume D'água Deslocado de Bernt, Alimentar de Brothy, Bacteriana de Malvoz, Úrica de Budin-Ziegler e do Nervo Ótico de Mirto.

É necessário ressaltar que o laudo pericial deverá compulsoriamente especificar qual a espécie de Docimásia utilizada para a afirmação conclusiva de que a vítima nasceu com vida, uma vez que o não cumprimento desta formalidade desproverá a perícia médico-legal da necessária fundamentação comprobatória da materialidade do delito.

Causa jurídica da morte - outro elemento indispensável à configuração jurídica do infanticídio é a intenção de matar, que se comprova, na prática, por meio da determinação da causa da morte do infante.

Assim como a morte natural afasta a hipótese de infanticídio, resta determinar se a causa mortis foi acidental ou criminosa.

Quanto as causas acidentais, estas ocorrem antes do parto, como traumatismos diretos sobre a parede abdominal, durante o parto, como a asfixia por descolamento prematuro da placenta ou por enrolamento do cordão umbilical no pescoço, ou podem acontecer também após o parto, a exemplo das hemorragias do cordão ou traumatismos nos partos de surpresa.

Já as causas criminosas da morte do infante podem ser produzidas pelas mais diversas modalidades de energia, sendo comum as energias mecânicas por compressão, contusão, ação

de objetos perfurantes, pérfuro-cortantes e corto-contundentes; as energias de ordem física por combustão e queimaduras e as energias físico-químicas por estrangulamento, esganadura, sufocação, soterramento e afogamento.

Estado somatopsíquico da parturiente - a mulher acusada de infanticídio deve ser submetida ao exame que tem primordial importância para a caracterização do delito, sendo orientado no sentido de se averiguar a presença de grave perturbação psicológica na parturiente capaz de levá-la ao cometimento do ato extremo.

O parecer psiquiátrico se impõe com vistas a pesquisar distúrbios ou doenças mentais preexistentes e que tenham sido agravadas pela gestação, parto ou puerpério.

O diagnótico de que o chamado estado puerperal possa ter levado à prática do delito é de extrema dificuldade para o perito, uma vez que, sendo a perícia normalmente realizada algum tempo depois do parto, não restam, nesta ocasião, quaisquer vestígios deste estado confusional que possam ser detectados. A menos que o exame seja realizado imediatamente após a consumação do ato, o que é uma hipótese remota, é quase impossível a afirmação pericial de que o crime foi cometido sob a influência do considerado estado puerperal.

Em síntese, o exame médico-legal do estado mental da infaticida deverá apurar: a existência de parto e se é recente; se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa; se a parturiente, após o crime, escondeu ou não o cadáver do filho; se ela lembra ou não do ocorrido ou se simula; se é portadora de antecedentes psicopáticos ou se suas conseqüências surgiram no decorrer da gestação, do parto e do puerpério; se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante ou logo após o parto, foi capaz de levá-la a cometer o crime.

Exame de parto pregresso - finalmente, deve o médico-legista determinar ter a mulher parido recentemente, através de provas de parto pregresso recente, onde se levam em conta características da parturiente, como o estado geral, a presença de corrimento genital, o aspecto

dos órgãos genitais externos, o exame pelo toque dos órgãos genitais internos, o aspecto das mamas, a involução uterina, a presença de leite ou de colostro, a pigmentação clássica e as paredes abdominais com vergões.

É possível também ser realizados exames laboratoriais para a comprovação do induto sebáceo, do mecônio, do leite e do colostro.

O procedimento pericial deve ser efetuado mesmo na hipótese de a mulher vir a falecer, quando se juntarão aos elementos descritos os dados adicionais coletados na necropsia.

# FUNDAMENTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO ENQUANTO DELITO AUTÔNOMO

Por garantir a harmonia na sociedade, bem como, por estabelecer punições para os autores de condutas tidas por reprováveis, que violam aqueles bens tutelados, o direito penal, obrigatoriamente, deve estar à parte da realidade social, e suas modificações e transformações de seus costumes, para que mantenha a relação necessária com o indivíduo e o meio social, e assim, exerça o seu papel de assegurador da ordem e do equilíbrio na comunidade.

Daí, a imperativa necessidade de observação das mudanças ocorridas na sociedade e do acompanhamento dos movimentos e valores sociais, a fim de que, com o passar do tempo o direito penal não se torne obsoleto e inútil.

Tornou-se necessária a produção de uma reforma na parte especial do Código Penal em vigor, com a finalidade de atualizá-lo, uma vez que já se vão mais de seis décadas desde sua promulgação.

O Anteprojeto ao Novo Código Penal – parte especial, confeccionado pela comissão designada pela Portaria Ministerial número 518, de 06 de setembro de 1.983, foi levado à publicação, primeiramente, através da Portaria número 304, de 17 de julho de 1.984, e, posteriormente, foi publicado pela Portaria número 790, de 27 de outubro de 1.987.

A Portaria do Ministério da Justiça número 304, de 17 de julho de 1.984, alterou especificamente o crime de infanticídio, tomando o motivo da preservação da própria honra sexual ao lado da "influência provocada pelo parto" como critérios de conceituação da conduta delituosa:

Artigo 123 — Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência deste e para ocultar desonra própria: pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único — quem concorre para o crime incide nas penas do artigo 121 e parágrafos.

O Anteprojeto resgatou o motivo da *honoris causa* e conjugou ambos os critérios para a caracterização do delito, devendo a *causa honoris* e os distúrbios decorrentes do parto coexistir para a completa configuração da conduta infanticida. Não há mais referência à controvertida expressão "sob influência do estado puerperal". Em seu lugar surge a noção de "influência do parto". Fica estabelecido, ainda, no seu parágrafo único, que ao partícipe ou co-autor do crime aplica-se as penas cominadas para o homicídio.

No entanto, a Portaria Ministerial número 790, de 27 de outubro de 1.987, revelou outra redação para o artigo 123 do Anteprojeto ao Novo Código Penal:

Artigo 123 — Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência perturbadora deste ou para ocultar desonra própria: pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único: quem concorre para o crime incide nas penas do artigo 121 e parágrafos.

O texto inovador traz a expressão "sob influência perturbadora do parto" em lugar da menção "sob influência do parto", traduzindo a idéia do desequilíbrio psicológico desencadeado na parturiente em decorrência do parto.

Merece destaque a alteração feita quanto à consideração da alternatividade de condições para a caracterização do delito, quais sejam, que a mulher pratique o ato extremo em nome da preservação da própria honra sexual ou que provoque a morte de seu filho nascente ou neonato estando sob o domínio perturbador do parto. Tanto o critério psicológico como o critério fisiopsicológico são utilizados na conceituação do infanticídio, porém de forma alternativa.

Mesmo assim, entrando em vigor essa proposta, o infanticídio continuaria a ser entendido não como uma forma típica privilegiada de homicídio, mas como um delito autônomo de denominação jurídica própria, e seria conceituado a partir da conjugação de dois critérios polêmicos, cominando as penas do homicídio para o co-delinqüente na prática da conduta típica de eliminação da vida do novo ser.

Conceituado deste modo, guardaria o infanticídio deste Anteprojeto ao Novo Código Penal semelhança com a fórmula descrita no Anteprojeto Nelson Hungria, de 1.963, que também adotava o critério misto ou composto para a caracterização do tipo penal.

Todavia, esta construção do infanticídio não acalma os ânimos dos que se debruçam a estudar o assunto com mais cautela.

Iniciando-se pelo significado da expressão "logo após o parto", mantida no Anteprojeto ao Novo Código, que nem o legislador do Código Penal de 1.940 e nem a atual comissão revisora ousaram dimensionar justamente pelo fato de ser incomensurável, o que gera as mais diversas interpretações na mente dos doutrinadores, variando desde o entendimento de que a expressão se refere a um período que dura alguns dias até a noção de que o intervalo de tempo se estende enquanto perdurar a influência do chamado estado puerperal.

Mesmo sendo a última facção doutrinária majoritária, não menos numerosos são os intelectuais que se eximem de propor uma solução para a questão, remetendo a dúvida ao Poder Judiciário para que este a resolva.

Comunga desse entendimento, o jurista Damásio Evangelista de Jesus (1997: 109) "A melhor solução é deixar a conceituação da elementar 'logo após' para a análise do caso concreto."

Questionável também é a existência do referido estado confusional, principalmente no âmbito da medicina legal.

A comissão revisora do Anteprojeto ao Novo Código Penal entendeu por bem substituir a expressão "sob influência do estado puerperal" pelo enunciado "sob influência perturbadora do parto", na tentativa de fazer diminuir o desconforto criado pelo legislador de 1.940 ao estabelecer a existência de tal quadro fisiopsicológico como mola propulsora da conduta delituosa. Todavia, em última análise, ambas as expressões querem significar o mesmo, ou seja, que o parto e o puerpério desencadeiam perturbações psíquicas na parturiente, caracterizadas por um estado de alienação mental grave e efêmero, capaz de levar a mulher mentalmente sã a eliminar a vida de seu próprio filho, durante o parto ou logo após.

Caracterizada dessa forma, tal figura jurídica dá margem a muitos equívocos e a muitas controvérsias.

Inicialmente, é imensa a confusão que se observa existir entre o conceito de puerpério e o que se entende por "influência do estado puerperal". Somente para citar um exemplo, atente-se para o pronunciamento de E. Magalhães Noronha (1996: 46) que, ao querer aludir à referência legal acerca da duração da influência do chamado estado puerperal, acabou por dizer que o Código Penal estabeleceu que o período fisiológico do pós-parto, chamado puerpério, também se verifica durante o parto, para o espanto dos profissionais da área médica: "Além disso, o Código delimitou o período do puerpério: durante o parto ou logo após, fase que ainda será objeto de consideração (...)."

Posicionando-se em relação à existência do considerado estado puerperal, muitos autores entendem ser impossível na prática a descrição do Código Penal de 1.940 ser ele o móvel do delito, negando inclusive a sua existência pela constatação de que a gravidez, o parto e o puerpério, na grande maioria dos casos, transcorrem com poucos transtornos e raramente são capazes de desencadear perturbações psicológicas na parturiente, de gravidade e duração variados e de fácil comprovação, sem que, contudo, tais distúrbios psíquicos guardem alguma semelhança com a descrição exarada no texto da Lei Penal em vigor.

O jurista Júlio Fabbrini Mirabete (2001: 240) pronuncia-se desta forma a respeito da existência do mencionado estado puerperal: "Fenômeno não bem definido, o estado puerperal é por vezes confundido com perturbações da saúde mental, sendo até negada a sua existência por alguns autores."

Não menos contundente é a opinião de Genival Veloso de França (1998: 240), referindo-se à inexistência da suposta perturbação puerperal:

O estado puerperal, expressão ambígua e situação contestada pelos médicos, tem merecido, através de todo esse tempo, severas críticas, sendo, inclusive, considerado por alguns como uma simples ficção jurídica no sentido de justificar a benignidade de tratamento penal, quando a causa principal seria a pressão social exercida sobre a mulher cuja gravidez fere sua honra. (...) Nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido.

E os autores vão além, afirmando que o único motivo que leva a parturiente a cometer o delito é a tentativa de ocultação da desonra própria, nos casos em que a gravidez se revela fora do matrimônio, por ser ilegítima, incestuosa ou de mãe solteira.

Damásio Evangelista de Jesus menciona Atugasmin Médici Filho (1997: 31), em alusão a presença do motivo da preservação da honra sexual da parturiente no móvel do delito:

Atugasmin Médici Filho, em artigo publicado em novembro de 1.942, na 'Revista dos Tribunais', volume 140, sob o título 'O Infanticídio no Novo Código Penal', confrontando as duas fórmulas dos Estatutos de 1.890 e 1.940 (respectivamente, psicológica e biopsíquica), dizia que a *honoris causa* ocorria em 99% dos casos de infanticídio (página 357)."

Hélio Gomes (1997: 746) faz constatação acerca da *honoris causa* como propulsora do crime:

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; ora, tal fato seria de se esperar por se tratar de um fenômeno que, teoricamente, acomete pessoas normais, em termos de saúde mental.

O que se dá, na realidade, é a morte de recém-nascido 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. Cremos ser desespero ou despreparo para enfrentar a situação (este podendo ser encarado sob vários aspectos, desde o econômico até o moral), o que move essas mulheres.

A seu turno, Genival Veloso de França (1998: 240) vai mais além, sustentando a tese da fria premeditação da conduta criminosa da mulher:

Porém, o que acontece no infanticídio é fato completamente diverso. Sempre é uma gravidez ilegítima, mantida em sobressaltos e cuidadosa reserva, a fim de manter uma dignidade ante a família, os parentes e a sociedade. Pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas. São parturientes sem precedentes psicopáticos. E como maneira de solucionar seu problema praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto e assumir uma atitude incapaz de provocar suspeitas. Tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção e, às vezes, requintes de crueldade. (...) Portanto, puerpério não é sinônimo de estado puerperal. Esse último nunca é presenciado em partos assistidos, aceitos e desejados. mas sempre naqueles de forma clandestina e de gravidez intangível.

Se a honoris causa, contemplada no texto do Anteprojeto ao Novo Código Penal como critério alternativo à caracterização do infanticídio, é, na prática, o propulsor da conduta extrema da mulher, é, enquanto fórmula de abrandamento da pena, igualmente tão atacado quanto o foi o critério fisiopsicológico da influência do suposto estado puerperal utilizado na conceituação do delito.

Sustentam os doutos juristas que há uma grave desproporção entre a valoração atribuída à honra sexual da mulher e a conferida à frágil existência humana em questão, defendendo a idéia de que, nos dias atuais, a preservação da vida do nascente ou neonato não pode ser preterida de forma tão acentuada em nome da reputação sexual de outrem.

Aníbal Bruno (1972: 149) em alguns dos argumentos contrários à adoção do critério honoris causa, expõe:

Mas não ficou sem contraditores essa razão da defesa da honra em que veio a fundar-se a atenuação penal do infanticídio. Alegou-se, sob o aspecto emocional, a destruição da vida de um ser sem culpa e sem defesa e a abominação de um ato que contradizia o sentimento de maternidade e, sob o ponto de vista jurídico e estatal, o enfraquecimento da proteção à vida humana como valor individual e unidade componente da massa demográfica da comunidade.

E. Magalhães Noronha (1996: 47), citando Maggiore, argumenta a idéia de que um erro não pode ser justificativa de outro erro:

O móvel do delito terá sido impugnado por não poucos escritores,  $\nu$ . g. Maggiore: 'seja como for, à parte o interesse demográfico, cremos que a extrema imoralidade e abjeção de quem destrói a própria prole não pode ser moralizada por algum motivo: seja mesmo a honra.

Seguro é o entendimento de Genival Veloso de França (1998: 241), ao esclarecer que a manutenção da fórmula *honoris causa* (sexual) na conceituação do infanticídio traduz o respeito do ordenamento jurídico ao preconceito social em relação a gravidez considerada ilegítima:

Mas, por outro lado, descaracterizar de todo o crime seria uma forma de aplaudir a eliminação de vidas inocentes. O Estado moderno fundamenta-se no critério de defesa incondicional da vida humana como o maior bem social, e seria inconcebível sobrelevar o estado subjetivo da honra ao caráter objetivo da existência humana. O instinto de maternidade e a proteção de uma vida desprotegida, carente e destituída de maldade falam mais alto que a maior e a mais intocável das honras. Trazer a espécie honoris causa ao corpo do novo Estatuto Penal outra coisa não reflete senão um infeliz retrocesso e a flagrante confissão de que a sociedade não evoluiu nos seus conceitos nem se redimiu de seus preconceitos falsos, posto que nenhuma gravidez pode ser considerada imoral, a não ser que os propósitos que a motivaram sejam ilícitos e imorais. Será que a prática do infanticídio restitui a honra de alguém? Honra é o conceito que toda pessoa tem de sua própria dignidade. O conceito que os outros possam ter de alguém, no máximo, deve chamar-se de reputação. O objetivo de trazer a esse dispositivo a forma honoris causa significa. tão somente, a reverência e o respeito à intolerância social que censura um tipo de maternidade chamada de intangível, que tortura a mãe solteira, destruindo-lhe a reputação. O infanticídio é crime verificado nas populações mais pobres e de menor relevância social cuja gravidez ilegítima não impõe com tanta significação a ocultação da desonra. Não se pode negar que, na maioria das vezes, o motivo é sempre o egoísmo e a cruel maldade.

Outro aspecto muito contestado no delito de infanticídio é a fixação da reprimenda à conduta de forma muito branda. O Código Penal de 1.940 prevê pena de detenção de 2 (dois)

a 6 (seis) anos para o ato ilícito, enquanto o Anteprojeto ao Novo Código Penal fixa a pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos para o crime, ambos contrastando pela leveza com a pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos estipulada pelo Código vigente para a prática de homicídio simples, o que gera incongruências na dosimetria das penas e desperta fortes críticas nos doutrinadores.

Fortemente, discutida também é a admissibilidade do concurso de agentes no infanticídio, questão a respeito da qual o Código Penal em vigor não se pronunciou, seccionando em duas correntes antagônicas a doutrina nacional, enquanto a atual comissão revisora tomou por bem estipular que ao co-delinqüente no crime de infanticídio aplicam-se as penas impostas ao homicídio, despertando severas críticas por parte da grande maioria dos pensadores que entendem que tal disposição não pode ser admitida porque afronta explicitamente a regra dos artigos 29 e 30, do Código Penal em vigor, uma vez que a *honoris causa* e a influência do suposto estado puerperal são circunstâncias de caráter pessoal, mas também são condições elementares do crime, sendo, portanto, comunicáveis ao partícipe ou co-autor no cometimento da conduta delituosa.

Tantas disparidades interpretativas em torno do infanticídio não poderiam deixar de conduzir os tribunais a prolação de decisões contraditórias e questionáveis, quando da análise dos casos concretos. Exemplo disto era a exigência de prova pericial constatando a existência do chamado estado puerperal, feita no andamento do processo judicial, para a caracterização do delito.

HOMICÍDIO - Acusada que elimina o filho após o parto - Desclassificação pretendida do delito para infanticídio - Inadmissibilidade - Ausência de prova cabal de que foi aquele cometido sob influência do estado puerperal - Condenação mantida - Inteligência dos artigos 121 e 123 do Código Penal.

O estado puerperal é, necessariamente, aquele que decorre dos momentos posteriores ao parto. Pode ou não concorrer para o delito, dependendo dos elementos existentes nos autos para esclarecer o assunto num sentido, ou noutro." (Apelação Criminal número 86.127, de Pompéia, Relator Desembargador Cantidiano de Almeida. Revista dos Tribunais, volume 375, página 66, janeiro de 1967).

iento.

Numa época posterior, tal prova pericial foi dispensada e os tribunais passaram a presumir a existência do dito estado puerperal:

INFANTICÍDIO - Estado puerperal - Reconhecimento pelos jurados, embora negada sua existência pelos peritos - Admissibilidade - Decisão mantida - Inteligência do artigo 123 do Código Penal.

A decisão do Júri, reconhecendo que o infanticídio foi cometido sob a influência do estado puerperal, embora sem apoio no exame médico legal, não pode ser taxada de contrária à prova dos autos." (Apelação Criminal número 123.163, de São Manoel, Relator Desembargador Mendes Pereira, Revista dos Tribunais, volume 473, página 301-302, março de 1975).

INFANTICÍDIO - Estado Puerperal - Prova - Perícia médica dispensável - Efeito normal de qualquer parto - Inteligência do artigo 123 do CP.

Em tema de infanticídio é dispensável a perícia médica para constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto." (Recurso Criminal número 73.815-3, de Tupã, Relator Desembargador Nelson Fonseca, Revista dos Tribunais, volume 655, página 272-273, maio de 1990).

Na análise do estudo do infanticídio chama a atenção a raridade de sua ocorrência no meio social. Embora não existam dados atualizados a respeito da freqüência de sua prática, a título de exemplificação, Alfredo Farhat mostra que em São Paulo, entre os anos de 1.911 e 1.945, foram registrados 61 casos de infanticídio, revelando terem sido cometidos, na estatística oficial, menos de dois crimes por ano numa capital do porte da metrópole paulista.

Antônio José Miguel Feu Rosa (1995: 125) pronuncia-se a respeito da raridade da conduta infanticida no meio social: "Agora, com o uso comum e corriqueiro das pílulas anticoncepcionais, e a permissividade nos costumes, este crime constitui verdadeira raridade."

Frente a estes dados e em face a todas as divergências que pairam em torno do crime de infanticídio, muitos são os pensadores que propugnam pela sua desconsideração como delito autônomo, por tratar-se o crime, em síntese, de uma modalidade de homicídio.

Sustenta Carlos Xavier de Paes Barreto (1937: 23) que o infanticídio não merece punição tão branda em relação ao homicídio:

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

Já a opinião de C. J. de Assis Ribeiro (1941: 707) é no sentido da desconsideração do crime como um *delictum exceptum*:

Nunca conseguimos saber as razões plausíveis pelas quais os legisladores não equiparam o infanticídio ao homicídio, considerando-o, sistematicamente, como figura delituosa autônoma. (...) É um contra-senso, um disparate jurídico esse critério. O direito de viver, dentro dos postulados da Moral que tem conceito filosófico, não é menor para um recém-nascido do que para um adulto. Tampouco um crime autoriza outro, nem um erro justifica outro erro, e, por isso mesmo, a causa honoris não convém em hipóteses quaisquer. Sua adoção implica em uma apologia ao crime. Sua defesa em um injustificável apoio às mulheres 'que são movidas por simples impulsos de miserável egoísmo ou para se forrarem aos incômodos e sacrificios que lhes adviriam da criação de um filho'. (...) Mas, à luz das especulações científicas, não podemos esquecer que o parto, por si só, raramente provoca esses grandes distúrbios psíquicos. É justamente por isso que o eminente criminalista Nelson Hungria, depois de citar as opiniões de Binswanger e Siemerling, no seu 'Direito Penal', os quais acham que, segundo as observações mais recentes, em mulheres sãs de espírito são raríssimos os delírios, os estados confusionais e os acessos de furor imputáveis exclusivamente à dor e à excitação do parto, indaga: -'por que se há de considerar, de antemão, como circunstância necessária ou certa, em todos os casos, aquilo que é apenas possível e provável?' Quem conhece a exiguidade de recursos científicos das cidades do interior do Brasil, bem pode imaginar o quanto dificil é a averiguação de ter a perturbação psíquica realmente sobrevindo em consequência do puerpério, e, em vista dessa realidade, achamos que inúmeros crimes abomináveis poderão ser praticados, não deixando de ser invocada e aceita a influência poderosa do estado puerperal, como acontecia com 'a perturbação de sentidos e de inteligência' nos crimes passionais. Parece-nos que seria mais aconselhável não ter o legislador configurado o infanticídio como delictum exceptum, não só porque não concordamos que este crime deva ser tratado com menos severidade, como porque as desordens sensoriais, os delírios, as excitações psicomotoras por que passam as parturientes, podem levá-las ao homicídio e, neste caso, já está prevista a atuação que o Código terá em face das circunstâncias do crime.

Heleno Cláudio Fragoso (1962: 539) considera insustentável a manutenção do crime de infanticídio numa legislação penal moderna:

Embora continue a ser previsto, com critérios diversos, nas codificações mais recentes, parece-nos que num CP moderno não há mais lugar para o crime de infanticídio. A orientação adotada pelo código vigente é particularmente insustentável, não havendo notícia de que o estado puerperal, por si só, possa produzir na mulher parturiente perturbação de ânimo capaz de levá-la à morte do

próprio filho. No largo tempo de vigência do atual código foram raríssimos os casos de infanticídio, e seguramente em nenhum deles surgiu o quadro fisiológico capaz de justificar o privilégio que a lei aqui confere ao homicídio. Leonídio Ribeiro, em crítica contundente, afirma que nunca foi possível caracterizar, na prática, 'essa suposta e problemática influência do estado puerperal, no psiquismo da parturiente'. No mesmo sentido pronunciam-se Nilson Sant'anna e Nilton Salles, assinalando que 'a observação jamais comprovou a existência real de tais situações anômalas', que apresentariam, de resto, problemas médico-legais insolúveis. Pode-se dizer, assim, sem exagero, que a incriminação do infanticídio, com base no chamado critério fisiológico, está fora da realidade. Do ponto de vista jurídico surge, ainda, o problema da fundamentação do privilégio que se relaciona com uma imputabilidade diminuída, sem atingir, porém, os limites previstos no artigo 22, parágrafo único, CP. Pretende-se que as dores do parto, a perda de sangue e o grande esforço muscular provocados pelo parto tornem razoavelmente justificado o homicídio. O estado puerperal, no entanto, jamais poderia, por si só, provocar na mulher uma tal agressividade contra o próprio filho, violando o impulso natural da maternidade. Ou existe uma precedente situação de anomalia psíquica que a gravidez e o parto precipitam (e estaríamos então na esfera do artigo 22 e seu parágrafo único), ou existem fatores de ordem social (gravidez fora do casamento, extrema severidade dos pais, intensa reprovação dos parentes) que provocam grave perturbação de ânimo capaz de conduzir ao crime. Esta última hipótese é a do motivo de honra, que muitas legislações adotam e que, historicamente explica a manutenção do infanticídio no direito moderno. Ocorre, no entanto, que a vida moderna trouxe, nos últimos tempos, transformações importantes na moral pública sexual, ampliando a esfera de liberdade da mulher e liberando-a de velhos e intoleráveis preconceitos. Parece claro que caminhamos para reconhecer desonra precisamente no fato de a mulher não assumir a responsabilidade de seu comportamento sexual, não hesitando em praticar crime grave para preservar o que já constitui valor moral duvidoso. O motivo de honra, a nosso ver, não poderia justificar o privilégio, como há vários anos observava Maggiore.

Na mesma posição descriminalizante expressa-se Genival Veloso de França (1998: 241):

Achamos, em suma, desnecessário o dispositivo específico do infanticídio, podendo, sem nenhum malefício ou nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira, pois ele nada mais representa senão uma forma especial de responsabilidade atenuada cuja pena breve contrasta com outras formas de homicídio doloso.

Referendado, igualmente, por Dirceu de Mello (1973: 296), ao citar a percepção de Basileu Garcia a respeito da previsão legal do infanticídio:

"Baseado no exposto é que entende o signatário que talvez fosse melhor, com vistas à eliminação dos inconvenientes decorrentes da presença nos Códigos da controvertida figura do infanticídio, seu cancelamento como agir criminoso autônomo. E mais, tendo sempre alimentado tal pensamento, mormente depois da passagem de alguns anos pelo 2º Tribunal do Júri de São Paulo, viu, com honrosa satisfação, não ser à solução indiferente o ilustre professor de Direito Penal a quem tocara o exame do presente trabalho. Não escondeu o prof. Basileu Garcia, com efeito, em suas esplêndidas aulas no Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que, a seu ver, ao menos na sistemática da lei

brasileira, surge como perfeitamente dispensável a previsão acerca do infanticídio. (...) De todo modo, o se saber se se aplicariam as disposições sobre o infanticídio à mulher que, no puerpério, matasse filho alheio ou filho que não fosse o infante; o problema da co-autoria na ação infanticida; a questão da distinção entre o estado puerperal e as psicoses *post partum*; a dúvida ligada à adequada limitação do período do parto e do período do sobreparto; o problema de interesses importantes que o motivo de honra não agasalha, assim como outras questões de menor monta, decididamente, no esquema sugerido, ficariam superados."

Por fim, também James Tubenchlak (1986: 103) defende a tese da revogação do crime de infanticídio da legislação penal:

A verdade, sim, é que o infanticídio nada mais é do que um homicídio, e não atinamos com o porquê de sua tipificação em artigo diferente, tal como acontece, aliás, com o delito de exposição ou abandono de recém-nascido, esdruxulamente destacado do crime de abandono de incapaz (artigos 133 e 134 CP). Diga-se mais, não se constitui em boa técnica transmudar-se uma infração para outra tão-somente em homenagem aos motivos que a determinam. Do que ficou exposto nos dois últimos itens, é válido concluir que as condições a diferenciarem o infanticídio do homicídio - influência do estado puerperal (Código em vigor) e honoris causa (diploma de 1969) - não devem ser supervalorizadas, inexistindo mesmo qualquer razão subjetiva ou de ordem prática para tanto. A contrário, outro benefício a emergir como consequência direta da supressão do infanticídio na legislação penal será, sem dúvida, a colocação de um ponto final na secular discussão a respeito da participação de outrem no delito da infanticida. Enfim, sendo a vítima humana o bem jurídico supremo, deve o legislador protegê-la com grandiosidade, sem nunca associar-se a injustificáveis tradições sentimentalistas. (...) Fica resumido nosso entendimento na seguinte proposição: deve ser revogado, por desnecessário, o artigo 123 do CP, que tipifica o delito de infanticídio, pois, a influência do estado puerperal, bem assim a honoris causa, já se encontram contempladas, respectivamente, nos artigos 121, parágrafo 1º, e 26, parágrafo único, do mesmo diploma.

A vista de tudo o que foi exposto, resta-nos aderir à tese da descriminalização do infanticídio enquanto delito autônomo. Podemos afirmar que as questões trazidas pelo referido tipo penal são um verdadeiro mar infinito de celeumas. Não se pode esperar que o fato descrito na norma incriminadora seja mantido como delictum exceptum, perpetuando assim, as intrincadas e insolúveis discussões jurídicas.

Optar pela manutenção do delito de infanticídio no ordenamento jurídico moderno, seria, no mínimo, ignorar a dinamicidade da sociedade e pôr em riso o objetivo do direito penal, que é a regulamentação das relações sociais de maior relevância para a harmonização da comunidade.

#### CONCLUSÃO

O estudo realizado acerca do tema em abordagem nos levou a significativas considerações sobre a possível descriminalização do delito de infanticídio no nosso ordenamento jurídico. Esse posicionamento foi corroborado em grande parte por concepções doutrinária favoráveis a tal pretensão.

Ao pesquisar a figura típica, constatou-se inúmeras divergências que se perfaz sobre os critérios tipificadores do delito, sejam eles a *honoris causa* ou a influência do estado puerperal.

Observou-se, também, que definição da expressão 'logo após o parto' é imprecisa e fonte causadora de enormes discussões doutrinárias, fazendo a cisão em correntes diversas de conceituação como minutos após, dias, ou enquanto durar o chamado estado puerperal como obnubilação na consciência da parturiente.

O concurso de agentes é outra celeuma de grandes proporções, vez que o código penal silenciou a respeito, produzindo diferentes interpretações, tendo em vista que em nosso sistema penal, pode-se dizer que as circunstâncias pessoais não se comunicam, salvo quando elementares do crime.

Outro fator que desabona a autonomia do delito é a incidência esporádica da conduta criminosa no meio social. É raro alguém ser condenado pelo crime de infanticídio.

A dificuldade de se provar a materialidade do delito, bem como, verificar a presença do elemento fisiopsíquico, é apresentada pelos peritos, que precisam provar a obnubilação na consciência da parturiente num outro período em que a mulher já não demonstra, sequer, sinais de perturbação.

O quantum da pena cominada à autora do fato criminoso, ou ao possível co-autor ou, ainda, partícipe, é bem menor do que outros aplicáveis ao homicídio. Isso gera a desarmonia no ordenamento jurídico, provocando a inobservância dos objetivos do direito penal e fragilizando o direito como ferramenta de controle social.

A descriminalização do infanticídio proposta nesta pesquisa traria contribuições para a lapidação do nosso ordenamento jurídico, eliminado previsões legais dúbias. No mais, trará maiores garantias e proteção à vida do ser nascente ou recém-nascido. Além de que, daria aos juristas, ferramentas mais concretas na solução de casos práticos dessa natureza.

Nestes termos, nosso posicionamento é favorável à descriminalização do infanticídio, visto existir a previsão legal da figura típica do homicídio; motivo de relevante valor social; a inimputabilidade e a semi-imputabilidade.

Assim, se a parturiente praticar, deliberadamente, o delito, eliminando a vida do filho ao nascer, ou logo em seguida, acometida por egoísmo, maldade, comodidade ou por qualquer outra razão injustificável, responderá pelas penas previstas no art. 121 e parágrafo segundo.

Mas, se a mulher pratica o delito motivada por pressões sociais e morais, frente à gravidez indesejada, comete o delito descrito no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal, qual seja, o homicídio privilegiado.

Contudo, se a mulher, em decorrência da gravidez, parto ou puerpério, restar parcialmente enfraquecida na consciência do caráter criminoso de sua ação, será punida, consoante o parágrafo único do artigo 26 do nosso Estatuo Repressor, nos termos da semi-imputabilidade penal.

Analisando se a genitora, o tempo da ação ou omissão for totalmente incapaz de entender a ilicitude do fato será enquadrada nos moldes da inimputabilidade criminal. Em obediência ao artigo 26 do referido código.

Tendo em vista tudo o que foi abordado, conclui-se, seguramente, que é insustentável a tese da permanência do delito infanticídio na legislação pátria, visto ser perfeitamente argüível a teoria da descriminalização do infanticídio, enquanto delito autônomo, face à redundância a outras previsões legais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Henrique Fonseca de. Aspectos legais do infanticídio. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 89, n. 463/465, p. 289-292, jan./mar. 1.942.

BARBOSA, Marcelo Fortes. O infanticídio e o novo código penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 453, n. 62, p. 311-318, jul. 1.973.

BARRETO, Carlos Xavier de Paes. Infanticídio. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 71, n. 409/411, p. 18-23, jul./set. 1.937.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 1.997.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1.997.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** parte especial – crimes contra a pessoa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.972, tomo 4.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de direito penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.992, v. 2.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARHAT, Alfredo. Do infanticídio. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.970.

FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12ª ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1.991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial – artigos 121 a 166. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1.962, v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1.998.

GOMES NETO, F. A. Código penal brasileiro comentado nos termos da nova constituição federal: parte especial – comentários aos artigos 121 a 249. São Paulo: Brasiliense, 1.989, v. 2.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal: artigos 121 a 136. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1.955, v. 5.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**: artigos 121 a 136. V. 5. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.979..

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte especial – dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1.997, v. 2.

JESUS. Código penal anotado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.997.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. **Direito penal**: parte especial por Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1.937.

MARANHÃO, Odon Ramos. Curso básico de medicina legal. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1.994.

MEDICI FILHO, Atugasmin. O infanticídio no novo código penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 140, n. 518, p. 357-370, nov. 1.942.

MELLO, Dirceu de. Infanticídio: algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 455, n. 62, p. 292-297, set. 1.973.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial – artigos 121 a 234 do código penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1.996, v. 2.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.996, v. 2.

RIBEIRO, C. J. da Assis. O infanticídio e o novo código penal. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 86, n. 454/456, p. 707-708, abr./jun. 1.941.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal:** parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1.996.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito penal**: crimes contra a pessoa. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.973.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte especial. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1.951, tomo III.

TUBENCHLAK, James. Estudos penais. Rio de Janeiro: Forense, 1.986.

VINCENTINI, William. História antiga. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.