

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS DE MARABÁ**

FERNANDO RICARDO FRANÇA DO NASCIMENTO JÚNIOR

INFANTICÍDIO E O ESTADO PUERPERAL:

PRIVILÉGIO OU EXCLUDENTE

Marabá
2008

FERNANDO RICARDO FRANÇA DO NASCIMENTO JÚNIOR

INFANTICÍDIO E O ESTADO PUERPERAL:

PRIVILÉGIO OU EXCLUDENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pará, Campus de Marabá.

Orientadora: Prof^a. Ms. Lorena.

Marabá
2008

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)**

Nascimento Júnior, Fernando Ricardo França.

Infanticídio e o estado puerperal: privilégio ou excludente. / Fernando Ricardo França Nascimento Júnior; orientador, Lorena Santiago Fabeni. – 2008.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)
Universidade Federal do Pará, Faculdade de Direito,
2008.

1. Infanticídio. 2. Direito penal. 3. Estado puerperal. I.
Título.

Doris: 341.55622

FERNANDO RICARDO FRANÇA DO NASCIMENTO JÚNIOR

INFANTICÍDIO E O ESTADO PUERPERAL:

PRIVILÉGIO OU EXCLUDENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pará, Campus de Marabá.

Orientadora: Prof^a. Ms. Lorena.

Data de aprovação:

Banca examinadora:

_____-Orientadora

Membro: Prof^a. Ms. Lorena

Titulação:

Instituição:

Membro: Prof^a. Andréia

Titulação:

Instituição:

Membro: Prof^a. Olinda

Titulação:

Instituição:

Para Fernando, Isa, Tatiana e Pedro,
pelo amor incondicional.

A Gabriele, pelo tempo de dedicação
que lhe furtei.

AGRADECIMENTOS

Ao término deste trabalho, quero deixar aqui expressos os meus mais sinceros agradecimentos a Professora Mestre Lorena, por toda força no Curso de Graduação em Direito e pela indicação e orientação precisa e dedicada na concepção desta minha Memória de Bacharelado, para que a mesma chegasse ao fim.

Ao Professor Mestre Marcos Alexandre o meu mais sincero muito obrigado pelo companheirismo e amizade, pelas correções neste trabalho.

Aos professores e colegas graduandos o meu muito obrigado pela força e compreensão.

Aos amigos do trabalho pelo apóio dado na difícil tarefa que é conciliar vida militar com os estudos.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
RESUMEN.....	7
1 INTRODUÇÃO.....	8
2 OBJETIVOS.....	10
2.1 Objetivo Geral.....	10
2.2 Objetivos Específicos.....	10
3 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	11
4 EVOLUÇÃO DO INFANTICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO.....	18
5 ELEMENTOS DO CRIME DE INFANTICÍDIO.....	22
5.1 Diferenças entre puerpério e estado puerperal.....	25
6 INFANTICÍDIO COMO PRIVILÉGIO DO CRIME DE HOMICÍDIO.....	28
6.1 A influência do estado puerperal.....	32
6.1.1 Métodos utilizados.....	32
6.2 Disforia e depressão pós-parto e suas conseqüências.....	34
6.3 Psicose puerperal.....	36
6.4 Motivo de honra.....	37
7 ESTUDO DE CASOS.....	47
8 CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

RESUMO

Há dois critérios mais conhecidos que fundamentam a consideração do crime de infanticídio como *delictum exceptum* são: o psicológico e o fisiopsicológico. No primeiro destaca-se a elementar *honoris causa* e o segundo evidencia-se a influência do estado puerperal. O motivo da honra, apesar de aceito nos tribunais como elemento subjetivo desse delito, tendo em vista ser um dos principais motivadores do assassinio de recém-nascidos, o atual código Penal Brasileiro considera apenas o *impetus pudoris* para tipificação do delito. Para análise desses causadores será apresentado um breve panorama histórico e de direito comparado a respeito desse crime, além de trazer esclarecimentos Doutrinários sobre as questões que o circundam. Nesse sentido, dirige-se este trabalho de conclusão de curso a expandir o significado da expressão “estado puerperal” de modo que consiga abranger todos aqueles motivos de ordem fisiológica, psicológica, social e econômica buscando, dessa forma, elucidar algumas indagações acerca desse delito e apresentar uma posição (uma linha doutrinária), que melhor interprete e enquadre o crime de infanticídio.

Palavras-chave: infanticídio; estado puerperal; honra.

RESUMEN

Hay dos criterios más conocidos que basan la consideración del crimen de infanticidio como *delictum exceptum* son: los psicológicos y fisiopsicológico. En lo primero sobresale la elemental *honoris causa* y de segundo muestra la influencia del estado puerperal. El motivo del honor, aunque aceptado en la corte como un elemento subjetivo del delito, a fin de ser uno de los principales motivadores muertes de los recién nacidos, el actual Código Penal brasileño considera solamente lo *impetus pudorisque* para tipificar el delito. Para el análisis de estas causas se presentará una breve reseña histórica y derecho comparado en relación con ese crimen, y hacer una aclaración doctrinal sobre las cuestiones que lo rodean. En ese sentido, este trabajo de conclusión de curso para ampliar el significado de la expresión "estado puerperal" para que pueda cubrir todas esas razones fisiológicas, psicológicas, sociales y económicos que buscan, por tanto, clarificar algunas preguntas acerca de que la delincuencia y presentar una posición (una línea doctrinaria), que interprete y encajar mejor el delito de infanticidio.

Palabras clave: el infanticidio; estado puerperal; honor.

1 INTRODUÇÃO

Estes estudos foram realizados com base em pesquisas na internet e na leitura de livros.

Este trabalho oferece uma análise crítica em relação ao tipo penal e a busca de uma correta adequação normativa ao crime de infanticídio.

É importante frisar que ao longo desta dissertação será apresentado confronto de opiniões com intuito de incrementá-la e manifestar no leitor um pensamento analítico acerca do assunto abordado.

No desenvolver desta pesquisa busco expor questões controversas sobre o infanticídio abordando o tema proposto na visão de alguns doutrinadores, bem como, em diversos momentos históricos que vão desde a imposição da pena capital, passando pela impunidade indo até a mitigação da pena, procurando, acima de tudo, descobrir os diferentes subsídios que os legisladores encontraram, no decorrer da história, para que fossem mudando o tratamento jurídico do delito e, conseqüentemente, permitindo entender e questionar se o tratamento atual do delito de infanticídio atende, hoje, às necessidades de ordem e justiça social, como também, analisando com base em dados médicos, o estado psicológico da agente que comete o delito e a sua relevância jurídica.

Não se tem aqui, a pretensão de se criar uma norma jurídica perfeita, principalmente, por se acreditar que a perfeição normativa só será alcançada quando não houver mais a necessidade de existência destas.

Transformam-se, quando a evolução da sociedade obrigam-nas a se readaptarem, buscando a cada dia mais, a realização de uma possível justiça humana, através de uma correta adequação normativa, tendo em vista que o Estado em hipótese nenhuma deixará de aplicar a lei, por mais obscuro que o caso se apresente e sendo assim, o ajuste da norma ao caso concreto deverá ser o mais próximo.

Aos estudiosos do Direito, é inquestionável que em nosso Código Penal, os Legisladores procuraram adequar as normas ao caráter incriminador. Porém, a sociedade se encontra em constante evolução e muitas vezes as leis não acompanham este evento deixando lacunas. Essas lacunas dão margem, para que se construam doutrinas, com o fim único de minimizar a tipificação de um ato ilícito trazendo como consequência recompensadora, a imposição de sanções mais brandas, para crimes que ferem princípios constitucionais invioláveis, como o Direito à Vida, tendo como certo que, quem infringe a lei penal, deve sofrer pena proporcional à gravidade de seu ato.

Aos principiantes da Ciência Jurídica, essa pesquisa tem o motivo precípuo de mostrar que todos os estudiosos dessa e de qualquer outra área do Direito, têm a obrigação de questionar sempre acerca da eficácia e destinação das normas impostas pelo poder estatal, tornando, conseqüentemente, cada vez mais correta a sua aplicação.

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

Analisar o delito de infanticídio observando a diferença do enfoque dado a essa matéria através dos tempos, a evolução do tratamento na legislação brasileira e os elementos caracterizadores desse tipo de crime.

2.2 Objetivos Específicos

- Fazer um estudo da influência dos elementos de natureza subjetiva no cometimento do delito;
- Suscitar a relevância jurídica do laudo médico pericial do estado mental da agente que comete esse crime;
- Buscar uma correta adequação normativa ao crime de infanticídio.

3 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O estudo de um determinado instituto jurídico deve ser precedido de uma análise da origem e da evolução, através dos tempos, do objeto de pesquisa. Portanto, inicia-se o presente trabalho com o desenvolvimento histórico do crime de infanticídio.

A história e testemunha fiel relatando o assassinato de crianças no decorrer dos tempos e o desenvolvimento do ser humano em sociedade fez com surgissem regras, institutos e a esses foram buscando novos enfoques para se adequarem ao momento pelo qual vivenciavam.

Na Grécia Antiga, mais precisamente na cidade de Esparta, onde vigorava as tradições guerreiras, nas crianças que nasciam eram depositadas esperanças de futuros guerreiros. Por isso, dava-se importância à perfeição corporal valorizando o recém-nascido de corpo esbelto e sem deformidades, porém, se o infante não trouxesse essas características seria sacrificado.

A Legislação Penal Brasileira, a partir do Código Penal de 1940, levou em consideração a situação *sui generis* da mulher, que fora da conduta normal de vida, e na condição de mãe, tira a existência do próprio filho, amenizando contra ela as penas imputadas, pois veio aquele diploma penal contemplar tal procedimento, como um *delictum exceptum*, que, nesse caso, merecia tratamento diferenciado do aplicado ao crime de homicídio.

Todavia, verifica-se que as ordenações jurídicas do mundo não foram sempre benevolentes com aqueles que praticavam crimes contra crianças recém nascidas.

Na China, o pai que matava o filho era castigado com golpes de bambu.

Na Pérsia, que buscava a purificação da sociedade, do caráter moral e religioso, empreendido pelas leis que eram extremosas, o culpado tinha a cabeça achatada ou era enfiado em seus ouvidos ligas de estanho, retirando sua pele lentamente, sepultando-o vivo.

Em Roma, antes das Institutas de Justiniano, de acordo com Lei das XII Tábuas, o pai tinha o direito da vida e da morte sobre a esposa e os filhos em virtude de seu direito de justiça.

Como o pai de família estava submetido apenas ao julgamento da cidade, a mulher e o filho não podiam ter outro juiz a não ser ele.

Era, no seio da família, seu único magistrado.

Esse *pátria potestas* explica a existência de lei do primeiro período do direito romano, na qual era punida com a morte a mãe que matasse o próprio filho, nada prevendo quando o agente fosse o pai, pois este tinha o direito de matar.

Somente ao tempo de Justiniano desapareceu o direito de vida e de morte do *pater familiae*. O Direito Romano da época avançada não conhecia a palavra *infanticidiun*, mas sim *parricidiun*, genericamente qualquer forma de homicídio.

Sua pena (do *cules*, ou “pena do saco”), de terrível atrocidade, é descrita por Damásio de Jesus¹:

Não seja (o parricida) 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 suas fúnebres angústias, seja conforme permitir a condição do lugar, arrojado ao mar vizinho ou ao rio (“Institutas”, 4, 18, 16).

¹ DAMÁSIO DE JESUS, op, cit., p. 25-56.

O que mais contribuía para o crime de infanticídio eram os filhos tidos fora do casamento, sendo a concubinação um evento comum entre os europeus. Além disso, a partir do século XVI, com a reforma protestante e a contra-reforma católica, passou-se a exigir a castidade para os religiosos e a fidelidade para os casais, o que levou a situação da concubina a agravar-se a ponto de tornar-se intolerável, no século XVII, quando muitas mulheres, recorriam ao aborto, ao abandono e ao infanticídio como medida para ocultar seus filhos “ilegítimos”.

No Brasil, a exemplo do que acontecia na Europa, no século XVIII, o abandono de crianças chegou a ser uma prática tão comum, que foi instituída, em 1738, no Rio de Janeiro, a casa dos Expostos ou Fundação Romão Duarte, com a finalidade de amparar as crianças abandonadas, tal procedimento tinha um fim real que era proteger a honra da família colonial, ocultando os filhos havidos no seio da sociedade da época.

Além do abandono, o crime de infanticídio, apesar de severamente punido era amplamente praticado sob o disfarce de acidente. As crianças morriam, em geral, asfixiadas na cama dos pais, onde dormiam.

Na Inglaterra, as acusadas desta modalidade de sufocação eram julgadas pela Igreja tendo como pena imposta um ano de pão e água e mais dois, adicionalmente, sem carne e sem vinho.

Falava-se em penitência, pois a penitente não era recolhida à prisão, ou seja, não era considerado crime sufocar a criança no leito, mas sim pecado. Portanto caberia ao Pároco julgar qual a punição adequada para tal pecado venial.

É de se verificar que, o Direito, na medida do possível, tentou punir os atos contra crianças indefesas, atribuindo penas severas aos pais, que executassem os próprios filhos, a exemplo disso, temos o Código Carolino, como é conhecida a ordenação penal de Carlos V, que impunha à infanticida pena severíssima, como relata Néelson Hungria²:

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

Contudo, nem sempre, o Direito teve intenção de punir esses delitos com rigor. O marco principal desta mudança é a publicação, em 1764, por Cesare Bonesana Beccaria, o marquês de Beccaria, de seu livro *Dos Delitos e das Penas*.

Acolhido entusiasticamente por Voltaire, o livro provocou um debate acirrado sobre a pena de morte, debate este que ainda está longe de acabar. Uma medida de repercussão foi à lei toscana de 1786, que apenas 22 anos após a exposição de Beccaria, aboliu, pela primeira vez na história, a pena capital.

O ponto de partida da argumentação de Beccaria é a afirmação da função exclusivamente intimidatória das penas.

A finalidade da punição seria impedir o réu de causar novos danos aos seus concidadãos e persuadir os demais de fazer o mesmo.

² Nelson Hungria, *Infanticídio, Comentários ao Código Penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1958, vol. 4, p. 240.

O meio adequado para atingir esta meta é o que ele chama de “a doçura das penas”; não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias, basta que sejam garantidas. A razão para não se cometer um crime é menos à severidade da pena do que a certeza de que será punido. Um segundo argumento, sustentado por Beccaria, é o de que a intimidação nasce não da intensidade da pena, mas de sua extensão. A pena de morte é muito intensa, enquanto a prisão perpétua é muito extensa.

Portanto, a perda total e definitiva da liberdade pessoal teria muito mais poder intimidativo do que a pena capital. Finalmente, um terceiro argumento ergue-se da obra de Cesare Beccaria³, no sentido de propor o abrandamento da pena de morte imposta à infanticida – a chamada *honoris causa*:

O infanticídio é também resultado inevitável da cruel alternativa em que se encontra uma infeliz que cedeu por violência ou fraqueza. De um lado a infâmia, de outro a morte de um ser incapaz de sentir a perda da vida: como não havia de preferir esse último partido, que rouba a vergonha à miséria, juntamente com o desgraçado filhinho? Não pretendo enfraquecer o justo horror que devem inspirar os crimes de que acabamos de falar. Eu quis indicar suas fontes e penso que me será permitido tirar daí a consequência geral de que não se pode chamar precisamente justa ou necessária (o que é a mesma coisa), a punição (com a morte) de um delito que as leis não procuram prevenir com os melhores meios possíveis e segundo as circunstâncias em que se encontra uma nação.

A partir daí, o delito de infanticídio passou a ter novo tratamento. Os adeptos do direito natural extinguiram as punições excessivas aos delitos cometidos pelos pais contra os filhos, alegando condições privilegiadas desses executores, o que logo encontrou apoio no Código Austríaco e, em seguida, na legislação de toda a Europa, com exceção da França e da Inglaterra que mantiveram a pena de morte como punição extrema para tais delitos.

O Código Austríaco considerou o crime praticado pela mãe ou parente contra a criança, um Homicídio Privilegiado, desde que o motivo fosse à honra para o cometimento do delito.

³ Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, Tradução de Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro, Ediouro, 1965, p. 174.

A França e a Inglaterra que inicialmente, mantiveram a pena de morte, mais tarde reconheceram o privilégio da *honoris causa* e como consequência, adotaram sanções mais brandas contra o infanticídio.

O século XVIII foi o marco para o abrandamento das punições cometidas pelos pais contra os próprios filhos. Entretanto, alguns doutrinadores penais não estavam de acordo com a mitigação da pena.

Nelson Hungria⁴, em Comentários ao Código Penal, de 1958, acreditava que ao atender à *honoris causa*, devia-se atender também, motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como por exemplo, a abertura econômica, excesso de prole. Seria uma injustiça que, nesses últimos casos o infanticida teria que responder por homicídio comum, mas por outro lado, a extensão de motivos legais da atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento indireto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo do interesse demográfico do Estado, uma vez que dentro da política do Estado moderno, estruturalmente inspirado na defesa do interesse coletivo, não é admissível que seja superado pelo da honra objetiva individual.

James Tundenchlak⁵, em “Estudos Penais”, comenta que as condições a diferenciarem o infanticídio do homicídio, o estado puerperal e a *honoris causa*, não devem ser supervalorizadas, inexistindo mesmo, qualquer razão subjetiva ou de ordem prática para tanto, já que a vida humana, sendo um bem jurídico supremo, deve o legislador protegê-la com grandiosidade, sem nunca se associar as injustificáveis tradições sentimentalistas.

Ao contrário, outros penalistas, como Heleno Fragoso e Magalhães Noronha, são a favor do *honoris causa* dividindo suas idéias com Nelson Hungria que após cinco anos da publicação de “Comentários ao Código Penal” ele se rende e integra aos elementos do infanticídio a *honoris causa*, no art 119, do anteprojeto do Código Penal Brasileiro de 1963, diploma idealizado pelo penalista.

⁴ Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Vol. V, 4ª ed., Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958.

⁵ TUBENCHLANK, James – Estudos Penais, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.

Assim, concordando plenamente com os motivos diversos que justifiquem o ato da mãe delinqüente, Magalhães Noronha⁶ diz que:

Todavia, tanto o motivo honroso como qualquer outro ponderável, por exemplo, a miséria extrema, não podem ser desprezados como causas psicológicas no conjunto dos fatores que originam o estado puerperal causador do delito.

Já outros penalistas como o Damásio de Jesus, limitam-se a comentar o delito de infanticídio em seus aspectos puramente técnico, médico e legal, sem se deter no mérito comportamental da questão.

Após essa análise do conceito jurídico do infanticídio, observam-se, nitidamente, três períodos distintos: um período de permissão ou indiferença; um período de reação em favor do filho recém-nascido e um período de reação em favor da mulher infanticida.

⁶ NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, 31ª ed. Atualizada, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 230.

4 EVOLUÇÃO DO INFANTICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

Os índios possuem uma prática cultural antiga e ainda remanescente em algumas tribos que é o assassinato de crianças. Tal fato se dá porque os infantes nascem com alguma deficiência física ou mental, são gêmeos, filhos de mãe solteira ou simplesmente porque alguém na comunidade acha que eles trazem má sorte.

As Ordenações do Reino no seu Livro I – Tít. 153 - 4º, exigiam que a polícia verificasse sempre que suspeitamente as mulheres prenhas não dessem conta do parto. Nenhuma referência específica, todavia, fazia-se ao infanticídio, conduta esta que fora compreendida na descrição genérica do homicídio, conforme descrito no Livro V – Tít. 45, já que o Juiz cabia o direito de encarar como agravante a tenra idade da vítima.

Já o Código Criminal do Império, seguindo a orientação dominante da época, passou a considerar o infanticídio como figura excepcional, apenando de forma branda.

Esse ordenamento jurídico estabelecia dois tipos de infanticídio: um praticado por estranhos ou parentes da vítima e por motivo diverso da causa da honra, e o outro, praticado pela mãe por motivo de honra. A pena em abstrato para o primeiro tipo, era de 03 a 12 anos e multa correspondente à metade do tempo; e o outro tipo, o praticado pela mãe por motivo de honra, previa pena de prisão com trabalho de um a três anos.

Tal ordenamento jurídico trouxe divergências em relação aos motivos determinantes, os agentes e as penas sendo considerada absurda a legislação conforme comentário de Nelson Hungria⁷: quem matasse criança, sem ter sequer com ela qualquer parentesco, mediante hediondos e idênticos meios descritos entre os agravantes para homicídio, via-se beneficiado, assim mesmo, por extraordinária redução punitiva em relação àquele que provocasse a morte de um adulto, visto serem as penas cominadas para esta última forma de conduta a morte ou a prisão perpétua.

O legislador de 1830, usando tão só a expressão “matar alguém recém nascido” se inclui entre aqueles que deixaram sem amparo legal o neonato.

Igual posição, quanto aos motivos e quanto aos agentes, adotou o legislador de 1890 alterando o tempo da pena, de 6 a 24 anos para a primeira forma de infanticídio e de 3 a 9 anos para a segunda circunstância essa que em nada mudou o disparate apontado, pois, para o homicídio, cominou em abstrato de 6 a 24 anos.

Inovou, todavia, no que tange ao lapso temporal do crime cometido, isto é, o legislador de 1890, usando a expressão “matar alguém” do Código de 1830, acrescentou a esta o período de 7 dias após o nascimento.

Cumpramos agora e, antes de focalizarmos o Código Penal de 1940, abordarmos, os projetos de penalistas que nortearam o lapso temporal entre o ano de 1890 até o ano de 1940. Seus autores são: Galdino Siqueira, Sá Pereira e Alcântara Machado.

O primeiro deles deixou de considerar o infanticídio como figura autônoma, incluindo essa conduta na figura do homicídio, porém de forma atenuada, desde que praticado pela própria mãe para ocultar a sua desonra. Neste projeto adotou-se, também, o critério da vida apnéica.

⁷ Nelson Hungria, Infanticídio, Comentários ao Código Penal, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1958, vol. 4, p. 242.

Virgílio de Sá Pereira, influenciado pelo Código Suíço de 1916, art. 107, foi o primeiro jurista pátrio a alterar em seu Projeto de 1928 o critério puramente psicológico pelo psico-fisiológico, cominando pena de seis meses de detenção a três anos de prisão à mãe infanticida. Não se conformou com essa inovação de índole subjetiva, pois, em dispositivo seguinte, também concedia benignidade punitiva quando o delito fosse praticado pelo pai ou irmãos da parturiente, a fim de esconder a desonra desta, cumprindo notar que, embora descrito o tipo de forma autônoma, ficou vinculado ao quantum penal da figura do homicídio. As penas, todavia, eram reduzidas pela metade e possibilitava-se ao juiz a conversão da pena de reclusão e detenção.

Ainda nesse projeto apresentava o autor no art 192, inovação que passou despercebida aos comentadores, visto não mencionarem a inclusão feita por aquele quanto à forma culposa do infanticídio.

Alcântara Machado preferiu no seu projeto retornar ao critério puramente psicológico, estendendo o privilégio a outras pessoas, tais como: ascendentes, descendentes ou colaterais da mãe, e cominou-lhes as mesmas penas, detenção ou reclusão de dois a seis meses.

Tanto o projeto Sá Pereira, como de Alcântara Machado, mantiveram-se fiéis à nova orientação quanto o momento consumativo inicial, ou seja, considerando o neonato um ser com vida.

Alcântara Machado manteve-se fiel no seu projeto à teoria que sustenta como circunstância subjetiva, a *honoris causa*, porém tal critério no seio da Comissão Revisora do Código Penal de 1940 foi alterado, determinando-se a adoção do estado puerperal como circunstância elementar para a diminuição da responsabilidade.

A nova orientação visava elidir as divergências existentes quanto à co-autoria, como também procurava estabelecer um tratamento de maior equidade para fruto da concepção legítima como o da ilegítima.

Essa idéia inspirada na doutrina e legislação suíça foi abraçada, entre nós, por Nelson Hungria⁸ o qual passou afirmar que:

O motivo de honra pode contribuir, de par com a morbidez psicológica do próprio parto, para o estado de excitação a angústia que diminuem a responsabilidade da parturiente; e acrescentou: todas as causas fisiológicas e psicológicas devem ser averiguadas e, dentre estas, estão, não apenas o motivo de honra, como também outras de igual premência.

Foi somente a partir desse ordenamento, que o legislador passou a aplicar as modernas concepções quanto ao termo inicial de momento consumativo, preenchendo-se desta forma a velha lacuna legal.

O Anteprojeto Hungria, utilizava o critério misto, ou composto, de conceituação do infanticídio, levando em consideração, há um tempo, a influência do estado puerperal e o motivo da honra. Critério este adotado no Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria de 1963.

O Anteprojeto Hungria, após a sua primeira publicação Oficial em 1963, foi objeto de análise por uma comissão, instituída no âmbito do ministério da Justiça, cujo Anteprojeto, passou por várias comissões, e teve a sua segunda publicação oficial em 1965, Nelson Hungria, em 1969, fora visado de que o Anteprojeto Hungria, seria editado através de Decreto, tendo em vista estar a Câmara Federal e o Senado, em recesso, por força do Ato Institucional nº 5, estava, já então Hungria, gravemente enfermo, vítima de traiçoeira moléstia que o levaria a morte, em 26 de março de 1969, sendo que o Anteprojeto Hungria, foi editado em 21 de outubro de 1969, através de Decreto-Lei nº 1.004. O Código Penal de 1969, mesmo antes de entrar em vigor, foi reformado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

⁸ Hungria, Nelson, Comentários, 4ª edição, vol. 5, op. cit., p. 254.

5 ELEMENTOS DO CRIME DE INFANTICÍDIO

O infanticídio constitui a morte do perinato ou do neonato, pela própria mãe, estando esta sob a influência do estado puerperal.

Embora a confusão seja imperiosa, principalmente, entre os leigos no assunto, que acreditam ser o infanticídio, a morte de crianças, em geral, pois imaginam o termo derivado do infante, o Código Penal vigente deixa bem claro tratar o infanticídio da morte do nascente ou do recém-nascido, excluindo daí, qualquer outra fase de vida da criança, o que se vier a ocorrer contra ela, em idade avançada, algum ato criminoso, será este enquadrado em outro tipo penal, menos o enfocado pelo Art. 123, do Código Penal Brasileiro.

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

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Observa-se logo, que o recém-nascido, do mencionado artigo, é aquele de pouco tempo de existência, em virtude do que preceitua a expressão “durante ou logo após o parto”, ou seja, a criança em questão é o neonato, existido dentro do puerpério imediato.

Esse entendimento, por causa da expressão “durante ou logo após o parto”, difere do que se imagina do recém-nascido do Art. 134, CP, tipo descritivo do crime de Exposição ou Abandono de recém-nascido. Lá, a exposição de recém-nascido está solta, ensejando interpretações diversas, desde o período de 30 dias após o parto, até 7 dias, considerados por outros tratadistas, ou ainda, o momento em que cai o cordão umbilical da criança recém-nascida.

Art. 134, CP – Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Há de se cogitar também, a presença naquele artigo da relação de parentesco, isto é, as figuras da mãe e do filho, que representam respectivamente, sujeitos ativo e passivo do crime em apreciação.

Ao preceituar, o Código Penal Brasileiro, no seu artigo 123, “matar sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto” se analisa, elementos fisiopsicológicos e temporais e a necessidade de suas presenças para configurar o delito.

Aliás, essa elementar de natureza subjetiva do crime de infanticídio, traduz-se na circunstância elementar da influência do estado puerperal adotado pela lei de 1940 o *impetus doloris*, substituidor do *impetus pudoris*, adotado por legislação precedente.

Segundo Ariovaldo Álvares de Azevedo⁹, as elementares do crime de infanticídio, de natureza objetiva e subjetiva, resumem-se em: que a morte do filho se dê pela própria mãe; que esta morte se dê durante ou logo após o parto; que o fato aconteça decorrente da influência do estado puerperal.

Pelo exposto, é de se observar que o sujeito passivo do delito, só pode ser o nascente ou neonato; que o sujeito ativo, por sua vez, só será a mulher-mãe; que a morte do filho só pode ocorrer durante ou logo após o parto, daí ser sujeito passivo do delito, o nascente ou recém-nascido; que a mãe, ao executar o próprio filho, faça-o sob influência do estado puerperal.

Dessa forma, estando presentes esses elementos e havendo a prática do delito se configurará o crime de infanticídio, do contrário só se poderá falar em aborto ou homicídio, tendo em conta, tão somente, o núcleo desses crimes, qual seja, o verbo matar.

⁹ FIGUEIREDO, Ariovaldo Alves de – Comentários ao Código Penal, Vol. 2, Editora Saraiva, São Paulo, 1986.

Conforme o ensinamento de Miguel Reale¹⁰: para que haja uma relação jurídica penal é necessário que, de maneira precisa e típica, coincidam os atos praticados com a hipótese prevista numa regra jurídica tipicamente adequada.

Ou seja, é necessário que haja uma adequação entre o fato e a conduta descrita na norma.

Há ainda, os que consideram a existência de vida extra-uterina, como um dos elementos do crime. Porém, se existe tal elemento está implícito na própria natureza do delito, uma vez que matar alguém, só pode ocorrer estando esse alguém vivo; ao contrário, esse fato será tido como crime impossível.

O exemplo é do Magistério do Damásio de Jesus¹¹, citando o Art. 17, CP, que se a criança nasce morta e a mãe, supondo-a viva, executa atos de matar [...] Trata-se de crime impossível.

Há controvérsias em relação à comprovação de vida extra-uterina, sendo defendida por alguns doutrinadores, Nelson Hungria, Magalhães Noronha, a vida apnéica (vida sem respiração).

Nelson Hungria¹² intercedeu a favor de que é perfeitamente possível à eventualidade de uma vida apnéica extra-uterina, e seria um contra-senso dizer que, em tal situação, o pequenino ser não está vivo somente porque ainda não respirou.

Magalhães Noronha¹³ comenta a esse respeito que viver não é só respirar; pode viver sem ter respirado ainda. Pode ocorrer que, em uma criança nascida, a respiração demore algum tempo a se estabelecer; em muitas crianças, os movimentos respiratórios espontâneos não aparecem a não ser em seguida a manobras prolongadas, feitas pelo obstetra.

¹⁰ Miguel Reale, Pena de Morte e Mistério, of. Gráficas de Coimbra, 1967.

¹¹ JESUS, Damásio E. de - Infanticídio. Apostila de Direito Penal. Rio de Janeiro, 2003.

¹² HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, Vol. V, 4ª ed., Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958.

¹³ NORONHA, E. Magalhães - Direito Penal, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1988.

Os médicos legistas¹⁴ afirmam que: não só a respiração prova a existência de vida; também à circulação do sangue, atividade funcional a vida biológica, terá essa incumbência probatória.

Por fim, para se comprovar, de uma vez por todas, a existência de vida do recém-nascido, terá que recorrer à prova pericial de vida autônoma da criança, através de docimásias respiratórias e de docimásias não respiratórias. As primeiras com a função de evidenciar a entrada de ar nos pulmões, as segundas, deverão corroborar atividades outras, não ligadas à respiração, mas a circulação de sangue e demais provas usuais da medicina especializada.

5.1 Diferenças entre puerpério e estado puerperal

A conceituação de puerpério pode ser confundida com a de estado puerperal, contudo as duas entidades não são sinônimas, possuem pelo menos, uma ligeira diferença em seus conceitos.

A medicina não tem dificuldades em dizer o que significa o puerpério. Segundo, Hilário Veiga de Carvalho, Antônio Miguel Leão Bruno e Marco Segre¹⁵, em “Lições de Medicina Legal”, consideram o puerpério, sobre parto e pós-parto, “um período que vai da dequitação à volta do organismo materno às condições pré-grávidas”.

¹⁴ Damásio de Jesus. Tanatologia. Apostila de Medicina Legal. Rio de Janeiro, 2003.

¹⁵ Hilário Veiga de Carvalho, Antônio Miguel Leão Bruno e Marco Segre apud Victor, Júlio. Modalidades de Infanticídio. Belém: CEJUP, 1991, p. 30.

Jorge de Rezende¹⁶, em “Obstetrícia”, acha que o “puerpério”, sobre parto ou pós-parto, é um período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havida após o parto, possui sua duração normal de 6 a 8 semanas, após o parto, e dividindo-se em:

-pós-parto imediato (do 1º ao 10º dia, após a parturição);

-pós-parto tardio (do 10º ao 45º dia);

-pós-parto remoto (além do 45º dia).

Já o estado puerperal, o entendimento de alguns tratadistas da Medicina Legal, é bastante confuso.

Nerio Rojas¹⁷, alegando dificuldades na conceituação do estado puerperal, deixa a desejar em qual significado dar a essa entidade obstetrícia, comentando que: uns chamam estado puerperal a gravidez, ao parto e ao puerpério que o segue; outros somente a este último; outros consideram que esse estado puerperal dura o tempo da involução histológica desse órgão, que pode durar até dois meses.

Para Maranhão¹⁸, o chamado estado puerperal constitui uma situação *sui generis*, pois não se trata de uma alienação, nem de uma semi-alienação, mas também não se pode dizer que seja uma situação normal. Seria “um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente senso-percepção e que confunde o objetivo com o subjetivo”.

¹⁶ REZENDE, Jorge de. *apud* Victor, Júlio. Modalidades de Infanticídio. Belém: CEJUP, 1991, p. 31.

¹⁷ ROJAS, Nerio – Medicina Legal, Vol. 1, 1936.

¹⁸ MARANHÃO, Odon Ramos, Curso Básico de Medicina Legal - 8ª Edição, Malheiros Editores; p. 202.

Segundo Alcântara¹⁹ o estado puerperal é:

uma obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto ou solidariedade, e é um quadro mais jurídico do que médico, embora haja algumas explicações etiopatogênicas.

Todavia, tratadistas do Direito Penal acolhem o seguinte entendimento:

1- Nelson Hungria²⁰, explica que “Estado Puerperal não é apenas o que se segue depois do parto, refere-se ao período do parto e ao sobre parto”.

2- Magalhães Noronha²¹ defende que o estado puerperal “se apresenta não apenas depois, mas também durante o parto”.

Em face da imprecisão conceitual de puerpério e de estado puerperal, o Código Penal cuidou de resolver o problema, limitando o tempo do fato, exigindo a descrição do tipo caracterizador do crime de infanticídio, “durante ou logo após o parto”.

Logo, o estado puerperal adotado pelo nosso Código Penal, desenvolve-se a partir do parto, indo até ao puerpério imediato.

Com referência ao assunto abordado, Roberto Lyra²², em “Noções de Direito Criminal”, afirma: o que ninguém nega o que todos reconhecem e proclamam, sem sombra de dúvida, é que, durante o parto ou logo após, há estado puerperal. Não importa se começa antes ou vai além, o fato é que, infalivelmente, com maior ou menor intensidade, ocorre durante o parto ou logo após, isto é, no período mencionado pelo Código, podendo ter ou não a indispensável relação com o crime.

¹⁹ ALCÂNTARA, HR: Perícia Médica Judicial - Editora Guanabara; pág. 115-116.

²⁰ HUNGRIA, Nelson. *apud* Victor, Júlio. Modalidades de Infanticídio. Belém: CEJUP, 1991, p. 32.

²¹ NORONHA, E. Magalhães. *apud* Victor, Júlio. Modalidades de Infanticídio. Belém: CEJUP, 1991, p. 32.

²² LYRA, Roberto – Noções de Direito Criminal, Vol. 1, 1944, pág. 97-98.

6 INFANTICÍDIO COMO PRIVILÉGIO DO CRIME DE HOMICÍDIO

Como é se de constatar, a partir do século XVIII, o Direito, sofre influência das idéias iluministas que no campo jurídico, apresentaram propostas mais humanitárias, como foi o caso do crime de infanticídio que teve o abrandamento de sua pena defendida pelo Marquês de Beccaria²³ atribuindo a função privilegiada da autora em decorrência da *honoris causa*.

Vicente de Paula Rodrigues Maggio²⁴ conta que:

Os filósofos do direito natural, visando diretamente a influenciar no sentido de privilegiar o delito, possuíam fortes e relevantes argumentos, como pobreza, o conceito de honra, bem como a prole portadora de doenças ou deformidades.

Todavia, o Direito Brasileiro atribuiu para caracterizar tal delito aspectos fisiopsicológicos, ou seja, o estado puerperal.

Apesar de possuir o mesmo núcleo contido no delito de homicídio, o infanticídio é um delito autônomo, não se confundindo com aquele já que recebeu tratamento diferenciado do legislador, sendo definido em dispositivo próprio, e recebendo uma pena mais branda.

Portanto diz-se que o infanticídio é um delito privilegiado, pois, apesar de significar a mesma conduta contida no homicídio, qual seja matar, possui tratamento diferenciado, por parte do Código Penal Brasileiro, em virtude do legislador ter entendido que a autora deste delito não age livremente, mas por influências físicas e psíquicas decorrentes do estado puerperal.

A especial atenção que é dada à mulher quando se aborda a depressão, justifica-se primordialmente pela maior prevalência deste transtorno no sexo feminino. Estudos populacionais normalmente evidenciam uma ocorrência de depressão duas a três vezes maior entre as mulheres.

²³ Cesare Beccaria. Dos delitos e das penas, Tradução de Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro, Ediouro, 1965, p. 174.

²⁴ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio. Bauru: EDIPRO, 2001, pág. 57.

Nos ambulatórios de psiquiatria predominam pacientes do sexo feminino e a maior fatia destas pacientes é representada por mulheres com queixas depressivas e ansiosas. Apesar disso, menos da metade desses pacientes recebe tratamento mínimo adequado. Reconhecimento e tratamento adequados dos casos não só contribuem para a prevenção de complicações e novos episódios depressivos das pacientes como para uma melhor resposta aos tratamentos clínicos e maior adesão terapêutica.

Confirma-se ainda, uma maior tendência desse estado depressivo na gravidez quando a gestação alcança seu estágio final. Nas adolescentes, a depressão é duas vezes mais forte que nas gestantes adultas, tendo em vista a imaturidade emocional e a falta de segurança num relacionamento.

Apesar da chegada do recém-nascido ser tipicamente considerada uma dádiva para mulher, isto não a afasta dos transtornos de humor, que pode alterar bruscamente na fase do puerpério.

Os transtornos psiquiátricos puerperais são classificados como: disforia do pós-parto, depressão pós-parto e psicose puerperal.

A disforia do pós-parto costuma atingir as parturientes nos primeiros dias após o parto, tendo como pico o quarto ou quinto dia depois do nascimento do bebê, nesta fase ocorre cenas de choro fácil, labilidade do humor, nervosismo e um comportamento agressivo em relação aos familiares e acompanhantes. Este quadro não é muito grave e não precisa de intervenção farmacológica, o tratamento e os cuidados se baseiam no apoio da família em compreender a situação, que se findará em no máximo duas semanas.

A disforia do pós-parto inclui sintomas depressivos leves e pode ser identificada em 50% a 85% das puerpérias, dependendo dos critérios diagnósticos utilizados.

Os sinais de depressão pós-parto são parecidos com a disforia do pós-parto, com a inclusão de mais elementos, como a culpa, a perda de interesse pelas atividades diárias e a falta da capacidade de concentração. Existe também a queixa de dores infundadas no corpo e alguns sintomas neurovegetativos, incluindo insônia e a perda de apetite. Mas este estado é mais difícil de se identificar pelo fato da parturiente ocultar esses sintomas, pois nela existe o receio de ser oprimida por não estar feliz com esta maravilhosa fase de sua vida.

As pessoas com maior tendência a depressão pós-parto são aquelas com idade inferior a 18 anos, história de transtorno psiquiátrico prévio, eventos estressantes ocorridos na gestação, conflitos conjugais, ser solteira ou divorciada, estar desempregada e apresentar pouco suporte da família. Verificou-se também que mulheres com escolaridade mais alta e melhor rendimento financeiro apresentavam menor risco de cometer infanticídio. Foi levantada também a hipótese de que a existência prévia de um transtorno mental pode ser o mais importante fator associado à depressão no final da gestação.

Na depressão pós-parto existe uma maior ansiedade mental e uma infinidade de pensamentos negativos com relação ao recém-nascido, pois as mulheres com depressão pós-parto criam idéias obsessivas com relação à criança, mostrando certa agressividade, independente da gravidade do estado em que se encontra.

Neste estado a ação de medicamentos antidepressivos demora bem mais para atuar no organismo, tendo que haver sempre um acompanhante com a parturiente e cuidados redobrados com a segurança do bebê, porque a farmacoterapia é a única forma que existe que pode realmente suprimir estes sintomas agressivos na mãe.

A causa da depressão puerperal ainda não é totalmente conhecida, mas além do que foi mostrado, temos que levar em conta os fatores hormonais, pois estão no limiar da questão discutida.

Na gravidez os níveis de progesterona e de estrógenos são bem elevados comparados àqueles encontrados em mulheres fora do período gestacional e esse ponto pode ser a chave para tamanhos transtornos de humor no final da maternidade, pois a queda brusca desses níveis de hormônios está realmente ligada com a depressão puerperal, causando variação de humor, que dependendo da sensibilidade fisiológica e psíquica da mulher, pode ser brusca ou amena.

A psicose puerperal, normalmente, tem início mais abrupto. Pesquisas verificaram que 2/3 das mulheres que foram acometidas deste estado iniciaram sintomatologia nas primeiras semanas após o nascimento de seus filhos. Os sintomas são delírios, confusão mental, alucinações, quadros depressivos e maníacos.

Também foi estudado que mulheres portadoras de transtorno bipolar afetivo apresentam o maior risco de se contrair a psicose puerperal, mostrando agressividade em relação ao recém-nascido. Sendo em cada mil partos com gestantes bipolares, 260 delas apresentavam quadro de psicose puerperal, enquanto mulheres saudáveis no máximo duas em cada mil partos ficavam neste estado perturbador.

As mulheres apresentam comportamento desorganizado, fora da realidade e delírios que envolvem o recém-nascido, com pensamentos de lhes provocar algum dano.

O suicídio é raro nesta fase, mas é necessária a rápida intervenção hospitalar, para a própria segurança da criança, pois o infanticídio é quase certeza de ocorrer na psicose puerperal, pois a mãe não consegue controlar de forma alguma seus atos, se tornando débil e insana.

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

6.1 A Influência do estado puerperal

Ocorrendo o delito, caberá ao perito legista avaliar a autora do crime no sentido de afirmar ou não no laudo pericial se a mulher se encontrava sob a influência do estado puerperal.

Se o exame for realizado dias, meses após o cometimento do delito, ficará difícil a perícia médica constatar de que a acusada teria agido sob a influência de tal estado, traço diferenciador entre o infanticídio e o homicídio.

Neste caso, o decurso de prazo seria grande e a falta de provas levaria as autoridades ao enquadramento da ação ao tipo referente ao crime de homicídio.

Devido a isso, existem métodos seguros que identificam a predisposição sintomática de depressão em parturientes.

6.1.1 Métodos utilizados

Seriam dois métodos utilizados para a detecção de depressão durante e após a gravidez, são eles: o EPDS, "*Postnatal Depression Scale*", que é um questionário com dezoito itens os quais lista fatores de risco psicossociais para depressão pós-parto. Outro também utilizado é o PDSS, "*Postpartum Depression Screening Scale*", sendo este último utilizado em hospitais públicos.

Encontrando a suspeita de possível depressão pós-parto ou psicose puerperal, a mãe é encaminhada a um tratamento psiquiátrico, podendo utilizar-se de farmacoterapia, para diminuir os sintomas, protegendo assim a criança de possível ataque materno.

No nosso sistema público de saúde, onde os médicos se vêem diante de uma grande demanda de pacientes a serem examinadas, os métodos são de grande valia para identificação da disforia do pós-parto, pelo fato de serem fácil de se aplicar e de baixo custo, tornando totalmente viável a sua utilização em serviços de atenção primária a saúde.

Os médicos, após identificarem o quadro de depressão puerperal, utilizam tratamento psicofarmacológico, psicossocial, psicoterápico e tratamentos hormonais, além de eletroconvulsoterapia (ECT), sendo esta última utilizada para casos mais graves ou refratários.

O tratamento é altamente eficaz, oprimindo o sentimento de negatividade da parturiente com relação ao nascituro, assim evitando conseqüências drásticas como o infanticídio e até mesmo a vontade de causar dano a si próprio.

O mais comum é associar o uso de medicamentos com psicoterapia, mas a mulher com quadro depressivo não assume a si mesmo a própria incapacidade temporal e tenta fugir ao máximo de todo e qualquer tratamento oferecido, sendo assim necessário uma intervenção forte da família e do obstetra responsável pela gestação da parturiente.

Gestantes profundamente deprimidas, com idéias suicidas, catatonia, psicose e quadros de mania necessitam de internação e somente o tratamento com medicamentos e terapia não basta, sendo realmente necessário à aplicação da eletroconvulsoterapia (ECT).

6.2 Disforia e depressão pós-parto e suas conseqüências

Hoje em dia a mulher experimenta uma vida muito mais atribulada, aonde vem conquistando seu espaço com muita mais gana.

A vinda de um filho pode frear esse processo desbravador e a falta de orientação, apoio e assistência especializada levam a mulher a um estado de angústia, de depressão. Outrossim, as apreensões, dores, a hemorragia e o excesso de esforço muscular poderão provocar na mulher um desequilíbrio mental.

Em entrevista realizada com a senhora Vanuza Pereira Barros²⁵, mãe de dois filhos, relata que quando estava grávida do primeiro, chamado de Enzo Gabriel Barros Resende, teve um período gravídico muito tranqüilo, bem assistido pelos pais, marido e médicos, devido a esse ambiente de segurança que a mesma decidiu ter seu filho em parto normal apesar de estar ciente do desconforto de tal procedimento. A parturiente após 10 horas aproximadamente de dores insuportáveis, não conseguiu dilatação e teve que se render ao parto cesariano. Porém, o sofrimento que a paciente experimentou foi muito intenso e a mesma acredita que isso provocou uma espécie de distúrbio emocional, pois, relata que enquanto o filho chorava, ela o olhava e nada fazia, não conseguia se comover, não sentia emoção nenhuma e este estado durou cerca de uma semana após o parto.

Estes fenômenos emocionais ocorrem apenas ocasionalmente e por um tempo inferior a quinze dias, dizemos que a mulher está vivendo o que chamamos de blues pós-parto (disforia pós-parto) e que é comum à maioria das mulheres. Se, ao contrário, se prolongam por mais de quinze dias ou se tornam constantes e intensos, estamos em face de uma depressão pós-parto.

A disforia pós-parto acontece com maior incidência entre as mulheres, 50% a 85%, e seus sintomas normalmente são insuficientes para causar prejuízo entre a mãe e o filho ou a própria mãe.

²⁵ VANUZA PEREIRA BARROS. Entrevista concedida a Fernando Ricardo França. Marabá, set. 2008.

Já a depressão pós-parto necessita de um cuidado maior, pois o seu tratamento, quando diagnosticada, demora em média 6 meses, além disso, a mãe se sente impotente diante dos sintomas, acarretando numa piora constante dificultando o estabelecimento do vínculo afetivo seguro entre a mãe e o filho, podendo interferir nas futuras relações interpessoais estabelecidas pela criança. Uma hipótese específica sugere que a depressão é induzida por certos tipos de eventos que incluem separação e morte, perda de auto-estima e outros tipos de perda. Perdas interpessoais, de uma série de tipos, têm aparecido em vários estudos que sugerem a existência de um relacionamento entre depressão e perda interpessoal como afastamento de pessoas queridas.

Existem estudos que associam a depressão pós-parto a vida pregressa da mulher, isto é, se houve quadros depressivos na sua história pessoal e familiar, as chances de desenvolver tais sintomas depressivos são maiores.

A disforia do pós-parto, comum à maioria das mulheres, pode se transformar em depressão, principalmente se a mulher se sente culpada por não estar correspondendo ao modelo socialmente cobrado de mãe perfeita e feliz.

A família, sua rede social e os profissionais de saúde podem ajudar a mulher neste período, compreendendo seus sentimentos contraditórios, não lhe cobrando um modelo de mãe, respeitando sua forma de cuidar de seu filho, incentivando-a a ter confiança em si própria e ajudando-a nas tarefas domésticas e cansativas, deixando-a livre para curtir seu bebê e para as tarefas que só ela pode fazer, como amamentar.

6.3 Psicose puerperal

Esse distúrbio é acometido, geralmente, por delírios, alucinações os quais aparecem normalmente do segundo dia ao terceiro mês depois do parto.

Possui semelhança com o surto no que se refere a alienação total da agente, porém, no primeiro é caracterizado por um breve momento de inconsciência já o segundo, esse momento é mais duradouro.

Quando a mulher já tem geneticamente esta tendência, é possível que, somando-se essa tendência com a circunstância das alterações que são produzidas no parto, se produza uma doença mental. Esta é a psicose puerperal.

A parturiente com psicose puerperal é totalmente débil e incapaz, mas quando esta apenas passa por quadros mais leves de *maternity blues* e *puerperal blues*, a capacidade mental não fica totalmente comprometida, restando-lhe bem o discernimento de saber o que é certo e o que é errado.

A psicose puerperal é um quadro de muito maior gravidade e, apesar da terminologia utilizada, parece ser uma variante do transtorno bipolar do humor. Essa enfermidade acomete uma em cada 600 parturientes e tem seu risco aumentado entre pacientes bipolares, que têm uma grande chance de recair no pós-parto. Essa maior chance ainda é corroborada pela contra-indicação ao uso dos estabilizadores do humor na gestação, medicações particularmente endereçadas para o tratamento do transtorno bipolar. Mesmo entre pacientes não portadores de transtorno bipolar, a história familiar para esse transtorno também aumenta o risco de psicose puerperal. Tal condição costuma ter início rápido entre a primeira e a quarta semana do puerpério. Predominam sintomas psicóticos acompanhados de intensa agitação e desorganização do pensamento. Trata-se de condição grave, facilmente identificável por sua exuberância e com elevado risco de suicídio, devendo ser conduzido por uma psiquiatra.

6.4 Motivo de honra

Levantarei este assunto a fim de servir de base para minha conclusão e sem criticar a questão lançarei as razões colocadas pelos doutrinadores para elevar o motivo da honra à circunstância elementar constitutiva e integrante da figura típica do infanticídio, no intuito de estabelecer uma diminuição quantitativa da pena.

Nas palavras de Francesco Antoliseu²⁶, honra é um complexo de condições ou conjunto de dotes morais, intelectuais e físicos que concorrem para determinar o valor social que cada indivíduo possui perante si e da sociedade e diante dos indivíduos que o circundam.

O conceito de honra leva consigo dessa forma, a idéia de patrimônio moral, patrimônio este determinado de um lado pela estima própria e, de outro, pela consideração social que cada indivíduo possui.

É importante salientar quais as razões apontadas pelos defensores do critério psicológico para adotar o motivo de honra sexual como razão de ser do infanticídio.

Entendem que o fim principal para o qual a vontade do agente se dirige ao praticar a ocisão de uma criança, durante o parto ou logo após o seu nascimento, reside única e exclusivamente na circunstância de se evitar que a gravidez ilegítima chegue ao conhecimento daqueles que consideravam sua honra sexual incensurável.

Carrara²⁷, por sua vez, justifica a conduta infanticida afirmando que o sujeito ativo age para salvaguardar a reputação que os outros dele possuem, compreendendo-se que tudo faça para manter íntegra essa consideração popular, mesmo quando essa sua atitude provoque a destruição de uma vida, pois no seu entender, a condição do nascimento, fruto de um ato sexual ilegítimo, permitiu-lhe eliminar a prova cabal da sua desonra.

²⁶ Francesco Antolisei, *Manuali de Diritto Penale, Parte Speciale*, Milano, ed. Dott. A. Giuffré, 1966.

²⁷ Carrara, Francesco, *op. cit.*, § 1217.

Gleispach²⁸, citado por Nelson Hungria, ao conceituar o infanticídio, enfatizou ainda mais essa colocação, dizendo que a infanticida ao se ver repudiada e abandonada, “age no mais amplo sentido da necessidade”.

Autores pátrios como Olavo Oliveira e Ivair Nogueira Itagiba²⁹ levantam também essa orientação, afirmando que “a infanticida não pode agir de outra maneira, principalmente quando, acima das leis e dos códigos, sendo a lei da necessidade no seu sentido amplo é que motiva a atenuação da pena”.

Existem finalmente autores como Tissot, os quais embora sem determinarem qualquer fundamento, conforme salienta Balestrini³⁰, tem ido mais longe ainda, preferindo descriminalizar o infanticídio por considerar apenas um delito moral, conclusão essa que também chegou Jeremias Benthan³¹, o qual entende não merecer pena o infanticídio quando cometido pela mãe por motivo de honra.

A expressão Latina causa de honra significa que a agente mata em defesa da honra.

²⁸ HUNGRIA, Nelson, Comentários, 4ª edição, vol. 5, p. 254.

²⁹ Itagiba, Ivair Nogueira, Homicídio, Exclusão de Crime e isenção de Pena, op. Cit, p. 382.

³⁰ BALESTRINI, Raffaello, op. cit., p. 217.

³¹ BENTHAN, Jeremias, Teoria das Penas Legais, Tradução Clássica Revisada, São Paulo, Livraria e Editora Logos, n/c, *apud* CARRARA, Phaelante da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife, p.185.

Este Fundamento que não está escrito na lei penal, é, em verdade, um dos pilares que sustentam a incriminação autônoma do infanticídio. Trata-se de um “motivo oculto”, como faz crê Nelson Hungria³²:

Deve notar-se, porém, que, com a omissão de referência a causa honoris, o Código não inibe que se leve em conta, quando realmente exista, esse antecedente psicológico. O motivo de honra pode contribuir, de par com a morbidez fisiológica do parto, para o estado de excitação e angústia que diminuem a responsabilidade da parturiente. Todas as causas fisiológicas e psicológicas devem ser averiguadas no seu conjunto e interdependência, de modo que não fica excluída a consideração do motivo de ocultação da desonra, nos casos em que, realmente, tenha entrado como um coeficiente do anormal impulso criminoso. Von Liszt era mesmo de opinião que somente quando aliados o motivo de honra e a influência do estado puerperal se devia admitir o mais brando tratamento penal do infanticídio. Se é certo que não foi este o ponto de vista do nosso Código, não é menos certo que os peritos e juizes não devem abstrair, para a formação de seu juízo, não só o motivo da honra, como outras causas psicológicas de igual premência, quando ocorram.

Nesse caso, a parturiente, vendo-se detida em seu drama interno, não enxergar outra solução possível, que não a de eliminar a causa primária de todos os seus males. A respeito, o pensamento de Damásio de Jesus³³ é no sentido de que:

A base do privilégio *honoris causa* é de natureza psicológica e restritiva. Dentro dos motivos que podem concorrer para a prática do fato criminoso, o único que tem força de transformá-lo em *delictum exceptum* é o de ocultar a desonra. A honra de que se cuida é a de natureza sexual, a boa fama e a reputação de que goza o agente pela sua conduta de decência e bons costumes. Se desonesta ou de desonra conhecida, não lhe cabe a alegação da preservação da honra, como por exemplo, o de extrema miséria, o excesso de prole, receio de um filho doentio, o fato constituirá homicídio.

³² HUNGRIA, Nelson, Comentários, 4ª edição, p. 254-255.

³³ DAMÁSIO, Evangelista de Jesus, Infanticídio e Concurso de Agentes em face do novo Código Penal, Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1970, vol. 13, p.25-26.

Percebe-se, que a *honoris* causa é fruto do conflito interno da agente, cuja conduta não se encaixa no padrão imposto pela sociedade, que passa a considerá-la imoral. Isto gera na mulher um estado de angústia, descrito com maestria por Miguel Longo³⁴: a princípio, ela, consegue esconder a prova do pecado, e levam uma existência de sobressaltos e forçadas reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publicidade. Seu ânimo é possuído por agitações convulsivas. De longe, apavorante como um espectro, vem se aproximando, minaz, de dia em dia, o momento fatal em que à desgraça já não pode esconder a própria vergonha, e torna-se deprimida. É um abismo de trevas, até a piedade lhe é negada, porque pedi-la é vergonha. E chega o dia fatal, à agitação sucede o desvario, a surpresa do parto tira à infeliz o último raio de luz mental, ela é impelida automaticamente, a suprimir a prova da desonra e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedirá contas a essa mulher, como autora de um crime, mas a lei moral dirá aos seus juizes; acima e além dos códigos há a lei da necessidade, *infelicitas facti*, o império inelutável das fatais contingências da vida.

Esse trecho relata como essa elementar atuaria na infanticida, deixando-a em total desequilíbrio emocional acarretando com isso na prática do delito de infanticídio. Tal fragmento mostra também, como a doutrina insurgiu contra as pavorosas penas previstas para o crime em questão, propondo o abrandamento quando o mesmo era praticado em defesa da honra.

³⁴ Miguel Longo, *apud* Nelson Hungria, Comentários, 4ª edição, p. 243-244.

Ivair Nogueira Itagiba³⁵, após sustentar que na expressão estado puerperal se compreendem a causa *honoris* e a perturbação físió-psíquica resultante do parto, afirma: é impossível abstrair-se da *honoris causa*. Em que pese a sua omissão na letra da lei, envolveria clamorosa injustiça e recusa do antecedente psicológico. Um motivo de honra é dos que, afora a morbidez fisiológica inerente ao parto, mais concorrem para o estado de excitação e desespero da parturiente. Dentro dessas agitações convulsivas e desorientações torturantes, há um remédio imprevisto: a eliminação do feto vivente ou neonato.

Tal relato faz crer que a agente pratica o crime por necessidade, motivo esse considerado por Itagiba, superior a própria lei e que o juiz inteirado do motivo da honra, não deixará de reconhecer o *privilegium* legal, ou seja, não serão somente as causas fisiológicas que irão determinar o infanticídio, mas também, as causas psicológicas.

Sendo assim, o escritor conclui: “a *honoris causa* foi, é e continuará a ser motivo de brando tratamento penal do infanticídio”.

Marcelo Fontes Barbosa³⁶, considera a *honoris causa* um motivo não escrito na lei penal, mas consagrado na prática. É de ler-se:

Daí o número de mulheres condenadas por infanticídio nas estatísticas criminais ser baixo, quase insignificante, eis que o motivo “in honoris causa”, apesar de ser desconsiderado pela lei, tratando-se de crime julgado pelo júri, sempre foi levado em conta pelo Conselho de Sentença que, a rigor, não tinha sequer conhecimentos técnicos para aferir a influência do estado puerperal e não é ajudado na tarefa pelos laudos periciais [...].

³⁵ Ivair Nogueira Itagiba, Exclusão de Crime e Isenção de Pena, t. 1, op. cit., p. 382-383.

³⁶ Marcelo Fontes Barbosa, O infanticídio e o Novo Código Penal, Justitia, São Paulo, 1973, vol. 82, p. 211-221.

Olavo de Oliveira³⁷ é igualmente taxativo, afirmando que:

O Tribunal do Júri aceita reiteradamente o motivo de honra como meio de aplicação da especial atenuação da pena prevista no artigo 123 do Código Penal, bastando, o mais das vezes, que a defesa vincule a “*honoris causa*” ao estado puerperal, apesar de tecnicamente não caracterizado este. Não se fala aqui, é claro, dos juízes togados. Estes se atêm exclusivamente à interpretação legal. Mas enquanto houver soberania do júri, o Conselho de Sentença optará sempre, haja ou não expresso dispositivo, pela inclusão do motivo de honra entre as condições tipificadoras do infanticídio.

Aqueles que defendem a tese de que a *honoris causa* é um “motivo oculto” do infanticídio, como *delectium exceptum*, sentiram-se fortalecidos diante do Código Penal de 1969, que não chegou a vigor. Em 1964, o Ministro da Justiça, Milton Campos, designou uma comissão de juristas para o estudo e elaboração do Código Penal Brasileiro, que seria chamado de “Anteprojeto Néelson Hungria”.

Portanto, o tipo de infanticídio, no Código de 1969, ficou assim descrito:

Artigo 122. Matar a mãe o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto:

Pena – “detenção, de dois a seis anos”.

A doutrina, porém, está longe de ser pacífica.

Nos ensinamentos pátrios, Dirceu de Melo³⁸ critica o infanticídio montado à base da *honoris causa*, afirmando que se a vingar a novidade do novo Código (aborto por motivo de honra), dificilmente se manifestará o caso de ter a mãe que lavar a sua dignidade ao momento do parto. Quer dizer, ganharia cenas de absurdo realmente sério o pretender-se que, apenas na undécima hora, encontrasse a mulher, grávida em circunstâncias desabonadoras, ocasião de preservar imagem de pureza ainda não comprometida ante seus pares.

³⁷ Olavo de Oliveira, *apud* Paulo Sérgio Leite Fernandes, Aborto e Infanticídio, São Paulo, Sugestões Literárias, 1972, p. 148.

³⁸ Dirceu de Mello, Infanticídio, 1973, RT 455/292-297.

Wanderley Lacerda Panasco³⁹, suscita um interessante argumento, em oposição ao motivo de honra: o de que a ordem jurídica não pode privilegiar a abjeta causa da premeditação de um crime. Eis o seu raciocínio:

O conceito do motivo de honra diz muito de perto a que o agente agiu através de uma premeditação. O sentido de desonra não pode se formar apenas no instante do parto, promovendo o fato punível. Ele acompanha passo a passo, as evoluções da gravidez (...). (...) Não tendo condições aquisitivas para procurar eliminar o filho que cresce nas entranhas, pelo aborto, ou receosa e sem experiência para tanto, tem que esperar o momento da parturição para matar o próprio filho com o mais admissível vislumbre de premeditação.

Adriano Marrey⁴⁰ engrossa a fileira dos que são contrários à adoção da *honoris causa* como fundamento da incriminação autônoma do infanticídio, eis que a lei atual não mais atende ao motivo do crime, e sim unicamente à decorrência do estado fisiopsíquico da mulher, que, influenciada pelo estado puerperal, mata o próprio filho. Escreveu o citado autor, a respeito que:

Por aí se vê que o legislador penal, embora em regra se haja preocupado com a subjetividade dos motivos determinantes da conduta, não quis valorizar na espécie o motivo de honra. Dele fez abstração e não lhe emprestou nenhum relevo na degradação do homicídio, ao erigir em figura autônoma, como “*delictum exceptum*” de pena atenuada, o fato da morte dada o ser nascente ou recém-nascido. Ateve-se à objetividade da condição de mãe, do sujeito ativo e à concomitante presença do estado puerperal.

Em suma, duas correntes se contrapõem, relativamente à causa de honra como motivo justificante da existência do art. 123 do Código Penal: a primeira é aceita, por constituir-se em um motivo oculto, não escrito na lei, mas presente na *mens legis*; a segunda corrente a nega, com base na inexistência da expressão no texto da lei, por ser causa de premeditação de um crime (motivo que a ordem jurídica não pode prestigiar), por ser constituir em um ato covarde e diante da incompatibilidade do seu conceito com os tempos atuais, tendo em vista a revolução de costumes em matéria sexual e a emancipação da mulher.

³⁹ Wanderley Lacerda Panasco, Medicina Legal face aos Códigos Penais de 1940 e 1969, Rio de Janeiro, Eldorado, 1976, p. 351-352.

⁴⁰ Adriano Marrey, O Crime de Infanticídio, O Conceito de Crime próprio e o problema da co-autoria no crime de Infanticídio, Justitia, São Paulo, nº 43, p. 5-12.

A jurisprudência, vacilante, ora opta por uma ora por outra corrente, como se conclui da leitura dos seguintes: “Infanticídio. Acusada que, logo após o parto, mata o fruto de relação ilegítima. Hipótese de homicídio qualificado afastada. Reconhecimento do estado puerperal, presente a causa da honra”.⁴¹

No caso supracitado, a ré solteira, esperava um filho de um homem que a abandonou à própria sorte, tendo, inclusive, insistido para que ela abortasse, quando soube ela da sua gravidez. A recusa foi determinante porque a mesma queria criar a criança, mas vivendo com os pais, que tudo ignoravam, e precisando esconder de todos seu estado, sua vida começou a ficar, como relata o acórdão “realmente muito difícil”, até que, no momento de dar a luz, “perdeu a cabeça” como acentuou em seu interrogatório, terminando por matar a criança. Na decisão comentada, a existência do estado puerperal, aliado à *honoris causa*, tipifica o infanticídio.

No acórdão seguinte, consta que A.S. foi denunciada com incurso no art. 121, §2º, III do Código Penal, homicídio qualificado por asfixia, porque, tendo dado à luz uma criança do sexo masculino, embrulhou-a em uma calça e, em seguida, atirou-a num córrego, resultando assim sua morte, por asfixia. A ré disse que assim agiu, pois queria esconder tal fato de seu pai. Mesmo reconhecendo a existência do estado puerperal, os Desembargadores, em decisão unânime, entenderam que o que impulsionou a ré foi à vergonha, ou o medo de uma reação de seu pai, que ignorava o deslize praticado pela filha, vejamos:

Infanticídio. Delito praticado por motivo de honra. Estado puerperal reconhecido, embora mentalmente sã a parturiente. Pronúncia que desclassifica o homicídio qualificado pela asfixia para a infiltração do art. 123 do Código Penal confirmada.⁴²

⁴¹ TJ Santa Catarina – Jurisprudência Catarinense nº 35 – jan/mar. 1992 – p. 403-404.

⁴² RT 245/77-80 – 1956.

Discutiu-se, no caso abaixo, se a ré deveria ser considerada autora de crime de infanticídio ou de homicídio qualificado. É que Z.M.A. foi denunciada como incurso no art. 123 do Código Penal, acusada de, após dar à luz a uma criança do sexo feminino, no meio do mato, tê-la estrangulado, causando-lhe a morte, movida pela influência do estado puerperal, “que lhe era particularmente intenso pelo receio de ser descoberta a sua anterior gravidez, decorrente de relações ilícitas com o concunhado da irmã”, ressalta o acórdão:

Infanticídio. Delito caracterizado. Acusada que, após dar a luz, estrangula o filho, matando-o. Fato motivado pelo estado puerperal e na defesa da honra. Pronúncia mantida. Inteligência do art. 123 do Código Penal.⁴³

Chamado a decidir, o Tribunal manteve a decisão *a quo*, entendendo que, se dúvida existia quanto à influência do estado puerperal, eis que o laudo pericial foi realizado cinco dias após o delito e era falho e contraditório, tal dúvida deve ser afastada, uma vez presente a *honoris causa*.

De acordo com o julgado abaixo, a ré ocultou sua prenhez da família, dando à luz uma criança do sexo feminino no banheiro de sua casa e deixando-a cair sobre o vaso sanitário, provocando traumatismo crânio-encefálico; na seqüência dos fatos, cortou-lhe o cordão umbilical sem laquear e, deixando a criança esvair-se em sangue, assistiu aos seus últimos estertores, não lhe prestando qualquer socorro e nem pedindo a alguém, muito embora houvesse pessoas em sua moradia e fosse garantidora da vida da recém-nascida.

Júri. Nulidade. Decisão contrária à prova dos autos. Infanticídio. Materialidade e autoria do delito devidamente comprovado. Estado puerperal também. Novo julgamento ordenado. Apelação provida. Inteligência do art. 123 do CP de 1940.⁴⁴

⁴³ RT 417/111-113 – 1970.

⁴⁴ RT 598/338 – 1985.

No Recurso-Crime nº 683.009.237, proferiu a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul o seguinte acórdão⁴⁵:

Infanticídio. Julgamento da competência do tribunal do júri. O infanticídio tem semelhança, quanto ao seu efeito, com o homicídio, recebendo, porém, especial abrandamento de pena, por razões fisiopsicológicas, eis que se trata de ação praticada sob a influência do estado puerperal. A pronúncia apenas profere um juízo de admissibilidade de acusação. O juízo da causa será proferido pelo Tribunal do Júri. Improvimento de recurso.

No bojo desta decisão, encontra-se o entendimento de que o delito de infanticídio é considerado um *delictum exceptum* justamente pela influência do estado puerperal, que provoca perturbações fisiopsíquicas na mulher durante o parto ou logo após, em razão das dores, do esforço e da perda de sangue, o que atenua a sua imputabilidade. E, caso o puerpério não causasse nenhuma perturbação psicológica, então a ré responderia pelo crime de homicídio.

⁴⁵ RJTJRS – vol.98/79 - 1983.

7 ESTUDO DE CASOS

1) O jornal “Diário de Cuiabá”⁴⁶, em sua edição do dia 09 de setembro de 2006, publicou a matéria sob o título de “Mãe dá a luz e esconde corpo de bebê”, dando conta de crime ocorrido em Várzea Grande, Estado do Mato Grosso, envolvendo, a dona de casa S.C. de 20 anos. Dizia aquele periódico:

A dona de casa S.C., de 20 anos, poderá ser indiciada pelo crime de infanticídio (matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo depois) após policiais militares encontrarem o corpo de um bebê, supostamente natimorto, escondido na gaveta do guarda-roupa de sua casa. O bebê, do sexo feminino, estava embrulhado numa toalha, quando foi encontrado por policiais militares, que detiveram a mãe para investigações. O fato ocorreu no Jardim dos Girassóis, em Várzea Grande.

Como estava debilitada, S.C. teve que ser levada ao Pronto Socorro de Várzea Grande (PSVG) onde ficou internada. Na Delegacia Regional de Várzea Grande, o delegado Aydes de Carvalho solicitou exame de necrópsia do natimorto.

O laudo de necrópsia apontou que o bebê morreu de asfixia mecânica, o que pode ter ocorrido durante o parto prematuro. Conforme revelação do laudo, o bebê nasceu por volta das 2 horas da madrugada de quarta-feira. Na tarde daquele dia, a mulher esteve no Pronto Socorro de Várzea Grande, com um quadro clínico de hemorragia interna.

O médico que a atendeu confirmou à reportagem que a garota apresentava-se com hemorragia interna e que, desde o início do exame, desconfiou que fosse um caso de aborto porque encontrou vestígios de placenta ao examinar a paciente. Então, uma funcionária do Pronto Socorro acionou a Polícia Militar que esteve na casa dela e encontrou o cadáver da criança.

Neste caso, a princípio, atentando-se, apenas, para o elemento temporal, que exige o delito, para a sua configuração, houve infanticídio.

Entretanto, deve-se, também, considerar a elementar da influência do estado puerperal, obtido através de exame psiquiátrico, a fim de que se possa enquadrar a conduta da agente ao tipo descritivo em questão.

⁴⁶ Adilson Rosa. Mãe dá a luz e esconde corpo de bebê. Diário de Cuiabá. Estado do Mato Grosso, 09 de setembro de 2006. Drama Familiar, capa.

2) O jornal “A Gazeta”⁴⁷, em sua edição do dia 19 de novembro de 2008, publicou a matéria sob o título de “Mãe que matou o bebê não tinha depressão”, dando conta de crime ocorrido em Vitória, Estado do Espírito Santo, envolvendo, a faxineira Rosângela Maciel do Nascimento. Dizia aquele periódico:

A faxineira Rosângela Maciel do Nascimento, que confessou ter matado a filha recém nascida a golpes de enxada e enterrado o corpo no quintal de uma casa, tinha perfeita consciência do que fazia. Foi o que concluiu o psiquiatra forense que fez o laudo psiquiátrico sobre a acusada. Segundo ele, a mulher também não sofria de depressão pós-parto quando praticou o crime, no último dia 27.

Durante a entrevista feita com o médico, Rosângela reconheceu que praticou o crime por desespero.

A faxineira teve três filhos – cada um com um homem diferente – e morava com a mãe. Ao psiquiatra, contou que a mãe dela descobriu a gravidez já no oitavo mês e teria decidido expulsar a filha de casa.

Segundo o laudo, Rosângela está “totalmente orientada no tempo, espaço, lugar, não apresentando atitudes insólitas”. “Não há evidências nem foram relatados distúrbio como delírio, alucinações, bem como pensamento ou discurso desorganizado”, consta no documento.

O laudo descreve ainda que a mulher “chora ao falar sobre o ato ilícito, bem como de sua situação sócio-familiar e judicial atual”. “Seu comportamento (...) indica plena consciência e determinação”, informa.

Neste caso, o lapso temporal compreendido entre o nascimento e o cometimento do delito, quatro dias, se enquadra em uma das exigências legais contida no tipo descritivo no art. 123 do CP, porém, como já comprovado através de laudo pericial que a mãe não estava sob a influência do estado puerperal, mas sim, gozava de plena sanidade mental, respondendo dessa forma pelo crime de homicídio e não de infanticídio.

⁴⁷ Fabricio Marvila, Carla Nascimento e Claudia Feliz. Mãe que matou o bebê não tinha depressão. A Gazeta. Vitória – ES, 19 de novembro de 2008. Outros, capa.

8 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho observou-se que o infanticídio, entre os antigos, oscilava da impunidade às penas mais severas, inclusive a de morte, após várias espécies de suplícios.

Iluminados por idéias humanitárias, juristas medievais, notadamente Cesare Beccaria, imaginaram uma pena especial para o infanticida, privilegiada em relação ao homicida, movidos pela piedade que a *honoris causa* lhe causava.

Tal situação era contemplada pelo Código Penal do Império, de 1890, onde havia a figura do infanticídio inspirada em uma situação *honoris causa*, lastreada na defesa da honra da mulher. Assim, o privilégio deferido a conduta em exame fundava-se na reprovação social relacionada à maternidade alheia ao casamento. Desta forma, quando a mulher engravidava antes de casar-se ou, de forma adúlterina, a morte do filho, como subterfúgio à “defesa de sua honra” acabava por receber reprimenda estatal privilegiada em relação ao homicídio clássico.

Porém, a causa da honra foi retirada do Código atual, que prestigiou somente o critério fisiopsicológico, que se revela na expressão sob a influência do estado puerperal.

Realmente, apesar de não constar do texto da lei, a causa da honra pode ser considerada um motivo não escrito, pois, não obstante a sua ausência no texto legislativo, os tribunais continuam a prestigiá-la, como demonstram várias jurisprudências supra citadas.

O fenômeno jurídico do infanticídio é altamente combatido pela ciência médica, que chama a atenção, substancialmente, para a absoluta distinção entre estado puerperal (avocado pelo tipo penal) e o puerpério, que é uma situação pela quais todas as mulheres que dão à luz passam, representando o lapso temporal entre o nascimento do filho e a involução dos caracteres orgânicos da mãe ao estado normal (de não gestante).

Além disso, a psicologia enfatiza a disparidade do infanticídio legal e a depressão pós-parto. Por estas razões, a configuração do elemento subjetivo do tipo do infanticídio acaba sendo um resultado por exclusão, e inumeráveis elementos o excluem, tornando excepcionalmente difícil tê-lo de fato.

Quando se diferencia o estado puerperal de qualquer debilidade mental, a consequência lógica é seu posicionamento em uma tênue linha que figura entre a insensatez moral e a razão natural, existencial, sem nunca se afastar da consciência. Diante deste paradoxo, como é possível que alguém consciente perca o estribo moral, se a própria consciência é um pressuposto da moral?

A idéia do colapso moral não se sustenta senão em um estado de inconsciência, e se tal existe, não há que falar em crime, uma vez que a incapacidade de discernimento, mesmo que momentânea, exclui a culpabilidade da conduta, e com isso não há que se falar em crime.

Acredito que, se a agente não praticou o delito em estado grave, se a privação de sentidos não foi integral, restará uma parcela de responsabilidade por parte do agente criminoso. Trata-se, então, de uma delinqüente semi-imputável, e que deve ser penalizada pela ordem jurídica.

Segundo Damásio de Jesus⁴⁸:

Se, em consequência da influência do estado puerperal, a mulher vem a sofrer simplesmente perturbação da saúde mental, que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação aplica-se o disposto no art. 26, parágrafo único CP.

⁴⁸ DAMÁSIO DE JESUS, op, cit., p. 25-56.

Todavia, se uma mulher, por força da psicose puerperal, vier a matar o próprio filho durante ou logo após o parto, deverá ser levado em consideração seu estado débil e inconsciente mesmo que transitório, pois, para o nosso Código Penal basta que esse estado esteja presente no momento da ação ou omissão.

Em relação ao parágrafo acima, Damásio de Jesus⁴⁹ afirma:

se, em decorrência do estado puerperal a mulher vem a ser portadora de doença mental, causando a morte do próprio filho, aplica-se o art. 26 “*caput*” CP: exclusão de culpabilidade pela imputabilidade causada pela doença mental.

Devido ao que foi exposto no decorrer o trabalho acredito que possamos enveredar por outros caminhos, passando a enquadrar tal delito de formas diferentes de acordo com o motivo para o cometimento do crime.

Sendo a parturiente influenciada na concretização do delito por motivos de honra e sócio-econômico, tal elemento subjetivo se enquadraria no parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, desde que devidamente acrescido do lapso temporal conjuntamente do seu sujeito ativo (a própria mãe) e sujeito passivo (o próprio filho), tendo sua pena diminuída de um sexto a um terço.

Art. 121, CP – Matar alguém:

Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§1º Se o agente cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

⁴⁹ DAMÁSIO DE JESUS, op, cit., p. 25-56.

É possível, que o estado puerperal cause na mulher uma perturbação psicológica de natureza patológica. Nesta hipótese, é preciso distinguir. Se essa perturbação psíquica constitui doença mental acarretando um total desapossamento de consciência, está isenta de pena nos termos do art. 26 *caput*. Se a perturbação psíquica não lhe retira a inteira capacidade de entender e de querer, responde pelo delito de homicídio, porém, com a pena atenuada, em face do art. 26, parágrafo único, do estatuto penal.

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

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

Assim, tal procedimento revogaria o artigo 123 do Código Penal Brasileiro reclamado por inúmeros penalistas brasileiros, dentre eles James Tubenchlak⁵⁰, que justifica sua sugestão dizendo:

Deve ser revogado, por desnecessário, o art. 123, CP, que tipifica o delito de infanticídio, pois a influência do estado puerperal, bem assim a *honoris causa*, já se encontram contemplados, respectivamente, nos art 26, parágrafo único e 121, parágrafo 1º, do mesmo diploma.

Não se pretendeu negar a validade da norma, apenas condicioná-la a outros valores e outras ciências para que o Direito possa se adequar à dinâmica da sociedade. A norma em sua forma legal é somente um corpo elástico à procura de um espírito que a anime.

⁵⁰ TUBENCHLAK, James – Estudos Penais, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 217.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Aborto e Infanticídio*, Conferência proferida em 25.2.72, na Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo, publicada nos anais do ciclo de conferência.

BALESTRA, Andrés Augusto. *Aborto e Exposição de Incapaz*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenada por Rubens Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro: Ediouro, 1965, p. 174.

BENTHAN, Jeremias, *Teoria das Penas Legais*. Trad. Clássica revisada, São Paulo: Livraria e Editora Logos, n/c, *apud* CARRARA, Phaelante da. Revista Acadêmica da Fac. De Direito de Recife.

BRUNO, Aníbal *Direito Penal*, v. 1, t. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, Heitor Veiga de. *Lições de Medicina Legal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1943, p. 84.

CONDURÚ, Marise Teles. *Elaboração de Trabalhos Acadêmicos: normas critérios e procedimentos*. 3. ed. ver. ampl. e atual. Belém, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Infanticídio*, in *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed. Ver. e amp., 1995.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*, 27ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1979.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, Parte Especial*, vol. 2, 20ª ed. ver. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito Penal*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 1995.

NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, 31ª ed. Atualizada, vol 2, São Paulo: Saraiva, 2000.

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

ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, apud Edgar Magalhães Noronha, atualizado, São Paulo Saraiva, 31ª ed., 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1996.

JUSNAVIGANDI, <http://www.jusnavigandi.com.br>, Acesso em: 06 Ago 2008.

BOLETIMJURIDICO, <http://www.boletimjuridico.com.br>, Acesso em: 06 Ago 2008.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM PROCESSAMENTO DE DADOS, http://www_sindp.org.br, Acesso em: 06 Ago 2008.