

MAURO ARGACHOFF

INFANTICÍDIO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Vicente Greco Filho.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011**

À minha mãe, responsável por minha chegada até aqui.

À minha irmã, sobrinhos e demais familiares, pelo carinho dispensado.

Aos meus amigos, pelo incentivo.

Aos queridos Dona Margarida e Doutor Farid, pessoas que surgiram em minha vida para não mais saírem.

À amiga Alessandra, pela confiança sempre depositada.

Agradecimento

Ao Professor Vicente Greco Filho, meu orientador, exemplo de humildade e sabedoria, com minha eterna gratidão pela confiança, respeito e ensinamentos.

RESUMO

Tipificado de forma autônoma pela nossa legislação, o delito de infanticídio, previsto no artigo 123 do Código Penal, trata da conduta da mãe que tira a vida do próprio filho durante ou logo após o parto.

Historicamente cercado de dúvidas e pontos de conflito, a conduta infanticida passou por extremos, indo da punição absolutamente desumana à total benevolência para com o violador da norma.

Analisada a figura típica do infanticídio, percebe-se uma modalidade especial do crime de homicídio que o legislador preferiu apenar mais brandamente. Em um primeiro momento, foi levado em consideração para justificar tal abrandamento o critério psicológico, baseado na honra da mãe. Posteriormente, tal critério foi substituído pelo fisiopsicológico, onde o estado puerperal passou a ser a elementar do tipo. Em conjunto com o estado puerperal, o lapso temporal em que a conduta deve ser praticada, durante ou logo após o parto, fazem do infanticídio um dos delitos que mais geram dúvidas dentro no ordenamento jurídico vigente.

Considerada a genitora sujeito ativo do delito, o estado puerperal como elementar do tipo suscita questionamentos a respeito da prática do crime em concurso de agentes. Igualmente, a não previsão da modalidade culposa ao tipo caracteriza uma lacuna geradora de conflitos doutrinários em caso da morte do nascente ou neonato por imprudência ou negligência da mãe.

Juntamente com toda problemática que o tipo apresenta, o julgamento do delito pelo Tribunal do Júri, com as alterações legislativas recentemente sofridas por esse instituto, faz com que o infanticídio seja, mais uma vez, objeto de dúvidas com relação ao modo como a quesitação deve ser apresentada.

Útil ao estudo do tema, uma análise do crime, frente às legislações dos demais países da América Latina e alguns países da Europa, darão um quadro geral de como o delito é tratado fora de nossas fronteiras.

Por fim, espera-se contribuir para que se forme uma opinião sobre a necessidade ou não da manutenção do tipo, de forma autônoma, em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Infanticídio, estado puerperal, parto, critério psicológico, critério fisiopsicológico.

ABSTRACT

Typified autonomously by our legislation, the crime of infanticide under the article 123 of the Penal Code, deals with the behaviour of the mother who takes the life of her own son during the child-birth or soon after it.

Historically surrounded by doubts and conflicts, the infanticidal conduct has gone through extremes, from totally unhumane punishment to total benevolence for the violator of the law.

After analyzing the typical figure of infanticide, we can notice a special genre of homicide that the legislator chose to punish more softly. At first it was considered the psychological criterion to justify such mitigation, based on the mother's honour. After that, such criterion was replaced by the physiopsychological, where the puerperal state became the base of the type. Together with the puerperal state, the time lag in which the conduct must be practised, during the child-birth or soon after that, turns the infanticide into one of the crimes that most generates doubts inside the actual legal system.

As the genitor is considered the active subject of the crime, the puerperal state as the base of the type evokes questioning about the practice of the crime in competition of agents. In the same way, the non prevision of the fault mode to the type characterizes a gap generator of doctrinaire conflicts in case of the death of the new born because of the mother's imprudence or neglect.

Together with all the set of problems that the type introduces, the judgement of the delict by the Court of Justice, with the recent legislative changes occurred in this institute, turns the infanticide, once more, the object of doubts in respect to the way the inquiry is presented.

Useful for the study of the subject, the analysis of the crime facing the legislation of the other Latin American countries and some European countries will show a general view of how the delict is dealt with outside our borders.

Finally, it is expected to contribute in order to form an opinion about the necessity or no necessity of the maintenance of the type autonomously in our legal system.

Keywords: Infanticide, child-birth, puerperal state, psychological criterion, physiopsychological criterion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Escolha do tema	9
2. Roteiro do Trabalho	11
I. CONCEITUAÇÕES E QUESTÕES MÉDICO-LEGAIS	13
1. Parto	13
2. Parturiente e Puérpera	15
3. Infante Nascente e Recém-Nascido	16
4. Questões Médico-Legais	18
4.1. Docimasia	19
4.2. Causas da Morte	21
II. A EXPRESSÃO INFANTICÍDIO E ESBOÇO HISTÓRICO	24
III. A EVOLUÇÃO DO TIPO NO DIREITO PÁTRIO	30
1. Ordenações do Reino	30
2. Código Penal de 1830	31
3. Código Penal de 1890	32
4. Código Penal de 1940	34
5. A Prática do Infanticídio Indígena no Brasil	36
IV. O BEM JURÍDICO TUTELADO	44
V. CORRENTES PSICOLÓGICA E FISIOPSICOLÓGICA NO CRIME DE INFANTICÍDIO	46
1. Corrente Psicológica	46
2. Corrente Fisiopsicológica	49
VI. O ESTADO PUERPERAL, SUA INFLUÊNCIA E O ELEMENTO CRONOLÓGICO	52
VII. SUJEITOS DO DELITO	60
1. Sujeito Ativo	60
2. Sujeito Passivo	61
3. O Erro Sobre a Pessoa do Sujeito Passivo	62

VIII. A QUESTÃO DO CONCURSO DE AGENTES	64
IX. O ELEMENTO SUBJETIVO – CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DA MODALIDADE CULPOSA	70
X. O INFANTICÍDIO E O CRIME DE EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO	75
XI. O INFANTICÍDIO E O CRIME DE DESTRUIÇÃO, SUBTRAÇÃO OU OCULTAÇÃO DE CADÁVER.....	79
XII. CRÍTICAS À FIGURA TÍPICA.....	81
XIII. LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO	85
XIV. O JULGAMENTO DO DELITO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.....	89
1. O Júri no Direito Brasileiro.....	89
2. Questionário no delito de infanticídio.....	90
XV. O INFANTICÍDIO NO DIREITO ESTRANGEIRO	95
1. Infanticídio com tipificação autônoma	97
1.1. Código Penal da Bolívia	97
1.2. Código Penal do Chile	97
1.3. Código Penal da Colômbia	98
1.4. Código Penal de Cuba.....	98
1.5. Código Penal do Equador	99
1.6. Código Penal da Guatemala.....	99
1.7. Código Penal de Honduras	100
1.8. Código Penal da Nicarágua.....	100
1.9. Código Penal do Peru	100
1.10. Código Penal da República Dominicana	101
1.11. Código Penal do Uruguai.....	101
1.12. Código Penal da Itália.....	102
1.13. Código Penal de Portugal	102
2. Infanticídio Como Conduta de Homicídio.....	103
2.1. Código Penal da Argentina	103
2.2. Código Penal da Costa Rica.....	104
2.3. Código Penal de El Salvador	105
2.4. Código Penal do México.....	105
2.5. Código Penal do Panamá	106
2.6. Código Penal do Paraguai.....	107

2.7. Código Penal da Venezuela	107
2.8. Códigos Penais da Alemanha e Espanha	108
2.9. Código Penal da França	108
XVI. PROJETOS REFERENTES À MATÉRIA EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL.....	109
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

1. Escolha do tema

O tema tratado no presente trabalho, longe de ser considerado novo, chama a atenção justamente pelo contrário. Os chamados “crimes contra a vida” sempre causaram um maior interesse por parte de todos aqueles que se iniciam no estudo do direito penal, bem como por parte da sociedade leiga.

Tal assertiva demonstra-se verdadeira, observando-se o primeiro contato de um estudante de graduação em direito com a ciência criminal ou quando da ocorrência de um crime de homicídio noticiado exaustivamente pela imprensa, fazendo com que as pessoas, em geral, fixem seus olhares para o caso aguardando o deslinde das investigações.

Se a prática de um crime de homicídio, muitas vezes, tem essa capacidade de intrigar as pessoas, o que se dirá da retirada da vida de um recém-nascido por parte da própria mãe?

Óbvio que o crime de infanticídio ocorre em escala infinitamente menor do que o homicídio, mas ainda assim não deixa de ser verificado, devendo ser enfrentado pelos tribunais.

Tendo em vista a gravidade do delito, onde a mãe põe termo à vida do próprio filho quando a natureza manda que se faça justamente o contrário, protegendo-se o ser frágil e incapaz de se defender, há quem diga que deveria o infanticídio ser apenado até mais gravemente do que o próprio homicídio por ser mais repulsivo do que este.

As dificuldades enfrentadas ao largo da história com relação ao infanticídio chamaram a atenção de diversos estudiosos pátrios e estrangeiros. Pretendemos discorrer sobre tal problemática ao longo do trabalho, mostrando como o direito foi se modificando até chegarmos ao conceito hoje em vigor. De que forma passamos da punição exacerbada para a total ausência de punição e finalmente ao modelo atual.

Iremos observar também que, devido à estreita ligação do tipo penal com fatores psicológicos, torna-se complexo o diagnóstico de sinais de tendência delitiva, bem como a

prevenção, isto porque, na maioria das vezes, a mulher apresenta um histórico de absoluta normalidade.

Difícil diagnosticar o que desencadeia tal transtorno psicológico. Cumpre atentar para o fato de que a educação sexual, bem como o acesso à contracepção poderiam evitar gestações indesejadas, sendo este um fator considerado relevante nos casos de infanticídio.

Estudo publicado no *International Journal of Law and Psychiatry*, a respeito de investigação sobre infanticídio, mostrou um padrão muito comum de mulheres pobres e solteiras com gravidez indesejada que matam seus filhos recém-nascidos. No entanto, nem todas as mulheres que cometem infanticídio se encaixam nesse padrão.¹

Isso permite sustentar que fatores sociais, gravidez indesejada, abandono familiar, baixo nível intelectual e econômico, podem sim influenciar na prática do delito, mas não são desencadeadores do mesmo.

Tais observações conduzem minimamente a alguns questionamentos:

- a) O que leva à prática de tal delito?
- b) Por qual motivo uma mulher ceifa a vida de seu próprio filho, aguardando o início do parto ou logo após, sendo que poderia fazê-lo ainda durante a gestação?
- c) O fator defesa da honra deve ser levado em consideração ou o que realmente pesa é o estado psicológico no momento do crime?
- d) É possível ou não se estabelecer um período determinado para o chamado estado puerperal?
- e) Merece a conduta um tipo autônomo ou este não mais se justifica?
- f) Será ainda o infanticídio o delito das mulheres sem maridos ou das jovens iludidas e abandonadas, que procuram com a morte do próprio filho remediar uma situação socialmente inaceitável?

¹WOMEN and criminality. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 32, n. 1, p. 43-47, Jan./Febr. 2009. FRIEDMAN, Susan Hatters; RESNICK, Phillip J. Neonaticide: phenomenology and considerations for prevention. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 32, n. 1, p. 43-47, 2009.

- g) Deve ser o crime apenado mais brandamente devido às condições em que foi praticado ou, ao contrário, mais gravemente devido ao bem jurídico atingido?

Todas essas dúvidas fizeram com que o presente tema fosse escolhido. Procuramos respostas que nem sempre foram encontradas. Dúvidas novas surgiram, como é comum e salutar que aconteça quando se mergulha em um assunto para tentar entendê-lo. Esperamos, evidentemente, não o esgotamento do tema, mesmo porque isso não é possível na ciência do direito, mas reflexões a respeito de um delito cujas razões ainda são pouco compreendidas.

2. Roteiro do Trabalho

O presente estudo foi desdobrado em 16 capítulos. Objetiva-se uma abordagem geral do tema, passando por sua evolução histórica, levando-se em consideração não só a legislação pátria, mas também o direito estrangeiro.

O conceito de estado puerperal será tratado em tópico próprio, promovendo-se uma análise das alterações psicológicas (motivo de honra) e fisiopsicológicas (desequilíbrio fisiopsíquico) da puérpera, sujeito ativo do delito.

As questões do concurso de agentes, da ação culposa e do momento consumativo do delito nas expressões “durante” ou “logo após o parto” serão confrontadas, procurando-se mostrar os diversos posicionamentos doutrinários a respeito de tais tópicos.

Os fatores médico-legais foram analisados, dando-se ênfase às perícias, às docimasias e causas da morte.

Não seria possível também discorrer sobre tal tema sem uma análise a respeito da necessidade ou não da existência de uma figura típica autônoma, bem como as consequências que poderiam advir com a supressão do tipo.

A prática da conduta pelas comunidades indígenas também foi estudada, confrontando-se o posicionamento dos antropólogos e religiosos, dando-se destaque às atuais discussões parlamentares a respeito do tema.

Com relação aos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, pesquisa foi elaborada objetivando elencar aqueles mais importantes com referência à matéria, bem como os pontos polêmicos dos debates.

Será também oferecida uma apreciação dos números de casos julgados pelos Tribunais do Júri de São Paulo, os registros policiais, e a problemática da quesitação do delito durante os julgamentos, de acordo com a nova redação do Código de Processo Penal pátrio.

Por fim, será apresentado um quadro de como o delito é tratado pelo direito estrangeiro.

I. CONCEITUAÇÕES E QUESTÕES MÉDICO-LEGAIS

Procedendo à análise do tipo, objeto do presente trabalho, é necessário que se estabeleça alguns conceitos que auxiliarão na compreensão daquilo que será exibido ao longo do estudo, tendo em vista tratar de termos também diretamente ligados à medicina.

Veremos, por exemplo, as diferentes definições de parto apresentadas por alguns autores. É notório o significado da palavra parto, contudo, procuramos analisar o termo de forma técnica, diferenciando, inclusive, o “início do trabalho de parto” para a obstetrícia e para a medicina legal.

Com relação aos termos parturiente, puérpera, infante nascente e recém-nascido, procuraremos demonstrar o significado e distinção entre os mesmos, uma vez que serão utilizados em diversas passagens, merecendo desde logo a devida atenção e familiarização por parte do leitor.

A conceituação de estado puerperal será efetuada no transcorrer do trabalho, em tópico próprio, em uma análise mais aprofundada, visto tratar-se do núcleo do estudo.

Por fim, faremos uma análise de questões médico-legais como: docimias (explanando sobre as diversas modalidades deste tipo de prova de vida extrauterina ou autônoma) e causas da morte.

1. Parto

Odon Ramos Maranhão definiu parto como sendo “o mecanismo fisiológico pelo qual o produto da concepção, tendo alcançado adequado grau de desenvolvimento, suficiente para a vida autônoma, é eliminado do útero materno. Essa expulsão pode ser *espontânea* (parto natural) ou *cirúrgica* (parto cirúrgico).”²

²MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1995. p. 178.

Merece referência também a definição de Oswaldo Pataro, segundo o qual “parto é o conjunto dos fenômenos fisiológicos e mecânicos que, no termo da gravidez, acarretam a expulsão do feto e a expulsão de seus anexos.”³

Delton Croce e Delton Croce Júnior definem parto como o “conjunto de fenômenos mecânicos, fisiológicos e psicológicos expulsivos do feto a termo, ou já viável, e de seus anexos, do âmulo materno para o exterior.”⁴ Referidos autores ainda conceituam como parto de via alta aquele quando feito de forma cirúrgica (cesariana) e parto de via baixa, se vaginal, entendendo que essa última deveria ser a nomenclatura utilizada para a expressão parto normal, visto que, por mais natural que seja o ato de parir sempre deixa sequelas.⁵

Observa-se que os conceitos quase não diferem entre si. Estabelecido então o que vem a ser parto, necessário agora que se verifique quando tem início e termo, isto porque, segundo João José Caldeira Bastos, o parto demarca os limites entre o aborto e o homicídio, falando-se no crime de aborto antes do parto e crime de homicídio ou infanticídio depois do parto.⁶

Ainda é de Dalton Croce e Dalton Croce Júnior a explicação com relação a tal questão. Diferenciam os autores o início do trabalho de parto para a obstetrícia e para a medicina legal, sendo que para a primeira o início se dá com o surgimento das contrações uterinas verdadeiras, enquanto para a medicina legal, com a ruptura da bolsa das águas. Quanto ao término do parto, tanto a medicina legal quanto a obstetrícia entendem ocorrer com a dequitação da placenta, iniciando-se a fase denominada puerperal.⁷

Merece ainda referência a colação de Olavo Oliveira, classificando o parto em: *abortivo*, quando verificado anteriormente à viabilidade fetal; *prematuro*, quando o produto da concepção, já viável, desde o 6º mês, é expulso; *precoce*, quando efetuado com pequena antecipação, entre 265 e 275 dias de gestação; *a termo*, quando a expulsão do

³PATARO, Oswaldo. *Medicina legal e prática forense*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 284.

⁴CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 511.

⁵Id. *Ibid.*, p. 512.

⁶BASTOS, João José Caldeira. Lesões no feto: proteção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 7, p. 104, jul./set. 1994.

⁷O trabalho de parto processa-se em três períodos: 1) de dilatação, durante o qual o canal cervical e o colo do útero se dilatam para deixar passar o conceito; 2) de expulsão, que se estende do momento da dilatação total até a separação completa materno-fetal; 3) do livramento ou dequitação, em que a placenta se desloca normalmente, na camada esponjosa da decídua basal, por preeamento da parede interna do útero, conseqüente a sua retração *post partus*, e elimina-se para o exterior, amiúde, 5 a 10 minutos após a expulsão do ser nascente, iniciando a fase dita puerperal.

produto da concepção ocorre na época normal e finalmente *tardio ou serodino* quando o parto ocorre em gravidez que ultrapassa o limite ordinário.⁸

De maneira muito simplista, Hungria define o *início* do parto como sendo aquele em que ocorre a “apresentação do feto no orifício do útero”.⁹

Outra questão que deve ser objeto de análise é o estudo do parto na mulher viva ou na mulher morta, sendo indispensável o exame da mãe no caso de infanticídio.

Na mulher viva com parto recente, o perito observará sinais secundários da gravidez (engurgitamento das mamas, a pigmentação areolar, hipertrofia dos tubérculos de Montgomery, presença de colostro), alterações genitais internas, lesões e fluxos (lóquios). Na mulher viva com parto antigo são buscados estigmas corporais deixados pela gravidez como cicatrizes, além de ser examinado o colo do útero.¹⁰

Já a realização do diagnóstico do parto recente ou antigo na mulher morta, deve ser feito observando-se todos os elementos analisados quando do diagnóstico na mulher viva, dando-se maior importância aos detalhes do estudo do útero e dos ovários.¹¹

2. Parturiente e Puérpera

O chamado período de gestação tem seu início no momento da concepção e seu término com o parto.

A duração da gravidez é de 270 a 280 dias, que corresponde a 9 meses do calendário ou 10 meses lunares, de 4 semanas, de acordo com o método alemão.¹²

Quando a mulher encontra-se em pleno trabalho de parto ela será chamada de *parturiente*. Aquela mulher que pariu recentemente é chamada de *puérpera*.¹³

⁸OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1959. p. 260-261.

⁹HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 5, p. 251.

¹⁰CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 517-518.

¹¹COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10301>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

¹²OLIVEIRA, Olavo. op. cit., p. 260.

¹³CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 512.

Tendo a mulher engravidado pela primeira vez, ela é chamada de *primigesta*, sendo *secundigesta* a que se encontra em sua segunda gravidez e *multigesta* quando da terceira gravidez em diante.¹⁴

Já com relação ao número de partos sofridos, *primípara* é a mulher que pariu apenas uma vez, sendo chamada de *secundípara* quando pariu duas vezes e *multípara* aquela que pariu três vezes ou mais.¹⁵

3. Infante Nascente e Recém-Nascido

Utilizando a lei penal à expressão *durante o parto ou logo após*, é preciso estabelecer a diferença entre o *infante nascente* e o *recém-nascido*.

A morte criminoso do feto que está nascendo costuma ser chamada de feticídio.¹⁶ Entre nós não existe o tipo próprio de feticídio, tratando-se de infanticídio mesmo ou de aborto, se ocorrida a morte antes do parto.

A propósito, como destaca Hélio Gomes: “a palavra feto, usada comumente para designar o ser nascente, é considerada por Manzini imprópria, porque o nascente vivo não é feto, nem biológica nem juridicamente; é pessoa, pois a personalidade começa com o nascimento com vida.”¹⁷

Sobre o tema, pronunciou-se Paulo Sérgio Leite Fernandes da seguinte maneira: “Infante nascente é aquele já considerado pelos romanos como infante sanguinolento, cruento, envolto no sangue materno ou fetal.”¹⁸

Não se pode negar que o feto nascente constitua um ser vivo, embora não possua todas as atividades vitais, tendo nosso Código Penal equiparado a figura do nascente ao nascido. Como se extrai da afirmação de Hungria: “À imitação do Código Italiano, o nosso não quis seguir a sugestão de Severi, no sentido de criar-se, sob o nome de feticídio, uma

¹⁴CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 512.

¹⁵Id. Ibid., p. 512-513.

¹⁶GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 420.

¹⁷Id., loc. cit.

¹⁸FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. p. 144.

figura criminal intermédia entre o aborto e o infanticídio, a qual seria precisamente a ocisão do ser humano nascente.”¹⁹

Neonato ou recém-nascido, como explica Maggio, é aquele que acabou de nascer, respirou, mas não recebeu cuidado especial algum; destaca ainda o autor a desnecessidade da viabilidade, sendo mesmo o ser disforme ou monstruoso tutelado pela lei.²⁰

Observa Hungria, ratificando a ideia de desnecessidade de vitalidade que: “Tão intangível é o minuto de vida de um recém-nascido quanto o último instante de vida do moribundo. Pelo fato de não ser *vital*, o feto não deixa de estar *vivo*, e o infanticídio existe desde que haja a ocisão de um neonato vivo, pouco importando as condições de maturidade, de desenvolvimento, de conformação, de força, numa palavra: da vitalidade que apresenta.”²¹

Hélio Gomes também defende expressamente este ponto de vista, segundo o qual “a viabilidade não é condição necessária à caracterização do delito: mesmo não viável, mas desde que o feto tenha nascido vivo, a infanticídio se verificará com sua morte. Um natimorto, entretanto, está nas condições da mola²²: constitui crime impossível”.²³

Merece referência, ainda, a colocação de Maggiore, para quem neonato é um ser que nasceu vivo. Diz o autor: “Neonato denota pertanto un essere nato vivo. Ocorre cioè una *vita* concreta e certa, e non soltanto una speranza di vita come nel-l’aborto; una vita extrauterina la quale in generale si accerta mediante la respirazione polmonare. La *vitalità* non è necessaria, como si è detto per l’omicidio: anche Il *deforme* e Il *mostruoso* sono tutelati dalla legge.”²⁴

¹⁹HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 251.

²⁰MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 28-29.

²¹HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 253.

²²Mola hidatiforme é uma variedade do chamado ovo abortivo, ou seja, do ovo formado pelo embrião e trofoblasto que experimenta, espontaneamente, no curso da ontogênese, a degeneração e a morte, sendo expulso cedo ou tardiamente após a conseqüente interrupção da gravidez. Cf. CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 504.

²³GOMES, Hélio. op. cit., p. 420-421.

²⁴MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale: parte speciale: delitti e contravvenzioni*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1953. v. 2, p. 750.

4. Questões Médico-Legais

Tendo em vista seu caráter técnico, o infanticídio suscita vários problemas que dependem de perícia médica para o encontro de uma solução. Passaremos a analisar algumas destas questões e os posicionamentos dos estudiosos no assunto médico-legal, objetivando demonstrar as dificuldades encontradas no delito em estudo, bem como os cuidados que devem ser tomados para que se caracterize efetivamente a figura típica analisada.

Para Hélio Gomes,²⁵ o crime de infanticídio exige para sua caracterização: prova da condição de nascendo ou recém-nascido; prova de vida extrauterina; diagnóstico da causa da morte e exame da puérpera.

1 – Prova da condição de nascendo ou recém-nascido: ocorrida a morte durante o nascimento a perícia não poderá se valer das docimásias respiratórias, devendo lançar mão das docimásias circulatórias, tendo em vista que mesmo sem ter respirado o sangue circula pelas artérias do feto. Com relação à determinação da época da morte, é de se observar que a cronotanatognose do recém-nascido é semelhante à do adulto, contudo a putrefação, ao contrário, começa pelo exterior e não pelo intestino, sendo a putrefação gasosa mais lenta.

2 – Prova de vida extrauterina: as provas destinadas a demonstrar a vida extrauterina são chamadas de docimásias, cujo significado é “eu provo, eu experimento”. Baseia-se na existência de sinais respiratórios e digestivos de vida.

3 - Diagnóstico da causa da morte: a causa da morte pode ter natureza criminal e não criminal. Por questões óbvias, o presente trabalho somente se ocupará das questões de natureza criminal.

4 – Exame da puérpera: é indispensável nos casos de infanticídio que se proceda ao exame da mãe. A verificação se houve ou não parto, a gravidez, a influência do estado puerperal, etc., somente se dará com a perícia médica efetuada na mãe.

²⁵GOMES, Hélio. op. cit., p. 423.

4.1. Docimasia

É o conjunto de provas destinado a mostrar a vida extrauterina ou autônoma. Objetivando um estudo preciso do tema, passaremos a analisar não apenas a já conhecida docimasia hidrostática de Galeno, mas as diversas docimasia existentes, conforme elencadas por Delton Croce e Delton Croce Júnior²⁶:

- a) Docimasia hidrostática pulmonar de Galeno: baseia-se na densidade do pulmão que respirou e do que não respirou. Coloca-se o pulmão extraído do cadáver em água à temperatura ambiente. Se houver flutuação do órgão ficará demonstrado que o mesmo contém ar, supondo-se então que a respiração havia começado. Observe-se que tal regra não é absoluta, pois outros fatores podem ter contribuído para a entrada de ar nos pulmões, como os próprios gases da putrefação, por exemplo.

Com referência a esta docimasia, merecem transcrição as palavras de Nerio Rojas: “La técnica de la docimasia pulmonar hidrostática es esencial; una falla de técnica puede ser motivo de una conclusión equivocada con lamentables consecuencias judiciales: hacer condenar a uma inocente o absolver a uma culpable.”²⁷

- b) Docimasia histológica²⁸ de Balthazard: consiste no exame histológico dos cortes dos pulmões, ao microscópio. Nos pulmões do natimorto os gases da putrefação desenvolvem-se no tecido conjuntivo, enquanto nos pulmões do recém-nato que respirou os gases se formam nos alvéolos.
- c) Docimasia diafragmática de Plocquet: a abertura da cavidade toracoabdominal do cadáver permite visualizar as hemicúpulas diafragmáticas em convexidade exagerada, caso os pulmões não tenham respirado, e em posição horizontalizada, quando a respiração autônoma existiu.
- d) Docimasia óptica ou visual de Bouchut: a inspeção direta do pulmão registra aspecto hepatizado do órgão, quando o feto não respirou, e superfície em mosaico, se ocorreu respiração autônoma.

²⁶CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 561-563.

²⁷ROJAS, Nerio. op. cit., p. 258.

²⁸Entende-se por histologia o estudo da composição e estrutura microscópica dos tecidos orgânicos. DICIONÁRIO brasileiro globo. São Paulo: Globo, 1996. p. 338.

- e) Docimasia radiológica de Bordas: os campos pleuropulmonares de quem respirou apresenta-se aos raios X com tonalidade escurecida. Os pulmões que não respiraram bem como os portadores de graus variáveis de atelectasia, ou pneumonia, mostram opacidade aos raios de Roentgen, em forma de punho ou triangular, o que diminui o valor prático da prova.
- f) Docimasia gastrintestinal de Breslau: Tem indicação em recém-nascido esponejado, do qual só se tem o abdome. Baseia-se no fato de que com os primeiros movimentos respiratórios, ocorre deglutição de ar, que se instala no estômago nas primeiras horas. O resultado da prova deve ser visto com reservas.
- g) Docimasia auricular de Wreden-Wendt-Gélé: é praticada em infante esponejado do qual só se tem a cabeça. Baseia-se na existência de ar no ouvido médio, aí levado através das trombas de Eustáquio, nos primeiros movimentos respiratórios e de deglutição do infante nascido vivo. O resultado desta prova também deve ser visto com reservas.
- h) Docimasia do nervo óptico de Mirto: feita no crânio sem sinais de putrefação. Examina-se a mielinização do nervo óptico que se inicia após as primeiras 12 horas do nascimento, completando-se em torno do quarto ou quinto dia. Seu maior valor reside na determinação do tempo de sobrevivência do nascido vivo.
- i) Docimasia epimicroscópica pneumo-arquitetônica de Hilário Veiga de Carvalho: corta-se o pulmão lavado em formalina e goteja-se glicerina. Se houve respiração autônoma os alvéolos pulmonares mostram-se regularmente distribuídos e arredondados. Em caso contrário visualiza-se um fundo negro sem imagens.
- j) Docimasia hidrostáticas de Icard: complementam a docimasia pulmonar de Galeno nos casos duvidosos. São feitas por aspiração e imersão em água quente.
- k) Docimasia plêurica de Placzek: na cavidade pleural normalmente existe pressão negativa. Ela não pode ser encontrada no infante que não respirou.
- l) Docimasia pneumo-hepática de Severi: consiste na colheita de sangue no fígado e no pulmão, determinando-se as taxas de hemoglobina. Se forem idênticas não

houve respiração. Se mais alta no sangue do pulmão, sinal de respiração autônoma.

- m) Prova hemato-arteriovenosa de França: quando restar apenas um membro, superior ou inferior. Consiste em dissecarem-se as artérias e as veias com coleta separada de sangue, procedendo-se, a seguir, a uma cuidadosa dosagem da oxiemoglobina de ambas as amostras. Conclui-se pela respiração se a oxiemoglobina mostrar-se mais alta no sangue arterial.

Questão que igualmente merece ser analisada é aquela referente aos casos em que a vítima ainda não respirou. Referem-se então os autores ao chamado “Tumor do Parto”. Nos ensinamentos de Almeida Júnior: “Quando a cabeça do feto se insinua no canal pélvico, um desequilíbrio se estabelece entre a pressão externa e a pressão interna, esta última cada vez maior.”²⁹

Na mesma linha segue Hungria referindo-se ao “tumor de parto ou bossa serosanguínea”: “Trata-se de uma bossa de consistência mole, pastosa, bastante definida em relação às partes adjacentes, notadamente pelo carregado da sua cor vermelha. Apresenta, de regra, o tamanho de uma noz, mas nem sempre é visível a simples inspeção externa. Resulta ela do desequilíbrio de pressão entre a parte do corpo fetal, ainda contida no útero e premida pelas contrações uterinas, e a parte que se mostra no orifício uterino. A existência dessa bossa não apenas demonstra que o parto já se iniciara, como também indica a reação vital do feto, isto é, pode deduzir-se de sua presença (ou seus vestígios) que o feto estava ainda vivo no início da expulsão.”³⁰

4.2. Causas da Morte

Como já analisado, a medicina legal, quando trata do infanticídio, preocupa-se inicialmente em estabelecer se a criança nasceu viva. Objetiva-se provar se houve morte violenta, tendo em vista que a possibilidade de morte natural é absolutamente compatível com todas as idades e ainda mais em recém-nascidos devido à fragilidade que lhes é inerente.

Passaremos a uma análise das formas mais utilizadas na ocisão do recém-nascido.

²⁹ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. *Aborto e infanticídio*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 38.

³⁰HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 257.

Qualquer meio capaz de produzir a morte poderá ser utilizado. O resultado poderá ser alcançado através de uma ação exercida sobre o organismo do novo ser, ação esta com efeito mortal, bem como através da omissão dos cuidados necessários que o recém-nascido requer, como a ligadura do cordão umbilical ou qualquer outro socorro indispensável à preservação da vida.³¹

Hélio Gomes elenca oito causas criminais da morte do recém-nascido mais importantes para o médico legista: 1- *Fraturas do crânio*: podem resultar de golpes com instrumentos ou projeção violenta da cabeça contra uma parede ou assoalho; 2- *Sufocação*: obtida através das mãos; objetos como almofadas ou roupas; corpos estranhos introduzidos na garganta; compressão do tórax; confinamento do recém-nascido em caixas ou baús; enterramento; 3 – *Estrangulamento*: podendo ser com as mãos ou um laço, muitas vezes utilizando-se o próprio cordão umbilical; 4- *Submersão*: podendo ser utilizado o vaso sanitário; 5- *Feridas*: através de instrumentos cortantes e penetrantes. Podem ser utilizados alfinetes e agulhas pois deixam orifícios de entrada quase imperceptíveis; 6-*Queimaduras*: o fogo é utilizado mais comumente para fazer desaparecer o cadáver; 7- *Envenenamento*: forma rara mas que não pode ser desprezada; 8- *Falta de cuidado para manter a vida*: é a modalidade omissiva como a hemorragia do cordão não atado, resfriamento, privação de alimentos.³²

Para Flamínio Fávero, as causas criminosas da morte do recém-nascido podem ser diretas e indiretas. As causas diretas, também chamadas por comissão, são: a) *energias mecânicas*: contusões e feridas provocadas pela ação de instrumentos (martelo, salto de sapato) ou projeção do recém-nascido contra uma superfície resistente (solo). Também são energias mecânicas as lesões incisivas produzidas por instrumentos como facas, tesouras, navalhas ou por instrumentos perfurantes como agulhas, por exemplo; b) *energias físicas*: tendo como principal modelo as queimaduras (como já mencionado, servem principalmente para ocultar o cadáver); c) *ações físico-químicas*: onde encontram-se as asfixias mecânicas como o estrangulamento, as esganaduras, o afogamento e a sufocação. São as principais causas de infanticídio. Continuando, o autor passa a elencar as causas indiretas ou omissivas, como por exemplo: a ligadura do cordão, o agasalhamento contra

³¹BRUNO, Aníbal. op. cit., t. 4, p. 153.

³²GOMES, Hélio. op. cit., p. 433-434.

temperatura externa, o fornecimento de alimentos e a proteção contra possíveis traumas externos.³³

Nerio Rojas divide as causas da morte em quatro grupos: 1º) causas patológicas; 2º) causas de ordem culposa; 3º) causas acidentais e 4º) causas criminais. Com referência às *causas criminales*, assim se pronuncia o autor: “Son éstas, desde luego, las de mayor interés para nosotros y consisten en: sufocación, estrangulación, sumersión, fractura de cráneo, heridas, quemaduras, envenenamiento.”³⁴

Caberá, portanto, ao legista, frente a um natimorto ou recém-nascido, analisando o caso concreto que lhe for apresentado, concluir se o óbito foi acidental ou intencional, bem como qual foi o mecanismo utilizado.

³³FÁVERO, Flaminio. op. cit., p. 794-795.

³⁴ROJAS, Nerio. op. cit., p. 267.

II. A EXPRESSÃO INFANTICÍDIO E ESBOÇO HISTÓRICO

Presente desde os primórdios da história da humanidade, a bíblia, no livro do Gênesis, relata o quase infanticídio praticado por Abraão que, a pedido de Deus, mataria seu filho Isaque em oferenda, fato este do qual foi impedido por um anjo em virtude de Deus reconhecer sua devoção.

A expressão infanticídio deriva do latim *infanticidium*, tendo o significado histórico de morte de criança.

Consta da exposição de motivos do Código Penal vigente: “ O *infanticídio* é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente *sob a influência do estado puerperal*”. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que 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 autoinibição da parturiente. Fora daí, não há que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicada é a de homicídio.

Procedendo-se a uma análise histórica, nas precisas palavras de Dirceu de Mello: “poucas ações humanas, dentre aquelas que integram o rol dos comportamentos tidos como ilícitos e expostos a sanção criminal, apresentarão, como o infanticídio, história com altos e baixos, dúvidas e pontos de conflito, ainda hoje sujeitos a especulações e não superados.”³⁵

A reação por parte da sociedade a tal conduta criminoso, de fato, passou por extremos, indo da punição absolutamente violenta à total benevolência para com o violador da norma.

Para os povos primitivos, a conduta hoje tida como criminoso não era considerada um delito, não atentando sequer contra a moral e os bons costumes, inexistindo qualquer referência ao infanticídio nas mais antigas legislações penais conhecidas.

³⁵MELLO, Dirceu de. Infanticídio: algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 455, p. 292-297, 1973.

Na Grécia era predominante a ordem estética, sendo considerada lícita a morte da criança quando disforme.

Em Roma, o pai no seio da família era o único magistrado. Tinha o direito absoluto de matar a mulher e os filhos. Na família, podia condenar à morte como o magistrado fazia nas cidades e nenhuma autoridade tinha o direito de modificar suas sentenças. Era investido do *jus vitae et necis*.³⁶

O *pater familias*, nos tempos antigos, tinha poder sobre a vida e a morte de seus filhos, sendo igualmente comum, em determinadas ocasiões, devido à escassez de alimentos, soldados ou agentes da autoridade matarem, por ordem do rei, os recém-nascidos.³⁷

Na Lei das XII Tábuas também era encontrado, na Tábua Quarta, dispositivo referente ao pátrio poder e à legitimidade dos filhos. Ao pai era conferido o poder de matar o filho nascido disforme. Admitia-se também ao *pater familias* a possibilidade de matar seus filhos se considerasse oportuno.

Na obra de Almeida Júnior encontramos interessante passagem que se refere ao período de indiferença vivido com relação ao crime de infanticídio, indiferença esta que ainda persiste segundo chegou ao conhecimento do autor: “O padre COLBACHINI, dando-me, há pouco, a honra de resumir a história dos trinta anos que passou em contato com os índios Bororós, referiu-me que entre eles vigora ainda o infanticídio por motivos supersticiosos. Acredita-se que nas vésperas de nascer uma criança, se a mãe tem sonho mau, deve este ser considerado de ruim presságio pela tribo, e o mais prudente é sacrificar desde logo o recém-nascido.”³⁸ Tendo em vista tal fato, segundo o autor, algumas mães objetivando evitar o trágico fim, passam acordadas as quatro ou cinco noites que antecedem o parto.

Foi na época de Constantino que o infanticídio realizado pelo genitor começou a ser objeto de punição com graves penas. Observe-se, como dito, que até então somente a mulher era punida se matasse o filho, nada sendo previsto se o agente fosse o pai. As

³⁶COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 101-102.

³⁷ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 123.

³⁸ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. op. cit., p. 37.

Institutas de Justiniano incriminavam o infanticídio com a pena de morte.³⁹ Nota-se a absoluta mudança de tratamento, migrando a sociedade de um sistema de absoluta impunidade para outro de severa punição, sendo o filho recém-nascido extremamente protegido.

Com o advento do Cristianismo, passou-se a considerar que ninguém tinha o direito de tirar a vida de seu semelhante, contudo, em absoluto contrassenso, o infanticídio passou a ser punido justamente com a pena de morte. Entendia-se ser muito mais repulsivo o ato de tirar a vida de uma criança indefesa que não praticou qualquer ato que pudesse dar causa à extirpação de sua vida.

Inserido a partir de então entre os delitos mais severamente punidos, o infanticídio no direito romano da época avançada não se distinguia do homicídio. No magistério de Hungria, o infanticídio, “se praticado pela mãe ou pelo pai, constituía modalidade de *parricidium* e a pena aplicável era o *culeus*, de arrepiante atrocidade.”⁴⁰

Consistia o *culeus* um saco de couro onde o condenado era cosido junto com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, sendo depois lançado ao mar ou ao rio.

Registra, ainda, Hungria, a Carolina (Ordenação Penal de Carlos V), que assim dispunha:

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 d'água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes.⁴¹

A pena de morte para o infanticida na Idade Média já não se fazia suficiente, tornava-se necessário que a morte fosse precedida de grande sofrimento e com penas atrozes.

³⁹COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4, p. 247.

⁴⁰HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 234.

⁴¹Id. Ibid., p. 234-235.

Dentro deste quadro, o século XVIII trouxe um importante movimento entre filósofos do direito natural no sentido do abrandamento da pena do infanticídio. O Iluminismo trouxe nova visão do problema, operando uma mudança de mentalidade e de costumes.

A pobreza reinante, a honra, a possibilidade de um filho portador de doenças ou de alguma deformidade, a grande quantidade de mães solteiras, em uma época que não havia pílulas anticoncepcionais, enfim, o trauma psíquico gerado por todo esse quadro, fez com que nascessem novas ideias em torno do assunto.⁴²

Verifica-se, nesse período, uma reação em favor da mulher infanticida. As legislações passaram a considerar o infanticídio quando praticado *honoris causa* como um *homicidium privilegiatum*, sendo pioneiros desse entendimento Beccaria e Feuerbach.⁴³

Cabe aqui nos determos um pouco mais sobre o pensamento de Beccaria relacionado ao delito em estudo, bem como às interpretações a respeito de tal pensamento.

Em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, Beccaria não deixou de abordar o tema infanticídio, embora tal crime não tivesse semelhança com a legislação brasileira que exige o estado puerperal, sendo o termo infanticídio utilizado apenas como representação do homicídio do infante praticado pela mãe para ocultar sua desonra.⁴⁴

Ressalte-se o trecho de sua obra com que se refere ao assunto:

O infanticídio é igualmente o efeito de uma inevitável contradição, na qual é posta uma pessoa, que por fraqueza ou por violência, tenha cedido. Quem se encontrar entre a infâmia e a morte de um ser incapaz de sentir os males, como não preferirá esta à miséria infalível a qual seria ela exposta a seu infeliz fruto? A melhor maneira de prevenir este delito seria proteger, com leis eficazes, a fraqueza contra a tirania, a qual exagera os vícios que não se podem cobrir com o manto da virtude.

E continuou o autor: “Eu não pretendo diminuir o justo horror que merecem estes delitos; mas, indicando suas fontes, creio-me no direito de extrair deles uma consequência geral, isto é, que não se pode chamar precisamente (quero dizer necessária) uma pena de

⁴²ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 123.

⁴³HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 235.

⁴⁴BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 101, nota n. 35.

um delito antes que a lei não tenha adotado o melhor meio possível, nas dadas circunstâncias de uma nação, para preveni-lo.”⁴⁵

Tais palavras foram interpretadas como sendo um protesto contra o rigor com que se punia o infanticídio, devendo ser abrandado o tratamento penal destinado a tal delito.

Segundo os doutos, Feuerbach, interpretando o pensamento de Beccaria, passou a afirmar que este proclamava a necessidade de se apenar com menor rigor a mãe que matasse o próprio filho por motivo de honra.⁴⁶

Tal entendimento, contudo, não é pacífico.

Discute-se que seria inapropriado, com base em apenas uma passagem da obra de Beccaria, extrair-se todo seu pensamento. Como bem acentua Aníbal Bruno: “A obra de Beccaria não é jurídica em sentido técnico, mas filosófica ou filosófico-sociológica.”, e continua o autor: “O que pretendeu fazer Beccaria não foi certamente obra de ciência, mas de humanidade e justiça, e assim, ela resultou num gesto eloquente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal.”⁴⁷

Segundo Maíra Rocha Machado, são três as temáticas da obra de Beccaria: “(i) uma reflexão teórica sobre o fundamento e os limites do direito de punir (no sentido amplo da intervenção jurídica); (ii) reflexões pontuais acerca dos princípios jurídicos concernentes à liberdade e à segurança das pessoas suscetíveis de serem levadas aos tribunais e das pessoas condenadas (garantias jurídicas); e (iii) uma teoria sobre a pena criminal no sentido estrito do termo.”⁴⁸

Ainda a respeito dos pensamentos de Beccaria, assim se manifestou Andrés Augusto Balestra, para quem é errônea a interpretação dada por Feuerbach à obra *Dos delitos e das penas*, no que diz respeito à punição do infanticídio: “Feuerbach e seus seguidores incorreram em grave engano ao pretenderem interpretar o pensamento daquele ilustre iluminista mediante a análise de um único trecho do contexto de uma ideia toda.”

⁴⁵BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 101.

⁴⁶BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio*: impropriedade de uma figura autônoma. 1978. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. 76 p.

⁴⁷BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, p. 81-82.

⁴⁸MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1, p. 114.

Com efeito, tal consideração encontra alicerce na obra de Beccaria quando o mesmo afirma: “Eu não pretendo diminuir o justo horror que merecem estes delitos; mas, indicando suas fontes, creio-me no direito de extrair deles uma consequência geral, isto é, que não se pode chamar precisamente justa (quero dizer necessária) uma pena de um delito antes que a lei não tenha adotado o melhor meio possível, nas dadas circunstâncias de uma nação, para preveni-lo.”⁴⁹

De tal forma, Balestra conclui que em momento algum Beccaria defendeu que o infanticídio fosse tratado com benevolência. Pretendia, sim, alterar o consenso popular para que a mulher não se visse forçada a matar o próprio filho por vergonha que os falsos tabus lhe impingiam. Quando se referiu a “proteger com leis eficazes”, Beccaria quis dizer leis que permitissem à infanticida viver de “cabeça erguida mesmo tendo concebido fora do matrimônio” e não leis que a apensassem benignamente.⁵⁰

Por fim, Basileu Garcia, analisando o pensamento de Beccaria quanto ao delito de infanticídio, posiciona-se expressamente no mesmo sentido: “Não se percebe como Beccaria, eminentemente lúcido, tivesse chegado à conclusão da inconveniência de se lhe cominarem punições.” E continua: “É bem verdade que ele, ao fazê-lo, queria que o legislador voltasse a sua atenção para providências subsidiárias, de natureza cautelar, capazes de preservar a mulher das situações que a arrastam ao delito.”⁵¹

Passando a ser tratado como homicídio privilegiado, a pena de morte para o delito de infanticídio foi sendo largamente abolida. O primeiro ordenamento jurídico a praticar tal alteração foi o Código Austríaco de 1803, seguido pelo da Baviera em 1813.

Percebe-se assim, de maneira clara, a enorme mudança de comportamento legislativo com relação ao tema estudado. Os períodos ficam claramente delimitados, partindo da indiferença, passando pela mais absoluta crueldade e ingressando, finalmente, na moderação.

Dentro deste último período, nasceram nossos três Códigos Penais, o de 1830, o de 1890 e o de 1940. Serão eles objeto de análise em separado.

⁴⁹BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 101.

⁵⁰BALESTRA, Andrés Augusto. op. cit., p. 27-28.

⁵¹GARCIA, Basileu. op. cit., v. 1, t. 1, p. 62.

III. A EVOLUÇÃO DO TIPO NO DIREITO PÁTRIO

1. Ordenações do Reino

Embora fossem relevantes, no período colonial, os textos do Direito Romano e Canônico, o primeiro conjunto normativo de caráter penal que passou a vigorar entre nós na data do descobrimento foi o das Ordenações Afonsinas.

Dividido em cinco livros, as Ordenações Afonsinas tinham no Livro V o conteúdo concernente ao Direito penal e Direito processual penal, vigorando até o ano de 1512.⁵²

Estabelecia o Título XXXII, sob a rubrica *Do que mata, ou fere sem porque* : “5-...todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que matar outro sem razão, que morra porém...”⁵³

Na imposição das penas, era reconhecida a desigualdade do sistema feudal, sempre impondo-se penas menores aos nobres, ao passo que, aos plebeus, penas mais severas eram aplicadas. Foram, contudo, as Ordenações Afonsinas, mesmo com suas imperfeições e contradições, reconhecidas pelos historiadores como um marco fundamental da história do direito português.

Em seguida às Ordenações Afonsinas e substituindo-as, vieram as Ordenações Manuelinas, que tiveram vigência até o ano de 1603, também dividido em cinco livros, cabendo ao último deles a matéria referente ao Direito penal e processual penal. Aqui também, no Título X, estava prevista a pena de morte para aquele que praticasse um homicídio.

Por fim, as Ordenações Filipinas, com referência à parte criminal, mais uma vez presente no Livro V, vigoraram no Brasil até o ano de 1830, quando então o regramento penal ficou a cargo do Código Penal do Império. Ainda nas Ordenações Filipinas a pena de

⁵²“Não há consenso sobre a data final em que expirou a vigência das Ordenações Afonsinas no Brasil. Alguns autores assinalam o ano de 1512 (Mirabete, Magalhães Noronha e Vicente Maggio), outros 1514 (João José Leal) e ainda há os que indicam o ano de 1521” (BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 142).

⁵³PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. 2. ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998-1999. Livro 5.

morte para a prática do homicídio era prevista no Título XXXV. Aliás, a pena de morte era cominada para a maior parte dos delitos. Outras espécies de sanções graves também eram previstas, como o açoite e o corte de membros, por exemplo.

De modo geral, nas Ordenações não vigia o chamado princípio da legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege*, podendo para alguns crimes ser aplicada a pena que o julgador entendesse ser a mais adequada.⁵⁴

Tendo como ponto marcante o direito penal aplicado de forma severa, cruel e desumana, as Ordenações do Reino não aventavam, contudo, do delito de infanticídio, que era tratado genericamente como homicídio, sendo, portanto, apenado com a morte.

2. Código Penal de 1830

Com a publicação do Código Criminal do Império de 1830, que teve expressiva repercussão na Europa, deixaram de vigorar em nosso ordenamento jurídico o regramento presente nas Ordenações Filipinas. Tal Código, extremamente elogiado pela maioria dos juristas da época devido ao seu avanço, fez “raiar para o Brasil uma nova era de progresso e felicidade”.⁵⁵

O referido diploma legal inseriu no ordenamento pátrio a figura do infanticídio como delito autônomo. Reduzia sensivelmente a pena para o infanticídio, considerando matar criança recém-nascida crime menos grave do que ceifar a vida de adulto. Apresentava o Código dois artigos referentes à morte de recém-nascido com as seguintes redações:

Infanticídio

Art. 197. Matar alguém recém-nascido.

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

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

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

⁵⁴PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 58.

⁵⁵CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 159.

Procedendo-se a uma análise dos tipos penais, faz-se pertinente algumas observações. Em primeiro lugar, nota-se a utilização do termo *recém-nascido*, cuidando o legislador apenas daquele ser que já nasceu, não se preocupando com o *nascente*, ou seja, quando o crime é praticado no início do processo de nascimento.

Observe-se que no primeiro artigo não estamos sequer cogitando da prática do delito pela mãe para a ocultação de sua desonra, mas, sim, de qualquer pessoa atuando como sujeito ativo do delito, qualquer estranho obrando contra um recém-nascido e sem qualquer motivo de honra a alavancar sua ação, considerada tal hipótese, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso “um inexplicável privilégio”.⁵⁶

É curioso notar, que a pena prevista para o crime de homicídio era, no máximo, de galés perpétuas, no médio, prisão com trabalho por 12 anos, e, no mínimo, prisão com trabalho por seis anos. Já o homicídio qualificado tinha como apenação, no máximo, a de morte, no médio a de galés perpétua, e, no mínimo, prisão com trabalho por vinte anos. Portanto, aquele que matasse um recém-nascido, mesmo sem qualquer relação de parentesco, e ainda que utilizasse métodos considerados agravantes para o tipo do homicídio, estaria beneficiado pela aplicação de pena muito mais branda do que aquela cominada à prática deste último.

No magistério de Galdino Siqueira: “Beneficiava-se assim os matadores de crianças, e de modo tão flagrantemente injusto, que bastante era ter em vista a disparidade de situações do homicida que mata por meio de veneno, de paga ou recompensa, passível de pena de morte, por se tratar de qualificado o homicídio, e do que mata recém-nascido pelas mesmas circunstâncias, passível, no entanto de pena máxima de 12 anos e multa correspondente à metade do tempo.”⁵⁷

3. Código Penal de 1890

O momento político que o Brasil atravessava, com a abolição da escravatura e a proclamação da República, intensificou a tendência de reforma da legislação criminal.

Embora tal legislação tivesse pontos positivos, como a abolição da pena de morte e a supressão de lacunas deixadas pelo código anterior, a maioria dos autores tecem severas

⁵⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 82.

⁵⁷SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1924. p. 590.

críticas ao diploma legal, apontando, principalmente, sua falta de técnica legislativa, além de já ter nascido ultrapassado, necessitando de correção dos defeitos através de inúmeras leis extravagantes.

O crime de infanticídio, no Código Republicano de 1890, estava previsto no artigo 298 com a seguinte redação:

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

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

Parágrafo único – se o crime for perpetrado pela mãe para ocultar desonra própria:

Pena – de prisão celular por três a nove anos.

O tipo penal continuava ainda dividido em duas partes, uma tratando da conduta de pessoa sem qualquer vínculo com a vítima e outra dedicada à mãe da criança, onde, somente nesta hipótese, o motivo de honra poderia ser invocado, sendo a pena sensivelmente diminuída.

Nota-se, de pronto, um agravamento das penas em comparação ao ordenamento anterior. Contudo, erro semelhante foi cometido em comparação ao crime de homicídio, visto que a ação infanticida praticada *não pelo motivo de honra*, mesmo que efetuada nas condições legais do homicídio qualificado, gozava de sensível benefício legal, isto porque o crime de homicídio qualificado, previsto no Código Penal de 1890, previa a pena de 12 a 30 anos de prisão celular.

Outro aspecto que importa considerar foi a descrição legal do período de tempo em que a conduta seria considerada infanticida. Por expressa determinação legal, somente haveria o crime de infanticídio se a morte da criança fosse provocada nos sete primeiros dias de vida. Não se levava em conta a autoria ou a motivação do delito, sendo imposta pena idêntica à que era prevista ao homicídio simples.

Com relação à fixação de um critério objetivo de tempo (nos primeiros sete dias do nascimento) o legislador brasileiro não estava sozinho. No entendimento de Marcelo Fortes

Barbosa, esse critério não era exclusivo do nosso Código de 1890, visto que em alguns países existe um prazo legal dentro do qual pode o crime ser praticado, variando de 24 horas a oito dias. Assinala ainda o autor que modernamente esse critério não foi completamente afastado e cita o art. 313 do Código do Uruguai que fala em *um niño menor de três dias*, e o art. 394 do Código Chileno que menciona *lãs 48 horas despues del parto*, sendo certo que se tratam de legislações mais recentes.⁵⁸

Observe-se que, mais uma vez, utilizando-se apenas a expressão *recém-nascido*, foi deixado sem amparo legal o *nascente*, da mesma forma que no Código Penal de 1830.

4. Código Penal de 1940

Útil ao nosso estudo, antes mesmo da atual definição do delito de infanticídio prevista na parte especial do Código Penal de 1940 e ainda hoje vigente, que se faça uma breve análise referente aos trabalhos preparatórios do referido diploma legal, nascido sob a força de um regime totalitário.

Assim, é que cumpre atentar para o tratamento dispensado ao infanticídio pelos projetos de Galdino Siqueira, Virgílio de Sá Pereira e Alcântara Machado.

Em 1913, Galdino Siqueira, promotor público apresenta seu projeto de Código Penal. Tal projeto não alcançou, contudo, repercussão parlamentar.⁵⁹

O infanticídio, segundo tal projeto, deixava de ser considerado figura autônoma, mas homicídio atenuado: “se o crime (homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança, no momento de seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena – detenção por 2 a 8 anos.”⁶⁰

O projeto de Sá Pereira, Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ainda segundo os ensinamentos de Hungria, ao configurar o infanticídio como crime autônomo, seguiu o exemplo do Código Suíço de 1916 (art. 107): “aquela que, durante o

⁵⁸BARBOSA, Marcelo Fortes. O infanticídio e o novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 453, p. 311-312, 1973.

⁵⁹BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 156.

⁶⁰HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 236.

parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão de até 3 anos, ou com detenção por 6 meses no mínimo.”⁶¹

Nota-se aqui, a substituição do critério psicológico (honra) para o critério fisiopsicológico (estado puerperal), conforme estudaremos de forma mais detida no transcorrer do trabalho.

Destaque-se que Sá Pereira também estendeu o privilégio ao pai ou irmão da parturiente, conforme dispunha o artigo 169 de seu projeto: “Aquele que, para esconder a desonra de filha ou irmã, cuja gravidez ocorresse ocultamente, lhe matar o filho recém-nascido antes de conhecido o parto, se descontará por metade a pena em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção, se o artigo 61 for aplicável.”

Vale ainda observar que Sá Pereira, no artigo 192 de seu projeto, incluía a forma culposa do infanticídio. Segundo Gláucio de Vasconcelos Ribeiro “Essa posição, ao que tudo indica, foi proposta por Sá Pereira, com apoio em comentadores como Pedio, Vannini, Carrara, Antolisei, Pannain e Altavilla, os quais propugnaram a necessidade de se estabelecer dispositivo específico para o infanticídio culposo.”⁶²

Estabelecido o “Estado Novo”, aumentaram as críticas ao projeto Sá Pereira, sendo nomeado o professor paulista Alcântara Machado para estudar a reforma da legislação penal. Seu projeto foi apresentado em 1938, contendo 390 artigos.⁶³

Escrevendo sobre a questão ora em apreço, Hungria declara que o critério tradicional da *causa honoris* retornava nas várias edições do Projeto Alcântara, sendo ampliado o *privilegium* a outras pessoas e não apenas à mãe: “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 a 6 meses.”⁶⁴

Fica nítido o regresso ao sistema puramente psicológico (motivo de honra).

O Código Penal de 1940 originou-se no projeto Alcântara Machado e, após os trabalhos de uma comissão revisora, foi promulgado em 07.12.1940, entrando em vigor em 01.01.1942. Tal comissão revisora alterou a circunstância objetiva *honoris causa*,

⁶¹HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 236.

⁶²RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*. São Paulo: Ed. Pílares, 2004. p. 40.

⁶³BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 159.

⁶⁴HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 236.

determinado a adoção do critério fisiopsicológico do estado puerperal para a diminuição da pena.

Tendo em vista tais considerações, chegamos finalmente ao tipo penal da forma como se encontra atualmente previsto em nosso ordenamento jurídico.

Infanticídio

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

Pena – detenção, de dois a seis anos.

5. A Prática do Infanticídio Indígena no Brasil

Quando os colonizadores portugueses chegaram ao Brasil, segundo os ensinamentos dos historiadores, deparam-se com indígenas que não ostentavam um grau de desenvolvimento cultural semelhante a outros povos que habitavam o continente americano, como os incas, astecas e maias, possuidores de uma cultura que chegou a impressionar de forma positiva os conquistadores.⁶⁵

O infanticídio era tratado como um indiferente penal. Diversas são as informações contidas nas obras versando sobre a morte de crianças nascidas com defeitos físicos ou resultantes de relações adúlteras, sendo essas últimas enterradas pelo pai logo ao nascer, pois consideradas mestiças de duas sementes. Gêmeos também eram considerados produtos de infidelidade da esposa, visto que esta não poderia gerar, através de relações sexuais com o marido, duas crianças.⁶⁶

O antropólogo Ronaldo Lidório, em trabalho intitulado “Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil”, aborda o tema como fato social, afirmando: “O infanticídio, portanto, não é um fato isolado nem mesmo reside em um passado distante. É uma experiência atual e demanda, em si, uma avaliação antropológica

⁶⁵PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 41.

⁶⁶Id. Ibid., p.43.

isenta de partidarismo ou remorsos, que venha a observar esse fato e suas implicações sociais para aqueles que o experimentam, bem como os que o observam.”⁶⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura aos índios o direito de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições:

Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (grifei)

Em 13 de setembro de 2007, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento que enfatiza os direitos dos índios de manter e reforçar suas próprias instituições, culturas e tradições. A declaração aborda tanto os direitos individuais dos índios quanto os coletivos, tais como os direitos culturais de identidade, à educação, saúde, emprego, língua, etc.

São destaques da Declaração:

1 - Dezesete dos quarenta e seis artigos da Declaração se referem à cultura indígena e às formas de protegê-la e promovê-la pelo respeito às demandas diretas dos povos indígenas no processo de tomada de decisão;

2 - A Declaração afirma que os povos indígenas têm o direito a que a dignidade e a diversidade de suas culturas, histórias e anseios sejam adequadamente refletidos na educação pública e nos meios de comunicação;

3 - A Declaração confirma o direito dos povos indígenas de autodeterminação e reconhece o direito de subsistência e o direito a terras, territórios e recursos;

4 - A Declaração confirma a obrigação dos Estados de fazer consultas aos povos indígenas antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem, a fim de obter seu consentimento prévio, livre e informado. Essencialmente, a Declaração condena a discriminação contra os povos indígenas, *promove a sua efetiva e plena participação em todos os assuntos relacionados a eles*, bem como o direito a manter sua identidade cultural e tomar suas próprias decisões quanto às suas maneiras de viver e se desenvolver.

⁶⁷LIDORIO, Ronaldo. *Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/uma%20visao%20pratica%20do%20infanticidio.pdf>>.

Durante a sessão da Assembleia Geral da ONU, 143 países votaram a favor do texto revisto no Conselho de Direitos Humanos, 4 votaram contra (Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália) e 11 nações se abstiveram de votar. O Brasil, junto com a grande maioria dos países do mundo e com a quase totalidade da América Latina — exceto a Colômbia, que se absteve — votou a favor da adoção da Declaração.

Os artigos 3º e 4º da Declaração conferem aos povos indígenas o direito à autodeterminação, sendo assim redigidos:

Art. 3º - Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Art. 4º - Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Desta forma, conclui-se que os povos indígenas têm direito de serem livres de qualquer tipo de discriminação no exercício de seus direitos, podendo buscar o desenvolvimento econômico, social e cultural.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho — OIT — em 27 de junho de 1989, adotou a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Tal documento foi ratificado pelo Brasil em 19 de abril de 2004.

O artigo 2º da Conferência dispõe que os governos deverão desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada a proteger os direitos desses povos, sendo que tal ação deve conter medidas “que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições”.

O deputado federal Henrique Afonso (PT/Acre), considerando nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e integridade física e psicológica de crianças indígenas, propôs o Projeto de Lei 1057/07 que “dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades não tradicionais”.

Referindo-se ao Decreto 99.710/90, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança e as Resoluções A/RES/56/128 e A/S-27/19 da Assembleia Geral da ONU, que tratam respectivamente “Do Combate a Práticas Tradicionais Nocivas” e “Um Mundo para as Crianças”, a Justificativa do Projeto de Lei 1057/07⁶⁸ aponta o direito à vida como sendo o “direito por excelência”, devendo o Estado brasileiro “atuar no sentido de amparar todas as crianças, independentemente de suas origens, gênero, etnia ou idade, como sujeitos de direitos humanos que são. E ainda conclui: “Obviamente, as tradições são reconhecidas, mas não estão legitimadas a justificar violações a direitos humanos, como dispõe o art. 8, nº 2, do Decreto 5.051/2004⁶⁹, o qual promulga a Convenção 169 da OIT.”

Por fim, a Justificativa ao PL 1057/07 cita trecho do estudo intitulado: “Assegurar os Direitos das Crianças Indígenas”, realizado pelo Instituto de Pesquisas Innocenti, da UNICEF.⁷⁰

O texto do Projeto de Lei prevê em seu artigo 2º, em treze hipóteses, como sendo nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica de recém-nascidas e crianças indígenas.⁷¹

⁶⁸CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Leis e outras Proposições. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=351362>.

⁶⁹Art. 8º, n.2 do Decreto 5051/2004: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.”

⁷⁰Nesse sentido: “Por outro lado, as reivindicações de grupo que pretendem conservar práticas tradicionais que pelos demais são consideradas prejudiciais para a dignidade, a saúde e o desenvolvimento do menino ou da menina (este seria o caso, por exemplo, da mutilação genital feminina, do matrimônio não consensual ou de castigos desumanos ou degradantes infligidos sob pretexto de comportamentos antissociais) transgridem os direitos do indivíduo e, portanto, a comunidade não pode legitimá-los como se se tratasse de um de seus direitos. Um dos princípios-chave que tem vigência no direito internacional estabelece que o indivíduo deve receber o mais alto nível possível de proteção e que, no caso de crianças, “o interesse superior da criança” (artigo 3º da Convenção sobre os direitos da criança) não pode ser desatendido ou violado para salvaguardar o interesse superior do grupo”.

⁷¹Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como:

- I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto

O autor do Projeto também propõe que qualquer pessoa que tenha conhecimento da situação de risco em que a criança ou recém-nascido se encontre deva notificar imediatamente as autoridades da FUNASA, FUNAI, Conselho Tutelar ou na falta deste à Autoridade Judiciária e Policial. A não comunicação sujeitará a responsabilização por crime de omissão de socorro, respondendo as autoridades pelo mesmo crime, quando comunicadas e não adotarem de maneira imediata as medidas cabíveis.

Marianna Assunção Figueiredo Holanda, em sua dissertação de mestrado intitulada “Quem são os Humanos dos Direitos? Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena”⁷², defendida no Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília – Unb – inicia seu trabalho fazendo uma análise do Projeto de Lei 1057/07. Explica que o infanticídio indígena começou a se delinear como tema de interesse público, com a saída de uma aldeia Zuruwahá de duas crianças que tiveram o *status* de pessoa indeferido pelo seu povo. Uma delas nasceu com indefinição sexual e a outra com paralisia cerebral.

A ONG Atini, responsável pela ação de retirada das crianças, foi criada em 2006 com a proposta de dar voz aos indígenas que não concordam com a prática do infanticídio em suas comunidades de origem.

A ATINI compreende que os povos indígenas não precisam de leis intrusivas ou punitivas do Estado. Mas esta organização apóia, por outro lado, qualquer iniciativa governamental, dentro ou fora do âmbito legislativo, que garanta aos povos indígenas acesso às políticas públicas. A criminalização do infanticídio não é, portanto, uma bandeira da ATINI. Esta organização reconhece a diversidade cultural que há no Brasil e a respeita. A ATINI afirma que os povos indígenas precisam de políticas públicas que propiciem, entre outras coisas, que os indígenas “dissonantes” da maioria ou não, tenham assegurado seu direito de não concordar, de mudar. Aliás, todas as sociedades são dinâmicas, do ponto-de-vista cultural. Com as sociedades indígenas não é diferente.⁷³

de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;

X. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;

XI. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.

XII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

⁷²HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. 2008. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

⁷³ATINI: voz pela vida. Disponível em: <<http://www.atini.org/>>.

Versando ainda sobre o tema, o Projeto de Emenda Constitucional nº 303/2008, de autoria do deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS), pretende alterar o *caput* do artigo 231 da Constituição Federal que reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições.

Dispõe o atual artigo 231 da Constituição Federal: “*São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*” (grifei)

A proposta altera a redação do citado dispositivo, estabelecendo que tais direitos têm que respeitar a inviolabilidade do direito à vida, nos termos do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal.

Visa, tal iniciativa, impedir a prática de infanticídio de ordem étnico-cultural.

O texto sugerido ao artigo 231 da Constituição Federal ficaria com a seguinte redação: “*São reconhecidos aos índios, respeitadas a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que adicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*” (grifei)

Parecer da Comissão de Constituição e Justiça foi desfavorável a tal dispositivo. Entendeu o parecer tratar-se de afronta a cláusula pétrea, prevista no inciso IV, do §, do art. 60, da Constituição Federal, na medida em que restringe direitos e garantias assegurados aos índios. Viola também direito essencial assegurado aos índios de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência da cultura de outros povos.

Conclui que a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma de comportamento, relacionada à sobrevivência do grupo, fundada nas suas crenças e tradições. Por fim, procurou-se deixar claro que o parecer não defende a prática do infanticídio por parte dos silvícolas, mas a não interferência nas tradições, crenças e costumes daqueles que vivem de forma primitiva.

Tentou-se introduzir no corpo da nova Lei Nacional de Adoção, através do PLS 314/04, dispositivo regulando o infanticídio indígena, contudo, por tratar-se de tema

polêmico, optou-se pela discussão do assunto em outro projeto de lei específico, ficando assentado apenas que crianças indígenas e as outras de comunidades quilombolas devem ser adotadas dentro de suas próprias comunidades, para preservar suas identidades culturais.

Frente ao que se explicitou até aqui, pode-se dizer que a questão parece ainda estar longe de um consenso, uma vez que antropólogos consideram os projetos como sendo uma intervenção na cultura indígena, muitos deles negando a existência de infanticídios em aldeias, creditando os depoimentos em contrário a interesses religiosos. Por outro lado, surgem informações, prestadas inclusive por próprios índios, sobre costumes em tribos indígenas como a limitação ao número de três filhos por casal, sendo morta a quarta criança; o infanticídio praticado a partir de sonhos ou impressões de mau agouro antes do parto; a morte de gêmeos por ser sinal de azar ou a de recém-nascidos com defeitos físicos, etc.

Isso permite sustentar que a matéria é árida e deve ser discutida, contudo, dentro do ordenamento jurídico vigente, incluindo-se os indígenas nos debates que lhes dizem respeito, visto serem os maiores interessados.

Por outro lado, não podemos deixar de nos posicionar com relação ao problema. Evidentemente, a vida é o bem supremo que possuímos, é a razão de ser de toda a ordem jurídica, tudo girando em torno da vida, sendo que a própria dignidade da pessoa humana está focalizada no ser humano enquanto com vida.⁷⁴

A não interferência na prática infanticida pelos povos indígenas, sob a alegação de que os mesmos devem se autodeterminar e têm o direito de manter sua identidade cultural, costumes e tradições não nos parece a mais correta.

Não resta dúvida que a identidade cultural silvícola deve ser preservada. Entender o contrário seria negar nossas próprias origens. A indagação que se faz, contudo, é se a vida humana pode ser deixada em segundo plano em relação aos costumes. Entendemos que não, pelo simples fato de que ambos os direitos podem perfeitamente caminhar juntos.

Verifica-se, em conclusão, que a justificativa do respeito aos costumes para a não intromissão no infanticídio indígena parece ser a maneira mais fácil de não querer

⁷⁴GRECO FILHO, Vicente. Prefácio. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 13.

solucionar problema. Solução essa que, longe de ser simples, deverá começar pela indagação: como mudar um costume sem prejudicar a tradição?

IV. O BEM JURÍDICO TUTELADO

O delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos. Tal assertiva tem a concordância praticamente pacífica dos doutrinadores; contudo, o mesmo não pode ser dito com relação ao conceito de bem jurídico, tema que gera muitas controvérsias.⁷⁵

Não cabe aqui a discussão sobre as definições de bem jurídico apresentadas pelos diversos doutrinadores. Contudo, ficamos com uma, apresentada por Jorge de Figueiredo Dias, para quem bem jurídico: “é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”⁷⁶

O bem jurídico tutelado no delito de infanticídio é a vida humana. Este é o bem supremo constitucionalmente protegido. Tudo gira em torno da vida humana que é o bem jurídico maior.

No magistério de José Afonso da Silva, a vida “além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar.” E continua o referido autor: “De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.”⁷⁷

Nos ensinamentos de Álvaro Mayrink da Costa, o interesse jurídico tutelado é a vida humana levando-se em consideração o início do nascimento, visto que a partir deste momento a vida passa efetivamente a ser humana e não mais intrauterina.⁷⁸

O que deve ser observado é que a proteção penal alcança o estado inicial da vida, no espaço de tempo considerado durante ou logo após o parto, sendo que fora desse espaço o crime será de aborto ou homicídio.⁷⁹

⁷⁵PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

⁷⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 114.

⁷⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 197 e 199.

⁷⁸COSTA, Álvaro Mayrink da. op. cit., v. 4, p. 250.

⁷⁹FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 658.

Conclui-se, então, que o bem jurídico tutelado no crime de infanticídio é o mesmo do homicídio, ou seja, a vida humana. Vida do nascente e do neonato.

Obviamente que em comparação com o crime de homicídio, distinção haverá no que diz respeito aos sujeitos do delito, onde no polo passivo poderá figurar somente o filho e no polo ativo somente a mãe, afora a possibilidade de participação de terceiro. Outra distinção haverá quanto ao elemento temporal, visto que o crime em estudo somente será considerado se praticado durante ao parto ou logo após.⁸⁰

⁸⁰RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. op. cit., p. 44.

V. CORRENTES PSICOLÓGICA E FISIOPSICOLÓGICA NO CRIME DE INFANTICÍDIO

1. Corrente Psicológica

Ao tipificarem o infanticídio, as legislações consideraram dois critérios: o estado fisiológico ou fisiopsicológico da parturiente.

No século XVIII teve início um movimento no sentido de se abrandarem as penas cominadas ao infanticídio. Passou-se a considerar o infanticídio, quando praticado *honoris causa*, como uma espécie de homicídio privilegiado. O Código Austríaco de 1803 foi o pioneiro deste movimento originado pelas ideias de Beccaria e Feuerbach.

A doutrina, contudo, diverge com referência ao tema. Diversos autores consideram o critério *honoris causa* como sendo o mais adequado, sendo que o motivo de honra historicamente foi utilizado como atenuante da pena do homicídio. Em sentido contrário, entendem outros doutrinadores que tal critério não mais se coaduna com os tempos modernos.

Entendendo tratar-se de um “irreparável contra-senso a culpa ou a vergonha dos pais prevalecer sobre a vida de um ser indefeso, frágil e desprotegido”, Maggio compara o critério *honoris causa* “ao mesmo que dar um tratamento privilegiado aos pais que causarem a morte do filho usuário de drogas, pois tal conduta atingiria, indiretamente, a honra objetiva dos mesmos.” E continua o autor: “assim, a imoralidade daquele que destrói a própria prole não pode ser moralizada por qualquer tipo de honra.”⁸¹

Inobstante tal entendimento, e mesmo com a revolução dos costumes e a emancipação sexual da mulher, não é possível que se perca de vista que a honra é inerente ao ser humano. Nesse sentido, Marcelo Fortes Barbosa defende a adoção do critério *honoris causa*, “a despeito da revolução tecnológica, que alterou nos tempos, modernos padrões sociais, a verdade é que a honra é imutável no decorrer dos tempos, justamente

⁸¹MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. op. cit., p. 57.

porque é inerente ao ser humano. O que pode eventualmente se alterar é o modo de interpretá-la ou conservá-la, perante os grupos sociais em que vive o homem.”⁸²

O critério psicológico leva em consideração o motivo da honra (*honoris causa*), isto é, a gravidez fora do matrimônio, a mãe solteira, adúltera, a gravidez resultante de relações incestuosas, etc. A mulher mata em defesa de sua honra. Sua mão é guiada por forças de um conflito interno. Chegou-se a entender, até, que a mulher infanticida, na sua conduta extrema de eliminar o próprio filho, estaria agindo em estado de necessidade, ou seja, necessidade de fugir, de ocultar-se do perigo da desonra.

Hungria, quando tratou do assunto, referiu-se à mulher que engravida fora do matrimônio ou mesmo em decorrência a uma relação adúltera. Tal situação geraria uma situação de tal forma angustiante para a mulher que iria apagando o “instinto de piedade para com o fruto do amor ilegítimo”. E conclui o autor: “É o drama íntimo da desventurada moça seduzida, que, um dia, se surpreende grávida.”⁸³

Não é outra a posição de Soler, analisando a questão da honra sob o prisma sexual, quando afirma que: “La expresión “deshonra” tiene aquí un sabor de castizo, referido a la situación sexual de la mujer y a la publicación, que el parto constituye, de las ilícitas relaciones sexuales preexistentes.”⁸⁴

Merece referência a colocação de Galdino Siqueira de que para a verificação do infanticídio *honoris causa*, se faz necessário o concurso das seguintes circunstâncias: “ 1.^a) que a criança seja fruto de uma união ilegítima; 2.^a) que o fim do crime seja ocultar uma causa de deshonra; 3.^a) que a mulher tenha gozado da estima dos seus concidadãos, sem que até o momento do facto tenha perdido o conceito de moralidade, em que consiste a honra, de que falla a lei.”⁸⁵

Ivanildo Ferreira Alves define *honoris causa* como “o medo da vergonha por haver concebido extra-matrimônio ou quando o conceito é resultado de relações adúlteras ou incestuosas. A mãe realiza a conduta visando esconder seu próprio aviltamento moral.”⁸⁶

⁸²BARBOSA, Marcelo Fortes. op. cit., p. 313.

⁸³HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 237.

⁸⁴SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1946. p. 67.

⁸⁵SIQUEIRA, Galdino. op. cit., p. 595.

⁸⁶ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Pará: Unama, 1999. p. 177.

Gerardo Peña Guzman posiciona-se afirmando que: “La *causa de honor* es el elemento típico diferencial del infanticidio. Es evidente que la parturienta, que para ocultar su deshonra mata al fruto de sus amores ilícitos, se encuentra en un particular estado afectivo. Las circunstancias pueden colocarla em un nítido estado emocional y excusable.”⁸⁷

A vergonha e o desespero da mulher infanticida também são citados por Olavo Oliveira em explicação a *honoris causa*: “ A situação psíquica de desespero, mercê da ruminação silenciosa e anavalhante de angústia e de vergonha, durante os longos e intermináveis nove meses de prenhez, da mulher ilegitimamente fecundada, sem casamento ou com traição aos deveres conjugais, em marcha progressiva, dia a dia, para o repúdio da família e o vilipêndio da sociedade...”⁸⁸

Fernando de Almeida Pedroso, em afirmação de que a honra discutida é de natureza exclusivamente sexual, sustenta que as prostitutas ou as mulheres com comportamento sexual libertino não seriam alcançadas pelo privilégio. Contudo, aquelas que se mantivessem sexualmente recatadas poderiam ser beneficiadas mesmo que criminosas.⁸⁹

Na mesma linha segue o magistério de Soler: “Puede merecer la atenuación una mujer que haya sufrido de vergüenza de ser condenada por un hurto u outro hecho análogo; pero no la merecería aquella que hubiese sido castigada como proxeneta o prostituta.”⁹⁰

Maggiore também defende expressamente este ponto de vista, segundo o qual “non può allegare la scusa di salvare Il suo onore la donna già disonorata, quale la meretrice, l’adultera notória o condannata etc”.⁹¹

⁸⁷PEÑA GUZMAN, Gerardo. *El delito de Homicidio emocional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 354.

⁸⁸OLIVEIRA, Olavo. op. cit., p. 264.

⁸⁹PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 235.

⁹⁰SOLER, Sebastian. op. cit., p. 67.

⁹¹MAGGIORE, Giuseppe. op. cit., v. 2, p. 752.

2. Corrente Fisiopsicológica

Trata-se do sistema que, na legislação pátria, passou a ser adotado no crime de infanticídio. Deixa-se de lado o *motivo*, passando a ter importância o *desequilíbrio fisiopsíquico* que, podendo acometer a parturiente durante o parto ou, nos dizeres da norma, *logo após* o mesmo, leva à prática do ato extremo contra o próprio filho que está nascendo ou acabara de nascer. Como acentuado por Hungria: “ao invés do *impetus pudoris*, o *impetus doloris*.”⁹²

Mérito de tal corrente é, sem dúvida, acabar com a desigualdade do critério psicológico. Em que pese opiniões ao contrário, julgamos ser a corrente mais adequada. Não se pode deixar de observar que, com a adoção do critério fisiopsicológico, o privilégio se estenderá a outras mulheres que não apenas aquelas grávidas ilegitimamente. O que se levará em conta, aquilo que deverá ser observado na verdade, será a influência do estado puerperal como causa, levando a parturiente a tirar a vida do filho, ficando a questão da honra em segundo plano a partir de então.

Nas palavras de Euclides Custódio da Silveira: “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, portando, foi ampliar o privilégio de molde a abranger todos os casos em que a parturiente sofresse tais distúrbios fisiológicos e psíquicos ou morais.”⁹³

Para Fragoso, com a revolução dos costumes em matéria sexual e a emancipação das mulheres, o motivo de honra, como causa de privilégio do homicídio, perdeu a justificativa.⁹⁴

Hungria, referindo-se ao motivo pelo qual a legislação pátria optou pela abstração da “*honoris causa*”, e adoção do critério fisiopsicológico, assim se pronunciou: “atender-se à *causa honoris*, devia-se atender também, logicamente, a motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como, por exemplo, a abertura econômica, o excesso de prole, o receio de um filho tarado. Seria uma injustiça que nestes últimos casos

⁹²HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 238.

⁹³SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 93.

⁹⁴FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 83-84.

a infanticida tivesse de responder por homicídio comum; mas, por outro lado, a extensão dos motivos legais de atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento direto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo do interesse demográfico do Estado.”⁹⁵

Interessante argumentação é utilizada por Roberto Lyra para defender sua opinião favorável ao critério fisiopsicológico. Afirma o autor, em síntese, que nos tempos modernos torna-se impossível a ocultação da gravidez da mesma forma como era feito no passado, onde as mulheres ficavam isoladas entre quatro paredes. Desta forma, com a divulgação da prenhez, não seria mais o infanticídio o recurso apto a ocultar a desonra, antes seria provocado o aborto. Diz ainda o autor: “Não há por que mitigar a pena *honoris causa*. A honra sexual não pode prevalecer sobre o interesse social, o direito do recém-nascido e a honra da mulher e, sobretudo, de mãe que não se defende, matando o filho, mas amando-o, assistindo-o, fortalecendo-o, educando-o, em nome de deveres incomparavelmente altos e profundos, capazes de redimir as fraquezas transitórias e os erros veniais.”⁹⁶

Na mesma linha segue o magistério de Hélio Gomes, indicando o motivo pelo qual nossa legislação suprimiu a causa de honra: “ao dar à luz, a mãe não pode mais ocultar o seu estado. Se é motivo de honra que atua sobre a mulher, levando-a a ocultar o passo que deu, então ela não esperará o termo da gestação – quando seu objetivo ocultativo seria impossibilitado pela evidência da gravidez – mas praticará o aborto *honoris causa*, contemplado no artigo 301 do Código de 1890, e suprimido no atual injustificadamente.”⁹⁷

Dentro deste quadro, importante ressaltar que a doutrina não é pacífica. Retomando-se o pensamento de Hungria, o citado tratadista, em seu anteprojeto de Código Penal de 1963, que chegou a se transformar no Código Penal de 1969 que não teve vigência, tentou introduzir o duplo critério na disciplina do infanticídio (*honoris causa* e estado puerperal). O dispositivo ficaria redigido da seguinte forma: “Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”.

⁹⁵HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 246-247.

⁹⁶LYRA, Roberto. *Noções de direito criminal*: parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1944.p. 82-83.

⁹⁷GOMES, Hélio. op. cit., p. 419.

Roberto Lyra defende a adoção do critério de influência do estado puerperal como alternativa ao *honoris causa*, apenas pelo fato de não concordar com este último. Propugna, contudo, como solução ideal a exclusão do infanticídio da categoria de *delictum exceptum*.⁹⁸

Assim também manifesta-se Alfredo Farhat, convicto de que tanto o estado puerperal quando a *honoris causa* devem ser levados em conta, sem exclusividade, para o abrandamento da pena: “O ideal seria, com uma redação genérica de outra natureza, que modificasse a gravidade do homicídio simples, adotarem-se, como princípio, os dois elementos atenuadores supracitados.”⁹⁹

⁹⁸LYRA, Roberto. op. cit., p. 84.

⁹⁹FARHAT, Alfredo. *Do infanticídio*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1956. p. 158.

VI. O ESTADO PUERPERAL, SUA INFLUÊNCIA E O ELEMENTO CRONOLÓGICO

Observamos, no estudo referente às legislações brasileiras que o critério psicológico puro sempre imperou entre nós no que diz respeito ao delito de infanticídio. O único momento em que se cogitou da aplicação do critério fisiopsicológico, levando-se em consideração o estado puerperal, foi no projeto Sá Pereira que antecedeu o Código Penal de 1940.

Discutindo o conceito, a doutrina sempre tentou explicar o que seria o estado puerperal e qual seria sua amplitude, tendo em vista que nossa legislação penal exige que a mulher, para que se considere a prática do infanticídio, esteja *sob a influência do estado puerperal*.

O filme de produção alemã intitulado *Das Fremde in Mir*, com tradução para o português *O estranho em mim*, retrata bem esse comportamento pós-parto. Refere-se tal obra a um jovem casal que ansiosamente aguardam o nascimento de seu primeiro filho. Após dar à luz um menino saudável, a genitora, ao invés do amor incondicional que esperava sentir, se vê imersa em um redemoinho de sensações de impotência e desespero, fazendo com que seu próprio filho lhe pareça um estranho. Com o passar dos dias, fica cada vez mais aparente sua inabilidade para cumprir com as obrigações maternas, chegando a ponto de perceber que estava se tornando uma ameaça para a criança. Tentativa de abandono do filho em via pública e pensamentos em afogá-lo durante o banho retratam a crise psicológica pela qual a protagonista passou até ser encaminhada a uma clínica de tratamento após um ataque de nervos.

Odon Ramos Maranhão define o estado puerperal como “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*.”¹⁰⁰ Tal citação revela a dificuldade do tema até mesmo para os doutos nas ciências médicas.

¹⁰⁰MARANHÃO, Odon Ramos. op. cit., p. 199.

Segundo Hélio Gomes, o conceito obstétrico de estado puerperal ou puerpério não é pacífico. Uns chamam de estado puerperal a gravidez, o parto e o puerpério que o segue; outros só a este último; terceiros entendem que o estado puerperal começa após o parto e dura o tempo da involução clínica do útero. Existem ainda os que o admitem até o desaparecimento dos lóquios ou aparição da menstruação.¹⁰¹

Aludem nesse sentido Delton Croce e Delton Croce Júnior, quando afirmam que a *influência do estado puerperal* não deve ser confundida com o conceito obstétrico de *estado puerperal*, que segundo alguns seria a gravidez, o parto e o puerpério; somente o puerpério; o período circunscrito só ao delivramento; o tempo necessário para a involução clínica do útero, que começa imediatamente após o parto; o período que se estende imediatamente após o parto até o cessar dos lóquios ou aparição da menstruação.¹⁰²

Nerio Rojas, discorrendo sobre o tema, afirma que se trata de “asunto que plantea una dificultad que la medicina no puede resolver concretamente. La duracion del estado puerperal, por lo pronto, es indeterminable com exactitud, sin contar las diferencias de critério que establecen divergências fundamentales entre los parteros.” E continua o autor: “Unos llaman “estado puerperal” al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros, solo a este último; otros, consideran que este estado puerperal dura El tiempo de la involución clínica del útero; algunos lo refieren a la involución histológica de esse órgano, que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los loquios, y otros lo extienden hasta la aparición de la menstruación.”¹⁰³

Almeida Júnior, por sua vez, em clássicas palavras definiu o que seria o estado puerperal, segundo o espírito do legislador quando da redação do artigo 123 do Código Penal. Diz o autor: “Nele se abrangem os casos em que a mulher, mentalmente sã mas abalada pela dor física do parto, fatigada, sacudida pela emoção, vem a sofrer obnubilação da consciência, perturbação dos impulsos volitivos, chegando por isso a matar o próprio filho, durante o parto ou logo após. De um lado, nem alienação, nem semialienação mental. De outro, também não a frieza do cálculo, a ausência de emoção. Mas a situação

¹⁰¹GOMES, Hélio. op. cit., p. 422.

¹⁰²CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 555.

¹⁰³ROJAS, Nerio. *Medicina legal*. Buenos Aires: El Ateneo, 1956. p. 256.

intermediária, fisiológica, normal, que quase sempre decorre das apreensões e do esforço extenuante produzido pelo fenômeno do parto.”¹⁰⁴

Ainda segundo o mesmo autor, a influência do estado puerperal, “é o efeito normal e corriqueiro de qualquer parto; e, dada a sua grande frequência, deverá ser admitida sem maior dificuldade.”¹⁰⁵

Antônio Gonzalez-Cuellar Garcia, referindo-se às circunstâncias do parto e às tensões causadas na parturiente, afirma que: “La referencia a las tensiones emocionales significa la producción de un estado de ánimo que provoca una conmoción orgánica, con la consecuencia del nacimiento del dolo de matar al recién nacido.”¹⁰⁶

A chamada loucura puerperal de Marcé, descrita por este autor em 1858, falava de uma loucura profunda e de curta duração, capaz de levar a mãe a assassinar o próprio filho. Nunca foi observada tal psicose em partos assistidos, sendo pacífico entre obstetras e psiquiatras ter sido a mesma criada como argumento de defesa.

Não se confunde estado puerperal com as denominadas psicoses puerperais, onde existe uma verdadeira psicose toxinfeciosa puerperal. Mãe que mata o filho em decorrência de tal psicose não pratica infanticídio, visto ser uma doente mental, sujeita ao art. 26 do Código Penal.¹⁰⁷

Em trabalho intitulado “Psicose Pós-Parto e Infanticídio: Relato de Caso” encontramos interessante descrição sobre a psicose puerperal: “ trata-se do transtorno mental mais grave que se pode ocorrer no puerpério, tem prevalência de 0,1% a 0,2% e usualmente é de início rápido, os sintomas se instalam já nos primeiros dias até duas semanas no pós-parto. Os sintomas iniciais são euforia, humor irritável, logorréia, agitação e insônia. Aparecem, então, delírios, ideias persecutórias, alucinações e comportamento desorganizado, desorientação, confusão mental, perplexidade e despersonalização. As

¹⁰⁴ ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. op. cit., p. 40.

¹⁰⁵ Id., loc. cit.

¹⁰⁶ GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, Antonio. *Parricidio, infanticídio y problemas de participacion en el proyecto de Código Penal*. Madrid: Edersa, 1982. p. 225. (Cuadernos de política criminal n. 17).

¹⁰⁷ Assim: “Existe uma psicose toxinfeciosa puerperal, reconhecida por obstetras e psiquiatras, que se manifesta por um quadro de reações esquizofrênicas, acessos de melancolia, depressão ansiosa, auto-acusação, ideias hipocondríacas, alucinações, delírio alucinatório, impulsões morbidas etc. Quando a infecção toxinfeciosa puerperal é evidenciada pelos sinais clínicos, a psicose adquire forma notoriamente sintomática, oscila com o curso da febre e cessa com a sua causa ou, em 75% dos casos, com electroconvulsoterapia. Não se trata aqui de influência do estado puerperal. (CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. op. cit., p. 553).

mulheres primíparas, com complicações obstétricas e com antecedentes pessoais ou familiares de transtornos psiquiátricos são mais susceptíveis a desenvolver esta doença.”¹⁰⁸

O que importa efetivamente considerar é que, para a lei penal, é mister relação de causalidade entre estado puerperal e o crime, visto que nem sempre a mulher sofrerá perturbações psíquicas, conforme já demonstrado na análise da Exposição de Motivos.

Dentro deste quadro é que ganha total importância a expressão *influência*. Para Noronha, se o puerpério não produzir deficiência psíquica não há que se falar em delito privilegiado, visto que, se a lei quisesse entendimento de forma diversa não teria feito uso de expressão influência.¹⁰⁹

Ademais, como expressa Lyra: “Não interessa ao legislador, que estabelece fórmulas jurídicas, o diagnóstico de erros técnicos praticados inconsequente e contraditoriamente pelos médicos. O que ninguém nega, o que todos reconhecem e proclamam, sem sombra de dúvida, é que, *durante o parto e 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.**”¹¹⁰(grifamos).

Por fim, de forma esclarecedora, Fernando de Almeida Pedroso afirma: “A influência do estado puerperal há de simplesmente *diminuir* ou *reduzir* a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente. Se atinge o ápice de *suprimir* ou *anular* essa capacidade, destruindo-a, tal sua grandeza (como a discutível e até profligada “*loucura puerperal de Marcé*”, *verbi gratia*), ou se, associada à doença mental preexistente, produz o mesmo efeito, o que se tem é a inimputabilidade, ou seja, a inexistência do crime por falta de agente culpável.”¹¹¹

Se é fato que o estado puerperal é comum a toda parturiente, a lei penal exige para a caracterização do infanticídio, que sua *influência* ocorra *durante o parto ou logo após*. Augusto Silva Dias destaca não ser presumível de forma irrefutável que, em todos os casos, exista esta influência perturbadora, dependendo sempre de concreta comprovação.

¹⁰⁸ZAMBALDI, Carla Fonseca; CANTILINO, Amauri; SOUGEY, Everton Botelho. Psicose pós-parto e infanticídio: relato de caso. *Revista das Ciências do Comportamento*, Universidade de Pernambuco – UPE, Centro das Ciências da Saúde da UFPE, v. 73, p. 143-147, abr./jun. 2010.

¹⁰⁹NORONHA, E. Magalhães. op. cit., v. 2, p. 44.

¹¹⁰LYRA, Roberto. op. cit., p. 86.

¹¹¹PEDROSO, Fernando de Almeida. op. cit., p. 237.

Ocorre que em muitas ocasiões tal comprovação torna-se tarefa árdua, principalmente nos crimes de infanticídio praticados mediante abandono e desamparo.¹¹²

Embora o estado puerperal exista, e tal fenômeno é absolutamente reconhecido, a *influência* de tal estado pode não ocorrer necessariamente; contudo, ocorrida, deve ser verificado se *durante o parto ou logo após*, visto que estaremos diante do crime de aborto se a morte do feto ocorrer antes do início do parto, ao passo que, passado muito tempo deste, homicídio será o crime praticado.

O Código Penal de 1890 considerava como infanticídio a prática do delito nos sete primeiros dias de vida autônoma (período neonatal), contudo o nascente era deixado sem amparo legal. A legislação atual alterou este quadro. Como bem acentua Almeida Júnior: “Permanece o período neonatal do Código de 1890; mas consideravelmente encurtado. Não mais matar a criança nos “sete primeiros dias”, e sim “logo após o parto”. E a ele é acrescido o período intranatal: matar “durante o parto”.”¹¹³

Merece referência, mais uma vez, a colocação de Hélio Gomes de que: “Nascente é o que está nascendo, já começou mas ainda não acabou de nascer, é aquele de que uma parte do corpo (cabeça, um braço, uma perna) já atravessou o canal pélvico.”¹¹⁴ Nas palavras de Júlio Victor dos Santos Moura, estaríamos diante de uma modalidade de infanticídio denominada *perinaticídio*.¹¹⁵

A expressão *durante o parto* não parece oferecer maiores dificuldades, considerando-se o momento em que o processo de nascimento tem início, com o aumento progressivo das contrações uterinas provocando a saída do feto. Como elucida Hungria: “só há infanticídio quando o feto pôde ser atingido sem destruição de qualquer *formação* a interpor-se entre ele e o ambiente extrauterino.”¹¹⁶

Não são diferentes as palavras de Antolisei sobre o assunto: “...presuppone che sia compiuto il processo fisiologico della gravidanza, perché in caso diverso la distruzione del prodotto del concepimento rientrerebbe, como vedremo, nella figura dell’aborto. Esso si verifica allorché la morte viene provocata in quello stadio di transizione che intercorre dal

¹¹²DIAS, Augusto Silva. *Direito penal*: parte especial. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2007. p. 46.

¹¹³ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. op. cit., p. 38.

¹¹⁴GOMES, Hélio. op. cit., p. 420.

¹¹⁵MOURA, Júlio Victor dos Santos. Modalidades do infanticídio. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano 6, n. 34, p. 49, out./nov. 2005.

¹¹⁶HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 257.

momento del distacco del feto dall'utero materno all'istante in cui il prodotto del concepimento acquista vita autonoma.”¹¹⁷

Se é certo, como já descrito, que a expressão durante o parto não oferece grandes dúvidas, o mesmo não podemos dizer quando da análise do momento considerado *logo após* o parto, questão um pouco mais intrincada.

Assim é que cumpre atentar que o Código Penal de 1890, como citado anteriormente, estipulava um prazo de sete dias. Flamínio Favero, opinando favoravelmente a tal dispositivo legal, apontava: “A velha Lei Brasileira era feliz, em parte, marcando, na caracterização do infanticídio, um prazo, em dias, dentro do qual se podia admitir a condição de recém-nascido: 7 dias. Faltando o critério biológico para isso e, pois, médico legal, o legislador solucionou o problema referindo-o a dias. Foi infeliz, entretanto, admitindo prazo tão grande de 7 dias para o recém-nascimento.”¹¹⁸

Colocando a questão de uma maneira muito objetiva, Hélio Gomes afirma: “É claro que **logo após** pressupõe a terminação do parto, o que se verifica com a expulsão das secundinas, via de regra alguns minutos depois de nascida a criança. Quanto à exata significação temporal da expressão — **logo após**, — penso que devemos nos ater ao seu diáfano sentido gramatical. **Logo após** quer dizer **imediatamente, logo em seguida, prontamente.**”¹¹⁹

Na mesma linha de raciocínio, Fragoso entende que a expressão significa “logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo”.¹²⁰

Nesse sentido, também encontramos jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo onde a ré pretendeu ver mudada a sentença de pronúncia por homicídio tentado para que fosse julgada pela prática de infanticídio. Não obteve, contudo, êxito em sua postulação. Segundo narrado em seu interrogatório perante a autoridade judicial:

no dia dos fatos eu recebi alta de manhã e a criança somente à tarde; comecei a andar pela cidade, parei na pracinha e até amamentei a criança; realmente entrei no terreno referido na

¹¹⁷ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 60.

¹¹⁸FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Villa Rica, 1991. p. 766.

¹¹⁹GOMES, Hélio. op. cit., p. 421.

¹²⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 86.

denúncia, coloquei terra no rosto da criança, não lembro porque fiz isso; não tinha pensado em dar a criança; antes uma amiga minha sugeriu tomar remédio para tirar e eu não quis; não sei por que tirei a roupa da criança; a única coisa que me lembro é de ter colocado terra sobre ela; se eu não quisesse a criança teria tomado remédio para tirar.

Em tal decisão, considerou-se que os fatos “não ocorreram logo após o parto, ou seja, em seguida, imediatamente após, sem intervalo”, não havendo, então, como se reconhecer o estado puerperal. (Quarta Câmara de Férias – “Julho/1998” do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 224.577-3/7, da Comarca de Barretos).

Em sentido contrário entende Ivanildo Ferreira Alves quando afirma que: “a expressão não pode e nem deve ser limitada cronologicamente. O termo pode comportar minutos, horas e até dias. A lei, neste caso, deve ser interpretada mais por seu espírito do que por sua literalidade. Não se pode emprestar à expressão a precisão e a rigidez do tempo medido no relógio ou no calendário. A lei levou em consideração as diferenças individuais, mutáveis de mulher para mulher, delegando ao julgador, no caso concreto, a fixação temporal.”¹²¹

Retomando-se o pensamento de Hungria, a expressão *logo após o parto* deve estar subordinada à influência do estado puerperal, não podendo ser dada a mesma uma “interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal.”¹²²

Aníbal Bruno descreve a expressão logo após o parto como “um período de tempo de limitação imprecisa”. Afirma ainda que o privilégio deverá ser observado sempre que “o ato de matar se realize ainda sob a influência da situação anímica gerada pelo processo do parto.”¹²³

Não se pode deixar de considerar, contudo, que tanto o período compreendido *logo após o parto* como o *estado puerperal* devem ser analisados conjuntamente. O elemento etiológico (estado puerperal) deve coincidir com o elemento cronológico (durante o parto ou logo após). Portanto, praticado o crime muito tempo após o parto, mesmo que a mãe

¹²¹ALVES, Ivanildo Ferreira. op. cit., p. 184.

¹²²HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 257-258.

¹²³BRUNO, Aníbal. op. cit., t. 4, p. 150.

ainda esteja sob a influência do estado puerperal, ausente estará o elemento cronológico. Da mesma forma que de nada adiantará, para o reconhecimento do privilégio, que a mãe pratique o delito, durante o parto ou logo após, mas de maneira fria e calculista, pois aqui a ausência será do elemento etiológico.¹²⁴

Assim, em conclusão, como pondera Gláucio Vasconcelos Ribeiro: “O puerpério pode se prolongar por tempo que avança bem além da data do parto. Nem por isso a morte do filho, pela própria mãe, se considerará como infanticídio, se não se verificar tenha ela agido sob a sua influência e durante o parto ou logo após o mesmo.”¹²⁵

¹²⁴Id. Ibid., p. 39.

¹²⁵GOMES, Hélio. op. cit., p. 83.

VII. SUJEITOS DO DELITO

1. Sujeito Ativo

Existem os crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa, não exigindo a lei qualquer requisito especial por parte de tais indivíduos. São chamados de crimes comuns. Por outro lado, existem os crimes cuja prática somente pode se dar por pessoas determinadas, que ao contrário dos autores dos crimes comuns, devem ser portadoras de uma capacidade especial, são os chamados crimes próprios.

Uma simples leitura do artigo 123 do Código Penal deixa claro que o infanticídio não se trata de espécie de crime comum. Ao contrário, exigindo o tipo a morte do “próprio filho” e ainda sob a influência do “estado puerperal”, fica evidente que o sujeito ativo do delito somente poderá ser a mãe do nascente ou neonato. Nas palavras de Noronha: “o infanticídio é um crime da genitora, da puérpera. É, portanto, a mãe que se acha sob a influência do estado puerperal.”¹²⁶

Nem sempre nossa legislação assim entendeu. Basta recordar, quando da análise da evolução do tipo no direito pátrio, que o Diploma Legal de 1830 previa a conduta praticada por qualquer pessoa contra o recém-nascido, mesma posição adotada pelo Código de 1890.

A legislação brasileira atual admite como sujeito ativo do delito somente a mãe. Observe-se que, se outra pessoa praticar a conduta, ceifando a vida do nascente ou neonato — a não ser nos casos de coautoria que será posteriormente analisado — estaremos diante da prática de um homicídio.

Tal entendimento, contudo, não é uniforme em todas as legislações. Somente a título de comparação, fazem coro com o Brasil, por exemplo, admitindo somente a mãe como sujeito ativo do delito e não admitindo que o mesmo possa ser cometido por outras pessoas, as legislações da Bolívia, Colômbia, Peru, Itália e Portugal.

Todavia, existem legislações que estendem o benefício legal a pessoas que possuem ligação com a vítima, como no caso, por exemplo, do Chile e do Uruguai.

¹²⁶NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 42.

O tratamento dispensado ao infanticídio pelas legislações de outros países será objeto de análise em tópico próprio, com a transcrição, inclusive, dos artigos referentes à matéria em cada um dos códigos penais pesquisados.

2. Sujeito Passivo

Contrariamente aos Códigos de 1830 e 1890, a legislação atual não protege apenas o recém-nascido, sendo o nascente também sujeito passivo do delito em tela.

Utilizando a lei a expressão “durante o parto ou logo após” torna-se evidente que a vida daquele que se encontra na fase de transição entre o interior e o exterior do ventre materno também é preservada.

Hélio Gomes define nascente como sendo “o que está nascendo, já começou mas ainda não acabou de nascer, é aquele de que uma parte do corpo (cabeça, um braço, uma perna) já atravessou o canal pélvico.”¹²⁷

Observe-se que se a morte se der, na forma dolosa, antes do início do processo de nascimento, estaremos sem dúvida diante do crime de aborto. Faz-se necessário, desse modo, o início do processo de nascimento como marco inicial do delito de infanticídio. Desnecessário que a criança já tenha saído totalmente do ventre materno, mas ao menos parte dela, possibilitando que a conduta letal ocorra externamente.¹²⁸ Não existe na legislação pátria a figura do feticídio, intermediária entre o aborto e o infanticídio, que consistiria na ocisão do ser humano nascente. Trata-se, neste caso, de infanticídio.

O feto nascente já é considerado um ser vivo, sendo desnecessária a consideração da vida autônoma. Hungria, abordando o tema, assim se pronunciou: “Deixou de ser condição necessária do infanticídio a *vida autônoma* do fruto da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma *vida humana*. Sob o prisma jurídico penal, é, assim, antecipado o início da *personalidade*.” E continua o autor: “Já não há mais distinguir entre *vida*

¹²⁷GOMES, Hélio. op. cit., p. 420.

¹²⁸ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 128.

biológica e vida autônoma. Esta, de condição necessária, passou a ser apenas condição suficiente do infanticídio.”¹²⁹

Impõe-se verificar, neste passo, a necessidade da existência de respiração para caracterização do delito de infanticídio. Antigo médico legista alemão, Cásper, considerava que “viver é respirar, não ter respirado é não ter vivido”. Tal conceituação demonstra-se absolutamente rigorosa, ao passo que existe a perfeita possibilidade de vida apnéica extrauterina, estando o ser vivo mesmo sem que tenha havido início do processo respiratório.¹³⁰

Isso permite sustentar que, na hipótese de uma cesariana, onde a criança absolutamente formada, mas que ainda não respirou, se morta pela mãe neste momento, caracterizado estará o infanticídio e não o delito de aborto. Distingue-se aqui o nascimento biológico do jurídico.¹³¹

Alude neste sentido Aníbal Bruno: “Desde que se inicia o desligamento do novo ser do organismo materno, pelo início dos trabalhos de parto, pode-se praticar infanticídio, separando-se a hipótese da do aborto. Assim se extinguiu a indecisão entre aborto e infanticídio provocada pelo texto de nosso Código anterior, no caso de morte da criança durante o parto.”¹³²

3. O Erro Sobre a Pessoa do Sujeito Passivo

O erro sobre a pessoa (*error in persona*) é aquele que recai sobre um dado accidental do delito, de modo que o crime existe da mesma forma.

Consta do artigo 20, parágrafo 3º do Código Penal:

Erro sobre a pessoa

“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente praticar o crime.”

¹²⁹HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 251-252.

¹³⁰Ibid., p. 252

¹³¹ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 124.

¹³²BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, t. 4, p. 153.

Isso permite sustentar que a mãe, agindo sob influência do estado puerperal, logo após o parto, mata filho de outra pessoa achando tratar-se de seu próprio filho, responderá por infanticídio. Aplica-se ao caso a regra do artigo 20, § 3º do Código Penal.

O que ocorreu, na verdade, foi uma confusão por parte da autora do delito que pensou ser seu próprio filho (vítima virtual) a pessoa efetivamente atingida. Devem-se levar em consideração as qualidades da vítima virtual e não aquelas da vítima efetivamente atingida, respondendo a autora do delito pelo artigo 123 do Código Penal em consonância com o artigo 20, § 3º do mesmo diploma legal.

Da mesma forma, não será outra a solução no caso em que ocorra o chamado *aberratio ictus*, ou erro na execução. Dispõe o artigo 73 do Código Penal:

Erro na execução

Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º, do art.20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Nesse caso, a mãe sob influência do estado puerperal não confunde seu filho com outra criança. Sabe perfeitamente quem é um e quem é outro; contudo, erra o golpe e acaba atingindo outra criança que não a visada. Responderá por infanticídio, como se tivesse atingido a pessoa contra qual queria praticar o crime, ou seja, o próprio filho, considerando-se as condições e qualidades deste último.

VIII. A QUESTÃO DO CONCURSO DE AGENTES

Sendo a mãe, como já observado quando da análise do sujeito ativo do delito, a pessoa que pode praticar o infanticídio, levando-se em consideração a questão do estado puerperal, cuidando-se, portanto, de crime próprio, cumpre agora um estudo mais detido a respeito da possibilidade do concurso de agentes na prática da conduta delituosa.

Nos termos utilizados pelo artigo 29, caput, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Três teorias merecem destaque com relação ao concurso de pessoas: teoria pluralística; teoria dualística e teoria monística. Para a *teoria pluralística*, o número de infrações penais corresponderia ao número de autores e partícipes. Desta forma, se na prática de um homicídio, uma pessoa induzisse outras duas a praticarem o delito, teríamos três homicídios. A *teoria dualística* sustenta a existência de dois crimes: um para os autores, aqueles que realizam a atividade principal, a conduta típica emoldurada no ordenamento positivo, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal.¹³³ Neste caso, no exemplo dado, teríamos um crime para quem induzisse alguém a matar e outro para os coautores, ou seja, quem efetivamente efetuasse a prática delituosa. Por fim, a *teoria monística ou unitária* que não faz qualquer distinção entre autor e partícipe. Segundo Rogério Greco: “ Para a teoria monista existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível.”¹³⁴ Haveria aqui, utilizando-se ainda o exemplo acima, um único crime de homicídio que seria imputado ao partícipe e aos coautores.

Nosso Código Penal adotou, observando-se o artigo 29, a *teoria unitária ou monística*. É certo que, em algumas ocasiões, excepcionalmente, acaba por aceitar a *teoria*

¹³³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 446.

¹³⁴GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007. v. 1, p. 430.

dualística, distinguindo a atuação dos autores e partícipes. Exemplos disso são os crimes de aborto provocado pela gestante (art. 124 do C.P.) e aborto provocado por terceiro (art. 126 do C.P.); corrupção passiva (art. 317 do C.P.) e corrupção ativa (art. 333 do C. P.); facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do C.P.) e contrabando ou descaminho (art. 334 do C.P.).

Dentro desta breve amostragem do desenvolvimento das teorias referentes ao concurso de agentes, impõe-se verificar, neste momento, a questão do concurso de pessoas na prática do crime de infanticídio. Tal problemática deve ser enfrentada levando-se em consideração a questão do estado puerperal como elementar do tipo. É exatamente este o ponto principal da discussão: a comunicabilidade ou não da circunstância referente ao estado puerperal a outras pessoas que não a mãe do nascente ou neonato.

A questão foi amplamente debatida entre os maiores tratadistas do direito pátrio e estrangeiro, encontrando-se posicionamentos tanto no sentido da possibilidade como da impossibilidade da comunicabilidade, prevalecendo, contudo, a primeira posição.

Torna-se necessário aqui, ainda que de forma breve, tendo em vista não ser este o escopo do presente trabalho, uma distinção entre circunstâncias e elementares. As primeiras, ressalta Bitencourt, são: “dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas “circundam” o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir sua gravidade.”¹³⁵ Elementares, por sua vez, são dados da figura típica que, por serem absolutamente essenciais, fazem parte da estrutura do tipo penal. A ausência de elementar leva à exclusão de tipicidade ou desclassificação do delito.

Dispõe o artigo 30 do Código Penal: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

Escrevendo sobre o tema ora em apreço, Hungria, dentre os autores nacionais, foi o maior defensor da impossibilidade do reconhecimento da comunicabilidade do delito de infanticídio aos partícipes e coautores. Dizia tratar-se de um crime *personalíssimo*, sendo a condição “sob a influência do estado puerperal” incomunicável.¹³⁶ Tal posicionamento foi adotado pelo tratadista durante toda sua obra, sendo citado pela quase unanimidade da doutrina desta forma. Ocorre que, como observou Damásio de Jesus, na última edição de

¹³⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., v. 1, p. 467.

¹³⁶HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 259.

sua obra, Hungria mudou de posicionamento — fato este que “passou despercebido da maioria da doutrina brasileira” — passando a adotar a tese da comunicabilidade.¹³⁷ Mirabete, atento a tal fato, também o observou ao escrever: “Hungria, que se manifestara pela incomunicabilidade, voltou atrás na última edição de sua obra.”¹³⁸

Fragoso, também citado por quase todos os autores como sendo defensor da incomunicabilidade, mudou a forma de pensar quando escreveu: “A solução da matéria não pode ser uniforme para os vários sistemas do direito, que disciplinam de forma diversa a comunicabilidade das circunstâncias subjetivas do delito. Em face do nosso direito (art. 26 CP)¹³⁹, não temos dúvida em afirmar a admissibilidade da participação e da coautoria.”¹⁴⁰

Aníbal Bruno também defende expressamente o ponto de vista da incomunicabilidade sustentando que o privilégio concedido à mulher é decorrente do estado puerperal, sendo este personalíssimo e impossível de ser concedido a outrem. Somente a mãe que mata o filho nessas condições pode participar do crime de infanticídio, devendo qualquer outro que participe do fato apenas por homicídio.¹⁴¹

Em janeiro de 1943, no estado do Rio de Janeiro, realizou-se a I Conferência de Desembargadores. Dentre as proposições levadas a estudo, foi sugerido pelo Desembargador representante do Distrito Federal a definição em plenário da pena a ser aplicada ao partícipe do crime de infanticídio. Objetivava-se estabelecer se deveria ser aplicado ao caso o artigo 123 ou o artigo 121 do Código Penal. Desembargadores do estado do Ceará fizeram-se presentes e defenderam arduamente a tese da incomunicabilidade.¹⁴² Em que pesem tais manifestações, foi aprovada em referido Congresso a interpretação que estende a coautoria ao infanticídio.¹⁴³

Fernando de Almeida Pedroso, criticando o pensamento daqueles contrários à tese da comunicabilidade, assim se manifesta: “*In primo loco*, colocou Hungria verdadeiro rolo compressor sobre o artigo 30 (à época 26) do Código Penal, fazendo *tabula rasa* de sua disposição e, clamorosamente, sufragando exegese *contra legem*”; e continuou: “De tal

¹³⁷JESUS, Damásio Evangelista de. Nélson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. *Justitia*, São Paulo, v. 194, p. 47-50, abr./jun. 2001.

¹³⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2, p. 90.

¹³⁹Atual artigo 30 do Código Penal.

¹⁴⁰FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 88.

¹⁴¹BRUNO, Aníbal. op. cit., t. 4, p. 150-151.

¹⁴²SOUZA FILHO, Joaquim Jorge de. Infanticídio e co-autoria. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 164, p. 451-453, mar./abr. 1956.

¹⁴³ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 131.

arte, à luz do artigo 30 do caderno penal, não há como negar-se a possibilidade de co-autoria no infanticídio (desde que o estranho atue como *extraneus*), ou em qualquer outro crime de mão própria ou de atuação pessoal.”¹⁴⁴

Favorável à tese da comunicabilidade, que, como já dito, é prevalente, Roberto Lyra argumenta: “Se com a mãe outrem concorre ao crime, mesmo para a execução material (p.ex. o pai, o parteiro), a pena a aplicar aos coautores é a do infanticídio e não a do homicídio.” e continua o autor: “Só quem desconhece as ficções jurídicas argumentaria com os requisitos da maternidade e do estado puerperal, que não poderiam ser comunicados a homens e, mesmo, a outras mulheres.”¹⁴⁵

Noronha, por sua vez, defendendo a comunicabilidade, aduz que opinião em contrário entra em choque com a teoria monística ou unitária adotada pelo Código Penal pátrio. Se o infanticídio fosse mera atenuante do homicídio, poderia se compreender a não comunicação ao coréu, contudo, trata-se de crime completamente autônomo em nossa lei.¹⁴⁶

Euclides Custódio da Silveira posiciona-se afirmando que: “parece-nos impossível negar que a perturbação emotiva, oriunda de puerpério e sem a qual o crime seria de homicídio, seja uma “circunstância” atinente ao “menor grau de criminalidade do fato” ou à “menor intensidade do elemento subjetivo”. Trata-se, como dissemos, de uma causa ou circunstância que incide na própria *qualidade* do delito e não apenas na sua *quantidade*.”¹⁴⁷

Embora se trate de delito privilegiado, o infanticídio não deixa de ser autônomo, comunicando-se as circunstâncias subjetivas que integram o tipo aos coautores, sendo preciso que o coautor tenha, como é óbvio, participação exclusivamente acessória. Sendo sua ação a definida no núcleo do tipo, matando diretamente o nascente ou o recém-nascido, será enquadrado no homicídio, conforme também assinala José Frederico Marques em sua obra.¹⁴⁸

Antônio José Miguel Feu Rosa faz interessante apreciação do caso, defendendo a tese da comunicabilidade: “Analisemos o caso à luz da boa lógica. A mãe, denunciada no

¹⁴⁴PEDROSO, Fernando de Almeida. op. cit., p. 247.

¹⁴⁵LYRA, Roberto. op. cit., p. 89.

¹⁴⁶NORONHA, E. Magalhães. op. cit., v. 2, p. 49-50.

¹⁴⁷SILVEIRA, Euclides Custódio da. op. cit., p. 99.

¹⁴⁸MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4, p. 141.

art. 123, estará sujeita a uma pena de dois a seis anos de detenção, com a redução correspondente à tentativa. Já a pena-base para o coautor, denunciado como autor do homicídio, ficaria na faixa de seis a vinte anos, segundo o art. 121, caput. Ora, a participação do coautor, via de regra, é secundária. E, quem deve ter maior interesse na preservação da vida da criança: a mãe, ou uma pessoa estranha? Acho que, se fosse possível, a pena maior deveria ser destinada exatamente à mãe. Não sendo isso permitido, que se considerem pelo menos autor e coautor em igualdade de condições.”¹⁴⁹

Enfrentando o tema, Basileu Garcia entende sustentável a tese de que cometeria infanticídio todo aquele que, de qualquer modo, concorresse para o crime do art. 123 do Código Penal, isto porque trata-se de crime completamente autônomo e não uma mera atenuante do crime de homicídio, pois somente neste caso poderia compreender-se a não comunicação ao coréu.¹⁵⁰

Merece referência, no direito estrangeiro, a manifestação de Soler referindo-se a questão da *participación*: “Em este sentido, debemos afirmar que el infanticidio es un tipo perfectamente definido y autónomo, y que la existencia del elemento subjetivo requerido por la ley en uno de los participes primarios es suficiente para determinar la aplicabilidad de la figura privilegiada. Entendemos resolver así no solamente el caso de la amiga que ayuda a la autora a cometer el infanticidio, sino también el caso em el cual la madre, no atreviéndose a ejecutar por si sola el hecho, requiere la cooperación de otro.”¹⁵¹

Vicente de Paula Rodrigues Maggio defende, como Noronha, que somente com a eliminação do tipo autônomo de infanticídio a questão da coautoria seria resolvida. Passaríamos a ter um tipo privilegiado de homicídio pelo qual a mãe parturiente responderia, enquanto terceiro seria responsabilizado por homicídio sem atenuação. Na ausência de tal solução, entende o autor que enquanto não for modificada a legislação penal a respeito do assunto, não poderá terceiro que participa de infanticídio responder por homicídio.¹⁵²

Em que pesem tais considerações, um terceiro interveniente no ato de a mãe matar o próprio filho, poderá concorrer, eventualmente, para o crime de homicídio, conforme

¹⁴⁹ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 131.

¹⁵⁰GARCIA, Basileu. op. cit., v. 1, t. 1, p. 531-532.

¹⁵¹SOLER, Sebastian. op. cit., p. 69.

¹⁵²MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. op. cit., p. 74.

coloca Cezar Roberto Bitencourt. Defende o referido autor, a tese de que o terceiro, em pleno uso de suas faculdades mentais, pode aproveitar-se da situação de fragilidade da mãe devido à influência do estado puerperal e matar o filho daquela. Neste caso, para se evitar enorme injustiça, deveria a mãe responder por homicídio mas beneficiada com o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, que autoriza a redução de um a dois terços da pena aplicada, levando a pena mais favorável do que a aplicada ao infanticídio. Já o terceiro deverá responder pelo crime de homicídio.¹⁵³

Poderemos nos deparar, contudo, com a hipótese de terceiro que mata o nascente ou recém-nascido, com a participação meramente acessória da mãe. Neste caso, e ainda citando Bitencourt: “Realmente, os parágrafos do art. 29 consagram aquilo que poderíamos chamar de *graus de participação de menor importância e cooperação dolosamente distinta*.” Certamente, a mãe puérpera quis participar de crime menos grave, devendo desta forma responder por infanticídio, ao passo que terceiro responderá por homicídio.¹⁵⁴

¹⁵³BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., v. 1, p. 132.

¹⁵⁴Id. Ibid., p. 133-134.

IX. O ELEMENTO SUBJETIVO – CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DA MODALIDADE CULPOSA

Procederemos neste tópico ao estudo do elemento subjetivo do crime de infanticídio. Ao tratar do assunto, devemos levar em consideração não apenas a questão do dolo ou da culpa, sendo necessário que se observe também o dolo frente ao estado puerperal, tendo em vista que dúvidas surgem com relação à compatibilidade desses dois institutos.

Os delitos, de acordo com o elemento volitivo que os caracteriza, podem ser dolosos, culposos e preterdolosos. Querendo o agente o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo, estaremos diante do dolo ou delito doloso. Se, ao contrário, o agente não desejar aquele resultado, nem assumir o risco de produzi-lo, mas der causa ao mesmo atuando com imprudência, negligência ou imperícia, estaremos diante da culpa ou delito culposos. Por fim, quando o agente pratica dolosamente um fato anterior do qual decorre um resultado culposos estaremos diante do preterdolo ou delito preterdoloso.

O direito penal em nosso sistema foi constituído em função do dolo, sendo a culpa a exceção, necessitando de expressa previsão legal.

O infanticídio é um delito praticado na modalidade dolosa. O dolo está aí representado em sua *forma direta*, onde existe a vontade da mãe em causar a morte do filho durante ou logo após o parto, ou na *forma eventual*, onde a mãe assume o risco de com sua ação causar a morte do nascente ou neonato. Os tratadistas assim entendem; contudo, não deixam de abordar alguns aspectos importantes com relação à culpa, alguns considerando ser possível a prática do delito também na modalidade culposos, outros argumentando sobre a impossibilidade em face de ausência de previsão legal e alguns outros defendendo que em caso de conduta culposos deverá o sujeito ativo responder pelo crime de homicídio culposos. Sendo a questão controvertida, importante que se mostre a posição de alguns dos doutrinadores a respeito do tema.

Defensor de que no crime de infanticídio não admite a modalidade culposos, Hungria em sua obra posicionou-se no sentido de que o delito em estudo somente é punível

a título de dolo. Havendo a morte do feto nascente ou neonato por imprudência ou negligência da mãe estaremos diante da figura do homicídio culposo.¹⁵⁵

Na mesma linha segue o magistério de Noronha para quem, se uma mulher, repentinamente der à luz, e cita como exemplos casos registrados de nascimentos ocorridos em bares, ônibus e trens, ocorrendo a morte do neonato por uma fratura do crânio, deverá ser imputada à parturiente a morte da criança a título de homicídio culposo.¹⁵⁶

Aníbal Bruno posiciona-se afirmando: “Só se pune a forma dolosa de infanticídio. Não há infanticídio por culpa no nosso Direito vigente; o Código não o prevê, e se o resultado da morte provém de culpa, será por homicídio culposo que se punirá o agente.”¹⁵⁷

Se alguém nasce ou está nascendo vivo e é morto culposamente, tipificado está o homicídio culposo. É assim que se pronuncia Cezar Roberto Bitencourt para quem: “É inconsistente o entendimento contrário, que sustenta tratar-se de conduta atípica. O *bem jurídico vida*, o mais importante na escala jurídico-social, exige essa proteção penal, e só admite a exclusão da responsabilidade penal quando a ação que o lesa não for consequência de dolo ou culpa.”¹⁵⁸

No Direito português, Jorge de Figueiredo Dias destaca que o tipo subjetivo do ilícito exige o dolo. Na ausência deste o fato deve ser punido como homicídio negligente, previsto no artigo 137 do Código Penal daquele país.¹⁵⁹

Expusemos, sinteticamente, os posicionamentos de alguns dos principais autores que defendem a tese da tipificação como homicídio culposo a conduta negligente ou imprudente da mãe que dá causa à morte do filho. Observe-se que se faz absolutamente necessário que a conduta, mesmo que praticada com culpa, esteja ligada ao estado puerperal, caso contrário restaria ausente um dos elementos caracterizadores do delito de infanticídio.

¹⁵⁵HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 259

¹⁵⁶NORONHA, E. Magalhães. op. cit., v. 2, p. 49.

¹⁵⁷BRUNO, Aníbal. op. cit., t. 4, p. 153.

¹⁵⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., v. 1, p. 129.

¹⁵⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. 1, p. 103.

Cumpramos agora analisarmos posições contrárias à tese da tipificação do delito como homicídio culposo. Defende-se, em síntese, a atipicidade total do fato por expressa ausência de previsão legal.

Para Paulo José da Costa Júnior: “ A norma só previu a modalidade dolosa. O dolo previsto em lei é o direto (representação e vontade de causar a morte do filho nascente ou neonato) ou eventual (assunção do risco da morte do filho). Se a mãe der causa à morte do filho culposamente, não responderá por crime algum.”¹⁶⁰

Outra não é a posição de Roberto Lyra, para quem o infanticídio não é punido na forma culposa simplesmente por ausência de previsão legal.¹⁶¹

Procedendo à análise da situação anímica da gestante, no que concerne ao estado puerperal e o descumprimento do dever de cautela que o caso exige, Pierangeli defende a inexistência de delito pela ausência do tipo culposo de infanticídio.¹⁶²

José Frederico Marques também defende expressamente este ponto de vista: “Se a mãe, sob a influência do estado puerperal, deixa a criança morrer por negligência, não há crime a punir. Pode haver, no entanto, homicídio culposo na morte do recém-nascido, desde que, como é obvio e convém insistir, a negligência ou imprudência da parturiente não resulte do estado puerperal.”¹⁶³

Antônio José Miguel Feu Rosa coloca-se favorável à possibilidade da prática da conduta na forma culposa quando a mãe, por exemplo, influenciada pelo estado puerperal, desleixa dos cuidados necessários ao recém-nascido causando-lhe a morte. Contudo, embora pense desta forma, rende-se ao ordenamento jurídico que não prevê a modalidade culposa para o crime e conclui pela atipicidade da conduta.¹⁶⁴

Julgado da Comarca de Cotia, no Estado de São Paulo, trata do assunto. Refere-se à decisão, a parturiente que não observou o dever materno de cuidado, deixando a filha em cima da cama, enrolada em toalha, no tempo em que procurava seu próprio restabelecimento, pois ainda se esvaía em sangue. O neonato faleceu por hipoxemia

¹⁶⁰COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317.

¹⁶¹LYRA, Roberto. op. cit., p. 89.

¹⁶²PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 361)*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 58.

¹⁶³MARQUES, José Frederico. op. cit., v. 4, p. 144.

¹⁶⁴ROSA, Antônio José Miguel Feu. op. cit., p. 127.

acidental, agindo a ré de maneira culposa. Entenderam os julgadores pela atipicidade da conduta culposa da ré, com o trancamento da ação penal (12ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal. Apelação Criminal, Nº 01093978.3/0-0000-000).

Inobstante tudo o que foi acima mencionado, quando discorremos sobre o critério fisiopsicológico, procuramos demonstrar que os seguidores de tal corrente, para sustentá-la, utilizaram como argumento o fato de que a parturiente estaria acometida de um distúrbio proveniente do estado puerperal. Estando sob a influência de tal distúrbio, a pergunta que surge é: como poderia agir com dolo, de forma voluntária e consciente?

Não podemos nos esquecer, como já dito quando do estudo do estado puerperal, que este não se confunde com as chamadas psicoses puerperais, ou seja, verdadeiras doenças mentais sujeitando a pessoa ao artigo 26 do Código Penal.

Durante o estado puerperal, a mulher está sã, contudo, abalada psicologicamente. Não há que se falar em inimputabilidade. Sobre o tema, Maggio aduz que uma *relativa* incapacidade de autodeterminação, em decorrência do puerpério, deve assolar a mulher para a caracterização do infanticídio. Causando o puerpério na mãe, uma doença mental que lhe retire a *inteira* capacidade de autodeterminação de modo a matar o próprio filho, não haverá crime por ausência de agente culpável.¹⁶⁵

Portanto, cada caso deve ser analisado isoladamente. Se o parto desencadear doença mental preexistente ou acarretar, mesmo que em mulheres mentalmente sãs uma perturbação psíquica patológica na parturiente, esta será penalmente irresponsável. Por outro lado, praticado o crime sob a influência do estado puerperal é a regra do artigo 123 que deve ser observada e não a da semi-imputabilidade. Nas palavras de Hungria: “Não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da influência do estado puerperal e, a seguir, o da irresponsabilidade ou da responsabilidade diminuída, segundo a regra geral.”¹⁶⁶

Quanto à culpa, frente ao que se explicitou no presente capítulo, podemos sustentar que a maneira de se solucionar a questão da responsabilização da modalidade culposa (eliminando-se os extremos de uma punição exagerada ou da impunidade), seria com a inserção de um parágrafo ao tipo, com pena diminuída, tratando da imprudência ou

¹⁶⁵MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. op. cit., p. 100.

¹⁶⁶HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 246.

negligência, ou então a total eliminação do tipo infanticídio, inserindo-se a conduta na modalidade homicídio. Defendemos a segunda hipótese, pois resolveria também o problema referente ao concurso de pessoas, conforme iremos discorrer na análise crítica da figura autônoma do infanticídio que trataremos em tópico próprio.

X. O INFANTICÍDIO E O CRIME DE EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO

Previsto no artigo 134 do Código Penal, o crime de “Exposição ou abandono de recém-nascido” assim vem definido:

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

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

1.º Se o fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º *Se resulta morte:*

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

Trata-se, em verdade, de uma modalidade do delito de abandono de incapaz previsto no artigo 133 do Código Penal.

Estamos diante de um crime próprio, somente a mãe podendo ser sujeito ativo, objetivando ocultar desonra própria e apenas o recém-nascido pode ser sujeito passivo. Admite a prática nas modalidades comissiva e omissiva. Por fim, possui uma finalidade específica que é a ocultação de desonra própria.

Quando estudamos a questão dos critérios psicológico e fisiopsicológico, observamos que no primeiro levava-se em consideração o motivo de honra (*honoris causa*), ao passo que no segundo, o desequilíbrio fisiopsíquico.

Pudemos notar, ao longo do estudo, que o crime de infanticídio excluiu o fator *honoris causae* de sua descrição típica; contudo, o legislador não agiu da mesma forma quando da tipificação do delito de exposição ou abandono de recém-nascido.

Inegavelmente, concluímos então, que ao falarmos de crime contra a vida de recém-nascido, não foi abandonado por completo o critério *honoris causae*.

Flamínio Fávero, debruçando-se sobre o assunto em questão, entendeu ser a exposição ou abandono de recém-nascido uma “verdadeira espécie de infanticídio”, afirmando tratar-se de um “homicídio *honoris causa*, com a mesma penalidade do infanticídio, praticado sob a influência do estado puerperal.”¹⁶⁷

Discordando totalmente de tal assertiva, Noronha afirma não assistir razão a Fávero ao equiparar os delitos de infanticídio e exposição ou abandono de recém-nascido, mesmo porque neste último inexistente o *animus necandi*.¹⁶⁸

Evidente que os vários motivos que podem levar uma mulher à prática do infanticídio também poderão conduzi-la ao abandono do recém-nascido. Contudo, neste último, a genitora não objetiva a morte do filho e sim expô-lo ou abandoná-lo, sendo que o resultado morte sobrevém a título de preterdolo.

Com relação aos verbos “expor” e “abandonar”, embora alguns grandes doutrinadores como Hungria e Fragoso entendam serem sinônimos, preferimos a posição de Cezar Roberto Bitencourt, baseada na doutrina francesa, suíça e alemã, onde, na “exposição”, interrompe-se a guarda, mas não a vigilância, ao passo que no “abandono” cessam uma e outra.¹⁶⁹

O fato é que, considerando-se que no abandono cessam a guarda e a vigilância, mesmo o resultado morte advindo a título de preterdolo, não podemos deixar de observar em que condições se dá tal conduta. Digo isso porque, ocorrendo o abandono em um local absolutamente desocupado, deserto, sem acesso, parece ficar claro que o dolo não seria simplesmente de rejeição, mas sim de causar a morte do recém-nascido.

Em tal situação, difícil encontrar distinção entre os delitos previstos nos artigos 123 e 134 do Código Penal, vez que ambos objetivavam a morte da criança. Há quem entenda, inclusive, que no artigo 123 estamos diante da figura do infanticídio por ação, ao passo que o artigo 134 está configurado o infanticídio *honoris causae* por omissão.¹⁷⁰

Não enxergamos dessa forma, mesmo porque existe a possibilidade da prática do delito previsto no artigo 123 do Código Penal na modalidade omissiva, deixando, por

¹⁶⁷FÁVERO, Flamínio. op. cit., p.767.

¹⁶⁸HUNGRIA, Nelson. op. cit., p. 249.

¹⁶⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., v. 2, p. 247-248.

¹⁷⁰MEDICI FILHO. Atugasmin. O infanticídio no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 140, p. 360-361, 1942.

exemplo, a genitora de remover as mucosas ou não promovendo outros cuidados que o recém-nascido necessita como a ligadura do cordão umbilical e a adequada alimentação.

A questão que se coloca é: por que o legislador suprimiu o critério *honoris causae* para o infanticídio e o manteve na exposição ou abandono de recém-nascido?

Ao que parece, a resposta não pode ser outra a não ser aquela que se relacione com a finalidade da conduta. O artigo 134 do Código Penal visa tutelar a ação da mãe que não objetiva a morte de seu filho, mas apenas abandoná-lo. Trata-se de injusto de perigo. Pratica tal conduta por diversos motivos, como, por exemplo, ser menor de idade, solteira residindo com os pais, ser a criança fruto de uma relação extramatrimonial, ou qualquer outro que esteja ligado diretamente a sua honra sexual e a boa fama que goza perante a sociedade. Isso em nada se relaciona com o estado puerperal. O que está em jogo aqui é puramente o fator honra e o resultado almejado é bem menos grave do que o previsto no infanticídio (apesar das penas idênticas), embora a morte possa também ocorrer, mas somente a título de culpa e nunca de forma desejada.

Considerando que a honra salvaguardada é de natureza sexual, o artigo 134 do Código Penal não pode apresentar como sujeito ativo a meretriz ou mulher de vida sexual manifestamente desregrada, por não haver, nesses casos, vida sexual a ser preservada.¹⁷¹

Tal restrição já não mais é encontrada no delito de infanticídio. A exclusão do critério psicológico com referência ao tipo, não permite que se faça qualquer diferenciação com relação à autora do delito no que diz respeito ao seu estilo de vida sexual, visto levar-se em consideração apenas a influência do estado puerperal no momento da conduta. Aliás, tal fato foi de grande importância para a adoção do critério fisiopsicológico, qual seja, evitar-se que prostitutas ou mulheres com comportamento sexual mais liberal não fossem alcançadas pelo privilégio, enquanto outras, muitas vezes desonradas, mas não sexualmente, fossem beneficiadas.

Pelas considerações expendidas podemos então concluir que, efetivamente, o fator honra sexual ainda tem forte influência no Código Penal, inobstante todas as considerações feitas ao longo do presente trabalho sobre a evolução dos costumes, emancipação das mulheres, etc.

¹⁷¹MIRABETE, Julio Fabbrini. op.cit., v. 2, p. 135.

O quadro que se apresenta então parece ser o seguinte: não podemos conceber que uma mãe ceife a vida do próprio filho indefeso apenas e tão somente para salvaguardar sua honra. Adotamos então o critério fisiopsicológico para que a influência do estado puerperal justifique o abrandamento da reprimenda; por outro lado, não se tratando de pôr fim à vida da criança, mas sim abandoná-la para livrar-se do problema, permite-se que a honra seja invocada como justificativa para uma pena menor. A honra sexual pode não ser o bastante para matar, mas o suficiente para abandonar. Embora pareça de extrema frieza, a conclusão a que chegamos é essa.

XI. O INFANTICÍDIO E O CRIME DE DESTRUIÇÃO, SUBTRAÇÃO OU OCULTAÇÃO DE CADÁVER

O delito de destruição, subtração ou ocultação de cadáver está previsto no artigo 211 do Código Penal, que vem assim redigido:

Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Três são as condutas típicas previstas: destruir, subtrair e ocultar.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “Destruir (demolir, destroçar, fazer desaparecer) um cadáver é fazê-lo desaparecer, isto é, levá-lo a deixar de ser considerado como tal; subtrair significa retirá-lo do local em que se encontrava, sob a proteção e vigilância de alguém; ocultar é fazer desaparecer o cadáver de alguém, sem destruí-lo, esconder temporariamente.”¹⁷²

Tal modalidade delituosa pode ser praticada por qualquer pessoa, não exigindo sujeito ativo especial, podendo, inclusive, ser pessoa da própria família.

Por força da profissão, este autor, na qualidade de delegado de polícia, teve a oportunidade de investigar diversos crimes de ocultação de cadáver quando no desempenho de suas funções no Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa, da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Contudo, curiosamente, durante todo o período de nove anos, nenhum crime de infanticídio foi por nós investigado. Evidente que eles aconteceram, mas a pergunta que se faz é: por que não chegaram ao nosso conhecimento?

Tendo em vista o caráter secreto que o delito de infanticídio normalmente apresenta, praticado por mães que na maioria das vezes ocultaram todo o processo gravídico, é comum que após a prática do delito contra a vida seja consumada outra modalidade delituosa prevista no artigo 211 do Código Penal.

Conforme já mencionado, o crime de infanticídio não costuma ocorrer no interior das maternidades, onde as gestantes recebem todo tipo de auxílio na hora do parto, mas sim, na clandestinidade, nos fundos de quintais, porões e, muitas vezes, locais afastados dos grandes centros urbanos. A ocultação do cadáver da criança torna-se o principal motivo de desconhecimento das autoridades sobre o real número de casos de infanticídio ocorridos.

Questão interessante a ser observada refere-se ao fato de o infanticídio possuir tratamento especial dispensado pela legislação; contudo, a ocultação do cadáver decorrente de sua prática não mereceu o mesmo tratamento benéfico por parte do legislador.

Gláucio Vasconcelos Ribeiro, analisando a possibilidade da mãe que, após a prática do infanticídio, queira livrar-se das provas para não ser apanhada pela justiça, assim se posiciona: “Trata-se de um crime que só ocorre devido à ocorrência de outro, e se há privilégio legal para o crime que lhe deu origem, seria mais coerente haver privilégio, igualmente, para este crime. A mãe, afinal, pode ainda estar sob influência do estado puerperal, e este é fator determinante de suas ações, a de ocultar o cadáver do recém-nascido, inclusive.”¹⁷³

Respeitosamente discordamos de tal posicionamento, visto que, se entendermos dessa forma, a genitora que praticasse, por exemplo, um furto de veículo para fugir após ceifar a vida do filho recém-nascido, deveria ter a pena do artigo 155 do Código Penal atenuada tendo em vista a influência do estado puerperal. Não parece tenha sido essa a intenção do legislador quando da criação do tipo infanticídio como *delictum exceptum*.

O que importa considerar, portanto, é que praticada a conduta infanticida, a mãe que em seguida também realiza um dos verbos previstos no artigo 211 do Código Penal, deverá responder por este crime em concurso material com o de infanticídio, por força do artigo 69 do Código Penal.

¹⁷²BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., v. 3, p. 423.

¹⁷³RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. op. cit., p. 140-141.

XII. CRÍTICAS À FIGURA TÍPICA

A legislação pátria, conforme já estudado, optou por considerar o infanticídio um *delictum exceptum* e tratá-lo em tipo próprio, cominando-lhe pena consideravelmente mais branda.

O que nos importa observar agora são as consequências provenientes de tal situação. Toda a problemática que gira em torno da incriminação autônoma e a necessidade ou não da manutenção da mesma no nosso ordenamento jurídico.

Levando o legislador em consideração o estado puerperal da gestante, cominando-lhe pena sensivelmente menor quando diante de tal estado psicológico mata uma pessoa, no caso, o próprio filho, nada mais está fazendo do que considerar o infanticídio como uma forma privilegiada de homicídio, diferenciando ambos os delitos somente pela elementar estado puerperal. Retirada tal elementar, nada mais restará a não ser o tipo homicídio. Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Compreenda-se que conceitualmente o infanticídio – apesar de ser um fato altamente repugnante – é um homicídio com pena extremamente atenuada, justamente em razão da anomalia mental que acomete aquela que acabou de dar à luz o próprio filho.” (1º Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal com Revisão nº 990.08.131338-3, da Comarca de Vinhedo).

Sendo o bem jurídico tutelado de ambos os delitos exatamente o mesmo, ou seja, a vida humana, o que irá diferenciar o infanticídio do homicídio serão os sujeitos do crime e o lapso de tempo em que podem ser praticados. O infanticídio leva em consideração um determinado período da vida humana sob o qual deverá ser praticada a conduta delituosa para que o tipo penal seja considerado.

A indagação que se faz é: seria o delito de infanticídio necessário ao ordenamento jurídico ou o próprio tipo penal homicídio já seria suficiente para a proteção jurídica da vida do sujeito passivo nascente ou recém-nascido?

Desde já nos posicionamos que surge como absolutamente dispensável a previsão acerca do infanticídio.

A existência do tipo penal, ainda mais da maneira como o mesmo vem redigido, além de desnecessário, gera inúmeros problemas de ordem lógico-jurídica, principalmente com relação ao concurso de agentes, tendo em vista a comunicabilidade da elementar estado puerperal.

Não podemos deixar de considerar também toda discussão a respeito do chamado estado puerperal e o próprio tempo de duração do mesmo, onde, respeitavelmente, o direito e a medicina discutem mas não chegam a um consenso.

Conforme já visto anteriormente, o infanticídio possui como sujeito passivo o nascente ou recém-nascido. Andou bem o legislador equiparando as duas figuras para proteção legal nas expressões “durante o parto” e “logo após”, evitando-se, assim, qualquer confusão com o crime de aborto. A figura do sujeito passivo não apresenta maiores dúvidas ou problemas de interpretação quando da aplicação da lei.

Maior sorte não socorre o sujeito ativo do delito estudado. Evidente que descrito no tipo penal “próprio filho” e “estado puerperal”, torna-se evidente que o legislador se referiu à mãe, genitora da criança. O problema surge quando da ocorrência do concurso de agentes para a prática delituosa.

Toda questão referente ao concurso de agentes já foi devidamente tratada, em tópico próprio, no presente trabalho. Não pretendemos aqui nos tornar repetitivos, mas, sim, destacar a problemática do tipo penal autônomo e o instituto do concurso de pessoas tendo em vista a elementar do tipo estado puerperal.

Se por força do artigo 30 do Código Penal a elementar estado puerperal deve comunicar-se ao coautor do delito, e assim também entendemos, em que pese alguns posicionamentos em contrário já analisados, a maneira de se solucionar a questão evitando-se a injustiça de se apenar mais brandamente quem sequer poderia ser influenciado pelo estado puerperal, como um homem, por exemplo, seria com a inserção de um parágrafo ao tipo penal distinguindo as condutas ou com a eliminação do próprio tipo.

Acreditamos que o tipo penal homicídio, da forma como está redigido, juntamente com o artigo 26 do Código Penal seriam suficientes para solucionar a questão.

Se o estado puerperal anular a capacidade de compreensão, discernimento ou resistência da parturiente deveria, no nosso entender, ser aplicada a regra do artigo 26 do

Código Penal reconhecendo-se a inimputabilidade da autora do delito. Em tal sentido, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhecendo a inimputabilidade da ré, sendo o crime praticado com *grave comprometimento do campo da consciência próprio dos estados crepusculares epilépticos* (12ª Câmara B do 6º Grupo da Seção Criminal. Recurso Ex-officio, nº 00987126.3/4-0000-000, da Comarca de São Paulo).

Já no caso de mera redução de tais capacidades o problema seria solucionado com base no parágrafo único de referido artigo, reconhecendo-se a semi-imputabilidade da genitora. Obviamente, tais circunstâncias não atingiriam o coautor do delito que seria apenado por homicídio.

Mesmo se considerado o critério *honoris causae*, atualmente não mais utilizado para o delito de infanticídio, a aplicação do parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal resolveria a questão através da expressão *relevante valor moral*.

Observe-se que, embora abandonado pelo legislador o critério psicológico quando se trata de infanticídio, não podemos deixar de observar a íntima relação entre a honra e o estado puerperal, caminhando ambos, constantemente, lado a lado.

Tal assertiva comprova-se pela clandestinidade em que ocorrem os casos de infanticídio, praticados em banheiros, matagais ou quintais. Observa-se que o crime quase sempre está ligado a gestações não desejadas, provenientes de casamentos fracassados ou gestantes abandonadas, havendo uma preocupação em seguida com a ocultação do cadáver, para que jamais qualquer outra pessoa fique sabendo sobre a existência daquele ser.

Ocorre, porém, que a retirada do tipo infanticídio do ordenamento jurídico acarreta um problema: a mãe que mata o próprio filho durante o parto ou logo após, sem qualquer transtorno psicológico que possa se amoldar ao artigo 26 e parágrafo único do Código Penal, deverá responder pelo delito de homicídio, sem nenhum privilégio ou deverá ser observado o *motivo de relevante valor moral* previsto no parágrafo primeiro do artigo 121 do estatuto penal?

Se entendermos que deve ser aplicado o parágrafo primeiro do delito de homicídio, estaremos aceitando o retorno do reconhecimento do critério psicológico à mãe que ceifa a vida do próprio filho. Por outro lado, se negarmos essa possibilidade, estaremos tratando

como homicida a mãe, que por algum motivo, abalada pela dor física do parto, como disse Almeida Júnior, coloque fim à vida do próprio filho.

Tal discussão, contudo, perde sentido se analisarmos o tipo vigente. Com a adoção do critério fisiopsicológico, não comprovada a influência do estado puerperal no momento do crime, será a genitora responsabilizada com base no artigo 121 do Código Penal.

Portanto, a eliminação do artigo 123 do estatuto penal em nada alteraria tal situação. Na ocorrência de um quadro de anulação da capacidade de compreensão ou discernimento, como já dito, aplicar-se-ia o caput do artigo 26 do diploma legal; em caso de mera redução de tais capacidades, o parágrafo único de referido artigo. Ausentes por completo tais causas, a conduta homicida deverá ser considerada, ficando ao julgador ainda a possibilidade da verificação do relevante valor moral ou domínio da violenta emoção, previstos nos casos de diminuição de pena do parágrafo único do artigo 121 do Código Penal.

Importante observar que, na hipótese de aplicação do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o juiz poderá reduzir a pena de um a dois terços. Considerada a reprimenda ao homicídio como sendo de 06 a 20 anos de reclusão, a mesma passaria, em suposição, a ser de 2 a 6 anos e oito meses de reclusão, praticamente a mesma cominada hoje ao delito de infanticídio.

Entendemos que tal solução defendida, além de mais prática, solucionaria diversos problemas hoje existentes, como, por exemplo, a coautoria e o estado puerperal.

Verifica-se, em conclusão, que o privilégio para a genitora que em determinadas condições especiais mata o próprio filho deve continuar, contudo, não através do tipo autônomo do artigo 123 do Código Penal de tantas discussões, mas sim, utilizando-se do tipo penal homicídio e das regras existentes na parte geral do diploma legal referentes à imputabilidade e semi-imputabilidade.

XIII. LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO

Quando escolhido o tema infanticídio para a presente dissertação, achou-se por bem a elaboração de pesquisa objetivando-se um levantamento do número de casos do delito que foram distribuídos desde o ano de 2000 nas comarcas da capital e interior de São Paulo.

Inicialmente, cumpre deixar consignada a dificuldade na obtenção de tais registros. As informações solicitadas aos diversos setores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo eram quase sempre respondidas negativamente.

Em primeiro lugar, foi efetuado contato com o setor de jurisprudência e este, por sua vez, procurou obter informações em algumas comarcas do interior. Ocorre que a resposta obtida era, invariavelmente, no sentido da impossibilidade em atender à solicitação, sob o argumento da não alimentação do banco de dados na esfera criminal.

Optou-se, então, na realização de uma ampla pesquisa em segunda instância, referente a casos de infanticídio.

Interessante ponto da pesquisa foi o fato de que em várias outras comarcas, que não as elencadas a seguir, o assunto infanticídio era tratado nas decisões. Contudo, fazendo-se uma análise de cada decisão proferida, notou-se que, na verdade, a ré estava sendo pronunciada por homicídio e pretendendo a reforma da sentença de pronúncia para se ver processada por infanticídio, não obtendo êxito na postulação.

O quadro apresentado a seguir refere-se a 28 comarcas onde foram encontrados julgados efetivamente relacionados ao presente tema em um total de 42 acórdãos.

COMARCA	NÚMERO DE CASOS
Andradina	01
Apiáí	01
Araraquara	02
Barra Bonita	01

Barretos	03
Cafelândia	01
Capão Bonito	01
Cotia	01
Dracena	01
Franca	01
Guarulhos	01
Ipauçu	01
Itararé	01
Itapeva	01
Jundiaí	01
Mococa	01
Mogi-Guaçú	01
Osasco	02
Peruíbe	01
Piedade	01
Pirassununga	01
Porto Ferreira	01
Presidente Prudente	01
Santo André	01
São Paulo	11
São Roque	01
Taubaté	01
Vinhedo	01
Total	42

Objetivando-se uma análise mais aprofundada dos números, bem como um juízo de comparação entre os dados judiciais e policiais, procedemos a um levantamento de casos de infanticídio através do INFOCRIM.

INFOCRIM é o Sistema de Informações Criminais do Estado de São Paulo, criado no ano de 1999. Trata-se de uma rede informatizada que integra os distritos policiais da capital, grande São Paulo e polícia militar.

O objetivo principal de tal sistema é fornecer estatísticas criminais e informações sobre o comportamento da criminalidade, permitindo ao usuário agrupar tais informações criminais por natureza, local, período, etc. Os boletins de ocorrência podem ser visualizados devendo a busca ser realizada por palavras existentes no histórico dos mesmos ou por nome das partes. Todas essas informações, evidentemente, permitem às polícias a tomada de decisões de forma mais precisa.

Tomando como base o período entre os anos 2000 e 2009, foi efetuado um levantamento de boletins de ocorrência registrados com a natureza criminal infanticídio. Obtiveram-se os seguintes números:

ANO	Nº de BO'S
2000	05
2001	04
2002	01
2003	01
2004	02
2005	04
2006	10
2007	03
2008	02
2009	07
Total	39

Em uma rápida análise, poderemos observar que os números da esfera judicial são praticamente os mesmos da esfera policial. Contudo, devemos apreciá-los apenas como uma referência preliminar para observarmos que a justiça e a polícia não estão totalmente dissociadas. Não podemos, entretanto, fazer uma total relação entre as estatísticas, ainda mais se considerarmos que os processos analisados na fase judicial são de segunda instância, muitos deles provenientes de fatos ocorridos antes mesmo da implantação do INFOCRIM.

Não temos como deixar de considerar pequeno o número de ocorrências com relação ao delito, ainda mais quando nos reportamos a um período de aproximadamente 10 anos.

Tal situação nos leva a algumas reflexões: 1. As ocorrências quando registradas ainda na esfera policial podem não ter a tipificação seguida na esfera judicial. Em sendo assim, aquilo que em um primeiro momento, para a autoridade policial, parecia tratar-se de infanticídio, não ficou evidenciado no momento da denúncia ou mesmo do julgamento; 2. A grande dificuldade da descoberta do delito por parte das autoridades. Como já frisado anteriormente, a clandestinidade é a característica do crime estudado, clandestinidade esta que talvez explique o fato de somente 28 cidades, no período pesquisado, possuírem processos tratando do delito.

Outra característica que ficou presente em quase todos os casos analisados foi o *modus operandi* na prática do delito. Corpos de crianças encontrados em caixas de papelão, dentro de armários, atrás e no interior de vasos sanitários, embaixo de camas, em latas e sacos de lixo e terrenos baldios. A alegação de desconhecimento da gravidez, por incrível que pareça, também foi justificativa comum das autoras do delito, além dos casos de gestações escondidas da família.

A variedade de faixa etária das autoras do delito também é algo que ficou evidenciado. Esperava-se, quando do início do levantamento, que a maioria dos casos fossem praticados por mulheres de pouca idade, na fase da adolescência. Não foi o que se observou. As idades encontradas variaram entre 14 e 42 anos, encontrando-se a maioria das parturientes, entre os 18 e 27 anos de idade quando da prática da conduta delituosa.

XIV. O JULGAMENTO DO DELITO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

1. O Júri no Direito Brasileiro

O Júri encontra-se previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVIII:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude da defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) *a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.*
(grifei)

Vicente Greco Filho ensina que: “No Brasil, o júri foi criado pela Lei de 28 de junho de 1922, para os delitos de imprensa, constituído de 24 “juízes de fato”. Mais tarde também desdobrou-se em *júri de acusação*, constituído de 24 juízes, e *júri de julgamento*, com 12 juízes. No correr da história brasileira, o júri teve sua competência ora ampliada ora restringida, fixando a Constituição de 1946 a competência mínima para os crimes dolosos contra a vida, convivendo com ele o júri de imprensa e o escabinado de economia popular.”¹⁷⁴

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida era exclusiva na Constituição de 1967; contudo, a Constituição de 1988 voltou a assegurar ao júri a competência para os crimes dolosos contra a vida, podendo outras infrações serem decididas por ele.¹⁷⁵

Em 08 de agosto de 2008, entrou em vigor a Lei n.11.689, nascida do Projeto de Lei n. 4.203/2001, de autoria do Poder Executivo. Tal lei alterou os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao Tribunal do Júri.

¹⁷⁴GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 388.

¹⁷⁵Id., loc. cit.

Antes desta última alteração, o procedimento do júri, durante toda sua existência, já havia sido modificado por outras quatro leis: Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948; Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973; Lei n.6.416, de 24 de maio de 1977 e Lei n. 9.033, de 02 de maio de 1995.¹⁷⁶

2. Questionário no delito de infanticídio

Outro ponto a ser explicitado refere-se à questão do julgamento do crime de infanticídio pelo Tribunal do Júri, mais especificamente no que concerne à formulação dos quesitos.

O que importa, e o que passaremos a verificar agora, são os tópicos referentes ao questionário e votação, presentes na Seção XIII, Capítulo II, Título I, Livro II do Código de Processo Penal.

O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido¹⁷⁷, sendo os quesitos redigidos em proposições simples, afirmativas e distintas.

A disposição dos quesitos passou a ser regulada pelo artigo 483 do Código de Processo Penal, que conta com a seguinte redação:

Art. 483 – Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II- a autoria ou participação;

III- se o acusado deve ser absolvido;

IV- se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V– se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

¹⁷⁶MARQUES, Jader. *Tribunal do júri: considerações críticas à Lei 11689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009. p. 31.

¹⁷⁷Assim: “A reforma do Tribunal do Júri aproximou, relativamente, o modelo de votação do sistema norte-americano, consubstanciado no veredicto único em relação à culpa ou inocência. No Brasil, passa-se a indagar se o réu deve ser absolvido ou condenado.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 217.

Consta do dispositivo ainda que, se negativa a resposta por mais de três jurados a qualquer dos quesitos elencados nos incisos I e II, será encerrada a votação, sendo o acusado absolvido.

Se respondidos afirmativamente por mais de três jurados os quesitos elencados nos incisos I e II, será formulado o quesito disposto no inciso III: *O acusado deve ser absolvido?*

Somente sendo respondido tal quesito de forma negativa, por mais de três jurados, é que o julgamento terá prosseguimento, quando então serão formulados os quesitos relativos à causa de diminuição de pena e circunstâncias qualificadoras ou causa de aumento de pena, previstos respectivamente nos incisos IV e V do artigo 483.

Questão que se coloca interessante e tormentosa diz respeito ao desdobramento dos quesitos concernentes ao crime de infanticídio. Nas palavras de José Frederico Marques: “O desdobramento de quesitos só é exigível quando possibilita ao júri maior liberdade de apreciação sobre o fato delituoso, para poder enquadrá-lo, de acordo com o convencimento dos jurados, nos diversos tipos de definição legal contidos nos preceitos penais.”¹⁷⁸

Escrevendo sobre o tema ora em apreço, Hermínio Alberto Marques Porto disserta que, em quesito único, ficam cumuladas no crime de infanticídio a conduta e a perturbação psicológica, ou seja, o ato de matar e a influência do estado puerperal. Sendo tal quesito desdobrado e indagadas tais questões de forma isolada, haveria uma violação de unidade de tipo. Afirma ainda o referido autor que, negada a causa psicológica, restaria o crime de homicídio contrário à decisão de pronúncia e desclassificação *in pejus*.¹⁷⁹

A título de ilustração, o quesito único ficaria redigido da seguinte maneira:

No (dia, hora e local), a ré, sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, matou o próprio filho, causando-lhes as lesões descritas no laudo necroscópico de fls.?

Na obra Teoria e Prática do Júri, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco sustentam a forma desdobrada dos quesitos no crime de infanticídio. Tais autores, no

¹⁷⁸MARQUES, José Frederico. *O júri no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 158.

¹⁷⁹PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 275-276.

entanto, afirmam que mesmo a influência do estado puerperal sendo indagada de forma autônoma, o quesito não poderia ser negado pelo conselho de sentença, pois tal influência já foi admitida pela sentença de pronúncia, não podendo haver desclassificação *in pejus* para o crime de homicídio.¹⁸⁰

Ousamos, contudo, discordar dos referidos autores, apenas no que tange ao desdobramento, vez que de nada adiantaria a quesitação autônoma referente à influência do estado puerperal, se tal quesito não pudesse ser negado pelos jurados.

Quem expôs também pensamento sobre o tema foi Nucci, apresentando um modelo de quesitação para o infanticídio totalmente desdobrado. Sustenta o autor, contudo, de forma veemente, a possibilidade de a ré, embora pronunciada por infanticídio, ser condenada por homicídio. Aduz que os jurados não são obrigados, em respeito à soberania dos veredictos, a acatar a tese de que houve infanticídio, mesmo porque este nada mais é do que uma forma privilegiada de homicídio. De tal forma, segundo o autor, embora pronunciada por infanticídio, a ré pode ser condenada por homicídio, “uma vez que o caso em julgamento diz respeito a um homicídio, embora com contornos favoráveis”. Afirma que entendimento contrário, impondo-se a absolvição no caso de negativa do estado puerperal, geraria impunidade, o que não é admissível.¹⁸¹

Por fim, apresenta o autor um modelo desdobrado de quesitação que descrevemos de maneira aproximada, apenas para ilustrar:¹⁸²

1. No (dia), por volta de (horas), no interior do hospital (nome e endereço), nesta Comarca, a vítima “H” sofreu golpes de faca que lhe causaram as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls.?

2. Essas lesões deram causa à morte da vítima?

3. A ré “G”, qualificada a fls., concorreu para o crime desferindo os golpes de faca na vítima “H”?

4. A vítima “H” era filho da ré?

5. A ré agiu sob a influência do estado puerperal?

6. A ré agiu durante o parto ou logo após?

¹⁸⁰MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 520-521.

¹⁸¹NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 254-255.

¹⁸²Id. Ibid., p. 257-258.

7. O jurado absolve a acusada?

Entendemos, com o devido respeito às opiniões em contrário, que melhor solução é aquela apresentada por Hermínio Alberto Marques Porto. O quesito único, no caso, apresenta-se como solução à questão. Acatado o quesito estaremos diante do crime de infanticídio; negado o mesmo, a ré deve ser absolvida, respeitando-se a sentença de pronúncia e impossibilitando-se a desclassificação *in pejus*.

Adotamos tal posicionamento por entendermos que o réu não pode ser condenado além do que delimita a sentença de pronúncia, visto que esta limita a acusação. Nas palavras de Greco Filho: “Em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irreformalidade em determinadas circunstâncias, e tendo em vista a ausência de fundamentação da decisão, a função, às vezes esquecida, da pronúncia é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável.”¹⁸³

A existência de um tipo próprio para o crime de infanticídio faz com que a desclassificação não possa ocorrer. Basta que se faça um paralelo com o delito de aborto, onde não seria possível se imaginar que uma ré, pronunciada por tal crime, durante o julgamento em plenário viesse a ser condenada por homicídio. O contrário seria perfeitamente possível por ser quesito da defesa.

Caso o delito de infanticídio estivesse inserido no tipo homicídio, deixando de possuir uma incriminação autônoma e passando a ser uma figura privilegiada ou especial daquele, aí sim poderíamos falar em desclassificação. No caso, entendendo os jurados que não agiu a ré influenciada pelo estado puerperal, restaria-lhe a condenação pela prática de homicídio. Por outro lado, a pergunta sobre o estado puerperal poderia surgir como quesito da defesa, transformando uma acusação inicial de homicídio em uma condenação por infanticídio. Contudo, não é a hipótese do nosso atual ordenamento jurídico, que mantém a figura do artigo 123 do Código Penal, delimitando o julgamento em plenário, onde poderá haver apenas a condenação ou absolvição por parte do Conselho de sentença.¹⁸⁴

¹⁸³GRECO FILHO, Vicente. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

¹⁸⁴Id. *Ibid.*, p. 126.

Isso permite sustentar que, na formulação dos quesitos, sequer pode haver menção à influência do estado puerperal, visto que tal fato já foi esgotado quando da sentença de pronúncia, não cabendo mais no momento da quesitação.

Pelas considerações expendidas e adaptando-se tal solução à nova sistemática do Código de Processo Penal, a quesitação sugerida, a nosso ver, poderia ser redigida do seguinte modo:

1. No (dia, hora e local), a vítima “H”, logo após seu nascimento, na residência situada (endereço), sofreu ferimentos provocados por golpes de faca que deram causa a sua morte? (materialidade)
2. A morte da vítima foi provocada pela ré, genitora da mesma, provocando-lhe as lesões por faca, descritas no laudo de exame necroscópico? (autoria)
3. O jurado absolve a acusada?

XV. O INFANTICÍDIO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Procederemos neste tópico a uma análise do tratamento dispensado ao crime de infanticídio por algumas das principais legislações do mundo. Como poderemos observar, alguns ordenamentos jurídicos não tipificam a conduta de maneira autônoma como no direito pátrio, tratando-a como homicídio.

Em primeiro lugar, foram analisadas as legislações dos países da América Latina. Em seguida, optamos por estudar a legislação de cinco países da Comunidade Europeia: Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal.

Antes, contudo, de explanarmos sobre referidos países, não podemos deixar de fazer algumas considerações a respeito do infanticídio na Índia. Merece referência tal análise pelo fato do elevado número de abortos e mortes provocados contra fetos e crianças do sexo feminino em um país de aproximados 1 bilhão de habitantes.

Analisando a história do delito na Índia, notamos que diferentemente do que ocorre no Brasil, o infanticídio e o aborto estão diretamente ligados à questão do sexo da criança. Naquele lugar, bem como na China, país com hiper população e cultura arraigada, onde tal fenômeno também se verifica, matar uma criança após o nascimento ou simplesmente abortá-la, pelo simples fato de ser uma menina, é fato muito mais comum do que se possa imaginar por outras culturas, principalmente no Brasil.

A Índia é conhecida por abrigar o maior número de pessoas pobres no mundo. Quase metade de sua população é analfabeta. Uma menina, muitas vezes, não é vista como uma bênção e sim como um fardo. Meninas são consideradas caras, não servem para mão de obra e, quando jovens, o dote de uma noiva pode inviabilizar financeiramente uma família pobre. Por outro lado, em áreas rurais, encontrar uma mulher para se casar torna-se quase um desafio.

Por mais absurdo que possa parecer, na Índia, o avanço da medicina, ao invés de salvar vidas pode auxiliar no seu extermínio. O exame de ultrassom, diagnosticando o sexo feminino da criança, torna-se determinante na decisão pelo aborto. A situação é de difícil

controle, pois embora tais máquinas devam ser registradas oficialmente, o avanço da tecnologia tornaram-nas muito leves e portáteis facilitando a clandestinidade.

Objetivando minimizar o problema, o governo chegou a ordenar a proibição do que chamam de “rastreamento pré-natal de gênero”, contudo, as autoridades são acusadas de negligência no cumprimento de tal restrição, chegando-se ao número alarmante de 500 mil abortos seletivos por ano.¹⁸⁵ Relatório da UNICEF estima que até 50 milhões de mulheres e meninas estão faltando na população da Índia como resultado dessa discriminação sistemática. Enquanto na maioria dos países do mundo existem cerca de 105 mulheres nascidas para cada cem homens, na Índia há menos de 93 mulheres para cada 100 homens na população.¹⁸⁶

O Código Penal Indiano, Lei nº 45 de 1860, não trata o infanticídio da mesma maneira que o Código Penal brasileiro. O artigo 315 daquele diploma legal refere-se à prática de ato com a intenção de evitar que criança nasça viva ou causar-lhe a morte após o nascimento. A pena aplicada é a de prisão de até 10 anos. Em momento algum cogita-se do estado puerperal ou qualquer outra espécie de transtorno psicológico decorrente da gravidez.

Verifica-se, em conclusão, que difere tal delito do homicídio, ao qual é aplicada a pena de morte. Podemos então notar um grande abrandamento de pena, ainda mais se levarmos em consideração que a lei não se refere a sujeito ativo como sendo a genitora, podendo então ser praticado por qualquer pessoa.

Prosseguiremos agora com a análise da legislação estrangeira, especificamente com referência aos países da América Latina, não deixando de analisar, contudo, alguns países da comunidade europeia. Procuramos dividir os países em duas categorias: os que, da mesma forma que o Brasil, tipificam o infanticídio de modo autônomo e aqueles que tratam a conduta simplesmente como homicídio ou integrante do tipo homicídio.

¹⁸⁵INDIA 'loses 10m female births'. *BBC News*. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/4592890.stm>.

¹⁸⁶ABORTATION, Female Infanticide, Foeticide, Son preference in India. Disponível em: <http://www.indianchild.com/abortion_infanticide_foeticide_india.htm>.

1. Infanticídio com tipificação autônoma

Dentro de tal categoria, elencamos as seguintes legislações:

1.1. Código Penal da Bolívia

Art. 258

“La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años.”

Percebe-se claramente a adoção do critério psicológico relacionado ao motivo de honra, sendo a mãe o sujeito ativo do delito. Com relação ao tempo do crime, observa-se que o mesmo pode ser praticado durante o parto ou em até três dias subsequentes. Tal adoção de prazo, de forma explícita, faz com que não ocorram as dúvidas que a expressão *logo após* do direito pátrio suscitam.

1.2. Código Penal do Chile

Art. 394

“Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a médio.”

Embora o delito, no Código Penal Chileno, seja tratado de maneira autônoma, não se verifica qualquer menção ao critério utilizado (estado puerperal ou motivo de honra). Sujeitos ativos do crime podem ser, além da mãe, o pai e demais ascendentes legítimos ou ilegítimos. O lapso de tempo para a prática do delito chama atenção pela brevidade e taxatividade: dentro das quarenta e oito horas após o parto, não havendo qualquer menção ao momento *durante o parto*.

1.3. Código Penal da Colômbia

Art. 108

“Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.”

A legislação colombiana especifica taxativamente os casos em que a conduta da genitora será considerada infanticida: acesso carnal violento ou abusivo ou inseminação artificial não consentida. A conduta deve ter sido praticada pela mãe no momento do nascimento ou no prazo máximo de oito dias subsequentes ao mesmo. Nota-se aqui também a inexistência da expressão *logo após*, preferindo ditar o legislador o prazo de forma expressa.

1.4. Código Penal de Cuba

Art. 264

“1. El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación.”

“2. La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años.”

Previsto na segunda parte do artigo 264 do Código Penal cubano, o motivo de honra se torna presente na expressão “ocultar o fato de tê-lo concebido”. A mãe é o sujeito ativo do delito que poderá ser praticado no prazo máximo de setenta e duas horas após o parto, sem qualquer menção ao momento durante ao parto. Chama atenção também a quantidade da pena prevista em abstrato, bem superior a nossa legislação: dois a dez anos

de privação de liberdade. Observe-se que o crime de homicídio, no direito penal cubano é apenado com privação de liberdade de sete a quinze anos (artigo 261).

1.5. Código Penal do Equador

Art. 453: “La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de tres a seis años.

Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.”

Sem qualquer rubrica encontramos o artigo 453 do Código Penal do Equador, onde o motivo honra se faz presente. A reprimenda aplicada é inferior à prevista para o homicídio simples, tipificado no artigo 449, com pena prevista de reclusão de 08 (oito) a 12 (doze) anos. Observa-se, porém, a inexistência de qualquer menção ao lapso temporal a ser observado para a prática do delito.

1.6. Código Penal da Guatemala

Art. 129

“La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días, será sancionada con prisión de dos a ocho años.”

Adotando o critério fisiopsicológico, o estado puerperal se faz presente na legislação penal da Guatemala na expressão: *estado que lhe produza indubitável alteração psíquica*. O artigo refere-se à genitora que pratica o crime impulsionada por motivos intimamente ligados a tal estado, matando o filho durante o seu nascimento ou antes que haja completado três dias, demonstrada a taxatividade com relação ao lapso de tempo.

1.7. Código Penal de Honduras

Art. 123: “La madre que para ocultar su deshonra, diere muerte al hijo que no haya cumplido tres días de nacido, será castigada con reclusión de tres a seis años.”

O motivo de honra é verificado no dispositivo que aponta somente a mãe como sujeito ativo do delito. Aqui também nenhuma referência é feita ao momento *durante o parto*, que deverá ser compreendido como pertencente ao prazo de três dias para a prática do delito, considerando-se o momento do nascimento.

1.8. Código Penal da Nicaragua

Arts. 126 e 136 tratam do Parricídio e do Infanticídio

“Art. 126.- El que, a sabiendas de las relaciones que lo ligan, matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos o a su cónyuge, será castigado como parricida, con la pena de 10 a 25 años de presidio”.

“Art. 136.- El que da muerte a un niño menor de siete años, sin estar ligado con la víctima con las relaciones familiares a que se refiere el Arto. 126, cometerá el delito de infanticidio, y será castigado con la pena de 15 a 30 años de presidio.”

Interessante observar que o delito ao qual é dado o nome de infanticídio refere-se a morte de criança sem qualquer vínculo familiar, ao passo que é chamado de Parricídio a morte do próprio filho. Nota-se as elevadas penas aplicadas em ambos os casos. Nenhum critério é observado, seja ele psicológico ou fisiopsicológico.

1.9. Código Penal do Peru

Art. 110 - Infanticídio

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

Adota tal legislação o critério fisiopsicológico, dispondo sobre a mãe que mata o filho sob a influência do estado puerperal. A conduta pode ser praticada durante o parto *ou* sob a influência do estado puerperal, não estipulando o legislador um prazo para tal influência. Observa-se, contudo, que tal construção gera a interpretação de que o crime pode ser praticado durante o parto mesmo não estando a mãe sob a influência do estado puerperal. A pena aplicada, além da privativa de liberdade, será de prestação de serviço comunitário.

1.10. Código Penal da República Dominicana

Art. 300

“El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio”.

Art. 302

“Se castigará con la pena de treinta años de trabajos públicos a los culpables de asesinato, parricidio, infanticidio y envenenamiento.”

O Código Penal da República Dominicana chama muita atenção por apresentar estrutura diversa daquela a que estamos acostumados. Tal diploma legal não divide o tipo em preceito primário e secundário, mas sim, oferece uma conceituação do delito e a pena aplicada ao mesmo em artigos diversos. Não estipula a mãe como sendo o sujeito ativo do delito de infanticídio, podendo o crime ser praticado por qualquer pessoa. Também não faz qualquer menção aos critérios psicológico ou fisiopsicológico. O recém-nascido é o sujeito ativo do delito, sem qualquer distinção entre este e o nascente. Por fim, a pena aplicada é de 30 (trinta) anos de trabalhos públicos, não falando a lei em privação de liberdade.

1.11. Código Penal do Uruguai

Art. 313- Infanticídio honoris causa

“Si el delito previsto en el artículo 310 (homicidio intencional) se cometiera sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.”

Optamos por elencar o Código Penal do Uruguai dentre aquelas legislações que trataram o infanticídio de forma autônoma. Ocorre, contudo, que tal artigo também pode ser interpretado como sendo uma atenuante do homicídio, embora o *nomen iuris*. O motivo de honra encontra-se presente no tipo penal, honra esta que poderá ser não só de qualquer um dos cônjuges mas também de parentes próximos. O sujeito passivo do delito é a criança menor de três dias.

1.12. Código Penal da Itália

Art. 578

Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale

“La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni.”

O crime é previsto em tipo autônomo na Itália. Observe-se que o sujeito ativo e o lapso temporal considerados naquele país muito se assemelham à legislação brasileira, devendo o crime ser praticado pela mãe, durante ou imediatamente após o parto. O critério adotado é o psicológico.

1.13. Código Penal de Portugal

Art. 136

Infanticídio

“A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

Não se utiliza o tipo da expressão *estado puerperal e sim influência perturbadora*, que deve ser entendida no mesmo sentido que àquela. O lapso temporal, da mesma forma que na legislação brasileira, é o período compreendido durante o parto ou logo após, sendo apenas a mãe o sujeito ativo do delito.

2. Infanticídio Como Conduta de Homicídio

Passamos a elencar agora as legislações da América Latina que não atribuíram um tipo autônomo à conduta infanticida:

2.1. Código Penal da Argentina

O Código Penal argentino tratava do delito de infanticídio no artigo 81, § 2º, que assim dispunha:

“Se impondrá reclusión hasta três años o prisión de seis meses a seis años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.”

Tal dispositivo legal foi revogado, mas ficava evidenciada a presença dos critérios psicológico e fisiopsicológico adotados em conjunto.

Atualmente, o artigo 81 encontra-se assim redigido:

ARTICULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

- a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.
- b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (*Inciso derogado por art. 1º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995*)

Observa-se, desta forma, que o infanticídio não se encontra mais previsto naquele ordenamento jurídico, respondendo aquele que matar o próprio filho por homicídio qualificado (art.80, § 1º):

ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

Tal crime sujeita o infrator à pena de prisão perpétua. Comprovada, no entanto, a violenta emoção quando da prática delituosa, insere-se a conduta naquela prevista no art. 81, “a”, cuja pena prevista é substancialmente atenuada.

2.2. Código Penal da Costa Rica

Art. 113 – Homicídios especialmente atenuados:

“Se impondrá la pena de uno a seis años:

- 1) A quien haya dado muerte a una persona hallándose el agente en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. El máximo de la pena podrá ser aumentado por el Juez sin que pueda exceder de diez años si la víctima fuere una de las comprendidas en el inciso primero del artículo anterior;
- 2) El que con la intención de lesionar causare la muerte de otro; y
- 3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento.”

Sem apresentar um tipo autônomo para o delito de infanticídio, prevê o artigo uma atenuação da pena aplicada ao homicídio, caso a conduta de ceifar a vida do recém-nascido seja praticada pela mãe, de boa fama, contra o próprio filho, desde que no prazo máximo de três dias após o nascimento. O critério psicológico é o adotado de forma explícita.

2.3. Código Penal de El Salvador

Art. 138 - De Los Delitos Relativos a La Vida Del Ser Humano en Formación

“El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de la mismas.”

Art. 139.- “El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.”

“La embarazada no será penada al tenor de este precepto.”

O tipo penal infanticídio não é previsto no Código Penal de El Salvador. Observe-se que o artigo não fala em morte e sim em lesão ou grave enfermidade, devendo a morte, se ocorrer, ser tratada como *homicídio agravado pela morte de descendente*, previsto no artigo 129 daquele estatuto penal, que terá a conduta apenada com 30 (trinta) a 50 (cincuenta) anos de prisão.

2.4. Código Penal do México

Última reforma em 20-06-2009

CAPITULO V

Infanticidio

Artículo 325.- (Se deroga).

Artículo 326.- (Se deroga).

Artículo 327.- (Se deroga).

Artículo 328.- (Se deroga).

CAPITULO II

Homicidio

Artículo 307.- Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión.

CAPITULO III

Reglas comunes para lesiones y homicidio

Artículo 310.- Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad. Si lo causado fueren lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión.

CAPITULO IV

Homicidio en razón del parentesco o relación

Artículo 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

Tipificado anteriormente de maneira autônoma, o infanticídio perdeu tal *status* com a reforma do Código Penal do México. Tal conduta, agora, insere-se no artigo 323 do estatuto penal que trata do *homicídio em razão de parentesco ou relação*, com pena variável entre dez e quarenta anos.

2.5. Código Penal do Panamá

Art. 131. El que cause la muerte de otro, será sancionado con prisión de 5 a 12 años.

Art. 132. El delito previsto en el artículo anterior será sancionado con 12 a 20 años de prisión cuando se ejecute:

1. En la persona de un pariente cercano con conocimiento del parentesco o del padre o madre adoptantes o hijo adoptivo del homicida.

Não faz tal legislação qualquer menção à conduta da mãe que mata o próprio filho por motivo de honra ou por influência do estado puerperal. O artigo apenas agrava a pena daquele que mata parente tendo conhecimento do parentesco.

2.6. Código Penal do Paraguai

Art. 105: 1º El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.

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

1. una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto.

Integrando o tipo penal do homicídio, a pena será agravada quando o delito for praticado pela mãe contra o próprio filho, desde que durante ou imediatamente após o parto. Não adota o diploma legal qualquer critério, seja ele psicológico ou fisiopsicológico, bastando apenas que o delito seja praticado no período de tempo determinado, que, conforme pode ser notado, se assemelha ao modelo brasileiro, cujo legislador preferiu a expressão *logo após*, mas também com caráter de imediatez.

2.7. Código Penal da Venezuela

Art. 413

“Cuando el delito previsto en el artículo 407 (homicidio intencional) se haya cometido en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del término legal, con el objeto de salvar el honor del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, hermana o hija adoptiva, la pena señalada en dicho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad.”

Trata-se de uma atenuante ao delito de homicídio. Interessante o critério utilizado como lapso temporal pelo legislador: o prazo legal para o registro civil do recém-nascido. O critério psicológico é o adotado, podendo ser o delito praticado para proteção da honra de diversas pessoas da família que foram elencadas.

2.8. Códigos Penais da Alemanha e Espanha

O anterior Código Penal espanhol ainda contemplava a figura do infanticídio, adotando o critério psicológico e estendendo o tipo aos avós maternos que cometiam o delito para ocultar a desonra da mãe.¹⁸⁷ Atualmente, com a reforma do Código Penal espanhol, a conduta é tipificada como homicídio, da mesma forma como ocorre na Alemanha que também não prevê um tipo próprio para o delito.

2.9. Código Penal da França

A legislação francesa também não dispensou um tipo autônomo ao infanticídio. Tal país, no entanto, foi manchete no mundo todo no mês de julho de 2010 quando Dominique Cottrez confessou ter sufocado, matado e enterrado seus oito filhos recém-nascidos no vilarejo de Villers-au-Tertre. Tais mortes teriam ocorrido entre os anos de 1989 e 2007. A acusação que recaiu sobre a mesma foi de homicídio voluntário de menores de 15 anos.

¹⁸⁷MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. op. cit., p. 110.

XVI. PROJETOS REFERENTES À MATÉRIA EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

No presente tópico, procuraremos elencar pesquisa efetuada junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, sobre eventuais dispositivos legais referentes ao tema infanticídio que estejam em tramitação.

Quando do início da pesquisa, não esperávamos encontrar qualquer preocupação do legislativo com o delito de infanticídio que, embora de suma importância, não é visto na mídia com a mesma frequência de outros crimes contra a vida.

Causou surpresa o fato de alguns projetos de leis estarem tramitando com referência ao tema aqui estudado. Passaremos, então, à análise de tais projetos com a intenção de discutir o que os objetivam, frente ao artigo 123 do Código Penal.

O Projeto de Lei 3398/2004, de autoria do Deputado Alberto Fraga (PTB/DF), pretende a alteração do artigo 123 do Código Penal, com a inserção de um parágrafo único ao dispositivo legal.

Tal parágrafo único teria a seguinte redação: *“Quem, de qualquer modo, colabora, contribui, instiga, induz ou auxilia a prática do crime previsto no caput, responderá pelo crime do art. 121.*

Procura-se, com a alteração, afastar a comunicação da elementar do tipo de infanticídio, uma vez que no concurso de pessoas as condições pessoais de um dos autores se comunicam aos demais, quando forem elementares ou essenciais do tipo. Na hipótese de infanticídio, essa comunicabilidade se mostra injusta, segundo o autor do projeto.

Tal propositura encontra-se apensada ao Projeto de Lei 1262/2003.

No mesmo sentido de alteração do artigo 123 do Código Penal, foi proposto pelo deputado Coronel Alves (PL/AP) o Projeto de Lei 3750/2004.

Segundo tal dispositivo, o artigo 123 do Código Penal passaria a apresentar a seguinte redação: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

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

§ 1º Na mesma pena do caput incorre a mulher que ao invés de matar, auxilia, induz ou instiga alguém a matar.

§ 2º O terceiro que induz, instiga ou auxilia a mulher a matar, pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

A justificativa apresentada pelo autor do projeto cinge-se no fato de que a lei tem deixado lacunas permitindo uma punibilidade mais branda a quem auxilia, induz ou instiga a mulher a praticar o infanticídio. A proposição leva também em consideração a mulher que, sob a influência do estado puerperal, acaba instigando ou induzindo alguém a matar o próprio filho, não devendo responder por homicídio, tendo em vista o estado debilitado em que se encontra.

Tal propositura também se encontra apensada ao Projeto de Lei 1262/2003 em conjunto com o PL 3398/2004, já analisado.

Finalmente, o Projeto de Lei 1262/2003, de autoria do deputado José Divino (PMDB/RJ), simplesmente revoga o artigo 123 do Código Penal. Merece transcrição trechos da justificativa do autor do projeto:

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

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

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

Por fim, entende o autor do projeto que o julgador poderá, quando entender necessário, valer-se do “relevante valor moral” previsto no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal, bem como a “influência do estado puerperal” estaria contida no parágrafo único do artigo 26 do mesmo diploma legal.

Tal propositura, com os Projetos de Lei 3398/2004 e 3750/2004 apensados, como já descrito anteriormente, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça aguardando parecer.

Observe-se que se entendeu por bem o apensamento de todos os projetos em um único, quando então se tentará votar a matéria de uma só vez. Parece-nos correta a técnica utilizada, mesmo porque fica claro que são antagônicos os projetos apresentados.

Enquanto os Projetos de leis 3398/2004 e 3750/2004 pretendem a inserção de parágrafos ao artigo 123 do Código Penal, tentando resolver a questão da punição ao concurso de agentes, o Projeto de Lei 1262/03 pretende simplesmente a total extinção do tipo infanticídio do Código Penal.

Entendemos estar correto o que pretende o Projeto de Lei 1262/03. A incriminação do infanticídio como delito autônomo já não mais encontra razão, sendo tal assertiva devidamente desenvolvida e defendida no tópico *Críticas à Figura Típica*.

Ainda merece destaque, a título de ilustração, o Projeto de Lei apresentado pelo deputado Pimentel Gomes (PSDB/Ceará), descaracterizando como infanticídio e definindo como *homicídio qualificado* matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Tal propositura felizmente foi arquivada. Evidente a repulsa causada quando uma mãe põe fim à vida de seu próprio filho, ainda mais se ocorre no momento do nascimento ou quando o mesmo tem pouco tempo de vida e nenhuma condição de defesa. Dentro desse quadro é que ganha importância a análise do que levou a genitora à prática de tal conduta extrema. Parece evidente que agravar a punição, transformando em qualificado o crime praticado em tais condições, não nos parece a forma mais correta de agir, sob pena de estarmos regredindo ao direito penal da vingança. Se a violenta emoção e o desequilíbrio psíquico existem, e isso é inegável, os mesmos devem ser analisados quando deparamos com um crime de homicídio, ainda mais quando praticado pela própria mãe contra seu

filho que acabara de nascer. Simplesmente qualificar tal conduta, aumentando-lhe a reprimenda, nos parece uma maneira muito simplista e injusta de lidar com tão delicada questão.

CONCLUSÃO

Finalizando este trabalho e esperando ter contribuído para uma detida análise sobre o tema tratado, apresentamos a seguinte conclusão:

1. O delito de infanticídio, desde a Antiguidade, levando-se em consideração tanto a honra (critério psicológico), como o estado puerperal (critério fisiopsicológico), sempre foi objeto de dúvidas por parte dos aplicadores do direito.
2. A dificuldade em se estabelecer de forma precisa o que vem a ser estado puerperal, bem como o tempo de duração do mesmo, faz com que o tipo encontre inúmeros críticos.
3. Por ser um crime cometido na clandestinidade, o número de casos registrados pelos órgãos policiais bem como os efetivamente julgados podem estar em total dissonância com a realidade.
4. A ausência da modalidade culposa ao tipo penal suscita dúvidas com relação à forma de responsabilização da mãe que, agindo mediante imprudência ou negligência, e sob a influência do estado puerperal, ceifa a vida do próprio filho. A eliminação do tipo penal infanticídio, inserindo-se a conduta na modalidade homicídio, seria a melhor maneira de solucionar a questão.
5. Sendo previsto em tipo autônomo, o infanticídio gera dúvidas irremediáveis com relação ao concurso de pessoas, tendo em vista o caráter de elementar do tipo que a expressão *estado puerperal* apresenta. A solução para tal questão seria a inserção de um parágrafo ao tipo penal distinguindo as condutas praticadas, ou então a eliminação do próprio tipo, adequando-se a conduta ao crime de homicídio, posição esta que entendemos ser a mais correta.
6. Quando do julgamento pelo Tribunal do Júri, a quesitação do crime de infanticídio somente pode ser feita de forma única e nunca desdobrada. A negativa por parte dos jurados dará causa à absolvição, sob pena de desrespeito à sentença de pronúncia. Solução contrária somente seria possível

considerando-se a conduta como forma privilegiada ou especial do crime de homicídio, quando então a desclassificação seria possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABORTATION, Female Infanticide, Foeticide, Son preference in India. Disponível em: <http://www.indianchild.com/abortion_infanticide_foeticide_india.htm>.

ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. *Aborto e infanticídio*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Pará: Unama, 1999.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. Milano: Giuffrè, 1996.

ATAYDE, Marla Albuquerque. *Mulheres infanticidas: o crime de infanticídio na cidade de fortaleza na primeira metade do século XX*. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Fortaleza, 2007.

ATINI: voz pela vida. Disponível em: <<http://www.atini.org/>>.

BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio: impropriedade de uma figura autônoma*. 1978. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

BARBOSA, Marcelo Fortes. O infanticídio e o novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 453, p. 311-318, 1973.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, João José Caldeira. Lesões no feto: proteção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 7, jul./set. 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, 2 e 3.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. t. 4.

_____. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Leis e outras Proposições. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=351362>.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CASTRO, Rilda Jaqueline de Andrade. Concurso de agentes no infanticídio. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 2, n. 2, 1999.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10301>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Augusto Silva. *Direito penal: parte especial*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. 1.

_____. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

DIAS, Luiz Antonio Silva de Lunas. Obsolescência do infanticídio como crime autônomo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 344, p. 151-181, out./dez. 1998.

DICIONÁRIO brasileiro globo. São Paulo: Globo, 1996.

DOUGLAS, Willian. *Medicina legal à luz do direito penal e processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

FARHAT, Alfredo. *Do infanticídio*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1956.

FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Villa Rica, 1991.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

FRIEDMAN, Susan Hatters; RESNICK, Phillip J. Neonaticide: phenomenology and considerations for prevention. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 32, n. 1, p. 43-47, 2009.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, Antonio. *Parricidio, infanticídio y problemas de participacion en el proyecto de Código Penal*. Madrid: Edersa, 1982. (Cuadernos de política criminal n. 17).

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 117-126.

GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 08 fev.2009.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. 2008. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 5.

INDIA 'loses 10m female births'. *BBC News*. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/4592890.stm>.

JESUS, Damásio Evangelista de. Nélson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. *Justitia*, São Paulo, v. 194, p. 47-50, abr./jun. 2001.

LIDORIO, Ronaldo. *Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/uma%20visao%20pratica%20do%20infanticidio.pdf>>.

LYRA, Roberto. *Noções de direito criminal: parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1944.

MACHADO, Maíra Rocha. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, t. 1.

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

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale: parte speciale: delitti e contravvenzioni*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1953. v. 2.

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

MARQUES, Jader. *Tribunal do júri: considerações críticas à Lei 11689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

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

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

MEDICI FILHO, Atugasmin. Infanticídio e o novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 140, p. 357-370, 1942.

MELLO, Dirceu de. Infanticídio: algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 455, p. 292-297, 1973.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.

MOURA, Júlio Victor dos Santos. Modalidades do infanticídio. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano 6, n. 34, out./nov. 2005.

MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tribunal do júri*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1959.

PATARO, Oswaldo. *Medicina legal e prática forense*. São Paulo: Saraiva, 1976.

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

PEÑA GUZMAN, Gerardo. *El delito de Homicídio emocional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PICANNÇO Melquíades. Crônica sobre o infanticídio. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, p. 693-694, set. 1943.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 121 a 361). 2. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. 2. ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998-1999. Livro 5.
- PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*. São Paulo: Ed. Pilares, 2004.
- ROJAS, Nerio. *Medicina legal*. Buenos Aires: El Ateneo, 1956.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1924.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1946.
- SOUZA FILHO, Joaquim Jorge de. Infanticídio e co-autoria. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 164, p. 451-453, mar./abr. 1956.
- VIEIRA, A. X. Lopes. *Medicina judiciária e pericial: jurisprudência médica*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1908.
- WOMEN and criminality. *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 32, n. 1, p. 43-47, Jan./Febr. 2009.
- ZAMBALDI, Carla Fonseca; CANTILINO, Amauri; SOUGEY, Everton Botelho. Psicose pós-parto e infanticídio: relato de caso. *Revista das Ciências do Comportamento*, Universidade de Pernambuco – UPE, Centro das Ciências da Saúde da UFPE, v. 73, abr./jun. 2010.