

OS CONTRASSENSOS NO DELITO DE INFANTICÍDIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

The incongruities in the crime of infanticide: A critical analysis

PADILHA, A. M.

Recebimento: 10/04/2013 – Aceite: 23/07/2013

RESUMO: Este estudo consiste numa análise crítica dos contrassensos no delito de infanticídio enquanto tipo autônomo. Para isso, estuda-se sua evolução histórica no mundo e no Brasil. Posteriormente são analisadas as características do infanticídio no sistema jurídico brasileiro atual, ponto em que, busca-se identificar seus critérios insuficientes e imprecisos, principalmente com relação ao estado puerperal, ao concurso de pessoas e aos elementos do tipo. Por fim, examina-se a possibilidade de revogação do artigo 123 do Código Penal e a inserção de um parágrafo 6º no artigo 121 do mesmo diploma. Fica evidenciada a desnecessidade de manter o infanticídio enquanto tipo penal autônomo, outrossim, que a inclusão de um parágrafo 6º no crime de homicídio encerraria as querelas doutrinárias e jurisprudenciais no tocante ao crime de infanticídio.

Palavras-chave: Infanticídio. Delito penal autônomo. Homicídio.

ABSTRACT: This study is a critical analysis of the paradoxes of infanticide as a standalone type. So, its historical development in the world and in Brazil were studied. Later we analyze the characteristics of infanticide in the Brazilian legal system today, seeking to identify their insufficient and inaccurate criteria, especially regarding the puerperal state, the concurrence of people and type elements. Finally, it is examined the possibility of repeal of Article 123 of the Penal Code, and the insertion of a sixth paragraph on Article 121 of that Act. It is that it is unnecessary to keep infanticide as criminal as a standalone type, moreover, the inclusion of a sixth paragraph in the crime of murder would end the doctrinal and jurisprudential disputes regarding the crime of infanticide.

Keywords: Infanticide. Autonomous criminal offense. Homicide.

Introdução

O Direito é uma área do conhecimento, por natureza, polêmica, porém poucos temas de seu interesse levam essa característica tão acentuada como o delito de infanticídio – seguramente pelas divergências e contrassensos decorrentes de seu universo.

O objetivo deste ensaio é demonstrar que o infanticídio como delito autônomo e com denominação jurídica própria vem se mostrando dispensável, face às divergências e incongruências doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes de seu universo.

Far-se-á um panorama da evolução histórica do infanticídio no mundo e no Brasil, também, preliminarmente, este estudo se ocupará de elencar as principais características do delito e suas conceituações imprescindíveis para o entendimento do assunto. Além disso, o estado puerperal será alvo de análise, enquanto elemento essencial para a configuração do delito.

Após, destinar-se-á a verificar os principais contrassensos do infanticídio como tipo autônomo. Para tanto, cumpre observar que será enfocando as principais divergências doutrinárias e jurisprudências do delito.

Por derradeiro, na tentativa de solucionar as problemáticas do infanticídio como crime autônomo, será analisada a hipótese da revogação do infanticídio e uma provável inserção de um parágrafo sexto ao crime de homicídio.

Do Infanticídio

A expressão infanticídio deriva do latim *infanticidium* que sempre significou o assassinato de criança, de modo especial, de recém-nascido (MUKAD, 2002, p. 79).

Capez define o infanticídio como a “ocisão da vida do ser nascente ou do neonato,

realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal”. Cita, ainda, o mesmo autor, que o infanticídio é uma espécie de homicídio doloso privilegiado, sendo que este privilégio é obtido devido à influência do estado puerperal (2010, p. 134). Já para Jesus, “[...] o infanticídio é delito próprio, de dano material, instantâneo, comissivo ou omissivo impróprio, principal de forma livre e plurissubsistente” (2009, p. 110).

Conforme consta na Enciclopédia Brasileira Mérito (1959, p. 170), o infanticídio era uma prática comum entre os povos primitivos, sendo o objetivo desses obter raças mais vigorosas e evitar que continuassem a viver crianças fracas ou deformadas. Também os infantes mortos eram oferecidos em rituais religiosos, relacionados às mais diversas superstições.

No Egito, o pai que matasse o filho era obrigado a ficar três dias e três noites abraçado no cadáver do infante. Licurgo, preocupado com a qualidade de seus guerreiros, autorizava o pai a assassinar o infante que apresentava problemas de saúde. Na Abissínia, quando nasciam gêmeos, era comum a execução de um nascente. (MUKAD, 2002, p. 10-11). Já na Grécia antiga, conforme Coulanges (1999 apud RIBEIRO, 2004, p. 19), o pai detinha todos os poderes sobre seus familiares, inclusive de se desfazer de recém-nascidos que tivessem nascido de seu casamento legítimo.

Maggio (2001, p. 110) comenta que o Código Penal Espanhol suprimiu o delito de infanticídio, sendo sua conduta tipificada como homicídio e que nas legislações de alguns países como a Inglaterra, Turquia, Egito, Mônaco e Groenlândia, não há referência alguma quanto ao crime de infanticídio, ou seja, a morte do nascente ou neonato é crime de homicídio. Já no Chile, Colômbia e República Dominicana, o infanticídio é tipo autônomo.

A partir do século XVIII, juristas influenciados por ideais humanitários iluministas, começaram a sugerir o abrandamento das penas para esse delito, assim o infanticídio passaria a ser tratado como uma forma de homicídio privilegiado. Beccaria, em 1764, lançou seu livro *Dos Delitos e das Penas*, onde fundamentava que as penas de infanticídio deviam ser atenuadas em função da *honoris causa* (MUKAD, 2002, p. 11).

O atual Código Penal que entrou em vigor em 1940, adotou critério diverso, originando-se do projeto de Alcântara Machado, porém revisado e alterado, passou a ser o infanticídio um delito autônomo. Consagrou-se, por fim, pela adoção do critério fisiopsicológico do estado puerperal, retirando-se do texto a *honoris causa* (JESUS, 2009, p. 106). Além do Brasil, adotaram o critério fisiopsicológico da influência do estado puerperal a Guatemala, Peru, Portugal e Venezuela.

No infanticídio, o elemento temporal, segundo o artigo 123, é “durante” ou “logo após” o parto, muito embora o código não fixe limite temporal preciso. Caso a prática delituosa não esteja restrita a essa circunstância temporal, não se caracteriza o delito.

Hungria afirma que o parto inicia-se com o rompimento da membrana amniótica e se encerra com a expulsão da placenta e o corte do cordão umbilical. O essencial, do ponto de vista jurídico-penal, é que a parturiente ainda não tenha entrado na fase de bonança e quietação, isto é, o período que se firma o instinto maternal (1980, p. 264-265).

Com relação aos sujeitos do delito, sendo o infanticídio um delito excepcional, somente a parturiente pode ser sujeito ativo do crime de infanticídio, desde que esta esteja sob a influência psíquica do estado puerperal (RIBEIRO, 2004, p.80). Caso a mãe matar um adulto sob a influência do estado puerperal, esta responderá por homicídio. Porém, se a mãe, sob a influência do estado puerperal,

por erro *in personam*, matar o filho alheio, supondo ser seu, praticará infanticídio, pois não são consideradas as condições ou qualidades da vítima real, senão as da pessoa contra quem queria praticar o crime (PRADO, 2006, p. 101).

Haverá o crime de infanticídio se constatado que o feto nascente estava vivo, indiferente, pois a capacidade de viver fora do útero. É indispensável, sempre, a prova pericial. No mesmo raciocínio, Ribeiro considera que um recém-nascido inviável, sem condições de sobreviver fora do útero, pode ser sujeito passivo no infanticídio, uma vez que as leis não exigem a continuidade de vida extrauterina, basta que a criança esteja viva (2004, p.117).

Ribeiro (2004, p. 102), explica que

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

Assim, conclui-se que o nascente, na fase transitória, da vida intra para a extrauterina, que ainda não tenha respirado o ar ambiente, também pode ser sujeito passivo deste delito. Já no que se refere à consumação, ensina Mirabete (1998, p. 92), que o delito se consuma com a morte do nascente ou recém-nascido, não sendo necessária a prova de vida extrauterina, bastando que o feto esteja vivo.

O infanticídio é um crime de concurso eventual, uma vez que não se exige que seja praticado por mais de uma pessoa (pode ser praticado somente pela parturiente). O Código Penal adotou a teoria Unitária ou Monista, prestigiando a unidade do crime. Assim, autores, coautores e partícipes respondem pela mesma pena prevista na figura típica. Trata-se

da aplicação do artigo 29, caput, do Código Penal que reza “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Essa previsão é complementada pelo artigo 30 do Código Penal que diz “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Hungria sustentava que as elementares personalíssimas não se confundiam com as pessoais, assim o terceiro que auxiliasse não se beneficiaria pelo infanticídio, pois o estado puerperal não lhe atingia. Porém Hungria alterou seu entendimento, levando em consideração a redação do art.30 “salvo quando elementares (MASSON, 2013, p.63).

Em sua obra, Noronha (2003, p. 53) afirma que o estado puerperal é circunstância (isto é, condição) pessoal e que, sendo elementar do delito, comunica-se, ex vi do art. 30, aos copartícipes. A não comunicação ao corréu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.

Conclui-se que o estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio, sendo comunicáveis os fatos entre os coautores e participantes.

Perícia e Estado Puerperal

A perícia no delito de infanticídio constitui o maior dos desafios médico-legais, devido às inúmeras dificuldades em tipificar o crime. Bernartt (2005) afirma que em toda medicina legal não há matéria mais transcendental e cercada de maiores dificuldades, que a história médico legal do infanticídio. Explica-se, assim, o porquê foi essa perícia chamada de *crucis peritorum* – a cruz dos peritos (FRANÇA, 1998, p.242).

Segundo Muakad, o artigo 123 do Código Penal exige exame pericial do início ao fim, para que se chegue o mais perto possível de uma correta tipificação legal. A dispensa de exame pericial por presunção do estado puerperal é injusta, podendo, ora beneficiar ora prejudicar a autora, além dos trâmites relacionados à coautoria. (2002, p. 104).

Ainda, afirma a doutrinadora que

A perícia médico-legal deverá contribuir para a fixação do momento fisiológico do crime, isto é, se ocorreu durante o parto ou logo após, pois, dependendo do momento do crime, poderemos ter ou aborto ou infanticídio ou homicídio; contribuir para determinar se o feto estava vivo quando submetido à violência; informar o tipo de violência praticada contra o feto; auxiliar na comprovação do vínculo filial e, por fim, informar se a mãe agiu sob a influência do estado puerperal (MUAKAD, 2002, p. 104-105).

Embora seja difícil pronunciar com precisão o resultado das provas periciais, uma vez que os exames, geralmente, são realizados tardiamente em relação ao tempo do crime, deduz-se que a perícia no infanticídio seja de extrema importância, uma vez que objetiva analisar os elementos essenciais que caracterizam o delito.

O Código Penal vigente adotou a sistema fisiopsíquico da influência do estado puerperal. Segundo esse sistema, “O fundamento do privilégio outorgado são as perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, em consequência das dores, perda de sangue e o grande esforço muscular, que atenuam a imputabilidades” (MUAKAD, 2002, p. 83).

A expressão estado puerperal nunca foi sinônimo de puerpério. O estado puerperal é considerado por muito doutrinadores como uma ficção jurídica, já o puerpério existe, e tem início na dequitação, isto é, no final

do parto, e termina quando o organismo da parturiente volta às condições pré-gravídicas (MUAKAD, 2002, p. 14).

Para o doutrinador Gomes, o puerpério é um quadro fisiológico, comum a todas as mulheres que dão à luz, com começo, meio e fim determinados e de fácil detecção. Já o estado puerperal, citado no Código Penal vigente, é uma entidade, no mínimo pouco palpável, para não se dizer virtual (2004, p. 499).

O estado puerperal, segundo Maggio (2001, p. 26), é a perturbação psíquica em que a mulher mentalmente sã, mas abalada pelas dores físicas do parto, cansada, nervosa, emocionada, vem a sofrer, demonstrando um colapso do senso moral, uma liberação dos impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho.

Leciona Capez que “trata-se o estado puerperal de perturbações que acometem as mulheres, de ordem física e psicológica decorrentes do parto”, pois a ação física do parto pode acarretar “Transtornos de ordem mental na mulher, produzindo sentimentos de angústia, ódio, desespero, vindo ela a eliminar a vida do próprio filho” (2006, p. 103).

Em casos em que há dúvida acerca da existência do estado puerperal, ainda segundo a doutrina de Capez (2006, p. 103-104), “O delito de infanticídio não deve ser afastado, uma vez que incide aqui o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida deve prevalecer a solução mais favorável a ele. Do contrário, teria de responder por delito mais grave, homicídio”.

Enfim, considera-se o estado puerperal uma situação especial, de difícil caracterização pelos mais diversos doutrinadores. Da mesma forma, no que tange a este estado, a prova pericial geralmente é realidade em época mais ou menos tardia em relação ao crime, fato este que muitas vezes, inviabiliza o perito de pronunciar-se com precisão sobre

a influência do mesmo na consumação do delito em tela.

A Obsolescência do Infanticídio Enquanto Tipo Autônomo

Após a edição de vários diplomas legais, cada um tratando o infanticídio de acordo com as conveniências sociais de cada época, chegou-se a atual legislação penal que o trata como um delito autônomo e que adota como atenuante o conceito fisiopsicológico da influência do estado puerperal.

Ocorre que, os elementos do crime de infanticídio causam tantas divergências entre os operadores do direito que sua aplicabilidade prática gera inúmeras incertezas jurídicas.

A começar pela difícil constatação da influência do estado puerperal no psiquismo da parturiente, uma vez que as mulheres acabam sendo submetidas à perícia médica muito tempo depois da data do fato, ocorrendo assim, muitas vezes, a presunção do estado puerperal, pois permeia no sistema jurídico brasileiro o princípio do *in dubio pro reo*.

Além dos resultados das perícias médico-legais não constatarem efetivamente o estado puerperal, a doutrina e a jurisprudência não é consensual no assunto. Segundo França (1998, p. 274), não há nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal e defende a ideia que este estado não passa de mera ficção jurídica.

O mesmo autor afirma que

O estado puerperal geralmente ocorre em gravidez ilegítima, mantida em segredo para preservar a dignidade perante a família, os parentes e a sociedade. Dia após dia, a mulher pensa em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas, quando de sua chegada. E não tem precedentes psicopáticos; o crime acaba sendo praticado como forma de

solucionar seu problema. Os detalhes do seu ato são pensados e repensados, tendo o cuidado de esconder o filho morto, dissimular o parto e assumir uma atitude acima de quaisquer suspeitas, tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade (FRANÇA, 1998, p. 274-275).

Já para Guimarães (2003) o estado puerperal de tão difícil configuração, acaba tornando a figura do infanticídio apenas uma figura penal decorativa (COSTA, 2007, p.31).

Quando não existe prova concreta do estado puerperal, a jurisprudência de alguns tribunais tem entendido que o mesmo deve ser presumido.

O Tribunal de Justiça do Paraná, no julgado 0093632-1, da 3ª Câmara Criminal disse ser desnecessária a perícia médica para a constatação do estado puerperal no infanticídio, pois este estado é decorrência normal e corriqueira de qualquer parto e conduz a convincente presunção do “*delictum exceptum*”. Porém, o mesmo Tribunal, em Câmara diversa, entendeu de modo diverso, dizendo que “Não havendo indícios suficientes de que a ré, ao matar a filha, logo depois de ter esta nascido, tivesse agindo sob influência do estado puerperal, deve ser submetida a júri por homicídio, não por infanticídio”, conforme o julgado 0157169-9, da 1ª Câmara Criminal.

Interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi manifestada no Recurso em Sentido Estrito nº 70008473043 da Comarca de Getúlio Vargas, em que foi desclassificado o delito de infanticídio para homicídio, uma vez que havia “nos autos *indícios* de que a acusada *não agiu sob a influência do estado puerperal e premeditou a ação*, pois jamais desejou a gravidez e sempre envidou esforços para obstá-la”.

O direito não é uma ciência exata, e prova disso está nas diferentes vertentes jurisprudenciais. Observa-se que algumas

jurisprudências dispensam a comprovação do estado puerperal, aceitando-o por presunção – neste caso, não está se agraciando com o infanticídio hipóteses de homicídios? Outras decisões, pela falta de comprovação do estado puerperal, enquadram as rés em homicídio.

Caso o estado puerperal fosse corriqueiro em todas as mulheres que dão à luz, existiriam infanticídios em massa, tanto no mundo como no Brasil. Porém, constatam-se apenas casos de infanticídio naqueles casos de gravidez indesejada; tanto isso é verdade que não foi encontrado um só acórdão de infanticídio perpetrado por mulher feliz no casamento ou união estável. Por isto, o tipo se consuma à espreita e bem longe dos olhares de testemunhas, como em quintais, moitas, perto de rios e até em banheiros (RIBEIRO, 2004, p. 168).

E, quando a parturiente mata o filho, durante ou logo após o parto, de forma culposa, incorre em qual crime? Hungria entende que o infanticídio não admite a forma culposa e só pode ser punido a título de dolo. Se o nascente ou neonato vir a morrer por imprudência, negligência ou imperícia da mãe, esta responderá por homicídio culposo (1980, p. 266).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo no recurso 55/255 afirmou que, quando inexistem nos autos a prova de que a mãe quis ou assumiu o risco da morte do filho, não se configura o crime de infanticídio, em qualquer de suas formas, eis que inexistente para a espécie a forma culposa.

Jesus entende de forma distinta, assim, se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum (nem homicídio, nem infanticídio). Porém, se a mulher vier a matar a criança, não se encontrando sob a influência do estado puerperal, agindo culposamente, responderá então por homicídio culposo (2009, p. 95).

Outra grande dificuldade para os operadores do direito é o elemento temporal do delito, uma vez que não existe entendimento pacífico sobre o que significa a expressão “logo após o parto”.

Pelo ponto de vista médico, o termo “logo após o parto”, restringe-se a momentos subsequentes a este, sendo crime diverso do infanticídio o assassinato do filho, pela mãe, um mês após o parto (RIBEIRO, 2004, p. 75)

França entende como “logo após o parto”, imediatamente depois do parto. Se uma mãe tem o filho, veste-lhe uma roupa e depois o mata, esse intervalo lúcido, descaracteriza o infanticídio e configura o homicídio (1998, p. 196).

No entanto, juristas como, Jesus, entendem que o termo “logo após o parto”, deve se estender até que perdure o estado puerperal, devendo ser analisado cada caso concreto (RIBERIO, 2004, p. 77). Mais uma vez a doutrina não é consensual.

Quando se refere ao bem jurídico tutelado, uma das críticas feitas se refere ao fato da vida do infante ser considerada menos valiosa que a de um adulto. O tratamento benigno dispensado à infanticida acarreta pesos diferentes a um mesmo bem jurídico, o que contraria a ordem do sistema, pois, enquanto se agrava a pena daquele que mata descendente, despreza-se essa condição de parentesco nas hipóteses de infanticídio (MUAHAD, 2002, p. 171).

Há maior severidade na punição quando para a morte da vítima são empregados meios que dificultam a sua defesa (asfixia, tortura, meio cruel, fogo). Não é o que normalmente ocorre no infanticídio? Entretanto, a pena da agente é diminuída.

Esses contrasensos geram um inegável quadro de incertezas, onde o direito deixa de ser aplicado de forma satisfatória para a sociedade. Como pode se observar, os pontos são muito polêmicos, e não haverá consenso

na doutrina e na jurisprudência, enquanto perdurar o infanticídio como é definido pelo artigo 123 do Código Penal.

A Revogação do Infanticídio como Tipo Autônomo

A fossilização das leis penais constitui um obstáculo ao progresso social, isto é, se os valores da sociedade mudam em decorrência de novos hábitos, é indispensável que o Direito Penal experimente mudanças correlativas, sob pena de se tornar inócuo.

A sociedade brasileira evoluiu e as noções de moral e honra foram modificadas. Inúmeras são as críticas ao artigo 123 do Código Penal que privilegia as infanticidas, sendo um contrassenso ver o delito somente pela ótica da mãe, olvidando-se de tutelar com maior severidade a vida do infante. Matar um ser inocente e frágil, que depende totalmente do cuidado de terceiros, deveria constituir modalidade criminosa revestida de maior severidade que o homicídio, pela própria natureza repugnante e repulsiva do delito.

Devido a tantas incertezas jurídicas relativas ao delito em tela, alguns doutrinadores defendem a volta do critério da honra como atenuante da pena no infanticídio. Porém, retomar o critério psicológico por motivo da honra não parece ser o melhor a se fazer, conforme cita Fragoso

A vida moderna trouxe, nos últimos tempos, transformações importantes na moral pública sexual, ampliando a esfera de liberdade da mulher e liberando-a de velhos e intoleráveis preconceitos. Parece claro que caminhamos para reconhecer **desonra** precisamente no fato de a mulher não assumir a responsabilidade de seu comportamento sexual, não hesitando em praticar crime grave para preservar o que já constitui valor moral duvidoso (1979, p. 539).

Ainda nesse sentido França comenta que a volta do critério da honra, como atenuante de pena no infanticídio, refletiria somente um infeliz retrocesso e a demonstração de que a sociedade não evoluiu nos seus conceitos e nem perdeu seus preconceitos, uma vez que gravidez nenhuma é imoral, exceto os propósitos que a motivaram podem ser ilícitos ou imorais (1998, p. 241). A proteção da vida humana deveria sobrepujar a tutela conferida à honra objetiva individual (FRAGOSO, 1979, p. 253).

A esse respeito, diz Gomes que

Tornar a falar em desonra capaz de levar ao assassinato do próprio filho em tempos de costumes liberados, aonde a gravidez fora do casamento não chega a causar uma convulsão social, podendo até mesmo servir de motivo para aplauso ou orgulho, talvez possa ser temerário e servir para encobrir motivações menos nobres à perpetração do crime (2004, p. 745).

Além disso, na sociedade brasileira atual, ser mãe solteira não representa nenhum atentado à moral – nem nos lugares mais recônditos do país. Aliás, caso não desejem engravidar, as mulheres dispõem de métodos contraceptivos acessíveis e confiáveis. Não há hipótese de se afirmar que inexistem informações, uma vez que os meios de comunicação estimulam diariamente o uso de preservativos. Há distribuição de contraceptivos e preservativos em toda rede pública de saúde do Brasil. Portanto, ninguém pode se escusar dizendo não saber que fazer sexo sem meios contraceptivos faz a mulher engravidar (COSTA, 2007).

Existe, porém, a hipótese da mulher ser estuprada e engravidar. Neste caso, a legislação penal regula de maneira criteriosa a possibilidade do aborto, nos termos do inciso II do artigo 128 do Código Penal.

Observa-se que a lei penal age sabiamente ao consentir a retirada da vida do feto antes do seu nascimento, pois se dispusesse sobre a ocisão da vida após o nascimento estaria consentindo em homicídio.

Costa conclui o raciocínio ao afirmar que

Na atual era do “amor livre”, época em que não mais se constitui em uma desonra para a família não casar virgem, época em que até o próprio casamento está caindo em desuso, época em que o conceito de família não mais compreende apenas a célula básica formada pela tríade pai, mãe e filhos, época de avanços científicos na área da prevenção à gravidez, não há por que se falar em motivo *honoris causae*. Seria um verdadeiro retrocesso social e jurídico para o país, um verdadeiro descompasso entre lei e sociedade se o critério psicológico voltasse a configurar o infanticídio (2007).

Assim, pode-se concluir que a *honoris causa* está totalmente superada pela nova estrutura da sociedade civil, devido principalmente a emancipação da mulher e a revolução dos costumes em matéria sexual.

Por outro lado, não há mais como manter o infanticídio enquanto tipo penal autônomo, devido à obsolescência do critério fisiopsicológico do estado puerperal. É necessário que a lei penal mude para ser mais bem aplicada.

A melhor solução para o legislador seria suprimir o infanticídio do Código Penal, revogando o artigo 123 e acrescentando ao artigo 121 um parágrafo 6º que rezaria da seguinte forma: incide nas mesmas penas do homicídio simples aquele que matar infante nascente (COSTA, 2007).

Dessa forma, conforme explica Costa, todos os casos de infanticídio no Brasil seriam tipificados de acordo com o artigo 121, respondendo por homicídio qualquer pessoa que intentasse contra a vida do infante em qualquer estágio de sua vida (2007).

Assim, caso o crime fosse cometido pela mãe do infante, as penas do delito seriam agravadas pelo artigo 61, inciso II, alíneas *e* (ter a agente cometido o crime contra descendente) e *h* (ter a agente cometido o crime contra criança) do Código Penal.

Caso cometido por qualquer agente, a pena seria agravada pelo parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal, que diz: “Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço se o crime é praticado contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos”.

Costa cita a hipótese em que uma mulher mata o próprio filho por vergonha ou para se vingar do amado que a abandona quando descoberta a gravidez. Neste caso, incidiria pena mais grave devido ao motivo torpe, conforme o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal. (2007).

No que se refere à coautoria, as discussões estariam encerradas, uma vez que o coautor ou partícipe responderiam por homicídio na medida de sua culpabilidade, conforme a regra do artigo 29 da legislação penal.

Supondo que a parturiente viesse a matar o filho sem dolo, por negligência, imprudência ou imperícia, responderia por homicídio culposo, conforme o § 3º do artigo 121 do Código Penal.

As controvérsias acerca do momento consumativo do delito terminariam, pois responderia por homicídio quem executasse a conduta durante o parto e a qualquer momento após ele.

No que tange ao estado puerperal, estaria isenta de pena a puérpera que, no momento consumativo do crime, era inteiramente incapaz. Caso fosse relativamente incapaz, seria reduzida sua pena de um a dois terços, nos dizeres do artigo 26 do Código Penal.

Nesse mesmo diapasão, Deitos 1999, defende a tese da revogação do infanticídio da legislação penal:

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

Portanto, conclui-se que a revogação do infanticídio enquanto tipo penal autônomo aprimoraria o ordenamento jurídico, eliminando a duplicidade de previsões legais e desobrigaria os juristas de ocupar-se com conceitos intrincados e insuficientes a respeito da conduta condenável.

O respeito pela justiça deve ser uma obrigação de todos os cidadãos, ainda que, para isso, tenham que se insurgir contra as

imperfeições da própria lei. O Direito Penal como instrumento garantidor do convívio mais harmônico na sociedade, deve manter-se em consonância com a realidade social, igualmente, acompanhar a evolução de seus valores, sob pena de, abandonado, tornar-se inócuo.

Considerações Finais

Delito de valoração oscilante, o infanticídio já foi social e moralmente permitido, já foi fortemente reprimido e, atualmente, é eleito como um delito excepcional, sancionado de forma branda pela legislação penal brasileira, contrastando com as penas cominadas aos demais crimes dolosos contra a vida.

Ocorre que, atualmente, o delito de infanticídio com denominação própria e tipificação penal autônoma, calcado no critério fisiopsicológico da influência do estado puerperal se tornou obsoleto e com inúmeros contrassensos jurídicos na sua aplicação prática.

Primeiramente, o fantasioso estado puerperal nunca foi realmente comprovado. Existem psicoses que se manifestam no puerpério, entretanto, essas doenças não podem

ser confundidas com o estado puerperal. Além disso, mesmo que fosse comprovado, a perícia médica dificilmente determina com certeza se a mulher agiu sob a influência daquele.

Por conta disso, a maioria dos julgados posiciona-se presumindo o estado puerperal, agindo assim, em favor das rés.

Outras questões suscitam divergências na sua aplicabilidade, como que a questão da coautoria, do infanticídio culposo, da delimitação temporal do delito e, sem esquecer, o injusto motivo da honra que implicitamente continua a ser aplicado.

Frente a todos esses contrassensos na caracterização do infanticídio, entende-se ser perfeitamente positivo a revogação do artigo 123 do Código Penal e a inclusão de um parágrafo 6º no artigo 121.

Assim, conclui-se que diante de tantas divergências e contrassensos na caracterização do infanticídio como tipo autônomo, é insustentável a manutenção do artigo 123 no Código Penal brasileiro.

Sabendo que o Direito deve acompanhar as mudanças sociais, é de se cobrar alterações legislativas para atender os ditames sociais vigorantes.

AUTOR

Ananda Mana Padilha - Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Erechim; Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UNIASSELVI. E-mail: ananda.padilha@hotmail.com

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BERNARTT, Liliana de Oliveira. **O infanticídio e o estado puerperal**. 2005. Monografia de conclusão de curso. – Faculdades Metropolitanas Unidas. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/lob.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. **A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10301>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

CROCE, Delton.; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEITOS, Hamilton Francisco. **A descriminalização do infanticídio**. 1999. Monografia de conclusão de curso. – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/monodeitos-descriminalizacaoi.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2010.

ENCICLOPÉDIA brasileira mérito. **Infanticídio**. São Paulo: Mérito, 1959. v. 11, p. 170.

FRAGOSO, Heleno Claudio.; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 5. ed. v. 5 Rio de Janeiro, Forense: 1979.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara: Koogan, 1998.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 33. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4066>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte especial. 29. ed. São Paulo, 2009, v. 2.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. São Paulo: Edipro, 2001.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. 5. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial - arts. 121 a 234 do CP. ed. 14. São Paulo: Atlas, 1998, v.2.

MUAKAD, Irene Batista. **O infanticídio**: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária. São Paulo: Mackenzie, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra as pessoas, dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 183. 5.ed. atual. e ampl. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: Crime Típico; Figura Autônoma; Concurso de Agentes. São Paulo: Pillares, 2004.

