



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DESNECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Châncelis Celis Nery Pereira Araújo

Rio de Janeiro
2020

CHÂNCÉLIS CELIS NERY PEREIRA ARAÚJO

A DESNECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Artigo Científico apresentado como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Prof^ª. Mônica C.F Areal

Prof^º. Nelson Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A DESNECESSIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Châncelis Celis Nery Pereira Araújo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós Graduada em Direito
Público e em Direito Penal e Processual
Penal pela UNESA.

Resumo - o trabalho tem como objetivo analisar o tipo penal do crime de infanticídio, notadamente a elementar do estado puerperal, averiguando a sua origem e as razões que justificam ou não uma pena diminuída para esse crime, se comparado ao crime de homicídio. Nessa esteira, buscar-se-á fundamentos na medicina legal para comprovar que tal estado psicológico não é mórbido e capaz de influenciar a genitora a matar seu próprio filho. Pretende-se demonstrar que o delito de infanticídio não se sustenta de forma autônoma, uma porque se adota a teoria monista do crime e em razão disso, as elementares do crime são comunicáveis aos seus coautores; e duas porque é um delito infundado pela medicina legal, no que tange a influência do estado puerperal. O crime de infanticídio deveria ser revogado do Código Penal, uma vez que o tipo que disciplina o homicídio é capaz de tutelar essa forma especial de matar.

Palavras-chave – Direito Penal. Infanticídio. Estado Puerperal. Honoris Causa.

Sumário – Introdução. 1. Legislações anteriores e o motivo de honra. 2. A incongruência entre os conceitos médico-legais e a doutrina jurídica. 3. Os problemas do Infanticídio enquanto tipo autônomo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica estuda o tratamento penal dado ao crime de infanticídio. Observa-se que no Código Penal há apenas dois crimes em que o núcleo do tipo é o verbo matar, são eles: o homicídio e o infanticídio, no primeiro a pena é de reclusão de seis a vinte anos, já no segundo a pena é de detenção de dois a seis anos. Como se pode entender que ambos os crimes tenham penas tão díspares? É bem verdade que existem outros elementos que compõe o crime de infanticídio, enquanto a redação do homicídio é a de “matar alguém”, a do infanticídio é a de “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. O objetivo desse trabalho é questionar e tentar responder se as elementares do crime de infanticídio realmente impõem uma pena mais branda.

Os Códigos Penais anteriores adotavam o motivo de honra como elementar do tipo. No entanto, não era lógico admitir que a honra da mulher se sobrepusesse a vida de seu filho recém-nascido, por isso, passou-se a adotar um critério biopsíquico.

Ao adotar a elementar do “estado puerperal” o legislador deu a entender que o parto poderia ser capaz de gerar alguma espécie de extinto assassino na genitora, ou, que fosse capaz de atenuar a sua culpa em relação ao crime, e por isso deveria ter uma pena reduzida. O que não se pondera é que essa elementar pode favorecer os crimes cometidos pelos motivos mais egoísticos.

Na exposição de motivos do Código Penal, o legislador diz que o crime se trata de delito excepcional e que depende de laudo médico para comprovar a perturbação psíquica no momento do parto. Entretanto, a medicina não reconhece a existência da elementar psicológica do crime em estudo. E aqui moram muitos dos problemas referentes ao crime de infanticídio, pois qualquer premissa seria falha, de modo que, se for aceita como existente e válida a elementar, a lei teria consagrado uma pena para uma inimputável. De outro modo, se a conclusão for pela invalidade da elementar, e mesmo assim aplicando-se a pena do Art. 123 do Código Penal, estar-se-ia privilegiando a infanticida, que em verdade seria uma homicida. É sob essas questões que se funda a pesquisa.

Inicia-se o primeiro capítulo com a evolução histórica legislativa do infanticídio no Brasil. Verificar-se-á que a legislação penal pátria possui um histórico de desigualdade no tratamento entre homens e mulheres, notadamente no que tange a moralidade masculina e feminina.

Por sua vez, o segundo capítulo aborda o infanticídio como delito excepcional, especialmente no que tange a diferença de puerpério e estado puerperal. É nesse tópico que abordarão os transtornos do pós-parto e as suas influências reais na mulher.

O terceiro capítulo tratará do infanticídio no Brasil nos tempos atuais. Será discutido os problemas do infanticídio enquanto tipo autônomo, tais problemáticas fundam-se na teoria monista adotada pelo direito penal brasileiro.

A conclusão que se pretende chegar é que a aplicação desse crime não condiz com a realidade nas quais o crime ocorre, além de se comunicar com o terceiro que participa do crime. Entende-se que o ordenamento penal é capaz de tutelar os casos que envolvam esse crime, sem a necessidade de um tipo autônomo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a tese.

1. LEGISLAÇÕES ANTERIORES E O MOTIVO DE HONRA

O tratamento penal dado ao crime de infanticídio ao longo da história passou das penas mais leves até as penas mais severas, no entanto, somente com o movimento iluminista que essa questão foi repensada de forma mais humanitária e o crime passou a ter uma resposta penal mais branda.

Ao estudar o infanticídio ao longo da história chega-se à conclusão de que a legislação evoluiu pouco. É necessário analisar esse tipo penal com maior comprometimento, a fim de corrigir suas imprecisões técnicas e de fornecer um tratamento penal mais coerente.

Desde o primeiro Código Penal Brasileiro de 1830 é possível observar expressões que deixam clara a forma diferenciada que a mulher foi tratada. O crime de estupro, por exemplo, que tinha previsão no primeiro Código Penal do Império falava em “Deflorar mulher virgem”, ter copula com “mulher honesta”, “seduzir mulher honesta”, cometer ato libidinoso com “mulher casada”.

Havia nítida distinção entre a moralidade masculina e a moralidade feminina. A moralidade da mulher sempre esteve intrinsecamente ligada a sua sexualidade, enquanto a moralidade do homem é ligada ao seu poder financeiro. Essa premissa pode ser facilmente comprovada na análise do crime de adultério, pois para a mulher bastava que ela cometesse algum ato de satisfação da lascívia, enquanto que o homem só respondia se proovesse o sustento da sua concubina.

Por sua vez, o Código Penal de 1890 ao tratar dos crimes de violência carnal estabelecia penas distintas levando em consideração aspectos referentes a sexualidade das mulheres. Responderiam com pena de um a quatro anos se a mulher fosse menor de idade; se fosse virgem, a pena seria mais alta, um a seis anos; porém se a mulher fosse “pública ou prostituta” o delinquente recebia a indulgência de pena de seis meses a dois anos.

Vale dizer que se a mulher vítima de estupro fosse honesta ou virgem, teriam direito de receber indenização do criminoso. Já no que concerne ao crime de rapto, somente a “mulher honesta” é que poderia ser sujeito passivo. Nesse caso, se fosse raptada uma mulher que não se encaixasse nos padrões sociais e culturais de honestidade, não haveria crime algum, a conduta seria atípica.

O Código de 1890 manteve ainda o crime de adultério apenas para os homens que proovessem o sustento de sua concubina. Além do mais, naquela época a ação de divórcio tinha natureza condenatória e a mulher divorciada que continuasse a usar o nome do ex-marido era sujeita a pena de prisão por quinze a sessenta dias¹:

Na verdade, essa vigilância social é encontrada tanto nos meios formais de controle social, dentre os quais se vislumbra a inserção do Direito Penal, mas também pode ser constatada nos meios informais, tais como a igreja, a mídia, a escola, a prática da medicina, o mercado de trabalho e a opinião pública.

A consequência mais imediata desse problema é o processo de segregação e preconceito encontrado nas leis penais, de modo que fica evidente a impregnação de valores extremamente machistas.

O atual Código Penal entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1942, e vem sofrendo alterações deste então para se adequar a realidade social. Entretanto, até no ano de 2005 existia o crime autônomo de atentado violento ao pudor, previsto no Art. 215, que estabelecia que somente poderia ser sujeito passivo a “mulher honesta”. Tal previsão normativa reforçava a ideia de inferiorização feminina.

Após 2005 foi retirada a expressão “mulher honesta” do crime de atentado violento ao pudor e acrescentado o parágrafo único que previa um aumento de pena se a mulher fosse virgem, entre quatorze e dezoito anos de idade, esse parágrafo perdurou até o ano de 2009. Segundo Nelson Hungria mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes².”

A expressão que fazia referência a mulher honesta foi abolida em 2009, uma vez que em uma democracia não há espaço para criar parâmetros que idealizem comportamentos morais, até porque a Constituição Federal prevê igualdade entre todos. Entretanto, embora pareça um relevante avanço, é bem verdade que o Código Penal ainda deve ser profundamente revisto.

O motivo de honra (*honoris causa*) antes utilizado pelo código penal para “justificar” o crime infanticídio é a necessidade psicológica de defesa da moralidade sexual feminina. O medo do julgamento cruel da sociedade causa na mulher “que engravida fora do matrimônio,

¹ SILVA, Lilian Ponchio e. *O Estado Puerperal e suas Interseções com a Bioética*. 130. 42 f. (Mestrado em direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho”, São Paulo, 2010.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5. ed. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 139.

e que ainda perdeu o pudor, um verdadeiro “estado de angústia”, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fruto de seu amor ilegítimo³.”

Aníbal Bruno, nessa mesma linha, afirma que:

A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama e respeito público de que goze a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra já era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra⁴.

Segundo Nelson Hungria⁵ mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes.”

A conclusão a que se chega é que há uma distorção entre as lutas sociais com busca pela igualdade entre os gêneros e o tratamento da lei penal as mulheres. O papel do direito é resolver conflitos sociais e não reforçar antigos preconceitos.

Sabe-se que o direito é um reflexo da sociedade e por muitos anos a mulher foi tratada de forma discriminatória e ainda é vista de maneira desprotegida ou não tão protegida pela lei, como sempre foram os homens. Um grande exemplo disso é o crime de infanticídio, que prevê punição para a mulher que, em tese, não cometeu o crime de maneira livre e consciente, já que estaria psicologicamente perturbada.

Segundo Nelson Hungria⁶ o tempo trouxe transformações importantes na moral pública sexual, de modo a ampliar e respeitar a liberdade feminina. É diante disso, que o crime de infanticídio somente se condiz com a realidade se for considerado por motivo de honra.

2. A INCONGRUÊNCIA ENTRE OS CONCEITOS MÉDICO-LEGAIS E A DOCTRINA JURÍDICA

O primeiro registro clínico de uma psicose pós-parto foi feito por Marcé, psiquiatra francês, em 1858, quando publicou o “*Traité de la folie des femmes enceintes, des nouvelles accouchées et des nourrices*”, que significa em sua tradução literal: “Tratamento da loucura

³ LYRA apud Ibid., p. 261.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 148.

⁵ HUNGRIA, op. cit., p. 139.

⁶ Ibid.

de mulheres grávidas, novas companheiras e babás.” O livro retrata sua experiência com trezentas e dez pacientes acometidas de psicoses puerperais que estavam internadas no hospital Ivry-sur Seine.

Marcé⁷ acreditava que ocorria uma simpatia mórbida entre os órgãos pélvicos e a mente. Seu trabalho ficou tão conhecido que a psicose puerperal passou a ser um dogma inquestionável para a comunidade médica no século XIX. A doença descrita por Marcé era inexistente e jamais manifestada em parturientes assistidas em maternidades, profunda e de curta duração, porém, capaz de levar a mãe a assassinar o seu próprio filho.

Tempos depois, o psiquiatra francês, Kraepelin⁸, lançou uma segunda edição de seu tratado em 1907, no qual negou a autonomia nosológica da mania puerperal, vinculando-a a insanidade maníaco-depressiva. Dividiu os transtornos puerperais, naqueles causados pelo parto, e noutros que eram apenas precipitados pelo parto. A mania puerperal estaria entre as antecipadas pelo parto. Por sua vez, os quadros puerperais induzidos pelo parto, seriam as psicoses de exaustão, as psicoses tóxicas e “os estados de excitação delirante violentos e súbitos” que segundo Kraepelin⁹:

podem se manifestar durante o parto e são de grande importância do ponto de vista forense por estarem associados à grande tendência para a violência; eles geralmente duram apenas algumas horas. A dor, a perda de sangue e as alterações circulatórias rápidas, por um lado, e as influências psíquicas do parto e, possivelmente, de distúrbios deste processo, por outro, exercem um papel garantido neste processo. [Kraepelin observou] uma parturiente se atirar de uma janela e cair através do telhado de vidro ele uma estufa. Outras mulheres esganam seus filhos ou as deixam morrer desassistidas, sem alimentá-las ou delas cuidar. Em vista dos seus quadros clínicos, parece provável que estes sejam estados semiconscientes epiléticos ou histéricos que podem ser liberados pelas emoções violentas específicas do parto mesmo em pessoas que mostravam sintomas leves de predisposição patológica e que por isto mesmo passavam despercebidos.

Kraepelin e Marcé possuíam a mesma concepção, no entanto, não foi esse o legado que eles deixaram. Em 1924, Bleuler¹⁰ defendeu que "a verdadeira psicose puerperal não existe, nem no sentido amplo, nem no sentido próprio da palavra". Segundo sua experiência, a ocorrência de quadros psicóticos puerperais corresponderia a um surto esquizofrênico ou, mais raramente, a um "ataque maníaco-depressivo". Atualmente é voz unânime entre

⁷ MENDLOVIZ, Mauro Vitor. *O infanticídio no Código Penal de 1940: crítica à aplicação do critério psiopsíquico*. 333 f. Trabalho monográfico (Doutor em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio e Janeiro, Rio de Janeiro, 1994, p. 93.

⁸ KRAEPELIN apud Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BLEULER apud Ibid., p. 94.

obstetras e psiquiatras¹¹ que essa loucura que somente é identificada com partos clandestinos, foi criada como tese defensiva.

Em 1964, a Classificação Internacional das Doenças [CID VIII]¹² recomendou que os quadros psiquiátricos, ocorridos no pós-parto, que não se enquadrasse em nenhuma categoria patológica, deveriam ser classificados sob a rubrica “psicose puerperal”. Porém, na IXª Revisão Internacional Da Classificação Internacional das Doenças de 1975 [CID IX]¹³, os quadros psiquiátricos do pós-parto foram chamados de “Complicações da Gravidez, do Parto e do Puerpério”, o termo “psicose puerperal” não foi mais empregado.

O sintoma de “confusão” gerado pela psicose puerperal, embora comumente citado na literatura especializada, não se reflete um déficit cognitivo significativo, e não corresponde a um delírio.¹⁴ Não há nenhum registro que comprove a existência da elementar psicológica exigida pelo tipo penal de infanticídio.

Conclui-se que o parto não gera estados mentais mórbidos, em mulheres sadias, exceto em mulheres psicopatas, sendo estas inimputáveis por serem patologicamente doentes mentais. Segundo França¹⁵ os transtornos emocionais do parto não vão além do *maternity blues*, ou tristezas do parto que não constitui doença, ocasionando apenas mudanças repentinas de humor, choro desmotivado, indiferença ao bebê e irritação. Não implica em instintos assassinos e, portanto, não se confunde com o chamado estado puerperal. “Nada mais fantasioso que o chamada estado puerperal, [...]. Esse conceito pode ser favorável até mesmo aquelas mulheres que, levadas por motivos egoístas ou de vingança, matam seu próprio filho”.¹⁶

Atualmente a medicina aceita como existente a depressão pós-parto e a *maternal blues*. Embora nenhuma dessas perturbações mentais decorrentes do parto se assemelhe ao “estado puerperal” exigido pelo tipo penal, não se podem descartar essas perturbações, como se elas fossem inexistentes. Em outras palavras, nenhum desses transtornos leva a mãe a dizimar a vida de seu filho recém-nascido, mas são perturbações psicológicas desencadeadas pelo parto.

No que tange a psicose do pós-parto, malgrado a literatura médica insista em denominá-la assim, não é tecnicamente possível esse conceito, em razão de que não há

¹¹ CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 585.

¹² MENDLOVIZ, op. cit., p. 94.

¹³ Ibid.

¹⁴ BROCKINGTON apud Ibid., p. 99.

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 329

¹⁶ Ibid.

relação etimológica entre o parto e a psicose.¹⁷ Isso porque, como já visto, essa denominação foi rejeitada pelos criadores das classificações oficiais e dos dados clínicos.

Delton Croce¹⁸ reconhece uma psicose puerperal toxinfeciosa, aceita por psiquiatras e obstetras, que se manifesta por um quadro de reações esquizofrênicas, excessos de melancolia, depressão ansiosa, autoacusação, ideias hipocondríacas, alucinações, delírio alucinatório, impulsões mórbidas. Esses sintomas veem acompanhados de febre, e em 75% dos casos, cura-se com eletroconvulsoterapia.

Segundo Croce, não se trata da influência do estado puerperal, pois a referida psicose é um desencadeamento de uma doença pré-existente. Nesse caso, a genitora é uma doente mental e por isso, inimputável, nos termos do art. 26 do Código Penal¹⁹.

Por outro lado, a doutrina jurídica classifica o estado puerperal o desgaste físico e mental resultante do parto que gera instintos perversos capazes de criar o desejo de matar o próprio filho.

Damásio de Jesus classifica esse estado como sendo o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.²⁰

No entanto, o melhor entendimento é aquele consagrado por Nelson Hungria²¹ que diz que “num CP moderno não há mais lugar para o crime de infanticídio. A orientação adotada pelo código vigente é particularmente insustentável, não havendo notícia de que o estado puerperal, por si só, possa produzir na mulher parturiente perturbação de ânimo capaz de levá-la à morte do próprio filho.”

No mesmo sentido, Jamil Chaim Alves²² afirma que o estado puerperal consiste em abalos físicos e psíquicos gerados pelo parto que podem levar a uma diminuição da capacidade de discernimento de forma transitória.

3. OS PROBLEMAS DO INFANTICÍDIO ENQUANTO TIPO AUTÔNOMO

O Código Penal de 1940 foi inspirado no Código Dinamarquês de 1930, que tinha a seguinte tradução literal: “Se uma mãe mata seu filho durante ou imediatamente após o parto,

¹⁷ MENDLOVIZ, op. cit., p. 98.

¹⁸ CROCE, op. cit., p. 585.

¹⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

²⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - parte especial*. 30. ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

²¹ HUNGRIA, op. cit., p. 593.

²² ALVES, Jamil Chaim. *Manual de Direito Penal - Parte Geral e Parte Especial*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 769.

e presume-se que tenha agido em um estado de angústia por medo de desonra ou sob a influência de um estado de parto, é passível de prisão por um período máximo de 4 anos²³.”

O Infanticídio como crime autônomo invocou um critério biopsicológico, como elementar do crime. Na exposição de motivos do Código Penal, o Ministro Francisco Campos²⁴ afirmou:

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 o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* [considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena], a pena aplicável é a de homicídio.

Extrai-se que as elementares do crime: o sujeito ativo é a mãe, o passivo é o nascente ou o recém-nascido, o elemento objetivo é a ação de matar, o subjetivo é o dolo, o elemento cronológico exige que a seja o crime cometido durante ou logo após o parto, e o elemento personalíssimo é a influência do estado puerperal.

No entanto, a elementar personalíssima é comunicada ao agente que participa do crime, bastando para tanto, que haja relevância causal das condutas para a produção do resultado. Isso porque o vínculo subjetivo entre os agentes é capitaneado pela vontade homogênea da produção de um mesmo resultado. Tal liame subjetivo não depende de prévio ajuste, basta a ciência por parte do agente no tocante ao fato de concorrer com a conduta criminosa de outrem.²⁵

Ao dizer que o vínculo subjetivo não necessita de um prévio ajuste, significa que uma terceira pessoa pode se aproximar da mãe que está executando atos para eliminar o seu filho, e prestar-lhe auxílio.

Além disso, deve a conduta ser relevante para a produção do resultado. O art. 29 do Código Penal determina que:²⁶ “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Entende-se que a conduta praticada

²³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 245.

²⁴ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 122*, de 12 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

²⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal - Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 569.

²⁶ BRASIL, op.cit., nota 19.

por cada agente deve influir de forma efetiva para a consumação do delito. A conduta inócua é um irrelevante penal.

O Código Penal filiou-se a teoria monista, prevista no art. 29 do Código Penal, ou seja, todos que concorrem para o resultado, respondem pelo mesmo crime. Isso não significa que a pena será a mesma, uma vez que é certo que o juiz ao sentenciar deverá realizar o sistema trifásico da pena, avaliando a culpabilidade de cada agente.

A circunstância judicial “culpabilidade”, disposta no Art. 59 do CP, atende ao critério constitucional da individualização da pena. Com base nessa orientação, o Plenário proferiu *habeas corpus* em que pleiteava o afastamento da mencionada circunstância judicial. Consignou-se que a previsão do aludido dispositivo legal atinente à culpabilidade mostrar-se-ia afinada com o princípio maior da individualização, porquanto a análise judicial das circunstâncias pessoais do réu seria indispensável à adequação temporal da pena, em especial nos crimes perpetrados em concurso de pessoas, nos quais se exigiria que cada um respondesse, tão somente na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29). Afirmou-se que o dimensionamento desta, quando cotejada com as demais circunstâncias descritas no art. 59 do CP do CP, revelaria ao magistrado o grau de censura pessoal do réu na prática do ato delitivo. Aduziu-se que, ao contrário do que sustentado, a ponderação acerca das circunstâncias judiciais do crime atenderia ao princípio da proporcionalidade e representaria verdadeira limitação da discricionariedade judicial na tarefa individualizadora da pena-base.²⁷

Contudo, o art. 30 do CP estabelece que: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” Entende-se por circunstância incomunicável aquela que não se transmitem aos coautores do delito.

Ante esse preceito, faz-se necessário estabelecer a distinção entre circunstâncias e elementares do crime. As elementares²⁸ são os dados principais que integram a definição básica do crime, no crime de infanticídio são elementares: “matar”, “o próprio filho”, “durante ou logo após o parto”, “sob a influência do estado puerperal”. Por sua vez, as circunstâncias são os fatores que agregam ao tipo fundamental com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena.

Para se ter certeza da diferenciação entre elementar e circunstância, deve-se usar o critério eliminatório, basta retirar uma das palavras do preceito primário, ao fazer isso, se o fato se tornar atípico ou se amoldar em outra infração penal, estar-se-á diante de uma elementar. Sendo assim, ao retirar, por exemplo, o critério temporal “durante ou logo após o

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 105.674/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 set. 2019.

²⁸ MASSON, op. cit., p. 569.

parto”, ou o critério psicológico “sob a influência do estado puerperal”, o crime seria desclassificado para o crime de homicídio contido no art. 121 do CP.

Sendo assim, as elementares compõem o preceito primário e as circunstâncias são fatores exteriores, como é o caso, por exemplo, do “motivo fútil” no crime de homicídio. Suprimindo o motivo fútil, o crime continuará sendo apenado nos moldes do art. 121 do CP, não deixará de ser homicídio.

Vencida a explanação do conceito de elementares, é preciso definir que elas podem ser objetivas ou subjetivas. Aquelas possuem caráter real e dizem respeito ao fato e não ao agente, nesse contexto são elementares reais: “matar” e “durante ou logo após o parto”. De outro modo, as de caráter pessoais são aquelas que dizem respeito ao agente: “o próprio filho”, “sob a influência do estado puerperal”. Por serem todas elementares devem se comunicar ao terceiro que com unidade de desígnios coopera para a execução do crime.

Nelson Hungria sustentou a tese de elementares personalíssimas, de modo a defender que essas, mesmo sendo elementares não se comunicariam no caso de concurso de pessoas. Entretanto, posteriormente reconheceu seu equívoco diante da clareza do art. 30 do Código que descreve: “salvo quando elementares do crime”.

Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos ao seguinte: a incomunicabilidade das *qualidades e circunstâncias pessoais*, seguindo o Código hevéltico (art. 26), é irrestrita (“Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l’effet est d’augmenter, de diminuer ou d’exclure la peine, n’auront cet effet qu’à l’égard de l’auteur, instigateur ou complice qu’elles concernent”²⁹), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: Salvo quando elementares do crime”. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas a este cominadas, e não pelo homicídio³⁰.

Justa ou não, essa é vontade da lei, que as elementares do crime sejam comunicadas a todo aquele que colabore para o resultado do delito. É diante disso, que merece ser revista a necessidade de o crime de infanticídio deixar de figurar como delito autônomo. Ademais, a literatura médica-legal, entende que o “estado puerperal” não passa de uma ficção jurídica, “um produto da imaginação nunca ocorrido em gestantes, de vida pregressa mental sadia, casadas e felizes, (...) cercada do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares (...). Por

²⁹ Tradução: Relações, qualidades e circunstâncias pessoais especiais de que o efeito é aumentar, diminuir ou excluir a penalidade, terá esse efeito somente com respeito ao autor, instigador ou cúmplice que eles dizem respeito.

³⁰ HUNGRIA, op. cit., p. 266.

que estas não sofrem a chamada influência do estado puerperal?³¹.” É diante desses questionamentos que se reflete que a pena não poderia ser branda nem mesmo para a mãe que pratica o crime, menos ainda para um terceiro que com ela colabora.

Guilherme Nucci³² afirma que não importa quem inicia a execução e quem presta auxílio, se a mãe estiver participando do crime, ambos devem responder por infanticídio, não porque isso é justo, mas porque é a vontade da lei.

Sendo assim, enquanto o infanticídio for crime autônomo, haverá o problema a comunicabilidade das elementares do crime, que privilegia o terceiro que colabora com o crime. Mais adequado para uma resposta penal seria a incomunicabilidade das elementares.

CONCLUSÃO

O objetivo principal desse trabalho, que por hora se conclui consiste em analisar sob um olhar crítico o crime de infanticídio, notadamente, o estado puerperal. De modo a comprovar que esse não ultrapassa os limites de ser uma mera ficção jurídica trazida a lei penal como elementar determinante de uma pena notadamente mais abrandada que a pena do crime de homicídio.

Para tanto, foi necessário traçar uma perspectiva histórica do crime e suas motivações morais ou culturais, passa-se desde o período da total impunidade, às severas penas e o pós iluminismo, que trouxe uma redução humanística da pena. O trabalho também faz uma comparação entre o tratamento penal dado ao homem e a mulher, diferenciando-os quanto a moralidade de ambos.

No Brasil, o referido crime teve como elementar o motivo de honra, desde a primeira codificação até o Código Penal de 1940 que trouxe o critério biopsicológico. Entende-se que motivo de honra pode até ter tido o seu valor de forma tão considerável que pudesse atenuar a pena do crime de infanticídio em épocas remotas. Entretanto nos tempos atuais, o entendimento de gravidez desonrosa não se sustenta, salvo em casos excepcionalíssimos em que restar cabalmente comprovado de que o nicho em que a infanticida está inserida é preconceituoso e cruel. Mesmo nesses casos, que fogem do contexto geral dos crimes, entende-se que o Código Penal é perfeitamente capaz de tutelá-lo sem se utilizar do tipo de

³¹ CROCE, op. cit., p. 589.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 876.

infanticídio, bastaria inserir a conduta ao tipo de homicídio privilegiado por relevante valor moral.

Outra solução seria acrescentar o crime de infanticídio a um dos parágrafos do crime de homicídio, fazendo com que aquele deixasse de ser crime autônomo e conseqüentemente afastasse a comunicabilidade de suas elementares aos coautores do crime.

Vale ressaltar, que mesmo se o crime de infanticídio fosse previsto em um dos parágrafos do crime de homicídio, o ideal seria remover o critério do chamado estado puerperal, uma vez que tal critério sofre diversas críticas, no âmbito médico por não ser reconhecida como existente e válida.

Portanto, conclui-se que a melhor maneira de por fim as incongruências jurídicas geradas pelo crime de infanticídio é revogando esse delito, que não tem razão de ser. Isso porque, o Código Penal é inteiramente capaz de disciplinar os crimes praticados nas circunstâncias do parto, sem o determinado delito.

Resta evidente, que a proposta da autora é abolir o crime de infanticídio do ordenamento penal brasileiro. Embora seja perfeitamente possível reconhecer que parto gere algumas perturbações na mulher, não se pode reconhecer que o parto gere instintos assassinos, ou que foi o parto que levou a mulher a cometer o delito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 105.674/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5. ed. V.8. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: parte especial* por Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDLOVIZ, Mauro Vitor. *O infanticídio no Código Penal de 1940: crítica à aplicação do critério pisiopsíquico*. 333 f. Trabalho monográfico (Doutor em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio e Janeiro, Rio de Janeiro, 1994.