



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O crime de infanticídio frente às novas teses defensivas

Ana Beatriz Fucks Anderson

Rio de Janeiro
2012

ANA BEATRIZ FUCKS ANDERSON

O crime de infanticídio frente às novas teses defensivas

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

O CRIME DE INFANTICÍDIO FRENTE ÀS NOVAS TESES DEFENSIVAS

Ana Beatriz Fucks Anderson

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Todo dia, mulheres cumprem a sua missão divina em trazer à vida pequenos seres humanos. Dão à luz e descobrem seu lado materno. Todavia, ao entrarem em trabalho de parto, podem vir a sofrer abalos de natureza biológica e psicológica, manifestados numa fusão biopsíquica: o estado puerperal. Tal estado ocorre em período de puerpério habitual, cronologicamente variável, durante o qual se desenrolam manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna, havidas após o parto, que perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da gravidez. É durante esse estado e sob a sua influência que ocorrem os delitos de infanticídio, tipificado no art. 123 do Código Penal. Necessário dizer que esta situação psíquica não ocorre com todas as parturientes. Também é necessário dizer que, apesar de o estado puerperal conter graus e intensidades diferentes, injustamente, e de forma idêntica, mulheres são condenadas e recebem o mesmo tratamento por um fato, que, muitas da vezes, é cometido por total ausência de entendimento, agindo como inimputáveis. O artigo em questão visa à propositura de novas teses defensivas, diante dos variáveis graus puerperais, enquanto elementos essenciais para a formação do dolo, desde a total atipicidade do fato até o perdão judicial, visto ser o infanticídio uma modalidade especial de homicídio.

Palavras-chave: Infanticídio. Estado puerperal. Inconsciência. Inimputabilidade.

Sumário: Introdução. 1. Breves explicações sobre o infanticídio. 2. O estado puerperal e o grau máximo. 3. O estado puerperal e o grau médio. 4. O estado puerperal e o grau mínimo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema crime de infanticídio frente às novas teses defensivas, tendo o delito tipificação autônoma no art. 123 do Código Penal, apesar de se tratar de um homicídio especial em relação ao art. 121 do mesmo Código.

É proposta uma profunda análise da influência puerperal no organismo materno. Para tanto, necessário se faz reavivar e trazer ao mundo dos autos, os 3 (três) graus puerperais, comumente citados nos livros de medicina legal, quais sejam, graus

máximo, médio e mínimo, para que, deste modo, também seja feita uma distinção do crime em 3 (três) níveis, em leal observância ao cumprimento do princípio de direito à defesa plena, já que trata-se de crime de competência do Tribunal do Júri, do devido processo legal, do contraditório, da individualização da pena e da igualdade material. Desta maneira, portas serão abertas para novas teses de defesa, que, em consonância com a Constituição Federal de 1988¹, irão desde a atipicidade do fato até um possível perdão judicial, atenuando a chance de um julgamento e de uma possível condenação leviana e precipitada.

É preciso uma melhor análise das atitudes das autoras do fato, que numa maioria das vezes, podem simplesmente não saber o que fazem, ou possuem uma distante noção da realidade dos fatos; enquadrar todas as mulheres a uma “vontade incondicional de matar” o próprio filho, sem averiguar o porquê dos motivos, não seria justo, razoável e nem recomendável.

Defende-se a imperiosa necessidade de se destacar e diferenciar os graus puerperais para fins de maior justeza de uma possível pena aplicada, de acordo com o *quantum* puerperal. A ideia é fazer com que os holofotes se voltem para as parturientes, autoras do fato típico, muita das vezes, próprias vítimas de si mesmas e de seus catastróficos atos cometidos.

Assim sendo, o presente trabalho trará à tona a proposição de novas teses defensivas do esquecido, porém de suma importância, crime de infanticídio, responsável por causar abalos à célula *matre* da sociedade²: a família.

¹ Vide art. 5, XXXVIII, ‘d’.

² Vide art. 226, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil.

1. BREVE EXPLICAÇÕES SOBRE O CRIME DE INFANTICÍDIO

Art. 123 - 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.

Presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1830³, e apesar de se tratar de um homicídio, o infanticídio ocupa, hoje, o artigo 123 do Código Penal vigente⁴, tendo por tutela o bem jurídico vida. Magalhães Noronha ressalta que, no crime de infanticídio, o objeto jurídico não difere daquele do homicídio, a vida humana. Apenas, para essa modalidade de crime, a tutela do Estado recai, especificamente, sobre a vida do nascente (que está em transição de vida endouterina e extrauterina) e do neonato, enquanto que no crime de homicídio (art. 121) recai, de forma geral, sobre toda vida humana. Além disso, destaca ser essencial para configurar o infanticídio que a parturiente ainda não tenha entrado em fase de bonança, na qual predomina o “instinto materno”.⁵

É considerado um *delictum exceptum*, uma vez que o sujeito ativo se trata da própria mãe, a princípio agente garantidora, e o sujeito passivo, o infante. Assim sendo, é crime próprio, só podendo, a princípio, por esta ser cometido.⁶

O Código Penal, ao manter sua incriminação, trouxe elementares que, sem elas, tornariam o fato atípico, quais sejam:

- a) influência do estado puerperal;

³ Em 16 de dezembro de 1830, o imperador D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império do Brasil.

⁴ O Código Penal vigente foi criado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, tendo como Ministro da Justiça Francisco Campos. O atual Código é o 3º da história do Brasil e o mais longo em vigência.

⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p.147

⁶ O assunto em questão é um dos temas mais controvertidos no Direito Penal, parte especial.

- b) próprio filho;
- c) durante o parto ou, logo após.

Passa-se, então, a analisar cada uma.

Pode-se dizer que estado puerperal é um transtorno orgânico-psíquico, com turvação dos níveis de consciência, sem outro motivo que não a proximidade do parto. Ou seja, é um fato biológico que a parturição desencadeia, provocando queda dos níveis hormonais e promovendo no sistema nervoso central feminino, alterações emocionais.

Assim, para que fique caracterizado o crime de infanticídio, não basta a parturiente estar perante o estado puerperal, mas também será necessário agir influenciada por ele.

Deste modo, é importante frisar que estado puerperal e puerpério são acontecimentos distintos. Puerpério é o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições anteriores à gravidez, o que não significa que sempre seja acarretado por uma perturbação psíquica. Caso se constate que esta realmente sobreveio na capacidade de entendimento ou autodeterminação da parturiente, a morte do recém-nascido, sob a influência do estado puerperal, se enquadrará na figura típica do infanticídio.

Conveniente lembrar que esse foi o critério adotado pelo tipo penal: o fisiopsíquico, ou também chamado de biopsíquico. Roberson Guimarães⁷ assegura que, ao estabelecer o critério biopsíquico, o legislador transferiu a responsabilidade de documentação material comprobatória do estado puerperal ao exame pericial.

⁷ GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4066/o-crime-de-infanticidio-e-a-pericia-medico-legal>. Acesso em: 23 de julho de 2012

Matar o próprio filho, lê-se o que acaba de nascer, o infante. Por isso, não basta que seja apenas filho, pois se não for o recém nascido, não estará caracterizado o crime de infanticídio, e sim o de homicídio, descrito no artigo 121 do Código Penal.

Caso a mãe, influenciada pelo estado puerperal, se confunda e mate outro bebê que não o seu, do mesmo modo, estará caracterizado o infanticídio, haja vista a regra do art. 20, § 3º do Código Penal, que trata do erro sobre a pessoa, não se considerando as qualidades ou condições da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Cabe lembrar que o crime, por já ser cometido contra o próprio filho, não se insere a agravante descrita no artigo 61, II, “e” do Código Penal, sob pena de configurar *bis in idem*.

Sobre o lapso temporal descrito no Código, vislumbram-se dois momentos: durante o parto e logo após.

“Durante o parto” é o momento em que a mulher começa a dar à luz à criança, tendo como início a dilatação do colo do útero, até o efetivo nascimento. É um importante marco, já que diferencia o crime de aborto do infanticídio. Antes do parto se tem o aborto, durante, e em influência puerperal, o infanticídio.

No entanto, as discussões se iniciam com o segundo marco, “logo após”. A lei não fixou prazo, o que acabou gerando inúmeras discussões e controvérsias sobre o assunto.

Magalhães Noronha posiciona-se no sentido de que esse período acha-se delimitado pela influência do estado puerperal, isto é, aquele estado de angústia, perturbações, etc., que justificam o *delictum exceptum*.⁸

⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p.44

Luiz Regis Prado, na mesma linha de Noronha, afirma que a expressão “logo após” “implica a realização imediata e sem intervalo da conduta delituosa.”⁹

No entanto, Rogério Greco entende que a expressão “deve ser entendida à luz do princípio da razoabilidade.”¹⁰

Diante de tamanha imprecisão, diga-se de passagem perigosa, o Direito Penal, que não pode conceber expressões vagas ou imprecisas, sob pena de ferir o princípio da legalidade estrita, acaba por ter a situação analisada, casuisticamente, pelo Poder Judiciário.

Sobre o elemento subjetivo do tipo, tem-se o dolo por excelência, direto (consciência e vontade de realizar o tipo) ou eventual (consciência e consentimento do resultado danoso previsto), não tendo sido prevista a modalidade culposa. Logo, ocorrendo o resultado morte por inobservância do dever objetivo de cuidado da parturiente, e estando ela sob a influência do estado puerperal, o fato se tornará atípico, de acordo com a doutrina de Damásio de Jesus, que assim defende: “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)”.^{11 12}

O infanticídio é crime de dano, material (necessita de resultado naturalístico), monossubjetivo, não transeunte e plurissubsistente, o que possibilita fracionar o *iter criminis*, permitindo, deste modo, a tentativa. Consuma-se o crime com a efetiva morte do infante, o que torna imprescindível o exame pericial para a verificação, se no exato

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, V. 2, p.84. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, V. II. 3 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.222

¹¹ DAMÁSIO apud GRECO, p. 224.

¹² Este também é o entendimento de Rodrigo Duque Estrada Roig, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) do Ministério da Justiça.

momento, a criança se encontrava viva, sob pena de se tratar de crime impossível, em razão da absoluta impropriedade do objeto, assim descrito no art. 17 do Código Penal.¹³

O infanticídio pode ser praticado, tanto na forma comissiva, quanto na omissiva, nos moldes do art. 13,§2º do Código Penal¹⁴, norma de extensão que se amolda ao tipo, já que a mãe possui a qualidade de agente garantidora da criança.

Por fim, a ação penal é de iniciativa pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público o oferecimento da denúncia, e em caso de pronúncia do juiz, a agente é levada a julgamento pelo Tribunal do Júri.

2. O ESTADO PUERPERAL E O GRAU MÁXIMO

Como já dito anteriormente, propõe-se analisar o estado puerperal por graus de consciência¹⁵, feitos a partir do imprescindível exame pericial, para real constatação do nível puerperal materno.

Antes de iniciar o capítulo, críticas merecem ser feitas ao entendimento jurisprudencial que vem negando a necessidade de prova técnica e condenando mulheres sem a justa e exata avaliação do real ocorrido em seu corpo e mente no exato momento do crime.

Veja-se:

ARTIGO 123 DO CÓDIGO PENAL - AUSENTE O EXAME PERICIAL DO ESTADO PUERPERAL - DESNECESSIDADE - A FALTA DE EXAME MEDICO-PERICIAL DO ESTADO PUERPERAL DA INDICIADA NAO EIVA COM NULIDADE O PROCEDIMENTO CRIMINAL. A POSICAO DOUTRINARIA E A

¹³ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁴ Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁵ Este é o entendimento de Rogério Greco.

REITERADA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL MODERNA CONSIDERAM DESNECESSÁRIA A PERÍCIA MÉDICA PARA A CONSTATAÇÃO DO ESTADO PUERPERAL DA DENUNCIADA PELO INFANTICÍDIO POIS ESTE ESTADO É DECORRÊNCIA NORMAL E CORRIQUEIRA DE QUALQUER PARTO E CONDUZ A CONVINCENTE PRESUNÇÃO DO "DELICTUM EXCEPTUM". INOCORRÊNCIA DA NULIDADE PROCESSUAL EM FACE DA AUSÊNCIA DE EXAME MÉDICO-PERICIAL DA SANIDADE MENTAL DA INDICIADA NÃO ARTICULADO NO DECORRER DA INSTRUÇÃO E ALEGADO SOMENTE NA FASE RECURSAL - RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO. LEGISLAÇÃO: CP - ART 123 . CPP - AR 411 . JURISPRUDÊNCIA: STF - 2 T, REL MIN CARLOS VELOSO, DJU 18/12/92, P 24379 . STJ - 5 T, REL MIN JESUS COSTA LIMA, DJU 25/10/93, P 22507 . RT 655/272. RT 527/394. RT 583/458. RT 607/364. (Processo: RC 936321 PR Recurso Crime Ex Off e em Sent Estrito - 0093632-1 Relator(a): Hirosê Zeni. Julgamento: 24/09/1996 Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal (extinto TA).

A partir do julgado acima, percebe-se a injustiça e a duvidosa interpretação da lei penal.

O art. 123 do Código Penal exige que se esteja sob a *influência do estado puerperal*. Ocorre que o julgado e a maioria dos operadores do Direito confundem puerpério com estado puerperal. Como já dito, puerpério é uma situação obrigatória, fisiológica, natural, existente em toda mulher que passou por um parto ou aborto. Já estado puerperal, é uma situação psíquica, ainda não bem definida pela medicina, nem pela psiquiatria, que ocorre durante ou logo após o parto, e que possibilita a existência do crime de infanticídio.

Do ponto de vista do magistrado, realmente, é desnecessária a perícia médica para a constatação do estado puerperal (para uma correta leitura, entenda-se puerpério), uma vez que é insito a todas as parturientes. No entanto, o tipo penal exige que se aja sob influência de estado puerperal. Então, como saber se a mulher age ou não do modo descrito pela lei? A única resposta plausível que se dá é através da realização do exame pericial para a exata constatação do grau puerperal, a fim de possibilitar uma melhor

defesa da parturiente, visto que o tipo penal em comento se trata de um tipo fechado, e como boa norma penal, obedece ao princípio da estrita legalidade.

Não é outro o entendimento da Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal, que em seu item 40, esclarece:

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.

Diante da comprovação da importância do exame pericial, inicia-se o assunto capitular.

O grau máximo pode ser entendido como aquele em que o nível puerperal é tão alto, que turva, por completo, a consciência humana, não se chegando, no entanto, a um desmaio. Devido a esta situação, propõe-se uma nova tese defensiva, qual seja, a atipicidade do fato.

De acordo com doutrina majoritária, o conceito analítico/extratificado de crime pode ser entendido como todo fato típico, ilícito e culpável. Dentro do fato típico, encontram-se subelementos, tais como, a conduta, nexos, resultado e tipicidade.

Por conduta se tem todo o comportamento humano, externo e voluntário. Ora, se a vontade constitui elemento da conduta, é evidente que esta não ocorre quando o ato é involuntário, se tornando o fato atípico. São muitos os motivos para a ausência de conduta, como o reflexo, o ato instintivo e a coação física irresistível. No entanto, importa para o caso os chamados estados totais de inconsciência, também caracterizado

pela ausência de conduta. Damásio de Jesus¹⁶ cita como exemplos os movimentos praticados durante o sonho ou sonambulismo e a hipnose em estado de inconsciência.

A partir dessa explicação, propõe-se incluir o grau máximo de estado puerperal como estado total de inconsciência, em analogia *in bonam partem*, tornando o fato atípico e inocentando a parturiente de algo que nem sabe que fez.

Deste modo, em consonância o julgado do TJ/DF:

DE ACORDO COM O SISTEMA BIOPOSICOLÓGICO, QUE O CÓDIGO PENAL ADOTOU, SÓ SE CONSIDERA O AGENTE IRRESPONSÁVEL QUANDO O CRIME SE APRESENTA COMO EFEITO DE QUE A MOLÉSTIA SEJA A CAUSA. CARACTERIZANDO-SE A ENFERMIDADE POR ESTADOS DE INCONSCIÊNCIA TOTAL OU PARCIAL, ELA NÃO PODE SER CONSIDERADA CAUSA DA PRÁTICA DE CRIMES PARA CUJA EXECUÇÃO SE EXIGEM VONTADE DIRIGIDA E RACIOCÍNIO PARA A AÇÃO, COMO NO FURTO E NO ROUBO. (Processo: RVCR 65 DF Relator(a): MELLO MARTINS. Julgamento: 14/10/1982. Órgão Julgador: Câmara Criminal. Publicação: DJU 14/10/1982 Pág. : 1)

Como tese alternativa, sugere-se, também, a atipicidade do fato pela via da exclusão do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo.

De acordo com a Teoria do tipo, esta se subdivide em elemento objetivo ou descritivo, elemento normativo e elemento subjetivo, no qual reside o dolo e, em alguns crimes, a culpa.

O dolo, como é sabido, é a vontade de concretizar as características do tipo, e possui como elementos, a vontade (elemento volitivo) e a consciência (elemento intelectual). Ora, se a parturiente se encontra em ausência de consciência, lhe falta um elemento do dolo, que por sua vez é elemento subjetivo do tipo. Por esta razão, não pode a parturiente ser condenada por crime algum, vez que não há dolo e o tipo penal de infanticídio não prevê a forma culposa. Esse entendimento quanto à atipicidade pela

¹⁶ JESUS, Damásio E. *Direito Penal: Parte Geral*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.229

ausência de expresse tipo culposo, é esposado por Damásio de Jesus e Rodrigo Duque Estrada Roig¹⁷; no entanto, tal posição ainda é minoritária, prevalecendo na doutrina a conduta de homicídio culposo.

A terceira tese, já conhecida, é defendida por Rogério Greco¹⁸, com base no art. 26, *caput* do Código Penal¹⁹, que propõe a excludente da culpabilidade pela inimputabilidade.

Inimputável é a pessoa que cometeu uma infração penal, porém, no momento do crime, era, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. São considerados inimputáveis os doentes mentais ou a pessoa que possua desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e os menores de dezoito anos.

Não se encaixando a parturiente em nenhuma das categorias acima apresentadas, deverá ela ser tratada como se inimputável fosse, afastando-se a culpabilidade e, conseqüentemente, a infração penal.

Esta tese de defesa é muito válida, devendo o defensor se utilizar da lei processual nos art. 149 à 154 do Código de Processo Penal²⁰, que versam sobre

¹⁷ Vide nota de rodapé nº 12 e 13.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, V. II. 3 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.219

¹⁹ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁰ Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

insanidade mental do acusado para a instauração de incidente processual, ainda que na fase do inquérito.

Com o fim de expandir a tese acima exposta, sugere-se uma quarta corrente defensiva, através da aplicação analógica do art. 28, §1º do Código Penal²¹, ou até mesmo do art. 45, *caput* da lei 11.343/2006²² (lei de drogas) *in bonam partem*.

Tratam os referidos artigos dos casos de isenção de pena por embriaguez accidental completa, proveniente de caso fortuito ou força maior e de situações de dependência de drogas, ou sob o efeito advindo de caso fortuito ou força maior de drogas que, ao tempo da ação, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Primeiramente, por caso fortuito e força maior se entende, de acordo com o dicionário de Humberto Piragibe Magalhães e Christovão Piragibe Tostes Malta²³, “caso fortuito é acontecimento imprevisto e inevitável. Força maior é o acontecimento inevitável, aquilo a que não se pode resistir [...]”

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.

²¹ Art. 26, § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²² Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

²³ MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Dicionário jurídico*. v.1. 4.ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas.

É sabido que inúmeros doutrinadores controvertem sobre os conceitos acima. No entanto, do ponto de vista prático, a distinção não apresenta qualquer utilidade, daí porque as duas expressões são tomadas como sinônimas, onde o próprio Código Civil, no art. 393, assim as considera.

Veja-se:

Art. 393

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Pontos em comum levam a crer pela possibilidade da aplicação da norma penal benéfica, em relação à parturiente. Esta também se encontra em estado de torpor completo, diante da inevitabilidade gerada pelo caso fortuito ou força maior. Ou seja, não é sua culpa (*lato sensu*) o fato de se encontrar em estado puerperal em grau máximo, sendo um evento que foge ao seu próprio controle, uma verdadeira fatalidade.

Aqui, assim como na embriaguez, também se adota o critério biopsicológico, merecendo o fato receber tratamento isonômico, em benefício da parturiente. Deste modo, o crime deve ser isento de pena pela utilização da excludente de culpabilidade, de forma analógica.

3. O ESTADO PUERPERAL E O GRAU MÉDIO

O grau médio pode ser entendido como o transtorno mental, com turvação da consciência, sem que, no entanto, anule por completo a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou da possibilidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim sendo, a mulher age sob moderada influencia do estado puerperal, porém responde pelo fato criminoso.

Em semi-imputabilidade, se inserem os chamados “casos fronteiricos”, situados estes entre a imputabilidade e a inimputabilidade do agente; ou seja, nesses casos se encontram as pessoas que não tem, em sua plenitude, as capacidades intelectivas e volitivas.

Como é sabido, a responsabilidade diminuída (assim também chamada) não possui o condão de excluir a culpabilidade, como nas teses anteriores. Desta forma, diante da responsabilização pelo crime praticado, surge em boa hora tese defensiva, a qual aplica-se a causa de diminuição de pena descrita no art. 26, §ú do Código Penal.

Veja-se:

Art. 26

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

Cabe ressaltar que essa possibilidade é aceita majoritariamente pela doutrina, tendo, inclusive, adesão de autores renomados, a exemplo de Luiz Régis Prado.²⁴

No entanto, ao optar por uma tese mais liberal e defensiva, sugere-se a possibilidade do uso do instituto do perdão judicial, aplicado aos crimes de homicídio, em analogia *in bonam partem* aos crimes de infanticídio.

O perdão judicial é o instituto de direito penal, através do qual é dado ao juiz o poder de renunciar a pretensão punitiva estatal, em hipóteses limitadamente previstas em lei, deixando de aplicar a pena ao autor, ocasionando na extinção de sua punibilidade. É utilizado, no crime de homicídio, quando as consequências da infração

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo : RT, 2007. p.85

atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.

Já a extinção da punibilidade pode ser entendida, em simples conceito, como a impossibilidade de punir o autor de um crime, em face da perda da pretensão estatal. Deste modo, o perdão judicial, aí incluído, entre essas causas, está previsto no art. 107, IX do Código Penal.

Veja-se:

Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Em consonância com o texto da lei penal, está o enunciado de número 18 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Perdão Judicial - Efeitos da Condenação

A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

Sendo o perdão judicial utilizado somente em hipóteses expressamente previstas a determinados tipos penais, autores como Rogério Greco²⁵ entendem pela impossibilidade do uso da analogia *in bonam partem* para ampliação de seu cabimento. No entanto, esta orientação não deve prevalecer para o crime de infanticídio.

O infanticídio é, na realidade, uma modalidade privilegiada de homicídio, em que o perdão judicial é previsto de forma expressa no §5º do art. 121 do Código Penal²⁶. Tanto assim o é, que o próprio autor supracitado critica a localização topográfica do

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume II. 3 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.183

²⁶ Art 121, § 5º Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

crime de infanticídio, e o idealiza como uma espécie de homicídio privilegiado, ligado ao *caput* do art. 121 do Código em comento.

Ora, se no final das contas trata-se de homicídio, forçoso é reconhecer a causa de extinção da punibilidade pelo perdão judicial. A verdade é que o magistrado não deve se ater em demasia às formalidades, muita das vezes excessivas, existentes no ordenamento brasileiro, a ponto de inviabilizar a aplicação de um direito subjetivo do agente.

Assim sendo, aplicar-se-á o perdão sempre que restar comprovado nos autos que, tendo a parturiente cometido o crime e no momento da ação não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, veio, após recobrar a perfeita consciência, se abalar de tal forma que a sanção penal acaba por se tornar desnecessária. Será que esta mãe, causadora da morte de seu próprio filho, em momento que não era considera perfeitamente sã, após voltar à realidade, necessita de mais alguma sanção, ou o fato de saber que terá de conviver com a eterna culpa e remorso já não é o suficiente?

No entanto, a análise para a aplicação da benesse deve ser feita casuisticamente, a fim de evitar o seu mau uso, sob pena de servir de escapatória à aplicação da pena.

4. O ESTADO PUERPERAL E O GRAU MÍNIMO

O grau mínimo pode ser entendido como o transtorno mental, com turvação da consciência, sem que, no entanto, anule a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou da possibilidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ou seja, a parturiente, sob mínima influência (porém sob influência) de seu estado puerperal, se

compraz pela ideia e comete o crime, mesmo sabendo e entendendo o caráter ilícito do fato. Nesse caso, não será eximida de sua responsabilidade.

De acordo com a presente tese defensiva, somente com a presença deste grau puerperal é que se poderá aplicar, de fato, a pena do crime de infanticídio, afastando-se por completo de causas, como atipicidade, excludentes de culpabilidade ou perdão judicial. Assim, o tipo penal é respeitado em sua estrita legalidade, que exige que o ato seja praticado sob influência do estado puerperal, ainda que mínima (sempre averiguado por exame pericial, que poderá, mais precisamente, detectar o grau), e que, ao mesmo tempo, que a parturiente saiba e queira praticar o ato criminoso, assumindo sua responsabilidade, nos moldes do art. 123 do Código Penal.

No entanto, Rogério Greco²⁷ preceitua diferentemente. Entende o autor que “se a parturiente, embora em estado puerperal, considerado de grau mínimo, não atua, por essa razão, influenciada por ele, e vem a causar a morte de seu filho, durante ou logo após o parto, deverá responder pelo delito de homicídio.”

Todavia, pensamentos como o descrito acima, por óbvias razões, não são benéficos à parturiente. Pode o juiz, inclusive, na segunda fase de sua dosimetria de pena, agravar a situação da ré, com base no art. 61, II, *e*, do Código Penal, por ser o crime cometido contra descendente, podendo chegar à pena máxima de 30 anos, se o homicídio também for qualificado.

Com base nessa preocupação, foi desenvolvida tese de forte cunho defensivo, inicialmente demonstrada neste capítulo.

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, V. II. 3 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.219

CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta claro que a presente obra tem como finalidade reascender e oxigenar as discussões acerca do delito de infanticídio, trazendo à baila novas teses defensivas para este crime pouco debatido, sua imprescindibilidade de exame pericial e a proposição de divisão e estudo do estado puerperal em graus máximo, médio e mínimo, para uma melhor compreensão da matéria e facilitação da defesa de parturientes, as quais tanto necessitam que se faça verdadeira justiça; que se forem condenadas, que sejam depois de esgotados todos os meios de prova e defesa, em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 3. ed. São Paulo: Rio Gráfica, 1975
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 11. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro : Forense, 2005.
- GOMES, Hélio. *Medicina legal*, 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume II. 3. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2010
- HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina legal: texto e atlas*. São Paulo: Atheneu, 2008
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal: Parte Geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Dicionário jurídico*. v.1. 4.ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, . 2 v

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

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2009

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo : RT, 2007

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*, 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 2004

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994

TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1980

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996