

INFANTICÍDIO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ASPECTOS GERAIS E DIREITO COMPARADO

Isadora Monique Ribeiro dos Santos Machado^a, Juceli Marcon Scapinelli^a, Luana Cavalli Muneretto^a, Luzia Ester Santos Oss^a, Patrícia Xavier Maciel^a, Fábio Agne Fayet de Souza^{a*}

a) FSG Centro Universitário

Informações de Submissão	Resumo
<p>* Autor correspondente Fábio Agne Fayet de Souza, endereço: Rua Os Dezoito do Forte, 2366 - Caxias do Sul - RS - CEP: 95020-472</p>	<p>Analisa-se o instituto do infanticídio a partir de um apanhado histórico de sua evolução até o momento atual, em especial na legislação penal brasileira. Apresenta-se, ainda, uma reflexão sobre os pressupostos e especificidades do instituto na legislação brasileira atual, apresentando, inclusive, o entendimento jurisprudencial quanto ao elemento caracterizador essencial do instituto no direito brasileiro que se reflete na comprovação do estado puerperal da mãe no caso de cometimento do crime contra o recém-nascido. Por fim, apresenta-se o instituto no direito comparado, em especial nas legislações Argentina, Uruguai e Chilena, a fim de demonstrar as diferentes formas legislativas e sociais de tratar o crime. Metodologicamente, a abordagem se desenvolve no campo da dogmática jurídica de matriz analítica.</p>
<p>Palavras-chave: Infanticídio. Direito comparado. Direito Penal.</p>	

1. INTRODUÇÃO

A ação que resulta na morte de nascituro ou recém-nascido provocada pela mãe quando esta se encontra em estado puerperal é criminalizada a partir da figura jurídica do infanticídio, sendo tratado pelo Código Penal Brasileiro de 1940 em seu artigo 123.

Ao longo da história, o crime hoje conhecido como infanticídio, recebeu tratamentos diversos, desde os primórdios onde não era considerado crime, até o momento em que houve a tipificação do mesmo para a penalização dos envolvidos, sendo que na legislação brasileira igualmente enfrentou diversas fases.

O presente artigo, valendo-se da argumentação própria da dogmática jurídica de matriz analítica, passando pela análise da legislação brasileira ao longo do tempo até a vigente, bem como de jurisprudência atual de nossos tribunais busca apresentar a evolução histórica do instituto e as características que o mesmo apresenta nos tempos atuais, sendo finalizado a partir da comparação do instituto no direito pátrio com o mesmo na legislação estrangeira de países vizinhos.

Buscar-se-á atingir o objetivo de analisar a evolução histórica do instituto e suas diferentes visões apresentadas pelas legislações estudadas, as quais se mostrarão reflexo da cultura e momento histórico em que cada uma teve aplicação.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INFANTICÍDIO

O termo infanticídio deriva da expressão em latim *infanticidium*, que sempre esteve relacionado à morte de criança, em especial de recém-nascido.¹ Nas sociedades antigas a morte do recém-nascido não tinha relevância para a esfera penal, tanto que era tida como uma prática comum, visando diminuir a quantidade de pessoas para sustentar ou ainda de ter uma linhagem pura, assim, se a criança nascesse com alguma anomalia a sua morte também era permitida.² Após, com a influência do cristianismo, o ato de tirar a vida de um recém-nascido passou a configurar crime gravíssimo e repugnante por se tratar de tirar a vida de um ser indefeso, passando a ser punido o crime de infanticídio com a pena de morte.³

A partir do século XVIII o infanticídio começou a ser considerado um *delictum exspectum*⁴ quando cometido pela mãe ou parente em face da *honoris causa* tendo a pena abrandada na maioria dos países.⁵ Nessa época, os filósofos que defendiam

¹MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 23.

²JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**. Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério publico, 1970. v.70, p.109-147.

³MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 41-42.

⁴Delictum exspectum: em relação ao crime de homicídio o crime de infanticídio é considerado autônomo e um delito privilegiado. JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**. Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministériopublico, 1970. v.70, p.109-147.

⁵JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**. Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério publico, 1970. v.70, p.109-147.

o direito natural argumentavam acerca dos fatores que levavam as mães ou parentes a cometerem esse delito, como a honra, o estado psíquico que se encontravam, bem como crianças nascidas com anomalias, até a pobreza.⁶

Nesse sentido para o infanticídio ser considerado um *delictum exceptum* são considerados dois critérios: o psicológico que sua função é defender a honra da mãe ou da família, e o fisiopsicológico que leva em conta o estado puerperal⁷ em que a mulher se encontra durante e após o parto.⁸ Não sendo unânimes os costumes e o entendimento de cada país, esses critérios nem sempre são encontrados conjuntamente na legislação de cada nação, cada qual optando por um desses critérios.

No Brasil, no período de colonização, a legislação que vigorava era das Ordenações do Reino que não faziam referência ao infanticídio, a morte de criança recém-nascida era tratada da mesma forma que o homicídio.⁹ Neste período houveram projetos para incorporar o tipo penal. O primeiro foi de Melo Freire que inseria o infanticídio como homicídio qualificado nos termos:¹⁰

§ 31 – A mãe que, esquecendo-se do ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com fim de encobrir o seu delito, e de salvar a sua fama e reputação, será para sempre presa e reclusa na casa de correção.

Já com a independência, houve o projeto de Clemente Pereira de 1826, e de Bernardo Pereira Vasconcelos de 1827, que previa o infanticídio com o seguinte texto e pena mais branda:¹¹

Art. 151 – A mãe que mata o seu filho recém-nascido para ocultar a sua desonra será punida com as penas de um a três anos de prisão com trabalho.

⁶MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 43.

⁷Estado puerperal : é o estado fisiológico e psicológico que a parturiente se encontra durante e logo após o parto em decorrência das dores e do cansaço do mesmo, podendo durar aproximadamente até oito semanas após o parto. RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes São Paulo: Pillares, 2004.p. 62.

⁸JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**.Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério publico, 1970. v.70, p.109-147.

⁹RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes São Paulo: Pillares, 2004.p. 36.

¹⁰MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 46.

¹¹MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 46.

Entretanto, só o Código Criminal do Império sancionado em 1830 começou a considerar o infanticídio como *delictum expectum* e previa duas formas distintas de delito, um cometido por estranhos ou parentes da vítima, outro cometido pela mãe.¹² Conforme se confere a seguir:¹³

Infanticídio

Art. 197 – Matar alguém recém-nascido.

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

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

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

No Código de 1890 o legislador adotou as mesmas duas formas de infanticídio, alterando o *quantum* da pena cominada e acrescentou o tempo de vida do recém-nascido que seria considerado para a tipificação do crime.¹⁴ Como pode se observar na redação do código transcrita a seguir:¹⁵

Infanticídio

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

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

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria:

Pena – de prisão celular por três a nove anos.

A partir desse momento até se chegar à redação atual do Código Penal de 1940, apresentaram-se vários projetos para tipificar o infanticídio. O primeiro deles foi o de Virgílio de Sá Pereira, que certamente influenciado pelo Código Suíço de 1916, quis

¹²RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes São Paulo: Pillares, 2004.p. 38.

¹³MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 47.

¹⁴RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes São Paulo: Pillares, 2004.p. 39.

¹⁵JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**.Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério publico, 1970. v.70, p.109-147.

alterar o critério psicológico para o fisiopsicológico e ainda em dispositivos seguintes também abrandava a pena para parentes da parturiente com objetivo de esconder a desonra impetrada à família, fazendo valer o critério psicológico quanto a família.¹⁶ Conforme redação dos artigos propostos a seguir:¹⁷

Art.168 – Aquela que, durante o parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão de até três anos, ou com detenção por seis meses, no mínimo.

Art. 169 – Aquele que, para esconder a desonra da filha ou irmã, cuja gravidez ocorresse ocultamente, lhe matar o filho recém-nascido antes de conhecimento de parto, se descontará por metade a pena em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção, se o artigo 61 for aplicável.

Ainda, Virgílio de Sá Pereira em seu projeto, no art. 192, previu a figura culposa para o crime, o que certamente não vingou por não haver compatibilidade entre o estado puerperal e da culpa¹⁸.

Entretanto, o projeto de Alcântara Machado cultivava o critério psicológico da *honoris causa* estendendo ainda, o privilégio da pena mais branda a ascendentes, descendentes ou pessoas colaterais a mãe, como se transcreve o artigo do projeto a seguir:¹⁹

Art. 312 – Matar infante, durante o parto ou logo após deste, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher:

Pena – detenção ou reclusão por dois anos a seis.

Após esse processo, chega-se a elaboração do Código Penal Brasileiro de 1940 que, para a tipificação do infanticídio, levou em consideração o projeto de Alcântara Machado, revisado por comissão composta pelos magistrados Viera Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queiroz e o representante do Ministério Público Roberto Lyra

¹⁶RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes São Paulo: Pillares, 2004.p. 39.

¹⁷MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 50.

¹⁸MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 50.

¹⁹MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 51.

não aceitando de forma geral o tipo descrito e negando o benefício a terceiros em relação à *honoris causa*.²⁰

A seguir transcreve-se o artigo do Código Penal vigente até os dias atuais:²¹

Infanticídio

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

Pena - detenção, de dois a seis anos.

3. ASPECTOS GERAIS DO INFANTICÍDIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O infanticídio, como tratado pela legislação brasileira vigente, Código Penal de 1940, trata da ação de eliminar a vida do nascente vivo ao momento do delito, ou do nascituro, sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, pois desde o início do parto até a volta da mulher às condições de pré-gravidez, a parturiente sofre graves alterações psíquicas e físicas que podem deixá-la sem condições de discernimento momentâneo.²²

É um crime semelhante ao do homicídio, entretanto, é tratado com pena inferior ao do art. 121 do Código Penal por ser efetuado por motivos fisiopsicológicos.²³

Em outras palavras, o Infanticídio é o tipo penal definidor do homicídio de recém-nascido praticado pela própria mãe durante ou logo após o parto, sendo necessário para configuração do elemento do tipo que a parturiente esteja sob influência do estado puerperal.²⁴

²⁰JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**. Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério publico, 1970. v.70, p.109-147.

²¹PLANALTO. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07. set. 2018.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.604.

²³ DELAMANTO, Celso; DELAMANTO, Roberto; DELAMANTO JUNIOR, Roberto; DELAMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**:acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.465.

²⁴ NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito Penal**:parte especial: arts. 121 a 183: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Atlas, 2000, p. 65.

O tipo penal tratado tem como objeto jurídico tutelado a vida humana, mais especificamente do recém-nascido, tendo como sujeito ativo a mãe do menor tutelado, podendo ser classificado como delito próprio, instantâneo, comissivo ou omissivo, material, de dano, unissubjetivo, progressivo, plurissubsistente e praticado de forma livre, por qualquer meio ativo ou omissivo, desde que o delito seja cometido durante ou logo após o parto.

Em relação aos elementos subjetivos, é um crime cujo elemento volitivo é o dolo, direto ou eventual, desde que a mãe se encontre sob influência do estado puerperal, não admitindo, por consequência, a forma culposa, todavia admitindo-se a forma tentada. Ademais, pelos elementos subjetivos do tipo, a desistência voluntária mostra-se possível, no momento em que a mãe interrompa a ação por não querer mais o resultado. Nesse tipo penal este fato é bastante comum até porque os recém-nascidos tem uma capacidade maior de resistência ao sufocamento, meio bastante utilizado nesse crime, dessa forma dando tempo a mãe de desistir da ação.²⁵

Em outro sentido, não é admissível quanto ao arrependimento eficaz, visto que, para configurar arrependimento eficaz, o agente deve ter encerrado e execução e produzido e resultado pretendido, e por arrependimento reverter o resultado alcançado, conforme art. 15 do CP.²⁶

Por fim, quanto aos elementos, há que destacar que é admissível a ocorrência de crime impossível na situação em que a mãe efetua a ação com a criança já estando morta, fato a ser comprovado por perícia médica.²⁷ Outra particularidade a ser ressaltada é que, ocorrendo a conduta antes do nascimento o tipo penal a ser aplicado será o aborto

²⁵FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. **O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v.6, n.33. Porto Alegre, dez. 2009-jan. 2010. p. 49-61.

²⁶FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. **O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v.6, n.33. Porto Alegre, dez. 2009-jan. 2010. p. 49-61.

²⁷ DELAMANTO, Celso; DELAMANTO, Roberto; DELAMANTO JUNIOR, Roberto; DELAMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**:acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.465.

previsto nos arts. 124-128 do CP. Ainda, se não existir o fator fisiopsicológico ou temporal poderá ocorrer o crime de homicídio.²⁸

A ação penal será sempre pública incondicionada, sendo de competência do Tribunal do Júri tendo em vista configurar-se um dos crimes dolosos contra a vida.

Para a configuração do tipo penal infanticídio, os tribunais pátrios devem realizar a análise dos elementos do tipo apresentados neste estudo, sendo que a configuração do estado puerperal da genitora é o elemento essencial para a configuração do crime, conforme se demonstra pelo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cuja ementa segue abaixo:²⁹

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. INFANTICÍDIO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DA IMPUTAÇÃO. 1. Existindo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria que apontem para a possível ocorrência de crime doloso contra vida, impõe-se a pronúncia da ré para julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para analisar os elementos probatórios e proferir o veredicto. 2. Na atual fase processual, que é de mero juízo de admissibilidade da acusação, só pode ser operada a absolvição quando provada a inexistência do fato, provado não ser o acusado autor ou partícipe, o fato não constituir infração penal ou demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (art. 415 do CPP), o que não se tem nos autos. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70065040602, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 04/11/2015)

O relator utilizou como razão para seu voto de trecho do parecer do Ministério Público que demonstra os elementos do tipo que foram analisados e comprovados, em especial a prova do estado puerperal da mãe do recém-nascido para que fosse aceita pronúncia da ré como infanticídio e o encaminhamento do julgamento ao Tribunal do Júri, nestes termos:

No mais, cabe referir, como bem observou o Ministério Público nas contrarrazões, “o estado puerperal, condição do tipo penal, está presente,

²⁸ DELAMANTO, Celso; DELAMANTO, Roberto; DELAMANTO JUNIOR, Roberto; DELAMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.465.

²⁹ **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Recurso em Sentido Estrito Nº 70065040602, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 04/11/2015 DJ de 13-11-2015, Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em 28 ago2018.

uma vez que a acusada matou a vítima em ato contínuo ao dar à luz a esta, sendo que restou comprovado seu estado de consciência alterado, tanto pelos depoimentos dos familiares que acabaram envolvidos no evento, logo após a sua ocorrência, quanto pelo fato de a ré ter sido internada em hospital psiquiátrico e manter tratamento até os dias de hoje” (fl. 169).

Diante do contexto probatório anteriormente descrito, havendo prova da materialidade e indícios suficientes apontando ser a ré a autora do fato, em tese, caracterizador de crime doloso contra a vida, a questão deverá ser decidida pelo Tribunal do Júri, que é quem detém a competência constitucional para tanto (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal), sendo imperativa a pronúncia (art. 413, do Código de Processo Penal).

Veja-se que para a configuração do infanticídio, os órgãos julgadores devem analisar a presença dos elementos do tipo, em especial o estado puerperal da mãe, o qual, no caso concreto, fora provado por questões clínicas e por depoimentos de familiares que relataram o estado alterado da genitora.

Em outro julgamento recente, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a desclassificação de um crime de homicídio para infanticídio, sob a justificativa de que não havia provas de que a genitora cometera o crime contra seu filho recém-nascido sob a influência do estado puerperal.

Assim fora decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.³⁰

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA MANTIDA. QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE AFASTADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFANTICÍDIO NEGADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A existência do fato restou demonstrada e há suficientes indícios de autoria. Nesta primeira fase processual, vige o in dubio pro societate, a sinalizar que a decisão de pronúncia não é juízo de mérito, mas de admissibilidade. 2. Quanto ao pedido de desclassificação para o delito de infanticídio, não deve ser acolhida tal pretensão, uma vez que não consta nos autos comprovação cabal de que a ré Priscila se encontrava sob influência do estado puerperal. 3. Com relação à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, não cabe o afastamento, pois o crime teria sido praticado contra o próprio filho, momentos após o nascimento, sem qualquer possibilidade de defesa da vítima. Portanto, existindo elementos que indicam que, em tese, a ré cometeu a infração mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, é plausível manter a qualificadora, que deverá ser analisada mais detalhadamente pelo Plenário do Júri. 4. No que tange à qualificadora do motivo torpe, não há elementos suficientes para sua manutenção uma vez que não restaram comprovados os reais motivos para a prática do crime pela ré Priscila. Portanto, considerando a falta de elementos concretos capazes de indicar a incidência da qualificadora, correto seu afastamento. 5. De outra

³⁰**Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Recurso em Sentido Estrito Nº 70060658184, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 17/09/2014 DJ de 30-09-2014, Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em 28. ago. 2018.

parte, no que tange à pronúncia dos réus Liene e Flávio como incurso nas sanções do artigo 211 do Código Penal, em tese, há indícios de dolo dos réus. No contexto, improvável ignorar o peso da sacola ao pegá-la para descarte; Houve, ainda, o manuseio de uma mala para o descarte; tese defensiva não demonstrada à saciedade. Verificada, assim, a existência de lastro probatório mínimo e, tratando-se de crime conexo, não merece reforma a sentença a quo, devendo ser mantida a decisão de remessa do feito para julgamento pelo Tribunal do Júri. RECURSOS DESPROVIDOS. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70060658184, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 17/09/2014) – data da publicação 30/09/2014

No julgamento em questão, o Desembargador Relator Jayme Weingartner Neto, a partir das provas dos autos, entendeu pela inexistência de indícios da influência do estado puerperal na mãe do recém-nascido quando a mesma cometeu o crime que levou à morte do menor.

Conforme se observa de parte do voto do Desembargador, a prova do estado puerperal é elemento essencial para a configuração do crime de infanticídio, sendo a prova do mesmo indispensável para o elemento do tipo:

Quanto ao pedido de desclassificação para o delito de infanticídio, não deve ser acolhida tal pretensão, uma vez que não consta nos autos comprovação cabal de que a ré Priscila se encontrava no estado puerperal. Neste sentido, a médica psiquiatra da ré, em seu depoimento, alegou que quando ela chegou a seu consultório, embora apresentando depressão grave, não foi constatada a influência do estado puerperal, matéria que permanece controversa.

Soma-se a isso, os relatos dos médicos que atenderam a acusada referindo suposta frieza em relação à criança. Também os familiares da ré alegaram que Priscila sempre negou a gravidez, e escondeu o parto, até que a criança, já sem vida, foi levada ao hospital. Neste quadro, é possível cogitar que a denunciada não estivesse sob influência do estado puerperal, dúvida a ser dirimida pelo Conselho de Sentença.

De outro modo, é essencial destacar que o legislador pátrio adotou o critério *fisiopsíquico* como elemento do tipo infanticídio, todavia a existência de estado puerperal na genitora não é, por si só, elemento caracterizador absoluto do infanticídio, sendo necessário que haja uma prova de que o crime fora cometido em consequência ao estado puerperal de modo que diminuiu a capacidade decisória da autora.³¹

4. INFANTICÍDIO NO DIREITO COMPARADO

³¹ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. **Concurso de pessoas no infanticídio**: por uma melhor compreensão a partir do conceito finalista de ação de Hans Welzel. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 13, p. 102-123, jul./dez. 2009.

A partir da apresentação dos elementos configuradores do infanticídio na legislação brasileira vigente, passa-se a apresentar os elementos caracterizadores do mesmo crime nas legislações de três países vizinhos: Argentina, Uruguai e Chile, tendo como objetivo traçar uma linha comparativa entre as diferentes formas legais e sociais em que é entendido e criminalizado o infanticídio.

Na Argentina, anteriormente, a lei adotava os dois critérios simultaneamente para pleitear o privilégio trazido no infanticídio, entretanto entendia-se que o estado puerperal apenas servia como lapso temporal para o acontecimento do crime, importando apenas como circunstância o *honoris causa*. A lei trazia no art. 81 do Código Penal Argentino o seguinte texto:³²

ARTICULO 81.

1° Se impondráreclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debiera razonablemente ocasionar la muerte.

2° Se impondráreclusión de hasta tres años o prisión de seis meses a seis años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, Hermanos, maridos y hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito.

A legislação vigente na Argentina excluiu o crime de infanticídio passando a tratar a conduta infanticida como homicídio qualificado pela morte de descendente, havendo a possibilidade de transformar a conduta em homicídio privilegiado quando puder se provar que a ação foi provida de um estado de violenta emoção ou em circunstâncias escusáveis³³, como pode se verificar na transcrição a seguir:³⁴

Delitos contra la vida

³²MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 151.

³³MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 151.

³⁴ARGENTINA. **Código penal de la nacion Argentina**. < Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> > Acesso em: 07. set. 2018.

ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

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

1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. *(inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.

4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. *(inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

5° Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6° Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. *(inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O. 11/6/2002)*

9° Abusando de su función o cargo, cuando fueren miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. *(inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.816 B.O. 9/12/2003)*

10 A su superior militar frente a un enemigo o tropa formada con armas. *(inciso incorporado por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. *(inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. *(inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediare circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. *(Párrafos sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)*

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

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debiera razonablemente ocasionar la muerte.

2° (Inciso derogado por art. 1° de la [Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995](#))

ARTICULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1° del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1° del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

Do mesmo modo o Código Penal do Uruguai passou a tratar o crime de infanticídio como homicídio qualificado, entretanto no código anterior trazia como circunstância para a tipificação do crime a *honoris causa* além de estender o benefício da atenuante especial de homicídio aos parentes, conforme observa-se a seguir:³⁵

Artículo. 313 - Se el delito previsto em el artículo 310 (homicidio intencional) se comietera sobre la persona de un niño menor de três días, para salvar el próprio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado com seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los Hermanos legítimos.

Como exposto anteriormente a legislação uruguaia aboliu o infanticídio como crime autônomo e o qualificou na derivação do homicídio conforme transcrição a seguir:³⁶

Art. 310. Homicidio.

El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría. (71)

Art. 310 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, se considerará agravante especial del delito, la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión de ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal. En este caso, el máximo de la pena se elevará en un tercio respecto de la prevista en el artículo anterior. (71a)

Art. 311. Circunstancias agravantes especiales.

El hecho previsto en el artículo anterior será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos:

1° Cuando se cometiera en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina "more uxorio", del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo.

2° Con premeditación.

3° Por medio de veneno.

³⁵MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 154.

³⁶URUGUAY. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.minterior.gub.uy/indices/index_comet.htm > Acesso em: 07. set. 2018

4° Si el sujeto fue responsable de un homicidio anterior ejecutado con circunstancias atenuantes.

No Código Penal do Chile não é mencionado nenhum dos critérios para caracterização do crime de infanticídio, ainda assim, ele é tratado como um crime autônomo e privilegiado e estendendo os benefícios da diminuição de pena ao pai, aos ascendentes legítimos ou ilegítimos que matam o filho ou descendente dentro das primeiras quarenta e oito horas após o parto.³⁷

A seguir se transcreve a redação vigente no Código Penal Chileno:³⁸

Del infanticidio.

ART. 394.

Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta i ocho horas despues del parto, matan al hijo descendiente, i serán penados con presidio mayor em sus grados mínimo a medio.

A partir desta exposição, observa-se que as legislações de outros países tratam de forma diferente o infanticídio, ora entendendo como qualificante do crime de homicídio, ora tratando o mesmo como um outro tipo penal, assim, como o fez o legislador brasileiro, todavia com outros critérios para a configuração do elemento do tipo.

Assim, o infanticídio é decorrente do entendimento do legislador e da sociedade de cada país, em cada época histórica, não havendo um entendimento único tanto na história de cada legislação como na comparação entre as diversas legislações vigentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁷MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2004. p. 158.

³⁸CHILE. **Código Penal da República de Chile**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> Acesso em 07. set. 2018.

O infanticídio como instituto penal está inserido na legislação brasileira de forma objetiva desde 1940 através do Código Penal, sendo que o referido tratamento é resultado de uma evolução histórica que trouxe a criminalização especial deste tipo de homicídio quando praticado pela genitora do nascituro ou recém-nascido estando a mesma está sob o efeito do estado puerperal.

O crime em estudo nem sempre fora assim tratado, tanto no Direito brasileiro como ao longo da história em outras legislações, sendo que, atualmente, recebe tratamento diferenciado nas legislações de sociedades vizinhas ao Brasil, como, a título de exemplos analisados, Argentina, Uruguai e Chile, o que demonstra que não é consolidada de forma geral nas legislações internacionais o instituto e seus requisitos de configuração.

O legislador brasileiro optou por considerar o estado fisiopsicológico como elemento essencial para a caracterização do crime, devendo haver a prova efetiva de que o mesmo tenha sido cometido pela genitora sob a influência e em consequência do estado puerperal, o que, caso não for comprovado, levará à desconfiguração do infanticídio para crime de homicídio com todas as qualificadoras que o caso concreto poderá apresentar.

6. REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código penal de lanacion Argentina**.< Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> > Acesso em: 07. set. 2018.

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. **Concurso de pessoas no infanticídio**: por uma melhor compreensão a partir do conceito finalista de ação de Hans Welzel. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 13, p. 102-123, jul./dez. 2009.

CHILE. **Código Penal da República de Chile**. Disponível em: < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984> > Acesso em: 07. set. 2018.

DELAMANTO, Celso; DELAMANTO, Roberto; DELAMANTO JUNIOR, Roberto;

DELAMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**:acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. **O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v.6, n.33. Porto Alegre, dez. 2009-jan. 2010. p. 49-61.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal.** Justitia São Paulo, serviço de documentação jurídica do ministério público, 1970. v.70, p.109-147.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido.** Campinas, São Paulo: Millennium, 2004.

NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito Penal:** parte especial: arts. 121 a 183: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 10ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PLANALTO. **Código Penal.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, Acesso em: 07.set. 2018.

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

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência.** Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 28. ago. 2018.

URUGUAY. **Código Penal.** Disponível em: <
http://www.minterior.gub.uy/indices/index_comet.htm> Acesso em: 07. set. 2018.