



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**MARINA MORENA MOTA MARQUES**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO**

**BRASÍLIA  
2020**

**MARINA MORENA MOTA MARQUES**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Tédney Moreira da Silva

**BRASÍLIA  
2020**

**MARINA MORENA MOTA MARQUES**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Tédney Moreira da Silva

**Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Tédney Moreira da Silva (Orientador)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## A (IN)ADEQUAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DE INFANTICÍDIO

Marina Morena Mota Marques<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo científico visa a discorrer acerca do tipo penal de infanticídio, tipificado no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, para fins de averiguar a adequação ou inadequação de sua punição, bem como do tratamento legislativo atribuído a esta norma penal, tendo em consideração as circunstâncias peculiares que envolvem a mulher parturiente, agente própria do crime em observação. O tema se desenvolverá, inicialmente, por intermédio do conceito de infanticídio e sua inerente reprovabilidade social. Em um segundo momento, abordará uma análise dogmática dos elementos que constituem o infanticídio, examinando-se os efeitos do parto e puerpério e sua interferência tanto na vontade de cometimento da conduta (dolo), quanto na capacidade de determinação no agir ou de compreensão da ação (imputabilidade). Por fim, discorrerá sobre a seletividade penal e o princípio da coculpabilidade do Estado em relação ao dever de assistência aplicado ao infanticídio. O método utilizado para elaboração do artigo é o bibliográfico qualitativo, com retomada da doutrina jurídica e criminológica.

**Palavras-chave:** Infanticídio. Estado Puerperal. Inadequação Legislativa. Seletividade penal. Princípio da coculpabilidade.

### SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - O conceito de infanticídio e sua reprovabilidade social. 2.1 - Análise dogmática do tipo penal de infanticídio. 2.2 - O puerpério e o exame do dolo da agente: a distinção entre conduta dolosa e conduta culposa. 3 - A inadequação legislativa do tratamento punitivo do crime de infanticídio. 3.1 - Princípio da coculpabilidade do Estado em relação ao dever de assistência aplicado ao infanticídio. 4 - Considerações Finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. [marina.mota1997@gmail.com](mailto:marina.mota1997@gmail.com)

## 1 INTRODUÇÃO

O infanticídio, tipo penal previsto no art. 123, do Código Penal, prevê o crime em que a mãe mata o próprio filho sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. A pena do tipo varia de 2 a 6 anos de detenção, sendo que, a competência para o julgamento é do Tribunal do Júri, por se tratar de um crime doloso contra a vida.

Tal tipo penal, desde a sua criminalização no Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/40) até os dias atuais, apresenta evidentes incoerências doutrinárias e lacunas normativas quanto aos elementos que o compõem. Afinal, o tipo penal criminaliza a conduta da mulher que, sob influência do estado puerperal, elimina a vida do recém-nascido, o que, em tese, configuraria um afastamento do dolo e da consciência da ilicitude em si. Assim, este artigo busca responder em que medida o estado puerperal interfere no dolo da conduta e, assim, na sua própria tipicidade.

A análise aqui realizada perpassa pelo conceito de infanticídio, de seus elementos e classificações doutrinárias. Ademais, também será abordado o impacto e relevância do puerpério como elementar do tipo penal e a consequente inadequação legislativa que circuncida tal temática.

Será explanada, ainda, a diferença entre a conduta dolosa e a conduta culposa e investigado o que alicerça o tipo penal no Código Penal vigente. Nesse sentido, breves comentários sobre seletividade penal, direito penal do autor e direito penal do fato também serão expostos.

Por fim, será demonstrado que a maior incidência de casos de infanticídio se dá nas camadas mais frágeis e vulneráveis da sociedade, e nesse sentido, discorrerá qual o papel que o Estado desempenha ou que deveria desempenhar neste cenário fático, e os impactos sociais da omissão e negligência estatal que imbricam na consequente aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado e seu dever de assistência no que condiz ao infanticídio.

A metodologia utilizada para a produção deste artigo científico é a bibliográfica qualitativa, pelo reexame da doutrina penal relativa ao crime de infanticídio e da psicologia forense, quanto ao estado puerperal.

## 2 O CONCEITO DE INFANTICÍDIO E SUA REPROVABILIDADE SOCIAL

O delito nominado infanticídio está inserido no rol dos chamados crimes contra a pessoa, no capítulo dos crimes contra a vida, do Código Penal Brasileiro de 1940, vigente até à atualidade.

Tal espécie normativa, discriminada no artigo 123, *caput*, do Código Penal, possui a seguinte redação: “Art. 123. Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após - Pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Nesse sentido, o infanticídio é um instituto que prevê a morte do recém-nascido ou neonato, pela própria mãe (sujeito ativo necessário do crime), a qual, imbuída por uma psicose pós traumática - surto pós parto - tecnicamente chamado de “estado puerperal” (elementar do tipo), retira a vida do seu filho durante o parto ou logo após.

Na mesma perspectiva, Gonçalves<sup>2</sup> explica que em razão da intensa dor provocada pelo parto, além das alterações hormonais a que o organismo feminino é submetido, a mãe pode sofrer um breve período de perturbação psíquica e projetar no recém-nascido o sentimento de rejeição, responsabilizando-o por todo sofrimento ocasionado. Dessa forma, se em razão do estado puerperal e da conseqüente capacidade de entendimento reduzida, a parturiente matar o próprio filho, caracterizado estará o infanticídio:

O fenômeno do parto, em razão da intensa dor que provoca, da perda de sangue, do esforço necessário, além de outros fatores decorrentes da grande alteração hormonal por que passa o organismo feminino, pode levar a mãe a

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

um breve período de alteração psíquica que acarrete rejeição àquele que está nascendo ou recém-nascido, tido por ela naquele momento como responsável por todo o sofrimento. Se, em razão dessa perturbação, a mãe matar o próprio filho, incorrerá no crime de infanticídio, que tem pena consideravelmente menor do que a do homicídio, pois está provado cientificamente que a autora do crime encontra-se com sua capacidade de entendimento diminuída em razão do estado puerperal.<sup>3</sup>

Em que pese a elementar do tipo seja o estado puerperal – responsável por alterar de forma significativa o estado psíquico da mãe – a atual competência para julgamento é do Tribunal do Júri, responsável para julgar os crimes dolosos contra a vida e os crimes a ele conexos, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Carta Magna.

Tal instituto chama a atenção dos estudiosos, em especial daqueles que se dedicam ao estudo das Ciências Criminais, posto que, em que pese o art. 123, do CP esteja localizado no rol dos crimes contra a vida, existem inúmeras idiosincrasias que o tornam único, peculiar e diferente dos demais tachados no mesmo rol.

Segundo Mauro Argachoff<sup>4</sup>, a expressão infanticídio é derivada do latim *infanticidium*, e possui o significado histórico de morte da criança. Todavia, é imprescindível ressaltar que não se trata apenas da morte da criança de forma pura e simples, caso contrário, incidiria sobre a figura típica do homicídio, prevista no art. 121, do Código Penal.

A razão que diferencia o homicídio do infanticídio é que este último exige circunstâncias especiais no seu cometimento, ou seja, é necessário para sua caracterização a presença de duas elementares, quais sejam: a morte do filho pela própria mãe durante o parto ou logo após, e, cumulativamente, que a agente seja a própria mãe, agindo sob influência do estado puerperal a ponto de dirimir, consideravelmente, sua capacidade de entendimento.

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial** (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2. p. 118-119.

<sup>4</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 24.

Nesse contexto, é valioso mencionar que se a mulher parturiente matar um adulto, acometida pela mesma alienação psicológica desencadeada pela gravidez, parto e puerpério, responderá por homicídio – art. 121, CP – porque não preenche os requisitos necessários e cumulativos para a caracterização do disposto no art. 123, CP.

Embora o infanticídio seja um crime autônomo, há quem defenda que tal diploma normativo, em sua essência, consista em uma espécie de “homicídio privilegiado”, consoante extrai-se dos ensinamentos de Nucci:

Trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal. É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo).

Embora formalmente tenha o legislador eleito a figura do infanticídio como crime autônomo, na essência, não passa de um homicídio privilegiado, como já observamos.<sup>5</sup>

Em conformidade com tal entendimento, para Bitencourt<sup>6</sup>, a ação nuclear descrita no tipo penal em análise é exatamente a mesma do homicídio, ou seja, matar. Contudo, é imperioso ressaltar que a norma que emerge do art. 123, do CP, a qual, define o infanticídio, é produto de *lex specialis*, ou seja, de uma lei especial que tem prevalência sobre a regra geral, e, exige, para tanto, a presença de outros elementos em sua estrutura típica para restar caracterizado o infanticídio:

É crime próprio porque somente a mãe pode cometê-lo e contra o próprio filho, nascente ou recém-nascido. Não se trata, na verdade, somente da vida de quem acaba de nascer, mas também da de quem está nascendo, pois tanto um quanto outro podem ser mortos. Necessário, no entanto, que a mãe esteja sob a influência do estado puerperal. O puerpério, elemento fisiopsicológico, é um estado febril comum às parturientes, que pode variar de intensidade de uma para outra mulher, podendo influir na capacidade de discernimento da parturiente. O infanticídio é, a rigor, uma modalidade especial de homicídio privilegiado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 89.

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2. p. 223.



Procedendo-se a uma análise histórica do dispositivo legal em análise, é possível verificar com riqueza de detalhes que tal instituto passou por inúmeras mudanças, visando sua adequação social. Todavia, até os dias atuais, além de tal diploma ser carente de densidade normativa, é repleto de lacunas e evidentes abstrações.

Parafraseando as palavras de Dirceu de Mello<sup>8</sup>, poucas ações humanas, dentre aquelas que integram o rol de condutas ilícitas, apresentarão, como o infanticídio, histórias com tantos altos e baixos, diversas dúvidas e pontos controvertidos, os quais, ainda hoje são sujeitos a especulações e questionamentos não superados.

Segundo Maggio<sup>9</sup>, autor de extrema relevância à temática abordada, a história do infanticídio, no que consiste à penalidade, perpassa por três períodos, quais sejam: período greco-romano, período intermediário e período moderno.

Em breve síntese, o período greco-romano, também chamado de “período da indiferença”, perdurou do século VII ao V a.C e foi a época em que o pai de família, detentor do “pátrio poder”, podia dispor livremente da vida de seus filhos. Além disso, devido à escassez de alimentos, o rei mandava ceifar a vida dos recém-nascidos e executar as crianças que constituíssem desonra para a família e àquelas que nasciam com deficiências e má formação.

Assim, na Grécia Antiga, por predominar a ordem estética, era lícita a morte da criança quando disforme. Gláucio Vasconcelos<sup>10</sup> acresce ainda que a própria estrutura jurídica ateniense tornava o infanticídio um crime impossível de ser punido, e, citando Damásio de Jesus<sup>11</sup>, reflete: “em Esparta, quando disforme, era permitida

---

<sup>8</sup> MELLO, Dirceu de. **Infanticídio**: algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 455. p. 292-297.

<sup>9</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 110-117.

<sup>10</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p. 19

<sup>11</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo Código Penal**: Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, 1970. v. 13. p. 25-56.

a sua morte (do filho) mediante lançamento nos sorvedouros dos Apotetas, junto ao monte Taigeto”.

Já em Roma, o pai no seio familiar era o magistrado, tendo o direito absoluto de ceifar a vida de sua mulher e filhos, porquanto era investido do *jus vitae necis*, ou seja, àquele que detinha o poder de vida e morte.

A fase do período intermediário, por sua vez, se caracterizou como a fase de defesa do recém-nascido, em razão da forte influência do Cristianismo sobre o antigo direito romano, o que alterou de forma substancial a concepção de tal delito, ou seja, penas severas, cruéis e extravagantes passaram a ser aplicadas às mulheres que cometessem tal conduta desviante, chegando até à pena de morte<sup>12</sup>.

Por conseguinte, elucida Paulo de Tarso:

Neste momento, a concepção do delito mudava radicalmente, nascendo, assim, a gravidade do infanticídio. O antigo Direito Romano, na sua época mais adiantada, tomava o infanticídio como um crime altamente grave e passível de penas extremamente severas. A *Lex Cornelia De Sicariis* e a *Lex Pompeia De Parricidiis* previam a pena de morte para a mãe que eliminasse a vida do próprio filho restringindo, desta forma, a figura do sujeito ativo do delito.<sup>13</sup>

É interessante observar a abrupta mudança de tratamento, migrando a sociedade de um sistema de absoluta impunidade para outro de severa punição.<sup>14</sup>

O rigor das penas perdurou por vários séculos até que o Movimento Humanista, o Iluminismo e a doutrina do direito natural, conferiram um novo

---

<sup>12</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4. p. 247.

<sup>13</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p. 13.

<sup>14</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.26.

tratamento ao infanticídio, passando o ato a ser entendido como um delito especial<sup>15</sup>, inaugurando o chamado período moderno.

Registre-se, porque de maior importância, que os doutrinadores pioneiros em defender o abrandamento das penas cominadas para o infanticídio foram Beccaria e Feurbach. Ademais, o marco principal desta mudança de paradigmas foi a publicação, em 1764, do livro *Dos delitos e das penas* por Cesare Bonesana Beccaria.

Em sua obra, Beccaria defende que não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias<sup>16</sup>, demonstrando que não somente a perversidade levava ao cometimento do crime, mas que, também, em alguns casos haveria o motivo da preservação da honra como propulsor da conduta da mulher. Nesse sentido, aduziu que não eram necessárias penas cruéis, mas, sim, medidas preventivas de tais circunstâncias.<sup>17</sup>

Assim, extrai-se que em um momento inicial, a defesa ou o critério para a tipificação do infanticídio como uma privilegiadora do homicídio, era a honra da mulher (“*honoris causa*”). Nessa perspectiva, a “*honoris causa*” é interpretada como a necessidade psicológica da mulher de defender sua honra e dignidade sexual, em face de uma gravidez ilegítima, indesejada ou repudiada pela sociedade.

Nélson Hungria refere-se à honra como sendo “um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranquila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.14.

<sup>16</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.23.

<sup>17</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.14.

<sup>18</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6. p. 39.

Quando se trata da evolução deste instituto no direito penal brasileiro, depreende-se que desde 1830 já existia previsão na legislação penal brasileira do crime de infanticídio.

A legislação penal brasileira, através dos Estatutos Repressivos de 1830, 1890 e 1940, conceituou de várias formas o delito de infanticídio.

No Código de 1830, consoante a orientação preconizada pela escola de Direito Natural, o infanticídio era tido como uma figura excepcional, mitigando sensivelmente a sanção a ele imposta. O legislador à época do Império também previa a existência de duas modalidades do delito: o infanticídio perpetrado pela mãe (em defesa da sua própria honra) e outra espécie cometida por terceiros contra o recém-nascido (sem envolver questões de honra), fato este que propiciou o início da discussão doutrinária que até os dias atuais circuncida tal temática, que consiste na definição do crime de infanticídio como crime próprio ou crime de mão própria.

Evoluindo a análise, com o advento do Estatuto Penal de 1940, elaborado por autores renomados (Nélson Hungria, Roberto Lyra e dentre outros), o crime de infanticídio deixou de ter como fundamento a *honoris causa*, e passou a ser analisado a partir do viés fisiopsicológico da influência do estado puerperal.

À vista disso, ilustra Paulo de Tarso Lima em sua obra:

Desta forma, o infanticídio foi estabelecido não mais como uma espécie privilegiada de homicídio, mas sim como um delito autônomo de denominação jurídica própria, restrito à figura da mãe da vítima obnubilada pela influência do chamado estado puerperal e, sob inspiração dos Códigos Polonês e Dinamarquês, delimitado no tempo entre o parto e o lapso de seus momentos posteriores. O Anteprojeto Nelson Hungria, de 1.963, tipificou o infanticídio por meio de uma forma mais elástica, optando pelo critério misto ou composto na conceituação da figura penal, ao alinhar o motivo da preservação da honra da mãe da vítima ao lado da influência do considerado estado puerperal.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.17.

Por fim, conclui-se que as legislações que precederam à legislação hodierna, apoiaram-se no critério da honra da agente, ou seja, no sistema psicológico, que visava resguardar a moral pelo aspecto exclusivamente sexual - *honoris causa* - para a configuração do delito, ao passo que, o critério adotado atualmente é o fisiopsicológico ou fisiopsíquico, que como já mencionado, considera a influência do estado puerperal na conduta da agente para a caracterização do delito, o que será explanado em maior riqueza de detalhes mais adiante.

## 2.1 Análise dogmática do tipo penal de infanticídio

O infanticídio na legislação atual é visto como um “*delictum exceptum*”, ou seja, é um delito que em razão de singularidades intrínsecas e circunstâncias excepcionais é dotado de um tratamento especial concedido pelo ordenamento jurídico.

O que seria caracterizado como homicídio, devido a influência do estado puerperal acometido pela gestante, passa a ser punido de forma menos severa, e, por essa razão, a pena cominada é sensivelmente diminuída (de dois a seis anos de detenção), em face do critério biopsicológico que altera a capacidade de entendimento da agente: o estado puerperal.

Nesse sentido, a exposição de motivos da parte especial do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), no capítulo dos “crimes contra a vida”, no item 40, elucida que:

O Infanticídio é considerado um “*delictum exceptum*” quando praticado pela parturiente sob 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 porque distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra “*honoris causa*” (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

Observa-se então que o reconhecimento do infanticídio depende, inexoravelmente, da perturbação psíquica provocada pelo estado puerperal sobre o ânimo da gestante. Apenas esse fator constitui alicerce ao tratamento diferenciado em relação ao crime de homicídio.

Nas palavras de Luiz Regis Prado:

O bem jurídico tutelado é a vida humana. As razões que postulam por um tratamento penal mais benévolo ao infanticídio, como crime autônomo (*delictum exceptum*), podem ser reunidas em duas vertentes distintas: a primeira sustenta um critério psicológico e a segunda um critério fisiopsíquico.<sup>20</sup>

Em relação à conceituação legislativa para a justificativa do infanticídio ser um *delictum exceptum*, existem três critérios de conceituação, quais sejam: critério psicológico, fisiopsíquico (adotado pelo atual CP) e o misto.<sup>21</sup>

Pelo critério psíquico ou psicológico, o crime é caracterizado quando o fato é cometido pela mãe da vítima a fim de preservar a própria honra (*honoris causa*).

O critério fisiopsíquico ou fisiopsicológico descarta a *honoris causa* e considera a influência do chamado estado puerperal como ato extremo da parturiente (é o sistema adotado pelo Código Penal em vigor).

Já o conceito misto ou composto leva em consideração, a um só tempo, a influência do estado puerperal e o motivo da preservação da honra da genitora para a configuração do delito.

Por ser um *delictum exceptum*, para que o infanticídio reste caracterizado, faz-se mister o preenchimento de elementares específicas presentes neste tipo penal.

---

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 442.

<sup>21</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.20.

Elementares, por sua vez, são dados da figura típica que, por serem absolutamente essenciais, fazem parte da estrutura do tipo penal, sendo que, a ausência de alguma circunstância elementar leva à exclusão da tipicidade ou desclassificação do delito.<sup>22</sup>

Consoante ensina Ribeiro<sup>23</sup>, assim como ocorre no homicídio, a figura típica do infanticídio, tem seu núcleo no verbo “matar”. Sendo que a morte, deve ocorrer durante o parto ou logo após para que o delito esteja caracterizado.

O crime se consuma com a morte do sujeito passivo (recém-nascido), e, por ser um crime material, admite tentativa, ou seja, caso o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade da agente.

Vale citar que, não obstante os ordenamentos jurídicos de outros países, como Argentina, Itália e França, estendam a amplitude de sujeitos ativos do crime a outras pessoas, o ordenamento pátrio considera o infanticídio como sendo crime próprio, ou seja, só pode ser cometido pela genitora, “perturbada” físico e psicologicamente, em relação a seu filho.<sup>24</sup>

Conceituando os elementos objetivos do tipo penal, tem-se que somente a mãe, independentemente de sua condição moral ou legal, mas desde que sob a influência dos distúrbios desencadeados pela gravidez, pode ser sujeito ativo do delito.

O sujeito passivo só pode ser o próprio filho, nascente ou neonato, desde que vivo biologicamente, vez que o feto sem vida não pode ser sujeito passivo, nem de infanticídio nem de homicídio.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.65.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.86

<sup>24</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.33.

<sup>25</sup> RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes**. São Paulo: Editora Pillares, 2004. p.79.

Ademais, Paulo de Tarso<sup>26</sup>, especifica que para que o delito de infanticídio esteja caracterizado é necessário a junção de três elementos coexistindo entre si, a saber: Elemento cronológico (o crime precisa ser perpetrado durante o parto ou logo após), elemento etiológico (só pode ser praticado pela mãe da vítima) e elemento fisiopsicológico (a mãe necessariamente deve estar agindo sob a influência do estado puerperal).

É motivo de grande instabilidade doutrinária a conceituação do elemento subjetivo do referido tipo normativo.

Conquanto a legislação atual adote como elemento subjetivo do infanticídio o dolo, ou seja, a vontade/intenção da parturiente em retirar a vida do recém-nascido, a doutrina é demasiadamente divergente.

Ainda assim, por ora, pode-se afirmar que o infanticídio somente é punível a título de dolo. Maiores esclarecimentos sobre a temática em questão serão melhor explanados à frente.

## **2.2 O puerpério e o exame do dolo da agente: a distinção entre conduta dolosa e conduta culposa**

O Dr. José Ribamar Ribeiro Malheiros<sup>27</sup>, médico Pós-graduado em Ginecologia e Obstetrícia, com atuação no Hospital Regional da Asa Sul – SES/DF e Hospital Regional de Ceilândia, explica com riqueza de detalhes em sua obra – em razão da vivência/experiência na área – os impactos reais advindos do puerpério sob o organismo das mulheres.

---

<sup>26</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.32.

<sup>27</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 85.



Extrai-se de sua obra que o puerpério é a fase que tem início ao final do parto, e, somente se encerra quando acabam as modificações advindas da gravidez no organismo materno.

No que tange à durabilidade deste período, o médico obstetra relata que os próprios estudiosos divergem entre si. Alguns estimam que o período de instabilidade dure 45 dias, outros afirmam que seja até 60 dias e outros argumentam que não existe um tempo determinado, posto que, é um estado variável de mulher pra mulher, mencionando apenas que o seu término só se dá com a volta da menstruação. Assim, o puerpério divide-se em três períodos: imediato (do 1º ao 10º dia), tardio (do 10º ao 45º dia) e o remoto (a partir do 45º dia).<sup>28</sup>

Nesse ínterim, indaga-se: Se a própria doutrina obstetrícia não é unânime para determinar quando ocorre o fim do puerpério, com qual fundamento o legislador pátrio encontra alicerce para afirmar que o infanticídio só pode ser caracterizado caso ocorra durante o parto ou logo após?

Note-se que existem mulheres que só entram no puerpério a partir do 45º dia após o parto. Logo, não é uma situação uniforme e precisa, e, por óbvio, não se amolda/subsume ao termo “durante o parto ou logo após”.

A expressão “logo após o parto” é alvo de grandes discussões, posto que não há prazo estipulado em lei fixando o seu tempo de duração e determinando de forma precisa o limite de seu lapso temporal.

Nessa conjuntura, em relação as inúmeras perspectivas sobre a temática, Lima aclara:

Os doutrinadores apresentam concepções das mais variadas a respeito do significado do enunciado. Para Heleno Cláudio Fragoso a expressão 'logo após o parto' significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo. A. F. de Almeida Júnior, que, de início, se referia a um prazo preciso de até sete dias após o parto, passou a admitir que se deve deixar a interpretação a critério do julgador. Bento de Faria faz menção ao prazo de oito dias, durante o qual ocorre a queda do cordão umbilical. Flaminio Fávero

---

<sup>28</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 31.

também entende que a definição compete ao julgador. A. J. da Costa e Silva sustenta que a expressão 'logo após' quer significar enquanto perdura o estado emocional'. Por seu turno, Damásio Evangelista de Jesus estende o lapso temporal até enquanto perdurar a influência do chamado estado puerperal. Este último entendimento é corroborado por Nelson Hungria: não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal.<sup>29</sup>

Retomando a análise, estudos na área comprovam grande alteração no humor da gestante, podendo provocar profunda apatia e instabilidade emocional.

Nas palavras de Malheiros :

O puerpério acarreta alterações do humor e da labilidade emocional, constituindo-se em período bastante vulnerável devido às mudanças intra e interpessoais desencadeadas pelo parto. Podem advir quadros de profunda apatia ou sintomas que denotem psicose puerperal. Tais quadros deverão ser evidenciados precocemente, pois poderão trazer consequências dantescas ao puérpero.<sup>30</sup>

No que condiz às abruptas alterações emocionais da gestante, Nucci<sup>31</sup> explica que quando a mulher passa por este período ela naturalmente se transforma, sentindo-se extremamente triste e carente. Algumas mulheres, inclusive, ao verem o próprio corpo, reputam-se deformadas e “culpam” a gravidez.

Existe ainda um elevado número de gestantes que são abandonadas pelos seus familiares justamente porque engravidaram, o que lhes provoca maior ansiedade e até raiva ao seu estado.

A tendência da mulher em casos como estes, logo após o parto, não é amar o filho, mas se recuperar de seu estado traumático e sua tristeza profunda.

---

<sup>29</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.31.

<sup>30</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 29.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Em sua obra, a fim de ilustrar esse cenário fático – vivenciado por tantas mulheres -, Nucci narra um acontecimento real de infanticídio, e, sua transcrição integral se faz indubitavelmente necessária:

Certa vez, uma jovem, com seus 18 anos, engravidou do namorado, e sua família, muito religiosa, já lhe alertara que não admitiria uma gravidez fora do casamento. Sem poder contar com seus pais e irmãos, apertou sua barriga, colocando faixas médicas de compressão, usadas para ortopedia, durante meses. Conforme os dias passavam, ela apertava ainda mais a barriga, de modo a atingir os nove meses integrais sem que a família percebesse. Em determinado dia, chegou a hora do parto. Com fortes contrações, trancou-se no banheiro e sentou-se no vaso, onde nasceu o bebê, que começou a chorar, despertando a atenção da mãe. Enquanto esta batia à porta do banheiro para saber o que estava ocorrendo, a jovem mãe, desesperada, apertou o pescocinho da criança até que parasse de chorar. O bebê faleceu. Com o ambiente silente, a parturiente abriu a porta do banheiro e foi para seu quarto. Largou o recém-nascido, morto, dentro do vaso sanitário. Terminou condenada por infanticídio. O ponto relevante desse relato – baseado em caso real – está a demonstrar que a mulher, sem o apoio da família, de amigos ou do próprio pai da criança, pode entrar em desespero, no momento do parto, a ponto de não ter o seu instinto materno despertado, matando a criança.<sup>32</sup>

Mais à frente, na mesma obra, o exímio doutrinador acresce que o motivo básico de se reconhecer no infanticídio uma espécie de “homicídio privilegiado”, é o fato de que o sujeito ativo – a mãe – caso tivesse tido o apoio necessário, não teria agido da forma que agiu.

No mesmo sentido, Malheiros<sup>33</sup> também tece comentários à relevância da gestante de ser acompanhada tanto durante a gestação, quanto na fase pós-parto, posto que a mulher, naturalmente, encontra-se vulnerável e fragilizada.

Ocorre que no atual contexto de saúde pública do país, nem toda mulher tem a possibilidade de ter acompanhantes ou familiares nessa fase, dadas as fragilidades do sistema público e dificuldades de acesso aos direitos sociais. Assim, para a configuração do delito em tela, a perícia assume importante destaque, e, de acordo com o Dr. José Ribamar, é essencial que se realize um exame pericial para verificar

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95.

<sup>33</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005.

o estado psíquico da autora à época do fato. E, na literalidade de suas palavras, menciona:

É necessário um exame profundo do estado psíquico da autora, pesquisando seu grau de entendimento durante ou logo após o parto, estabelecendo assim, se a puérpera tinha condições de, por impulsos violentos, ceifar a vida do próprio filho.<sup>34</sup>

Todavia, a perícia, embora imprescindível, não é de fácil realização, uma vez que os estudiosos afirmam que o estado puerperal, é assintomático, ou seja, a despeito de a mulher ter sido acometida por este estado, por muitas vezes, não existem sintomas físicos de que ele de fato ocorreu.

Corroborando esta questão, no capítulo IV de sua obra, Paulo de Tarso<sup>35</sup> reporta-se à perícia para a caracterização do infanticídio, como sendo a “*crucis peritorum*” do médico-legista, ou seja, a cruz do perito, em razão da alta complexidade e das inúmeras dificuldades em tipificar o crime.

Em relação à temática, Genival França<sup>36</sup>, autor do livro Medicina Legal, afirma que o parto em si próprio não é capaz de levar a mulher a transtornos psíquicos graves, mas a alterações emotivas, em razão das dores sofridas e das emoções que normalmente se apoderam da parturiente, como por exemplo a “*maternity blues*” ou tristezas do parto.

No que tange à perícia que deve ser realizada na mulher parturiente a fim de averiguar o estado mental da autora, França expõe alguns elementos fundamentais a serem analisados, tais como: se o parto transcorreu de forma angustiante; se a parturiente, após ter realizado o crime, escondeu o cadáver do filho; se ela consegue lembrar do ocorrido; se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas

---

<sup>34</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 46.

<sup>35</sup> LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003. p.42.

<sup>36</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan,2019. p.370.

consequências surgiram no decorrer do parto e se há vestígios de alguma perturbação mental.<sup>37</sup>

Para melhor alicerçar os fundamentos referentes ao estado puerperal, o Dr. Malheiros acresce à sua obra dois pareceres técnicos do Setor de Patologia Forense do Instituto Médico Legal do DF, sendo, o primeiro um parecer psiquiátrico e o segundo, um parecer psicológico.

No parecer psiquiátrico, o Dr. Elias Abdara Filho, psiquiatra forense do IMLLR-DF, aduz que:

1.1) O Estado Puerperal se refere não a uma única condição psiquiátrica que ocorre na mulher durante o período de puerpério, mas basicamente a três níveis de alteração do estado psíquico:

- “Maternity blues”: trata-se de uma alteração psíquica transitória, de curta duração (em torno de poucos dias), caracterizada essencialmente por alterações leves de humor, com choro e irritabilidade, que pode ocorrer em até 50 % das mulheres. Esse estado não afeta a capacidade de entendimento ou determinação da mulher.

- Recidiva de doença psiquiátrica ou primeiro surto de uma doença mental: trata-se de um quadro psiquiátrico preexistente ou da eclosão de um transtorno psiquiátrico num momento de maior vulnerabilidade da mulher. Um exemplo seria a reagudização de uma doença esquizofrênica preexistente. A alteração da capacidade de entendimento ou de determinação trará o ato cometido para o artigo 26 do código penal.

- Psicose puerperal: trata-se de uma condição rara, ocorrendo entre 1 a 2 nascimentos por mil. As manifestações clínicas podem surgir alguns dias após o parto, apesar de o tempo médio de início ser de duas a três semanas. As pacientes queixam-se de fadiga, inquietação, podendo apresentar uma instabilidade emocional. Surgem posteriores desconfiças, confusão e incoerência, com preocupações obsessivas sobre a saúde do bebê. Na metade dos casos, surgem delírios e, em um quarto deles as alucinações podem se fazer presentes.

1.2) O nexa causal com a consumação do delito, no sentido de diminuir ou anular a sua imputabilidade, não está necessariamente presente no estado puerperal, mas, sim, nos casos em que se observa um comprometimento da capacidade de entendimento e/ou determinação da mulher. Nesses casos, o artigo 26 prevalecerá sobre o artigo 123, ambos do código penal.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 372.

<sup>38</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 51.

Ademais, a Dra. Rita Elizabeth da Mota Britto Rocha, psicóloga forense, em seu parecer, explica sobre a dinâmica do estado puerperal no organismo materno:

[...] O humor da puérpera é extremamente flutuante, passando da euforia à irritação profunda e depressão. Ocorre uma rejeição explícita à criança associada à dificuldade de manter intimidade com ele, passando a considerar o fato de ser mãe como uma escravidão.

Essa desorientação do humor tem fundo principalmente endocrinológico, causada pela grande mudança hormonal que a mulher sofre após o nascimento do filho. Devemos considerar ainda a ocorrência de fatores predisponentes na mãe que manifesta este tipo de patologia, e que geralmente mostra sinais de depressão, angústia, ou transtorno bipolar do humor em sua curva vital. Desta forma a mulher vivencia um estado de confusão, como se tivesse perdido partes importantes de si mesma, sendo este, portanto o significado mais doído do parto e que se não for bem elaborado, pode trazer uma depressão muito mais intensa à puérpera, um sentimento ambivalente entre vida e morte, percebidos como ganho ou perda, e, nos casos em que prevalecer o sentimento de perda ou morte, ocorre o quadro depressivo.

[...] A característica principal desta é a rejeição ao bebê, na qual a mãe sente-se confusa e ameaçada por ele, como se fosse um inimigo em potencial. Surgem então sintomas de apatia, abandono de hábitos de higiene e cuidados pessoais, pode ocorrer insônia, inapetência e aparecem ideias persecutórias ligadas ao bebê.<sup>39</sup>

Diante do exposto, é evidente que toda mulher que passa pela gestação, é acometida pelo estado puerperal.

Todavia, é necessário o discernimento de que em algumas mulheres, os impactos dessas alterações advindas do puerpério são de tamanha intensidade que são capazes de dirimir, por completo, sua capacidade de entendimento.

Nesse sentido, como já demonstrado, os efeitos do puerpério são capazes de fazer com que a mãe sinta apatia, profunda tristeza, raiva, depressão e, no ápice de suas emoções – imbuída pelo estado puerperal – tirar a vida do recém-nascido.

Entretanto, não há como conceber que essa mãe, tenha agido de forma dolosa, ou seja, que ela teve a vontade, a intenção, o propósito de tirar a vida do

---

<sup>39</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 52.

próprio filho. Pelo contrário, essa mulher, embora agente do crime de infanticídio, foi vítima de um surto psicótico, advindo de alterações hormonais desordenadas e anormais em seu organismo.

Isto posto, como consentir que o elemento deste tipo penal seja o dolo, quando, na verdade, a agente não tinha o total controle de suas ações?

Se, o estado puerperal tem o condão de afetar a manifestação de vontade da agente, não há que se falar em conduta dolosa.

Acresça-se, ainda, os ensinamentos de Ferrajoli:

Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não poderá ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e querer.<sup>40</sup>

Desde logo, resta claro que a atual configuração do infanticídio, tipificado no art. 123, do Código Penal é incoerente e, por óbvio, inadequada, vez que a mãe não age na totalidade de seu entendimento, e, por isso, não há dolo – vontade – em sua conduta, não podendo ser considerado um crime doloso contra a vida.

Imperioso mencionar também que não há culpa no crime de infanticídio.

De acordo com Giuseppe Maggiore<sup>41</sup> culpa é a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico, não desejado, mas previsível e, excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção ser evitado.

É oportuno ressaltar que de acordo com o Código Penal, para caracterizar o crime de infanticídio, a morte do feto ou recém-nascido deve ocorrer sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. E, ao tipificar o delito, o legislador não previu a modalidade culposa.

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 447.

<sup>41</sup> MAGGIORE, Giuseppe. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2. p. 264.

Outrossim, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 18, do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando pratica dolosamente”.

Ademais, está lá no Código Penal brasileiro, artigo 18, inciso II, que o crime é “culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, circunstâncias que evidenciam a taxatividade da conduta culposa, ou seja, determinada conduta somente poderá ser intitulada como culposa se, e somente se, o agente tiver sido negligente, imprudente ou imperito, hipóteses que são incoerentes com o tipo penal em análise.

Desta forma, comprovando está que não há infanticídio na modalidade culposa.

Questiona-se, então: Se o infanticídio é um crime sem dolo e sem culpa porque é considerado um crime? Quais alicerces encontrou o legislador ordinário para fundamentar este tipo penal?

O que se observa é que indubitavelmente existe uma lacuna normativa que circuncida tal temática e impõe evidente abstração.

### **3 A INADEQUAÇÃO LEGISLATIVA DO TRATAMENTO PUNITIVO DO CRIME DE INFANTICÍDIO.**

Como já explanado no presente artigo, o infanticídio é considerado um delito de extrema oscilação valorativa ao longo dos tempos. Na Grécia Antiga, já foi permitido como prática social, no período-intermediário, caracterizado pela influência do Cristianismo no direito romano, a conduta foi brutalmente reprimida e, atualmente, é sancionado como conduta típica, ou seja, é um delito penal autônomo de denominação jurídica própria na legislação criminal.

Todavia, esse tipo penal, previsto no artigo 123, do CP é indubitavelmente instável juridicamente. Tal fato se justifica por absolutas impropriedades técnicas



existentes em seu *caput*, o que traduz aplicação jurídica inconsistente, por desconhecimento teórico sobre a temática em questão.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que o atual critério adotado para determinar este tipo penal (estado puerperal e puerpério) é o critério biopsicológico, em detrimento de uma perspectiva anterior que se baseava na honra.

Contudo, o critério biopsicológico, como pilar do estado puerperal, é um estado inconsistente, ou seja, não há uma uniformidade sintomática. E, como já mencionado no presente trabalho, o estado puerperal é de difícil comprovação por exames periciais, vez que em cada mulher se manifesta de uma forma diferente, não havendo solidez sintomática.

O legislador ordinário trouxe a previsão de duas elementares para o tipo penal em questão, quais sejam: “durante o parto ou logo após”. Tais elementares constituem evidente incoerência e inadequação, posto que o puerpério corresponde a fase pós-parto e não durante o parto.

Ademais, o “logo após” é núcleo de grande divergência doutrinária, posto que a durabilidade do estado advindo do puerpério não é determinada ou precisa, sendo que o puerpério só se encerra quando acabam as modificações advindas da gravidez no organismo materno, possuindo, inclusive, três classificações : imediato (do 1º ao 10º dia), tardio (do 10º ao 45º dia) e remoto (a partir do 45º dia).

Nesse sentido, o “durante o parto ou logo após” são elementares incoerentes com o tipo penal em análise, revelando o raso conhecimento técnico e teórico sobre o tema no momento da elaboração da norma penal incriminadora.

Sob a instabilidade jurídica e impropriedades técnicas que se extraem do tipo penal do art. 123, do CP, ensina o Dr. Malheiros: “O critério biopsicológico, tendo como

alicerce o Estado Puerperal, influente durante e logo após o parto, não tem consistência pétrea, o que desnuda o infanticídio, levando-o à instabilidade jurídica”.<sup>42</sup>

Ademais, como já abordado, o elemento subjetivo do tipo penal é inexistente, porque o estado puerperal afeta diretamente a manifestação de vontade da agente, e, se não há manifestação de vontade, não há dolo.

Também não há culpa, por ausência de previsão legislativa e porquanto a culpa só existe quando há imprudência, negligência ou imperícia, hipóteses que não condizem com o tipo penal de infanticídio.

Nesse diapasão, se não há dolo ou culpa não tem fundamento que sustente o crime na disposição vigente!

Malheiros, em sua obra, cita o posicionamento de Oswaldo Pátaro e menciona que a solução jurídica para a mãe que mata o seu filho sob influência do estado puerperal, inegavelmente deve ser a imputabilidade ou a semi-imputabilidade, mas, nunca, a criação de uma nova espécie delituosa.<sup>43</sup>

O que se observa é que na ânsia de dar uma resposta a sociedade, o legislador criou de forma arbitrária e sem conhecimento técnico no assunto, um tipo penal sem fundamentação que visa meramente “punir” uma conduta considerada imoral pela sociedade, esquecendo-se que não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral.

Para o legislador, não se trata da punição pela reprovação da conduta da vontade da agente. É a punição da agente.

---

<sup>42</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 93.

<sup>43</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio**: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005. p. 50.

Tal fato caracteriza o chamado direito penal do autor, e não direito penal do fato, o que remonta a inerente seletividade do tipo penal, que mesmo sem densidade normativa, criminaliza uma conduta e visa punir, não o ato praticado, mas a agente.

Em relação ao direito penal do autor, afirma Zaffaroni:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do auto, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual.<sup>44</sup>

Destarte, não pode o Estado selecionar àquelas que serão alvos da norma penal incriminadora, quais sejam: as mulheres, que após os distúrbios naturais do puerpério e estado puerperal cometem o infanticídio.

Retomando a indagação: Qual o sentido de manter o delito tipificado no art. 123, do CP na atual configuração? Seria meramente punir essa mulher (vítima de um surto psicótico) para dar uma resposta à sociedade?

O delito tipificado no art. 123, não só é inadequado legislativamente – vez que o legislador não soube determinar o que seria o estado puerperal, o que seria considerado como “durante o parto ou logo após” – como também não existe elemento subjetivo que alicerce esse tipo penal, pois, como já exposto, não há dolo e nem culpa.

O crime de infanticídio é um tipo penal que não se sustenta no atual ordenamento jurídico. Todavia, o que se percebe é o Estado que não almeja punir o crime, e sim, a agente do crime.

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1. p. 113.

### 3.1 Princípio da coculpabilidade do estado em relação ao dever de assistência aplicado ao infanticídio.

Consoante ao explicitado anteriormente, é evidente a seletividade deste tipo penal, em que não se busca punir a ação tida como “criminosa”, mas sim, a mulher que cometeu a ação, caracterizando o direito penal do autor e não o direito penal do fato.

Nesse ínterim, verifica-se uma anomalia enraizada no *jus puniendi*, qual seja: a seletividade do direito penal brasileiro, vez que o direito penal tacha seus indivíduos, criando estereótipos criminais, etiquetando as camadas sociais mais frágeis, vulneráveis e hipossuficientes, como por exemplo, as mães que engravidam sem o consentimento da família e as mães solteiras e sem o mínimo de aparato social.

Rogério Greco explica que:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado.<sup>45</sup>

O que se faz de extrema importância nessa análise é o entendimento de que a maior quantidade de incidência de casos de infanticídio, ocorre nas camadas mais frágeis e vulneráveis da sociedade.

São àquelas mães, em sua maioria, adolescentes e jovens que ainda não possuem o menor entendimento do que é uma gravidez, são àquelas mulheres abandonadas pelo seu núcleo familiar pelo simples fato de estarem grávidas, são àquelas mulheres das camadas mais hipossuficientes que muitas vezes não têm nem o mínimo para manter sua própria dignidade e muito menos de um filho. E são essas

---

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1. p.141.

mães que passam os nove meses de gravidez sofrendo assédios, abusos psicológicos e muitas vezes não têm a menor estrutura física, emocional ou financeira para suportar tal cenário.

Se o estado puerperal e o puerpério são realidades inerentes à qualquer gestação, o que dizer de uma gestação sem o mínimo de dignidade?

A reflexão a ser feita é que o Estado, no momento em que deveria cumprir o seu dever de assistência com as gestantes em todo o período de pré-natal, oferecendo a necessária assistência psicológica, médica e o mínimo de auxílio financeiro, se revela um Estado omissivo e negligente. Contudo, é esse mesmo Estado que se mostra “eficaz” no momento de punir essas mulheres que cometem infanticídio.

Sob essa temática, não se pode deixar de mencionar no presente trabalho, os ensinamentos de Zaffaroni no que condiz ao princípio da coculpabilidade do Estado em relação ao seu dever de assistência. Ou seja, muitas vezes, a ausência do Estado auxiliando essas mães, em situações precárias e vulneráveis, contribui diretamente para a maior incidência deste tipo penal.

Eugênio Raúl Zaffaroni desenvolveu a Teoria da Coculpabilidade, apresentando ao direito moderno os ideais difundidos por Jean Paul Marat.

Em seus ensinamentos, Marat defendia que quando um indivíduo é marginalizado pela sociedade, não possuindo qualquer garantia de direitos fundamentais respeitados pelo Estado, também não seriam obrigados a respeitar a lei, nem suscetíveis às suas sanções.<sup>46</sup>

Nesse sentido, em linhas gerais, o princípio da coculpabilidade é um princípio moderno que tem por base a responsabilidade compartilhada entre o Estado e o agente que infringiu determinada norma penal, quando por ausência do próprio

---

<sup>46</sup> BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. – Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. p. 80.

Estado, o agente age por uma necessidade, falta de assistência ou até mesmo por falta de orientação para que possa se autodeterminar como rege a lei.<sup>47</sup>

Assim, de acordo com Grégore Moura:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal [...] portanto, a co-culpabilidade é uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito na nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandono pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico social.<sup>48</sup>

Destarte, no atual contexto de saúde pública do país, observa-se que o Estado se abstém do seu dever de assistência e cuidado, sendo, portanto, corresponsável pelos casos de infanticídio.

O Estado é culpado quando deixa de acompanhar as mães nas fases pré-natal, quando obriga que a genitora fique por 48 horas ou mais em trabalho de parto simplesmente porque as cesárias geram mais custos para o país, o Estado é culpado por não providenciar o mínimo de estrutura psicológica e social para essas parturientes.

Por fim, resta claro que o Estado é negligente em relação ao seu dever de assistências às gestantes, e, em contextos de hipossuficiência a falta de recursos e a omissão estatal são os principais fatores que influenciam na infeliz ocorrência desse tipo penal.

---

<sup>47</sup> BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais**: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler. – Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015. p. 81.

<sup>48</sup> MOURA, Grégore. **Do Princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Ed. Impetus, 2006. p. 37.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as divergências e incongruências que gravitam em torno do universo do infanticídio, sobretudo no tocante aos critérios tipificadores do delito, observa-se que a atual configuração do delito e a conseqüente criminalização deste tipo penal é inadequada.

Como demonstrado neste trabalho, o estado puerperal não se trata de uma mera ficção científica. O estado puerperal constitui uma espécie de surto psicótico que altera por completo o entendimento da parturiente, sendo caracterizado por um estado de profunda apatia, depressão, irritabilidade, tristeza, e, no ápice dessas alterações hormonais, imbuída por este estado, a mulher pode chegar inclusive a tirar a vida do recém-nascido.

Todavia, o estado puerperal não possui uma solidez de sintomas, sendo considerado, em sua maioria, um estado assintomático, e, por este motivo chamado de “*crucis peritorium*”, ou seja, a cruz do perito, em razão da extrema dificuldade em caracterizar que aquela mulher foi acometida pelas severas influências deste estado psicótico.

Muitas mulheres apresentam febres altíssimas, não se lembram de ter retirado a vida do seu filho, apresentam um quadro de frieza e apatia, o que, de fato, configura alguns dos sintomas do estado puerperal.

Contudo, como consentir que uma norma penal incriminadora tenha como elementar, um estado tão abstrato e impreciso que não é unânime nem na própria doutrina da medicina obstetrícia? Tal fato não configura uma evidente instabilidade e insegurança jurídica?

As inadequações deste tipo penal, não param por aí. Outro elementar que indica verdadeiro desconhecimento técnico é “durante o parto ou logo após”, uma vez que a terminologia encontra-se equivocada. Se o puerpério só ocorre após o parto, não há que se falar em “durante” o parto. Além disso, o “logo após” também constitui uma impropriedade técnica, porquanto o legislador não determinou um lapso temporal preciso, nem tampouco, a medicina obstetrícia é unânime em precisar qual período

em que os efeitos do puerpério se extinguem no corpo da mulher, podendo ser de forma imediata (do 1º ao 10º dia após o parto), tardia (do 10º ao 45º dia) e remota ( a partir do 45º dia).

Noutro giro, o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo. Entretanto, como exaustivamente mencionado, se o estado puerperal afeta diretamente a capacidade e a manifestação de vontade da agente, não há dolo, logo, não é um crime doloso contra a vida, porquanto não há manifestação de vontade. Também, não pode ser considerado um crime culposo porque não há os elementos próprios da culpa, previstos no art. 18, inciso II, do CP, quais sejam: imprudência, negligência ou imperícia.

Se não há dolo ou culpa no crime de infanticídio, não existem fundamentos que o sustentem na atual configuração jurídica, não sendo, portanto, capaz de ser considerada uma conduta criminosa.

Mesmo com todas as inconsistências e impropriedades técnicas, o infanticídio permanece no Código Penal brasileiro, e em análise, observa-se que mesmo não tendo alicerce normativo, este tipo penal visa punir não a ação, mas a agente do fato, configurando o direito penal do autor e não o direito penal do fato.

Se o Direito Penal seleciona alguém e não algo para punir, caracterizada está a seletividade penal.

É importante ainda ressaltar que a maior incidência dos casos de infanticídio, é nas camadas mais vulneráveis e hipossuficientes da população, que sofrem com a ausência e negligência estatal. Não obstante, o mesmo Estado que se revela ausente e omissivo em relação ao seu dever de assistência e cuidado com essas mães, que muitas vezes não possuem o mínimo para a sua dignidade, é o mesmo Estado que se mostra presente no momento de punir àquela que cometeu algo intitulado como crime, o que caracteriza a coculpabilidade do Estado, ou seja, a responsabilidade compartilhada da agente e do Estado pela ocorrência do delito.

Assim, tecnicamente falando, o infanticídio, na configuração hodierna, revela-se um tipo penal que apenas injustamente, deixando lacunas, abstrações, margens



largas e turvas, o que se revela na aplicação de um direito com inúmeras inseguranças e instabilidades jurídicas, um direito sinuoso, em detrimento do *“fumus boni juris”*.

Por conseguinte, a descriminalização do infanticídio contribuiria para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro, o que viabilizaria a aplicação de um direito com maior adequação social e menor instabilidade e abstrações jurídicas.

## REFERÊNCIAS

- ARGACHOFF, Mauro. **Infanticídio**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- BAYER, Diego Augusto (org.). **Controvérsias criminais: estudos em homenagem ao professor doutor Edmundo S. Hendler**. - Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1.
- HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo Código Penal: Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo, 1970. v. 13.
- LIMA, Paulo de Tarso Melo. **A descriminalização do infanticídio**. 2003. Tese (Curso de Especialização em Processo Penal) - Universidade Federal do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2003.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. São Paulo: Edipro, 2001.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.
- MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: análise crítica e sugestões para mudança da norma penal**. 2005. Tese (Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005.

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

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Ed. Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.