



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO LESIONE ROCHA

**O INFANTICÍDIO PRATICADO POR MULHER COM
DEFICIÊNCIA MENTAL**

FORTALEZA

2011

JOÃO LESIONE ROCHA

**O INFANTICÍDIO PRATICADO POR MULHER COM
DEFICIÊNCIA MENTAL**

Monografia submetida à apresentação à banca examinadora como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Victor Hugo Medeiros Alencar

FORTALEZA

2011

JOÃO LESIONE ROCHA

O INFANTICÍDIO PRATICADO POR MULHER COM DEFICIÊNCIA MENTAL

Esta monografia foi submetida à Coordenação do Curso de Direito, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e encontra-se à disposição aos interessados na Biblioteca da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que feita de acordo com as normas de ética científica.

Defesa em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Victor Hugo Medeiros Alencar, Mestre.
Professor Orientador

Prof. William Paiva Marques Júnior, Doutorando.
Membro da Banca Examinadora

Prof. Tibério Carlos Soares Roberto Pinto, Mestrando.
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, pai todo poderoso, protetor, fonte inesgotável de sabedoria.

Aos meus pais José Cefeur Rocha e Francisca Hilda da Rocha, que diante de inúmeras dificuldades souberam criar os filhos de maneira digna. Exemplo de coragem, ousadia, obstinação por seus incentivos e imprescindibilidade na realização de meus sonhos, já que nas lutas da vida são meus pilares; nas derrotas, meus ombros consoladores; e nas vitórias, meus maiores torcedores.

Aos meus avós Rita de Cássia Rocha e José Rubens Rocha (*in memoriam*), e Raimunda Marques da Rocha, Francisco Antônio de Souza (ambos *in memoriam*).

Aos meus queridos e amáveis filhos Vanessa Islane, Italo Lesione e Ívina Isadora, razão da minha busca incessante por um maior espaço nessa sociedade tão desumana e capitalista.

Aos meus irmãos Nasion, Maria Alda e Maria Valneide, por terem feito parte de minha infância, das brincadeiras que eram tão saudáveis, saudade de um tempo que não volta jamais.

Aos meus sobrinhos e afilhados, em especial a Bruna Veridiana, minha primeira sobrinha.

À minha amiga Verônica, pessoa de grande caráter, que sempre tem me orientado com suas sábias palavras, objetivando vencer as dificuldades do dia a dia, ensinando-me a nunca desistir.

Ao casal Nazareno Oliveira e Herbeni, em especial ao professor Nazareno que acreditou no potencial do meu filho Italo Lesione, dando-lhe uma oportunidade para que ele um dia possa caminhar com suas próprias pernas.

À minha amiga Lastênia Queiroz que foi e continua sendo muito importante para minha família.

Aos professores William Marques e Tibério Carlos que aceitaram fazer parte deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

Ao meu grande amigo Dr. Victor Hugo, pessoa de caráter inestimável, de tamanha simplicidade, que apesar da condição social é muito simples e acessível. Mesmo com seus inúmeros compromissos nacionais e internacionais, dedicou parte do seu precioso tempo a orientação deste trabalho monográfico.

Ao meu amigo de longos anos Dr. José Monteiro Neto, pessoa simples e possuidor de um coração muito valioso.

À professora Vanusa Lima, que realizou a correção ortográfica deste trabalho, mostrando-se sempre muito acessível e compromissada naquilo que faz.

Aos meus amigos João de Deus, Clézio e Xerez que muito me ajudaram em Sobral.

À minha inesquecível professora Lúcia da 4ª série do nível fundamental.

RESUMO

O crime de infanticídio é um delito praticado pela mãe da vítima no estado puerperal. O infanticídio é considerado crime próprio, pois para muitos doutrinadores é espécie de homicídio privilegiado. Neste discute se pode haver coautoria ou participação de terceiro, comunicando-se ao coautor ou partícipe as condições elementares do tipo – mãe em estado puerperal como sujeito ativo. A conduta típica é a de matar de forma livre, podendo ser praticado por omissão, como a falta de ligadura do cordão umbilical. Certamente o crime de infanticídio exige que a mãe esteja sob a influência do estado puerperal. Este estado vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições normais, havendo discordância quanto a seu limite de duração. Este crime não isenta a pessoa que pratica com benéficas da Lei, ou seja, os incapazes absolutos e relativos, pois a legislação pátria tratou de punir, de forma mais branda, estes infratores, no caso as medidas de segurança, portanto, aquela(e) que praticar a ilicitude do infanticídio irá, de acordo com seu grau de capacidade e a legislação específica, responder pelo ato praticado.

Palavras-chave: Infanticídio privilegiado. Coautoria. Partícipe. Puerperal. Incapazes absoluto e relativo. Medida de segurança.

ABSTRACT

Infanticide is a crime committed by the victim's mother in the puerperal condition. Infanticide is a crime itself and for many doctrinaires is a privileged type of murder. In this paper was discussed whether there might be co-author or the participation of a third person, communicating to the co-author or to the participant the basic conditions of the crime - mother in puerperal condition as an active subject. The typical conduct is to kill free-form, which can be committed by omission, as do not connect umbilical cord. Certainly the infanticide crime requires that the mother is under the influence of the puerperal condition. This state can start with the decoupling and expulsion of the placenta until the mother's body back to normal conditions, but there is disagreement as its limits duration. This crime does not exempt a person who practices it with beneficial law, in the other words, the absolutes and relatives incapables, because our legislation punishes these offenders milder form, in these cases with security measures, so the person that practices a infanticide will, according to their degree of capacity and specific legislation, respond to the act performed.

Keywords: Privileged infanticide. Co-authoring. Accomplice. Puerperal condition, absolute and relative incapable. Measure of security.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO	11
2.1 Elementos Privilegiados	12
2.1.1 <i>Compreensível emoção violenta que domina o agente</i>	12
2.1.2 <i>Compaixão</i>	13
2.1.3 <i>Desespero</i>	14
2.1.4 <i>Motivo de relevante valor social ou moral</i>	15
2.1.5 <i>Sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima</i>	16
2.2 Infanticídio como Homicídio Privilegiado	22
2.3 Comunicabilidade da Elementar “Estado Puerperal”	23
3 DELICTUM EXCEPTUM UM CRIME DOLOSO DE PENALIDADE ATENUADA	22
3.1 Aspectos Históricos	23
3.2 A Questão Legal	25
3.3 O Crime de Infanticídio	25
3.4 Os Sujeitos do Crime	28
3.5 A Ação Penal	30
4 MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA NO BRASIL	36
4.1 Conceito de Medida de Segurança	37
4.2 Tipos de Medidas de Segurança	38
4.3 Inimputável e Semi-imputável	40
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

1INTRODUÇÃO

Este trabalho irá abordar, de forma sistemática, por meio de pesquisa bibliográfica, o crime de Infanticídio tipificado no Artigo 123 do Código Penal Brasileiro vigente, praticado por mulher que apresenta visível deficiência mental.

O infanticídio é um crime próprio, haja vista somente a mãe poder ser sujeito ativo da conduta criminosa descrita no tipo, pois se exige qualidades especiais, ou seja, ser mãe, embora, segundo muitos doutrinadores, entendem permitir a coautoria, bem como somente o nascente poder ser sujeito passivo.

A norma penal de extensão do artigo 25, do Código Penal, reza que "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". Assim, quem concorre para a prática do infanticídio, deve submeter-se à sanção imposta, que é: pena de detenção, de dois a seis anos.

Como o Código Penal vigente adotou a fórmula fisiopsicológica na conceituação do delito, afastou a possibilidade de terceiros, como pai incestuoso ou adúltero, irmãos, parentes, parteira, alegando motivo de preservação da honra, buscarem eliminar a prole indesejada.

Todavia, as legislações que adotam o critério psicológico para definição do crime podem estender a outras pessoas, que não a mãe da vítima, o privilégio da minoração da pena, a exemplo do que ocorre nos ordenamentos jurídicos argentino, italiano e francês, que não é o caso do Brasil.

O objeto jurídico do tipo penal é a preservação da vida humana, em que o crime se consuma com a destruição da vida, pelo fato de ser um crime material, pois o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. É um delito que pode ser praticado por qualquer meio, admitindo-se somente a sua forma dolosa, devido à inexistência da forma culposa.

Apesar de há muitos anos o crime de infanticídio ser tipificado em países da Europa Ocidental, no Brasil, no ano de 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império, tendo este em seu Artigo 192 regulado o infanticídio da seguinte maneira: "Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua honra – pena de prisão com trabalho de 1 a 3 anos".

Esta mesma legislação, em seu Artigo 197, sancionou a conduta cometida por terceiros contra recém-nascido da seguinte forma: “Matar algum recém-nascido: penas – de prisão por 3 (três) a 12 (doze) anos e de multa correspondente à metade do tempo.”

Já após a proclamação da República, com a promulgação do Código Penal em 1890, tratava, no *caput* do Artigo 298, do infanticídio, como se vê: “Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos quer recusando a vítima os cuidados necessários à manutenção à vida e a impedir sua morte”. Nesse caso, a pena era de 6 a 24 anos de prisão celular, caso fosse cometido por estranhos ou parentes da vítima, e de 3 a 9 anos de prisão celular, caso fosse cometido pela mãe para ocultar desonra própria. Neste se percebe o acréscimo da pena para este tipo de delito.

Diante de discussões que o presente tema pode suscitar acerca da prática de crime de infanticídio, foi o que motivou a pesquisar sobre tal ilícito, analisando suas fases históricas e quais pessoas estão passivas da sanção penal e, sobretudo, a deficiente mental em seu estado puerperal.

Esta pesquisa objetiva estudar o crime de infanticídio e a aplicabilidade do Artigo 123, do Código Penal Brasileiro, sobre a ótica da legislação e dos tribunais, bem como da doutrina, acerca das pessoas envolvidas com deficiência mental, bem como analisar, de forma sistemática, a não aplicabilidade da pena à pessoa portadora de deficiência mental nos crimes de infanticídio tipificado no Artigo 123 do Código Penal Brasileiro.

Certamente o presente trabalho irá esclarecer o conceito de infanticídio, analisando sistematicamente o comportamento da parturiente antes, no momento e depois do parto, diferenciando a atitude da pessoa normal e da anormal, sobretudo, da mulher que apresenta o diagnóstico de doença mental.

Vale ressaltar que, por meio desta pesquisa, poder-se-á conhecer as consequências advindas da pessoa, no caso a mulher, que praticar tal ato tipificado no Código Penal Brasileiro, quando esta apresentar, de forma visível e diagnosticada pelo profissional de saúde, como uma pessoa com deficiência mental. Irá também estudar a expressão tipificada no Código Penal “durante ou logo após o parto”, tentando esclarecer essas fases e caracterizar o “estado puerperal”.

Para tanto, no decorrer desta pesquisa, discorrer-se-á sobre a prática de infanticídio por mulher com deficiência psíquica, analisando a aplicabilidade da sanção punitiva tipificada no Artigo 123, do Código Penal Brasileiro.

Ainda conforme o tema, será estudado o deficiente mental, fundamentado no Código Penal Brasileiro, bem como a imposição da medida de segurança para os inimputáveis e semi-imputáveis.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas mediante procura bibliográfica e histórica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, haja vista ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois tenciona descrever fenômenos, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procurará aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

É importante afirmar que a pesquisa qualitativa pode ser caracterizada como a tentativa de uma compreensão detalhada dos significados e características situacionais apresentadas contraposto às medidas quantitativas de características em comportamentos. O desenvolvimento de um estudo qualitativo supõe uma análise em um determinado período de tempo e espaço, a partir de um fenômeno estabelecido pelo pesquisador.

Enquanto a pesquisa bibliográfica é uma releitura de materiais já disponíveis em livros, revistas, artigos e *sites* da internet, em que foi realizada uma revisão de leitura sobre o tema abordado. Saliente-se, também, que foram selecionados os principais autores e materiais indicados ao tema de cada capítulo elaborado neste trabalho. Portanto, é a partir desses referenciais que se procurará discorrer a cerca do crime de infanticídio praticado por uma mulher com problemas mentais, principalmente, no que tange à aplicabilidade da pena para este delito no Brasil.

Dessa forma, para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

No primeiro capítulo, estudar-se-á o crime de homicídio privilegiado, tipificado no Art. 121, § 1º, do Código Penal Brasileiro. Já no segundo momento, abordar-se-á o *delictum exceptum*, um crime doloso de penalidade atenuada (infanticídio). E, finalmente, no terceiro capítulo, explorar-se-á a medida de segurança aplicada no Brasil.

2 HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

O instituto homicídio privilegiado é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, como uma causa de diminuição de pena, que será observado pelo juiz na terceira fase da aplicação da pena, e atenderá os requisitos legais que o § 1º do Artigo 121 do Código Penal, o qual assevera que "Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

Essa assertiva pode ser constatada por Rogério Greco (2008, p.141), quando o autor afirma que "*Na verdade, a expressão homicídio privilegiado, embora largamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, nada mais é do que uma causa especial de redução de pena, tendo influência no terceiro momento da sua aplicação*".

A Legislação Penal pátria, no Artigo supramencionado, trata do homicídio privilegiado, focando de forma precisa a natureza emocional, embora de maneira mais acentuada em uns casos do que em outros – a emoção violenta; a compaixão e o desespero. Já, num conceito de natureza ético-social, pode-se afirmar que é um motivo de relevante valor social ou moral.

Ainda esse mesmo Artigo assenta duas cláusulas de valoração. Uma delas é particular e refere-se apenas à emoção violenta, à compreensibilidade; e a outra é geral, visto que remete à diminuição sensível da culpa do agente. Esse Artigo ainda consagra hipóteses de homicídio privilegiado em função, em último termo, de uma cláusula de exigibilidade diminuída legalmente concretizada.

A emoção violenta compreensível, a compaixão, o desespero ou um motivo de relevante valor social ou moral privilegiam o homicídio, quando possam vir a diminuir sensivelmente a culpa do agente. Essa diminuição não pode ficar a ser nem a uma imputabilidade diminuída, nem a uma diminuída consciência do ilícito, mas a uma exigibilidade diminuída de comportamento diferente.

O homicídio emocional, para sua configuração, precisa ser analisado em seus requisitos ou elementos, atendendo-se ao previsto no Artigo 121, § 1.º, do Código Penal; portanto, o homicídio emocional dar-se-á desde que aconteça

emoção violenta do homicida; por injusta provocação da vítima; com sucessão imediata entre a provocação e a reação. Inexistindo qualquer desses requisitos, o homicídio pode ser qualquer outro, menos o definido como privilegiado por emoção e, conseqüentemente, não é passível, com base no dispositivo legal, de redução da pena previamente imposta.

Desta feita, o homicídio emocional, assim, é a extinção da vida extrauterina por um homem dominado pela violenta emoção, logo após a injusta provocação de outro homem.

2.1 Elementos Privilegiados

2.1.1 Compreensível emoção violenta que domina o agente

Ao analisar uma circunstância privilegiada do crime, como o estado emocional do autor, o Artigo 121, § 1º, do Código Penal, acentua que, o grau de emoção e a necessidade de ela se verificar no momento da prática do fato como causa do crime - foi levado a matar. Trata-se de um estado psicológico que não corresponde ao normal do agente, encontrando-se afetadas as suas vontades, a sua inteligência e diminuídas as suas resistências éticas, a sua capacidade para se conformar com a norma jurídica.

A violenta emoção, portanto, pode agir na atitude do agente de duas formas, de acordo com a Legislação Penal: dominando-o e influenciando-o. Quanto ao domínio, o agente pode alcançar a redução de um sexto a um terço da pena aplicada, desde que tenha agido logo após injusta provocação da vítima; na influência, pode ter a seu favor uma circunstância que, segundo o próprio art. 65 do Código Penal, sempre atenua a pena, independentemente do imediatismo entre provocação e efeito. Conforme se verifica a seguir.

Artigo 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – [...];

II – [...];

III – ter o agente:

- a) Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) [...];
- c) Cometido o crime [...], ou sobre violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) [...];
- e) [...].

2.1.2 *Compaixão*

Há casos de homicídio por compaixão em que o autor age em autêntica situação de desespero ou dele próxima, ou seja, a decisão homicida só surge ao fim de uma longa e desgastante luta interior que acaba por se tornar insuportável aquela situação.

A eutanásia, segundo muitos doutrinadores, enquadra-se na primeira parte do parágrafo 1º do Artigo 121, do Código Penal. Pois, nas lições de Rogério Greco (2008, p. 157),

Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença a qual está acometido, impelido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena.

Observa-se, na análise objetiva da compaixão, como se o homicídio fosse menos ilícito pela realização de um valor, embora de menor valia que a vida, a ordem jurídica quer proteger. Para tanto, esta mesma norma exige ser necessário que o motivo exerça uma forte pressão sobre o agente de forma a alterar a sua capacidade de determinação e afetar a sua vontade de diminuir as suas capacidades.

Entre a emoção e a paixão, apesar da semelhança, certamente há diferenças. Para Capez (2003), no tocante à diferenciação entre a emoção e a paixão, este leciona que, enquanto a emoção se resume a uma transitória perturbação da afetividade, a paixão é a emoção em estado crônico, ou seja, é o estado contínuo de perturbação afetiva em torno de uma ideia fixa, de um pensamento.

Vale salientar que, se a emoção se dá e passa, ou seja, se é transitória, a paixão permanece, incubando-se; se a ira momentânea configura a emoção, o ódio recalçado, o ciúme deformado em possessão doentia e a inveja em estado crônico retratam a paixão; se a emoção é o vulcão que entra em erupção, a paixão é o sulco que vai sendo, paulatinamente, cavado na terra, por força da água pluvial. A emoção é abrupta, súbita, repentina, e fugaz. A paixão é lenta, duradoura, vai-se arraigando progressivamente na alma humana, de modo a ficar impregnada permanentemente.

Na lição de Hungria (1995, p. 131), a paixão

É um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irritação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, etc.).

Certamente, o autor deixa claro isso, ao conceituar a paixão envolvida no homem pela ocasião do ato ilícito praticado. Vê-se o conjunto psíquico e fisiológico caracterizador da paixão.

De acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “Só se admite e compreende o infanticídio como *delictum exceptum*, punido diversamente do homicídio comum e com pena mitigada, quando há motivo de honra e a vítima é o recém-nascido”.¹

O mesmo Tribunal acrescenta:

Para caracterização do crime de infanticídio, é necessário que a mãe esteja agindo sob a influência do estado puerperal, ou seja, que o delito ocorra logo após o parto ou imediatamente após, sem intervalo, de modo que, ultrapassado tal lapso temporal conseqüentemente o puerpério, responderá pelo crime de homicídio, no caso em sua forma tentada.²

2.1.3 Desespero

Embora muito próximo da emoção violenta, distingue-se dela porque coincide, em geral, com situações que se arrastam no tempo, fruto de pequenos ou

¹TJ. RT, São Paulo: 581/291.

² TJ. RT, São Paulo: 757/530.

grandes conflitos que acabam por levar o agente a considerar-se numa situação sem saída, deixando de acreditar, de ter esperança. A lei certamente não exige apenas que o agente esteja desesperado, mas que tal desespero diminua sensivelmente a sua culpabilidade.

Os casos de desespero não podem identificar-se com os casos de emoção violenta compreensível quanto ao fundamento da atenuação. Nos casos de desespero, o Artigo 121, § 1º, do Código Penal, além dessa emoção, exige que ela diminua consideravelmente a culpa, o que só se poderá entender se levar em conta os motivos do autor. Motivos que têm a ver com o amor maternal ou a salvaguarda da própria dignidade, em casos em que não é exigível que alguém suporte um tal grau de humilhação que ponha em causa aquela dignidade.

2.1.4 Motivo de relevante valor social ou moral

É o homicídio praticado por relevante valor moral, que diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. Assim, como, por exemplo, o pai que mata o estuproador de sua filha. É um crime que atenua a pena suportada pelo infrator. Segundo Rogério Greco (2008), é “um motivo egoisticamente considerado”.

Segundo o Artigo 65, do Código Penal, “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - **ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.**” (grifou-se).

Atenuante que serve para amenizar a pena daquele que comete um delito que diz respeito a um interesse coletivo, respaldo moral ou social.

Para Greco (2008, p. 156),

Motivo de relevante valor social ou moral → Como se depreende da leitura da primeira parte do aludido parágrafo, primeiramente, o motivo que impeliu o agente a praticar o homicídio deve ser relevante. O primeiro raciocínio a ser feito, portanto, diz respeito à comprovação da relevância. Caso não seja relevante, isto é, não goze de certa importância, coletiva ou individual, mesmo que tenha valor social ou moral, não poderá servir como causa de diminuição de pena.

Não poderão estar em causa apenas os valores sociais dominantes ou a moral dominante. Em qualquer caso, a cláusula há de ter conteúdo objetivo. Esse conteúdo deve ser positivamente valorado, sob pena de se abrir porta a todo o tipo de fanatismos ou de fundamentalismos. Está aqui em causa uma menor ilicitude, dado o valor que a ordem jurídica atribui àqueles motivos. Porém, esse menor grau de ilicitude não basta para fundamentar o privilégio, funcionando como mero indício da diminuição sensível da culpa. Também se exige que o agente esteja dominado pelos motivos em causa, para que eles revistam um carácter de essencialidade e, por isso, afetem o seu normal discernimento e a sua capacidade de se determinar de acordo com essa vontade.

2.1.5 Sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima

A segunda parte do parágrafo 1º do Artigo 121, do Código Penal, determina a redução da pena nos casos em que o agente age sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Como visto, são várias situações as quais implicam que o agente possa ter o direito subjetivo de ver sua pena diminuída, quais sejam: sob o domínio; violenta emoção; logo em seguida; injusta provocação da vítima. Portanto, necessário se faz que o agente, ao praticar um crime dito privilegiado, esteja completamente amparado nestes elementos, caso contrário, sua pena não será diminuída.

Nas palavras de Greco (2008, p. 158), “A punição daquele que atua sob o domínio de violenta emoção se compatibiliza com a regra contida no inciso I do Artigo 28 do Código Penal, que diz não excluir a imputabilidade penal a emoção ou a paixão.”

Desta feita, com bem explica Greco (2008), a legislação pátria, no mencionado inciso, não adota a emoção ou a paixão, como causas de exclusão da culpabilidade do infrator.

Desse modo, o homicídio privilegiado acontece quando o agente pratica um homicídio sobre a influência dos elementos que autorizam a diminuição da pena, fora isto, o infrator responderá de conformidade com o grau do dolo agido naquela situação, seja simples ou qualificado.

2.2 Infanticídio como Homicídio Privilegiado

O infanticídio é delito autônomo, mas a qualificação doutrinária o entende como um homicídio privilegiado, pois a mãe tem o “privilégio”, por estar passando por condições especiais, que a levam a matar o próprio filho.

No Código Penal Brasileiro de 1940, sob influência do Código Penal Suíço de 1937, o crime de Infanticídio passou a conter em sua definição um critério fisiológico em vez do psicológico presente nas leis anteriores, figurando no Art. 123 do referido Diploma Legal Brasileiro como: "matar, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após"; sendo que, para este delito, a pena cominada é a de detenção por dois a seis anos. Assim, o Sujeito Ativo é a mãe, embora seja admitida a hipótese de Concurso de Agentes.

O legislador tipificou o crime de infanticídio como *delictum exceptum*, para privilegiar a mãe, sujeito ativo do ilícito (crime próprio), que vem a ceifar a vida de seu filho, durante o estado puerperal. Tal ilícito é considerado um dos temas mais controversos na atualidade, por existirem diferentes posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência acerca do assunto.

Desta feita, o legislador entende que este delito, o infanticídio, é um homicídio privilegiado cometido pela mãe contra o recém-nascido, estando esta em condições fisiológicas especiais. O legislador compreende, então, que o delito descrito no Artigo 123, do Código Penal Brasileiro (CPB), é de fato menos grave que o homicídio simples, merecendo, assim, um tratamento diferenciado do Homicídio.

Certamente esta posição não é unânime, pois, é de ressaltar que há divergência quanto o infanticídio ser tratado como homicídio privilegiado na doutrina brasileira, em que cada autor defende sua posição quanto sim ou não do privilégio,

na mesma forma como há divergência quanto à comunicabilidade da pena para a coautoria ou partícipe no crime de infanticídio.

Na verdade, os Códigos Penais de 1830 e 1890 equiparavam o infanticídio ao homicídio simples, privilegiando, por vezes, o infanticídio com a minoração da pena, mesmo sem exigir o motivo da ocultação da desonra própria ou a presença da mãe da vítima na autoria do delito, e, outras vezes, imputando a ambas as condutas ilícitas a mesma previsão penal.

Com a instituição do Código Penal de 1940, no Artigo 123, o delito de infanticídio teve tratamento diverso das legislações brasileiras anteriores, passando a fundamentar o delito no critério psicofisiológico do estado puerperal. Já não se falava na motivação da honra.

O Artigo 123, do Código Penal Brasileiro vigente, aduz que “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto, ou logo após: Pena – detenção de 2 a 6 anos”.

Conforme Jesus (1998, p.92) preleciona,

O infanticídio, em face da legislação penal vigente, não constitui mais forma típica privilegiada de homicídio, mas delito autônomo com denominação jurídica própria. Entretanto, o infanticídio não deixa de ser, doutrinariamente, forma de homicídio privilegiado, em que o legislador leva em consideração a situação particular da mulher que vem a matar o próprio filho em condições especiais.

Nota-se que o autor menciona a forma de homicídio privilegiado quando se tratar de crime praticado pela mulher em situações especiais que é o caso do estado puerperal.

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 pela influência do chamado estado puerperal, sob inspirações dos Códigos Polonês e Dinamarquês, delimitado no tempo entre o parto e o lapso de seus momentos posteriores.

É importante ressaltar também, no que tange ao tema desta pesquisa, as condições psicológicas da mulher que venha praticar um delito desta forma, quando, além do estado puerperal, há a deficiência mental.

O infanticídio, no Brasil, tem sofrido modificações quanto à aplicabilidade do Artigo 123, do Código Penal Brasileiro, no qual se pode frisar que a primeira legislação pátria, ao tratar do assunto, não diferenciava o crime de infanticídio com o de homicídio, porém o primeiro era penalizado com mais rigor.

Como já mencionado, no Século XVIII, o ilícito de infanticídio passou a ser tratado como homicídio de natureza privilegiada, objetivando beneficiar a mulher parturiente. Isto ocorreu, sem dúvidas, com a influência de novas ideias interligadas ao Direito Natural.

Vale salientar que o infanticídio na ideologia da filosofia do Direito Natural era visto como defesa da honra da mulher, justificando a aplicabilidade do homicídio privilegiado. Posteriormente, passou a adotar o estado físico-psicológico como elemento do crime, necessitando, todavia, que seja praticado pela mãe parturiente influenciada pelo estado puerperal, ocasionando a morte de seu filho.

Com relação ao chamado estado puerperal, segundo Maranhão (1999, p. 202), este é *"um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente senso-percepção e que confunde o objetivo com o subjetivo"*. E ainda de acordo com Alcântara (1984, p. 115-116), *"é uma obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto ou solidariedade, e é um quadro mais jurídico do que médico, embora haja algumas explicações etiopatogênicas"*.

Segundo o Artigo 97 do Código Penal, "se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial".

Já o Artigo 26, do Código Penal Brasileiro, tipifica que "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Todavia, os inimputáveis são isentos de pena, portanto ficam sujeitos a medida de segurança.

2.3 Comunicabilidade da Elementar "Estado Puerperal"

No crime de infanticídio, existe a possibilidade de terceiros atuarem como autores deste tipo penal, seja auxiliando a mãe, como coautor ou partícipe, seja como executor, recebendo o auxílio da parturiente, que deseja matar o próprio filho.

Esta discussão se deve ao fato de que o delito em pauta constitui crime próprio, em que somente a mãe, durante ou logo após o parto, poderia praticar tal conduta, desde que esteja sob a influência da elementar “estado puerperal”.

A elementar “estado puerperal” de caráter eminentemente pessoal da mãe seria comunicável ao executor, coautor ou partícipe do delito em apreço, fazendo com que estes respondam pelas penas mais brandas do infanticídio, ou devido à pessoalidade desta característica. Esta elementar não se comunica com terceiros, o que, conseqüentemente, amoldaria a conduta destes às penas do homicídio. Contudo, a doutrina não é pacífica quanto ao assunto ora abordado.

Daí surgiram três posições básicas sobre referida discussão: a primeira posição entende que o estado puerperal é plenamente comunicável ao terceiro, por ser uma condição pessoal elementar do tipo, nos termos do Artigo 30 do Código Penal. Desta forma, não há diferença se a mãe é autora, coautora ou partícipe do fato, pois, em qualquer caso, o terceiro será beneficiado com a comunicabilidade. Esta é a posição majoritária dos doutrinadores, entre eles, Damásio E. de Jesus, Magalhães Noronha, Celso Delmanto e Custódio da Silveira.

Bitencourt (2001, p. 148), que adota esta teoria, embasa seu pensamento, nos seguintes argumentos:

A justiça ou injustiça do abrandamento da punição do terceiro participante no crime de infanticídio é inconsistente para afastar a orientação abraçada pelo Código Penal brasileiro, que consagrou a *teoria monística* da ação em seu art. 29 (antigo art. 25). Essa previsão é complementada pela norma do art. 30, que determina a *comunicabilidade* das “elementares do crime”, independentemente de se tratar de *circunstâncias ou condições pessoais*. Assim, se o terceiro *induz* ou *auxilia* a parturiente a matar o próprio filho durante ou logo após o parto, *participa* de um crime de infanticídio. Ora, com a “influência do estado puerperal” é uma *elementar do tipo*, comunica-se ao participante (seja coautor seja partícipe), nos termos do art. 30 do CP.

Já a segunda posição adota o entendimento de que não é possível a comunicabilidade do estado puerperal, por ser esta uma condição personalíssima da mulher que está dando ou deu à luz, e por isso, o terceiro deve responder pelo crime de homicídio. Apesar de esta parecer a posição mais correta, não tem aplicação plena, devido à colocação do estado puerperal como circunstância elementar do tipo. Esta posição é defendida por Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno e outros.

No tocante aos adeptos dessa teoria, Hungria apud Bitencourt (2001, p. 148) aduz que,

Essa conhecida controvérsia ganhou um argumento *sui generis* patrocinado por Néelson Hungria, que “criou” uma circunstância elementar inexistente no ordenamento jurídico brasileiro: o estado puerperal seria uma circunstância “personalíssima” e, por isso, sustentava Hungria, não se comunicaria a outros participantes da infração penal. Com essa afirmação Hungria pretendia afastar a aplicação do disposto no antigo art. 26 do Código Penal (atual art. 30), que estabelecia o seguinte: “Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Vale salientar que, em sua última obra, o autor modificou sua posição e passou a defender a comunicabilidade do estado puerperal simplesmente para aplicar os exatos termos da lei.

Por último, na terceira posição, entende-se que o estado puerperal é comunicável, de acordo com o Artigo 30, do Código Penal Brasileiro vigente, entretanto, não alcança as hipóteses de autoria ou coautoria por terceiros, beneficiando somente o partícipe, que apenas auxilia a parturiente e não realiza a conduta nuclear do tipo.

Contudo Jesus (2005, p. 112) critica a terceira teoria, expondo os seguintes dizeres:

Não comungamos da opinião dos que afirmam que o terceiro só responde por infanticídio se participar de maneira meramente acessória. Para nós, diante da lei, tanto faz que pratique o núcleo do tipo ou participe do fato induzindo ou instigando a autora principal [...].

Portanto, não existe unanimidade quanto à comunicabilidade da pena de infanticídio aos coautores e partícipes.

3 *DELICTUM EXCEPTUM* UM CRIME DOLOSO DE PENALIDADE ATENUADA (INFANTICÍDIO)

Delictum Exceptum é um termo que se dá ao Infanticídio, crime praticado pela parturiente sob influência do estado puerperal. Razões históricas apontam para o fato de, ao tempo da Roma Antiga, o infanticídio ter sido colocado em um patamar semelhante ao do parricídio. Com a evolução da humanidade, porém, esse crime, praticado pela mãe contra o filho nascente ou recém-nascido, passou a ter um tratamento mais complacente considerando os motivos da sua ocorrência, naturalmente ligados à mulher, em estado puerperal.

À luz da legislação penal brasileira, o crime de infanticídio tem sido tratado de diversas formas, atendendo as circunstâncias próprias da época. De igual modo, no decorrer da história, esse delito, que sempre teve significado de morte de criança, em especial de recém-nascido, tal como revela a expressão latina “*infanticidium*”, ganhou visões diferenciadas, indo do relato bíblico, contido no Gênesis, ao que até hoje acontece em algumas partes do mundo, em que a questão do gênero é determinante para o cometimento de um crime dessa natureza.

No Brasil, do ponto de vista médico-legal, o infanticídio é caracterizado pela comprovação material desse delito, levada em consideração a personalidade transitoriamente desarmônica da mulher, acometida por transtorno de estresse agudo, em face da condição de estado puerperal.

Estudiosos do assunto, como Jesus (2001), França (2011), Mirabete (2002) e outros têm direcionado sua atenção para investigar o crime, em si, e as patologias sociais que o envolvem, atribuindo-lhe caráter biopsíquico ou fisiopsicológico e apoiado no estado definido como puerperal.

A intenção deste estudo descritivo é pôr, em confronto, os elementos objetivo e subjetivo que conformam a tipicidade do delito, bem assim avaliar a ação penal a ele referente, com foco centrado nos procedimentos ajuizados pela legislação pertinente.

Em que pese ao somatório de divergências acerca da matéria, continua prevalecendo a assertiva configurada no Artigo 123 do Código Penal Brasileiro, de

1940, a respeito de infanticídio: “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”.

3.1 Aspectos Históricos

As primeiras referências históricas sobre o infanticídio remetem aos tempos bíblicos, em que, segundo relato constante do livro Gênesis, Abrão ousou matar o próprio filho, Isaac, e só não o fez por ouvir uma voz que dizia: “Abrão, não mate o seu filho, não o fira, nem o execute”.

Na verdade, o fato não se coaduna com a conceituação de infanticídio, um crime tipificado como de autoria da mãe, com alterações de ordem emocional, nos momentos em que antecedem o parto, enquanto ele acontece e mesmo após sua realização. Enquanto aquele estava atrelado à fé, neste, o móvel é a desordem psíquica da mulher, talvez por razões hormonais, comprometendo sua capacidade de avaliação da realidade.

Registra a história que, ao tempo do Império Romano, o infanticídio era prática comum entre algumas tribos bárbaras, motivada pela escassez de comida; uma das maneiras escolhidas para combater a fome, era diminuir o número de crianças. Não aceitá-las, independentemente do fato de serem sãs ou não, era o mesmo que fazer pouco da sua existência, dando vez a um descarte inescrupuloso. Mesmo assim, esse comportamento não era visto como assassinato, e, portanto, não estava sujeito a qualquer punição.

À época em que o Cristianismo se tornou a religião oficial do Império Romano, isso por volta do Século IV, o infanticídio passou a ser encarado como pecado, uma transgressão aos ditames da igreja, ou, ainda, algo que a consciência acusa, justo por ferir o sacramento do batismo, responsável por dar à criança uma identidade cristã, na sua comunidade.

No mundo árabe, antes de Maomé, entre 570 a 632 a.C. chegava a ser comum a prática do infanticídio, com origem no sexismo patriarcal. Foi a chegada do Alcorão que modificou esse costume, tornando o infanticídio seletivo feminino uma prática criminosa, não obstante persistir, nos dias atuais, a matança de crianças em

regiões que não acompanharam a evolução do pensamento humano, ou que se o fizeram, distorceram-no, em nome de um suposto bem-estar da coletividade. Um excessivo número de mulheres comprometeria o crescimento populacional e a economia regional, com mais gente comendo e menos gente produzindo.

Na China como hoje, ainda se verifica um elevado índice de infanticídio feminino, sendo até certo ponto frequente, também, os casos de aborto, quando o bebê é desse sexo, fato que tem propiciado um desequilíbrio de gêneros na população do país.

Remontando a Roma antiga, e à própria Idade Média, o crime de infanticídio admitia penas severas, até pelo fato de não se perdoar a mãe que mata o filho, sob quaisquer circunstâncias. Com o advento do iluminismo, porém, e da influência produzida na Ciência Penal, o infanticídio sofreu abrandamento da pena que lhe era imputada, isso em casos especiais como os motivados pela honra (*honoris causa*), sendo importante se destacar que a atual legislação penal brasileira ganhou orientação do Código Penal Suíço, de 1937, inovações na forma como atribuiu a essa conduta, influência fisiológica do estado puerperal.

De qualquer modo, tanto com relação ao pseudocontrole social da população, gerado da eliminação de crianças, quanto em referência ao crime perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria, o infanticídio ocorre sob a pressão de condições estressantes, demandando iniciativas para caracterizá-lo em seus diferentes níveis de complexidade cultural e jurídica, caso em que se exemplifica como um “*delictum exceptum*”, dada à influência do estado puerperal da mãe.

A mudança de adequação típica do crime, ao longo dos séculos, faz ver, no entanto, que a conduta criminosa permanece igual, em todos os tempos: matar o próprio filho, no parto ou após ele, por ato impensado, talvez, mas que não anula a evidência do delito, praticado de forma livre, e sem admitir a modalidade culposa.

Vê-se que há muito tempo este delito tem sido, de certa maneira, tratado de forma diferente, principalmente quando se trata em fazer o paralelo com outros países do mundo Oriental e Ocidental, no que tange à aplicabilidade da pena a essas pessoas infratoras.

3.2 A Questão Legal

O infanticídio é crime previsto na legislação brasileira, por meio dos estatutos de 1830, 1890 e 1940. No Código Penal Brasileiro, de 1890, o crime está caracterizado da seguinte forma: “matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de nascimento, quer empregando meios diretos e ativos quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir a sua morte”.

O Código Penal Brasileiro, de 1940, é muito mais objetivo, nesse sentido, ao estabelecer, em seu Artigo 123, um novo conceito para infanticídio: “matar sob a influência do estado puerperal o próprio filho, durante ou logo após o parto”.

As especificidades desse crime, praticado desde os primórdios da humanidade, que tem na materialidade uma condição elementar do delito, estão a seguir delineadas, observadas a questão legal como eixo central das discussões a respeito do tema: “Infanticídio, um crime contra a vida”.

3.3 O Crime de Infanticídio

O crime de infanticídio é considerado um homicídio privilegiado, por envolver como sujeito ativo, a mãe, e como sujeito passivo, o filho recém-nascido.

A legislação penal, em vigor, atenuou esse crime, atribuindo-lhe conceito fisiopsíquico do estado puerperal da mulher. Mirabete (2006, p. 57), escoimado nos dispositivos legais urgentes, enquadra “a mulher, mentalmente sã, mas que abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldades, chegando, por isso, a matar o próprio filho”.

Jesus (2001, p. 105) afirma tratar o infanticídio de crime próprio, pois só pode ser cometido pela mãe contra o próprio filho. Tal afirmação ancora-se no art. 123 do CPB: “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”.

Esse conceito biopsíquico do estado puerperal é, no entanto, motivo de controvérsias, em face do não convencimento, para alguns, de que o referido estado altere o psiquismo da parturiente, levando-a ao cometimento do crime.

Não obstante, levantamentos epidemiológicos e relatos de casos, descritos na literatura, têm mostrado que o infanticídio se dá no puerpério, período de tempo com duração média de seis semanas, durante o qual são evidenciadas alterações hormonais que podem incidir no estado puerperal da mulher, culminando na agressão ao próprio filho recém-nascido.

França (1988, p. 240) adverte que o estado puerperal pode ser uma mera ficção jurídica, até porque, segundo o autor “não existe um limite definido de duração desse estado”. Assevera, ainda, que, em casos de relações ilegítimas, “mantidas em sobressalto e cuidadosa reserva” não são poucas as mães que, durante a gravidez, pensam em como se livrar do fruto dessas relações clandestinas, premeditando as linhas para dar cabo a vida do filho, escondê-lo e/ou mesmo dissimular o parto, usando de uma “frieza de cálculo, ausência de emoção e, às vezes, requintes de crueldade”.

Constitui-se fato biológico, porém, o desencadeamento de queda de níveis hormonais e alterações bioquímicas, no sistema nervoso da parturiente, produzindo estímulos psíquicos e, conseqüentemente, alterações de comportamento. Nas situações de gravidez, mantidas em sigilo, essas alterações se exacerbam, ao ponto de haver uma desintegração do ego da mulher, compatível com o transtorno dissociativo da personalidade. A esse fenômeno se dá o nome de “Transtorno de *Estresse Agudo*”, caracterizado por um sentimento subjetivo de anestesia, distanciamento de resposta emocional, redução da consciência, ausência de realidade e despersonalização. A presença de três desses sintomas já é o bastante para configurar o evento traumático, próprio do estado puerperal e indutor do infanticídio.

Maranhão (2007, p. 202) chama atenção para o fato de o estado puerperal ser “transitório, incompleto, caracterizado por uma deficiente senso-percepção, ao confundir o subjetivo como objetivo”.

Mirabete (2006, p. 57) explica, ao seu modo, esse fenômeno associado ao estado puerperal, aduzindo o seguinte:

[...] de um lado, nem alienação mental, nem semialienação. De outro, tampouco, frieza de cálculo, ausência de emoção e pura crueldade. O que há é uma situação intermediária, que se pode dizer até normal, da mulher que, sofreu o trauma da parturição, e, dominada por elementos psicológicos peculiares, defronta-se com o produto não desejado, e certamente, existente em suas entranhas.

Alcântara (2006, p.115) fala desse estado puerperal como uma “obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto e solidariedade”, ainda que existam algumas explicações de ordem etiopatogênica.

O acesso à Internet permitiu algumas inferências como essas: há divergências na doutrina médico-legal que trata do infanticídio. Um dos relatos mais antigos, desse crime, contra a vida, é o de Resnick (1969), ao descrevê-lo como um “quadro de negação de gestação, com sintomas dissociativos, ou mesmo psicose”. Essa assertiva encontra eco nos estudos de Spinelli (2001), em que foram investigados dezesseis casos de infanticídio nos Estados Unidos da América, todos eles apontando mulheres que apresentavam negação da gestação, além de parto não assistido e em segredo. A mesma fonte informa que, em Mendlowicz (1999), foram avaliados 53 casos de infanticídio, no Rio de Janeiro, concluindo que 88,2% das mulheres pesquisadas eram solteiras, 94,1% mantinham a gravidez em segredo, e 100% não haviam tido parto assistido.

As considerações aqui expostas sobre o infanticídio levam a crer na peculiaridade do quadro psicológico determinante do comportamento descrito no Artigo 123 do Código Penal Brasileiro, justo por não constituir nem alienação, excludente de culpabilidade, nem conduta homicida, pelo que o crime se encaixa entre a inimputabilidade e a imputação da prática de homicídio. A mudança no conceito de crime de homicídio, contextualizada no Código Penal Brasileiro, de 1940, transferiu à Perícia Médico-Legal a responsabilidade pela comprovação material desse delito, em que pese à avaliação pericial a qual ainda enfrenta uma séria de dificuldades, e à conta da transitoriedade dos transtornos ocorrentes no estado puerperal da mulher, para dar uma resposta abalizada sobre a parturiente que cometeu o crime, se esta é, ou não, responsável por seu delito.

Aspectos médico-legais e jurídicos sobre infanticídio precisam ser amplamente entendidos e aplicados, para que se possa fazer valer a lei, imputando

aos autores (mãe que mata o filho recém-nascido e um terceiro que a auxilie), se houver as penas que lhes forem devidas, por esse crime próprio, simples, material e plurissubsistente.

3.4 Os Sujeitos do Crime

Tem-se, com base no Código Penal Brasileiro, que todos aqueles que colaboram para o cometimento de um crime, estão sujeitos à penalidade na forma da lei. No caso particular do infanticídio, incidem sobre quem praticou, direta ou indiretamente. Dentro desse contexto jurídico, tanto a mãe que matou o filho sob a influência do estado puerperal, quanto o partícipe que a auxiliou, nesse ato, respondem pelo crime. O mesmo acontece se a mãe, nesse estado, que auxilia a um terceiro a tirar a vida da criança nascente ou recém-nascida e, ainda, se a ambos (mãe e terceiro) couber, igualmente, a materialização do crime.

Um argumento, por demais convincente, nesse sentido, é o de Cezar Roberto Bitencourt³ em que sugere que o terceiro “responda, normalmente, pelo crime de homicídio, que foi o efetivamente praticado por ele”. Enquanto isso continua, “a parturiente, em razão do seu estado emocional, profundamente perturbada pelos efeitos do puerpério, não pode responder pelo homicídio a que responde o terceiro”. Tal argumentação, de caráter extremamente objetivo, guarda uma subjetividade pouco referenciada na literatura jurídica específica. Veja-se, pois, o seu comentário acerca das responsabilidades devidas aos sujeitos ativos do crime de infanticídio.

Ainda, segundo o autor,

[...] não estamos defendendo a violação da unidade da ação, mas apenas sustentando a hipótese da influência do estado puerperal, como uma especialíssima causa de diminuição de pena. E, assim ao invés da puérpera ser prejudicada, será beneficiada com a aplicação do parágrafo único do artigo 26, do Código Penal Brasileiro, que autoriza a redução de um a dois terços da pena aplicada. Na verdade, sob influência do estado puerperal e pressionada por um terceiro, a puérpera não é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se, de acordo com esse entendimento. Ela sofre efetivamente, de um distúrbio funcional psíquico, que configura uma perturbação de sua saúde mental, atingindo sua capacidade de culpabilidade. Como a mãe puérpera não

³ <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1935853-crime-infantic%C3%ADdio-concurso-pessoas/>.

foi autora da morte do filho, assumindo uma posição meramente secundária, conduzida por quem tinha o domínio final do fato (que é o terceiro), a condição pessoal daquela não é elementar do fato praticado. Nessas circunstâncias, a mãe concorreu para o crime de homicídio, mas nos termos do Art. 29, parágrafo segundo, primeira parte do Código Penal Brasileiro, ou seja, com desvio subjetivo de condutas.

Fica claro, em todo esse arrazoado, que o bem jurídico protegido é, indubitavelmente, a vida humana. Quanto aos sujeitos envolvidos nessa prática criminosa que transita entre o infanticídio e o homicídio, há que se destacarem os tipos de partícipes, na segunda ordem, tal como se infere à redação do Artigo 123 do Código Penal Brasileiro, a qual assevera que sujeito ativo do crime é a mãe, desde que o delito tenha sido praticado sob o a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto. Sujeito passivo é o indivíduo humano nascente (durante o parto), ou o recém-nascido. Uma terceira via, nessa atividade criminosa, é representada pelo sujeito que auxilia a mãe puérpera a cometer o crime. Nesse caso, será tratado como homicídio, por estar ele de posse das suas faculdades mentais, enquanto a mãe tem o seu crime tipificado como infanticídio, por se encontrar sob Transtorno de Estresse Agudo (TEA).

No que tange aos elementos da tipicidade do crime, em discussão, o primeiro deles é de caráter objetivo, exemplificado pela conduta típica: matar, ou seja, eliminar a vida do próprio filho, no parto, ou logo após ele, sob a influência do estado puerperal. O crime em referência tem liberdade na forma como acontece, podendo ser utilizado, nesse intuito, qualquer meio hábil que produza a morte do sujeito passivo.

Com relação ao elemento subjetivo, o que caracteriza o crime de infanticídio é o dolo, ato consciente, ou intenção que induz, mantém ou confirma outrem, na prática de delito. Mirabete (2006, p. 61), é partidário da opinião de que “não existe forma culposa de infanticídio. Se a mãe, por culpa, causar a morte do filho, ela responderá por homicídio culposo, ainda que tenha praticado o fato sob a influência do estado puerperal”.

Fácil é verificar o quanto de controvérsias existe acerca desse tipo de crime, sendo de se destacar o ajuizamento que lhe é dado por Damásio de Jesus (2001), ao sustentar a atipicidade do delito, contrária ao entendimento doutrinário de

que “se a conduta for praticada culposamente, o crime praticado é o de homicídio culposo”.

Destarte, é o próprio Código Penal Brasileiro em seu Artigo 29, que estabelece o seguinte: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Dessa forma, de acordo com Mirabete (2006), ocorrendo concurso material no crime de infanticídio, envolvendo genitora e/ou coautor, partícipes, inclusive da ocultação de cadáver, todos serão sujeitos a julgamento por crime doloso contra a vida.

3.5 A Ação Penal

A ação penal para o crime de infanticídio é pública e incondicionada. A Constituição Brasileira reconhece a instituição do júri e assegura competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O infanticídio é um deles, o qual deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, tal como dispõe a Lei 11.689, de 2008, e seguindo o rito nos Artigos 406 e 497 do Código Penal Brasileiro.

A responsabilidade pela comprovação material desse delito foi transferida à perícia médico-legal, na conformidade do que estabelece o Código Penal Brasileiro, de 1940.

Os aspectos médicos-legais e jurídicos referentes ao crime de infanticídio precisam ser compreendidos, em sua inteireza para que se forme um juízo de valor, a cerca do dolo, em sua forma comissiva e omissiva.

A princípio, deve estar bem presente o que reza o Código Penal Brasileiro, em seu Artigo 123, tratando de infanticídio como o ato de “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

O Estado Puerperal correspondente ao período/situação em que a mãe, parturiente, pode estar sofrendo de abalo emocional. O conceito biopsíquico desse estado funciona como atenuante do crime praticado. O chamado estado puerperal diverge do que seja puerpério.

Enquanto aquele diz respeito a uma alteração temporária em mulher previamente sã, que passa a apresentar colapso de senso moral e diminuição da

capacidade de entendimento, seguida da liberação de instintos e culminando com a agressão ao próprio filho; este guarda referência ao período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo a duração média de 6 semanas⁴.

Em outras palavras, puerpério é o período que vai da expulsão da placenta até a involução total das alterações do organismo, provocadas pela gravidez. Já estado puerperal está mais relacionado às alterações psíquicas que acontecem com a mulher, no puerpério.

A redação do Artigo 123, do Código Penal Brasileiro, é muito clara, ao se referir ao crime perpetrado pela mãe, contra o filho, durante ou logo após o parto, estando ela, portanto, sob influência do estado puerperal.

Segundo França (1997, p.196),

Configura-se como durante o parto, o período que vai desde a rotura das membranas até a expulsão do feto e da placenta. E o espaço de tempo que leva o feto na travessia do canal vaginal até o seu desapontamento no meio exterior. [...] Mesmo o conceito obstétrico de início de parto, tendo como característica o conjunto dos fenômenos fisiológicos e mecânicos capazes de expulsar o feto e seus anexos, e que a rotura da bolsa, já evidenciar ter o parto iniciado, o conceito medico – legal, teria que ser, impreterivelmente, o da rotura da bolsa das águas, por um critério imposto pela perícia. É como se as membranas separassem o feto de vida intra-uterina da vida externa. [...] O infanticídio durante o parto é raro. Há casos relatados na literatura médica forense de mães que mataram o próprio filho ao despontar na abertura vulvar, por contusão craniana, por perfuração das fontanelas, por esgotamento ou por decapitação. [...] Entende-se por logo após o parto, imediatamente depois do parto. Tem um sentido mais psicológico que propriamente cronológico. Compreende-se que seja o período que vai desde a expulsão do feto e seus anexos até os primeiros cuidados ao infante nascido. Se uma mãe tem o filho, veste-lhe uma roupa e depois o mata, esse intervalo lúcido, entende a doutrina que descaracteriza o infanticídio e configura o homicídio.

Há que se dizer que o infanticídio, durante o parto, chega a ser uma raridade. Os casos mais frequentes acontecem após a “*delivrance*”, com a mulher/mãe, matando o filho por contusão craniana, perfuração das fontanelas, esgorjamento ou decapitação.

A pena prevista para esse crime, com respaldo no Artigo 123, do Código Penal Brasileiro, é de 2 (dois) a 6 (seis) anos de detenção, considerando, no caso, o

⁴ <http://br.monografias.com/trabalhos3/limites-temporais-estado-puerperal-crimes/limites-temporais-estado-puerperal-crimes2.shtml>.

estado puerperal como atenuante do dolo praticado. Cabe à Perícia Médico-Legal o exame do natimorto/feto nascente, expedindo laudo/diagnóstico de tempo de vida: nascimento com vida; mecanismo de morte; estado puerperal; e puerpério. O documento – laudo pericial - aplica-se ao infante-nascido, ao recém-nascido e ao nascido-vivo.

Para efeito de qualificação, natimorto corresponde ao feto morto, a partir de 500g ou com mais de 22 semanas. Nesse caso, a morte é devido à anoxia anteparto, prematuridade e anomalias, em que deve ser excludente para o infanticídio.

Por sua vez, conforme o ensinamento de França (1989, p. 242), feto nascente é aquele que "apresenta todas as características do infante nascido, menos a faculdade de ter respirado". Nesta fase do parto, a criança já atravessou totalmente ou em parte o orifício externo do útero, ficando desprotegida e acessível a atos violentos da mãe infanticida ou de terceiros.

Já o infante-nascido, diferentemente do recém-nascido, "é considerado o infante que ainda não recebeu qualquer tipo de assistências, principalmente quanto à higienização pessoal ou ao tratamento adequado do cordão umbilical"⁵.

Em decorrência do trabalho de parto, faz-se presente o ludo do recém-nascido, também chamado de *caput succedaneum*, com involução há cerca de 24/36 horas.

O infante nascido também acusa presença de mecônio, uma substância untuosa, verde-escura, encontrada no intestino, que pode revelar sofrimento fetal. No caso da respiração, fica claro que só é infante nascido quem respirou.

Com relação ao recém-nascido para fins de caracterização do infanticídio, tem-se a dizer que ele se inclui nos casos em que há vestígios comprobatórios de vida extrauterina, indo dos cuidados, iniciais até o 28º dia.

Realmente, o legista precisa-se munir de fartos conhecimentos e efetiva experiência para oferecer provas de vida extrauterina. Um profissional capacitado, por exemplo, emite provas nesse sentido, através da comprovação da respiração do recém-nascido, pelas docimásias a seguir discriminadas:

⁵ http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4500.

a) *Docimásias diafragmáticas de Ploquet* – Observação das cúpulas diafragmáticas; Se respirou – diafragma horizontalizado. Se não respirou – diafragma convexo. b) *Docimásia óptica ou visual de Bouchut* – Inspeção visual. Se respirou – aspecto areado, mosaico alveolar. Se não respirou – aspecto hepatizado. c) *Docimásia táctil de Nério Rojas* – Sensação tátil. Se respirou – crepitação, consistência esponjosa. Se não respirou – consistência carnosa. d) *Docimásia ótica de Icard* – Coloca-se um fragmento de pulmão entre duas laminas de microscopia. Se respirou – fragmentos misturados a bolhas de ar. Se não respirou – fragmentos sem bolhas. e) *Docimásias radiológicas de Bordas* – Maior opacidade ao RX do Pulmão que não respirou. Se respirou – observa-se a silhueta cardíaca e diafragmas. Se não respirou – somente o pulmão hepatizado.⁶

A docimásia hidrostática de Galeno, baseada na densidade pulmonar é prova contundente para identificar se houve ou não respiração do recém-nascido. De conformidade com Gomes (1997, p. 754), essa prova tem 4 (quatro) fases de realização, tal como se especifica, a seguir:

➤ 1ª Fase:

A traqueia, a laringe, a língua, o timo e o coração (bloco do sistema respiratório) são colocados em um recipiente com água. Se estes órgãos flutuarem por inteiro ou à meia-água, fica comprovada a respiração autônoma do feto. Se não flutuarem, continua-se o exame e passa-se à segunda fase.

➤ 2ª Fase:

Separam-se os pulmões do restante do trato respiratório no fundo do recipiente. Se os pulmões flutuarem, fica comprovada a respiração autônoma do feto (possui ar nos pulmões). Se os pulmões se mantêm no fundo, continua-se com o exame e passa-se à fase seguinte.

➤ 3ª Fase:

São cortados, no interior do líquido, vários fragmentos de pulmão e observa-se seu comportamento. Se alguns fragmentos flutuam, a fase é considerada positiva, mas se todos os fragmentos continuam no fundo, a fase é negativa, passando-se, então, para a quarta e última fase.

➤ 4ª Fase:

Alguns desses fragmentos de pulmão são comprimidos, com os dedos, contra as paredes do recipiente. Se ocorrer o desprendimento de finas bolhas

⁶ http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4500.

gasosas misturadas com sangue, é esta fase considerada positiva. Caso contrário, é negativa.

A prova de Galeno é bastante efetiva, para determinar se a criança nasceu com vida, se há dúvida sobre isso e, finalmente, se não houve respiração. Chega-se a esses resultados observando-se o seguinte:

Acrescenta Gomes (1997, p. 754) os resultados da Prova de Galeno:

Se as Fases 1, 2 e 3 forem consideradas positivas, constata-se que houve respiração e que, conseqüentemente, o feto nasceu com vida.

Se apenas a Fase 4 foi considerada positiva, a constatação da respiração é duvidosa.

Se a Fase 4 foi considerada negativa, constata-se que não houve respiração.

A Docimásia Hidrostática de Galeno apenas tem validade nas primeiras 24 horas após a morte, devido à putrefação cadavérica, decorrido este período.

A causa jurídica da morte, sendo natural, anula a possibilidade de infanticídio. É o conhecimento desse conteúdo médico-legal que serve de múnus ao perito/legista para formalizar o laudo que vai afastar ou não a hipótese do crime de infanticídio, praticado contra vulnerável.

Dentro desse contexto de ação criminosa, há que ressaltar as questões acidentais, ocorridas antes, durante e após o parto. No primeiro caso, há o traumatismo direto sobre o ventre materno; no segundo, prevalecem a asfixia pelo cordão umbilical e a compressão da cabeça fetal em pelvis estreitas; no último caso, são as hemorragias de cordão que culminam na morte da criança.

São consideradas causas criminosas relacionadas ao infanticídio, todas as formas de energia materializadas sob ações contundentes, perfuro-contundentes, cortantes, corto-contundentes, sufocação de qualquer tipo, além de outras que tenham o mesmo intento.

No que diz respeito ao estado psíquico da parturiente, autora de crime, é a perícia que vai dizer se ela é portadora de grave perturbação mental, configurando estado puerperal com sérias implicações psicológicas. À perícia forense compete, pois, confirmar se o parto transcorreu de forma angustiante e dolorosa; se a parturiente, ao cometer o crime, tentou ocultar o cadáver; se ela dá mostras ou não

de se lembrar do ocorrido, ou se há, da sua parte, um jogo de simulação; e se há, antecedentes psicológicos semelhantes, deixando vestígios de debilidade mental.

O exame pericial não se restringe ao feto, como se vê, mas alcança a mãe, que deve ser examinada (parto progressivo), para a avaliação do aspecto de genitália externa, dos lóquios, da involução uterina gradual, da pigmentação gravídica, do colostro e das mamas.

O estado puerperal é aquele em que a mulher desenvolve comportamento diverso do esperado ao se tornar mãe, admite três níveis, que vão de leve a moderado e severo. No nível I e no nível II, ela está com suas emoções abaladas e psicologicamente fragilizada, podendo essa situação se estender por um período de 6 a 8 semanas. Já no nível III do estado puerperal, dessa mulher tem um comportamento biopsíquico mais grave, podendo-lhe ser aplicado o Artigo 26, do Código Penal Brasileiro, que dispõem sobre a inimputabilidade.

Para que haja delito, na forma de lei, o exame pericial deve comprovar que a mulher se enquadra, pelo menos, no nível II do estado puerperal. Os procedimentos periciais, atrás referenciados, são bastante precisos para comprovar a prática de infanticídio, cuja pena cominada é de dois a seis anos de detenção, independentemente do fato de o crime ter sido praticado contra descendente, de a mulher ter-se prevaletido de relações domésticas e de o dolo ter alcançado um ente vulnerável.

Em tese, o crime de infanticídio deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, sem que seja admitida a modalidade culposa e de acordo com o rito previsto na lei, para esse procedimento.

4 MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA NO BRASIL

As medidas de segurança aplicam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis. O fundamento é a periculosidade do agente e objetiva prevenir a repetição do ato delituoso e assistir o agente do ato para que se trate e não venha a reincidir, tendo, portanto, o caráter preventivo e assistencial.

No que tange às Medidas de Seguranças, fazendo um breve histórico sobre seu surgimento, segundo Marques (2000, p. 241, grifo original):

Praticamente demonstrada no Direito Penal moderno a ineficácia da execução da pena quanto à prevenção e à recuperação dos criminosos, quando inimputável, novos caminhos foram trilhados para obter resultados satisfatórios. Uma das mais significativas inovações foi a da instituição das chamadas medidas de segurança, cujos fundamentos encontram apoio na pregação da Escola Positiva. Importante ressaltarmos que a origem das medidas de segurança não se encontra na elaboração teórica e abstrata de uma disciplina jurídica, ao contrário disso, elas vieram como consequência direta da crise de repressão, durante um século em que a justiça penal assentou as suas bases em conceitos clássicos. A verdade, porém, é que, embora o instituto já estivesse delineado em providências penais aplicadas aos insanos de espírito e aos menores, foi no projeto de Código Penal Suíço, em 1983, que as medidas de segurança aparecem pela primeira vez como *'sistematização de providências cuja finalidade é a prevenção individual'*.

De acordo o Código Penal Brasileiro, o tratamento do delinquente inimputável ou semi-imputável deverá ser feito em hospital de custódia e tratamento, nos casos em que é necessária internação do paciente ou, em não havendo essa necessidade, o tratamento deverá ser ambulatorial, no qual a pessoa terá assistência médica, devendo comparecer durante o dia em local próprio ao atendimento.

O Código Penal, de 1940, foi influenciado pelos Códigos Penais de Portugal (1896), da Noruega (1902) e da Argentina (1921), e o da Itália (1889), o qual sistematizou de forma mais completa a medida de segurança.

O Estado não pode deixar de punir o delinquente por não possuir consciência nem capacidade para responder por seus atos, doutra forma, o Estado não poderia aplicar a mesma pena que aplicaria a uma delinquente com consciência normal a uma pessoa considerada inimputável, há que se observar o grau de sanidade da pessoa que cometeu o crime, pois, certamente, a medida de segurança

é uma forma de o Estado punir aquele que infringir a lei sem ter discernimento do ato praticado.

O Código Penal de 1940 certamente usou o critério que, para se atribuir a responsabilidade penal a alguém, deve-se observar a capacidade de o agente entender o caráter ilícito do fato e de se posicionar perante esse fato ou entendimento, como bem expressa o Artigo 26 do Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Desta feita, só estarão submetidos à medida de segurança os inimputáveis e os semi-imputáveis. Os inimputáveis são aqueles que não possuem nenhuma capacidade de entender o caráter delituoso de determinado fato, e os semi-imputáveis são aqueles que não possuem uma capacidade total, mas, sim, relativa de entender que tal fato é ilícito.

4.1 Conceito de Medida de Segurança

Segundo Prado (2004, p.686), “as medidas de segurança são consequências jurídicas do delito, de caráter penal, orientadas por razões de prevenção especial.”

A medida de segurança deve ser imposta aos inimputáveis e se faculta a possibilidade de ser imposta ao semi-imputável, podendo ser também privativa de liberdade, porém diminuída, conforme o parágrafo único do Artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

Certamente, para que sejam aplicadas as Medidas de Segurança, faz-se necessária a observância da periculosidade criminal do agente, que se exterioriza a partir do delito praticado.

Preceitua Dower (2000, p. 122) que “a medida de segurança não é pena. A pena é uma sanção baseada na culpabilidade do agente. O louco age sem culpa. Portanto a medida de segurança se fundamenta na periculosidade do agente”.

Segundo Queiroz (2006, p. 417):

[...] são sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, embora não culpável em razão da inimputabilidade do seu agente. [...] Tais medidas, para serem aplicadas, exigem o concurso simultâneo de todos os requisitos e pressupostos do crime, como exceção, unicamente, da imputabilidade do seu autor.

Nesse mesmo raciocínio, entende Nucci (2007, p. 479) que medida de segurança é:

[...] uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

Noronha (1987, p. 298) ainda preceitua afirmando que:

Como a pena, é a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção. São outras diferenças que as caracterizam, e de natureza quantitativa antes que de qualidade. Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção também não é estranha à pena.

Certamente esta medida é uma sanção penal e que tem como objetivo punir o agente do fato típico e antijurídico, ou seja, fato previsto como crime segundo o Artigo 97, *caput* do Código Penal.

4.2 Tipos de Medidas de Segurança

A legislação pátria conservou dois tipos de medidas de segurança tipificadas no Artigo 96 do Código Penal Brasileiro:

Artigo 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.⁷

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico constitui a modalidade *detentiva*. Já o tratamento ambulatorial, é medida de segurança *restritiva*, introduzindo como inovação na reforma de 1984. Nessa modalidade, são dispensados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento que não implica internação. Quando o agente submete a esse tratamento ambulatorial, o delinquente deve comparecer ao hospital nos dias em que o médico determinar, para que seja aplicada a terapia prescrita pelo profissional de saúde.

Para suas aplicabilidades, de conformidade com o Artigo 97 do Código Penal Brasileiro, se o agente é inimputável, o juiz determinará sua internação (Artigo 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Já quanto aos prazos, o parágrafo 1º do Artigo 97, do Código Penal Brasileiro, aduz que:

A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. Prazo mínimo deverá ser 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

A legislação pátria especifica o tempo mínimo da internação, ou tratamento ambulatorial, porém, quanto ao tempo máximo este é indeterminado, cessando de acordo como o grau de periculosidade do agente.

Segundo leciona Capez (2007, p. 430):

É obrigatória quando a pena imposta for de reclusão; Será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica a cessação da periculosidade; A cessação da periculosidade será averiguada após um prazo mínimo, variável entre um e três anos; A averiguação pode ocorrer a qualquer tempo, mesmo antes do termino do prazo mínimo, se o juiz da execução determinar (LEP, Artigo 176).

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 1988.

Vale ressaltar que as medidas de segurança, ao contrário das penas, não devem ser necessariamente proporcionais à gravidade dos delitos praticados, mas ao grau de periculosidade do agente.

4.3 Inimputável e Semi-imputável

Se um crime for praticado por um agente que possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, as medidas de segurança serão aplicadas apenas a agentes considerados inimputáveis e semi-imputáveis, conforme previsto no Código Penal Brasileiro.

Inimputável – É a pessoa que cometeu uma infração penal, porém, no momento do crime, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento. São considerados inimputáveis os doentes mentais ou a pessoa que possua desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e os menores de dezoito anos. Os inimputáveis são isentos de pena, mas, se doente mental, fica sujeito a medida de segurança e, se menor de 18 anos, fica sujeito às normas estabelecidas na legislação especial. Ver Art. 26 e 27 do Código Penal e Art. 228 da Constituição Federal.⁸

Ainda sobre as medidas de segurança Fragoso (2006, p. 502) assevera que:

Como o nosso Código Penal limitou-se a prever medidas de segurança somente aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, perde significação o debate em torno à adoção, em sua plenitude, se o princípio da reserva legal, para as medidas de segurança, reduzidas que estão, no direito vigente, à expressa mais simples.

A aplicação da pena comum dar-se-á aos agentes considerados imputáveis, ou seja, aqueles que têm plenas condições físicas, mentais e psicológicas de responder pelos seus atos.

Para Capez (2006, p. 306), agentes considerados imputáveis são:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito do penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras,

⁸ <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/291372/inimputavel>. Acesso em: 01/11/2011.

imputável é não só apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também o comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

Diferentemente do agente que pratica um delito sem condições físicas e psicológicas para “medir” o grau daquele ato ilícito, mesmo assim, certamente o legislador brasileiro instituiu as medidas de segurança.

Deste feita, é imprescindível que se ressalte que a pena imposta à mulher com problemas mentais que praticar um ilícito de infanticídio será, de conformidade com seu grau de periculosidade – inimputável ou semi-imputável -, sem dúvida a medida de segurança, como amplamente comentado.

5 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, o crime de infanticídio, sob o ponto de vista jurídico, remete à condição de estado puerperal ou transtorno de estresse agudo, quando a dinâmica dos eventos fisiológicos no período pós-parto contribui para uma alteração súbita e geralmente temporária nas funções de consciência, identidade e comportamento da mulher que acabou de dar à luz.

Apesar de parte da doutrina brasileira adotar o infanticídio como homicídio privilegiado, o legislador pátrio não deixou claro quanto esta posição, apenas atribuiu uma pena mais branda que o homicídio simples.

O Código Penal Brasileiro, de 1940, transferiu à perícia médico-legal a responsabilidade pela comprovação material desse delito, não obstante, mesmo com os avanços científicos, no campo da psicobiologia, ser difícil a emissão de um diagnóstico pericial totalmente consistente, em face da transitoriedade dos sintomas apresentados, muito já desvanecidos ao tempo do exame.

O que fica claro, nesse tipo de crime, é a presença de uma personalidade desarmônica, com uma acentuada deficiência de conduta, incapaz de assumir o seu delito, ainda que os exames periciais comprovem a materialidade do crime. A despeito do fato, entende-se que o caso envolve uma delinquente semi-imputável e que deve ser penalizada na conformidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao dolo no infanticídio, este é a vontade de causar a morte do filho nascente ou recém-nascido, ou assumir o risco desse resultado. Vale ressaltar que não existe forma culposa de infanticídio. Assim, ocorrido culpa da mãe, deve esta responder na forma da Lei vigente do Brasil.

Saliente-se ainda que o infanticídio, por ser um crime plurissubsistente é, certamente, possível a ocorrência da tentativa.

Portanto, de acordo com as pesquisas realizadas para a efetivação deste trabalho acadêmico, há duas situações que merecem reflexões: o estado puerperal e a deficiência mental da autora do delito. A primeira, caracterizadora do ato de infanticídio; e a segunda, o estado mental da agente. Mesmo assim, não restam dúvidas quanto à aplicabilidade da sanção, a pena aplicada no Brasil nesta situação

última será a medida de segurança, haja vista a inimputabilidade da autora do delito, fundamentada na legislação brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, HR. **Perícia Médica Judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código Penal Comentado**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2003-b. 2v.

_____. **Curso de Direito Penal**. vol. 01, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Direito Penal Simplificado (Parte Geral)**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

FRANÇA, GV. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogam, 1988.

_____. **Medicina Legal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogam, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: art. 121 a 136. Vol. V. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V.

INFANTICÍDIO - Disponível em: <http://pt.shuoo.org.com/law-andpolitics/law1935853-crime-infante>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código Penal Anotado**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. V. III. São Paulo: Millenium, 2000.

MENDLOWICZ, MV. **Neonaticide in the city of Rio de Janeiro: forensic and psycholegal perspectives**. J Forensic Sci, Jul, 1999.

MIRABETE, JF. **Manual de Direito Penal**, São Paulo: Atlas, 2002/2006.

NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**. I v. Rio de Janeiro: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. rev. atual e. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Silva Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. São Paulo: Pioneira, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. I Parte Geral. 4º ed. São Paulo: RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.