
ANÁLISE DO ESTADO PUERPERAL NA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO E NO CRIME DE ABORTO: uma incongruência jurídica?

Analysis of the Puerperal State in the Characterization of Childhood Crime and Abortion Crime: A Legal Incongruence?

Aiala de Souza Gomes¹

Gabriela Maciel Lamounier²

Resumo: O crime de infanticídio encontra-se disposto no artigo 123 do Código Penal brasileiro, cujo tipo penal objetivo é a mãe matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, influenciada pelo estado puerperal. O estudo desenvolvido neste artigo tem como objetivo avaliar a existência de uma incongruência no tratamento legal entre os crimes de infanticídio e o crime de aborto, quando, neste, a mulher pode se encontrar submetida às mesmas influências ou efeitos colaterais do estado puerperal.

Palavras-chave: Infanticídio; Aborto; Estado puerperal.

Abstract: The crime of infanticide is established in article 123 of the Brazilian Penal Code, whose objective type is the mother killing your own child, during or shortly after delivery, influenced by the puerperal state. The study developed in this article aims to evaluate the existence of an incongruity in the legal treatment between the crimes of infanticide and the crime of abortion, when, in this crime, the woman can be submitted to the same influences or side effects of the puerperal state.

Keywords: Infanticide; Abortion; Puerperal state.

INTRODUÇÃO

A vida é um direito fundamental do ser humano, um direito inalienável e indisponível cuja proteção, conforme as normas do ordenamento jurídico brasileiro, se dá desde a concepção do nascituro.

Inicialmente, é importante frisar que o crime de infanticídio pode ser definido como uma forma de homicídio privilegiado praticado pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal, contra o próprio filho nascente ou recém-nascido. Por abordar alterações fisiopsicológicas é definido como um delito privilegiado, mas não se encontra caracterizado na lei penal como crime de homicídio.

Conforme o instituto do concurso aparente de normas, o crime de infanticídio é especial em relação ao crime de homicídio. É o que define o Princípio da Especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a aplicação da norma geral, uma vez que, a norma especial possui todos os elementos da norma geral e mais alguns especializantes. Sendo assim, existindo todos os elementos descritos no tipo penal do artigo 123 do Código Penal, prevalece o crime de infanticídio, e não o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do referido diploma legal.

1 Bacharelada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail:

2 Professora universitária da Faculdade Minas Gerais – FAMIG e da Fundação Pedro Leopoldo - FPL. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental. Mestra e Doutora em Direito Público. Pós Doutora em Direito Penal. E-mail: gabilamounier78@gmail.com

Já o crime de aborto cometido pela própria gestante ou com o seu consentimento encontra-se previsto no artigo 124 do Código Penal brasileiro. Trata-se da interrupção da gravidez provocada pela própria gestante ou quando a mesma consente que um terceiro lhe provoque o aborto.

O objetivo central abordado na pesquisa realizada é avaliar a possibilidade de tratamento igualmente diferenciado, no que tange à aplicação das penas, do crime de infanticídio cometido pela mulher sob a influência do estado puerperal em relação àquele cometido pela mulher em estado gravídico que está submetida às mesmas influências ou efeitos colaterais. Para atender o objetivo proposto a presente pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata da evolução conceitual do crime de infanticídio e os elementos que caracterizam esse tipo penal. Em seguida, o capítulo segundo, trata do crime de aborto e, também, dos elementos que o caracterizam.

No terceiro capítulo faz-se um breve estudo do estado puerperal e a sua influência nos crimes de infanticídio e aborto. Em seguida, desenvolve-se uma análise crítica da aplicação das penas nos crimes de infanticídio e de aborto em face influência do estado puerperal quando da ocorrência dos dois crimes.

Busca-se com a pesquisa, fazer um estudo sobre os crimes de infanticídio e aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, bem como a possibilidade de ocorrer influência do estado puerperal na análise dos dois crimes.

O tipo de pesquisa a ser utilizado será a teórico-bibliográfica, desenvolvida através das doutrinas de Direito Penal e artigos jurídicos publicados em revistas ou periódicos impressos e eletrônicos, possibilitando, assim, uma reflexão científica quanto ao tema. Será também utilizada a pesquisa documental, desenvolvida através de jurisprudências e legislação penal comentada.

INFANTICÍDIO

Ao longo dos séculos, o crime de infanticídio sofreu grandes mudanças quanto ao seu conceito e valoração. O infanticídio sempre fora caracterizado como a morte de um recém-nascido.

Evolução Histórica e Conceitual

No período greco-romano, a morte dos nascentes ou recém-nascidos não constituía crime, eram sacrifícios aos deuses. Em algumas ocasiões, diante da falta de alimentos, o rei mandava seus soldados matarem os recém-nascidos. (MAGGIO, 2004)

Na mitologia grega, há relatos do ato de infanticídio. Eurípedes apresentou a versão mais trágica do assassinato de crianças ao discorrer sobre a sombria tragédia de Medeia, filha do Rei Eedes, que matou os filhos antes de fugir para Atenas. Medeia, fora casada com Jasão e, movida por vingança e um ciúme incontável, matou, primeiramente, a esposa de Jasão e, em seguida, seus filhos. A morte das crianças não derivou de um acesso de loucura, mas sim de um ato violento de fria e premeditada vingança contra Jasão, por sua infidelidade. (TAMPAKIS, 2004)

A prática do infanticídio, geralmente realizada pelo pai, era uma conduta aceita pelos povos primitivos. Era uma forma de controle populacional ou mesmo de seleção, quando se matava os bebês deformados, fracos ou de sexo feminino que não ofereceriam qualquer meio de subsistência para a família. (MUKAD, 2002)

O Direito Romano, por sua vez, equiparava a morte dada ao filho pela mãe ao parricídio. A mãe incorria em um homicídio qualificado por vínculo de sangue. Contudo, se o pai fosse o responsável por tal ato, não incorria em qualquer crime, pois era titular do direito de vida e de morte, por ser o juiz da família. (CAMARA, 1904; RIBEIRO, 2004)

O Direito Canônico punia com severidade a morte do filho pelos pais, e tinha como pena a decapitação, a morte pelo fogo ou o empalamento, pois este crime era tido como violação da própria lei da natureza e do especial dever de proteção dos pais em relação aos filhos. (CAMARA, 1904)

Com a propagação do Cristianismo, no século IV, o infanticídio passou a ser considerado um pecado, um crime gravíssimo, uma vez que o Cristianismo defendia (e ainda defende) que ninguém tem o direito de tirar a vida de seu semelhante. (GUIMARÃES, 2004)

Até o século XIX era comum na Europa a prática do infanticídio, ainda que restritas às classes sociais mais baixas e urbanizadas. Para a mulher ser condenada bastava que ficasse demonstrado que ela ocultou a gravidez ou então que a criança fosse enterrada em sepultura não sagrada. (CAMARA, 1904)

A partir desse período, sob a influência de ideias humanistas, o Direito passou a tratar a mulher infanticida com alguns privilégios, trazendo como consequência penas mais brandas para o crime de infanticídio. (MAGGIO, 2004)

Como relatado, os povos e as culturas têm enfrentado a morte dos bebês de diferentes maneiras, dependendo do desenvolvimento histórico e cultural de cada sociedade. No Direito Penal brasileiro, o Código Criminal de 1830, em seu artigo 198, previa que a mãe que matasse o recém-nascido para ocultar sua desonra seria apenada com prisão e prestação de trabalho por 1 (um) a 3 (três) anos. (RIBEIRO, 2004).

O Código Penal de 1890 também levava em consideração o critério da defesa da honra, por vergonha à maternidade ilegítima. Além disso, o infanticídio foi destacado do quadro geral de homicídio, a fim de desconsiderar as agravantes previstas no artigo 298, do referido diploma legal, em relação às parturientes que tirassem a vida do próprio filho durante os sete primeiros dias após o nascimento. (MUKAD, 2002)

Art. 298: Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando a vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte: pena de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único: se o crime fôr perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: pena de prisão celular por três a nove anos. (RIBEIRO, 2004, p. 18)

Assim, qualquer pessoa que contribuísse juntamente com a mãe para a prática do crime de infanticídio até o sétimo dia após o parto, responderia pelo referido crime, e não por homicídio.

Já o Código Penal brasileiro vigente, de 1940, justifica a branda penalização do infanticídio por critérios fisiopsicológicos que causam à mãe a uma confusão mental devido à influência do estado puerperal, e estabelece dois limites temporais para o infanticídio, quais sejam: durante o parto e logo após o parto.

Conforme descrito na Exposição de Motivos do atual Código Penal brasileiro de 1940,

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. (BRASIL, Exposição de Motivos do Código Penal, 2017, p. 349)

Existem três sistemas adotados pelas legislações para tipificar o crime de infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto.

O sistema psicológico ou psíquico assenta-se na defesa da honra (*honoris causa*). A mãe realiza a conduta visando preservar a própria honra, quando a gravidez ocorre fora do matrimônio.

O sistema fisiopsicológico é o adotado pelo Código Penal Brasileiro. Este sistema fundamenta-se na influência fisiológica do estado puerperal que causa um desequilíbrio fisiopsíquico na parturiente, decorrente das dores, da perda de sangue e dos esforços musculares. É uma perturbação suficiente para que a mãe cause a morte do próprio filho. (RIBEIRO, 2004; MUAKAD, 2002)

Já o sistema misto, leva em consideração a influência do estado puerperal e o desejo de preservar a própria honra ao mesmo tempo.

Infanticídio é o crime em que a mãe, influenciada pelo estado puerperal, mata o próprio filho, durante ou logo após o parto. O crime de infanticídio não é encontrado com facilidade na jurisprudência, pois muitas vezes, o que ocorre, na verdade, é o crime de homicídio.

Antes do início do trabalho de parto, a ação contra o fruto da concepção, havendo ou não a expulsão, constituirá em crime de aborto. A morte praticada sem a influência do estado puerperal, quando já predomina o instinto materno com a mãe prestando assistência ao bebê, enquadrar-se-á na figura típica do homicídio.

Há que se observar que é indispensável a existência de vida extrauterina para caracterizar o infanticídio. O diagnóstico da vida extrauterina é obtido, em regra, pelos exames de docimásias pulmonares. O exame mais comum é a Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno.

Neste exame, coloca-se o sistema respiratório (pulmão, traqueia e laringe) do bebê em um recipiente com água em temperatura ambiente. Se os órgãos flutuarem, é sinal de que o bebê respirou. Caso contrário, coloca-se somente o pulmão no recipiente, se este flutuar, presume-se que o bebê respirou, ainda que de forma precária. (FRANÇA, 2014)

Inexistente a prova de que houve vida, não há que se falar em crime de infanticídio. Algumas das provas da existência da vida extrauterina são:

- a) Estômago cheio de ar, saliva espumosa no intestino (prova de vida de pelo menos dois a três minutos).
- b) começo de trabalho de eliminação do cordão umbilical (prova que a criança viveu no mínimo um dia).
- c) Estômago com pouco ar. Pele coberta de induto sebáceo. Mecônio no intestino grosso (prova de vida no mínimo durante vinte e sete horas).
- d) Epiderme esfoliada (vida extrauterina não inferior a dois dias).
- e) Bossa soro-sanguinolenta bem limitada e contendo soro (vida não inferior a três dias).
- f) Indícios de destaque do cordão umbilical (vida, no mínimo, por quatro dias).
- g) Muito mecônio no intestino grosso (pelo menos vida por cinco dias).
- h) Umbigo sem vasos umbilicais (vida extra-uterina durante um mínimo de cinco dias). (FERNANDES, 1996, p. 125)

Mas qual seria a real influência do estado puerperal no cometimento do crime de infanticídio? Tal assunto será tratado no terceiro capítulo.

Tipo penal: elementos, sujeitos, objetos e classificação

Nucci (2017), explica que o verbo “matar”, nesse sentido, significa eliminar a vida humana extrauterina provocada por terceiro. Ou seja, matar tem o mesmo sentido do homicídio, razão pela qual a única diferença entre os crimes de infanticídio e homicídio é a especial situação em que se encontra a agente. Matar significa eliminar a vida de outro ser humano, de modo ser necessário que o nascituro esteja vivo no momento em que é agredido fatalmente.

Caracteriza-se o crime doloso quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme dispõe o artigo 18, I do Código Penal. Dolo é a vontade livre e consciente de cometer um crime (dolo direto) ou a vontade livre e consciente de cometer uma conduta assumindo o risco de produzir um resultado criminoso (dolo eventual).

Então, o infanticídio é um crime doloso, sendo seu elemento subjetivo o dolo, sendo caracterizado pela vontade de causar a morte do próprio filho, nascente ou recém-nascido.

Se a mãe, culposamente, der causa à morte do filho, responderá por homicídio culposo. Se, desejando praticar o infanticídio, causar lesões no nascente ou recém-nascido, responderá por tentativa de infanticídio, e não por lesão corporal.

Objeto jurídico é o bem-interesse protegido pela lei, o bem que o legislador tutela mediante uma incriminação penal. Assim, o objeto jurídico do crime de infanticídio é a vida humana daquele indivíduo está nascendo ou do recém-nascido.

Já o objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa. No crime de infanticídio é o ser humano, ou melhor, o filho nascente ou recém-nascido.

Sujeito ativo é quem pratica a conduta criminosa, possuindo capacidade penal (sujeito de direitos e obrigações). Como o dispositivo legal refere-se ao próprio filho, o sujeito ativo é a própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal. Contudo, isso não significa que um terceiro não possa responder pelo mesmo crime diante do concurso de pessoas.

Gláucio Ribeiro (2004), esclarece que o crime de infanticídio cometido pela parturiente sob a influência do estado puerperal, deve ser bem analisado e comprovado. Isso, de modo a apontar o que determina sua causa: ou se em decorrência de algum transtorno ou perturbação psíquica ou de modo meramente doloso - ou seja, em síntese, aquele crime cujo autor assume as consequências de seu ato.

Assim, o crime de infanticídio classifica-se, quanto ao sujeito ativo, como um crime unissubjetivo ou monossubjetivo ou unipessoal, pois é passível de ser praticado por uma só pessoa.

É classificado, também, como crime próprio, uma vez que se exige uma particularidade do agente, que é ser a mãe do sujeito passivo e se encontrar sob a influência do estado puerperal.

O sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Então, o sujeito passivo do crime de infanticídio é o próprio filho que está nascendo (nascente) ou que acabou de nascer (recém-nascido, também chamado de neonato). Em razão disso, a classificação, quanto ao sujeito passivo, também é de crime próprio, pois somente o filho pode ser o ofendido/vítima, e, é um crime de subjetividade passiva única, ou seja, apenas um sujeito passivo.

É um crime comissivo, praticado através de uma ação. Excepcionalmente, pode ser praticado por omissão quando o agente tem a função de garantidor e, podendo, deixa de agir quando deve (crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio), como, por exemplo, logo após o parto a mãe, influenciada pelo estado puerperal, deixa a criança sem qualquer tipo de alimentação, vindo a mesma falecer por inanição.

O infanticídio é crime de forma livre podendo ser praticado de várias maneiras, como, por exemplo, pela sufocação, estrangulamento, afogamento, lesões diversas, envenenamento.

Ainda em relação à conduta, classifica-se o crime como um crime instantâneo, pois consegue-se definir o momento da consumação e instantâneo de efeitos permanentes.

É também crime plurissubsistente, pois a conduta pode ser fracionada em vários atos e, portanto, admite-se a tentativa quando o resultado não é atingido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Quanto à lesão provocada, é crime de dano, pois a consumação implica efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Classifica-se o crime de infanticídio como um crime material quanto ao resultado, porque é preciso que haja um resultado externo à ação para a sua consumação (consuma-se pela morte do recém-nascido), há transformação do universo naturalístico e conseqüentemente há uma alteração no

mundo físico.

Como é crime doloso contra a vida, seu julgamento compete privativamente ao Tribunal do Júri, de acordo com o artigo 5º, XXXVIII, CF/88.

É previsto a cominação de pena privativa de liberdade com detenção de 2 (dois) a 6 (anos). A Ação Penal é Pública Incondicionada. A pretensão punitiva é exercida pelo Ministério Público, de forma privativa, através de seu representante, independentemente da manifestação de terceiros. A denúncia é a peça inicial acusatória, oferecida pelo representante do Ministério Público. (BRASIL, Código Penal, 2017)

ABORTO

Antes de analisar os elementos do tipo penal, é importante frisar que no crime de aborto a vida do sujeito passivo é intrauterina.

Tipo penal: elementos, sujeitos, objetos e classificação

O artigo 124, primeira parte, do Código Penal prevê o crime de autoaborto quando a própria gestante interrompe a gravidez, matando o produto da concepção. A segunda parte deste artigo prevê o crime de consentimento para o aborto (aborto consentido pela gestante).

Esclarece Victor Gonçalves (2016) que a forma mais comum da gestante praticar esse crime é através da ingestão de medicamento abortivo, mas pode ocorrer, também, através de quedas intencionais.

Caracteriza-se o crime doloso, caracterizado pela vontade da gestante de causar a morte do feto, seja por ato próprio, seja por ato de terceiro mediante seu consentimento.

Objeto jurídico, bem como no crime de infanticídio, é a vida humana, sendo competência do Tribunal do Júri proceder seu julgamento, por se tratar de crime doloso contra a vida. O objeto material é o feto.

O sujeito ativo é a gestante, e, somente ela, sendo por isso classificado como crime unipessoal e de mão própria (não se admite coautoria). Somente a gestante (maior de 14 anos de idade) pode dar consentimento válido. (GONÇALVES, 2016)

O sujeito passivo é o feto, sendo classificado como crime próprio e de subjetividade passiva única.

Assim como o infanticídio, o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, é um crime comissivo, de forma livre, instantâneo, instantâneo de efeitos permanentes, plurissubsistente, de dano e material.

A pena prevista para a gestante é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. A Ação Penal é Pública Incondicionada, sendo o seu titular o Ministério Público que deve oferecer a denúncia, desde que presentes os requisitos legais. (BRASIL, Código Penal, 2017)

ESTADO PUERPERAL

Conceito

O estado puerperal existe quando, em período de gestação, o organismo da mulher sofre profundas transformações devido ao aumento significativo de hormônios. As mudanças, tanto físicas quanto emocionais, alteram o humor e fazem com que a mulher, no estado gravídico, muitas das vezes, não consiga controlar seu ímpeto. Essas transformações psíquicas podem acarretar sérias influências no período gestacional.

Antes desse assunto ser debatido é importante diferenciar puerpério de estado puerperal.

Conforme Roberson Guimarães,

O puerpério é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas. Já o chamado estado puerperal seria uma alteração temporária em mulher previamente sã, com colapso do senso moral e diminuição da capacidade de entendimento seguida de liberação de instintos, culminando com a agressão ao próprio filho. (GUIMARÃES, 2004, p. 12)

Segundo João Ricardo da Silva (2013) puerpério é o período durante o qual o corpo da gestante se prepara expulsar o feto com a expulsão da placenta até a volta do organismo às condições normais em que se encontrava antes da gestação. Pode se dividir em três momentos, sendo o “puerpério imediato” compreendido entre os 10 (dez) dias seguintes ao parto. O “puerpério tardio” é considerado até 45 (quarenta e cinco) dias após o parto e o “puerpério remoto” que é considerado a partir de 45 (quarenta e cinco) dias após o parto.

Ensinam Almeida Júnior e Costa Júnior (1996), que o termo origina-se de *puer* (criança) e de *parere* (parir). Seria para eles o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas.

Para Genivaldo França (2014), o puerpério dura, em média, 6 (seis) a 8 (oito) semanas, desde o desprendimento da placenta até o retorno do organismo materno às condições anteriores à gestação.

Segundo Vicente Maggio,

Os transtornos mentais e comportamentais associados ao puerpério estão classificados na CID-10 como leves, as depressões pós-parto e puerperal; e como transtornos mentais graves, somente a psicose puerperal que pode surgir dias após o parto, em mulheres já predispostas a certa anormalidade agravada, então, pelo puerpério. (MAGGIO, 2004, p. 27)

Logo, verifica-se que Puerpério é a duração do início e término das condições gravídicas da mulher. Nem mesmo a medicina estipula um tempo determinado para o puerpério e dele pode se derivar o estado puerperal.

Para Gláucio Ribeiro (2004, p. 71), estado puerperal “é uma forma fugaz e transitória de alienação mental, é um estado psíquico patológico que, durante o parto, leva a gestante à prática de condutas furiosas e incontroláveis.”

O estado puerperal é comum na maioria das parturientes, em graus diversos. A diferença é a influência que este estado pode exercer sob a mãe a ponto dela decidir tirar a vida do próprio feto/filho, suprimindo seu senso de razão. Isto ocorre quando o estado puerperal causa distúrbios psíquicos nas mulheres, como confusão mental.

Espinoza (2005) relata que o estado puerperal nem sempre produz perturbações psíquicas que levam a mãe a cometer o crime de infanticídio ou de aborto. E que a influência do estado puerperal, realmente, tem que ter diminuído a capacidade de entendimento da mãe, podendo o estado puerperal durar entre 40 (quarenta) a 50 (cinquenta) dias após o parto, havendo então o primeiro ciclo menstrual.

Conforme apontam os estudos de Almeida Júnior, Costa Júnior, a influência puerperal

é a perturbação psíquica em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho. (ALMEIDA JÚNIOR; COSTA JÚNIOR, 1996, p. 382)

O reconhecimento do estado puerperal e o tempo de sua duração ainda é um desafio para a medicina. Não há um critério científico, seguro e absoluto que fixe a duração do estado puerperal, a expressão “logo após” é discutível, uma vez que o legislador não estipulou seu tempo de duração.

Contudo, o ordenamento jurídico e a jurisprudência, adotam o “estado puerperal” como uma circunstância subjetiva do crime de infanticídio, justificando a atenuação da pena devido a submissão da mulher a uma grande tensão nervosa durante o parto e a perda de muito sangue, permanecendo o organismo da parturiente, durante dias, em situação anormal, física e psiquicamente. Respeitando a legalidade, haverá o crime de infanticídio quando for cometido durante ou logo após o parto, desde que sob a influência do estado puerperal.

Há que se esclarecer que o estado puerperal não é uma perturbação mental que causa total irresponsabilidade da mulher. É um estado especial em que a parturiente se encontra devido às alterações emotivas.

Influência do estado puerperal no crime de aborto e no crime de infanticídio.

Mas qual seria a real influência do estado puerperal no cometimento dos crimes de infanticídio e aborto? Em uma reflexão médica mais profunda sobre essa questão, Genivaldo França chama a atenção para o seguinte:

(...) não há nenhum elemento psicofísico capaz de fornecer à perícia elementos consistentes e seguros para se afirmar que uma mulher matou seu próprio filho durante ou logo após o parto motivada por uma alteração chamada “estado puerperal”, tão somente porque tal distúrbio não existe como patologia nos tratados médicos. (FRANÇA, 2014, p. 328)

Todavia, o ordenamento jurídico e, consequentemente a jurisprudência, adotam o “estado puerperal” como uma circunstância subjetiva do crime de infanticídio, justificando a atenuação da pena devido a submissão da mulher a uma grande tensão nervosa durante o parto e a perda de muito sangue, permanecendo o organismo da parturiente, durante dias, em situação anormal, física e

psiquicamente. Sendo assim, respeitando a legalidade, haverá o crime de infanticídio quando for cometido durante ou logo após o parto, desde que sob a influência do estado puerperal.

Isso significa dizer que devem ser observadas a relevância e a extensão desses processos gestativos, os quais experimenta a parturiente, durante todo período gravídico. (BITENCOURT, 2009)

A influência do estado puerperal é um quadro dos fenômenos emocionais e mentais próprio de mulheres, geralmente desvalidas e resultante de gravidez indesejada, que geram significativos conflitos emocionais.

Levando-se em conta essa realidade o objeto de estudo desta pesquisa versa sobre a não distinção jurídica das depressões pós-parto, ou daqueles outros efeitos colaterais decorrentes da influência do estado puerperal, daquelas depressões ou efeitos colaterais que se dão ao longo do estado de gravidez. Sendo o primeiro crime tratado de modo especial, que culmina na diferenciação da pena de reclusão para detenção, busca-se averiguar a possibilidade de se aplicar o mesmo entendimento no segundo caso, quando do estado da gravidez.

DEFINIÇÃO DO TIPO PENAL E APLICAÇÃO DA PENA: UMA INCONGRUÊNCIA JURÍDICA?

Nota-se, claramente, a partir da discussão estabelecida no item anterior, a existência de uma incongruência entre as classificações dos crimes de infanticídio e aborto.

Não parece razoável que a lei possa tratar de maneira diversa a classificação de crime privilegiado para o infanticídio cometido pela mulher sob a influência do estado puerperal e o crime de aborto sem o referido privilégio.

De modo a enriquecer essa discussão, é oportuno citar neste momento Elizabeth Badinter (1980), para quem, em síntese, o amor materno não constitui um sentimento inerente à condição de mulher, ele não é um determinismo, mas algo que se adquire. Tal como se vê hoje, é produto da evolução social. Ela constata, em seus estudos, que o próprio conceito do amor da mãe aos filhos era outro. Como todos os sentimentos humanos, ele varia de acordo com as flutuações socioeconômicas e culturais da história.

Resta indagar o motivo pelo qual se tipifica o crime de aborto sem qualquer privilégio, enquanto se privilegia o crime de infanticídio, sendo que ambos podem ser cometidos sob a influência do estado puerperal. Não são ambos um atentado contra a vida? Não é a mesma a mulher afetada pelos efeitos colaterais, alterações hormonais, fisiológicas, psicológicas e corporais? Por que a vontade de exterminar o feto/nascente/recém-nascido que a aflige é tratada de maneira diferenciada durante ou após o parto em detrimento dos nove meses em que carrega em si o feto?

Não há aqui nenhuma defesa explícita ou implícita da banalização da vida ou de incentivo à criminalidade ou privilégio a meros caprichos femininos que por ventura possam se dar nesse processo.

Conforme aponta Badinter (1980), há necessidade de se observar o fator socioeconômico em que as gestantes estão inseridas. Para a mulher sob a influência do estado puerperal, a situação já men-

cionada fica deveras agravada. Verifica-se que, muitas vezes, a escassez de bens e recursos leva a puérpera a valorizar, em primeira instância, a autopreservação. Ou seja, o que primeiro lhe toma a preocupação é o instinto da vida, já que este se sobrepõe ao instinto materno. E, de forma mais ou menos consciente, utiliza-se desse sentimento suplementar – o amor materno - como estratégia para cometimento do crime, frente à ameaça que se lhe apresenta.

Nesse contexto, demonstra a Psiquiatra que esses diferentes tipos de infanticídio são comuns às mulheres em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

A respeito do tema, comenta a pesquisadora:

Nunca se poderá exagerar a importância do fator econômico nessas práticas assassinas. E ninguém teria a imprudência de afirmar que todas as mulheres que abandonavam, de um modo ou de outro, o filho o faziam por falta de amor. Elas estavam reduzidas a uma tal penúria física e moral que é justo indagar se teria havido lugar para um outro sacrifício vital; como o amor e a ternura teriam podido expressar-se nessa situação catastrófica? (BADINTER, 1980, p. 64)

Sob essa ótica, a Psiquiatra confirma a necessidade de se indagar a razão desses conflitos que alteram os comportamentos maternos na mulher contemporânea. Eles são, na maioria das vezes, contraditórios em relação à sociedade como um todo. Isso porque a comunidade onde está inserida a deixa submissa a tais questões de fragilidade e violência, direta ou indireta; o que destoa do cotidiano da sociedade como um todo.

Pode-se verificar nessas mulheres uma ambivalência de sentimentos no que diz respeito à maternidade, uma vez que a determinação de tais sentimentos maternos se faz ultrapassado se observados os valores morais e sociais que determinam o seu desejo e o seu dever de ser ou não mãe.

Importante salientar não se pretende defender a ideia de que as múltiplas carências de toda ordem sejam afetivas, psicológicas ou financeiras, dentre outros, induz, de certo modo, essa mulher a querer se livrar da dura responsabilidade que se lhe apresenta com a chegada de uma nova vida, para além de todas as demais questões hormonais e psicológicas que chegam junto com a gravidez. (BADINTER, 1980)

Tal pensamento encontra escopo com os estudos de Richard Von Krafft. Ele observa que, durante o estado do puerpério, a mulher passa por “profunda irritação provocada pelos tremores convulsivos, as dores e os suores, a emoção e a fadiga do fenômeno obstetrício.” Tais circunstâncias determinam-lhe um colapso de senso moral, uma desordem mental e uma excitação frenética que a privam de sua capacidade de entendimento. Quando dela se reabilita, “a puérpera não tem a menor lembrança do que ocorreu.” (KRAFFT *apud* HUNGRIA, 1979, p. 255)

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – PAISM, foi reformulada pelo Ministério da Saúde, com o intuito de promover, prioritariamente, a saúde mental das mulheres, com enfoque de gênero. Isso em razão de as políticas atuais não serem capazes de explicar como se angustia uma mãe que deveria estar feliz pelo nascimento de um filho. Como a dádiva da maternidade, poderia desencadear em uma série de sofrimentos psíquicos? (BRASIL, 2004)

É preciso analisar as características, desafios e singularidades que possam nortear a capacidade de atuação do Direito frente a essa realidade.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou compreender, definir e pontuar o crime de infanticídio e o crime de aborto, mas, principalmente, entender do que se trata o estado puerperal, elemento presente no artigo 123 do Código Penal ou trazer a previsão do crime de infanticídio.

Isso no sentido de verificar a possibilidade de dispensar igual tratamento dado ao crime de infanticídio (crime privilegiado), à gestante que pratica o autoaborto influenciada pelo estado puerperal.

Vislumbrou-se entender se a influência do estado puerperal - que reduz a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente – quando do cometimento de infanticídio, se igualaria àquelas influências sofridas ao longo da gravidez, considerando-se, tanto num quanto noutro caso, as singularidades dessa mulher agente de crime. O caso requer, portanto, melhor observação e discussão por parte dos operadores do Direito. Afinal, se confirmado que a gestante é acometida dos mesmos efeitos psíquicos e fisiológicos característicos do estado puerperal, os critérios de culpabilidade devem receber o mesmo tratamento.

O estudo que ora se fez reforçou o entendimento de que se deve lançar um olhar cuidadoso, visando a uma possível alteração no ordenamento jurídico em relação ao tema estudado. E, conforme se constatou, muitas são as razões que justificam tal ação sobre o tema.

Conforme apurado, alguns estudos vão de encontro à ideia de se poder privilegiar também o crime cometido pela mãe em estado gravídico, de modo a tornar sua sanção penal menor que a prevista no artigo 124 do Código Penal.

Constatou-se que algumas mulheres sofrem a influência do estado puerperal ao longo da gravidez, sofrendo alterações fisiológicas ou psicológicas.

Nesse sentido, o crime cometido pela gestante, ao longo da gravidez, poderia ou deveria, sim, gozar da mesma consideração estabelecida para o crime de infanticídio cometido sob a influência do estado puerperal.

Cumprе salientar, no entanto, que não se trata, como bem discutido, de descriminalizar o delito, mas tão somente tratá-lo sob a luz do entendimento de que, ao longo da gravidez, a mulher também padece do mesmo mal do estado puerperal.

O presente estudo configura-se, deste modo, a busca por uma verdadeira balança da Justiça que equilibre e iguale direitos e deveres, além da visão holística, urgente e necessária do Estado que é, ou deveria ser, o grande garantidor da Justiça, ou seja, o encarregado de zelar pelo bem-estar social.

Foi possível ainda verificar que a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher foi reformulada com o intuito de promover, prioritariamente, a saúde mental das mulheres, com enfo-

que de gênero. Isso, em razão de as políticas atuais não serem capazes de explicar a angústia dessa mulher; entender porque o que deveria ser instinto se transforma em adoecimento e dependência de atenção psicossocial.

O assunto é ainda pouco estudado, carecendo, portanto, de uma pesquisa mais ampla sobre o tema. Ao mesmo tempo, o cunho exploratório teve por objetivo tornar a análise do fato mais clara e acessível a todos que dele quiserem fazer uso futuramente.

Conclui-se, por fim, após análise de tudo que ora se discutiu, no que refere ao princípio da igualdade e isonomia do Direito - resguardada a diferença dos casos singulares - que a culpabilidade do crime cometido quando da gravidez, poderia ou deveria, sim, gozar do mesmo tratamento dispensado ao infanticídio sob a influência do estado puerperal, dada a analogia entre ambos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio; COSTA JÚNIOR, J. B. de Oliveira. **Lições de Medicina Legal**. 21.ed. São Paulo: Nacional, 1996.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. São Paulo: Nova Fronteira. São Paulo, 1989.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro**. Vade Mecum - Método – legislação. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum - Método – legislação. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf Data de acesso: 15 de setembro de 2017.

CAMARA, Phaelante da. **O Duello e o Infanticídio**. Bahia: Bibliolife, 1904.

ESPINOZA, Chedorlaomer R. Gonzales. El delito de infanticidio em la legislación penal. **Revista Jurídica Docentia et Investigatio**, Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M., Vol. 7, n. 2, p. 113-126, 2005.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1996.

FRANÇA, Genivaldo Veloso de. **Medicina Legal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático** – parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. **Revista Jurídica UniEVANGÉLICA**, Anápolis/GO, n. 9, p. 10-15, Jan/Jun, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Volume I. Tomo I.

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

MUAKAD, Irene Batista. **O infanticídio**: análise da doutrina médico-legal e da prática judiciária. São Paulo: Mackenzie, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

SILVA, João Ricardo Anastácio da. A Real Influência do Estado Puerperal face ao Crime de Infanticídio. **Revista Jurídica da UNIFIL**. 2013. Disponível em http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/paginas/2012/8/497_832_publicpg.pdf#page=125. Data de acesso: 07 de março de 2018.

TAMPAKIS, Th. **O infanticídio na Grécia antiga**: Um esforço de análise no projeto Medeia Eurípides. Cuidado Neonatal - MEN GP Hospital Universitário de Alexandroupolis. 2004. Disponível em: www.iatrikionline.gr/Deltio51d/08.htm. Data de acesso: 24 de janeiro de 2016.