

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Emanuelle Silva Scotelano

O delito de infanticídio: uma análise da elementar “sob a influência estado puerperal”.

**Juiz de Fora
2023**

Emanuelle Silva Scotelano

O delito de infanticídio: uma análise da elementar “sob a influência do estado puerperal”.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração Direito Público sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

**Juiz de Fora
2023**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Scotelano, Emanuelle Silva.

O delito de infanticídio : uma análise da elementar “sob a influenciado estado puerperal” / Emanuelle Silva Scotelano. -- 2023.

30 f.

Orientador: Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2023.

1. Infanticídio. 2. Influência do estado puerperal. 3. Análise doutrinária e jurisprudencial. I. Rodrigues, Luiz Antônio Barroso ,orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Emanuelle Silva Scotelano

O delito de infanticídio: uma análise da elementar “sob a influência do estado puerperal”.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Público, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, xx de janeiro de 2023.

RESUMO

O delito de infanticídio é alvo de diversos dissensos doutrinários e jurisprudenciais que estão diretamente relacionados a escolha legislativa de adoção do critério fisiopsicológico para a configuração do delito. Dito isso, para além de possíveis críticas relacionadas a escolha realizada pelo legislador, o presente trabalho pretende, através de análise doutrinária e jurisprudencial, verificar as divergências existentes a respeito da elementar “sob a influência do estado puerperal” e a consequente dificuldade de sua caracterização na prática, diante da tendência de se exigir a produção de laudo pericial médico apto de comprovar sua ocorrência. Dessa forma, com base em uma das formas de interpretação, tendo como fundamento os princípios constitucionais de presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, pretende-se apresentar resolução prática para a insegurança existente a respeito do tema.

Palavras- chave: Direito Penal. Infanticídio. Influência do estado puerperal. Necessidade de realização do exame pericial. Interpretação benéfica à ré.

ABSTRACT

The crime of infanticide is the target of several doctrinal and jurisprudential disagreements that are directly related to the legislative choice of adoption of the physiopsychological criterion for the configuration of the crime. That said, in addition to possible criticisms related to the choice made by the legislator, the present work intends, through doctrinal and jurisprudential analysis, to verify the existing divergences regarding the elementary “under the influence of the puerperal state” and the consequent difficulty of this characterization in practice, given the tendency to demand the production of a medical expert report capable of proving its occurrence. Thus, based on one of the forms of interpretation, based on the constitutional principles of presumptions of innocence and in dubio pro reo, it is intended to present a practical resolution to the existing insecurity on the subject.

Keywords: Criminal Law. Infanticide, Influence of the puerperal state. Need to carry out the expert examination. Beneficial interpretation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DELITO DE INFANTICÍDIO.....	07
3 A ELEMENTAR “SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL”.....	10
3.1 A ADOÇÃO DO CRITÉRIO FISIOPSICOLÓGICO.....	10
3.2 INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E PUERPÉRIO.....	12
3.3 O ESTADO PUERPERAL E A MEDICINA LEGAL.....	16
4 O RECONHECIMENTO DA ELEMENTAR NA PRÁTICA.....	19
4.1 PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	20
4.2 PRESUNÇÃO DO ESTADO PUERPERAL DEVIDO À DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO.....	22
4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i> NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JURI.....	25
5 CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS.....	28

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1940 inovou na redação conferida ao delito de infanticídio, haja vista adoção de novo critério para a sua configuração. Dessa maneira, inobstante tal figura fosse presente em todos os códigos penais anteriores ao atual, a partir de sua promulgação, iniciou-se debate jurisprudencial e doutrinário a respeito da forma como o novo critério deveria ser interpretado.

Transcorridos oitenta anos desde então, ainda não há consenso sobre os mesmos pontos anteriormente debatidos, de forma que o delito de infanticídio passou a ser alvo, até mesmo, de ceticismo por alguns doutrinadores.

Tal comportamento se dá devido ao ponto de maior controvérsia em torno do delito em estudo: a elementar “sob a influência do estado puerperal”. As discussões a esse respeito giram em torno não apenas da necessidade de comprovação ou não de sua ocorrência, mas também da forma como tal prova deve ser realizada. Isso ocorre devido ao fato de que não há, na doutrina médico-legal, substrato teórico sólido sobre a forma como o laudo pericial médico deverá ser realizado em tais casos, além da dificuldade de realização dos mesmos haja vista que, em geral, são realizados muito tempo após o delito e o estado puerperal é, por definição, período de curta duração.

Diante do exposto, verifica-se que tais discussões doutrinárias também estão presentes nos julgados a respeito do tema, o que confere aos casos de infanticídio grande margem de interpretação por parte dos aplicadores do direito fato que, além de possibilitar um ambiente de insegurança jurídica pela divergência de julgamentos de casos similares, coloca em risco a aplicação de tal delito e, por consequência, o respeito a vontade do legislador, tendo em vista que, como dito, o novo critério adotado fez com que o delito fosse enxergado com ceticismo por parte dos aplicadores do direito.

Ante o exposto, através de uma análise da elementar mencionada e do novo critério adotado a partir desta, apresenta-se corrente de posicionamento doutrinário e jurisprudencial que, embora não majoritária, pode ser visto como solução adequada para as controvérsias existentes sobre o tema, tendo em vista que, em respeito aos princípios do *in dubio pro reo*/presunção de inocência, defende a realização de interpretação mais benéfica às acusadas, de forma a não puni-las pela dificuldade de realização da perícia frente as circunstâncias do fato e as definições estabelecidas pelo próprio legislador.

2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DELITO DE INFANTICÍDIO

O termo “infanticídio” possui usos e significados distintos, de forma que, embora seja possível constatar, como um lugar comum, a provocação da morte de uma criança, são variáveis as noções de criança, do sujeito praticante do delito e do tipo de julgamento que este recebe da sociedade. (ANGOTTI, 2019).

Na linguagem jurídica, o infanticídio se trata, hoje, da morte do recém-nascido, causada pela própria mãe, durante o parto ou até um ano depois deste, sendo que, o tratamento legal atribuído ao delito é divergente dependendo da localidade em que o crime acontece.

Além disso, a respeito das variações de tratamentos jurídicos, Bruna Angotti, (2019) esclarece que estes sofrem modificações e adquirem contornos mais específicos na mesma medida em que os papéis das mães e das crianças também são redefinidos socialmente.

Ao encontro disso, informa José Frederico Marques (1999 apud ESTEFAM, 2021):

Poucas figuras delituosas têm sido encaradas, nas legislações penais de todos os tempos, de maneira e modos tão diversos, no que tange ao tratamento penal, como a do infanticídio. Em determinadas circunstâncias de espaço ou de tempo, rigorosos e até bárbaros se apresentam os castigos impostos aos que praticam esse crime. Em outras ocasiões, no entanto, o abrandamento das penas vai ao absurdo de se estender, subjetivamente, até a parentes da vítima, de forma a subtraí-lo, quando matam o *infans*, das normas comuns do homicídio

Dessa maneira, os tratamentos legais conferidos ao delito em questão ao longo da história são diversos, e se diferenciam não apenas pela quantidade ou o tipo de pena aplicada, mas também pela criminalização ou não da conduta.

A partir de uma análise histórica, é possível se verificar que, na Antiguidade, comumente, bebês recém-nascidos eram mortos quando havia escassez de alimentos, para serem oferecidos em cerimônias religiosas, ou caso tivessem alguma condição física que os tornassem inaptos para a guerra (NUCCI, 2021).

Nesse sentido, na Grécia Antiga, o pai possuía poder de decidir se o filho viveria ou não, principalmente em Esparta, justamente devido ao supracitado critério de aptidão para guerra, com base no qual crianças consideradas inaptas fisicamente eram assassinadas e jogadas no mar. O poder do pai sobre a vida e a morte de seus familiares também era presente na Roma antiga, já que poderia vendê-los como escravos ou condená-los a morte. Contudo, as

mães que matassem seus filhos recebiam pena tão grave quanto ao parricídio (na época, o crime mais gravemente apenado).

Já na Idade Média, em geral, não mais se autorizava o infanticídio sob nenhuma circunstância, o qual fazia parte dos crimes mais severamente apenados. Na ordenação Carolina (ordenação penal de Carlos V), previa-se que as autoras de tal delito seriam enterradas vivas, empaladas ou dilaceradas (CAPEZ, 2022). Isso se manteve com o movimento iluminista, a partir do qual a vida das crianças passou a ser mais valorizada e punição mais grave foi atribuída às mulheres infanticidas.

Em contrapartida a isso, Capez (2022) informa que tal rigor deixou de existir no século XVIII devido a influência de filósofos adeptos ao direito natural, dentre eles estão Beccaria e Feuerbach, os quais foram os primeiros a preverem, no Código Austríaco de 1803, o abrandamento da pena para o delito em estudo.

A respeito do tema, Nucci (2021) e Busato (2017) esclarecem que os protestos contra a dureza do tratamento empregado a tal delito foram motivados em atenção àquelas mulheres que sofriam de perturbação psicológica gerada pela infâmia advinda de gestações de filhos bastardos (agiam a fim de ocultar desonra própria).

A esse respeito, Bruna Angotti (2019), a partir de uma perspectiva antropológica, informa que a mudança de entendimento narrada está relacionada a necessidade de se aumentar a reprodução humana¹, a qual gerou um aumento do controle sobre a reprodução e o surgimento do estímulo ao cuidado materno, a fim de garantir a sobrevivência dos bebês. A partir de então, o amor materno foi valorizado e passou a ser enxergado como algo natural e incontável, de forma que, ir contra o mesmo e matar o próprio filho, só poderia ser visto como uma doença ou miséria muito grande. Dito isso, as mulheres passaram a receber tratamento humanizado, sendo percebidas como pessoas frágeis e perturbadas que buscavam preservar sua própria honra.

Em conformidade a esse critério, a legislação portuguesa, até 1995, previa a pena abrandada ao infanticídio para mulheres que o cometeram, a fim de ocultar desonra própria.

¹ A respeito, Bruna Angotti (2019, p.28) informa: “Michel Foucault, em vários textos que compõem a coletânea *Microfísica do Poder* (2006c) bem como em algumas das aulas de seu curso de 1975-1976 intitulado *Em defesa da sociedade* (2000), chamou a atenção para elementos importantes que, a partir do final do século XVI, mas, principalmente, nos dois séculos seguintes XVII e XVIII, passaram a pautar a noção de população saudável a serviço deste, se começou a investir no controle de hábitos de higiene e na saúde dos súditos. Daí, especialmente, o nascimento da Medicina Social (XVIII) e o foco no controle do corpo das mulheres enquanto corpo reprodutor de novos membros a formar a população. No contexto de urbanização crescente, controlar mulheres significava controlar a produção de soldados e trabalhadores aptos a defender e a produzir pela pátria”.

Em semelhança a esse entendimento, o Código Penal Italiano prevê, no artigo 578, que comete infanticídio aquela mulher que mata o próprio filho caso tenha sido abandonada material ou moralmente (NUCCI, 2021).

No Brasil, nos três códigos penais já promulgados (1830,1890 e 1940) há tipificação do delito de infanticídio. O Código Penal do Império (1830) apresentava tipificação voltada para a mãe que matava o próprio filho durante o parto, ou logo após, para ocultar desonra própria (gestação clandestina ou o nascimento fora do casamento), e punia tal crime com pena de prisão, de um a três anos, a qual pode ser considerada branda, haja vista que, na época, havia previsão até mesmo de pena de morte para o delito de homicídio. Já o Código Penal da República (1890) apresentava tipificação parecida, com a diferença que qualquer pessoa poderia ser sujeito ativo do delito (casos em que a pena era similar a cominada ao homicídio simples), sendo certo que, caso fosse cometido pela própria mãe, havia abrandamento da pena aplicada.

Atualmente, o infanticídio é previsto como delito autônomo, disposto no artigo 123, do Código Penal:

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho,
durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de dois a seis anos

Nesse sentido, o código atual diverge dos anteriores ao não exigir fim especial para a configuração do infanticídio, haja vista a alteração do motivo determinante para que ocorra a sua tipificação: *honoris causa* (anteriormente adotado Brasil) e critério fisiopsicológico (atualmente adotado).

A modificação deste critério é tida como influenciada pelo projeto de lei do código penal suíço, de 1916, que desembocou na legislação penal de 1937, a qual concede abrandamento da pena do homicídio àquelas mulheres que matam o próprio filho durante o parto ou enquanto estiverem sobre os efeitos de dar à luz. ²

Assim, houve, na definição dada pelo legislador, a exclusão do motivo de honra, e a adoção de novo critério apto a justificar o abrandamento de pena conferido ao delito em estudo.

² A respeito, informa Angotti (2019, p.179): “De fato, é o texto que apresenta redação mais semelhante à do artigo 123. Segundo o artigo 166 do Código Criminal Suíço, há infanticídio quando ‘(...) a mãe matar sua criança durante o parto ou enquanto estiver sob a influência dos efeitos de dar à luz’”.

3 A ELEMENTAR NORMATIVA “SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL”

Como mencionado acima, o Código Penal de 1940 estabelece o crime de infanticídio como figura autônoma, embora este seja apontado pela doutrina como sendo, na verdade, figura privilegiada do crime de homicídio, à qual, pelas condições particulares e especiais, foi conferido tratamento mais brando do que o previsto para o *caput* do artigo 121 do Código Penal, bem como para o parágrafo terceiro do mesmo artigo (homicídio simples e sua forma culposa).

Sendo assim, por escolha legislativa, o infanticídio se apresenta como delito autônomo, com denominação jurídica própria e se caracteriza pelo ato cometido pela mulher que, sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, ceifa a vida do próprio filho nascente ou recém-nascido.

Diante das características específicas do delito em questão, é possível caracterizá-lo a partir de diferentes critérios, sobre os quais, em geral, há claro consenso doutrinário e jurisprudencial.

Dito isso, evidente que se trata de crime próprio (só pode ser cometido pela mulher parturiente contra o filho nascente ou recém-nascido); comissivo ou omissivo impróprio (pode ser cometido por condutas ativas ou omissões, neste contexto, produzidas por pessoa com obrigação de cuidado); de forma livre; de dano (exige resultado danoso efetivo); material (existe correspondente no mundo dos fatos); plurissubstancial (realiza-se com mais de um ato e, portanto, admite tentativa); instantâneo (perfaz em um só momento) e unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa).

Para além de todas as características supracitadas, as circunstâncias elementares do delito em questão são o que diferencia da forma como era previsto na codificação anterior e, diferente das demais características, são alvo de muitos dissensos doutrinários e jurisprudenciais.

A respeito do tema, o artigo 123 do Código Penal, além da elementar relativa ao critério temporal (“durante ou logo após o parto”), possui como grande diferencial a adoção do critério fisiopsicológico, o qual se reflete na elementar “sob influência do estado puerperal”.

3.1 ADOÇÃO DO CRITÉRIO FISIOPSICOLÓGICO

Consoante explicitado no capítulo anterior, a adoção de tal critério se deu em substituição ao critério da “*honoris causa*”, o qual se baseava no temor que as mulheres, em décadas passadas, viviam da vergonha sobre a maternidade ilegítima, de forma que a gravidez legítima (vivida por uma mulher casada, dentro dos moldes aceitos socialmente) jamais poderia ser incluída em tal delito.

Contudo, devido ao contexto vivido quando da promulgação do atual código e da utilização da medicina como uma ciência auxiliar ao direito, principalmente no processo de produção de provas, a ocultação da desonra deu lugar a uma razão fisiológica.

A respeito de tal mudança legislativa, Alfredo Farhat (1965 apud Nucci, 2022) afirma:

Custa-nos aceitar, na generalidade dos casos, apesar de o momento puerperal acarretar excitações anormais, cuja graduação se pode medir, que variam de indivíduo para indivíduo, que não obedecem a um estalão certo, que, mais forte do que a sensação de ver, em forma humana, nova e diversa o próprio sangue e a própria carne, seja a vontade de não perder um conceito social, que se baseia numa convenção; que seja mais forte o egoísmo do que a maternidade.

Dito isso, para além das questões que geraram e embasaram a modificação de critérios, nos moldes atuais, devido a adoção do critério fisiopsicológico, é garantida a mãe que mata o próprio filho uma pena menor devido ao conjunto de perturbações psicológicas e físicas sofridas pela parturiente em decorrência do próprio processo do parto.

Isto ocorre em razão do entendimento de que, devido ao esforço despendido ao longo de horas de trabalhado de parto ativo, à dor e à perda de sangue causadas pelo mesmo, bem como à grande alteração hormonal vivida, a mulher pode sofrer um breve período de alteração psíquica, o qual, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves (2022, p. 164), acarreta “forte rejeição àquele que está nascendo ou recém-nascido, visto como responsável por todo aquele sofrimento”.

Sendo assim, o legislador de 1940 acreditava que, por razões fisiológicas vividas pela mulher parturiente, restava cientificamente comprovado que a autora do delito de infanticídio se encontrava em condição diferenciada e com capacidade de entendimento reduzida.

A respeito do fenômeno “estado puerperal”, Almeida Jr. e J. B. O. Costa Jr. (1977 apud MIRABETE; FRABINI, 2021) informam:

Nele se incluem os casos 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. De um lado,

nem alienação mental, nem semialienação (casos estes já regulados genericamente pelo Código). De outro, tampouco frieza de cálculo, a ausência de emoção, a pura crueldade (que caracterizariam, então, o homicídio). Mas a situação intermédia, podemos dizer até normal, da mulher que, sob o trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez não desejado, e temido, de suas entranhas.

Neste mesmo sentido, Guilherme Nucci (2021) caracteriza o estado puerperal como sendo o estado que envolve a parturiente, durante a expulsão da criança do ventre materno e os momentos após, responsável por profundas alterações físicas e psíquicas que transformam a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender a situação vivida.

Também sobre a adoção do critério fisiopsicológico, Damásio de Jesus (2020, p.50), de forma sucinta, explica que:

A mulher, em consequência das circunstâncias do parto, referente à convulsão, emoção causa pelo choque físico, etc., pode sofrer perturbação de sua saúde mental. O Código fala em influência do estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto

Em conformidade a todo o exposto, Fernando Capez (2022), determina que a ação física do parto pode gerar transtornos de ordem mental na mulher produzindo angústia, ódio, desespero, vindo ela a eliminar a vida do próprio filho.

Superada a definição do novo critério adotado pelo legislador, a partir da leitura dos últimos dois trechos transcritos acima, percebe-se que a utilização do verbo “poder” por ambos os doutrinadores não ocorreu de forma aleatória e evidencia o principal ponto controvertido a respeito do delito em estudo e que será abordado no próximo tópico.

A bem da verdade, em nossa doutrina, é unanimidade que o estado puerperal não deve ser entendido como sinônimo de puerpério, fato que gera controvérsia sobre a frequência que o mesmo se configura e, conseqüentemente, surge a problemática situação de conseguir encaixar as definições de “estado puerperal” acima apresentadas na situação fática vivida na prática, ou seja, em efetivamente tipificar a conduta como infanticídio.

3.2 INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E PUERPÉRIO

No item 40 da exposição de motivos do Código Penal, a respeito do delito de infanticídio, se verifica:

O infanticídio é considerado um delictum exceptum quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra honoris causa [...], a pena aplicável é a de homicídio (grifo nosso)

No trecho supracitado, o legislador deixa claro que o puerpério nem sempre causará perturbação psíquica na parturiente. Nesse sentido, em um primeiro momento, se destaca que a mencionada expressão (perturbação psíquica) é utilizada pelo legislador como sinônimo de “influência do estado puerperal”. Além disso, em um segundo momento, em decorrência da relação de sinonímia estabelecida, ressalta-se a diferenciação entre a mencionada circunstância elementar e o denominado puerpério.

Sobre o tema, segundo Guilherme de Souza Nucci (2021), o puerpério deve ser entendido como o estado que atinge a mulher do início do parto até a volta às condições pré-gravidez, de forma que, necessariamente, toda mulher parturiente passa pelo mesmo, mas nem toda chega ao estado puerperal.

Ainda esse respeito, Rodrigo Carmargos Couto (2011, p. 276), define o puerpério como sendo “o espaço de tempo compreendido entre o desprendimento da placenta do útero até a volta do organismo materno às condições anteriores ao processo gestacional, o qual pode durar até os sessenta dias após o parto”.

Ao encontro desse entendimento, Delton Croce (2012) explica que, embora a expressão estado puerperal exista como conceito obstétrico, esta não deve nunca ser confundida com a “influência do estado puerperal” prevista em nossa legislação, haja vista que o conceito doutrinário dada a mesma (curta duração, início apenas com o começo do parto) se diferencia muito do conceito médico do que seria esse “estado” citado pelos médicos.

Dito isso, verifica-se que, segundo as definições apontadas acima, o puerpério constitui processo inerente a todos os partos, haja vista que se trata, por definição, do tempo necessário para que o corpo da parturiente volte as condições vividas antes de todas as alterações causadas pela gestação.

A literatura médico legal aponta determinadas características típicas do puerpério como as contrações uterinas necessárias para o retorno ao seu tamanho normal, as alterações no colo uterino, o retorno da ovulação, as mudanças nas mamas devido ao processo de amamentação,

condições que, em conjunto, podem gerar determinadas alterações psíquicas que perduram por período além do compreendido, até então, por “logo após o parto”.³

Dessa forma, essas mudanças do corpo feminino ocorridas no processo natural de retorno às condições anteriores a gravidez não são vistas como sinônimo do estado puerperal previsto em nosso ordenamento. Como se observa na leitura da exposição de motivos mencionada acima, o legislador brasileiro evidencia que o estado puerperal, embora comum e típico do processo do parto, não é inerente a este e, apesar de ser vivido durante o período conhecido como puerpério, haja vista sua curta durabilidade, não deve ser confundido com este.

Essa distinção e, principalmente a determinação de que o estado puerperal não é condição que abarque todas as mulheres parturientes, embora já tenha sido alvo de contradição em nossa doutrina penal, atualmente, constitui tendência majoritária entre os doutrinadores penais.⁴

Indo ao encontro de tal tendência, André Estefam (2021), ao tecer considerações sobre tal ementar normativa, deixa claro que o denominado puerpério constitui elemento fisiopsíquico que ocorre em todas as mulheres, mas as acomete em graus e intensidades diferentes, argumentando, ainda, que tais gradações foram previstas pelo legislador penal ao tipificar o delito em questão, haja vista que a conduta deve ocorrer, nas palavras do autor, sob influência do estado puerperal e não apenas sob estado puerperal.

Da análise do raciocínio trazido por Estefam, verifica-se que a divisão entre os significados das expressões “estado puerperal” e “puerpério” assume contornos nebulosos. Nesse sentido, apesar da distinção trazida acima pelos supracitados doutrinadores, atualmente é possível se verificar que ambas as expressões vêm sendo utilizadas como sinônimos por parte da doutrina penal.

Inobstante a isso, mesmo aqueles que utilizam os termos como sinônimos defendem a distinção entre simplesmente “ter vivido um parto” e “estar sofrendo por perturbações emocionais decorrentes deste”, visto que esses mesmos doutrinadores garantem que o estado

³ Sobre o tema, informa Genival Veloso de França (2022 ,p.359): “Sabe-se que no puerpério podem surgir determinadas alterações psíquicas não apenas durante e logo após, mas também algum tempo depois do parto. Entre essas manifestações, a mais comum é a psicose pós-parto, indiferente ao estado social, afetivo ou emocional da mulher”.

⁴ Segundo Bruna Angotti (2019), o principal posicionamento favorável a esta interpretação (de estado puerperal presumido e não excepcional) foi manifestado por A.F. de Almeida Júnior, professor de medicina legal da Faculdade de Direito de São Paulo, e amplamente utilizado por aqueles que interpretam dessa mesma maneira.

puerperal/puerpério nem sempre acarreta mudanças psicológicas na mulher capazes de gerar como resultado a morte do próprio filho.

Com isso, em conformidade com aqueles que diferenciam puerpério de estado puerperal, ainda que utilizem a expressão “estado puerperal” como consequência lógica de todo parto (significado comumente dado a “puerpério”), também garantem que nem todas as puérperas passarão por uma perturbação de consciência.

Sobre esse tema, quando de sua análise sobre o delito de infanticídio, Victor Eduardo Dias Gonçalves (2022) deixa claro que estado puerperal é o conjunto de alterações físicas e psíquicas que ocorrem no organismo da mulher em razão do fenômeno do parto e que, portanto, toda mulher em trabalho de parto está em estado puerperal, mas é preciso, para a configuração do crime, que ela esteja sobre influência desse.

No mesmo sentido, leciona Fernando Capez (2022, p. 69) que ao tratar expressões “puerpério” e “estado puerperal” significando o período de tempo que decorre após o parto, garante que “nem sempre o fenômeno do parto produz transtornos psíquicos na mulher, de forma que não é uma regra a relação causal entre ambos”.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, estão os doutrinadores Júlio Fabrini Mirabetti (2021), Damásio de Jesus (2020), Luiz Regis Prado (2021), Álvaro Mayrink (2008), Paulo César Busato (2017) e Rogério Greco (2022), sendo que este último divide o estado puerperal, vivido por todas as mulheres que passaram pelo fenômeno do parto, em três níveis: a) parturiente que, embora em estado puerperal mínimo, não atua em razão dele (nível mínimo); b) parturiente que, completamente perturbada psicologicamente, dada a intensidade do seu estado puerperal (nível máximo), provoca a morte do filho durante ou logo após o parto (caso de inimputabilidade); c) gestante influenciada pelo estado puerperal (nível médio) gera a morte do filho durante ou logo após o parto (caso de infanticídio).

Dito isso, diante de tais distinções, segundo este entendimento, inobstante a utilização das expressões “estado puerperal” e “puerpério” como sinônimos ou não, é necessário a comprovação científica de que a mulher estava efetivamente sofrendo tais mudanças comportamentais devido ao fenômeno do parto, bem como que tal influência possui nexo de causalidade com a conduta de ceifar a vida do infante.⁵

⁵ Nesse sentido, Greco (2022, p. 151) esclarece: “para o infanticídio ser reconhecido haverá necessidade também da prova pericial, a fim de que fique evidenciado que, ao tempo da ação ou da omissão, a parturiente encontrava-se sob a influência do estado puerperal, pois, caso contrário, o crime por ela praticado se amoldará à figura do art. 121 do Código Penal”.

A partir disso, é necessário voltar a análise do presente estudo para a forma como a perícia em questão deve ser realizada e, principalmente, para quais elementos devem ser observados a fim de que reste cientificamente comprovada influência do estado puerperal sobre o comportamento desta mulher, ou seja, a perturbação psíquica vivida.

3.3 O ESTADO PUERPERAL E A MEDICINA LEGAL

Júlio Fabrini Mirabetti (2021), quando da explicação a respeito da mudança de critérios ocorrida em nossa legislação (critério psicológico para o fisiopsicológico), aponta que o novo sistema é alvo de críticas contundentes, tendo em vista que parte dos doutrinadores não entendem comprovada a existência do estado puerperal nos moldes previstos pelo legislador.

A respeito do tema, Paulo César Busato (2017, p.91), ao analisar a elementar normativa em estudo, determina:

A ciência médica discute a própria existência do chamado “estado puerperal”, havendo quem entenda que ele é uma mera ficção jurídica, enquanto outros o situam como uma perturbação dos sentidos que não chega a ter o caráter de alienação, mas tampouco é normal. O que, sim, é fato biológico bem estabelecido é que o parto desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central, que promove estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional.

Dito isso, verifica-se que, em que pese a previsão pelo legislador, e a concordância de parte dos doutrinadores penais a respeito da existência de um fenômeno biológico vivido pela mulher logo após o parto e capaz de gerar alterações em seu psiquismo, sua dimensão é extremamente incerta e variável.

Em conformidade a isso, Álvaro Mayrink da Costa (2008, p.249) evidencia que “(...) a influência do estado puerperal não apresenta uma exata significação, inexistindo critério científico seguro e absoluto para a fixação do limite de duração do puerpério”.

Diante de todo o exposto, observa-se que diversos doutrinadores penais, embora ensinem a respeito do denominado “estado puerperal”, apontam certas críticas contra o novo critério, as quais estão relacionadas a forma como a elementar “influência do estado puerperal” é vista por parte considerável da doutrina médico legal (área do saber responsável por estabelecer as formas de realização dos exames periciais). Tal fato se torna alvo de alerta, haja vista que esses mesmos doutrinadores julgam necessária a realização de perícia médica para comprovar a ocorrência do delito de infanticídio.

A bem da verdade, da análise de obras médicas a respeito das técnicas necessárias para a configuração do delito em questão, observa-se vultoso conteúdo a respeito dos exames necessários para se verificar se o infante nasceu vivo ou não (a fim de afastar a ocorrência de crime impossível por impropriedade absoluta do objeto); se a criança era compatível ou não com a vida (se havia vitalidade); e até mesmo se a autora realmente passou por um processo de parto recentemente, mas, em contrapartida, há escasso conteúdo relacionado aos critérios médicos necessários de serem analisados para se constatar que a autora agiu sob influência do estado puerperal.⁶

Além disso, da mesma análise, examina-se a existência de críticas recorrentes e severas à elementar em estudo, principalmente, à definição dada a esta pela doutrina penal, fato que, certamente, é justificativa para a escassez de conteúdo acerca dos exames periciais necessários para constatar a ocorrência do estado puerperal.

Genival Veloso (2002), médico e o autor de livros sobre medicina legal, aponta que o estado puerperal constitui expressão ambígua, sendo entidade contestada na comunidade médica e alvo de severas críticas.

Segundo o autor, muitos estudiosos do tema consideram a “influência do estado puerperal” mera ficção jurídica criada para de tentar justificar a benignidade de tratamento penal cuja causa principal seria a pressão social exercida sobre a mulher cuja gravidez compromete a sua imagem (retorno ao critério psicológico de proteção da honra).

Afirma, ainda, que o distúrbio chamado “estado puerperal” não existe como patologia própria nos tratados médicos, motivo pelo qual “não há 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 por uma alteração chamada ‘estado puerperal’” (VELOSO, 2002, p.359).

Nesse sentido, embora o autor aponte uma série de alterações psíquicas que podem ser ocasionadas pelo parto, este afirma que essas se diferenciam da definição dada ao “estado puerperal” pela doutrina penal devido a curta duração atribuída a esse e pelo fato de estar presente em mulheres com completa ausência de transtornos mentais e emocionais prévios.

⁶ A respeito do tema, Bruna Angotti (2019, p.196) esclarece: “Em suma, existem exames complexos para determinar se o recém-nascido estava vivo ou não no momento do parto ou logo após. São técnicas que exigem conhecimento e preparo pericial. Todas são descritas de forma mais ou menos minuciosa nos manuais estudados. Já aquelas que tratam da verificação do estado puerperal não recebem igual atenção, havendo o silêncio da maioria dos manuais acerca dos procedimentos”

Sendo assim, para Veloso, apesar da existência de tais transtornos psíquicos relacionados ao puerpério, estes não se enquadram ao que se entende por “estado puerperal”, além de já estarem previamente previstos no artigo 26, *caput*, e parágrafo primeiro, do Código Penal, que estabelecem, respectivamente, o tratamento dado a pessoas inimputáveis e semi-inimputáveis.

Nesse sentido, verifica-se (VELOSO, 2022, p. 361):

Achamos, por outro lado, desnecessário o dispositivo específico do infanticídio, podendo, sem nenhum malefício ou nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira, pois ele nada mais representa senão uma forma especial de responsabilidade atenuada cuja pena breve contrasta com outras formas de homicídio doloso.

Ainda a respeito da elaboração do laudo técnico necessário, Luiz Eduardo Toledo Avelar, Leonardo Santos Bordoni e Marcelo Mari de Castro (2014), também apontam que não há, até o momento, elementos seguros capazes de fornecer à perícia subsídios que comprovem um denominado “estado puerperal”.

No mesmo sentido, Delton Croce (2021, p. 589), alega que o estado puerperal como apontado pela nossa doutrina seria um espécie de “pequenas alterações emotivas e não transtornos psíquicos graves, de curta duração e capazes de levarem a mãe a assassinar o próprio filho” e, justamente devido a esses moldes, constitui modalidade de desnormalização psíquica inexistente e que jamais será admitida. Além disso, junta-se ao entendimento de que, embora seja possível a ocorrência de transtornos psíquicos decorrentes do fenômeno do parto, estes, além de não serem o denominado “estado puerperal”, se amoldam aos casos de inimputabilidade ou semi-inimputabilidade.

Ante o exposto, verifica-se que, mesmo após oitenta anos da promulgação do Código Penal, não há na doutrina penal e médico-penal consenso sobre a forma como o estado puerperal deve ser trabalhado e visto na prática.

Diante disso, no julgamento dos casos de infanticídio, os diferentes elementos que compõem o tipo e, principalmente, as divergentes interpretações a respeito dos mesmos, são utilizados, na medida de interesse do aplicador do direito, na tentativa de absolver, de incriminar ou de condenar as autoras acusadas de cometerem o delito.

A esse respeito, Bruna Angioti (2019, p. 238) afirma:

As tensões presentes na doutrina penal e na medicina legal também aparecem nas manifestações de profissionais do direito na prática. Há uma

série de controvérsias interpretativas sobre o infanticídio nos documentos jurídicos trabalhados, todas em diálogo com as controvérsias doutrinárias. As principais tensões acerca do tema nas peças processuais trabalhadas dizem respeito ao conceito de estado puerperal; à necessidade ou não de sua comprovação, e conseqüente validade dos laudos periciais; e à dimensão dolosa do tipo.

Em resumo, há na doutrina miscelânea de entendimentos, sobre a existência ou inexistência do estado puerperal e, principalmente, sobre seus efeitos e isso reflete, na prática, na forma como essas mulheres são julgadas, ou seja, no tipo de sentença que recebem, bem como na quantidade de pena são condenadas a cumprir, o que evidencia um cenário de grande insegurança e incerteza em nosso ordenamento.

4 O RECONHECIMENTO DA ELEMENTAR NA PRÁTICA

Como mencionado nos capítulos anteriores, a mudança no critério adotado para configuração do delito de infanticídio ocorreu durante um período de aumento do diálogo entre a medicina e o direito, que, por sua vez, decorreu de uma tentativa de justificar condutas geradoras de grande reprovação social através do diagnóstico da “loucura”.⁷

Dessa forma, o critério adotado anteriormente (de proteção a própria honra/psicológico) foi visto como insuficiente pelo legislador responsável pelo Código Penal de 1940, sendo tal entendimento reforçado por uma série de doutrinadores.

A respeito do tema, Luiz Regis Prado (2021, p.424) alega:

(...) a inconveniência em se acentuar a causa honoris em detrimento de motivos outros que também poderiam ser eventualmente sustentados como dignos de tratamento mais benévolo (v.g. dificuldades econômicas, o excesso de prole). Demais disso, a proteção da vida humana sobrepuja a tutela conferida à honra objetiva individual.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Mayrink (2008, p.249) informa:

Ressalta-se que a causa honoris está totalmente superada pela nova estrutura da sociedade civil, pela emancipação da mulher. A causa de ocultar a desonra que historicamente foi sustentáculo da figura autônoma do

⁷ A respeito do tema, Angotti apresenta: “O antropólogo Sérgio Carrara, em seu estudo sobre crime e loucura na passagem do século XIX para o XX, apresenta um argumento que foi apropriado por Rohden para explicar a mudança da razão que configura o infanticídio a partir da legislação de 1940: “(...) os motivos de um crime considerado hediondo, podem ser moralmente tão inaceitáveis que a razão se recusa a compreendê-los. É a partir dessa recha que a medicina passa gradativamente a ser chamada a dar explicações e os alienistas passam a frequentar tribunais. Não seriam explicações de ordem racional, que explicariam as atitudes dos criminosos, mas de desordens mentais” (ROHDEN, 2003, p. 171)”

infanticídio como foram privilegiada de homicídio era explicada pelos valores éticos até meado do século XIX , relativos ao estigmada desonra para as mães não, casadas ou de gravidez indesejada, ligada ao tabu de perdera virgindade.

Com base no mesmo raciocínio, Guilherme Nucci (2021, p. 80), esclarece concordar com a modificação incluída pelo legislador de 1940, haja vista que não acredita que “seja a vontade de não perder um conceito social que se baseia numa convenção; que seja mais forte o egoísmo do que a maternidade”.

Inobstante tal posicionamento a respeito da mudança de critérios, Mirabete (2021), quando da introdução ao estudo do delito em questão, aponta entendimento jurisprudencial que enxerga o infanticídio como delito social, praticado em quase totalidade por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelo marido, argumento sob o qual alega que o antigo critério perde, aos poucos, sua significação limitada e se confunde com o novo (fisiopsicológico), por força de reiteradas decisões judiciais.

Indo ao encontro deste posicionamento, Luiz Regis Prado (2021, p. 424) cita:

Não obstante, em que pese a ausência de referência explícita ao motivo de honra, a legislação não impede que esse antecedente psicológico seja examinado. Com efeito, é possível que a defesa da honra se alie ao estado de perturbação fisiopsíquica proveniente do parto para fundamentar a diminuição da culpabilidade da parturiente. É indispensável que todas essas causas- psicológicas e fisiológicas- sejam globalmente analisadas pelos interpretes e aplicadores da lei.

Com base nisso, observa-se entendimento segundo o qual, apesar da mudança de critérios, fatores psicológicos relacionados a vida em sociedade possuem influência relevante na forma como a mulher reage ao parto e às alterações vividas em seu organismo logo após este, de forma que a “honra”, aqui analisada a partir da situação de abandono vivida por tais mulheres, vai sempre influenciar na análise da configuração de tal delito, haja vista que não pode ser desconsiderada do conjunto dos elementos que compõem o estado puerperal em seu fator psicológico (critério fisiopsicológico).

Sendo assim, diante da divergência de entendimentos apontada no capítulo 2 a respeito da necessidade ou não de laudo pericial para a constatação do estado puerperal, bem como do ceticismo da doutrina médico-legal a respeito do tema, observa-se a apresentação da seguinte solução prática: a presunção do estado puerperal diante da constatação de fatores sociais vividos pela acusada e devido à dificuldade de realização da prova necessária, em consonância ao princípio do *in dubio pro reo*.

4.1 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

A presunção de inocência é princípio constitucional explícito do processo penal previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que assim prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A respeito de tal princípio, Aury Lopes Júnior (2021, p.14) ensina:

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes, ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5, LVII, da Constituição.

A partir da leitura de tal dispositivo e do trecho supracitado, observa-se que, devido ao princípio mencionado, toda pessoa acusada de cometer qualquer crime será considerada presumidamente inocente até que seja comprovado o contrário. Sendo assim, nas palavras de Guilherme Nucci (2022, p. 07) “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.

Isto ocorre haja vista que, em um governo democrático, o indivíduo é valorizado frente ao Estado e essa relação se estende a todas as esferas de relação estado-indivíduo, inclusive no processo penal. Dessa maneira, é a intervenção estatal (poder de punir) que precisa ser justificada e legitimada ao longo do processo penal e não a liberdade do indivíduo.⁸

Nesse sentido, diferentemente do processo civil, não há distribuição da carga probatória e sim uma atribuição integral ao acusador, o que contribui para o fato de o processo penal ser envolto por uma nuvem de incertezas (na qual importa a estratégia adotada e a correta

⁸ Sobre o tema, Aury Celso Lima Lopes Júnior (2021, p.14), informa: “Assim, nunca é excesso repetir uma lição magistral de Juarez Tavares, que nos ensina que nessa questão entre liberdade individual e poder de intervenção do estado não se pode esquecer que ‘a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência’”.

utilização das ferramentas disponíveis) responsável pela necessidade de se estabelecer um sistema de garantias mínimas, capazes de limitar o poder punitivo estatal e, assim, ao garantir que abusos que não irão ocorrer, legitimar a própria existência de tal poder.⁹

Diante disso, o princípio de presunção se apresenta como essencial esse sistema de garantias e, segundo os ensinamentos de Fernando Capez (2022, p. 33), deve-se se desdobrar “em três aspectos importantes: (i) instrução (o ônus da prova incumbe à acusação); (ii) valoração (em benefício do acusado – *in dubio pro reo*); (iii) excepcionalidade da prisão”.

Da análise desses desdobramentos, verifica-se que o princípio do *in dubio pro reo* surge como consequência do princípio da presunção de inocência trabalhado acima, e deve ser aplicado diante da insuficiência de provas aptas a comprovarem a tese acusatória (além de garantir também que a prova até então produzida seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre determinada situação).

Sendo assim, diante de um estado democrático de direito, em caso de conflito entre a inocência e a liberdade de determinado réu, havendo dúvidas razoáveis, deverá o julgador decidir em favor do acusado, de modo a prevalecer o interesse do indivíduo em detrimento da sociedade/ Estado.

4.2 PRESUNÇÃO DA INFLUÊNCIA ESTADO PUERPERAL DEVIDO À DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO

O estudo do delito em questão evidencia que os embates existentes na doutrina penal e médico-legal a respeito das questões levantadas até aqui também se refletem nos julgados a respeito do tema, o que se confirma, principalmente, pelo fato de entendimentos jurisprudenciais serem, constantemente, utilizados na doutrina como forma de reforçar o posicionamento que se defende.¹⁰

⁹ Também segundo Aury Lopes Júnior (2021, p.30): “não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada”.

¹⁰ Sobre o tema, esclarece Bruna Angotti (2019, p. 98): “(...)pude identificar, com a leitura dos acórdãos e dos autos, que a jurisprudência trabalhada nesses documentos apresenta posições afinadas àquelas de doutrinas penais e da medicina legal. Assim, os debates apresentados na jurisprudência não só se assemelham àqueles presentes nas doutrinas, como também as citam e as reproduzem. Em segunda lugar, pude verificar que a jurisprudência é usada nas obras para reforça posicionamentos doutrinários, sendo esta, portanto, incorporada ao texto da doutrina. Desse modo, trabalhar de forma sistêmica com ambas as fontes seria repetitivo, pois o embate que está colocado entre doutrinadores/as é o mesmo que aparece no conjunto da jurisprudência apresentada nos documentos analisados. Por vezes menciono trechos de jurisprudência no texto, mas não a sistematizei de modo a considera-la fonte como as demais.”

A esse respeito, na análise de diversos doutrinadores a respeito do delito de infanticídio, encontra-se a citação de julgados nos quais, diante da dificuldade de comprovação do estado puerperal, na presença de indícios que indiquem sua ocorrência e, inexistindo provas em contrário, é considerada presumida a existência do mesmo.

Nesse sentido, Álvaro Mayrink (2008, p. 256), em sua obra cita os seguintes julgados:

O infanticídio é, inegavelmente e antes de tudo, um delito social, praticado na quase totalidade dos casos (e é fácil a comprovação pela simples consulta dos repertórios de jurisprudência), por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelos maridos e pelos amásios. Raríssimas vezes, para não dizer nenhuma, têm sido acusadas desses crimes mulheres casadas e felizes, as quais, ia de regra, dão à luz cercadas do amparo do esposo e do apoio moral dos familiares. Por isso mesmo o conceito fisiopsicológico do infanticídio – ‘sob a influência do estado puerperal’- introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico – a causa da honra- vai, aos poucos, perdendo sua significação primitiva e se confundido com este, por força de reiteradas decisões judiciais (TJ-SP, Rec. Crim. 105.20, rel. Des, Silva Leme, j. 31.8.1970, RT 421/91)

O estado puerperal existe, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais da mulher que a possam levar à morte do próprio filho. O processo de parto, com suas dores, a perda de sangue e o enorme esforço muscular, pode determinar facilmente uma momentânea perturbação da consciência. É esse estado que torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado. É claro que essa perturbação pode ocorrer mais facilmente se trata mulher nervosa ou angustiada, ou que dê à luz filho ilegítimo (TJ-PR, Rec. Crim. 81/72, rel. Des. Carvalho Seixas, j. 5.4.1973, RT 62/03)

O reconhecimento do estado puerperal deve ser interpretado de forma suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal. A influência deste estado é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto e, dada a sua grande frequência, deve ser admitido sem a maior dificuldade (TACRIM-SP, AP. Crim. 375.475-3, rel. Juiz Fernadnes Braga, *JUTACRIM* 83/383).

O fato de não ter sido constatado pelo exame pericial, por ter sido o crime conhecido muito tempo depois, não impede o reconhecimento do estado puerperal, que deve receber uma interpretação suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período puerperal, que não é privativo da primípara (TJ-SP, Rec. Crim.159.743, rel. Des. Bandeira de Mello, j. 25.6.1979, RT 531/318)

Diante dos julgados supracitados e apresentados pelo doutrinador em sua obra, o mesmo se posiciona no mesmo sentido (MAYRINK, 2008, p. 255):

A questão do enfoque psíquico, fisiopsíquico ou fisiopsicológico apresenta dificuldades de toda a prova, da existência real do estado psicológico no período imediato ao nascimento e do deslinde de situações da inimputabilidade. A perícia médica é sempre posterior; a prova da existência ou inexistência do estado perturbador é dificultosa, mas a dúvida resulta a favor da imputada.

Em conformidade com esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2021), ao analisar o delito de infanticídio apresenta como jurisprudência selecionada o seguinte trecho extraído de julgado do Tribunal Superior de São Paulo:

(...) portanto, o encontro de um recém-nascido num depósito de lixo, aliado ao fato incontroverso de que foi a ré que o colocou no saco de lixo logo após o parto, tendo ela ocultado a gravidez de todos os familiares, sofrendo de depressão como atestou o laudo de avaliação psiquiátrica (fls. 232/233), são indícios suficientes de materialidade e autoria do crime de infanticídio” (TJSP, RESE 0008452-54.2008.8.26.0281, 2.^a C., rel. Antonio Luiz Pires Neto, 24.03.2014, v.u.).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Nucci defende que o estado puerperal não pode ser afastado, sendo desnecessária a realização de exame pericial, diante da existência de sinais típicos da ocorrência deste. O autor cita como exemplos o fato de a genitora atirar o recém-nascido em lugar inóspito, sofrer de depressão e ter ocultado a gravidez durante todo o período gestacional. Além disso, esclarece que o estado puerperal pode ser causa para o infanticídio quando a gestante percebe que, por causa daquela gravidez, viu-se abandonada por todos e, assim, imputa a responsabilidade ao filho recém-nascido.

A respeito da dificuldade de realização do laudo pericial, Paulo Cesar Busato (2017, 91) informa:

O que, sim, é fato biológico bem estabelecido é que o parto desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central, que promove estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional. Relata-se, também, que em casos de gestações conduzidas em segredo, não assistidas, em partos em condições extremas, a elevação do *stress* associada à descarga química pode proporcionar uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade com

desintegração temporária do ego. De todo modo, o certo é que nos casos concretos, a perícia realizada *a posteriori* pouco poderá afirmar sobre o que houve no momento do fato. (Grifo nosso)

Seguindo o mesmo raciocínio, Victor Eduardo Rios Gonçalves (2022) também aponta as dificuldades de realização do laudo pericial requerido por muitos, as quais, além das questões relacionadas a conceituação da elementar ora estudada, se estendem ao fato de que os exames são necessariamente realizados longo tempo após a conduta, sendo impossível a constatação da influência do estado puerperal haja vista que a mesma possui breve duração.

Diante disso, o autor, assim como Fernando Capez (2022) e os demais já mencionados, também defende, que deverá ser presumido o estado puerperal, haja vista se tratar de entendimento mais benéfico a ré.¹¹

4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JURI

Ante o exposto, é possível notar a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial que, embora reconheça que o estado puerperal não ocorre em todos os partos (principalmente devido a exposição de motivos do código penal), diante da dificuldade de comprovação do mesmo e da existência de indícios que indiquem sua existência, defende que ocorra a presunção do mesmo.

A respeito do tema, em tais casos, embora o critério psicológico (proteção da própria honra) não seja mais utilizado pela nossa legislação, enxerga-se o crime de infanticídio delito social, de forma que, não mais a necessidade de defender a própria imagem perante a sociedade, mas sim o abandono material e emocional vivido por mulheres cujas gravidezes não se deram segundo os padrões socialmente aceitos, são vistos como catalisadores para as alterações fisiológicas naturalmente vividas no puerpério, de forma a causar que esta realmente atue sob a influência do estado puerperal nos moldes previstos no *caput* do artigo 123 do Código Penal.

Em sua análise a respeito do delito em comento, Bruna Angotti (2019) ao analisar decisões em que a tese defensiva foi acatada e determinada a desclassificação para o infanticídio, afirma que estas foram motivadas com base em informações retiradas de laudos periciais. A esse respeito, a autora cita o laudo utilizado em um desses casos, no qual a

¹¹ Sobre o tema, Capez (2022 p. 69) informa: “Havendo dúvida acerca da existência do puerpério, o delito de infanticídio não deve ser afastado, uma vez que incide aqui o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida deve prevalecer a solução mais favorável a ele”.

psiquiatra consultada afirma que as condições sociais e econômicas vividas pela parturiente podem contribuir sobremaneira para a ocorrência das alterações psíquicas típicas do estado puerperal.

Nesse contexto, segundo o entendimento destes aplicadores do direito, apesar da impossibilidade realização do laudo pericial, a existência de determinados indícios é capaz de possibilitar a realização de interpretação favorável a ré com base nos princípios constitucionais de presunção de inocência e *in du bio pro reo*.

A respeito do tema, ponto importante a ser destacado é que o crime de infanticídio constitui delito doloso cometido contra a vida e, portanto, é de competência do Tribunal do Júri (art. 74, §1º, CPP).

Nesses termos, segundo as regras de tal procedimento, recebida a denúncia ou a queixa-crime, citada a acusada, realizada a instrução e cumpridos demais ritos processuais, cabe ao magistrado proferir uma das seguintes decisões: pronúncia (art. 413, CPP); impronúncia (art. 414, CPP); desclassificação da infração penal (art. 419, CPP) e absolvição sumária (art. 414, CPP). No primeiro caso, sendo realizada a pronúncia da acusada, é proferida decisão interlocutória mista que julga admissível a acusação e remete o caso à apreciação do Tribunal do Júri.

Tal decisão deverá analisar exclusivamente a admissibilidade da acusação oferecida sem qualquer avaliação de mérito, existindo entendimento no sentido de que, diferentemente da regra que rege o processo penal, deverá ser realizada com base no princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, em favor da sociedade.

Inobstante tal previsão, não poderá a acusação se embasar exclusivamente em tal princípio e não se desincumbir de reunir o mínimo de elementos aptos a amparar a acusação apresentada e rebater as teses de defesa favoráveis à ré.

Sendo assim, a corrente jurisprudencial e doutrinária apontada anteriormente entende que a decisão do juiz, em caso de dúvida sobre a ocorrência do estado puerperal, em decorrência das imprecisões que tornam dificultosa a realização do laudo pericial, deverá realizar a pronúncia pelo crime de infanticídio em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Conforme mencionado acima, não se trata de considerar o estado puerperal como efeito inerente e corriqueiro a qualquer parto (embora haja entendimento nesse sentido), mas sim de, diante da existência de indícios a respeito da existência do mesmo, bem como da impossibilidade de realização do laudo médico, considerar presumida a sua existência.

Pois bem, se há previsão legislativa expressa para que seja aplicada pena inferior àquelas mulheres que cometem infanticídio nos termos exatos do artigo 123 do código penal

(sob a influência do estado puerperal), inobstante discordâncias doutrinárias a respeito, evidente que o legislador acreditava na existência do estado puerperal e que, portanto, o delito em questão deve ser aplicado e respeitado.

Além disso, caso divergências conceituais, principalmente levantadas pela medicina (área do saber não jurídica), impeçam a realização de laudo pericial apto a constatar a influência de tal estado, não deverá a configuração do delito estar restrita a este, sob risco de desrespeito a vontade legislativa (pela inutilização do delito previsto).

Sendo assim, considerando a existência de corrente jurisprudencial e doutrinária (havendo inclusive precedentes por parte da área da medicina-legal) que indicam a existência de fatores que podem ser indícios da ocorrência da elementar normativa em estudo, que os mesmos sejam utilizados em benefício da ré (sob pena de responsabilizá-la pela falha estatal na realização da prova pericial apta a confirmar a ocorrência de homicídio devido a não influencia do estado puerperal em seu comportamento).

A respeito do tema, ensina Paulo Rangel (2018, p.162):

Na pronúncia, segundo doutrina tradicional, a qual não mais seguimos, impera o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu e o mandando a júri, para que o conselho de sentença manifeste-se sobre a imputação feita na pronúncia. Entendemos que, se há dúvida é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção.

No mais, processualmente, indícios, embora sejam prova indireta, são aptos a auxiliar, por meio de raciocínio lógico, no processo de formação do convencimento do juiz, desde que existentes em número suficiente e não ocorrendo provas em sentido contrário aptas a refutá-los.

Por fim, ressalta-se que a aplicação da dúvida em favor da ré no presente caso não viola o interesse social, haja vista que não se trata de defender a absolvição da mesma, mas sim o julgamento por crime menos grave cuja circunstância caracterizadora restou evidenciada nos autos e não foi devidamente refutada pela acusação (por impossibilidade de realização).

A bem da verdade, inobstante a isso, a ré continuará sendo julgada pelo fato de ter tirado a vida outrem, o que, aos olhos dos jurados, é visto com a mesma reprovação que o

crime de homicídio (válido ressaltar que, até mesmo tecnicamente, o delito em estudo é apontado por muitos doutrinadores como tipo privilegiado de homicídio).

Além disso, para além de ser enxergado como se homicídio fosse pelo conselho de sentença, o fato julgado possui carga de reprovação social ainda mais elevada, haja vista todo apelo social existente ao redor da maternidade e o *modus operandi* brutal com que comumente é praticado (asfixia, hemorragia, traumatismo craniano).

Sendo assim, inobstante a pronúncia seja por infanticídio, a ré continuará sendo julgada pelo Tribunal do Júri, acusada de crime de grande reprovação e comoção social, de forma que nenhum prejuízo será causado à sociedade/ Estado pelo enquadramento da conduta ao delito previsto no artigo 123 do Código Penal.

5 CONCLUSÃO

Diante de toda a controvérsia instaurada na doutrina e jurisprudência a respeito da expressão “estado puerperal”, a realização de laudo pericial apto a constatar que a parte acusada agiu sob sua influência se torna de difícil concretização.

Além disso, inobstante a mudança de critérios, o delito de infanticídio, como apontado pela doutrina, continua sendo delito social, de modo que gestações ocorridas fora dos padrões sociais não mais pela defesa da honra, mas, principalmente, pelo abandono material e emocional vivenciados pela mulher, podem funcionar como catalisadoras para as angústias típicas do puerpério e ocasionarem a instauração do estado puerperal.

Sendo assim, apesar da dificuldade técnica de realização do laudo, uma série de indícios relacionados ao comportamento da acusada e à situação social em que está inserida, podem permitir a constatação da elementar normativa em estudo.

Isto ocorre em observância aos princípios constitucionais da presunção de inocência e, em consequência do *in dubio pro reo*, devido ao fato de que não pode a acusada ser prejudicada pela dificuldade estatal de realização do laudo pericial apto a afastar a tipificação ao delito de infanticídio.

Tal alternativa, além de ser forma de assegurar julgamento justo a essas mulheres, com respeito a suas garantias constitucionais, é maneira de garantir que a vontade legislativa, adoção do critério fisiopsicológico, não caia em desuso pela dificuldade de elaboração do laudo técnico necessário para a comprovação deste.

REFERÊNCIAS

- ANGOTTI, Bruna. **Da solidão do ato à exposição judicial: uma abordagem antropológico-jurídica do infanticídio no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais/ Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras, Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- AVELAR, Luiz Eduardo Toledo; BORDONI, Leonardo Santos; CASTRO, Marcelo Mari de. **Manual de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: MedBook, 2014.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, out. 1941.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte especial**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29ª Edição. São Paulo, SaraivaJur, 2022.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 22ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- COUTO, Rodrigo Camargos. **Perícias em Medicina e Odontologia Legal**. Rio de Janeiro: MedBook, 2011.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte especial**. 8ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2021.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2022.
- GOMES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Direito Penal: parte especial**. 12ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19ª Edição. Barueri: Atlas, 2022.
- GUIMARÃES, Robson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: análise crítica. Revista Jurídica, Anápolis, jan.-jun.2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234551613.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. 36ª Edição. São Paulo: SaraivaJur, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do Processo Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAYRINK, Álvaro. **Direito Penal: parte especial**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 36ª Edição. São Paulo: Atlas, 2021.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Curso de Direito Penal**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6ª Edição. São Paulo, Atlas, 2018.