

NÉLSON HUNGRIA
MIGUEL REALE JÚNIOR
LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

COMENTÁRIOS AO
CÓDIGO
PENAL

Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Volume V
Arts. 121 a 136

5ª edição

GZ
EDITORA

OAB
EDITORA

NÉLSON HUNGRIA
MIGUEL REALE JÚNIOR
LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

COMENTÁRIOS AO
CÓDIGO
PENAL

Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Volume V
Arts. 121 a 136

5ª edição

GZ
EDITORA

OAB
EDITORA

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal.
Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojeto da Lei das Contravenções
Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo (USP)

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP)

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Volume V

Arts. 121 a 136

5ª edição

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro

2018

CAB
EDITORA

chas do compartimento. Se qualquer deles sobrevive, responderá por *homicídio*, pois concorreu materialmente no *ato executivo* da morte do outro. Se ambos sobrevivem, responderão por tentativa de homicídio. No caso em que somente um deles tivesse calafetado as frestas e aberto o bico de gás, responderá esse, na hipótese de sobrevivência de ambos, por tentativa de homicídio, enquanto o outro responderá por instigação a suicídio.

47. Agravantes especiais. A pena cominada à participação em suicídio é duplicada “se o crime é praticado por motivo egoístico” ou “se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”.

Motivo egoístico é todo aquele que diz com o propósito de obtenção de uma vantagem pessoal. Age por motivo egoístico tanto aquele que induz, instiga ou ajuda o suicídio de outrem, colimando o recebimento de uma herança ou de um seguro, quanto aquele que o faz visando à eliminação de um rival em amores ou um competidor em negócios.

Quanto à segunda agravante especial, deve entender-se que o “menor” a que se refere o texto legal é aquele que já possui um certo entendimento, pois, do contrário, o crime a identificar-se será o de *homicídio*. Esta interpretação é confirmada pela última parte do inciso, que fala em pessoa que tem *diminuída* a capacidade de resistência, isto é, resistência *moral*. Ora, o *infans* não tem capacidade alguma de resistência moral, como não a têm, no caso do art. 22 do Código, os loucos, os idiotas, os sonâmbulos, os atacados de delírio febril. É preciso, para o reconhecimento da agravante, que o induzido ou auxiliado não seja um instrumento passivo, um súcubo à inteira mercê de um incubo, pois, em tal caso, como diz Alimena, o suicida não é mais do que a *longa manus* do agente, e deve ser reconhecido, não o crime de participação em suicídio, mas um autêntico homicídio.

INFANTICÍDIO

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

DIREITO COMPARADO. Códigos: suíço, art. 116; peruano, art. 155; argentino, art. 81, 2º; italiano, art. 578; francês, arts. 300 e 302 (modificado pela Lei de 21.11.1901); alemão, § 217; dinamarquês, art. 238; húngaro, § 284; norueguês, art. 234; uruguaio, art. 313; espanhol, art. 410; holandês, art. 290; português, art. 356; polonês, art. 226; chileno, art. 394; mexicano, arts. 325 a 328; Inglaterra, *Infanticide Act*, de 1927; venezuelano, art. 413;

Art. 123

uruguaia, art. 313; paraguaio, arts. 347 e 348; colombiano, art. 369; cubano, art. 438; equatoriano, art. 429.

BIBLIOGRAFIA. Gautier, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission* (do projeto de Código Penal suíço), v. II, p. 176; Hafter, lit. já cit.; Thormann e Overbeck, lit. já cit.; Gleispach, *Kindesmord (Infanticídio)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie* de Elster; Ebermayer, *Kindestötung*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de Stier-Somlo-Elster; Krafft Ebing, *Stati d'incoscienza morbosa in rapporto col parto*, in *Trattato di Medicina Legale* de Maschka, trad. ital. de Bianchi e Meyer, v. 4, 1889; Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. francesa de Dufey, 1821; Impallomeni, lit. cit., Vannini, *Il delitto di omicidio*, p. 89 e segs.; Alimena (Bernardino), lit. cit., Irureta Goyena, lit. cit., Manzini, lit. cit., Euzébio Gomes, lit. cit., Stoppato, *Infanticidio e procurato aborto*, 1887; Saltelli di Falco, lit. cit.; Altavilla, *Delitti contro la persona*, p. 134 e ss.; Civoli, lit. cit.; Janniti Piromalo, in *Il Codice Penale illustrato* de Ugo Conti, v. III; Longo, *Commento*, v. II; Falchi, lit. cit.; Pannaim, *Infanticidio*, in *Nuovo Digesto italiano*; Brouardel, *L'Infanticide*, 1897; Bovensieger, *Der Kindermord und sein Bestrafung (O infanticídio e sua punição)*, in *Archiv f. Kriminologie*, 1923, p. 75; Maggiore, lit. cit.; Kronauer, *Protokoll sobre o projeto suíço*; Delaquis, *idem*; Mário Carrara, *Medicina Legale*, 1938, n. p. 200 e ss.; Westphal, in *Trattato di psichiatria* de Biswanger e Siemerling, trad. Ital. De Dalma, 1927; Kraepelin, *Trattato di psichiatria*; Hoffmann e Ferrari, *Trattato de medicina legale*, 1914; Nerio Rojas, *Medicina legal*, 1936; Pellegrini, *Trattato di medicina legale*, 1932; Leoncini, in *Trattato de med. legale* de Borri-Cevidalli-Leoncini, v. III, 1924; Vallejo Nágera, *Psicosis sintomáticas*, 1941; Ciampolini, *Sessualità e medicina legale*, 1936; Sousa Lima, lit. cit.; Galdino Siqueira, lit. cit.; Madureira de Pinho, *Algumas inovações do novo código penal*, in *Jornal do Comércio* de 2.11.41; Leonídio Ribeiro, *O novo código penal e a medicina legal*, 1942; Fávero, *ob. cit.*; Sales (Nilton), *O infanticídio na legislação brasileira*, 1945; Cruz de Vasconcelos, *Do infanticídio*, 1946; Almeida Júnior, *Lições de medicina legal*, 1948.

COMENTÁRIO

48. Histórico. O direito romano da época avançada incluía o infanticídio entre os crimes mais severamente punidos, não o distinguindo do homicídio. Se praticado pela mãe ou pelo pai, constituía modalidade do *parricidium* e a pena aplicável era o *culeus*, de arrepiante atrocidade: "*Alia deinde lex aspercavetur ut, si quis parentis, vel filii, aut omnino adfectionis ejus quae muncupa-*

tionem parricidii continetur, fata properavit, sive clam sive palam id ausus fuerit: nec non is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus; sit, poena parricidii puniatur, et neque gladio neque ignibus neque ulla alia solemni poena subjiciatur: sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et similia, et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, et ei coelum superstiti et terra mortuo auferatur". (Inst., 4. 18. 6.)

Na Idade Média, também não se diferenciava entre infanticídio e homicídio: "Si quis infantem necaverit, ut homicida teneatur" (Baluzio). O direito estatutário escolhia para os infanticidas as penas mais graves. Segundo informa Julius Clarus, "imposita est occidentibus liberos poena, ut trahantur ad caudam equi, et deinde rotae lignae intexantur".

A Carolina (Ordenação penal de Carlos V) assim dispunha: "As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes".

A começar do século XVIII, entretanto, operou-se um movimento, entre os filósofos do direito natural, no sentido do abrandamento da pena do infanticídio. Sob o influxo das novas ideias, as legislações passaram a considerar o infanticídio, quando praticado *honoris causa* pela mãe ou parentes, como um *homicidium privilegiatum*. Foram pioneiros desse critério legislativo, inaugurado pelo Código austríaco de 1803, Beccaria e Feuerbach. Somente o Código Napoleônico de 1810 e a lei inglesa continuaram mantendo na espécie a pena capital. O primeiro, porém, foi alterado por uma lei de 21 de novembro de 1910, que atenuou a pena de modo geral: "Toutefois la mère, auteur principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né sera punie, dans le premier cas, des travaux forcés à perpétuité, et dans le second cas, des travaux forcés à temps".

Na Inglaterra, segundo atestava o *Infanticide Act* de 1927, ainda persistia até data recente a intolerância antiga, mas, atualmente, está confinada a casos especialíssimos a aplicação da pena de morte.

No Brasil, já o Código de 1830, depois de abrandar, *in genere*, a pena do infanticídio, dispunha: "Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar sua desonra: pena - de prisão com trabalho por 1 a 3 anos" (devendo

Art. 123

notar-se que a pena cominada ao homicídio era, no máximo, a de morte; no médio, a de galés perpétua, e, no mínimo, prisão com trabalho por 20 anos). O Código de 90, imitando o do Império e o Código português, destacava o infanticídio como figura delituosa *sui generis*, sem, entretanto, limitar o *privilegium* à hipótese da *causa honoris*. Segundo o seu art. 298, o infanticídio consistia em “matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte”. O legislador de 90 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou irrestrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio, para incorrer, em seguida, no chocante absurdo de cominar contra o primeiro, ainda quando não perpetrado *honoris causa*, somente a pena aplicável ao homicídio simples, isto é, seis a 24 anos de prisão celular. Era, positivamente, o critério de dois pesos e duas medidas. Como justamente ponderava Durão, “o homicídio do recém-nascido, quer o cometam os pais, quer os parentes ou estranhos, não difere do homicídio do adulto, podendo ser, como este, qualificado, agravado e atenuado, segundo as modalidades que revestir, salvo a hipótese de ser praticado *causa honoris*”. Não se esquecera, porém, o antigo Código do caso em que ocorre o motivo de honra (que só pela mãe podia ser invocado). Em tal caso, a pena era grandemente diminuída: “Se o crime (infanticídio) for perpetrado pela mãe, para ocultar desonra própria: pena – de prisão celular por três a nove anos”.

O Projeto Galdino Siqueira não considerava o infanticídio crime autônomo, mas *homicídio atenuado*: “Se o crime (homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança no momento do seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena – detenção por dois a oito anos”.

O Projeto Sá Pereira, ao configurar o infanticídio como crime autônomo, seguiu o exemplo do projeto de Código suíço de 1916 (art. 107): “Aquele que, durante o parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até 3 anos, ou com detenção por 6 meses, no mínimo”.

O Projeto Alcântara, em suas várias edições, retornava ao critério tradicional da *causa honoris*, ampliando o *privilegium* em favor de outras pessoas além da mãe: “Matar infante, durante o parto ou logo depois deste, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher: pena – detenção ou reclusão por dois a seis meses”.

49. O estado puerperal como causa autônoma de perturbação psicológica. As considerações que, nos tempos modernos, prevaleceram no sentido

de destacar-se o infanticídio como um *delictum exceptum* (quando praticado pela própria mãe), ou merecedor de benigno tratamento penal, em cotejo puramente *psicológico*, outras se fundam no estado *fisiopsíquico* da mulher parturiente. As primeiras levam a atenuar a pena somente no caso em que intervém o *motivo de honra*, isto é, somente na hipótese de gravidez ilegítima: o obsedante receio da descoberta do seu erro, que a sociedade não perdoa, cria na mulher engravidada fora do matrimônio (ou por indissimulável adultério), e que ainda não perdeu o pudor, um verdadeiro *estado de angústia*, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fruto do seu amor ilegítimo. É o drama íntimo da desventurada moça seduzida, que, um dia, se surpreende grávida. Descreve-o, com viva eloquência, Miguel Longo: “A princípio, consegue esconder a prova do pecado, e leva uma existência de sobressaltos e forçadas reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publicidade, e a infeliz começa a perder até a coragem de simular um sorriso. Seu ânimo é possuído de agitações convulsivas, desorientações, desequilíbrio de sentimentos e de ideias. As próprias carícias prodigalizadas por seus desvelados pais são causa de remorso, são novos abalos ao periclitante domínio da razão, às dolorosas arritmias do coração, e entrementes, de longe, apavorante como um espectro, vem-se aproximando, minaz, de dia em dia, de hora em hora, o momento fatal em que a desgraçada já não pode esconder a própria vergonha à família, aos parentes, ao público; e torna-se deprimida, aviltada sob o íncubo medonho que não abandona, de dia ou de noite, até mesmo nos poucos momentos de repouso que lhe são concedidos pela fadiga, pela exaustão, pela absorvente angústia. É um abismo de trevas, de tempestades, de imperscrutáveis mistérios que se cava naquela alma; a piedade, até a piedade lhe é negada, porque pedi-la é vergonha, merecê-la é desonra, esperá-la é sinal de maior humilhação da dignidade e do decoro pessoal! E chega o dia fatal, e a hora se aproxima: à agitação sucede o desvaio, o desatino do naufrago à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação; enfim, a surpresa do parto tira à infeliz o último raio de luz mental, o derradeiro baluarte de defesa, a esperança de um remédio imprevisto; e ela, num momento reativo de conservação instintiva, é impelida, automaticamente, a suprimir a prova da vergonha, do erro infamante, da desonra... e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedirá contas a essa mulher, como autora de um crime; mas a lei moral dirá aos seus juízes: acima e além dos códigos há a lei da necessidade, a *infelicitas fati*, o império inelutável das fatais contingências da vida”.

Já Beccaria dissertava a respeito do infanticídio: “È *effeto d'una inevitabile contradizione in cui è posta una persona, che per debolezza o per violenza*

Art. 123

abbia caduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace di sentirne il male, come non preferirà questa alla miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto".

O critério *fisiopsíquico*, ao contrário do puramente psicológico, não distingue entre gravidez ilegítima ou legítima, abstraindo, portanto, ou pelo menos relegando para terreno secundário, a *causa honoris*: somente tem em conta a particular perturbação fisiopsíquica decorrente do parto. Ao invés do *impetus pudoris*, o *impetus doloris*. É o critério que, adotado, em toda a sua pureza, no Projeto suíço de 1916 (mantido no Código promulgado em 1937), tem influído em legislações posteriores, entre as quais a do Peru, da Dinamarca, da Polônia, da Argentina, e, agora, do Brasil. Dispunha o art. 107 do dito Projeto (a que corresponde o art. 116 do atual Código helvético): "*La mère qui aura intentionnellement tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elle se trouvait encore sous l'influence de l'état puerpéral, sera punie de la réclusion jusqu'à trois ans ou de l'emprisonnement pour six mois au moins*".¹⁸ O art. 155 do Código do Peru (1942) é a tradução castelhana desse dispositivo: "*La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto, o estando todavía bajo la influencia dei estado puerperal, sufrirá penitenciaria non mayor de tres años o prisión non menor de seis meses*". O Código dinamarquês (1930) atende aos dois critérios, alternativamente, mas restringindo, com prudência, o *fisiopsíquico* (art. 238): "*Si une mère tue son enfant au cours de l'accouchement ou immédiatement après, et qu'il soit à présumer qu'elle a agi dans un état de detresse, par peur du deshonneur, ou sous l'influence d'un état d'affaiblissement, d'affolement ou de trouble résultant de l'accouchement, elle est passible d'emprisonnement pour une durée pouvant s'élever à 4 ans*". A fórmula do Código argentino adota um critério composto, seguindo a lição de Von Liszt): "*Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia dei estado puerperal...*" O Código polonês acolheu a fórmula suíça, mas redigindo-a assim: "*La mère qui tue son enfant lors de l'accouchement sous l'influence des couches, est punie d'un emprisonnement jusqu'à 5 ans*".

Entre nós, o Projeto Sá Pereira, como já vimos, traduzira fielmente a fórmula suíça, mas o Projeto Alcântara a repelira, voltando ao critério tradicional da *honoris causa*. A Comissão Revisora, porém, entendeu de restabelecer a dita fórmula, mas alterando-a, sob inspiração dos Códigos dinamarquês e

18 O texto alemão é o seguinte: "*Tötet eine Mutter während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht, ihr Kind vorsätzlich, so wird sie mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft*".

polonês, isto é, exigindo a *influência do estado puerperal* não só depois, senão também durante o parto,¹⁹ e fazendo entrar no conceito do infanticídio um limite de tempo: o *privilegium* só será concedido se a ocisão do *infans* se der, o mais tardar, logo após o parto. As expressões “durante o parto” e “sob a influência do estado puerperal” não se equivalem, pois, do contrário, o texto legal seria redundante. Não basta o fato, puro e simples, de ter sido o infanticídio praticado pela mãe durante o parto: é necessário que haja um vínculo causal entre o estado puerperal e a ocisão da criança. É bem certo que tal relação pode deixar de existir, isto é, nem sempre o estado puerperal acarreta a perturbação psíquica que justifica, na espécie, o *privilegium* legal. Pode ser inexistente a desnormalização do psiquismo da parturiente, e apresentar-se, não um crime cometido num estado particular de responsabilidade atenuada, mas um crime friamente calculado e perversamente executado. Na fórmula suíça, é condição *suficiente* para o *delictum exceptum* o singelo fato de encontrar-se a mulher no processo do parto, presumindo-se, *juris et de jure*, a sua perturbação psicológica. É o que explicava Sá Pereira, em carta que nos dirigiu, respondendo a uma nossa observação: “Neste caso, o infanticídio é punido brandamente, porque: a) cometido durante o parto, ou b) cometido ainda sob a influência do estado puerperal. A situação que então se cria para a mulher é de profunda perturbação psicológica, e daí um estado de imputabilidade restrita...” Criticando este critério de solução, dissemos alhures: “... na irrestrição com que proclama a imputabilidade restrita das parturientes, favorece até mesmo as mulheres desvergonhadas e aquelas que, plasmadas na materialidade dos dias que correm, não recuam ante o infanticídio, a que são movidas por simples impulso de miserável egoísmo ou para se forrarem aos incômodos e sacrifícios que lhes adviriam da criação de um filho”.

A fórmula da Comissão Revisora do Projeto Alcântara, e que prevaleceu no texto do Código, resente-se de um cunho de prudência, deixando de reconhecer uma *infalível* sequência causal entre os episódios do parto e a diminuição do entendimento e autogoverno da parturiente. É preciso que se verifique um *efetivo* estado de conturbação psíquica resultante do parto, desde que não há uma *necessária* relação de causa a efeito entre um e outra. Assim discorre a *Exposição de motivos*: “O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer dizer que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir

¹⁹ Estado puerperal não é apenas o que se segue depois do parto: refere-se ao período do parto e ao do sobreparto.

Art. 123

a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio”.

Cumpra insistir neste ponto: o estado puerperal *pode* determinar, mas nem sempre determina a alteração do psiquismo da mulher normal. É de ciência comum que, em grande número de casos, a parturiente (notadamente quando se trata de uma plurípara) não se conturba, nem perde o domínio de si mesma. Eis o ensinamento de Bumm (*apud* Pellegrini): “Diferenças análogas às da energia das contrações achamos nas reações do estado geral da mulher à dor das próprias contrações... Há mulheres que não perdem, por um instante, sequer, a tranquilidade”. Manter em tais casos o favor outorgado ao infanticídio valeria por um estímulo ao contrabando de sentimentos inferiores sob a *bandeira* de uma apriorística responsabilidade diminuída.

No próprio seio da 2ª *Comissão de peritos*, a que foi submetido o projeto suíço, ficou reconhecido o caráter meramente eventual do momentâneo transtorno psíquico consequente ao parto. Dizia Gautier: “... *toute grossesse et tout accouchement peuvent déterminer chez la mère les mêmes desordres physiques et moraux, que l'enfant ait été conçu dans un rapprochement légitime ou illégitime*”. Delaquis assim se pronunciou: “A nova literatura médica diz-nos que o estado puerperal *muitas vezes* desperta na mãe sentimentos de ódio contra o filho”.²⁰

Mas, será que, na realidade, o abalo do equilíbrio psíquico eventualmente produzido pelo estado puerperal é de molde a justificar que nele se identifique uma causa especial de responsabilidade diminuída? Assim o entendeu e o consagrou o novo Código, E tal critério de decisão tem o apoio de indiscutíveis autoridades em psiquiatria. Segundo Jörg (*Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren und Gebärenden, apud* Krafft Ebing), nenhuma parturiente, a partir do segundo período até o fim do parto, tem a completa consciência dos atos que pratica. Krafft Ebing²¹ assim se exprime: Ainda que Jörg tenha exagerado..., é, entretanto, inegável que o processo do parto exerce, reflexivamente, uma tão profunda ação física sobre a parturiente, que pode determinar facilmente uma transitória conturbação da consciência. Refere-se o mesmo autor aos temores e apreensões que, notadamente no caso de prenhez ilegítima, assaltam o ânimo da parturiente, e conclui: “Imagemem-se tais receios exercendo sua influência no instante em que o corpo está exausto e irritado pelas dores do parto! É fácil que surjam, então, emoções tumultuárias, que podem ir até a completa subversão dos sentidos”.

20 “Die neuere medizinische Literatur sagt uns nun, dass der Geburtsvorgang serh oft in der Mutter Gefühle des Hasses gegen das Kind weckt.”

21 No *Trattato di Medicina Legale*, de Maschka, v. 4, p. 746.

Bertherand chega a falar em "loucura emotiva" das parturientes, Fritisch (*apud* Pellegrini) afirma que as dores, a excitação, o temor, podem colocar a parturiente em tal estado, que lhe fiquem suprimidas a reflexão e a capacidade de avaliar as consequências dos próprios atos.

Aschaffenburg refere-se a um particular estado de *falta de orientação* ou *desatino* (*Ratlosigkeit*).

König, autor que se ocupa especialmente do assunto, chega à conclusão de que o parto pode ocasionar uma confusão mental passageira.

Gleispach reconhece que influem no psiquismo da parturiente as dores, a perda de sangue, o excessivo esforço dos músculos, e disserta: "É um estado de comoção e extenuação, segundo o grau do curso do parto e também dependente do estado de ânimo natural da parturiente". Referindo-se particularmente ao infanticídio *in ipso partu*, declara Gleispach: "... parecemos certo que, com o parto, novos motivos sobrevêm aos já antes existentes e surge uma força coercitiva para a decisão, e a parturiente, menos capaz de tranquila reflexão, e extenuada, não pode resistir ao impulso para a ocisão do filho e, em certos casos, deixa-se, por assim dizer, dominar por ele."²²

Pellegrini, depois de mencionar casos concretos de transtorno psíquico de parturientes, observa: "Estes casos não têm apenas um valor anedótico, incidental; demonstram como o período de excitação e de delírio pode ser relativamente breve; como, durante ele, podem ser cometidos infanticídios; como distúrbios psíquicos podem surgir durante e após o parto; como, enfim, o médico deve ser prudente no enjeitar a hipótese de um estado de inconsciência total ou parcial".

Westphal reconhece que, independente de predisposição patológica, o parto pode constituir causa imediata de uma conturbação mental transitória. É certo, porém, que o mesmo autor acrescenta: "Segundo as observações mais recentes, são raríssimos nas parturientes os estados confusionais e os acessos de furor imputáveis exclusivamente à dor e à excitação do parto. As mais das vezes, esses estados de alienação mental passageira se explicam com a presença de uma doença psíquica originária, como a epilepsia, o histerismo, a imbecilidade, a predisposição psicopática, ou, então, pelas condições físicas e psíquicas particulares da parturiente: o estado de circulação do sangue, sofrimentos morais (no caso de gravidez ilegítima), o estado afetivo alterado".

22 In Wörterbuch der Kriminologie: "... scheint uns, dass durch die Geburt neue Beweggründe zu den schon früher vorhandenen hinzutreten und ein Zwang zum Entschluss entsteht, die Gebärende aber, zu ruhiger Überlegung minder fähig und geschwächt, dem Antrieb zur Tötung des Kindes nicht widersteht, in besonderen Fällen von ihm sozusagen überrannt wird".

No mesmo sentido, opina Bumke: “O parto, por si só, raramente ocasiona transtornos psíquicos. É esta uma questão que tem sido muitas vezes debatida, dado o seu interesse forense (ocisão de infante), e foi resolvida em tal sentido... Mas, naturalmente, nas mulheres psicopáticas se produzem, às vezes, durante o parto, estados de excitação com acessos furiosos contra o médico e até mesmo contra o filho. Além disso, são possíveis complicações fortuitas, como, por exemplo, estados crepusculares epilépticos”.

Ciampolini assim escreve: “Também durante o parto podem ocorrer delírios transitórios, que atingem a verdadeiras formas de loucura com perturbações notáveis da consciência, ou a impulsos irrefreáveis e a estados obsessivos. Sobretudo a propósito de infanticídio, é justo que essas “perturbações mentais da parturiente sejam tomadas em conta nos eventuais exames periciais. Durante o parto, diz Naegele, opera-se uma grande modificação no sistema nervoso da mulher, revelando-se nas alterações essenciais do seu caráter e por um estado de hiperemotividade que modifica inteiramente sua conduta anterior. Às vezes, no terceiro e quarto períodos do parto, pode sobrevir até um verdadeiro acesso de alienação mental”.

Outros autores há, entretanto, que negam terminantemente a desnormalização psíquica resultante do parto em si mesmo. Bischoff e Von Sury, por exemplo, sustentam que a excitação afetiva do parto se contém dentro dos limites fisiológicos.

O legislador penal brasileiro deixou a questão aberta: na apreciação de cada caso concreto, terá o juiz de invocar o parecer dos peritos-médicos, a fim de que estes informem se a infanticida, ainda que isenta de taras psicopáticas, francas ou latentes, teve a contribuir para o seu ato criminoso as desordens físicas e psíquicas derivadas do parto.²³

23 Pellegrini (ob. cit., p. 978) as seguintes instruções: “Na perícia médico-legal sobre o estado mental de uma infanticida, cumpre, de caso em caso: a) apurar se a mulher tem antecedentes neuropáticos e psicopáticos e, o que é mais, se fenômenos de tal natureza se apresentam em ato. Assim, não apresentam dificuldade de apreciação os casos em que se trata de frenastênicas que hajam abandonado o neonato sem prestar-lhe os necessários cuidados, ou que, em estado de excitação alucinatória, tenham cometido atos de violência contra ele. Biswanger observou uma frenastênica, de 21 anos, que, depois de derramar álcool sobre o próprio filho, tentou queimá-lo. Mesmo, porém, em mulheres sãs de espírito, já foram constatados delírios de psicoses alucinatórias agudas durante o parto; b) averiguar se a mãe, após o crime, cuidou ou não de esconder o pequeno cadáver; se se mostrou estupidificada, confusa; se não se recorda do que aconteceu; se sofre de anemia aguda por perda de sangue *post partum*. Pode ocorrer que, nos primeiros interrogatórios, a mulher se apresente amnésica, enquanto nos subsequentes reconstitua bem o que se passou logo depois do parto; mas cumpre desconfiar das afirmações feitas num segundo tempo, pois são, muitas vezes, sugeridas indiretamente, dado o modo pelo

50. **O parágrafo único do art. 22 e o art. 123.** O art. 123 encerra, em última análise, um caso *especial* de *responsabilidade diminuída*, que importa, *ex vi legis*, conceitualmente, uma pena grandemente diminuída em relação a qualquer outro homicídio doloso. A identificação de tal caso está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou seja, o estado consequente às dores do parto, ou de excitação e angústia por este produzidas, aliado ao psiquismo particular (não anormal) da parturiente, contribuiu no ato voluntário da ocisão do infante.²⁴

Indaga-se, então: quando o parto é apenas o *mordente* de uma predisposição psicopática, ou um motivo de agravação ou recrudescência de uma psicopatia em ato, devem ser aplicados, conjuntamente, o art. 123 e o parágrafo único do art. 22?

Von Liszt, criticando a fórmula fisiopsíquica da configuração do infanticídio, adotada no projeto suíço, dizia que não era explicado como o elemento de fato “sob a influência do estado puerperal” pode coexistir com a regra geral sobre a imputabilidade restrita. Responde Hafter que tal regra deve ser abstraída sempre que a *imputabilidade restrita* se fundar somente no fato de que a parturiente praticou o crime *sob a influência do parto*.²⁵ Se, entretanto, ocorrem outras causas, nada impede que sejam tornadas em atenção.²⁶ É claro que, se o parto desencadeia acessos de preexistente doença mental, ou acarreta, por si mesmo, ainda que em mulheres mentalmente sãs, uma perturbação psíquica *patológica* (delírios, psicoses alucinatórias agudas), de modo a anular, de todo, o entendimento e a vontade da parturiente, será esta uma irresponsável, nos termos do art. 22, *caput*. Não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da *influência do estado puerperal* e, a seguir, o da *irresponsabilidade* ou da *responsabilidade diminuída*, segundo a regra geral.

qual as perguntas são feitas...; c) apurar se o parto foi laborioso e doloroso, podendo isto resultar da estreiteza da bacia, das anormais dimensões da tumescência da cabeça e dos edemas escrotais e vulvares do neonato etc.; d) apurar se o exame somático da mãe faz presumir que tenha ocorrido um ataque epiléptico ou eclâmpico durante o parto”.

24 Não se deve perder de vista a advertência de Gleispach, no tocante à perturbação psicológica decorrente do parto: “O desvio do normal não é, de regra, tão grande que se possa falar em imputabilidade diminuída”. (“Seine Abweichung von normalen ist in der Regel nicht so gross, dass von vermindeter Zurechnungsfähigkeit zu sprechen wäre.”)

25 Ob. cit., p. 20-21: “... wenn die verminderte Zurechnungsfähigkeit lediglich damit begründert werden kann, dass die Mutter unter dem Einfluss des Geburtsaktes getötet hat”.

26 “Liegen noch andere Gründe vor, so steht der Berücksichtigung nichts entgegen.”

Art. 123

51. A abstração da *honoris causa*. Evitando menção expressa ao *motivo de honra*, que é a causa clássica do benigno tratamento penal do infanticídio, o novo Código obedeceu a várias razões. A primeira delas é que, a atender-se à *causa honoris*, devia-se atender também, logicamente, a motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como, por exemplo, a abertura econômica, o excesso de prole, o receio de um filho tarado. Seria uma injustiça que nestes últimos casos a infanticida tivesse de responder por homicídio comum; mas, por outro lado, a extensão dos motivos legais de atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento indireto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo ao interesse demográfico do Estado. Outra razão é que, dentro da política do Estado moderno, estruturalmente inspirado na defesa do interesse coletivo, não é admissível que este seja superado pelo da honra objetiva individual. Não deixa, além disso, de ter algum fundamento a seguinte opinião de Maggiore:²⁷ “Em geral, à parte o interesse demográfico, acreditamos que a extrema imoralidade “e abjeção de quem elimina a própria prole não podem ser coonestadas por motivo algum, mesmo a honra. Há qualquer coisa mais forte do que a honra, e é o instinto da maternidade, o dever de devotamento para com o próprio filho. Quem vence tal instinto e descumpre tal dever não merece indulgência. Justamente, os antigos consideravam o infanticídio como parricídio”.

Por último, é de acentuar-se que, pelo menos no Brasil, o infanticídio é, via de regra, um crime de mulheres das camadas inferiores da sociedade, entre as quais, pela sua própria frequência, a gravidez ilegítima não importa a *necessitas cogens* da ocultação da desonra. Os equívocos judiciais, facilmente ensejados pelo regime do Código de 90, já não poderão, pelo sistema do Código atual, reconhecer o *motivo de honra* até em casos de cruel egoísmo ou pura malvadez. Deve notar-se, porém, que, com a omissão de referência à *causa honoris*, o Código não inibe que se leve em conta, quando realmente exista, esse antecedente psicológico. O *motivo de honra* pode contribuir, de par com a morbidez fisiológica própria do parto, para o estado de excitação e angústia que diminuem a responsabilidade da parturiente. Todas as causas, fisiológicas e psicológicas, devem ser averiguadas no seu conjunto e interdependência, de modo que não fica excluída a consideração do motivo de ocultação da desonra, nos casos em que, realmente, tenha entrado como um coeficiente do anormal impulso criminoso.²⁸ Von Liszt era mesmo de

27 Ob. cit., II, p. 451.

28 CIAMPOLINI (ob. cit., p. 242) ensina: “Un giudizio di consapevolezza (o meno) di eventuali atti illeciti non potrà farsi che esaminando sia la donna nelle sue condizioni fisio-psichiche sia l'ambiente in cui visse, sia le circostanze in cui essa é venuta a trovarsi per lo stato

opinião que somente quando aliados o motivo de honra e a influência do estado puerperal se devia admitir o mais brando tratamento penal do infanticídio.²⁹ Se é certo que não foi este o ponto de vista do nosso Código, não é menos certo que os peritos e juizes não devem abstrair, para formação de premência, quando ocorram.

Não assiste razão a Fávero (ob. cit., p. 691) quando equipara ao infanticídio *honoris causa* a hipótese do art. 134, § 2º, isto é, a “exposição ou abandono de recém-nascido” seguido de morte da vítima. Neste último caso, inexistente o *animus necandi*. De outro modo, o Código teria incorrido em grosseira incoerência.

51-A. Psicoses *post partum*. Além dos estados psicopáticos que podem aflo-
rar durante o parto ou das psicopatias *em ato* no momento do parto,³⁰ há as

del parto; vale a dire indagando in qual modo la gravidanza si é svolta, quali le difficoltà e le complicazione manifestatesi e le possibili emorragie e il verosimile riflesso di queste sull'organismo della gravida. Il fatto di una gravidanza illegittima dà spesso il tracollo in questi casi. E tutto un insieme di pensieri angosciosi che si affolla alla mente della derelitta, già impoverita nei suoi poteri di reserva somática, e che è quindi alla mercè di ogni idea anche paradossa che le si affaccia alla mente”.

Foi precisamente esta consideração, de par com a relativa ao caráter *condicionado* da fórmula do art. 123, que nos levou a concordar com esta no seio da Comissão Revisora do Projeto Alcântara. E fica assim respondida a pergunta que, a tal respeito, nos faz Leonídio Ribeiro (ob. cit., p. 332).

29 É O critério adotado pelo Código argentino. Gleispach propõe o seguinte conceito de infanticídio, em retificação ao sugerido por Von Liszt: “a ocisão do filho (legítimo ou ilegítimo) pela mãe, durante o parto ou sob a influência da perturbação ocasionada por este, quando ela se encontra repudiada ou abandonada e age por necessidade (no mais amplo sentido)”. (“*Kindermord wäre demnach die Tötung des (ehelich oder unehelich) Kindes durch die Mutter während der Geburt oder unter dem Einfluss der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen, wenn sie verlassen ist und aus Not (im weitesten Sinn)*”).

30 Krafft Ebing faz as seguintes observações: “Às vezes, a inconsciência mórbida produz-se em seguida a uma intensa irritação psíquica, devida às dores do parto. Uma constituição neuropática favorece o aparecimento desse estado patológico, cujas causas ocasionais podem ser constituídas por impedimentos mecânicos do parto, do fluxo muito precoce do líquido amniótico, da apresentação transversal do feto etc. Este estado pode manifestar-se em forma de superexcitação frenética, na qual a parturiente, em desordem mental, se agita, convulsa, e maltrata o feto; ou pode apresentar-se (sob forma de uma gênese puramente orgânica, reflexa) como delírio nervoso. A duração desse excepcional estado psíquico, que, por vezes, persiste ainda após a expulsão do feto, vai de um quarto de hora até meia hora, e termina com uma prostração psíquica, e quando dela se reabilita a puérpera não tem a menor lembrança do que ocorreu.”

Art. 123

psicoses que costumam sobrevir após o parto, chamadas *puerperais*. Trata-se, geralmente, de confusões alucinatórias agudas, de ofuscamentos da consciência, manias transitórias, amências, delírios.

Modernamente, os psiquiatras afirmam que não existem psicoses puerperais específicas. Surgem elas no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma *species* do *genus* "psicoses sintomáticas", isto é, transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicações etc., e cujas lesões não têm uma localização cerebral.³¹ Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada têm a ver com elas, portanto, o art. 123, deixando a ocisão do infante de ser *infanticídio* para constituir, objetivamente, o crime de *homicídio*, mas devendo a acusada ser tratada segundo a norma geral sobre a responsabilidade ou capacidade de direito Penal (art. 22). Não tem razão Madureira de Pinho, quando, em crítica ao art. 123, estranha que, segundo este, "se o crime é praticado alguns dias após o parto, embora sob a influência do estado puerperal, deixará de ser *infanticídio*". Para tal caso há a *válvula* do art. 22 (e seu parágrafo único), e o mais elementar critério de boa política criminal aconselha a restrição do conceito do *infanticídio*, no tocante ao *limite de tempo*.

Foram também, muitas vezes, observados acessos de mania transitória genuína nas parturientes (3º e 4º períodos do parto) ou recém-parturientes, sobretudo em mulheres neuropáticas (com sistema vasomotor muito débil e extenuadas por uma gravidez penosa ou por um parto laborioso e difícil), nas quais os sobressaltos e a temperatura externa exerciam uma influência desfavorável. Tais acessos, que, às mais das vezes, decorrem sob o quadro de uma intensa superexcitação frenética, duram por várias horas.

Em alguns raros casos e, como adverte Schwartz, sobretudo nas mulheres anêmicas, neuropáticas, extenuadas por precedentes enfermidades, por assíduos engravidamentos, por acidentes do parto em curso (especialmente pela perda de sangue), observam-se puros estados transitórios de *raptus melancholicus*, com todos os sintomas do espasmo vascular. A vida do neonato corre, então, graves perigos, em razão da profunda inconsciência que se segue... O parto pode ainda coincidir com acessos epiléticos e histéricos e com estados delirantes. A nevrose pode remontar aos primeiros períodos da vida ou à época da última gravidez. Nesta categoria entram também os estados eclâmpticos, que podem associar-se ao delírio, ou com ele alternar-se.

Finalmente, apresentam-se ainda estados de inconsciência mórbida em forma de delírio febril, derivados de afecções puerperais, flogísticas, que se manifestam antes, durante e após o parto (peritonite, perimetrite etc.)."

31 VALLEJO NÁGERA, *Psicoses sintomáticas*, p. 11 e 138.

52. **O sujeito passivo do infanticídio.** O Código atual ampliou o conceito do infanticídio: o sujeito passivo deste já não é apenas o recém-nascido, mas também o feto nascente. Ficou, assim, dirimida a dúvida que se apresentava no regime do Código anterior, quando o crime se realizava *in ipso partu*, isto é, na fase de transição da vida uterina para a vida extrauterina. Já não há mais identificar-se, em tal hipótese, o simples aborto – solução que, em face do Código de 90, era aconselhada pelo princípio do *in dubio pro reo*:³² o crime é infanticídio. Deixou de ser condição necessária do infanticídio a *vida autônoma* do fruto da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma *vida humana*. Sob o prisma jurídico-penal, é, assim, antecipado o início da *personalidade*. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero. Já então o feto passa a ser uma *unidade social*. Não se pode negar que o feto nascente seja um ser *vivo*, embora não possua todas as atividades vitais. À imitação do Código italiano, o nosso não quis seguir a sugestão de Severi, no sentido de criar-se, sob o nome de “feticídio”, uma figura criminal intermédia entre o aborto e o infanticídio, a qual seria precisamente a ocisão do ser humano nascente: equiparou este ao *nascido*, tornando mais compreensiva a fórmula do infanticídio. Justamente dizia Impallomeni, a propósito da ocisão do feto *intra partum*: “Não se trata de aborto, pois este é a criminosa expulsão do feto e, na espécie, a expulsão é espontânea; nem a ocisão ocorre dentro do útero, mas quando a criança está para vir à luz, *in ipso partu*. A vida intrauterina está terminada, sem que se tenha começado a extrauterina; a criança acha-se num estado de transição, mas, não obstante, é um ser humano vivendo vida não mais uterina, e matá-la é homicídio... É um homem que se mata no limiar da vida social”.

Antes de iniciado o parto, a ocisão do feto é aborto; iniciado o parto, o crime é infanticídio. Já não há mais distinguir entre *vida biológica* e *vida autônoma*. Esta, de condição *necessária*, passou a ser apenas condição *suficiente* do infanticídio. Há infanticídio desde que, começado o parto, o feto se podia considerar biologicamente vivo. Nem mesmo é necessário indagar se o feto

32 Escrevíamos, ao tempo do Código revogado: “Como deve ser resolvida a hipótese em que a ocisão é praticada *in ipso partu* (na fase de transição da vida uterina para a vida extrauterina)? Não se trata propriamente de aborto, porque não é provocada a expulsão do feto; e não se trata igualmente de infanticídio, porque este supõe um infante com vida autônoma... Para dirimir a controvérsia doutrinária em torno de tal caso, o atual Código italiano incluiu expressamente a hipótese sob o *nomen juris* de *infanticídio* (art. 578). Perante a nossa lei, que silencia a respeito, e dado que seria absurda na espécie a isenção de pena, tem de ser reconhecida a hipótese mais favorável ao culpado, isto é, o crime de aborto”.

Art. 123

era capaz de vida autônoma: basta averiguar, remontando-se ao momento anterior à expulsão, a presença de vida biológica, isto é, a existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea.

Em outros tempos, teve caráter absoluto o conceito de Casper, de que "viver é respirar, não ter respirado é não ter vivido". Já a Medicina Legal demonstrou que tal conceito pode, em casos excepcionais, não corresponder à realidade e à lógica. Observa Carrara (Mário) que, se o início da respiração é, de regra, tão próximo da expulsão do feto e que o intervalo entre uma e outra é irrelevante, há casos, entretanto, em que esse intervalo se prolonga por muitos segundos e até por mais de um minuto. É perfeitamente possível a eventualidade de uma *vida apneica extrauterina* (vida sem respiração), e seria um contrassenso dizer-se que, em tal situação, o pequenino ser não está vivo, somente porque ainda não respirou. O radical critério de Casper levaria, na prática, a conclusões intoleráveis. Assim, não responderia por infanticídio, por exemplo, a mãe que expulsasse o feto dentro de uma bacia com água, ou que o matasse antes que os orifícios respiratórios fossem desobstruídos de mucosidades ou restos de membrana amniótica. É certo que a *prova da respiração* é a mais praticável e a mais segura *prova de vida*, tornando-se esta difícil quando não tenha havido introdução de ar nos pulmões; mas daí não se segue que só há vida quando há respiração.

Se é indiferente, no caso de feto nascente, averiguar a capacidade de vida autônoma, é lógico que, no caso do *infans* já expulso do útero, não há cogitar se era *vital*, do mesmo modo que tal questão é posta à margem para reconhecer-se a existência de homicídio, quando a ocisão do *infans* deixa de constituir, sob o ponto de vista cronológico, o crime de infanticídio. A *vitalidade*, isto é, a possibilidade de adaptação durável (ou presunção dela) às condições normais da vida extrauterina é inteiramente estranha aos *essentialia* do infanticídio. Ainda que só se apresente uma aparência de vida, e a não ser que se trate de um mero resíduo de palpitação análogo ao da sobrevivência de um órgão ou sistema, a supressão dela é infanticídio. Tão intangível é o minuto de vida de um recém-nascido quanto o último instante de vida do moribundo. Pelo fato de não ser *vital*, o feto não deixa de estar *vivo*, e o infanticídio existe desde que haja a ocisão de um neonato vivo, pouco importando as condições de maturidade, de desenvolvimento, de conformação, de força, numa palavra: da vitalidade que apresenta.

53. Prova de vida extrauterina autônoma. Três fatos essenciais distinguem a vida extrauterina da intrauterina: 1º, cessação da circulação fetoplacentária; 2º, substituição da respiração placentária pela respiração pulmonar;

3º, substituição da nutrição por via placentária pela nutrição através da via gastrointestinal. Todos estes fatos têm características expressões anatómicas, cuja averiguação constitui a prova da vida extrauterina. Várias são, por consequência, as modalidades da prova de vida autônoma, denominadas *docimasia*s (do grego *dokimzo*, exame). Dividem-se elas em dois grupos principais: *docimasia*s respiratórias e *docimasia*s não respiratórias. As primeiras, por sua vez, distinguem-se em *diretas* e *indiretas*. As *docimasia*s respiratórias diretas versam sobre a demonstração da penetração ativa do ar nos pulmões ou outras cavidades do organismo (em comunicação com o exterior), conseqüente aos atos respiratórios, ou das modificações, quer volumétricas, quer de peso ou histológicas, que esses atos diretamente provocam nos órgãos em que o ar penetra ou nos que lhes são intimamente conexos. As provas respiratórias indiretas assentam na demonstração de novas atividades do feto, dependentes e derivadas do início da respiração, ou de novas relações que, em seguida à respiração, se estabelecem nos vários órgãos do feto. Finalmente, as *docimasia*s não respiratórias comprovam o aparecimento de outras atividades fetais, não ligadas, direta ou indiretamente, com o início da respiração.

A mais simples e menos aleatória das *docimasia*s respiratórias é a *pulmonar-hidrostática*, também chamada *galênica*, pois foi Galeno o primeiro a constatar o fenômeno em que se baseia esse método de prova (*substantia pulmonorum per respirationem ex rubra, gravi et densa, in albam, levem et raram transfertur*). Consiste em colocar os pulmões (isolados ou unidos entre si e aos outros dois órgãos intratorácicos: coração e timo), extraídos ao pequeno cadáver, num recipiente contendo água à temperatura de 15° -20° C: se flutuam, é prova de que houve respiração, isto é, a flutuação demonstra que os pulmões contêm ar, e o ar supõe que a respiração havia começado. Funda-se esta prova na diferença de peso específico que apresentam os pulmões distendidos pelo ar, em cotejo com os pulmões que não respiraram. Tal diferença faz com que o pulmão que respirou, quando colocado na água, fique flutuando. A *docimasia* pulmonar hidrostática não é, porém, uma prova absoluta, pois os pulmões podem flutuar por causas outras que não o ar respirado. É preciso o máximo cuidado para evitar equívocos. Adverte Sousa Lima: "O caso em que os pulmões flutuam francamente na água significa, regra geral, que eles pertencem a um feto que respirou amplamente e, portanto, viveu depois do nascimento; com a condição, porém, de se afastarem as causas de erro representadas pelas circunstâncias que, independentes da respiração, podem imprimir aos pulmões uma densidade menor que os faça sobrenadar: ou seja pelo próprio ar neles introduzido por outro mecanismo, ou seja por gases desenvolvidos pela putrefação, ou seja por embebição de um líquido estranho mais leve do que a água, ou seja finalmente por congelação desta".

Art. 123

Quando o ensaio pulmonar hidrostático dá resultado negativo ou dubio, costuma-se tentar a *docimasia gastrointestinal* ou de Breslau: colocam-se o estômago e o intestino, previamente ligados, no recipiente com água, e se sobrenadam deve-se concluir, do mesmo modo, que a criança respirou, pois que, com a respiração, é insensivelmente deglutida certa porção de ar que, entrando naqueles órgãos, os torna mais leves do que a água.

Outras muitas docimasias respiratórias podem ser experimentadas: a *radiológica*, a *métrica*, a *plêurica*, a *diafragmática*, a *óptica* de Bouchut, a *traqueal*, a *ótica* de Icard, a *química* de Balthazard, a *química* ou de *potassa* de Icard, a *histológica*, a *ponderal* ou *gravativa* de Ploucquet, a *do volume de água deslocado* de Bernt, a *hematopulmonar* de Zaleski, a *pneumo-hepática* de Puccinotti, a *auricular* de Gellé etc. A *radiológica* funda-se na diferença de permeabilidade dos pulmões aos raios x, segundo tenham ou não respirado. A *métrica* refere-se à forma e dimensões do tórax, que é mais arqueado e apresenta um aumento de diâmetro na criança que respirou em cotejo com a do feto que não respirou. A *plêurica* assenta no fato fisiológico de que, nos fetos que respiraram, há na cavidade plêurica uma pressão negativa que não se observa nos fetos que não respiraram. A *diafragmática* funda-se sobre a diferença de nível a que atinge o diafragma, conforme tenha o feto respirado ou não. A prova *óptica* (exame dos pulmões a olho nu ou com o auxílio de uma lente) funda-se sobre as mudanças microscopicamente observáveis nos pulmões do recém-nascido que respirou, em comparação com os pulmões fetais. A prova *traqueal* (ou de Martin) consiste em ligar à traqueia, aberta com um corte transversal, um manômetro muito sensível, e, em seguida, fazer pressão sobre os pulmões: a oscilação do líquido do manômetro é ampla ou nula, conforme os pulmões tenham ar ou gás de putrefação. A prova *química* resulta da análise química dos gases contidos no pulmão. A *histológica* baseia-se no fato de que os pulmões que respiraram apresentam quase sempre, ao microscópio, mesmo no caso de decomposição gasosa adiantada, o aspecto bem conhecido de espaços alveolares uniformemente cheios de ar, o que não acontece com os pulmões fetais. A prova *ponderal* é apoiada na diferença do peso relativo dos pulmões para o do corpo do feto antes e depois da respiração. Com a prova do "volume de água deslocado" (modificação da prova de *densidade* de Daniel), pretende-se que seja possível, imergindo os pulmões e o coração num vaso de vidro de forma especial e cheio de água, verificar-se, pelo grau de deslocamento do líquido, se o feto tinha ou não respirado. O ensaio *hematopulmonar* funda-se na possibilidade de determinar-se pelo valor do conteúdo hemático dos pulmões se houve ou não respiração. Segundo a prova *pneumo-hepática*, a respiração pode ser constatada pela relação existente entre o peso dos pulmões e o do fígado, a

qual é diferente, segundo tenha ou não o feto respirado. A docimasia *auricular* é fundada na observação de que a cavidade da orelha média do feto que não respirou contém uma massa gelatinosa, resíduo do tecido mucoso fetal, que, geralmente, quando se produzem os atos respiratórios, é eliminado.

Entre as docimacias *não respiratórias*, podem ser citadas a *alimentar* (pesquisa microscópica, macroscópica, ou química de traços de alimentos ou outras substâncias absorvidas pelo neonato), a *siálica* (pesquisa de saliva no estômago do feto), a *renal* (averiguação de infartos úricos nos rins do feto), a *bacteriológica* (constatação do *bacterium coli* no tubo gastroentérico), a *vascular* (pesquisa de mudanças anatômicas no coração e sistema arteriovenoso do neonato), a do *nervo óptico* (fundada na mielinização das fibras nervosas do nervo *óptico*), a *bulbar* (exame histológico do desenvolvimento e caracteres dos centros respiratórios bulbares), a *umbilical* (exame das alterações que sofre o coto do cordão umbilical até o momento de sua queda).

54. Prova do início do parto com feto vivo. Mais difícil é a prova da vida biológica, no início do parto. O indício mais acreditado é, atualmente, a constatação da *bossa serossanguínea* (*caput succedaneum*, *tumor do parto*, dos autores italianos). Trata-se de uma bossa de consistência mole, pastosa, bastante definida em relação às partes adjacentes, notadamente pelo carregado da sua cor vermelha. Apresenta, de regra, o tamanho de uma noz, mas nem sempre é visível à simples inspeção externa. Resulta ela do desequilíbrio de pressão entre a parte do corpo fetal, ainda contida no útero e premida pelas contrações uterinas, e a parte que se mostra no orifício uterino. A existência dessa bossa não apenas demonstra que o parto já se iniciara, como também indica a reação vital do feto, isto é, pode deduzir-se de sua presença (ou seus vestígios) que o feto estava ainda vivo no início da expulsão.

É claro que a *prova testemunhal*, eventualmente existente, é sempre subsidiária ou mesmo supletiva da perícia médica.

55. O elemento cronológico na configuração penal do infanticídio. A ocisão do *infans*, para que constitua infanticídio, deve ter sido praticada “durante o parto ou logo após”. O parto, a que se refere o texto legal, é o que começa com o *período de expulsão*, ou, mais precisamente, com o rompimento da membrana amniótica. Antes desse período, como já foi acentuado, a ocisão do feto constitui *aborto*. Só há infanticídio quando o feto pôde ser atingido sem destruição de qualquer *formação* a interpor-se entre ele e o ambiente extrauterino. Pode-se definir o parto, segundo a lição de Jasck e Pankow: “É o processo pelo qual o feto, com os anexos, é separado do organismo materno e entra no mundo externo”. Termina o parto com a expulsão da placenta

e o corte do cordão umbilical. A expressão “logo após o parto” não deve ser entendida isoladamente, mas subordinada à frase anterior do art. 123 – “sob a influência do estado puerperal”.³³ Não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal. Referindo-se à locução do Código italiano – “*immediatamente dopo il parto*” – pondera justamente Carrara (Mário) que ela “*è da interpretarsi piuttosto secondo lo spirito che non secondo la lettera: con il suo valore e significato psicologico piuttosto che non con quello angustamente cronologico, in relazione con la possibilità, la qual può essere assodata eventualmente per altre vie, che permanga quello stato emotivo che valga a spiegare la determinazione ai reato*”.

O direito romano tinha um critério prático para identificar o parto recente: *sanguinolenti sunt recens nati*. E ainda hoje se indicam, para identificação da *quase flagrância* do parto, critérios dessa natureza: não só a poluição do feto pelo sangue, como pelo líquido amniótico e o mecônio; presença da *vernix caseosa*, da bossa do parto, do estado do funículo umbilical. O que se faz essencial, porém, do ponto de vista jurídico-penal, é que a parturiente ainda não tenha entrado na fase de *bonança* e quietação, isto é, no período em que já se afirma, predominante e exclusivista, o instinto maternal. Trata-se de uma circunstância de fato a ser averiguada pelos peritos médicos e mediante prova indireta.

56. Casos dúbios. Hipóteses interessantes podem ser formuladas a propósito da ocisão de feto já expulso do útero materno. Impallomeni figura o seguinte caso: um feto imaturo vivo, mas *absolutamente* inviável por sua própria imaturidade, é expulso *espontaneamente* e, em seguida, sua morte inevitável é abreviada por ato violento da mãe. Não se trata de *infanticídio*, pois o sujeito passivo deste não é jamais o feto abortado, cuja excepcional sobrevivência não pode ser equiparada à vida extrauterina. Também não se trata de aborto, pois a expulsão do feto se deu espontaneamente. A solução, portanto, não poderá ser outra senão a de excluir, no caso, qualquer crime. Na hipótese de ter sido provocada a expulsão, o fato constituiria crime de aborto. Suponha-se, agora, que se provoque um parto precoce, e o feto expulso, com maturidade suficiente para continuar a viver venha a morrer por

³³ Em caso de infanticídio, o quesito proposto ao júri deve referir-se, englobadamente, aos dois elementos – “influência do estado puerperal” e a flagrância ou quase flagrância do parto; pois, separando-os, ensejar-se-ia ao júri a negação de qualquer deles e o crime réu pronunciado.

manobras outras que não as empregadas para antecipar o parto. Já aqui se identifica o infanticídio: houve a ocisão de um feto com vida extrauterina. A mesma solução deve ser dada no caso em que, não obstante a precocidade do parto, a expulsão tenha sido natural.

57. Infanticídio e culpa. O infanticídio não admite forma culposa: só é punível a título de dolo. Se o feto nascente ou o neonato vem a morrer por imprudência ou negligência da mãe, responderá esta por *homicídio culposo*.

58. Infanticídio e concurso de agentes. Não diz com o infanticídio a regra do art. 25 (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”). Trata-se de um crime *personalíssimo*. A condição “sob a influência do estado puerperal” é *incomunicável*. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26, sobre as *circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime*. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico-penal, ser chamadas *circunstâncias*, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou, seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou coexecutor material) do infanticídio responderá por *homicídio*. Como diz Gautier, “*tous participants autres que la mère sont régis par le droit commun*”. O *privilegium legal* é inextensível. A quebra da regra geral sobre a *unidade* de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contrassenso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado “sob a influência do estado puerperal”³⁴.

Por outro lado, se a mãe, *sob a influência do estado puerperal*, for partícipe, ainda que alheia ao ato executivo direto na ocisão do filho, responderá sempre por *infanticídio*. A condição pessoal de perturbação psicológica ou especial responsabilidade atenuada é de atender-se em qualquer caso. É a justa lição de Hafter: “*Die persönlichen Verhältnisse, unter denen die Mutter tätig geworden ist, sind in jedem Fall zu berücksichtigen*”.

34 * Este entendimento, entretanto, não é pacífico: impugnam-no, entre outros, Roberto Lira e J. Frederico Marques.