

O CRIME DE INFANTICÍDIO E A CULPABILIDADE DA AGENTE: UMA ANÁLISE DA (DES)NECESSIDADE DE PUNIÇÃO

Caroline Giovanela Piccolli¹

Ingrid Bays²

Isadora Bays³

RESUMO: A presente pesquisa, inicialmente, visa analisar duas modalidades relacionadas ao crime de infanticídio, quais sejam: o estado puerperal (inerente ao tipo penal) e a psicose puerperal (capaz de afastar o tipo penal). No segundo momento do trabalho, pretende-se verificar a possibilidade de também haver um afastamento da culpabilidade em decorrência da inimputabilidade da gestante quando esta se encontra abarcada tão somente pelo estado puerperal. Ao fim, ainda se objetiva aferir a alternativa de aplicação de um direito penal mínimo para justificar o afastamento do tipo penal de infanticídio, havendo, conseqüentemente, a absolvição do agente, concluindo-se então, os desígnios do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Afastamento do tipo penal. Culpabilidade. Estado Puerperal. Infanticídio. Inimputabilidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Problemas da gestante no pós-parto e a ligação com o crime de infanticídio. 3 A diferença entre o estado puerperal e a psicose puerperal. 4 A inconsciência causada pelo estado puerperal como excludente da culpabilidade. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a gestante passa por diversas crises e complicações durante a gravidez e o parto. Ora, diante disso, é natural que ocorram determinadas alterações em seu estado físico e psíquico, situações em que se pode

¹ Graduanda do 9º semestre em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; Estagiária de Direito no escritório Contini, Cerbaro & Molinari Advogados Associados, sob supervisão da advogada Mônica Pedó.

² Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 96.662, com atuação especializada na área criminal e previdenciária e escritório localizado na cidade de Caxias do Sul/RS. Orientadora de Educação Profissional na empresa SENAC. Pós Graduanda em Gestão Social: Políticas Públicas, Redes e Defesa de Direitos pela instituição UNOPAR. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela instituição Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha.

³ Graduanda do 8º semestre em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; Estagiária de Direito no escritório Castaldello Advogados Associados sob supervisão da advogada Janaine Longhi Castaldello.

haver a existência de um crime de infanticídio. Desde já se faz necessário esclarecer que este resta configurado quando a mãe, sob a influência do estado puerperal, mata o próprio filho. Ocorre que, ao analisar os requisitos subjetivos do tipo penal de infanticídio que se encontram interligados com o verbo nuclear dele, geram-se diversos questionamentos acerca da real necessidade da existência e consequente punição deste.

Ainda, não há como fazer a análise do tipo penal do infanticídio sem verificar os transtornos psíquicos gerados pelo parto e/ou pela gravidez, os quais podem vir a retirar a plena capacidade da gestante de se autogerir, mesmo que em curto período de tempo. De qualquer sorte, mister se faz a busca de conceitos específicos oriundos da medicina, a fim de verificar a capacidade psíquica da gestante ao cometer o referido delito e, conseqüentemente, ser punida por tal ato, verificando, neste momento, a culpabilidade existente na gestante no cometimento do aludido crime.

Assim, com a análise da capacidade psíquica da gestante durante a prática do crime, é possível verificar a necessidade da tipificação e punição do crime de infanticídio durante a incidência de situações específicas, bem como distintos níveis de gravidade do transtorno psicológico existente. Importante ressaltar que, em não havendo capacidade mental para o cometimento do crime (o que está sendo analisado no presente trabalho), a gestante torna-se inimputável e, conseqüentemente, não poderá ser punida, uma vez que inexistente a culpabilidade da agente.

2 PROBLEMAS DA GESTANTE NO PÓS-PARTO E A LIGAÇÃO COM O CRIME DE INFANTICÍDIO

Cumprе ressaltar, de início, a existência de fases que podem ou não ter relação direta com o delito de infanticídio, sendo possível classificá-las em quatro tipos, quais sejam: tristeza puerperal, depressão pós-parto, estado puerperal e psicose puerperal. Cada um deles deverá sempre ser analisado com muita cautela, visto que é deste modo que se define se houve a caracterização de delito de infanticídio, ou, como ocorrem em alguns casos, se o crime ocorrido foi o de homicídio⁴.

⁴ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controvertidas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 269. Sobre a relação do delito de infanticídio com o crime de homicídio, importante ter uma brevíssima noção histórica. Neste sentido, sabe-se que na Idade Média não se diferenciava a figura do homicídio da figura do infanticídio, sendo certo que este era incluído entre os crimes mais severamente apenados. Somente no século XVIII a pena do infanticídio passou a ser abrandada sob o influxo das ideias dos filósofos adeptos do Direito Natural. A partir de então o infanticídio passou a constituir homicídio privilegiado (PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55).

Partindo desta base, tem-se que a tristeza puerperal é a forma mais leve dos quadros puerperais que pode atingir a parturiente e causar alguma forma de transtorno. Este sintoma é bem comum entre as gestantes e acontece por volta do primeiro mês após a gestação. Ele decorre do fato de que a gestante estava acostumada com a atenção e carinho somente para si, o que, após o nascimento da criança, deixa de existir, considerando que é natural que todos voltem suas atenções ao recém-nascido. Trata-se de um sintoma completamente involuntário e não raras vezes a parturiente acaba por não saber o motivo ou a origem do mesmo.

Ainda, a tristeza puerperal não pode, de forma alguma, ter qualquer envolvimento com o delito em questão, considerando que não causa nenhum impulso na gestante que possa ter ligação a praticar qualquer tipo de crime, visto que o sentimento causado reflete apenas uma tristeza decorrente da perda de atenção que a gestante passa a ter⁵.

A segunda fase, depressão pós-parto ou depressão puerperal, é muito confundida com o estado puerperal pela linha tênue que os envolve. A depressão pós-parto, entretanto, possui características próprias, visto que pode ter início após decorrido longo período de tempo entre o parto e as primeiras manifestações de sintomas da doença, o que não ocorre no estado puerperal, pois este último possui um período específico e taxativo. Desse modo, a depressão puerperal também não possui nenhum tipo de ligação com o infanticídio, uma vez que apenas deixa a mulher incapacitada para as tarefas do dia a dia, ou seja, ela muda seu comportamento apenas no que diz respeito a tarefas normais do cotidiano, não lhe causando transtornos característicos que a levem ao cometimento de algum delito, principalmente do infanticídio⁶.

Em relação às duas últimas fases, o estado puerperal e a psicose puerperal, será realizado, a seguir, um estudo mais aprofundado, tendo em vista que ambos estão diretamente ligados com o delito de infanticídio, mesmo que de formas diversas, pois um deles caracteriza o crime e o outro exclui o delito considerando o forte distúrbio mental pelo qual a agente está passando. Assim, ambos os transtornos devem ser caracterizados e diferenciados, para verificar se estes retiram completamente a capacidade de

⁵ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio*: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1_1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁶ Ibid.

Ibid. entendimento da pessoa, inclusive para entender o caráter ilícito e determinar-se conforme o mesmo.

3 A DIFERENÇA ENTRE O ESTADO PUERPERAL E A PSICOSE PUERPERAL

O estado puerperal é caracterizado pela mudança no estado físico e psíquico da mulher em decorrência da influência hormonal que o período em questão provoca. É de ressaltar que a mulher se encontra neste estado psíquico em decorrência das dores e estresses sofridos durante o parto, além das preocupações e estresses normais pessoais, que ocorrem sem que haja alteração psíquica. Os critérios para avaliação deste sintoma são o fisiológico ou o psicológico, porém este último faz referência direta à honra, quando a parturiente comete o delito com a intenção de ocultar desonra própria, como por exemplo um filho fora do casamento⁷.

Cabe lembrar que para o Código Penal brasileiro, o que deverá ser utilizado é o sistema fisiológico, caracterizado pelo distúrbio sofrido em decorrência do estado puerperal, momento em que, no psicológico, não caracteriza o delito de infanticídio considerando que não há influência deste estado⁸. Além disso, o estado puerperal caracteriza-se pela alteração temporária de uma mulher sã, com, em primeiro momento, total entendimento do fato ocorrido seguido pela liberação de instintos que dão causa à agressão ao próprio filho. Entretanto, tendo em conta o caráter transitório e da ausência de distúrbio mental prévio da agente que sofre o estado puerperal, o exame pericial torna-se muito difícil, levando em consideração que diante do período de tempo entre o fato e a perícia os sintomas normalmente já desvaneceram⁹.

Não há um período exato de tempo para definir o estado puerperal, pois não é específico o lapso temporal em que a parturiente está sob este distúrbio psíquico¹⁰. A posição majoritária da doutrina faz relação ao momento em que a mãe volta às atividades normais do seu dia a dia. Por ou-

⁷ Tal entendimento não é pacífico na doutrina, tendo em vista que alguns autores acreditam ser a exposição ou abandono de recém-nascido uma “verdadeira espécie de infanticídio” e um “*homicídio honoris causa*, com a mesma penalidade do infanticídio, praticado sob a influência do estado puerperal”. Neste sentido: ARGACHOFF, Mauro. *O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido*. In: Boletim IBCCRIM, nº 266 (2015), p. 9-10.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114/115.

⁹ PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 871.

¹⁰ Em relação ao lapso temporal exigido para a configuração do crime de infanticídio, ver: FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. *O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 53/54.

tro lado, há quem advogue no sentido de que o estado puerperal começa no momento do parto e só termina no momento em que a parturiente retoma todas as suas atividades e se encontra livre dessa moléstia decorrente do parto¹¹.

Também, por este motivo, não pode ser confundido com a depressão pós-parto, uma vez que esta última retira da mãe a vontade e disposição para o dia a dia. Em contrapartida, o estado puerperal é o pequeno período de tempo em que a parturiente não consegue voltar as suas atividades diante das dores e complicações ocasionadas pelo parto, distinta dos motivos psicológicos. Alguns autores defendem que o período de estado puerperal é até que o organismo e estrutura materna retornem às condições pré-gravídicas, entretanto não é utilizado este entendimento na prática, levando-se em conta que tal situação é deveras variável diante de cada pessoa¹². Este período de tempo em que o organismo materno retoma sua estrutura é chamado de puerpério, que deriva dos termos *puer* (criança) e *parere* (parir)¹³. Assim, é defendido na doutrina que toda mulher que está em trabalho de parto encontra-se, também, em estado puerperal, porém não necessariamente irá cometer o delito de infanticídio. Em que pese a utilização do argumento exposto acima, o estado puerperal deve ser provado para que haja, de fato, a caracterização do aludido delito¹⁴.

Ainda em relação ao estado puerperal, é necessário avaliar o peso que este possui para a aplicação da pena à agente. Neste sentido, o legislador considerou o delito de infanticídio, para fins de sanção penal, de forma bastante semelhante ao do homicídio, principalmente por se tratar de um mesmo bem jurídico protegido, ou seja, a vida. Entretanto, levando em consideração o estado psíquico em que a mãe se encontra, bem como o perdão judicial cabível no caso de a mãe matar o próprio filho, o infanticídio possui pena mais branda comparado ao homicídio¹⁵.

Tal situação também se dá em virtude da semi-imputabilidade da agente, entretanto, o estado puerperal somente retira a capacidade da parturiente perante este entendimento, pois para os demais atos do seu dia a dia ela age de maneira completamente racional e da melhor forma que é de

¹¹ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controvertidas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 267.

¹² PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 871.

¹³ *Ibid*, p. 871.

¹⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

se esperar, porém perante este comportamento psíquico ela não consegue portar-se de acordo com o usual¹⁶. Nos casos em que não há plena certeza que a mãe cometeu o delito sob influência do estado puerperal, porém, logo após o parto e o fato se assemelha ao infanticídio, deve ser descaracterizado o homicídio e o processo deve ser baseado no infanticídio, uma vez que deve ser observado o princípio *in dubio pro reo*, em que, na dúvida, aplica-se a legislação mais branda.

Assim, é necessário avaliar, diante de cada caso e, principalmente, mediante perícia, se o puerpério ocasionado desequilibrou o psicológico materno de forma que tenha efetivamente diminuído a capacidade de entendimento e auto inibição da agente ou apenas um destes fatores. Partindo desta avaliação, é possível verificar se a parturiente encontra-se em estado puerperal ou psicose puerperal, de modo a, processualmente, tomarem-se as providências necessárias¹⁷.

Por fim, a quarta fase a ser analisada, a psicose puerperal, pode ser considerada a forma mais severa dos possíveis efeitos pós-parto, a qual retira plenamente a capacidade de entendimento da parturiente. Nesta situação de psicose, a portadora tende a sofrer alucinações auditivas, visuais, agitações, ideias delirantes e até mesmo paranoias. Esta modalidade de psicose assemelha-se as demais psicoses desencadeadas pelo parto.

Ora, na psicose puerperal, além de não poder imputar o crime à mãe, há que atribuir uma intervenção hospitalar tendo em conta os transtornos psicóticos decorrentes da aludida psicose. Alguns países defendem a hipótese que a parturiente necessita mais de tratamento e reabilitação do que punição legal, levando-se em conta que alteram plenamente sua capacidade. Apesar de passageira, essa alteração pode causar problemas posteriores e traumas psicológicos¹⁸.

Ademais, por esse estado ser mais grave do que o anteriormente analisado, será manifestado a partir de reações esquizofrênicas, alucinações e até delírios, atingindo, desta forma, a puérpera de forma intensa, incidindo sobre sua capacidade de entendimento. Há autores que advogam no sentido de que o ambiente no qual a gestante viva, ou até mesmo os moldes nos quais viveu a gestação podem influenciar para o risco de

¹⁶ Ibid, p. 103.

¹⁷ FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. *O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 53/54.

¹⁸ PABLO BONNET, Emilio Federico. *Estado puerperal*. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (2010), p. 865/866.

ocorrência da psicose puerperal, sendo este menor no caso de a parturiente viver em um ambiente tranquilo e sem conflitos familiares¹⁹.

O delito cometido sob influência da psicose puerperal causa bastante repugna social, considerando que diante do estado psíquico da mulher, o crime tende a ser cometido por meios violentos e até mesmo cruéis. Assim, não é aceito de forma positiva perante a sociedade que, sem ter conhecimento do fato, pugna pela punição e esquece de considerar a doença mental da agente ativa²⁰.

Deve considerar-se que, na hipótese de o puerpério manifestar-se através de neurose aguda, irritabilidade, ansiedade ou inquietação, não há caracterização de psicose puerperal, visto que a agente possui plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato. Desta forma, em decorrência destes sintomas não há o que se falar em afastamento da culpabilidade e, por consequência, da imputabilidade da gestante. Ocorre que, algumas psicoses puerperais já estavam presentes na parturiente, porém não haviam se manifestado, assim, elas se afluam agravadas em decorrência do puerpério. Diante desta hipótese, não incide a regra do artigo 123 do Código Penal, restando desclassificado o crime de infanticídio, pois ela não está sob influência do estado puerperal, elemento elementar do tipo, mas sim sob o efeito da psicose puerperal. Acontece que estará classificado, neste caso, o homicídio, porém sob a incidência do artigo 26 do Código Penal²¹, em face da sua incapacidade de entendimento e autodeterminação.

Há, também, a possibilidade de a mãe não perder inteiramente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo e, nesta hipótese, incidirá o parágrafo único do artigo 26 do supracitado diploma legal, o qual é caracterizado pela perturbação da saúde mental e será explicado no capítulo subsequente²².

¹⁹ Ibid, p. 866/867.

²⁰ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose*. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²¹ Dispõe o artigo 26 do Código Penal e seu parágrafo único: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015).

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104.

4 A INCONSCIÊNCIA CAUSADA PELO ESTADO PUERPERAL COMO EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

O reconhecimento da culpabilidade é de suma relevância, pois apenas quando o agente é considerado culpável ocorre a aplicação da sanção penal. Em relação à forma de interpretação da culpabilidade perante o Código Penal brasileiro, sabe-se que esta deverá ser realizada a partir das causas que afastam a imputabilidade, previstas nos artigos 26 e 28 do Código Penal.

Para a doutrina, o juízo de reprovação de culpabilidade tem por objeto a realização sem motivos de um tipo penal e por fundamento três elementos, quais sejam: a imputabilidade, que seria o conjunto de mínimas condições pessoais que instruem o agente a saber o que faz, podendo em algumas hipóteses ser excluída ou reduzida nos casos de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, bem como a consciência da ilicitude, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, efetivamente o que faz e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, que é a normalidade das circunstâncias do fato e a indicação de que o autor tinha o poder de não fazer e ainda assim o fez²³.

Sobre a inimputabilidade, esta será reconhecida se constatado que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado o agente era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme se depreende do artigo 26, *caput*, do Código Penal. Completados estes requisitos, será atribuído ao agente que realizou o fato delituoso uma medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria. Ainda, no referido artigo, no parágrafo único, tem-se a possibilidade de reconhecimento da semi-imputabilidade do agente quando este era parcialmente incapaz de conhecer o caráter ilícito dos fatos ou determinar-se de acordo com esse entendimento²⁴.

A doença mental ao que se refere o artigo 26 do Código Penal diz respeito a qualquer perturbação mental ou psíquica que afete a capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta e a de agir conforme este entendimento. Portanto, considerando que a psicose puerperal retira completamente a capacidade do agente, não há o que se considerar imputável a mãe que comete este fato. Porém, perante o entendimento exposto, tendo em conta que o estado puerperal também altera a capacidade psíquica

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: ICPC, 2008, p. 281/282.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 313/314.

da parturiente, em que pese não seja possível estabelecer o instante exato que a mãe se encontra nessa situação e o momento exato em que ocorre a morte da criança, seria plenamente possível utilizar o artigo 26 do Código Penal diante desta situação.

Assim, também há o que se dizer que, a doença mental que se refere o mesmo diploma legal, pode ser permanente ou passageira, o que aumenta ainda mais a possibilidade de incidir sobre o estado puerperal e não somente sobre o estado de psicose puerperal.

Além disso, diante dos motivos citados anteriormente que justificam a pena menor do infanticídio em relação ao homicídio, a mãe deveria ser considerada inimputável, também por ser uma situação benéfica à ré que já está abalada pelo fato. Se considerarmos que não há precisão exata no momento em que ela estava sob distúrbio psíquico e o momento preciso em que ocorreu a pausa das funções eletro-encefálicas da criança, pode ser levada a consideração da norma mais benéfica, fazendo-a assim, não ser culpada pelo fato a que um distúrbio de personalidade deu causa²⁵.

Acontece que, no crime de infanticídio, o estado que a mãe se encontra só poderá ser constatado por laudo médico-legal, sendo esta a única maneira de definir qual o nível de psicose que a parturiente estava na hora da prática do fato delituoso. Entretanto, é fácil achar em pesquisas sobre o tema que os peritos nada conseguiram apurar que fosse capaz de lhes afirmar que a agente se encontrava no estado puerperal, limitando-se, desta forma, a fazer meras observações sobre a situação da mesma²⁶.

Ressalta-se, já de início, que meras observações não possuem o condão de condenar um indivíduo, sendo necessárias provas concretas para tanto. Ademais, Ribeiro, em meados dos anos sessenta, quando pesquisou sobre o tema, lecionou que: “em mais de vinte anos de execução do código penal vigente não se conhece até hoje um único caso, em que o perito tives-

²⁵ RONCHI, Joyce. *A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio*: um estudo acerca da (in)imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁶ Conforme Ribeiro nos traz, o ministro Francisco Campos, ao tratar do delito de infanticídio, relatou, em relação a averiguação deste, que: “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 acarreta sempre uma perturbação psíquica; é preciso que fique averiguado ter está realmente sobrevivendo, em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade do entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio”. RIBEIRO, Leonídio. *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 81.

se podido concluir pela comprovada existência de qualquer distúrbio mental consequente de puerpério”, afirmando, por fim, que mesmo se tivesse sido apurado, não seria possível considerar como um fato criminoso em decorrência de se tratar de pessoa inimputável²⁷.

Ademais, outra questão pertinente envolvendo o laudo médico-legal, é o lapso temporal com que este é produzido, pois a demora da realização do mesmo pode fazer com que haja a recuperação do estado físico-clínico da parturiente, inviabilizando a constatação de que o crime tenha sido praticado pela própria mãe e, ainda, a verificação se esta estava ou não sob influência do estado puerperal²⁸.

Cabe ressaltar que o crime de infanticídio teve a sua maior exploração realizada em um período em que o direito penal possuía uma teoria geral do delito diferente da que hoje é analisada, em decorrência das alterações de teorias relativas à culpabilidade. Neste sentido, explica-se que a primeira é a teoria psicológica, que traz apenas a ideia de ligação psíquica entre o agente e o fato típico²⁹. Por ser limitada, dispõe a ideia de dolo e culpa como suas espécies de culpabilidade³⁰, sendo o dolo quando houvesse a previsibilidade e a voluntariedade do fato típico e culpa quando houvesse a previsibilidade sem a voluntariedade, ou seja, uma negligência³¹. Todavia, esta foi afastada, pois não conseguia abranger, por exemplo, os crimes culposos inconscientes, onde não há uma relação psíquica do autor com o fato típico, visto que este não o prevê e tampouco o quer. Também foi posta em desuso por conta de não conseguir explicar a imprudência, a

²⁷ RIBEIRO, Leonídio. *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 81.

²⁸ SOUZA, Carlos Magno de. *O puerpério e suas controversas definições*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 272. Ainda, verifica-se desde já a necessidade da perícia médica realizada com certa antecedência no decurso do processo, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO-CRIME. JÚRI. RECURSO DA DEFESA. RAZÕES: NULIDADE DO JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. A Defesa sustenta que é imprescindível a avaliação de especialistas para aferir se a ré estava sob efeito de estado puerperal, a fim de que os jurados tenham pleno conhecimento de todas as circunstâncias que nortearam os fatos. Descabimento. Inexistência, nos autos, de qualquer pedido da defesa para que a ré C. K. fosse submetida à perícia médica, na época cabível, não prosperando a alegação tardia de que incumbia ao Magistrado tal determinação de ofício. Não havendo indícios de estado puerperal, dada a ausência de perturbação psicológica na acusada, a autora respondeu por homicídio e não por infanticídio, não se exigindo do Magistrado a determinação, de ofício, de perícia para averiguar estado psíquico não existente. Ausente, no presente caso, hipótese de nulidade posterior à pronúncia ou de sentença contrária à lei ou à decisão dos jurados. A decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que condenou as apelantes encontra amparo na prova, sendo inviável a renovação do julgamento. (...) (Apelação Crime Nº 70036939452, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 23/08/2012)”.

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

³⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

³¹ Op. Cit., p. 219.

qual somente poderia ser um fato normativo – infringir a norma de cuidado – e não psicológico³².

Em um segundo momento, se passou para a teoria psicológica-normativa, sendo que esta afasta a ideia inicial de culpabilidade levando em conta apenas o dolo, pois o agente poderia usar-se deste para fins lícitos, como o estado de necessidade. Assim sendo, na teoria psicológico-normativa, deveria haver o caráter de reprovação da conduta praticada pelo agente, ou seja, para haver a culpabilidade, este poderia agir de maneira diversa da qual optou³³. Agora, dolo e culpa serão apenas elementos psíquicos da culpabilidade³⁴, bem como a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade (há a compreensão do fato e pode-se estagnar a sua vontade de praticar ato ilícito)³⁵.

Por fim, na teoria normativa pura, abandona-se o dolo e culpa como elemento subjetivo da culpabilidade, transferindo-os para o fato típico, fazendo assim uma concepção apenas normativa, elencando as circunstâncias que irão direcionar a culpabilidade³⁶. O dolo é um elemento característico da ação humana e não da culpabilidade, é a intencionalidade de praticar um ato, assim como o finalismo, é a direção a um fim³⁷. A culpabilidade é um juízo valorativo, que tem por objeto a ação criminosa, onde está situado o subjetivo – dolo – que determinará a existência ou não de um crime³⁸. Portanto, para esta teoria, culpabilidade divide-se em três elementos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito, que foram anteriormente analisadas³⁹.

5 CONCLUSÃO

Em um primeiro momento foi necessária a verificação daqueles problemas ocorrentes com a gestante no pós-parto e a sua ligação com o crime de infanticídio. Tais fases são classificadas em tristeza puerperal, depressão pós-parto, estado puerperal e psicose puerperal. A primeira é a mais branda delas e a última a mais grave, em uma escala crescente, sendo que

³² CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

³³ TELES, Ney Moura. *Direito penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 259.

³⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

³⁶ CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

³⁷ Op. Cit., p. 226/227.

³⁸ Ibid, p. 230.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Direito penal: Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

a penúltima caracteriza o crime e a outra exclui o delito. Realizou-se, portanto, uma análise acerca das características exclusivas acerca do estado puerperal e da psicose puerperal, a fim de atingir determinada compreensão quanto ao momento aproximado em que poderia ser reconhecida qualquer uma das fases.

Não obstante, destacou-se o fato de que a perícia adequada para aferir o grau em que se encontrava a gestante é imprescindível, porém podem apresentar resultados diversos em função da decorrência do lapso temporal entre o estado puerperal e a realização do exame. A análise quanto a culpabilidade veio à tona para que se pudesse admitir, sem receios, a impossibilidade de considerar a agente que se encontra em estado puerperal como imputável perante a lei penal.

Por fim, resta absolutamente esclarecido que as situações que permeiam a gestante e o estado puerperal que lhe atinge não deveriam permitir a possibilidade de uma condenação na esfera penal, fazendo com que fosse inevitável lembrar de detalhes que aconteceram em um momento na qual a agente estava com seu estado psíquico alterado e sem contar que, na maioria das vezes, é a própria agente que enfrenta as consequências de seu ato. É o momento em que ocorre a aplicação de um direito penal mínimo, para que a máxima de que o direito penal é a *ultima ratio* seja devidamente executada.

6 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARGACHOFF, Mauro. **O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido**. In: Boletim IBCCRIM, nº 266 (2015), p. 9-10.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Fernanda Cruz da; COSTA, Carlos André da Conceição. **O infanticídio e a problemática da sua autonomia típica**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 33 (2010), p. 49-61.

PABLO BONNET, Emilio Federico. **Estado puerperal**. Concepto Psiquiátrico Forense. In: Revista jurídica argentina La Ley, nº 118 (1936-2010), p. 861-877.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Leonidio. **O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil**. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8 (1965), p. 79-83.

RONCHI, Joyce. **A (im)possibilidade de excludente de culpabilidade no estado puerperal no crime de infanticídio**: um estudo acerca da (in) imputabilidade do agente causada pela doença mental nos casos comprovados de psicose. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1902/1/Joyce%20Ronchi.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: ICPC, 2008.

SOUZA, Carlos Magno de. **O puerpério e suas controvertidas definições**. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, nº 56 (1998), p. 265-274.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.