

## **COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO**

### **PROJETO DE LEI N° 1.262, DE 2003.**

Projeto de Lei n.º1.262, de 2003, que revoga o art. 123 do Decreto-Lei n.º2.548, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

**AUTOR:** Deputado José Divino

Projeto de Lei n.º3.398, que tipifica como homicídio a co-autoria em delito de infanticídio.

**AUTOR:** Deputado Roberto Fraga

**RELATOR:** Deputado Ibrahim Abi-Ackel

De autoria do deputado José Divino, o Projeto de Lei em causa busca revogar o art. 123 do Código Penal, que define o delito de infanticídio, de forma a tipificar como homicídio a conduta nele definida.

A Justificação do Projeto merece especial referência pela importância das razões nela deduzidas e pela segurança com que aborda o tema, sob o ângulo de sua conceituação doutrinária.

A despeito da relevância da Justificação, propõe-se o Relator à tarefa de opor às razões ali expostas os motivos, válidos até agora, que levaram o legislador à tipificação do infanticídio, tal como descrito no Código Penal.

O infanticídio é o crime da genitora, da puérpera, portanto da mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal. A ação consiste em causar a morte do próprio filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do mencionado estado puerperal. A morte pode ser causada por qualquer meio (sufocamento, estrangulamento, lesões, falta de sutura do cordão umbilical). A ação deve ser praticada durante ou logo após o parto, pois a circunstância de tempo, por ser normativo do tipo, é elemento constitutivo do crime. A morte do feto será aborto, se praticada a ação antes do parto; será homicídio, se a ação não se consuma logo após o mesmo. A expressão “logo após o parto” significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo.

Assim consideradas a agente e a conduta, verifiquemos as razões que levaram o Código a distinguir do homicídio esse modo de supressão da vida, em momento especialíssimo da existência da mulher.

A situação do sujeito ativo varia segundo o critério adotado pela legislação, circunscrita a responsabilidade penal a dois critérios distintos: o critério psicológico, assentado no princípio da honra, adotado pelo Código Italiano (art. 578) e pelo Código Argentino (art. 81, § 2º) e o critério fisiológico, acolhido pela legislação penal brasileira e pelo Código Penal Suíço (art. 115).

Refere-se o primeiro à gravidez fora do matrimônio – a solteira, a viúva ou a casada com esposo de impotência *generandi* – quando se torna imperioso ocultar o fruto da concepção, o que faz a mulher viver estado de angústia e tormento moral. O segundo critério não leva em conta o motivo, mas o desequilíbrio fisiopsíquico porventura oriundo do parto (embora não se olvide que o motivo pode entrar no complexo que desencadeia o desequilíbrio). Importa notar que

o Código Penal Brasileiro, ao invocar o estado puerperal, adotou o segundo critério (Noronha E. Magalhães, “Direito Penal”, Saraiva, 1991, vol. 2, p. 40 e 41).

Sobre o estado puerperal merece ser transcrita a explicação de dois eminentes penalistas:

“Nelé (estado puerperal) se incluem os casos em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho. De um lado, nem alienação mental nem semi-alienação (casos esses já regulados genericamente pelo Código). De outro, tampouco frieza de cálculo, ausência de emoção, a pura crueldade (que caracterizariam, então, o homicídio). Mas a situação intermédia, podemos dizer até “normal” da mulher que, sob o trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez não desejado, e temido, de suas entranhas”. (A. Almeida Júnior e J.B.O. Costa Jr., “Lições de Medicina Legal”, pag. 382, Júlio Fabríni Mirabete, “Manual de Direito Penal, Parte Especial”. Atlas, 2000, vol. 2, p. 89).

A esses estados psicológicos anormais que podem aflorar durante o parto somam-se as psicoses denominadas puerperais, caracterizadas por alucinações agudas, ofuscamento da consciência, delírios. Mestre Hungria dá ao problema o toque insuperável de sua maestria:

“ Surgem elas (as psicoses puerperais) no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma espécie 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. Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada tem 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 acusação ser tratada segundo a norma geral sobre a responsabilidade ou capacidade de direito penal (art. 22)”. Nelson Hungria, “Comentários ao Código Penal”, Rio, Forense, vol. 5, p. 256, 257).

Em síntese, o estado puerperal existe sempre, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais que conduzam a mulher à morte do próprio filho. É preciso que fique averiguado ter realmente havido a influência desse estado na conduta delituosa, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio.

Nestes termos, o parecer é pelo reconhecimento da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto, mas, no mérito, contrário à sua aprovação.

O parecer acima foi apresentado à CCJC em 16 de outubro de 2003. Não incluído na respectiva pauta de deliberações em virtude do acúmulo de matérias sujeitas a exame, volta o projeto ao Relator em decorrência da apresentação de nova proposta concernente ao

tema – o projeto de lei n.º3.398, de 2004, de autoria do Deputado Alberto Fraga.

Enquanto o projeto primitivo, n.º1.262, de 2003, apresentado pelo Deputado José Divino, versa o reconhecimento do delito de infanticídio como homicídio, o projeto do Deputado Alberto Fraga trata exclusivamente da co-autoria em crime de infanticídio, colocando-se, porém na esfera punitiva do art.123 do Código Penal, o que desde logo justifica a apensação dos projetos para análise em conjunto.

O infanticídio é homicídio privilegiado, uma vez que a ação de matar o filho é praticado pela mãe, sob influência de estado puerperal. Dos elementos constitutivos do crime resulta o problema relativo à co-autoria. Os que participam da ação respondem por homicídio ou infanticídio? O Código Penal italiano contém disposição expressa de admissão do concurso (art.578) enquanto o francês expressamente o exclui (art.302). No Brasil a questão é polêmica, dividindo-se os penalistas em três correntes de pensamento, assim resumidas: Defende a primeira que em face do art.30, que trata da co-autoria, as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando elementares do crime. O estado puerperal, próprio da parturiente, é estranho a terceiro que de qualquer forma concorra para o crime. Sendo o estado puerperal constitutivo do crime de infanticídio, inadequada seria a comunicabilidade dessa condição de caráter personalíssimo a qualquer outra pessoa. A segunda, diametralmente oposta, leva em conta o disposto no mesmo art.30 para considerar que a influência do estado puerperal e as relações de parentesco são elementares do tipo, comunicam-se entre os fatos dos participantes e que em consequência responde o terceiro por crime de infanticídio. Há uma terceira proposta, que admite o concurso quando a colaboração de terceiro se restringe a atos secundários, não configurantes da execução, excluindo-o, contudo, caso a atividade se manifeste no ato de matar.

Ora, o infanticídio considera uma só agente: a mãe, e exclusivamente ela. A responsabilidade penal, no caso, vincula-se

exclusivamente a esta pessoa, citada no tipo. É claro que o infanticídio pressupõe relação de causalidade entre o estado puerperal e o crime, pois o normal é não produzir esse estado perturbações psíquicas na mulher. É o que deixa bem definido a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal:

“Esta cláusula” (influência do estado puerperal), como é óbvio, não quer dizer que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica; é preciso que fique averiguado ter esta sobrevivido em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir homicídio de infanticídio.”

Reconhecendo que haja, a respeito da co-autoria dos crimes de infanticídio, divergência doutrinária que torna ambígua a responsabilidade penal de terceiro, e que a diversidade das concepções decorre da interpretação do art.30 (“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a ele cominadas”), considero admissível o projeto de lei n.º3.398, de 2004, do Deputado Alberto Fraga, nos termos da conclusão seguinte: dadas as razões já expostas o parecer é no sentido de que o projeto de lei n.º1.262, de 2003, que pretende revogar o art.123 do Código Penal, de forma a considerar como homicídio o tipo penal descrito como infanticídio, é constitucional, jurídico e redigido com boa técnica legislativa, mas inaceitável, quanto ao mérito; quanto ao projeto de lei n.º3.398, de 2004, de autoria do Deputado Alberto Fraga, o parecer é no sentido de que o mesmo não contém vícios de constitucionalidade ou de injuridicidade, sendo, portanto, favorável à sua aprovação, quanto a estes aspectos. Quanto ao mérito o parecer é pela aprovação, nos termos do substitutivo, que acolhe a proposta, mas forma a cautela de adaptá-la à linguagem do próprio art.30 do Código, ensejador da polêmica existente.

Sala da Comissão, 20 de maio de 2004.

Ibrahim Abi-Ackel  
Relator