

○ INFANTICÍDIO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL. CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS (*)

NILSON SANT'ANNA e NILTON SALLES

Depois de quase três décadas de vigência do nosso Código Penal, a evolução dos costumes e as novas condições sociais em que vivemos impuseram a elaboração de nova codificação penal, sendo apresentado o Anteprojeto do Ministro NELSON HUNGRIA.

Do ponto de vista médico-legal, pensamos, todavia, que possam ser sugeridas algumas alterações ao nôvo texto normativo.

No caso do Infanticídio, verificamos, quando das legislações anteriores, a vacilação com que tem sido o mesmo conceituado; ora ao admitir como única justificação a honra ameaçada, entendendo-se, assim, que o "delitum exceptum" seria decorrente da procura, pela mãe, de ocultar sua própria desonra (Códigos de 1830 e 1890); ora ao buscar explicação para a diminuição da pena na esfera biopsicológica própria ou inerente ao parto, na dependência do estado puerperal, e refutando inteiramente a condição "honoris causa" (Código de 1940). Chamou-se ao primeiro critério adotado de psicológico e ao segundo de fisiopsíquico ou biopsíquico.

O critério psicológico ou "honoris causa" levaria ao efeito da degradação da imputabilidade, pelo justificado motivo da ocultação da desonra, com todo o cortejo de angústia e de sofrimento, impôsto por uma sociedade convencional e obediente a grande número de preconceitos, que peca, mas não aprendeu a perdoar o pecado. Esta ao agir, pressionando contínua e progressivamente, terminaria por esmaecer o instinto de piedade da infeliz mãe, chegando mesmo a levá-la à ocisão de seu fruto gestacional, quase sempre ilegítimo, espúrio.

Entenderam nossos legisladores de 1940 abolir o motivo "honoris causa" e tomar como base, para o tratamento privile-

(*) Trabalho realizado na Cadeira de Medicina Legal da Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro.

giado da criminosa, as condições fisiopsicológicas rotuladas de “influência de estado puerperal”.

Vê-se, agora, no Anteprojeto, a conjugação de ambos os critérios, o de honra e o fisiopsíquico, como elementos justificativos da apenação diminuída:

Art. 119 — “Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto:

Pena — detenção, de 2 a 6 anos”.

Substituíu, portanto, o Ministro NELSON HUNGRIA, a expressão “sob a influência do estado puerperal” por “sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal”.

Com a devida vênia do douto e eminente jurista, não podemos aceitar a conceituação do referido crime fundamentada em tais princípios, nem, tampouco, entendemos necessária a nova fórmula empregada, presumivelmente mais explicativa.

Em primeiro lugar, a condição fisiopsíquica alegada, rotulada como “perturbação”, gera, indiscutivelmente, confusão no uso das expressões.

A Exposição de Motivos de FRANCISCO CAMPOS assim esclarece: “O infanticídio é considerado um “delictum exceptum”, quando praticado pela parturiente sob a influência de estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio”.

Portanto, para os autores do Código Penal, a influência do estado puerperal pressupõe, como condição indispensável, a existência de “perturbação psíquica”, para que se possa ter o delicto privilegiado.

Mas o que seria perturbação psíquica? Diferiria da “perturbação mental” referida no parágrafo único do art. 22?

Na Exposição de Motivos ainda se lê: “No seio da comissão foi proposto que se falasse de modo genérico em “perturbação mental”; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, e devendo entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdo-

mudos e silvícolas inadaptados”. E mais adiante: “O projeto teve em vista, aqui, principalmente, os chamados “fronteiriços” (anormais psíquicos, psicopatas)”.

Onde, pois, a diferença, a delimitação entre a perturbação psíquica e a mental? Quais as funções psíquicas que estariam alteradas em uma e não na outra?

Perturbação é obrigatoriamente anormal, patológica, não mais compatível com a higidez; é a desordem, a confusão, a turbação manifesta, acentuada, prolongada ou rápida, permanente ou episódica. Mas, como um breve “raptus” que seja, ela é anormal.

O Ministro NELSON HUNGRIA, em seus *Comentários ao Código Penal*, volume V, examinando o infanticídio, em correlação ao parágrafo único do art. 22, assim preceitua: “O art. 123 encerra, em última análise, um caso especial de “responsabilidade diminuída”, que importa, “ex vi legis”, conceitualmente em uma pena grandemente diminuída, em relação a qualquer homicídio doloso. A identificação de tal caso como está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou seja, o estado conseqüente às dores do parto, ou de excitação e angústia por êste produzidas, aliado ao psiquismo particular (não anormal) da parturiente, contribui no ato voluntário da ocisão do infante”.

Seria, portanto, normal ou anormal a paciente? Apresentando alterações, perturbações psíquicas ou mentais, como retirá-la das condições do art. 22 e seu parágrafo?

Ocorreriam, assim, condições normais e especiais da mãe, de natureza psicológica, geradas durante a gravidez e cujo parto, por si só, seria capaz de funcionar como fator eclosante do equilíbrio aparente até então existente. Nunca um surto agudo, episódico, abrupto, violento, surgido em plena claridade mental; nunca um surto de depressão, ou de excitação maníaca, que viesse a eclodir com o traumatismo do parto; nunca um “raptus” esquizofrênico, ou um estado lacunar de consciência de natureza comicial; jamais um estado confusional de natureza exógena, ou endógena, por distúrbios metabólicos ou do endocrinismo.

Em qualquer destas hipóteses, evidentemente, estaríamos nas condições de que trata o art. 22 e seu parágrafo.

A chamada “loucura puerperal”, tão decantada por alguns antigos cultores da psiquiatria, com o assassinato do próprio filho, representa, hoje, apenas um dado histórico a ser mencionado quando do estudo dêste delito privilegiado, que não carece de maiores considerações.

Afastada inteiramente a motivação “honoris causa”, como explicar que as novas condições psicológicas surgidas, subitâneas e passageiras, viessem a acarretar situações capazes de, por si sós, armarem a mão da criminosa para matar o próprio filho?

O legislador foi, então, coagido a forçar uma explicação para justificar tal procedimento da parturiente, que implicaria no privilégio da redução da pena cominada. Admitiu, portanto, que as dores do parto seriam suficientes para produzir alterações emocionais, que terminariam no desespero e no crime, em pessoas absolutamente normais, sem doenças mentais, ou psicopatias. Só nestas condições o legislador aceitaria a benignidade do tratamento à infanticida.

A prática, todavia, não referendou, em todo êste tempo, e, por certo, não virá a corroborar a substituição de “impetus pudoris” pelo “impetus doloris”.

É ponto de vista pacífico, atualmente, para todos os mestres, clássicos ou não da psiquiatria, que esta forma autônoma de loucura puerperal aguda, transitória, episódica, com delírio momentâneo de pouca duração, capaz de levar a mãe ao decesso do próprio filho, não mais é aceita à luz da moderna psicopatologia.

O que existe, não há que discutir, é a imprecisão que têm os leigos do conceito das doenças mentais. Estas não são permanentes, obrigatoriamente continuadas, no que respeita à sintomatologia, em que deversem permanecer os pacientes sempre alienados, perturbados crônicos, sem interrupção dêsses estados. Fora dos episódios agudos é êle um indivíduo que se poderia tomar por normal, em muitos casos.

Quando livre do período agudo da melancolia, ou da fase maníaca, o psicótico maníaco-depressivo é um indivíduo ativo, trabalhador e operoso como os demais, apenas não se separando das manifestações decorrentes de sua ciclotimia e não indo, por outro lado, ao apoucamento demencial, nem mesmo tardiamente. Mas, abrupta ou lentamente, quando de um nôvo surto, pode êle ir ao suicídio, ao homicídio, ou à prática de outros delitos, por ação ou omissão, podendo ser êstes surtos determinados por múltiplos fatores, inclusive o parto. Não mais se fala em intervalo lúcido nos dias atuais.

São sem conta as pacientes internadas com psicoses “post-partum”, de curta ou longa duração, com exuberante ou discreta sintomatologia. Os surtos agudos esquizofrênicos em mulheres que vinham ôtimamente bem fora da gravidez e que irrompem de um momento para outro, com forma paranóide ou catatônica, conduzindo à violência própria dêsses estados, são observados com acentuada freqüência.

A probabilidade de surgir uma crise comicial, ou de se apresentar quadro de furor epilético, após o parto, ou durante o mesmo, é de fácil entendimento.

Acrescente-se que, atualmente, com o advento da moderna quimioterapia neuropsiquiátrica, o contrôlo dos sintomas e a re-

missão do quadro clínico se tornaram muito mais evidentes e eficazes que antes. São inúmeros os epiléticos sem crises, os esquizofrênicos que vivem adaptados às suas funções, os estados maníacos e depressivos facilmente controlados.

Parece-nos que sempre que o legislador se refere a perturbações psíquicas, tem os olhos voltados para os quadros mentais descritos pelos clássicos, em tempos idos, como a loucura puerperal de MARCÉ, que fêz fortuna e, ainda hoje, imprime aos códigos atuais a falsa e errônea idéia da existência das tais condições fisiopsíquicas especiais inerentes ao parto e ao puerpério.

A observação, entretanto, jamais comprovou a existência real de tais situações anômalas. Mas, ainda que as encontrássemos, elas estariam perfeitamente enquadradas no disposto no art. 22 e seu parágrafo.

É absurda, consoante os estudos psicopatológicos modernos, a admissão de tais perturbações, nos moldes em que foram descritas, capazes de levar a mãe ao extermínio do próprio filho. É fato teórico, poético e imaginativo, mas não científico.

Um código penal tem que ser fundamentado em conhecimentos sólidos, concretos, comprovados e aceitos unânimemente pelos técnicos especializados. Aqui, justamente o inverso é o que se verifica.

Não há mais lugar para ficções e fantasias em assuntos de tal importância social. O empirismo já o cedeu à ciência, como a alquimia já se perdeu no fundo das distâncias.

E ainda se não bastassem tais argumentos, também faltaria sua exequibilidade. Como poderia o perito afirmar que tal episódio psicológico de curta duração ocorrido de forma subitânea, desaparecendo sem deixar "reliquat", em mulher mentalmente sã, realmente houvesse ocorrido, e mais, fôsse capaz de justificar a conduta homicida? Onde a exequibilidade da aplicação da lei? Como observar a tipicidade da lei penal? Como caracterizar a figura delituosa, em face de laudo psiquiátrico inconcludente?

Infelizmente, os autores que se têm ocupado destas questões falam muito em perturbação mental, em estado confusional, enfim, em diversas situações anômalas, tipicamente patológicas, que não se coadunam, absolutamente, com o conceito específico estabelecido pela lei. Referem-se, sempre, não há dúvida, ao que está previsto no art. 22 e seu parágrafo.

Manteve, ainda, o Anteprojeto, a mesma conceituação de puerpério, ou estado puerperal, em desacôrdo com a definição que lhe dá a Medicina. Entendem os juristas que êste período se inicia com o parto, permanecendo algum tempo após o mesmo; para os médicos êle se iniciaria após o parto, em seguida à expulsão da placenta e se estenderia até à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas.

Se se fala de influência dêste “estado”, que agiria por uma série de sintomas fisiopsíquicos, como delimitar até que ponto poderia o mesmo atuar?

É fácil falar-se em “logo após”, delimitando, assim, o período ao simples desejo do legislador. Mas, é de se perguntar: É isto certo, de acôrdo com os conhecimentos ginecológicos e obstétricos atuais? É fundamentado em algum dado científico verdadeiro? Decorrido o breve período, logo após o parto, que poderia ser determinado pela secção do cordão umbilical, ou pela execução de cuidados ao nascituro, limpando-o do induto sebáceo e sanguinolento que o envolve, enfim, após ser realizado qualquer ato indicativo de avaliação daquele curto espaço, teriam desaparecido as tais alterações fisiopsíquicas apresentadas pela puérpera? Horas depois, ou no dia imediato, não mais se poderia admitir a influência do puerpério? Mas nem no dia seguinte ao parto, quando praticamente nenhuma involução ainda se processou? Ou o legislador quer apenas se referir à influência do parto, do traumatismo somatopsíquico decorrente da parturição, do fenômeno às vêzes estafante e doloroso à que é submetida a mulher durante o curso de algumas horas de duração? Se êsse fôsse o pensamento, por que falar em estado puerperal, e não em estado inerente à parturição?

Observe-se, ainda, que os casos verdadeiros de perturbação ou de doença mental surgidos “post-partum”, comumente não surgem naquele exíguo tempo compreendido na expressão “logo após” e, sim, dias depois do mesmo.

Presente-se, portanto, que o legislador do código vigente, ao corrigir o de 1890, que só cogitava do motivo de honra, não quis alterar o período breve que se estenderia até pouco depois do parto, que, por certo, teria perfeita aplicação ao se cogitar da honra, mas nunca em se tratando do estado puerperal. No Anteprojeto em estudo, a conjugação de ambos resultou numa impropriedade científica.

Quanto à condição “honoris causa”, se é bem verdade que, excepcionalmente, a pressão permanente, violenta e impiedosa exercida pela sociedade contra a mãe, pelo repúdio à ilegitimidade possa levá-la a exterminar o próprio filho, para com isto fazer desaparecer o inocente responsável por seu opróbrio, cumpre, entretanto, tecer algumas considerações.

Foi criada a figura do abôrto “honoris causa”, no Anteprojeto.

“Abôrto por motivo de honra:

Art. 124. Se o abôrto visa a ocultar a desonra de mulher, seja provocado por esta, seja por terceiro com o seu conhecimento:

Pena — detenção, de 6 meses a 2 anos”.

Um delito menor — o abôrto “honoris causa” para substituir o infanticídio “honoris causa”.

Ora, poder-se-ia perguntar: Se a lei faculta a diminuição de pena, só para encobrir a desonra, o que permitiria a mãe promover a morte de um embrião, entre um e três meses de vida, por que, ainda, conceder-lhe o privilégio de, rejeitando a concessão anterior, matar um recém-nascido, após haver exibido durante nove meses o abdômen globoso e ostensivo da gravidez?

Note-se que tudo lhe seria mais favorável, desde a desnecessidade da difícil ocultação da prenhez, até a facilidade de interrupção com riscos diminutos para sua vida.

A êste respeito, em recente conferência “A Medicina Legal em face do Anteprojeto Nelson Hungria”, proferida no Instituto Latino-Americano de Criminologia, assim se expressou o ilustre tratadista HELIO GOMES: “Portanto, o objetivo da lei, que é ocultar seu estado é eficiente. Mas, que uma mulher deixe a gravidez ir a têrmo e, nessa ocasião, mate o filho para ocultar sua situação é inadmissível... A gravidez é, por excelência, sensacionalista, publicitária. É uma situação do conhecimento geral”.

Concordamos com a idéia apresentada pelo ilustre professor, mas entendemos que é forçoso admitir que situações múltiplas podem dificultar, quando não tornar mesmo impossível a intervenção abortiva. Desde o problema financeiro, não lhes sendo permitido o ônus de operação clandestina, até as dificuldades encontradas no seio da família e do local onde vivam, aos problemas de ordem religiosa, ao mêdo de se submeter aos riscos da perigosa operação, etc., tudo isto reforçado pela baixa condição sócio-econômica e cultural, que quase sempre acompanham estas angustiadas mães. Atente-se que, decorridos os três primeiros meses, mais se acentuam os obstáculos à intervenção. Os abortadores mais experimentados se recusam, após êste período, a praticar as manobras abortivas, em virtude dos maiores riscos apresentados; ou fazem-nas ainda alguns, mas por quantias muito maiores, com intervenções cirúrgicas em Casas de Saúde, despesas com auxiliares, etc., tornando inacessíveis os gastos necessários.

E assim, prossegue a gravidez, perdendo a mãe a oportunidade de livrar-se, cedo, da causa de sua desonra, cometendo um delito menor.

O infanticídio, muito raro em nossos dias, tende a desaparecer, com o perpassar dos anos, a evolução cultural dos povos, as novas condições de vida e a influência de novas correntes filosóficas. Em breve, não mais nos haveremos de ocupar de tal crime. Desaparecerá, por certo, o motivado pela honra, podendo ser encontrado, esporadicamente, mas determinado por parturi-

ente, ou puérpera, nas condições de que trata o art. 22 e seu parágrafo.

Mas, no momento atual, entendemos que deva ser êle conservado no Anteprojeto. Mesmo porque, retirar-lhe as condições de privilégio com que é tratado, corresponderia a transformá-lo em homicídio qualificado, com muitas agravantes. Sairíamos de uma pena de detenção de 2 a 6 anos, para outra de reclusão, de 12 a 30 anos, o que contrariaria, sem dúvida, os postulados de política criminal. O tempo melhor determinará quando, por motivo de honra, não mais se deva considerar o infanticídio um "delictum exceptum".

Em nossos dias, são inteiramente outros os conhecimentos e meios técnicos e científicos no campo dos anticoncepcionais. Todavia, ainda há que se considerar a ignorância de nossa gente, do grau cultural de nosso povo, embora, em verdade, os novos meios empregados dependam, cada vez menos, para sua aplicação, de boa capacidade intelectual das mulheres que dêles se utilizam, visto que, até compulsoriamente, por vêzes, têm sido êles aplicados.

Não nos move, neste trabalho, evidentemente, o desejo de apreciá-los do ponto de vista médico-jurídico, mas, sim, alertar o legislador para o fato de que tais práticas são hoje de uso corrente, muito difundidas em todo o território nacional, principalmente as pílulas contraceptivas, e, portanto, dêles se poderiam prover, se assim o desejassem, aquelas mulheres cujos conluios não fôssem legitimados.

Seria a prevenção de concepção ilegítima, lógicamente muito mais aceita, compreendida e tolerada, que um abôrto criminoso, ou o assassinio de uma criança a têrmo e bem formada. Não nos esqueçamos porém, que, ainda que o desejassem, muitas mulheres não se poderiam utilizar dos anovulatórios, ou por contra-indicação médica, dados os para-efeitos determinados, ou pela falta de numerário para adquiri-los continuamente.

As novas descobertas e o aperfeiçoamento da técnica em Bioquímica, por certo ainda mais mudarão, em futuro próximo, a situação atual, reduzindo acentuadamente, a incidência do infanticídio.

No que concerne à influência da perseguição de ordem moral, a que a mãe seria submetida por uma sociedade intolerante, julgamos lícito aceitá-la, ainda nos dias que correm, quando é patente a liberação de carcomidos preconceitos, que, outrora, tão larga cobertura de privilégios davam à mulher homicida. No futuro, cremos, será impossível, senão ridículo, o fato de se admitir a tolerância de um homicídio, sobremaneira qualificado, para escusar-se a mulher que teria matado o próprio filho, para encobrir sua desonra.

Serão outras, sem dúvida, as reações apresentadas pela sociedade em face da gravidez ilegítima (se assim ainda a pudermos chamar); serão outras as concepções da família e a aceitação do amor livre das barreiras preconceituais; será revisto, certamente, aquêlê entendimento da desonra, como nós a admitimos hoje.

Mas de que honra fala nosso legislador? Ilegitimidade dos congressos sexuais? Infâmia de nascer um filho natural? Desonra do amor livre? Abandono da mãe pelo amante, após a gravidez?

A não ser assim, indubitavelmente, não refletiria o código o retrato fiel da sociedade contemporânea. Lembremo-nos que “o Código Penal é o mínimo de moral exigido de um povo”, e esta moral, esta concepção de princípios morais, éticos e de normas de conduta, também não é estacionária, não é estática. É, sim, dinâmica como o são tôdas as conquistas sociológicas.

Lê-se em ANÍBAL BRUNO, em seu *Tratado de Direito Penal — Crimes contra a Pessoa*: “A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama. O respeito público de que goza a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra”.

Conclui-se, portanto, que a morte do recém-nascido representaria o apagamento do único, ou do último vestígio ostensivo do qual se deveria livrar a mãe desonrada. O parto seria, então, o limite divisório entre a honra e a desonra. Minutos antes, a ameaça da desonra pública; minutos após, com o homicídio, o soerguimento da honra ultrajada. O homicídio restituiria, destarte, a honra combalida e conspurcada, voltando, assim, a mulher ao seio da sociedade, sem que sôbre ela voltasse a pairar a sombra da infâmia, do infortúnio.

Estamos reforçando um pouco as tintas, ao descrever as razões de honra, para que sintamos como, em futuro próximo, talvez não mais as possamos admitir.

A observação dos casos registrados, no entanto, mostra-nos que existe, indiscutivelmente, uma noção de honra, nestas mães, um pouco diferente da que teria a sociedade em geral.

Atuam desesperadas, descontroladas, determinadas pela pressão, a coação a que são submetidas, e, não mais resistindo, após tanto tempo, num ímpeto em que não avaliam, não ponderam o que fazem, repelem o filho, repudiam-no. Não consegue a mãe dedicar-lhe afeto; sente, ao contrário, repulsa. Quer apenas livrar-se dêle, para continuar a viver tranqüila, ou, pelo menos, não humilhada, perseguida, amaldiçoada e infeliz.

Esta a sua concepção, a sua noção de honra. Diferente, sem dúvida, de nossa compreensão, de nossa capacidade de entendimento, de nosso poder de reação; mas perfeitamente compre-

ensível, em tais mulheres, quase de condição humilde e reduzido grau sócio-cultural.

A favor disso fala o fato de que tais crimes não se repetem, sendo sempre praticados pela mãe uma única vez.

Este é um argumento fortíssimo para a aceitação do infanticídio "honoris causa" — a não reincidência —, e, por outro lado, a recusa da influência do estado puerperal, pois em outras gravidezes sucessivas poderia o delito perfeitamente se repetir, o que nunca se observou na prática.

Não nos esqueçamos que a lei permite o abôrto sentimental em caso de estupro, compreendendo que a mãe não poderia ser obrigada a aceitar aquêlê filho, fruto de uma conjunção carnal violenta. Ora, não conseguindo, por um motivo qualquer, a interrupção da gravidez e chegada esta a têrmo, é de se avaliar o psiquismo daquela pobre mãe, o estado emocional, afetivo e volitivo, que deverá apresentar por ocasião do parto. E, se num ato desesperado, em que não controlasse o ímpeto que a dominasse momentâneamente, viesse a matar o próprio filho que a fazia viver amargurada e infeliz por tanto tempo, não seria razoável que a esta mãe se estendesse o privilégio da pena diminuída? Não seria justo o entendimento da situação emocional desta mãe, para ocultar sua desonra?

No que se relaciona à verificação de vida, permitimo-nos, ainda, algumas considerações. É ponto de vista tranqüilo entre os juristas que aqui se trata, tão-sòmente, de vida biológica, venha ou não a existir vida autônoma. Basta, portanto, que a criança tenha sua vida dependente da vida da mãe durante o processo do parto.

No entender de NELSON HUNGRIA, desde que a ação delituo-sa seja cometida sôbre um fato que se poderia chamar biològicamente vivo, o crime está enquadrado no código, bastando para tanto averiguar se antes da expulsão havia vida, isto é, um mìnimo de atividades funcionais, como por exemplo, a circulação sangüínea presente em todo o feto vivo. O que interessa nesse particular, para caracterizar o crime em face do atual código, é que êle seja cometido sôbre um feto vivo, mesmo com reduzida afirmação de vida, sem ter respirado ainda, incapaz de vida autônoma, ou sôbre um recém-nascido imaturo, anômalo, disforme, com a vitalidade que apresentar, contanto que esteja vivo, embora por pouco tempo, dada sua imperfeição ou anomalia. Não entra em causa a questão da viabilidade para a configuração do crime.

É lógico que o feto vive no seio materno, pode continuar vivo durante a expulsão, antes de respirar, mas também é possível que morra nessa fase pela ação de causas patològicas, ou violentas, não criminosas.

Se, todavia, violências delituosas forem cometidas durante ou após o parto, nestas últimas condições, entendemos não poder haver crime, por falta do objeto, em face dos dispositivos da lei. Não é suficiente, pois, somente demonstrar que o feto estivesse vivo no comêço do parto; é necessário também afirmar a vida durante o período da expulsão, para que o crime seja consubstanciado.

Pelo fato do indivíduo ter estado vivo no útero, é mera suposição dizer-se que deveria estar vivo durante a transição para a vida extra-uterina, desde que não se prove cabalmente que, naquele momento, realmente estivesse vivo.

A presença do "caput succedaneum" ou tumor do parto indica que o feto estava vivo quando iniciado o trabalho de parto, mas não prova que, do início até a expulsão, o feto não tenha morrido e, portanto, não tivesse sido expelido já morto. É até eventualidade comum em parto laborioso com sensível sofrimento do feto, que êste tenha bossa sero-sangüínea volumosa e seja expulso morto. Também não é regra estar sempre presente a bossa sero-sangüínea, que nem só pode faltar, como nos partos rápidos de apresentação cefálica, ou em casos de dimensões exiguas da cabeça, como pode passar despercebida ao exame tanto mais que as perícias dêste gênero são feitas em cadáveres putrefeitos, ou em mau estado de conservação.

Além do mais, os partos nem sempre são assistidos, sendo freqüentemente clandestinos, e quando há dificuldades no trabalho, não contam com a experiência de qualquer técnico que possa diminuir o sofrimento do feto e facilitar sua expulsão, havendo nem só maior possibilidade de morte do mesmo, como também maior bossa sero-sangüínea.

Traduzem, portanto, que até sua produção o feto estava vivo. Do mesmo modo se comportam as pequenas hemorragias superficiais do couro cabeludo, ou mesmo do pericrânio.

Não julgamos possa ser válida a aceitação de que a prova testemunhal da vida extra-uterina venha a ser supletiva da prova pericial, sendo sempre subsidiária desta. Em que se poderiam basear afirmações de leigos a respeito de vida extra-uterina do feto, quando as provas técnicas falharem?

Estas informações, infalivelmente, dizem respeito a gritos e movimentos do recém-nascido. Sabe-se, porém, que um pequeno grito pode ser determinado mecânicamente pela penetração de ar na traquéia e grossos brônquios, ou pela expulsão do mesmo, sem que tenham agido os músculos respiratórios. Quanto aos movimentos, é conhecido que o embrião ainda com algumas semanas de vida intra-uterina já os pode apresentar.

FODERÉ, citado por SOUZA LIMA, já havia observado que as crianças, logo depois do parto, podem abrir a bôca, estender os braços, levantar os olhos, sem que êstes sinais indiquem vida

subsistente. Podem ser até movimentos convulsivos que apresentem no momento mesmo em que cessam de viver.

Os obstetras estão habituados a ver embriões de três a quatro meses apresentarem movimentos, sem que isso implique em vida no sentido completo da palavra.

Não vemos, pois, como se possa assegurar a existência de vida extra-uterina ou “intra-partum”, se não se puder provar tenha havido respiração.

O que a lei exige não é a morte de um feto, de vez que não temos a figura jurídica do feticídio, mas, sim, a morte de um indivíduo, com vida autônoma.

Entendemos absurdo, por exemplo, acusar-se alguém da prática de infanticídio, por ter executado manobras violentas em um feto de quatro meses, que tivesse apresentado movimentos finais de uma vida dependente da mãe.

Os legisladores devem criar, então, uma figura jurídica para êsse tipo de morte violenta, mas não buscar tipicidade naquele delito.

A respeito da viabilidade, é grande a discordância entre os peritos e juristas. Parece-nos que, com os progressos da ciência médica, a inviabilidade tende a reduzir-se em face dos novos recursos que, de futuro, serão empregados para a consecução de conquistas nesse terreno. Mas, ainda assim, é preciso que se delimite o período dessa viabilidade. Abaixo de uma determinada idade fetal, o desenvolvimento dos órgãos, as condições anátomo-fisiológicas daquele ser não amadurecido, não são de molde a permitir, em hipótese alguma, o prosseguimento daquela vida residual, agora em situação autônoma.

Creemos que bem se poderia estabelecer, como limite da viabilidade, o prazo de cinco meses de vida fetal, tendo em vista ser praticamente impossível que se consiga fazer sobreviver um feto com menor tempo de vida intra-uterina. O que, portanto, se observaria, caso viesse a mãe a promover o extermínio de seu produto conceptu, imaturo e inviável, de menos de seis meses de vida gestacional, seria a extinção de um resto de vida parasitária, dependente, que se esvairia mesmo que nenhuma violência houvesse sido praticada, e mais, ainda que inversamente, todos os cuidados lhe houvessem sido prestados.

É-nos difícil deixar de ver um contra-senso, no entendimento dêste fato, da forma como foi exposto, como um infanticídio, rotulando dessa maneira, aquêle resto, aquêle fim de uma vida prestes a se extinguir, aquela última centelha, aquêle derradeiro lampejo de uma existência residual decorrente das trocas metabólicas placentárias.

A perícia comprovando, após estudo detalhado, a impossibilidade absoluta da inviabilidade, por manifesta impossibilidade de respiração, julgamos com SOUZA LIMA e a maioria dos au-

tores, que se deva ter a justa condescendência de não considerar a existência de crime. A não ser, como já referimos, que o futuro código cogite do crime de feticídio, no qual a violência seria concentrada, tão-sòmente, sòbre o feto que estava ainda com vida biológica sem ter autonomia dessa vida.

Acrescente-se, ainda, que a redação do artigo fala em “durante ou logo após o parto”, e o que aqui se verificaria jamais se poderia chamar de parto.

Como falar-se em parto, referindo-se à expulsão de um feto de menos de cinco meses — prazo que ousamos sugerir para a delimitação do período de inviabilidade —, quando se sabe que o que teria ocorrido seria um abôrto espontâneo? Onde encontrar as características inerentes ao trabalho de parto, em uma simples expulsão abortiva não violenta? Não se pode falar em trabalho de parto em uma expulsão de feto de cinco meses.

E note-se que as alegadas condições de traumatismo, de estafa, de dores, de angústia e de ansiedade, as quais poderiam vir segundo o critério fisiopsíquico, a acusar, durante o parto, ou logo após êste, situações psicológicas especiais na mãe, capazes de levá-la ao assassínio do filho, não existiriam em um simples trabalho de abortamento espontâneo.

Não sendo previsto no Código Penal a figura jurídica do feticídio, não entendemos justo, pelas razões expostas acima, o enquadramento dessa possibilidade dentro do infanticídio.

Em resumo, consideramos que se deva, em nossos dias, conservar o tratamento privilegiado do infanticídio, única e exclusivamente por motivo de honra, conservando a delimitação do tempo que decorre durante o parto e se estende até logo após êste. Estamos, assim, de acôrdo, plenamente, com a Comissão Revisora do Anteprojeto, quando sugeriu a nova redação para o infanticídio:

“Matar, para ocultar sua desonra, o próprio filho, durante ou logo após o parto:

Pena — detenção, de 2 a 6 anos”.

Julgamos também indispensável, para aplicação da lei, que o recém-nascido seja de idade superior a cinco meses de vida intra-uterina, e que seja comprovado, pela perícia, tenha o feto respirado, isto é, vivido.

Concordamos, com o legislador, seja mantido o abôrto “honoris causa”, nas condições em que foi enunciado, não vendo impossibilidade alguma em conservá-lo ao lado do infanticídio “honoris causa”, evidentemente cominando a êste pena maior que àquele, como foi estabelecido.