

# SOBRE O INFANTICIDIO

---

(Excerpto de uma dissertação sobre o homicidio)

---

O infanticidio, como a palavra indica, é o homicidio qualificado pela pouca idade da victima (infante).

O conceito juridico desta figura delictuosa varia com os codigos e é objecto de controversias ainda não dirimidas.

Na solução, porém, das seguintes questões ficarão bem determinados os elementos da incriminação :

1.<sup>a</sup>

O infanticidio deve ser considerado crime *sui generis*?

2.<sup>a</sup>

Qual a idade em que o infante deixa de ser considerado recém-nascido, para o effeito juridico da qualificação do infanticidio?

3.<sup>a</sup>

Basta que o infante tenha nascido vivo ou, além disso, é necessario que seja viavel?

4.<sup>a</sup>

E' preciso que o infante tenha nascido completamente ou basta que tenha começado o trabalho do parto ?

\*  
\* \*

Na resolução da primeira questão já apparece a divergencia dos codigos penaes.

O CODIGO PENAL FRANCEZ dispõe no seu art. 300 :

« Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né ».

A pena estabelecida é a de morte. (Cod. cit., art. 302).

O CODIGO PENAL ITALIANO pune o infanticidio como qualquer outro homicidio *não qualificado*, creando, porém, uma figura especifica para o homicidio cometido

« sopra la persona di un infante non ancora inscritto nei registri dello stato civile, e nei primi cinque giorni della nascita, per salvare l'onore proprio, o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella (art. 369).

Nestes casos a pena é de detenção por 3 a 12 annos.

O CODIGO PENAL ALLEMÃO pune o infanticidio como homicidio simples ou como homicidio premeditado, conforme as circumstancias (§§ 211 e 212) e só o considera crime *sui generis*, quando commettido *pela propria mãe*, durante o parto ou logo depois, sobre seu filho *illegitimo*, caso em que a pena é de trabalhos forçados por 3 a 15 annos, salvo si existir alguma attenuante que pode fazer baixar aquella pena até o minimo de 2 annos (§ 217, combinado com o § 14).

O CODIGO PENAL PORTUGUEZ pune o infanticidio como crime especial, dispondo no art. 356 :

«Aquelle que commetter o crime de infanticidio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento ou dentro em oito dias depois do seu nascimento, será punido com a pena de morte».

Este CODIGO admite tambem a figura delictuosa do

«infanticidio commettido pela mãe para occultar a sua deshonra ou pelos avós maternos para occultar a deshonra da mãe»,

casos em que a pena é de prisão maior temporaria (Cod. cit., art. 356, paragrapho unico).

A diminuição de penalidade em favor da mãe illegitima existe tambem no CODIGO BELGA (art. 396), no HESPANHOL (art. 429), no HOLLANDEZ (§§ 290 e 291), etc.

O nosso codigo penal pune o infanticidio como homicidio simples, não obstante definil-o em disposição especial, porquanto a pena de infanticidio é a mesma do art. 294, § 2.º — prisão celllular por 6 a 24 annos; mas admite tambem a figura especifica do infanticidio commettido pela mãe para occultar a propria deshonra.

Eis as suas disposições :

«Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir a sua morte: pena de prisão celllular por 6 a 24 annos.

Paragrapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria: pena de prisão celllular por 3 a 9 annos».

O CODIGO CRIMINAL DE 1830 punia o intanticidio como crime *sui generis*, cuja pena era a de prisão por 3 a 12 annos e multa (art. 197), salvo quando com-

mettido pela mãe para evitar a propria deshonna (art. 198), caso em que a pena era de prisão com trabalho por 1 a 3 annos.

O projecto n. 176, de reforma do nosso codigo penal, não distingue o infanticidio das outras especies de homicidio, antes o considera homicidio qualificado, quando commettido por ascendente da victima (art. 293, § 2.º, n. IV), e não admite a attenuante *causa honoris*.

Ha nisto incoherencia, porque o projecto attenúa a pena do aborto (art. 307) e do abandono de menores (art. 311), quando praticados para occultar a deshonna da mãe.

O substitutivo do DR. JOÃO VIEIRA tambem colloca o infanticidio na classe geral dos homicidios, mas diminue a penalidade quando o crime é commettido

« em infante nos oito primeiros dias do seu nascimento e ainda não inscripto no registro do estado civil, para salvar a propria honra, ou da mulher, mãe, descendente, filha adoptiva ou irmã ». (Art. 299).

E' o preceito do codigo italiano.

Do estudo comparativo das legislações deduzem-se, pois, tres systemas :

- 1) O que considera o infanticidio como qualquer outro homicidio (codigo allemão) ;
- 2) O que o considera como crime mais grave que o homicidio simples (codigo francez) ;
- 3) O que o considera como crime menos grave que o de homicidio (codigo criminal brasileiro de 1830).

Além disso, vimos que ha divergencia sobre a attenuante *causa honoris*.

O codigo penal francez e o nosso projecto de reforma não acceitam a attenuação.

Entre as legislações que a consagram, umas limitam-n'a á propria mãe, como o nosso codigo penal ; outras estendem-n'a aos parentes da mãe, como o codigo italiano ; umas restringem-n'a expressamente ao

caso de filiação illegitima, outras não fazem essa expressa restricção.

Qual a doutrina preferivel ?

O infanticidio deve ser considerado como homicidio qualificado e, portanto, mais gravemente punido que o homicidio simples, não só em attenção á fraqueza da victima, como principalmente « pela situação particular do infante, que no momento em que vem ao mundo não participa ainda das garantias communs, e pela facilidade que tem o delinquente de occultar o nascimento ». (1)

A garantia penal da vida do infante não pode, com effeito, ser igual á da vida das pessoas cuja existencia já está assegurada pela publicidade e pelos meios de propria defesa.

Muito menos ha razão para attenuar a penalidade, como fez o Codigo Criminal de 1830, porque tão respeitavel é a vida do infante, que constitue uma esperanza para a sociedade, como a do ancião collocado á beira do tumulto pela inexorabilidade do tempo.

Entretanto, a mitigação da penalidade do infanticidio quando commettido para occultar a deshonor da mãe impõe se aos publicistas e aos legisladores, mesmo como uma consequencia da organização ethico-juridica das sociedades modernas.

Não se pode negar, diz CAUWE'S, que nas uniões illegitimas a parte da mulher é a inexperiencia, a confiança em mentirosas promessas do seductor.

A mulher é, na generalidade dos casos, victima sacrificada. E a sociedade que, negando-lhe os meios de rehabilitação, aponta-a ao desprezo de todos e interdiz a investigação da paternidade (2), não pode exigir que ella sacrifique no altar de uma maternidade opprobriosa o conceito dessa mesma sociedade sobre a pureza da sua honra.

---

(1) GARRAUD, dr. pén., franç., vol. 4.º, pag. 252.

(2) V. o nosso trabalho « *Da investigação da paternidade no direito patrio* — FORUM, vol. 2.º, pags. 444 — 476.

São de THULIE', psychologo e sociologo de merito, estas palavras que preferimos conservar na belleza do original :

« O' femmes, qui devenez mères au milieu des vôtres, entourées des soins et de l'amour de tous, ne cherchez pas à comprendre ce que le cri qui vous donne une joie si profonde peut causer d'épouvante, d'affolement à la malheureuse abandonnée. C'est pour elle la malédiction, la misère implacable. Il ne faut pas qu'on entende ces cris ; elle applique ses mains sur la bouche de l'enfant, dont les plaintes redoublent, il faut qu'il se taise ! et alors la raison se perd !... C'est fini ! elle est maintenant une criminelle !...

Voilà l'histoire de beaucoup de ces grandes coupables ». (3)

Não é na severidade da pena na hypothese em que o movel do infanticidio è a occultação da deshonna que o legislador encontrará remedio para previnir ou reprimir a pratica dos infanticidios ; antes o effeito será negativo.

Com effeito, o legislador que, tendo em vista o interesse social, quizer que a lei seja cumprida pelos juizes, sobretudo pelos juizes de facto, não deve estabelecer penalidades cujo rigor obrigue o encarregado de applical-as a sacrificar os preceitos do direito aos dictames da consciencia, preferindo deixar impune um delicto a infligir-lhe uma pena cuja severidade é injusta.

Essa severidade, como pondera GARRAUD, tem dado em França resultados contraproducentes.

Assim, pois, é indispensavel em qualquer codigo que queira corresponder ás necessidades sociaes a existencia da figura especifica, sujeita a penas menos rigorosas, do infanticidio commettido para occultar

---

(3) THULIE', « La femme » (1885), pag. 339.

uma maternidade que a própria lei e a moral social reprovam e notam com infamante stygma. (4)

Propositalmente não usamos da expressão *maternidade illegitima*, porque esta presuppõe, em regra, a inexistencia do casamento.

Si é certo que, na constancia do matrimonio, o preceito « *pater is est quem nuptice demonstrant* » acoberta a honra da mulher que tenha filhos adulterinos, não é menos verdade que casos haverá, como o de ausencia prolongada, o de impotencia do marido, em que, desapparecendo a presumpção contida naquellie brocardo, a maternidade adulterina será patente e com ella, não só a deshonna da mulher, como tambem, por uma injustificavel convenção social, a deshonna do proprio marido.

GABRIEL D'ANNUNZIO, em um dos seus admiraveis romances, faz um estudo psychologico que justifica a nossa opinião, aliás apoiada na auctoridade de ZANARDELLI (5).

Bem sabemos que a filiação *adulterina* entra na classe da filiação illegitima, que é o genero de que são especies tambem a *natural* e a *incestuosa*.

Para evitar, porém, falsas ou erroneas interpretações, convem que a lei não use da expressão — *filho illegitimo*, quando basta para attenuar a pena o movel da occultação da deshonna.

Dir-se-á, talvez, que não deve ser attenuada a pena no caso de maternidade adulterina, porque o adulterio deve agravar a situação da mãe.

Nem sempre será assim.

Si a fascinação, as violencias, as suggestões hypnoticas, o impulso physiologico irresistivel, (6) etc.— tirarem á mulher os meios de resistencia ao adulterio do qual provenha a maternidade?

---

(4) E' o appello que fazemos aos auctores do projecto de codigo penal — sob n. 176, de 1896.

(5) PUGLIA, Man. de dir. pen. ital., vol. 2., pag. 260.

(6) Vide KRAFT-EBING, « *Psychopathia sexualis* » ( Traducção franceza ).

..... Ha aqui uma questão de facto que a lei deverá deixar á apreciação do juiz, pois é preferivel abandonar ao seu criterio o conceito da « occultação da deshonra » nas hypotheses que possam occorrer, a obrigar-o, como já dissemos, a sacrificar a lei á consciencia.

E' de intuição logica que não poderá invocar a attenuante da occultação da deshonra — a mulher que já tenha barateado a sua honra e perdido, por isso, a *existimatio* da sociedade, como a meretriz.

Entretando, essa é tambem uma questão de facto que a lei não póde fixar em normas absolutas ou em preceitos casuisticos.

A attenuação da pena deve ser restricta á propria mãe ou deve estender-se a outras pessoas que, pelas suas relações de parentesco com ella, tenham interesse em occultar a sua deshonra?

Não é necessario apresentar argumentos para justificar, moral e juridicamente, a extensão da attenuante *causa honoris* ás pessoas a que se refere o art. 369 do codigo penal italiano.

A lei não fará mais do que affirmar a solidariedade de cada familia na guarda e defesa da sua honra, que é a honra de cada um dos seus membros.

Que differença póde haver entre a morte do infante, commettida pela propria mãe para occultar a sua deshonra e a commettida pelo esposo, pelos paes, pelo filho, pelo irmão dessa mãe infeliz, si elles defendendo-lhe a honra, defendem a sua propria honra?

E' incontestavel que o codigo italiano consultou melhor os sentimentos e as idéas da nossa epocha do que os codigos allemão e brasileiro.

\*  
\* \*

Passemos á segunda questão : O que é *recem-nascido* para o effeito juridico da qualificação do infanticidio ?

O CODIGO PENAL FRANCEZ não fixa o alcance da expressão *nouveau-né*; é uma questão de facto que o juiz apreciará (7).

CHAUVEAU ET HELIE, porém, censuram o código por não ter precisado a significação daquelle termo (8).

O CODIGO PENAL ALLEMÃO refere-se á morte « durante o parto ou logo depois ».

O CODIGO PENAL ITALIANO refere-se a « infante ainda não inscripto no registro do estado civil e nos cinco primeiros dias do seu nascimento ».

O CODIGO PENAL PORTUGUEZ usa da expressão « infante no acto de seu nascimento ou dentro em oito dias depois do seu nascimento ».

O NOSSO CODIGO PENAL define recém-nascido « o infante nos sete primeiros dias do seu nascimento ».

A precisão do conceito da qualidade de *recém-nascido* tem importancia capital, porque delle dependem a qualificação do infanticidio e a attenuante *causa honoris*.

A solução theorica é clara :

Si o infanticidio assume a fôrma de homicidio qualificado porque « o infante não gosa ainda das garantias communs e o delinquente pôde facilmente occultar o seu nascimento », claro é que, desde que o nascimento torna-se certo e publico, desaparece a circumstancia qualificativa.

Da mesma fôrma desaparece a razão da attenuante da occultação da deshonna, desde que o facto do nascimento se torna certo ou conhecido por pessoas que, não sendo obrigadas ao segredo professional, não tenham tambem solidariedade de interesse em occultar essa deshonna.

Determinar, de um modo satisfactorio, estes principios na lei positiva, é sempre difficil, mas é preferivel fazel-o como o código italiano, a deixar a apre-

---

(7) GARRAUD, op. cit., vol. 4., pag. 261.

(8) *Theor. du code pen.*, ns. 2.400 — 2.402.

ciação da condição de recém-nascido ao arbitrio do juiz, como fez o Código francez, ou a defini-la tão restrictamente, como o Código allemão.

O nosso Código, não resalvando a hypothese da inscripção do recém-nascido no registro civil dentro dos sete primeiros dias do nascimento, inscripção que é obrigatoria antes de findos esses sete dias (9), commetteu injustificavel omissão, porque a inscripção torna desde logo conhecida e assegurada a existencia do infante.

\*  
\* \*

A terceira questão que suggere a qualificação do infanticidio é si é necessaria, para sua existencia, a viabilidade do infante.

A viabilidade ou «aptidão para a vida» è exigida pelo direito civil como condição de capacidade hereditaria do infante.

Alguns auctores pretenderam tornar extensiva ao direito penal a exigencia do direito civil, julgando essencial a viabilidade do infante para a incriminação do infanticidio.

Essa opinião è repellida pela generalidade dos criminalistas.

Com razão dizem CHAUVEAU ET HELIE :

« E' preciso não confundir os preceitos da lei que protege os interesses privados com os da lei que protege a propria humanidade; a primeira pode excluir do direito de herança o infante inviavel; a segunda não faz distincção, não vê senão um sêr que existe e cuja vida, condemnada pela natureza, ella deve proteger durante as horas que lhe são contadas.

---

(9) Dec. 9.836, de 7 de março de 1838, art. 53; Cod. Pen., art. 388.

E porque a sua protecção não lhe seria dispensada, si o é ao moribundo, ao ancião chegado ao termo da sua existencia, ao condemnado á morte, até á execução regular de sua sentença? Distinguir, para punir o infanticidio, entre o infante que nasceu viavel e aquelle cuja viabilidade fosse duvidosa, não seria voltar á morte uma infinidade de seres fracos? Não seria acobertar com uma excusa perpetua todos os infanticidios? » (10).

Os medicos legistas tambem repellem a exigencia da viabilidade em materia penal (11). VIBERT ensina que, ainda sob o ponto de vista da pratica, é conveniente não se fazer semelhante exigencia, porque em grande numero de casos seria difficilimo dizer si uma creança nasceu ou não viavel (12).

Mas, si a viabilidade não pode ser exigida, a circumstancia de ter o infante nascido vivo, é indispensavel para que se possa realizar o infanticidio.

Como se prova, porém, que o infante nasceu vivo?

E' uma questão debatida em medicina legal.

LACASSAGNE entende que «as provas da vida do recém-nascido são fornecidas por duas especies de signaes: uns demonstram que o infante respirou, outros que houve circulação do sangue, e nos casos de ferimento, coagulação do sangue extravasado » (13).

Alguns auctores, principalmente juristas, entendem que a unica prova do nascimento com vida está no facto de ter a creança respirado o ar atmosphérico.

Em direito civil assim pode ser; mas em materia penal, o facto da respiração não pode ser a uni-

---

(10) Op. cit., n. 2.400.

(11) LUTAUD, Man. de méd. lég., pag. 115.

(12) *Précis de méd. lég.*, pag. 490.

(13) *Précis de méd. judiciaire*, pag. 569.

ca prova da vida, necessaria para a incriminação de infanticidio (14).

A respiração é, sem duvida, a prova mais concludente da vida, mas não a unica.

« OLIVIER (D'ANGERS) demonstrou que a ausencia completa de respiração em um recém-nascido não exclue a possibilidade do infanticidio; este crime se prova pela coagulação do sangue, phenomeno que não pôde realizar-se senão durante a vida » (15).

GARRAUD pensa que « um movimento da creança, sendo provado, attestará a vida, tanto como a respiração », proposição esta que precisa ser acolhida com certas reservas, pois dizem BRIAND ET CHAUDE' que os movimentos não são sempre uma prova certa da vida (16).

\*  
\*  
\*

A quarta e ultima questão é esta:

E' necessario, para qualificação do infanticidio, que o parto seja completo, isto é, que o infante tenha nascido completamente ?

«Emquanto o producto da concepção vive e desenvolve-se no seio materno, a lei o protege, punindo o crime de aborto; depois que a creança desprende-se completamente do seio materno e passa á vida extra-uterina, a lei protege-a, punindo o crime de infanticidio.

Mas, no periodo intermedio, que ainda não é a vida extra-uterina, porque a creança não nasceu completamente, e já não é a vida extra-uterina, porque começou o parto, deixará a lei sem garantia a vida humana?»

Não, sem duvida.

---

(14) Sobretudo si attender-se á solução da nossa 4.<sup>a</sup> questão,

(15) LACASSAGNE, op. cit., pag. 471.

(16) *Man. complet de méd. légale*, pag. 197.

A morte commettida contra o ser que começou a nascer não pode ser punida como aborto, porque este é a expulsão prematura e provocada do producto da concepção; logo, deve ser punida como infanticidio.

Esta é a opinião da generalidade dos escriptores e é a mais logica e justa solução do problema da garantia da vida do infante.

Contra esta opinião se manifesta o illustrado DR. SOUSA LIMA (17), mas BRIAND ET CHAUDE' dizem, com razão, que « a creança no momento em que nasce deixa de ser um feto; si ainda não viveu a vida extra-uterina, ao menos sahio do seio materno, em uma palavra, pode ser considerada como *nascida* » (18)

Esse é o conceito contido nas expressões « *durante o parto* », de que se serviu o codigo allemão, e « *no acto de seu nascimento* », que o codigo portuguez empregou, conceito que nos parece sub-entendido na definição de infanticidio dos outros codigos.

\*  
\* \*

Resumindo, portanto, a solução das questões que estabelecemos, concluimos, sob o ponto de vista theorico :

O infanticidio é um homicidio qualificado pela circumstancia da idade da victima, que é o recém-nascido cuja existencia não se tornou ainda certa e publica, pouco importando que elle fosse ou não viavel, que fosse morto *in ipso partu* ou depois de completamente nascido.

Por excepção, é um crime *sui generis*, quando commettido *causa honoris*, pouco importando que a mãe seja ou não casada, e que o crime seja commet-

---

(17) *O Direito*, vol. 68, pag. 34, nota 1.

(18) *Op. cit.*, pag. 227.

tido por ella propria, só ou com cúmplices, ou por outra pessoa que tenha, pelos laços de sangue e de familia, legitimo interesse em occultar a deshonra.

Estes são os preceitos que desejamos ver consagrados na tão esperada, quanto necessaria reforma do nosso codigo penal.

1898 — Janeiro.

João Luiz.

---