

**O ESTADO PUERPERAL PELO ÚTERO SUB-ROGADO E O INFANTICÍDIO:
ENTENDIMENTO CRIMINAL AMPLIADO**
*THE PUERPERAL STATE BY THE SURROGATE UTERUS AND INFANTICIDE:
EXPANDED CRIMINAL UNDERSTANDING*

Anderson William Marzinhosky Benalia*

RESUMO: O presente estudo tem como finalidade a discussão sobre a configuração do delito de infanticídio nos casos em que o fruto da gestação não seja efetivamente filho da genitora, por se tratar de "barriga de aluguel", assim, temos como título do presente: "O estado puerperal pelo útero sub-rogado e o infanticídio: entendimento criminal ampliado". Concluímos que em decorrência da morte do nascituro causada pelo estado puerperal nos casos de barriga de aluguel, a configuração do infanticídio se dará por analogia *in bonam partem*, devendo haver reforma legislativa para mudança do termo "próprio filho" para outro que possa considerar a existência do útero sub-rogado.

Palavras-chave: Estado Puerperal, Barriga de Aluguel, Útero Sub-rogado, Infanticídio.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss about the configuration of the crime of infanticide in cases in which the fruit of pregnancy is not actually the son of mothers, because it is "belly of rent", thus, we as the title of this: "The puerperal state by the subrogated uterus and infanticide: understanding expanded criminal". We conclude that due to the death of the unborn child caused by puerperal state in case of surrogacy, the configuration on infanticide will be by *in bonam partem* analogy, should be legislative reform to change the term "own son" to others who may consider the existence of the surrogate uterus.

Keywords: Puerperal State, Belly of Rent, Subrogated Uterus, Infanticide.

* Mestrando em Comunicação pela Universidade Paulista UNIP onde é bolsista CAPES, Especialista e Especializando em Direito Penal/Processual Penal e Direito Público (respectivamente) pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais FEAD, Graduado em Direito e Eventos pela Universidade Paulista UNIP. Advogado e professor tutor nas disciplinas de Direito dos cursos EAD do Centro Universitário SENAC de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo representa a continuidade de um estudo anteriormente realizado em que recebeu o título de: "A tutela penal do direito à vida de embriões excedentários", visou, portanto, ao estudo das técnicas de reprodução artificial e a proteção da vida dos embriões excedentes das mesmas sob a ótica do Direito Penal.

Conforme sabemos, o útero sub-rogado ou a chamada "barriga de aluguel", comumente se concretiza através da realização de uma das técnicas de reprodução artificial, e necessariamente representa uma mulher gestando um filho que não lhe pertence. Vale lembrar que pode haver sua configuração no caso de infertilidade feminina, e o casal convencionado em outra mulher gerar o filho com o marido. Neste momento, busca-se entender qual o tratamento jurídico que deve receber a mulher, genitora de um filho que não seja seu, que venha, por influência do estado puerperal, a matar o fruto de sua gestação.

Tendo o presente artigo a temática do direito penal, iniciamos o mesmo com os principais aspectos da teoria geral do crime, de modo a situar o leitor, seja leigo ou mesmo profissional do direito, no contexto de existência de um delito.

Em segundo momento, passamos a discutir a composição das novas famílias que no mundo tem surgido há algum tempo, não mais dando lugar ao tradicional ordenamento que concebe casal como a união do gênero masculino com o feminino, mas sim as mais diversas possíveis, o que gera direitos às mesmas, inclusive de ver sua união constituída pela existência também de filhos, o que pode dar ensejo à utilização de técnicas de reprodução artificial.

Superada esta etapa, torna-se possível o estudo sobre a reprodução artificial, o que fazemos brevemente apresentando a FIVET - Fecundação *in vitro* com Transferência Embrionária, como principal técnica para tal finalidade, na maioria das vezes responsável pela existência da Barriga de Aluguel.

Com isso, o estudo se volta para a discussão a respeito do estado puerperal na gravidez, e a configuração do crime de infanticídio, em que fazemos um estudo de casos demonstrando em quais situações o aparentemente infanticídio se mostra homicídio, por haver inexistência quanto ao tempo de duração do estado puerperal.

Por fim, percebemos através da analogia em benefício, a existência do infanticídio ainda que com a barriga de aluguel, ou seja, em que a vítima não seja filho da autora do delito, pela configuração do homicídio se mostrar incompatível.

2. CRIME

Em termos jurídicos, o crime é a mais grave infração penal definida no ordenamento brasileiro, diferenciam-se das contravenções penais, dado que estas se traduzem em fatos de menor potencial ofensivo para a sociedade, enquanto aqueles representam maior nível de lesividade a todos.

Para os crimes, a lei comina penas privativas de liberdades, restritivas de direitos ou de multa. Trataremos aqui mais especificadamente da pena privativa de liberdade onde pode ser de reclusão, sendo possível seu cumprimento nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, ou detenção, que será cumprida somente nos regimes semi aberto e aberto, ambos a depender do que o legislador estabeleceu no tipo penal, sendo estas penas cumpridas isoladamente, alternativamente ou cumulativamente à pena de multa.

Somente podemos considerar crime uma conduta voluntária praticada por um ser humano, que assim como toda infração penal, caracteriza-se como a prática de conduta tipificada pela Lei penal como ilícita.

Segundo Bitencourt (2008, p. 212), muito se discute quanto ao conceito ideal do crime, tanto que há grande divergência doutrinária sobre o tema, deste modo, adotaremos aqui o conceito analítico de crime tendo por base a teoria tripartida dos elementos que compõem a infração penal, quais sejam, a necessária existência de fato típico, ilicitude e culpabilidade, em outras palavras, para que uma conduta seja considerada crime, determinado agente deve praticar um fato descrito pela Lei, além do mesmo ser considerado ilícito, e o sujeito se encontrar em um estado em que se possa lhe imputar o crime. Deste modo, abaixo iremos apresentar brevemente cada elemento componente da teoria tripartida do conceito analítico de crime.

A legislação incriminadora, ao constituir e descrever um fato típico, ou seja, um delito, deve possuir em sua essência alguns elementos pelos quais devem ser todos preenchidos pelo agente que for cometer determinada infração, para que então a ação ou omissão do mesmo se enquadre em um tipo legal, esses elementos são: conduta, resultado, nexos causal (entre conduta e resultado) e tipicidade (previsão legal).

A Ilícitude representa, segundo Capez (2012, p. 300), uma contrariedade entre o ordenamento jurídico e um fato típico, ou seja, uma verdadeira proibição pelo ordenamento jurídico em se realizar determinado tipo legal, se mostra fundamental ao passo de que existem

previsões tipificadas no código penal em que as ações de um sujeito são consideradas lícitas. Assim sendo, ao praticar uma delas, a mesma não deve ser considerada crime pois ainda que seja um fato típico completo, não está presente a ilicitude da conduta, são as famosas excludentes de ilicitude.

Em continuidade, Moreira (2015 p. 977) afirma que a culpabilidade é o juízo de reprovação, de censura penal, que incide sobre a conduta penalmente relevante, é composta por três elementos, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa. Assim sendo, para que a culpabilidade de um fato típico e ilícito praticado seja atribuída a uma pessoa, devemos analisar primeiramente se este sujeito é imputável, após isso, se no momento o mesmo teria potencial consciência da ilicitude de sua conduta, e por fim, se naquele mesmo momento seria exigível que o mesmo tivesse uma conduta diversa.

3. A NOVA FAMÍLIA

Sem sombra de dúvidas a sociedade como um todo se evolui com o passar do tempo em todos os aspectos, seja relativamente à cultura, costumes, ou qualquer outro vetor social.

A família, considerada microssociedade, uma vez que representa a convivência e relacionamento de diversas pessoas, que embora ligadas umas nas outras por laços sanguíneos ou afetivos, também possuem determinada evolução com o passar do tempo, como prova disso, basta pensarmos que há pouco tempo atrás, uma família obrigatoriamente seria formada de um homem e uma mulher, em que as mulheres deveriam viver uma vida completamente passiva no lar, tanto economicamente quanto em qualquer outro aspecto, isso pois o homem era o grande responsável pelo trabalho, sustento e decisões da casa, e a mulher das tarefas domésticas, geração e educação dos filhos, isso sem contar na discriminação em geral sofrida pelo sexo feminino, passando pelo absurdo de não possuir direito sequer ao voto, chegando-se ao ponto de ser rejeitada por muitos homens como um objeto, por não possuir capacidade de gerar filhos, pois infértil.

Felizmente o ser humano se evoluiu, chegando aos dias atuais com uma sociedade renovada, quando comparada ao "*status*" acima narrado, isso pois hoje o conceito de família foi alargado, tanto pela atividade feminina, ou seja, autonomia financeira com a inserção das mulheres no mercado de trabalho, bem como na própria constituição familiar, através do

casamento, que agora torna possível a união homoafetiva, rompendo as barreiras e os padrões arcaicos de uma família "tradicional".

Com essa evolução social, mais especificadamente o novo conceito familiar, muitas consequências foram geradas, dado que o avanço na tecnologia passou a permitir diversas situações que antes não eram possíveis, uma dessas possibilidades faz parte do tema do presente artigo, qual seja, a reprodução artificial, procedimento este que tornou realidade o sonho de muitos casais, tanto heterossexuais como homossexuais de constituírem suas famílias tendo a possibilidade de gerar seus próprios filhos, o que antes não era possível, e com isso, cumpre ressaltar o surgimento da chamada "barriga de aluguel".

Essas tecnologias reprodutivas, no entanto, apenas compensam o problema da infertilidade, visto que não devolvem à mulher ou ao homem a capacidade natural de procriar, afirma Camargo (2003, p. 7). Vale destacar, que no caso principalmente de casais homoafetivos, as tecnologias permitem a geração de filhos a partir da doação de embriões criopreservados, ou mesmo na doação de gametas masculinos (espermatozoides), ou femininos (óvulos) para que possam ser fecundados e transferidos ao próprio útero, ou sub-rogado (barriga de aluguel), que deve ter caráter gratuito.

No Brasil, as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau, é o que aponta a Resolução 2121/2015 do conselho federal de medicina, em seu Capítulo 7, Itens 1 e 2 *in verbis*:

Capítulo VII:

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.¹

Tendo em vista a possibilidade de utilização das técnicas reprodutivas artificiais no Brasil, tanto por casais heterossexuais como homossexuais, recentemente virou notícia no país o caso do bebê Ezra, que saiu do hospital com sua certidão de nascimento constando o nome

¹ RESOLUÇÃO 2121/2015 DO CFM. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoesCFM20152121_2015.pdf>. Acesso em: 18 dez 2017.

de seus dois pais, Jefferson (brasileiro) e Julien (francês). O referido casal procurou uma clínica de reprodução assistida brasileira com a finalidade de obterem a doação de um óvulo proveniente de um banco de óvulos, e que o mesmo fosse fecundado com espermatozoides de um dos dois rapazes, após isso, o embrião foi inseminado artificialmente no útero da mãe de Jefferson, Quitéria, que gerou o próprio neto.²

O casal, que atualmente mantém domicílio na França, optou por realizar todo o procedimento no Brasil tendo em vista que onde residem o mesmo não é permitido, assim como em muitos lugares do mundo.

4. REPRODUÇÃO ARTIFICIAL

Como dito, através das técnicas de reprodução artificial, muitos casais têm conseguido a tão sonhada constituição familiar com a geração de um filho, dado ao sucesso que pode ser obtido com o correto tratamento.

Vale dizer que hoje no ordenamento jurídico pátrio, se tem uma lacuna legal com relação específica à reprodução assistida (ou artificial), caso em que, a disciplina da matéria é regida pela Resolução 2121/2015 do conselho federal de medicina, e em alguns aspectos pela Lei 11.105/2005 - Lei de biossegurança, isso pois como sabido, o mau uso das mesmas pode acabar gerando, pela engenharia genética, a criação de uma nova raça de ser humano, capaz de ter inimagináveis mutações, o que acabaria com a atual humanidade, haja vista que somente a "super raça" dominaria o mundo.

Temos no mundo uma infinidade de técnicas com finalidade reprodutiva, porém abordaremos aqui a que julgamos mais pertinente quanto à temática do útero sub-rogado, qual seja, a FIVET.

A grande novidade que se tem no universo das técnicas de reprodução artificial, é a possibilidade da ocorrência da fertilização "*in vitro*", por meio da qual se reproduz o processo de fecundação do óvulo com o espermatozoide em uma placa de vidro de um laboratório. Pode ocorrer em casos tanto em que o organismo feminino não o consegue fazer naturalmente determinada fecundação, por algum tipo de anomalia, obstrução, ou por falta mesmo de

² MULHER OFERECE VENTRE PARA BEBÊ DE FILHO GAY COM MARIDO FRANCÊS DELE. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/09/mulher-oferece-ventre-para-bebe-de-filho-gay-com-marido-frances-dele.html>>. Acesso em: 11 dez 2017.

produção de óvulos, caso em que se recorre à adoção por um banco de óvulos, bem como pela vontade da constituição familiar com filhos por parte de casais homossexuais, que a partir de um útero sub-rogado (barriga de aluguel), uma doação de óvulos ou espermatozoides, se pode conquistar determinado sonho.

Para a realização do procedimento se é necessário a coleta de óvulos e espermatozoides (que podem ser provenientes de bancos de doação), com a finalidade de serem fecundados *in vitro* e posteriormente transferidos ao útero, que pode ser da própria mãe, ou mesmo sub-rogado, momento em que se aguarda a confirmação da gravidez, que pode ou não ocorrer, é o que afirma Camargo (2003, p. 49-51).

É importante dizer que esta técnica é uma das grandes responsáveis pela geração do tão sonhado herdeiro sanguíneo às famílias que até então não conseguiam determinada proeza, como no caso de um casal com um homem e uma mulher em que a mesma produza óvulos, mas não seja capaz de gestar, e que o homem seja fértil, ou seja, possua saudáveis espermatozoides, assim, tecnicamente é possível a fecundação de embriões geneticamente do casal, porém, com a incapacidade de geração, pode-se recorrer à um útero sub-rogado, ou seja, uma barriga de aluguel para que os embriões sejam a este transplantados e posteriormente ao casal, entregue o fruto da gravidez. Podemos também pensar no mesmo formato de casal, em que o homem seja infértil, e a mulher em plena capacidade tanto de geração de óvulos quanto de gestação do embrião, recorrem à um banco de doação de espermatozoides afim de constituírem o filho sem que haja qualquer relação sexual com pessoa estranha ao casal. Por outro lado podemos citar a possibilidade de um casal de homens, em que um deles sendo fértil, disponibiliza seu espermatozoide para fecundação com um óvulo proveniente de adoção por um banco de óvulos, e o embrião proveniente de todo o processo é transferido para um útero sub-rogado, caso em que, com o nascimento, a criança lhes é entregue.

5. O ESTADO PUERPERAL

Como é de conhecimento universal, o processo de gravidez em geral não é simples e muito menos fácil, representa algo que somente quem passa por esta situação é capaz de descrever, isso tanto pelas mudanças fisiológicas quanto psicológicas que ocorrem durante a gestação. Nota-se, porém, que como cada organismo responde de forma diversa perante o

estado gestacional, o que para uma genitora a gravidez representa um mar de tormentas, para outra o mesmo fato pode ser um campo de rosas, ou algo sereno.

Porém, vale dizer que no momento do parto a gravidez se torna mais difícil, ainda que seja o final de tal processo, geralmente é demarcado por dores, inchaços, dentre outras situações que levam a gestante ao chamado estado puerperal, que pelos diferentes níveis de intensidade, podem representar maiores ou menores transtornos na mãe. É o que afirma Nucci (2007, p. 565) dizendo que este "é o estado que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno", nos informando ainda que através do estado puerperal "há profundas alterações psíquicas e físicas, que chegam a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo".

A existência do estado puerperal, que segundo Nucci (2007, p. 565) se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez, demarca a criação legislativa de um tipo penal autônomo, qual seja, o infanticídio, descrito da seguinte forma:

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de dois a seis anos.³

Ora, se mostra evidente que uma vez praticado um fato sob influência de algo que possa tirar do agente a espontaneidade e voluntariedade, tal conduta deve receber especial tratamento, seja por meio da concessão de privilégio, ou como foi feito, da criação de um crime autônomo.

Neste sentido, alguns doutrinadores, como Nucci (2008, p. 564) e Greco (2014, p. 217) afirmam que o infanticídio não passa de um homicídio (art. 121 do Código Penal) na modalidade privilegiada, e assim deveria ser considerado, uma vez que ficaria ligado ao seu caput "matar alguém" com a especificidade do estado puerperal contido em um parágrafo. Não concordamos com essa definição, fundamentaremos este posicionamento mais adiante.

Compete dizer ainda, que sobre o estado puerperal, em que pese sua existência e duração, Nucci (2008, p. 565) afirma que como toda mãe passa por este estado, algumas com graves perturbações e outras com menos, é desnecessária a perícia a fim de se apurar a existência do puerpério durante o parto ou logo após o mesmo. Porém, como a Lei trata o lapso

³ CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jan 2018.

temporal com inexatidão, Nucci (2008, p. 565) aponta que devemos interpretar como imediatidade o tempo que se estende após o término do parto, devendo os fatos cometidos com maior lapso temporal serem passíveis de perícia com a finalidade de apurar se persiste determinado estado, sendo certo que ao passar dos dias vai se desfazendo a ação perturbadora do puerpério e sua influência.

É importante lembrar que não basta a existência do estado puerperal para a configuração do delito em comento, uma vez que a existência não presume a influência da pessoa na prática de condutas, assim, para que a pessoa seja influenciada no cometimento de um delito, como o de matar o próprio filho, o estado puerperal deve se encontrar em grau máximo. Conforme nos ensina Greco (2014, p. 219), se a parturiente, embora em estado puerperal, considerado de grau mínimo, não atuar, por essa razão, influenciada por ele, e vier a causar a morte de seu filho, durante ou logo após o parto, deverá responder pelo delito de homicídio.

Vale ressaltar que a influência do estado puerperal tem relevância neste artigo tão somente para a configuração do crime de infanticídio, porém, destacamos que sendo tal influência tão grande, capaz de retirar da pessoa sua espontaneidade e voluntariedade de condutas criminosas, entendemos que pode ocorrer a exclusão do crime ou mesmo da culpabilidade para com o mesmo, devendo ser considerada a inimputabilidade do art. 26 do Código Penal Brasileiro.

6. O INFANTICÍDIO E O ÚTERO SUB-ROGADO

Conforme iniciado no item anterior a discussão a cerca do delito de infanticídio, pretendemos neste item abordar com maior especificidade o tema, inserindo no mesmo a característica peculiar do útero sub-rogado.

Estudamos anteriormente que o crime de infanticídio tem existência por uma benesse legislativa reconhecida pela existência do estado puerperal e sua influência sobre a prática dessa conduta pela gestante, em que pese, o assassinato do próprio filho, conforme apontamento literal do tipo penal disposto no art. 123 do Código Penal Nacional.

Com o conceito do tipo penal em questão, vamos agora dinamizar a situação através de exemplos (que não raro podem acontecer), a fim de especificadamente entender em quais situações o infanticídio deverá ser imputado a alguém.

Iniciando pela forma mais clara de configuração do delito, temos a gestante que no momento do parto ou imediatamente após o mesmo, mata seu próprio filho pela influência do estado puerperal, que, nota-se, como no item anterior dito, nesta fase a mesma é presumida, independentemente de perícia.

Por outro lado, temos o exemplo de uma mãe, que após o parto, mas ainda na maternidade em recuperação do mesmo, procura seu filho no berçário e o encontrando, causa sua morte. Neste caso, ainda que fragmentos do estado puerperal estejam presentes na mulher, a mesma deverá responder pelo crime de homicídio, isso pois como dito, a existência do estado puerperal não pressupõe sua influência na conduta. Vale dizer que no estado em que se encontra a mãe do presente exemplo, o puerpério não é presumido, e deve ser constatado pericialmente, caso em que, se presente sua influência na conduta, de homicídio, a mulher responderá por infanticídio.

Ainda é interessante pensar na seguinte situação hipotética em que uma mãe, após o parto, sob influência do estado puerperal, procura seu filho no berçário a fim de causar sua morte, se enganando sobre a identificação do seu bebê, acaba por matar filho alheio, o que o presente dispositivo penal não contempla, sendo certo que o mesmo descreve a possibilidade de matar o "próprio filho", neste caso, a mãe responderia pelo delito de homicídio, porém, como a mesma reconhecidamente agiu sob o instituto do "erro sobre a pessoa", presente no art. 20, §3º do *Codex Repressivo*, o qual nos apresenta a seguinte redação:

Art. 20. [...]

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.⁴

devemos neste caso considerar como se a mãe tivesse matado seu próprio filho, o que então permite a imputação do crime de infanticídio ao invés de homicídio.

⁴ CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jan 2018.

Neste sentido, seria diferente o tratamento penal se a mãe propositalmente ou em dolo eventual, ou seja, tratando com indiferença o fato da identificação de seu filho, acabasse por matar filho alheio, caso em que responderia por homicídio.

Porém, o que demanda o presente estudo, é que pela existência da reprodução assistida, se faz necessário em alguns casos do famoso útero sub-rogado, ou barriga de aluguel, caso em que o fruto da gestação, não é filho da genitora.

Tal fato se mostra relevante pois o processo de gravidez no útero sub-rogado é o mesmo, o que causa na mulher, ainda que temporárias, debilitações físicas e psicológicas, podendo a mesma, no parto, ou logo após ser influenciada pelo estado puerperal a causar a morte do filho que nascer de si, mas que não é seu, havendo a desconformidade acima apresentada com o delito de infanticídio, pois não se trata do "próprio filho".

Diante de tal situação, deveria então esta mulher não responder pelo crime, pois fato atípico? Deveria responder por homicídio? Pode ser entendido que se mostra fato atípico, uma vez que o fato não se enquadra no tipo penal específico de infanticídio pela morte ocorrida não ser do próprio filho, uma vez que se trata de barriga de aluguel, mas a morte efetivamente ocorreu, e essa morte é de alguém, previsão do art. 121, *caput*, do Código Penal, o que então gera a responsabilidade aparentemente por homicídio e afasta completamente a atipicidade.

Porém, devemos lembrar que a gravidez do útero sub-rogado é idêntica àquela natural, os processos fisiológicos do corpo e psicológicos são os mesmos, então, tratar como homicídio o infanticídio do fruto de sua gestação, que não seu próprio filho, acaba por gerar uma disparidade muito grande com relação à punição, uma vez que a pena do homicídio simples, corresponde de seis a vinte anos de reclusão, enquanto do infanticídio, aufere-se dois a seis anos de detenção, além de poder representar analogia *in malam partem*, ou em prejuízo do réu, o que sabidamente é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico nacional.

Deste modo, o caminho jurídico para sanar tal situação e afastar a impunidade do fato ser considerado atípico se mostra na analogia *in bonam parte*, aquela que beneficia o agente, considerando os fatos como se infanticídio fosse, ainda que a vítima não seja seu filho, resguardando apenas a característica de ser fruto de sua gestação. Ora, é certo que sendo filho da genitora ou não, é o fruto desta gestação o responsável por causar na gestante o estado puerperal, sua influência e todas as transformações fisiológicas e psicológicas, deste modo, não há razões para se negar tal analogia em benefício, uma vez que se mostra impossível a configuração do fato atípico.

7. NOTAS CONCLUSIVAS

Com o exposto, acreditamos que estamos diante de uma deficiência legislativa, uma vez que não se pensou na existência do útero sub-rogado quando da criação do tipo penal de infanticídio.

Muito embora no tempo da elaboração do Código Penal provavelmente não se imaginava os processos de reprodução assistida, a possibilidade da barriga de aluguel já existia, principalmente nas famílias mais abastadas, nos casos em que pela esposa ser infértil, há uma convenção do casal de o filho ser gerado pelo marido com outra mulher, e o filho entregue ao casal quando do nascimento.

Vale lembrar que, como dito, a possibilidade do útero sub-rogado existe há tempos, mas antes era pouco praticada quando comparada com o advento das técnicas de reprodução artificial.

Alguns doutrinadores, como dito, afirmam o infanticídio ser o mesmo que o homicídio privilegiado, e que assim deveria ser considerado, porém, não se pode concordar com esta afirmação, uma vez que tendo como *caput* o informativo "matar alguém", se ampliaria demais a proteção jurídica atual, qual seja, o reconhecimento da influência do estado puerperal da mulher na morte de quem a provocou, ou seja, o fruto de sua gestação, que antes, acreditava-se somente ser filho seu.

Com determinado entendimento, a mulher, sob influência do estado puerperal poderia, por exemplo, matar qualquer pessoa, ainda que não responsável pelo seu puerpério, e a mesma teria a benesse do privilégio, ou atenuação da pena, o que representaria uma verdadeira insegurança na sociedade.

Assim, considera-se correta a escolha de tipificar um crime autônomo para o infanticídio, reconhecendo a influência do estado puerperal na mulher para com quem a deu causa, apenas mostrando-se deficiente a qualidade de a vítima ser o "próprio filho", quando deveria genericamente ser o "fruto de sua gestação", abarcando assim, tanto o próprio filho, como quem a mulher por ventura vir a gerar pelo útero sub-rogado, suprimindo a necessidade da atual analogia para solução do caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENALIA, Anderson W. M. *A Tutela Penal do Direito à Vida de Embriões Excedentários*. Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia. Universidade Paulista. Campinas-SP, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Juliana F. de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Especial*. v. II, 11. ed., Niteroi: Impetus, 2014.

MOREIRA, Reinaldo D. *Exame da OAB: Todas as Disciplinas*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

Mulher oferece ventre para bebê de filho gay com marido francês dele. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/09/mulher-oferece-ventre-para-bebe-de-filho-gay-com-marido-frances-dele.html>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

NUCCI, Guilherme S. *Código Penal Comentado*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RESOLUÇÃO 2121/2015 DO CFM. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoesCFM20152121_2015.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017.

Encaminhado em 30/05/18

Aprovado em 26/06/18