



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de DIREITO

LORENA MARTINS ROCHA

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Brasília
2014

LORENA MARTINS ROCHA

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão em curso de graduação de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Lásaro Moreira da Silva

Brasília
2014

LORENA MARTINS ROCHA

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão em curso de graduação de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Lásaro Moreira da Silva

BRASÍLIA-DF, ___ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Lásaro Moreira da Silva

Prof. Álvaro Castelo Branco

Prof. Renato Zerbini Ribeiro Leão

A Deus, que sempre realiza os meus sonhos. Aos meus pais, por todo amor, dedicação e incentivo. À minha irmã, pela amizade incomparável. Ao meu namorado, pelo companheirismo e apoio.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar a questão do concurso de pessoas no crime de infanticídio. Estudando o instituto do concurso de pessoas, teremos a resposta que causa toda a celeuma relacionada ao tema, que é a comunicabilidade do privilégio contido no crime aos coautores e partícipes. A partir disso, a proposta do presente trabalho é encontrar soluções que corrijam a injustiça daí advinda, tendo em vista a intenção do legislador ao definir como elementar do crime de infanticídio o “estado puerperal”. É indispensável a regularização do crime em nosso ordenamento, vez que ao abrandar a pena do terceiro se está menosprezando o bem jurídico maior: a vida. Examinando a doutrina, legislações de outros países e projetos de lei propostos, esperamos chegar a uma conclusão que aponte o caminho certo a se seguir.

Palavras-chave: Infanticídio. Concurso de Pessoas. Estado puerperal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INFANTICÍDIO: TIPIIFICAÇÃO LEGAL	8
1.1 Evolução histórica no Brasil	8
1.2 Questões médico-legais	12
1.3 Elementos do crime de infanticídio	16
1.3.1 <i>Estado puerperal e a recusa da honoris causa</i>	16
1.3.2 <i>Elemento temporal</i>	27
1.4 Classificação doutrinária	31
2 CONCURSO DE PESSOAS NO BRASIL	33
2.1 Teorias distintivas do conceito de autor e partícipe	34
2.2 Requisitos do concurso de pessoas	38
2.3 Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares	41
2.4 Espécies de Participação	43
2.5 Teorias sobre o concurso de pessoas	45
3 CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO	48
3.1 Comunicabilidade da elementar “estado puerperal” ao terceiro	48
3.2 Direito comparado	55
3.3 Projetos de lei	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho é estudar o crime de Infanticídio, previsto no artigo 123 do Código Penal. Primeiramente, analisaremos a evolução histórica dessa figura no Brasil, para que possamos entender os motivos que nos levaram ao crime tal como hoje está tipificado, de forma que seja facilitado o presente estudo.

Estudaremos, ainda, como se dá o concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, observando o que diz a legislação e a doutrina nacional.

De maneira especial, analisaremos a possibilidade da comunicação da elementar “influência do estado puerperal”, prevista no tipo, aos coautores e partícipes, apontando entendimentos contrários e a favor.

O método de abordagem adotado será o dialético, por ser o mais adequado para estudarmos o tema em todos os seus aspectos e especificidades e chegarmos à uma conclusão que solucione o problema apontado.

Quanto a metodologia procedimental a ser utilizada, essa se dará por meio de um levantamento bibliográfico que nos permita entender os institutos aplicáveis ao crime de infanticídio, nos possibilitando encontrar outras formas de interpretação da lei, o que faremos por meio da leitura interpretativa. Por meio de uma leitura reflexiva, faremos um estudo histórico de como o crime de infanticídio foi tratado no passado e como é atualmente. Compararemos também o Código Penal brasileiro com o ordenamento jurídico de outros países, como Portugal e Argentina. Por tudo, de uma maneira geral, faremos o uso do método histórico, comparativo e observacional, para chegarmos a uma conclusão acerca do concurso de pessoas no crime de infanticídio.

No capítulo 1, será feita uma análise história do crime no Brasil, a partir dos livros “Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido”, de Vicente de Paula Rodrigues e “Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de

agentes”, de Gláucio Vasconcelos Ribeiro. O intuito será mostrar ao leitor como surgiu e como chegamos a norma atualmente prevista. Apresentaremos a figura do artigo 123 do Código Penal vigente, ressaltando suas elementares, e, ao final, classificando-o segundo a doutrina majoritária.

No capítulo dois será visto, de maneira pormenorizada, o instituto do “concurso de pessoas”, narrando as teorias aplicáveis, os requisitos, as espécies, etc.

Por fim, no capítulo três, discorreremos a respeito do concurso de pessoas no crime de infanticídio, analisando a proposta do presente trabalho. Ademais, nesse capítulo, apresentaremos como o crime é tipificado em outros países, como Argentina e Portugal, bem como projetos de lei propostos no país.

1 INFANTICÍDIO: TIPIFICAÇÃO LEGAL

Antes de estudarmos a atual tipificação do crime de infanticídio, é importante analisarmos toda a evolução do delito no Brasil.

1.1 Evolução histórica no Brasil

Em um primeiro momento, o crime de infanticídio no Brasil foi observado a partir do chamado “Direito Penal Indígena” onde “o próprio costume aceitava sua prática com total indiferença ou como conduta irrelevante”¹. Tratava-se, portanto, de figura “atípica”, se é que assim pode ser chamada, uma vez que o direito indígena era baseado em ordenações não escritas, onde predominavam o direito costumeiro.²

Posteriormente, na época em que o Brasil era colônia de Portugal, tinha vigência as Ordenações do Reino, que impunham, de maneira geral, penas cruéis. Maggio acrescenta, que:

O direito penal que vigorou no Brasil, desde o seu descobrimento até a independência, tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino que, em nenhum momento, fazia qualquer referência específica ao infanticídio, figura esta compreendida na descrição genérica do homicídio (assassinato), cabendo ao Juiz considerar como agravante a tenra idade da vítima.³

Após a proclamação da independência em 1822, veio o Código Criminal do Império de 1830. Foi o primeiro diploma legal que previu o crime de infanticídio de forma autônoma, e assim dispunha:

¹ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 45.

² *Ibid.*, p. 45.

³ *Ibid.*, p. 46.

Infanticídio

Artigo 197. Matar algum recém-nascido.

Penas – de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente à metade do tempo.

Artigo 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra.

Penas – de prisão com trabalho por um a três anos.⁴

Observa-se que os referidos dispositivos, além de não cuidarem da figura do “nascente”, previram um benefício para aqueles que matassem um recém-nascido sem agir impelido por um motivo de honra (artigo 197), uma vez que a pena do homicídio comum era mais gravosa. Portanto, caso alguém matasse um adulto responderia por homicídio (podendo a pena ser de morte, perpétua, ou de vinte anos de prisão). Matando, porém, um recém-nascido, qualquer que fossem as razões, ser-lhe-ia imputado a pena do artigo 197 do Código Criminal.⁵

Nota-se assim, que o supracitado ordenamento dividindo em duas a figura do infanticídio e, impondo à ambas pena incrivelmente abrandada em relação ao do homicídio, causou grandes injustiças, pois uma dessas espécies poderia ser praticada por qualquer pessoa, motivada por razões alheias à honra. Galdino Siqueira assim se manifesta a esse respeito:

A tese é insustentável, eis que beneficia os matadores de recém-nascidos, de modo tão flagrantemente injusto, que suficiente era ter em vista a disparidade de situação do homicida que praticasse o fato por meio de veneno, de paga ou recompensa, passível de pena de morte, e do que matasse um recém-nascido através dos mesmos meios de execução, sujeito à sanção máxima de doze anos de privação de liberdade.⁶

⁴ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 25.

⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶ SIQUEIRA, Galdino, 1924 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 25-26.

Atentamos ainda, ao fato de que o infanticídio quando realizado pela gestante teria uma pena ainda menor, o que seguia a tendência iluminista da época.⁷

O Código Penal de 1890 surgiu em uma época de grandes mudanças no país: havia sido abolida a escravidão (1888) e a República proclamada (1889). Nesse ordenamento foram proibidas penas de morte, e, lacunas do código passado foram preenchidas.⁸ Quanto ao infanticídio, houve inovação no sentido de conceituar o sujeito passivo do crime, além de uma agravção na pena em comparação com o ordenamento anterior:⁹

Artigo 298. Matar recém nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena – de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria:

Pena – de prisão celular por três a nove anos.¹⁰

Seria então sujeito passivo do crime de infanticídio apenas o recém-nascido com até 7 (sete) dias de idade. Sujeitos ativos seriam a mãe, por motivo de honra e qualquer pessoa que matasse um neonato, qualquer que fossem as razões. Portanto, apesar de ter aumentado a pena do crime, o legislador incorreu no mesmo erro do anterior, uma vez que ainda que o agente matasse recém-nascido fora dos motivos de honra, não seria apenado como incurso no homicídio qualificado (que previa pena de 12 a 30 anos)¹¹. Néelson Hungria criticou o dispositivo. Em suas palavras:

O legislador de 1890 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou estrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio, para incorrer, em seguida, no chocante

⁷ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 25.

⁸ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 26.

¹⁰ Ibid., p. 26.

¹¹ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

absurdo de cominar contra o primeiro, ainda quando não perpetrado 'honoris causa', somente a pena aplicável ao homicídio simples, isto é, seis a vinte e quatro anos de prisão celular. Era, positivamente, o critério de dois pesos e duas medidas.¹²

Até sobrevir o atual Código Penal, vários projetos foram apresentados. O primeiro, de autoria de Galdino Siqueira, eliminou a figura típica do infanticídio, inserindo-o no crime de homicídio, com uma pena menor:

Art. 68, § 3º – Se o crime (homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança no momento do seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra:

Pena – detenção por dois a oito anos.¹³

Em seguida, houve o projeto de Sá Pereira (inspirado no Código Suíço de 1916), em que se propôs que quando a mãe infanticida agisse influenciada pelo estado puerperal responderia pelo crime de infanticídio, com pena de 3 (três) anos a 5 (cinco) meses de prisão (artigo 168). Haveria uma troca do critério psicológico (motivo de honra) até então utilizado, pelo critério fisiopsicológico.¹⁴ De outro lado, mantinha o critério psicológico quando fossem o pai e/ou irmão agindo com o fim de ocultar a vergonha da gestante, criando uma figura autônoma mas relacionando-o com a pena do homicídio, porém pela metade. Nos seguintes termos:

Artigo 168. Aquela que, durante o parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até três anos, ou com detenção por cinco meses, no mínimo.

Artigo 169. Aquele que, para esconder a desonra da filha ou da irmã, cuja gravidez corresse ocultamente, lhe matar o filho recém-nascido, antes de conhecido o parto, se descontará por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção.¹⁵

¹² HUNGRIA, Nélon, 1958 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 27.

¹³ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 50.

¹⁴ *Ibid.*, p. 50.

¹⁵ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 28.

Por fim, o Código Penal de 1940 surgiu do projeto de Alcântara Machado, onde houve um regresso ao critério psicológico, abarcando outras pessoas:

Art. 312. Matar infante, durante o parto ou logo após deste, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher:

Pena – detenção ou reclusão por dois a seis anos.¹⁶

A Comissão Revisora do Código Penal de 1940, entretanto, alterou “o critério original do projeto, optando pelo critério fisiopsicológico, determinando-se a adoção do estado puerperal como motivo determinante para a diminuição da responsabilidade penal”.¹⁷

Nota-se, portanto, que no decorrer da história, o crime de infanticídio recebeu tratamentos diferentes, sendo ora irrelevante para o ordenamento, ora impondo punição severa à mãe e, ao final, abrandando a pena do crime em defesa da puérpera e parturiente.

1.2 Questões médico-legais

O crime de infanticídio está previsto atualmente no artigo 123 do Código Penal, que prevê:

Art. 123. Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Pena – detenção, de dois a seis anos.

Acerca do supracitado dispositivo, objeto do presente trabalho, se faz necessário uma análise minuciosa. Vejamos.

¹⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 51.

¹⁷ *Ibid.*, p. 51.

O bem jurídico que se visa proteger com a tipificação do crime de infanticídio é a vida do nascente e do recém-nascido. Entende-se por “nascente”, aquele que “está nascendo”¹⁸, ou seja, abrange o momento em que se inicia a expulsão até a anterior respiração autônoma do feto. Gláucio Ribeiro diz que o nascente se encontra na “transição entre a vida endo-uterina e a extra-uterina”¹⁹.

Recém-nascido ou neonato é aquele que nasceu com vida, respirou. Para a medicina legal “é a criança até a queda do cordão umbilical”²⁰. Se o bebê nasce morto, restará configurado o crime impossível²¹. A esse respeito, Mirabete assim se coloca:

Para que ocorra homicídio não é necessário que se trate de vida viável. Existirá homicídio ainda que se comprove não ter havido possibilidade de sobrevivência do neonato, bastando a prova de que nasceu ele vivo. A prova do nascimento com vida é fornecida com a comprovação da respiração pela docimasia (hidrostática de Galeno, hidrostática de Icard, óptica de Icard, química radiográfica de Bordas, gastrointestinal de Breslau, auricular de Vreden, Wendt e Gelé etc.).²²

Insta destacar que embora a doutrina clássica considerasse que o início da vida autônoma se caracterizava somente com a respiração pela própria criança, atualmente entende-se que a respiração pulmonar é apenas uma forma de se comprovar que houve vida, podendo ser constatada também por meio de “batimentos cardíacos e de circulação sanguínea.”²³

Mirabete esclarece ainda que “a destruição do feto antes do início do parto não configura homicídio ou infanticídio, e sim aborto”.²⁴ Assim sendo, o momento do parto é o marco: caso ocorra antes será aborto, se depois poderá ser

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 151.

¹⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 29.

²⁰ KRYMCHANTOWSKI, Abouch., CALHAU, Lélío Braga., ANCILLOTTI, Roger., et al. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 186.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini., FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2., p. 27.

²² *Ibid.*, p. 27.

²³ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

²⁴ MIRABETE, op. cit., p. 27.

infanticídio ou homicídio. Só haverá aborto se a prática se der entre o momento da nidação e antes do parto.²⁵

Por tudo, se o parto já começou e houve a concorrência da elementar “estado puerperal” ao crime doloso praticado, não há que se falar em aborto ou homicídio, enquadrando-se no tipo do artigo 123 do Código Penal.

Por isso, é necessário apontar quando é considerado o início do parto. A obstetrícia entende que começa a partir das verdadeiras contrações (aquelas ritmadas e dolorosas). Já para a medicina legal, o parto tem início com a ruptura da bolsa amniótica e é concluída quando a placenta é expelida, momento em que se inicia o puerpério²⁶.

Dessa forma, a mulher que está parindo é denominada parturiente. Enquanto aquela que de forma recente terminou o parto, chama-se puérpera.²⁷ O puerpério não pode ser confundido com o estado puerperal, vez que aquele é condição natural de toda mulher que pariu ou abortou, sendo que se inicia “com a eliminação da placenta e termina com os ciclos menstruais”. Já o estado puerperal é “situação mental de alteração e transtorno mental que sucede o parto, e é abordado no estudo do infanticídio (art. 123, CP)”²⁸.

A perícia médico-legal desempenha importante papel na caracterização desse crime. Segundo William Douglas são quatro as questões que devem ser analisadas quando da ocorrência do possível delito, a saber: “1) prova de condição de nascendo ou recém-nascido; 2) prova de vida extra-uterina; 3) diagnóstico da causa da morte; 4) exame da puérpera.”²⁹

A prova da condição de nascendo ou recém-nascido se dá por meio de exames na área respiratória e circulatória da vítima. Observa-se o “estado do cordão umbilical, presença de ar no estômago e intestino”³⁰, entre outros.

²⁵ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 102.

²⁶ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

²⁷ Ibid.

²⁸ DOUGLAS, Willian., KRYMCHANTOWSKI, Abouch V., DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001. v.1. p. 178.

²⁹ Ibid., p. 175.

³⁰ Ibid., p. 176.

Já a prova de vida extrauterina (autônoma) é realizada por meio de docimias, que tem por objetivo verificar “sinais de vida manifestados, sobretudo, nas funções respiratórias e digestivas”³¹. *In verbis*:

São elas: docimasia pulmonar hidrostática ou docimasia hidrostática de Galeno (prova galênica), docimias ótica ou visual de **BOUCHUT** (exame direto do pulmão), docimasia histológica. As docimias acima são feitas no aparelho respiratório. No aparelho digestivo, faz-se a docimasia gastrintestinal ou de **BRESLAU**. As docimias, principalmente, a galênica e de **BRESLAU**, não dão certeza absoluta. A jurisprudência entende que, além da docimasia galênica, deve-se fazer a pulmonar e gastrintestinal.³²

O diagnóstico da morte, ainda segundo o autor, deve verificar se a causa resultou de uma conduta criminosa ou não, a partir de exames feitos na mãe e na vítima.³³

Flamínio Fávero diz ser a morte criminosa resultante de causas diretas ou indiretas. As causas diretas seriam àquelas condutas comissivas, que podem ser realizadas por: 1) energias mecânicas: ferimento produzido por instrumentos como veículo, sapatos, raquete de tênis, faca, ou, ainda, lançamento da vítima no chão, parede, etc.; 2) energias físicas, como a queimadura e radiação; 3) energias de ordem físico-químicas, onde podem ocorrer a sufocação, esganadura ou estrangulamento. É como comumente é praticado o infanticídio. E, de outro lado, as causas indiretas seriam as condutas omissivas, sendo exemplos: deixar de fazer a ligadura do cordão umbilical, deixar a criança exposta ao frio ou calor, não alimentá-la, etc.³⁴

E, por fim, o exame da puérpera, que é condição essencial para a verificação do crime. Deve ser analisado se e *quando* houve a gravidez e o parto. Tratando-se de parto antigo estará descartado o crime de infanticídio. Além disso, o

³¹ DOUGLAS, Willian., KRYMCHANTOWSKI, Abouch V., DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001. v.1. p.176.

³² Ibid., p. 176.

³³ Ibid., p. 176.

³⁴ FÁVERO, Flamínio, 1991 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

perito examinará as condições psicológicas da mãe, e se tal estado influenciou na conduta praticada.³⁵

1.3 Elementos do crime de infanticídio

O infanticídio incrimina a conduta de matar, “sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. Portanto é necessário definirmos dois elementos: 1) o “estado puerperal” e 2) o elemento temporal relacionado ao tipo penal, “durante o parto ou logo após”.

1.3.1 Estado puerperal e a recusa da honoris causa

Como dito, o bem jurídico tutelado é a vida humana, especificamente do nascente e recém-nascido, sendo necessário para a imputação do crime a influência do estado puerperal quando da prática do ato. Ou seja, de acordo com o Código Penal, o elemento determinante do delito é de caráter biopsíquico (estado puerperal)³⁶.

Nem sempre foi assim. Conforme visto, no decorrer da história jurídica brasileira existiram alternâncias no critério adotado para fundamentar o referido crime, ora entendendo-se que a elementar era de cunho psicológico, ora fisiopsicológico.

Em legislações nacionais anteriores, o critério psicológico surgiu influenciado por argumentos naturalistas, que objetivavam abolir a pena de morte e outras penas cruéis aplicadas às mulheres infanticidas. Nomes como Beccaria e

³⁵ DOUGLAS, Willian., KRYMCHANTOWSKI, Abouch V., DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001. v.1. p. 176.

³⁶ GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica: Faculdade de Direito de Anápolis*, v. 6. n. 9, p. 30, jan./ jun. 2004.

Feuerbach aduziam que o referido delito não era praticado por motivos malignos e sim na tentativa de salvaguardar a honra.³⁷ *In verbis*:

Os filósofos do direito natural, visando diretamente a influenciar os legisladores no sentido de privilegiar o delito, possuíam fortes e relevantes argumentos, tais como: a pobreza, o conceito de honra, o trauma psíquico que muitas vezes levava à loucura, bem como a prole portadora de doenças ou deformidades.³⁸

Honra é a reunião de qualidades que determinam não só como a própria pessoa se enxerga, como também a forma com que sociedade a vê³⁹:

A honra pode ser analisada sob dois aspectos. O primeiro como sendo o sentimento que o grupo social tem a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém. E a honra objetiva, ou seja, é o que os outros pensam a respeito do sujeito; O segundo refere-se ao sentimento que cada um tem a respeito de seus próprios atributos. É a honra subjetiva, ou seja, o juízo que se faz de si mesmo, o seu amor próprio, sua auto-estima.⁴⁰

Como se vê, a definição de honra é um conceito aberto, que pode dizer respeito a diversas áreas da vida de uma pessoa, sendo possível avaliar a “honra social, familiar, profissional, patriótica, esportiva, sexual etc.”⁴¹

Para os que defendiam a corrente psicológica, o crime de infanticídio seria privilegiado por ser cometido pautado na *honoris causa*, especificamente na defesa da honra sexual das mulheres, que grande reprovação sofria da sociedade ao engravidar fora do matrimônio:

³⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 60.

³⁸ *Ibid.*, p. 43.

³⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 60-61.

⁴¹ *Ibid.*, p. 61.

O primeiro, chamado psicológico, fundamenta-se no princípio de defesa da honra (*honoris causa*). Aqui se leva em conta o conflito dramático da agente que concebe em situação irregular, preferindo matar o próprio filho a suportar a reprovação social.⁴²

Damásio de Jesus aduz:

A base do privilégio *honoris causa* é de natureza psicológica e restritiva. Dentro dos motivos que podem concorrer para a prática do fato criminoso, o único que tem força de transformá-lo em *delictum exceptum* é o de ocultar a desonra. A honra de que se cuida é a de natureza sexual, a boa fama e a reputação de que goza a agente pela sua conduta de decência e bons costumes. Se desonesta ou de desonra conhecida, não lhe cabe a alegação da preservação da honra. Por outro lado, se se trata de outro motivo que não defesa da honra, como, por exemplo, o de extrema miséria, o excesso de prole, receio de um filho doentio, o fato constituirá homicídio.⁴³

Vê-se que Damásio afastava qualquer outro motivo como apto a privilegiar o crime de infanticídio, devendo apenas ser tolerado se relacionado com a defesa da honra sexual da mulher.

Alguns entendem que embora o Código Penal não tenha escolhido o critério psicológico, o motivo de honra deve ser levado em conta como circunstância capaz de privilegiar o crime de homicídio, vez que é dever dos juízes, na aplicação da lei penal, avaliar qualquer fenômeno psicológico que concorra para a prática de um crime.⁴⁴

Outros, de maneira diversa, entendem que a *honoris causa* é um elemento não escrito que deve ser, na prática, inserido no crime de infanticídio⁴⁵.

Olavo de Oliveira aduz:

⁴² ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça*: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba. Ituiutaba, v.7. n.13, p. 17, jan./jun. 2004.

⁴³ JESUS, Damásio Evangelista de, 1970 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 49.

⁴⁴ ROCHA FILHO, op. cit., p. 18.

⁴⁵ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 52.

O Tribunal do Júri aceita reiteradamente o motivo de honra como meio de aplicação da especial atenuação da pena prevista no artigo 123 do Código Penal, bastando, o mais das vezes, que a defesa vincule a honoris causa ao estado puerperal, apesar de tecnicamente não caracterizado este. Não se fala aqui, é claro, dos juízes togados. Estes se atêm exclusivamente à interpretação legal. Mas enquanto houver soberania do Júri, o Conselho de Sentença optará sempre, haja ou não exposto dispositivo, pela inclusão do motivo de honra entre as condições tipificadoras do infanticídio.⁴⁶

O Código de 1969, que não veio a entrar em vigor, propunha um retorno ao critério psicológico, definindo em seu artigo 122, que a mãe que matasse “o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto”⁴⁷, responderia por pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Os críticos somam argumentos contra a adoção do critério psicológico, a saber:

O motivo de honra, que historicamente confere privilégio ao homicídio, evidentemente não mais se justifica em face da revolução de costumes do nosso tempo em matéria sexual e da emancipação da mulher.⁴⁸

Além da evolução no tratamento à mulher nos tempos atuais, alguns autores chamam a atenção para o fato de que não se pode atenuar a pena de quem premedite uma prática criminosa⁴⁹, nas palavras de Wanderley Lacerda:

O conceito do motivo de honra diz muito de perto a que o agente agiu através de uma premeditação. O sentido de desonra não pode se formar apenas no instante do parto, promovendo o fato punível. Ele acompanha passo a passo, as evoluções da gravidez (...). (...) Não tendo condições aquisitivas para procurar eliminar o filho que cresce nas entranhas, pelo aborto, ou receosa e sem experiência

⁴⁶ OLIVEIRA, Olavo de., 1972 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 53.

⁴⁷ BRASIL. *Decreto-lei Nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, DF, 21 out. 1969. Seção 1, p. 583. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1981 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 54-55.

⁴⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 55.

para tanto, tem que esperar o momento da parturição para matar o próprio filho com o mais admissível vislumbre de premeditação.⁵⁰

Ademais, acresce-se a isso (evolução dos tempos atuais e premeditação), a covardia e o egoísmo do ato:

Não nos parece que a ocasião de um recém-nascido, ao termo de uma gravidez completa, possa ocultar uma desonra, que, a esta altura, já será notória. Concebemos que se possa falar em aborto, nos meses iniciais da gravidez, objetivando ocultar a desonra; mas, em infanticídio, nunca. Consequentemente, o infanticídio, longe de poder ocultar qualquer desonra, mais não faz do que acrescentar a uma, a da falta carnal, outra maior, a da destruição da própria vida e destruição covarde de uma criatura inerme.⁵¹

Resumidamente, no que concerne ao motivo de honra, embora hajam os que defendam a sua aplicação a despeito da omissão no artigo 123 do Código Penal, entende-se majoritariamente que o critério psicológico foi abandonado, uma vez que o referido dispositivo nada diz a seu respeito.

Atualmente, no Brasil, é adotado o critério fisiopsicológico pautado na elementar “estado puerperal”, que seria uma causa biológica capaz de causar na mulher uma confusão mental digna de ser privilegiada com um delito de exceção. A escolha de tal critério afasta a incidência da *honoris causa* como motivo justo a produzir a atenuação de pena.

Dessa forma, caso a mulher mate seu próprio filho com o objetivo de não prejudicar sua honra perante a sociedade, responderá por homicídio. O terceiro que a auxilie seguirá a mesma sorte, nos moldes do artigo 29 do Código Penal.

Por ter escolhido exclusivamente o critério fisiopsicológico como elemento capaz de causar o crime de infanticídio, mister é definir o que seja o

⁵⁰ PANASCO, Wanderley Lacerda, 1976, apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 55-56.

⁵¹ PATARO, Osvaldo, 1976 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 56.

“estado puerperal”. Segundo Roberson Guimarães em seu artigo “Crime de infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica”:

Estado puerperal seria uma alteração temporária em mulher previamente sã, com colapso do senso moral e diminuição da capacidade de entendimento seguida de liberação de instintos, culminando na agressão ao próprio filho.⁵²

Já Almeida Júnior assim o conceitua:

É a perturbação psíquica em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho.⁵³

Ressalta-se ser necessário o nexos causal entre o lapso moral resultante do estado puerperal e a conduta da prática delituosa⁵⁴. Para isso, mister é que se faça exame pericial na mãe, o que produz uma série de complicações, pois corriqueiramente não é possível avaliar a autora logo após o crime e os sintomas, por vezes, não tem longa duração.

A doutrina, de uma forma geral, defende que o estado puerperal não pode ser presumido, sendo, por isso, indispensável a perícia para averiguar a existência ou não do estado puerperal quando do crime.⁵⁵ Nesse ponto, a lei brasileira difere de outras, onde apenas a “eliminação da vida do nascente, durante o parto, é suficiente para a qualificação do crime como infanticídio”⁵⁶.

⁵² GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica*: Faculdade de Direito de Anápolis. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 31, jan./ jun. 2004.

⁵³ ALMEIDA, Jr., A. e Costa Jr., J. B. de Oliveira e., 1996 apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 65.

⁵⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico, 1961, apud ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça*: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba. Ituiutaba, v.7. n.13, p. 17, jan./jun. 2004.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 17.

A jurisprudência, contudo, já dispensou o referido exame pericial, nos seguintes termos:

Sendo a prova segura em indicar que a conduta da réu ocorreu logo após o parto, o que faz presumir estar ela sob o a influência do estado puerperal, já que este é o efeito costumeiro de qualquer parto, não depende o seu reconhecimento de prova pericial". (TJSP – SER Rel: Gomes de Amorim – RJTJSP 172/300)⁵⁷

Conforme assevera Willian Douglas, tais entendimentos advém mais da obediência ao “princípio do *in dubio pro reo* do que a abdicação da necessidade da prova pericial, que deve ser realizada sempre que possível”⁵⁸.

Contudo, é necessário ter em mente o que aponta a Exposição de Motivos do Código Penal, que determina a comprovação do estado puerperal para a ação delituosa:

Esta cláusula (influência do estado puerperal), como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica; é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio.⁵⁹

Conforme adverte Bitencourt, desprezar a perícia nos casos de morte do recém-nascido ou nascente pela mãe, seria manter um benefício repugnante àquela que mate seu filho sem a influência do estado puerperal. Dessa forma, a ordem jurídica estaria criando uma vantagem à mãe que deveria responder, por vezes, a um homicídio qualificado.⁶⁰

⁵⁷ DOUGLAS, Willian., KRYMCHANTOWSKI, Abouch V., DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001. v.1. p. 177.

⁵⁸ Ibid., p. 177.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 146.

⁶⁰ Ibid., p. 146.

Há ainda quem acredite que o estado puerperal se trate de “mera ficção jurídica”⁶¹. Nas palavras de França:

Nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido (...) o que acontece no infanticídio é que numa gravidez ilegítima, mantida em sobressaltos e cuidadosa reserva, pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas (...) e como maneira de solucionarem seu problema praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto, tudo com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade.⁶²

Para Alcântara, o mencionado estado, embora real, teria uma conotação mais jurídica que biológica, reconhecendo assim “explicações etiopatogênicas”⁶³, acreditando, porém, que as causas sociais influenciariam de forma mais significativa para o quadro apresentado.⁶⁴

Guimarães, em seu artigo “Crime de infanticídio e perícia médico-legal: Análise Crítica”, subscreve as pesquisas de Mendlowicz e cols., em 1999:

Mendlowicz e cols. em recente publicação avaliaram 53 casos de infanticídio no Rio de Janeiro, observando que 88,2% das mulheres eram solteiras, usualmente mantinham a gravidez em segredo (94,1%) e tiveram parto não assistido (100%), além de maior necessidade de atendimento psiquiátrico.⁶⁵

A pesquisa supramencionada foi confirmada pelos estudos de Spinelli, que ao investigar casos de infanticídio nos Estados Unidos relatou, segundo Roberson Guimarães, que as 16 (dezesseis) infanticidas entrevistadas

⁶¹ GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica: Faculdade de Direito de Anápolis*. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 31, jan./ jun. 2004.

⁶² FRANÇA, G. V. *Medicina Legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 240.

⁶³ ALCÂNTARA, H. R. *Perícia médica judicial*. Rio de Janeiro: Guanabara, p. 115.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 115-116.

⁶⁵ GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica: Faculdade de Direito de Anápolis*. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 32, jan./ jun. 2004.

“apresentavam negação da gestação e parto não assistido e em segredo”⁶⁶. Ademais, houveram outros depoimentos:

Nesse mesmo estudo, entrevistas psiquiátricas revelaram que todas as mulheres relatavam que “se visualizaram” durante o parto. Doze (75%) delas experimentaram alucinações dissociativas com comentários críticos internos e vozes argumentativas. Catorze (87,5%) experimentaram breve amnésia.⁶⁷

Roberson Guimarães aduz ser “fato biológico bem estabelecido que a parturição desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central”⁶⁸. A partir dessa perturbação funcional que, ainda segundo o autor, acontece “no eixo Hipotálamo-Hipófise-Ovariano”⁶⁹, haveria um transtorno de ordem emocional, que seria agravado com uma situação de estresse.⁷⁰

Em situações especiais, como nas gestações conduzidas em segredo, não assistidas e com parto em condições extremas, uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade e com desintegração temporária do ego poderiam ocorrer.⁷¹

Segundo o autor, o mencionado “transtorno dissociativo” é sintoma de uma doença apontada pela Associação Americana de Psiquiatria, como “Transtorno de Estresse Agudo (TEA)”⁷²:

A Associação Americana de Psiquiatria, em seu manual DSM-IV, estabelece os critérios diagnósticos para uma entidade nosológica denominada Transtorno de Estresse Agudo (TEA). A característica essencial do TEA é o desenvolvimento de uma ansiedade característica, sintomas dissociativos e outros, que ocorrem dentro

⁶⁶ GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica*: Faculdade de Direito de Anápolis. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 32, jan./ jun. 2004..

⁶⁷ Ibid., p. 32.

⁶⁸ Ibid., p. 32.

⁶⁹ Ibid., p. 32.

⁷⁰ Ibid., p. 32.

⁷¹ Ibid., p. 32.

⁷² Ibid., p. 32.

de até um mês após a exposição a um agente estressor externo. Enquanto vivencia o evento traumático ou logo após, o indivíduo tem pelo menos três dos seguintes sintomas dissociativos: um sentimento subjetivo de anestesia; distanciamento ou ausência de resposta emocional; redução da consciência sobre aquilo que o cerca; desrealização; despersonalização ou amnésia dissociativa. A perturbação dura pelo menos dois dias e não persiste além de quatro semanas após o evento traumático.⁷³

Assim, tal como ocorreu nas pesquisas referentes aos sintomas apresentados pelas infanticidas quando da prática do crime, haveria “amnésias, alucinações auditas e o transtorno de despersonalização”⁷⁴.

No transtorno de despersonalização ocorre uma alteração na percepção de si mesmo, a um grau em que o senso da própria realidade é temporariamente perdido. Os pacientes com transtorno de despersonalização podem sentir-se mecânicos, autômatos, que estão em um sonho, ou distanciados do próprio corpo.⁷⁵

Para o autor, a partir das coincidências nos sintomas que as infanticidas relatam, “poder-se-ia admitir que o chamado “estado puerperal” oriundo de nosso Código Penal, trata-se de uma modalidade do “Transtorno de Estresse Agudo” estabelecido na DSM-IV da Academia Americana de Psiquiatria”⁷⁶.

Mauro Argachoff, em sua dissertação de mestrado, cita o artigo “Psicose Pós-Parto e Infanticídio: Relato de Caso”, de Carla Fonseca Zambaldi, Amauri Cantilino e Everton Botelho, que descreve certos sintomas desse período:

Trata-se de transtorno mental mais grave que se pode ocorrer no puerpério, tem prevalência de 0,1% a 0,2% e usualmente é de início rápido, os sintomas se instalam já nos primeiros dias até duas semanas no pós-parto. Os sintomas iniciais são euforia, humor irritável, logorréia, agitação e insônia. Aparecem, então, delírios, ideias persecutórias, alucinações e comportamento desorganizado, desorientação, confusão mental, perplexidade e despersonalização.

⁷³ GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica*: Faculdade de Direito de Anápolis. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 32, jan./ jun. 2004.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 33.

As mulheres primíparas, com complicações obstétricas e com antecedentes pessoais ou familiares de transtornos psiquiátricos são mais susceptíveis a desenvolver esta doença.⁷⁷

A despeito de discussões acerca da natureza da desordem psíquica advinda do estado puerperal, temos que levar em conta que a ocorrência do referido fenômeno é praticamente pacífica. Nas palavras de Roberto Lyra:

O que ninguém nega, o que todos reconhecem e proclamaram, sem sombra de dúvida, é que, durante o parto ou logo após, há o estado puerperal. Não importa se começa antes ou vai além, o fato é que, infalivelmente, com maior ou menor intensidade, *ocorre durante o parto ou logo após*, isto é, no período mencionado pelo Código, podendo ter ou não a indispensável relação com o crime.⁷⁸

Não obstante posicionamentos diversos, o fato é que, em nosso ordenamento jurídico, o estado puerperal é o fator que acarreta a atenuação da pena imposta a mãe infanticida e seus sintomas devem ser comprovados para a imputação do crime correto. Para Bitencourt:

O indigitado *estado puerperal* pode apresentar quatro hipóteses, a saber: a) o puerpério não produz nenhuma alteração na mulher; b) acarreta-lhe perturbações psicossomáticas que são a causa da violência contra o próprio filho; c) provoca-lhe doença mental; d) produz-lhe perturbação da saúde mental diminuindo-lhe a capacidade de entendimento ou de determinação. Na primeira hipótese, haverá homicídio; na segunda, infanticídio; na terceira, a parturiente é isenta de pena em razão de sua inimputabilidade (art. 26, *caput*, do CP); na quarta, terá uma redução de pena, em razão de sua semi-imputabilidade.⁷⁹

⁷⁷ ZAMBALDI, Carla Fonseca., CANTILINO, Amauri., SOUGEY, Everton Botelho, 2010 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁷⁸ LYRA, Roberto, 1944 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 147.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 152.

Dessa forma, muito embora o judiciário tenha perpassado por encaixos quanto a imputação da prática prevista no artigo 123 do Código Penal à parturiente, em virtude da dificuldade de comprovação da influência do estado puerperal como causa do evento morte do recém-nascido ou nascente, a adoção pelo legislador do critério fisiopsicológico não deixa outra alternativa se não a de se utilizar da medicina legal para se ver reconhecido tal estado quando da prática do ato. Devendo-se utilizar dos sintomas já mencionados para concluir pela incidência do estado puerperal.

1.3.2 Elemento temporal

Outra elementar do tipo ora estudado se refere ao tempo em que o crime é praticado, qual seja “durante o parto ou logo após”. A conduta que se adequa ao infanticídio tem que ser praticada nesse interim.

Não há maiores dúvidas quanto a expressão “durante o parto”. Como já analisado, o parto tem início com a ruptura da bolsa amniótica e acaba com a expulsão da placenta⁸⁰. A morte do nascente entre esses dois momentos, causada pela mãe, sob a influência do estado puerperal, é prática punida pela conduta descrita no artigo 123 do Código Penal.

Já quanto ao termo “logo após”, existem entendimentos divergentes na doutrina. Para Heleno Fragoso, “esta expressão significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo”⁸¹. Seguindo essa mesma linha, afirma Hélio Gomes:

É claro que **logo após** pressupõe a terminação do parto, o que se verifica com a expulsão das secundinas, via de regra alguns minutos depois de nascida a criança. Quanto a exata significação temporal da expressão – **logo após** – penso que devemos nos ater ao seu

⁸⁰ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1988 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 147.

diáfano sentido gramatical. **Logo após** quer dizer **imediatamente, logo em seguida, prontamente.**⁸²

Nesse mesmo sentido, é possível encontrar jurisprudência. Tal como no julgamento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, do Recurso em Sentido Estrito número 224.577-3/7, da Comarca de Barretos, em julho de 1998, onde a defesa requereu a reforma da sentença que pronunciou a ré por homicídio tentado, requerendo-se fosse enquadrada no crime de infanticídio.⁸³ Vejamos, primeiramente, o interrogatório:

No dia dos fatos eu recebi alta de manhã e a criança somente à tarde; comecei a andar pela cidade, parei na pracinha e até amamenteei a criança; realmente entrei no terreno referido na denúncia, coloquei terra no rosto da criança, não lembro porque fiz isso; não tinha pensado em dar a criança; antes uma amiga minha sugeriu tomar remédio para tirar e eu não quis; não sei por que tirei a roupa da criança; a única coisa que me lembro é de ter colocado terra sobre ela; se eu não quisesse a criança teria tomado remédio para tirar.⁸⁴

Embora a ré narrasse alguns dos sintomas atribuídos ao estado puerperal, teve seu pleito negado com base no lapso temporal. A sentença de pronúncia por homicídio tentado foi mantida, uma vez que entenderam que os acontecimentos “não ocorreram logo após o parto, ou seja, em seguida, imediatamente após, sem intervalo”⁸⁵.

Bento Faria, diz ser 8 (oito) dias o limite temporal máximo para a configuração do delito, correspondendo ao tempo em que o cordão umbilical cai. Para Almeida Júnior seriam de 7 (sete) dias.⁸⁶

⁸² GOMES, Hélio, 1965 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁸³ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini., FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2., p. 58.

A ideia de um lapso temporal preciso (dias determinados em que pode ser verificado o infanticídio) já foi adotada pelo nosso ordenamento jurídico (Código Penal de 1890, que determinava o prazo de sete dias)⁸⁷. A esse respeito, Flamínio Fávero assim se posiciona:

A velha Lei Brasileira era feliz, em parte, marcando, na caracterização do infanticídio, um prazo, em dias, dentro do qual se podia admitir a condição de recém-nascido: 7 dias. Faltando o critério biológico para isso e, pois, médico legal, o legislador solucionou o problema referindo-o em dias. Foi infeliz, entretanto, admitindo prazo tão grande de 7 dias para o recém-nascimento.⁸⁸

Contudo, a doutrina, de maneira geral, entende que o termo “logo após” não deve ser entendido de forma restrita, devendo abarcar todo o tempo em que a mulher se encontra nesse estado anormal.⁸⁹ Tal como dispõe Magalhães Noronha:

A lei não fixou prazo, como outrora alguns códigos faziam, porém, não se lhe pode dar uma interpretação mesquinha, mas ampla, de modo que abranja o variável período do choque puerperal. É essencial que a parturiente não haja entrado ainda na fase da *bonança*, em que predomina o instinto materno.⁹⁰

Na jurisprudência, a orientação é de que “o prazo se estende durante o estado transitório de desnormalização psíquica”⁹¹.

De forma elucidativa, Ivanildo Ferreira Alves assim explica:

⁸⁷ GOMES, Hélio, 1965 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁸⁸ FÁVERO, Flamínio, 1991 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 148.

⁹⁰ NORONHA, Magalhães, [s.d] apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.2. p. 153.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini., FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal: parte especial*. Arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2., p. 58.

A expressão não pode e nem deve ser limitada cronologicamente. O termo pode comportar minutos, horas e até dias. A lei, neste caso, deve ser interpretada mais por seu espírito do que por sua literalidade. Não se pode emprestar à expressão a precisão e a rigidez do tempo medido no relógio ou no calendário. A lei levou em consideração as diferenças individuais, mutáveis de mulher para mulher, delegando ao julgador, no caso concreto, a fixação temporal.⁹²

Contudo, deve-se ter em mente que o estado puerperal e o lapso temporal são elementos diferentes, não podendo ser confundidos. Ainda que se observe que a mãe agiu impelida pelo estado puerperal, se a conduta não for praticada durante o parto ou logo após este, não será considerado infanticídio.⁹³

Fernando Galvão filia-se a posição de Rogério Greco:

Percebendo que o requisito da influência do estado puerperal é distinto do que estabelece o limite temporal para a realização da conduta, com muita felicidade, Rogério Greco esclarece que o termo final do período em que é possível caracterizar-se o infanticídio guarda certa proximidade temporal em relação ao término do parto e que tal proximidade deve ser reconhecida com o auxílio do princípio da razoabilidade. O professor ainda ressalta que a literatura médica indica que o estado puerperal pode durar de 6 a 8 semanas e, certamente, não se pode entender logo após o parto uma conduta que se verifica dois meses após o nascimento.⁹⁴

Por tudo, é necessário que as duas elementares – a normativa “estado puerperal” e a temporal – estejam presentes para que haja a perfeita adequação da conduta praticada ao tipo penal. Na falta de alguma, a agente responderá por delito diverso.⁹⁵

⁹² ALVES, Ivanildo Ferreira, 1999 apud ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

⁹³ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 147.

1.4 Classificação doutrinária

De um modo geral, o delito estudado é classificado como “próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso”⁹⁶.

Por crime próprio se entende aquele que se exige como sujeito ativo alguém com condição pré-determinada pelo tipo legal, que no caso do infanticídio, corresponde a parturiente ou puérpera sob a influência do estado puerperal.

Júlio Firmino aduz que o dispositivo em questão requer que “o sujeito ativo possua condição natural de ser parturiente, além da condição de parentesco (ser mãe do nascente ou neonato)”⁹⁷.

É crime material, pois o tempo do resultado não coincide com a prática do delito, assim, para que haja a consumação é exigido uma transformação no exterior, sendo insuficiente a simples prática do crime pelo agente. No caso do infanticídio, o crime se consumará com a morte do nascente ou recém-nascido. Não obstante realizada a ação, caso não sobrevenha o resultado esperado, estará configurada a tentativa.

É classificado como crime de dano, pois para que ocorra a consumação “é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico”⁹⁸, não bastando que o bem jurídico protegido corra perigo para que se configure o delito.

Por crime plurissubsistente entende-se aqueles que são constituídos de vários atos, não coincidindo a ação com o momento da consumação.⁹⁹

Pode ser praticado pela forma comissiva – que seria a prática da conduta proibida pela norma jurídica – e pode ser praticado de forma omissiva, sendo considerado omissiva imprópria, porque a ausência da conduta é relevante

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 162.

⁹⁷ ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba*. Ituiutaba, v.7. n.13, p. 17, jan./jun. 2004.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 282.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 283.

penal, na medida em que o sujeito que se omite é obrigado juridicamente a agir, como é o caso da mãe que tem o dever legal de proteção para com os filhos.

É crime instantâneo, pois “se esgota com a ocorrência do resultado”¹⁰⁰, ou seja, sua “consumação não se alonga no tempo”¹⁰¹.

Atualmente, é pacífico que o crime infanticídio só admite a modalidade dolosa, em razão da omissão do Código quanto a possibilidade da via culposa, exigindo portanto a vontade e consciência para a prática do fato criminoso.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 281.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 281.

2 CONCURSO DE PESSOAS NO BRASIL

A primeira importante distinção a se fazer quanto ao concurso de pessoas é no que concerne ao concurso necessário e ao concurso eventual, sendo apenas o último objeto do presente estudo. O concurso necessário se dá nos casos de crimes plurissubjetivos, em que necessariamente haverá a participação de mais de um indivíduo. Nos ateremos ao estudo dos crimes unissubjetivos, em que a participação de terceiro é opcional, ou seja, o concurso é eventual.¹⁰²

Para Bitencourt, a reunião de pessoas para a prática do crime pode “ocorrer desde a elaboração intelectual até a consumação do delito”¹⁰³. À essa reunião dá-se o nome de “*concursum delinquentium*”¹⁰⁴.

A autoria compreende aquele que, usando como instrumento um terceiro, pratica o ato de forma indireta (utiliza-se de pessoa interposta para a prática do ilícito penal), que seriam os casos de autoria mediata. Ademais, é possível imaginar mais de um agente concorrendo para a prática do crime, sem um saber do intento do outro, seria a denominada autoria colateral.¹⁰⁵

Nos dois casos acima, embora haja a participação de mais de um agente, não há que se falar em concurso, uma vez que não há voluntariedade na ação da pessoa que pratica o ato diretamente, no caso da autoria mediata e, no caso da autoria colateral, não há sequer a ciência de estarem praticando o ato de forma conjunta.

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete o concurso de pessoas é “a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”¹⁰⁶.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. v. 1. p. 480.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 1. p. 546.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 546.

¹⁰⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 485.

¹⁰⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 1985. v. 1. p. 215.

2.1 Teorias distintivas do conceito de autor e partícipe

Existem diferentes teorias que procuram conceituar o que é “autor”. A primeira a ser analisada será a teoria do Conceito restritivo do autor, que assim o define:

Autor é aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, o que pratica o verbo núcleo do tipo: mata, subtrai, falsifica, etc. Para essa teoria, ao contrário do conceito extensivo de autor, nem todo aquele que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois “causação não é igual a realização do delito”.¹⁰⁷

Para diferenciar o “autor” do “partícipe”, Jescheck diz ser necessário uma “teoria objetiva de participação”¹⁰⁸ que complete a Teoria do Conceito restritivo do autor. Os critérios objetivos se subdividem em dois: objetivo-formal e objetivo-material. Bitencourt assim define a teoria objetivo-formal:

Essa teoria atém-se à literalidade da descrição legal e define como *autor* aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como *partícipe*, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato.¹⁰⁹

Já a teoria objetivo-material buscou corrigir imperfeições da objetiva-formal, procurando solucionar os casos em que é difícil a constatação de quem é o autor e quem é o partícipe, como acontece normalmente nos crimes materiais, em que, muitas vezes, a norma aponta o resultado, não pormenorizando a conduta. Para essa teoria, o “autor” seria aquele que cometeu a conduta mais grave – o que mais contribuiu para o crime –, e o partícipe aquele que age com menor “perigosidade”.¹¹⁰

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 485.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 485.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 485.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 485.

Nucci defende a aplicabilidade da Teoria restritiva formal-objetiva, em suas palavras:

Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo-formal, ou seja, co-autor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou comando) para a concretização do crime. Consegue-se, com isso, uma clara visão entre dois agentes, distintos na realização do tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que apóia, de fora, a sua materialização –, proporcionando uma melhor análise da culpabilidade.¹¹¹

Para Bitencourt, a teoria do conceito restritivo do autor, completada com a teoria objetiva da participação, embora distinga o autor do partícipe, deixou de abarcar a imagem do “autor mediato”, além de “casos de coautoria em que não haja uma contribuição importante”¹¹².

Já a Teoria do conceito extensivo do autor não diferencia o partícipe do autor. Tal teoria defende que “é autor todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado. Para ela, instigador e cúmplice são igualmente autores, já que não distingue a importância da contribuição causal de uns e outros.”¹¹³

Nas palavras de Rogério Sanches, para a referida corrente, “autor é todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o evento”¹¹⁴. E coautores seriam “todos os que, de qualquer modo, concorrem para o crime, realizando ou não o núcleo do tipo (não reconhece a figura do partícipe)”¹¹⁵.

Entretanto, tal teoria reconhece que deve haver um tratamento diferente ao partícipe, unindo-a então a “teoria subjetiva da participação”, segundo a qual aquele que age com “vontade de autor” (*animus auctoris*) é o autor do delito,

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 353-354.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 486.

¹¹³ Ibid., p. 486.

¹¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 83.

¹¹⁵ Ibid., p. 84.

age porque “quer o fato como próprio”¹¹⁶, já o partícipe tem “vontade de partícipe” (*animus socii*), “quer o fato como alheio”.¹¹⁷

Bitencourt também critica a referida teoria, pois com tal entendimento, embora o sujeito pratique exatamente a conduta descrita no tipo, poderia ser condenado como mero partícipe, por simplesmente não querer o crime para si.¹¹⁸

E, por fim, há a “Teoria do Domínio do Fato”, segundo a qual o “autor não necessariamente realiza o verbo nuclear, mas possui o domínio do fato criminoso (uma ordem sua inicia ou faz cessar a execução do crime)”¹¹⁹. Sanches ainda descrevendo essa teoria, assim se manifesta:

Coautores são não somente os executores do comando descrito no tipo, mas também aqueles que, sem realizar diretamente o núcleo, dominam finalística ou funcionalmente o fato, podendo fazer com que o crime ocorra ou não, tendo poder de decisão da realização final do fato.¹²⁰

Bitencourt elogia a referida teoria, pois, segundo ele, é a teoria que melhor diferencia “autor e executor, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria”.¹²¹

Nem uma teoria *puramente objetiva* nem outra *puramente subjetiva* são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A *teoria do domínio do fato*, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma *teoria objetivo-subjetiva*. Embora o *domínio do fato* suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a *finalidade*, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 486.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 486.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 487.

¹¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 83.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 84.

¹²¹ BITENCOURT, op. cit., p. 487.

quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata)¹²².

Embora a teoria do domínio do fato seja a que melhor responde a diferença entre autor e partícipe, – incluindo no conceito de autor não só aquele que pratica a ação, como também aquele que a ordena – a maior parte da doutrina considera que o Código Penal brasileiro adotou a Teoria restritiva formal-objetiva.¹²³

Contudo, essa discussão é meramente doutrinária, pois não reflete maiores interferências práticas na legislação nacional. Conforme veremos mais detidamente a seguir, foi adotada em nosso país, a teoria monista, segundo a qual, qualquer um que concorra para a prática do delito por ele responde, no nível de sua culpabilidade.

A teoria do domínio do fato é importante para os países que impõem uma pena inferior para aquele que seja designado partícipe, pois, assim sendo, o mandante do crime – considerado partícipe, pela teoria restritiva formal-objetiva – poderia ter uma pena inferior ao do executor, simplesmente por não ter sido considerado autor.¹²⁴

De forma diferente, no Brasil, embora o chefe possa ser denominado partícipe, pode receber pena superior a de seu subordinado, tendo em vista o mandamento do artigo 29 do Código Penal, que diz que cada um responderá pelo crime “na medida de sua culpabilidade”:¹²⁵

É certo que o juiz pode aplicar penas iguais ao co-autor e ao partícipe, bem como infligir pena mais severa ao partícipe, desde que seja recomendável. Exemplo disso é o partícipe que atua como mentor do delito, organizando a atividade de seus executores:

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 487.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 353.

¹²⁴ *Ibid.*, p.354.

¹²⁵ *Ibid.*, p.354.

merece maior sanção penal, “na medida da sua culpabilidade”, como estipula o art. 29 do Código Penal.¹²⁶

Importante adicionar que, na legislação nacional, para que haja a imposição de punição ao partícipe é necessário que autor do delito tenha praticado, ao menos, “um fato típico e antijurídico”¹²⁷, sendo desnecessário a aferição de sua culpabilidade para que o partícipe responda pelo crime.

Portanto, ainda que o autor haja, por exemplo, impelido por uma coação moral irresistível, o partícipe poderá responder pelo crime, pois a referida excludente de culpabilidade não o atinge. Essa é a teoria da acessoriedade limitada, entendimento majoritário no país.

Por fim, predomina no Brasil, por meio da aplicação da “Teoria do favorecimento ou da causação”, a possibilidade de punição ao partícipe consistente em sua colaboração para que o autor desrespeite a norma penal, embora não a infrinja por si mesmo.¹²⁸ Isto é, embora o tipo penal muitas vezes não incrimine o favorecimento ou o induzimento, haverá a possibilidade de punição àqueles que assim ajam, tendo em vista a referida teoria, que na legislação brasileira se verifica, principalmente, a partir do artigo 29 do Código Penal.

2.2 Requisitos do concurso de pessoas

Para que se veja verificado o concurso de pessoas é necessário a observância de determinados requisitos. Nucci os enumera da seguinte forma:

a) existência de dois ou mais agentes; b) relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas e o resultado; c) vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si. [...]; d)

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.354.

¹²⁷ *Ibid.*, p.354.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 493.

reconhecimento da prática da mesma infração para todos; e) existência de fato punível.¹²⁹

Além da pluralidade de pessoas necessária para que se caracterize o concurso eventual de pessoas, é imprescindível que a conduta praticada pelos agentes tenha produzido algum efeito no resultado. Assim, deve-se avaliar a “relevância causal de cada conduta”¹³⁰:

Nem todo comportamento constitui “participação”, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Assim, no exemplo daquele que, querendo participar de um homicídio, empresta uma arma de fogo ao executor, que não a utiliza e tampouco se sente estimulado ou encorajado com tal empréstimo a executar o delito. Aquele não pode ser tido como partícipe pela simples e singela razão de que seu comportamento foi irrelevante, isto é, sem qualquer eficácia causal.¹³¹

Ademais, é preciso que haja um liame subjetivo unindo os agentes, isto é, a vontade consciente na contribuição do delito. A falta desse requisito afasta o concurso eventual de pessoas, convertendo-se as condutas em atos independentes.¹³²

O requisito de “reconhecimento da prática da mesma infração para todos” não é desconstituído com a divisão de tarefas para a consecução do crime:

Alguém planeja a realização da conduta típica, ao executá-la, enquanto um desvia a atenção da vítima, outro lhe subtrai os pertences e ainda um terceiro encarrega-se de evadir-se do local com um produto do furto. É uma exemplar divisão de trabalho constituída de atividades díspares, convergentes, contudo, a um mesmo objetivo típico: subtração de coisa alheia móvel. Respondem

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 357-358.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 483.

¹³¹ *Ibid.*, p. 483-484.

¹³² *Ibid.*, p. 484.

todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou o próprio concurso na empresa criminosa.¹³³

E, o último requisito, “existência de fato punível”, nada mais é do que a aplicação da já analisada Teoria da acessoriedade limitada, que exige fato típico e antijurídico para que se imponha punição ao partícipe.¹³⁴

Cezar Roberto Bitencourt conceitua a coautoria como “a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal”¹³⁵, ou seja, seria “a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa *consciência* constitui *liame psicológico* que une a ação de todos, dando o caráter de crime único.”¹³⁶. Ou, ainda, o terceiro pode agir como partícipe. Segundo Bitencourt:

A participação em sentido estrito, como espécie do gênero concurso de pessoas, é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida.¹³⁷

Segundo o entendimento de Carrara:

Concorre ao delito com vontade e com ação todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material.¹³⁸

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 484.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 358.

¹³⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 489.

¹³⁶ Ibid., p. 489.

¹³⁷ Ibid., p. 490.

¹³⁸ CARRARA, [s.d] apud PASQUINI, Cristiane Forin. *O infanticídio e seus aspectos divergentes*. 2002. 95 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade De Direito De Presidente Prudente, Presidente Prudente, SP, 2002. p. 52. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/93/96>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

Para a configuração do concurso de agentes é necessário, portanto, a convergência de todos os requisitos analisados, independente da forma de atuação do agente (partícipe ou coautor).

2.3 Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares

A problemática do presente estudo reside exatamente na forma com que o Código Penal Brasileiro tratou o tópico da (in)comunicabilidade das circunstâncias, condições pessoais e elementares ligadas ao autor.

O artigo 30 do Código Penal diz que, no concurso de agentes, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Para entendermos tal artigo e suas implicações é importante conceituarmos o que seriam as “circunstâncias”, “condições” e “elementares”. Para Bitencourt:

Circunstâncias são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas “circundam” o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade. As circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas. Objetivas são as que dizem respeito ao fato objetivamente considerado, à qualidade e condições da vítima, ao tempo, lugar, modo e meios de execução do crime. E subjetivas são as que se referem ao agente, às suas qualidades, estado, parentesco, motivos do crime etc.¹³⁹

Vemos que as circunstâncias dividem-se em objetivas e subjetivas. A primeira diria respeito às circunstâncias ligadas à vítima ou ao crime. E a segunda seriam aquelas referentes ao próprio acusado. As circunstâncias subjetivas são àquelas de caráter pessoal do autor do delito.

Guilherme de Souza Nucci considera como circunstâncias de caráter pessoal tudo aquilo que diz respeito ao agente, sem, contudo, integrar o que ele é. O referido autor exemplifica: “a confissão espontânea proferida por um co-autor não

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 502.

faz parte da sua pessoa, nem tampouco se transmite, como atenuante que é, aos demais concorrentes do delito”.¹⁴⁰

Já as condições de caráter pessoal “são as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoa, de parentes etc.”¹⁴¹ Essas condições integram a pessoa do acusado, seria algo “inerente à pessoa humana”¹⁴². Exemplos seriam a atenuante da menoridade de 21 anos ou a agravante da reincidência, que também não se estendem aos demais.¹⁴³

Sobre as elementares do crime, Bitencourt assim discorre:

Elementares do crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de “circundar” simplesmente o injusto típico para integrá-lo.¹⁴⁴

À luz do artigo 30 do Código Penal Brasileiro, no caso das condições e circunstâncias de caráter pessoal não haverá a comunicabilidade aos demais coautores do delito. As elementares, entretanto, por integrarem tipo especial, seriam comunicadas aos concorrentes do crime. Resumidamente, Bitencourt descreve duas regras básicas para entendermos o artigo 29 e 30 do Código Penal:

[...] a) as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam entre coautores e partícipes, por expressa determinação legal; b) as circunstâncias objetivas e as elementares do tipo (sejam elas objetivas ou subjetivas) só se comunicam se entrarem na esfera de conhecimento dos participantes.¹⁴⁵

Observa-se que as circunstâncias objetivas e as elementares só serão comunicadas aos demais se esses sabiam de seu conteúdo. Portanto, caso um terceiro ajude um neto a matar seu avô, com idade superior a de 60 (sessenta) anos, mas desconhecia essa qualidade da vítima, não poderá ter sua pena

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 363.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 502.

¹⁴² NUCCI, op. cit., p. 363.

¹⁴³ Ibid., p. 363.

¹⁴⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 503.

¹⁴⁵ Ibid., p. 503.

aumentada (como dispõe o artigo 121, parágrafo 4º, do CP), sob risco de estar-se praticando a odiosa responsabilidade objetiva.¹⁴⁶

2.4 Espécies de participação

O artigo 31 do Código Penal exemplifica como formas de participação o “ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio”. A doutrina, entretanto, divide a participação apenas em duas espécies: cumplicidade e instigação.¹⁴⁷

A instigação seria a atuação do terceiro na próprio querer do autor, ou seja, age instigando o autor a praticar o delito:

Ocorre a instigação quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. *Instigar* significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato.¹⁴⁸

Inserido no conceito de instigação, alguns autores dizem estar a “determinação”, que seria quando o terceiro faz surgir na cabeça do autor a ideia da prática delitiva. Bitencourt prefere nomeá-la de “induzimento”:

Em resumo, a instigação é uma espécie de participação moral em que o partícipe age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a ideia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, *contribuindo moralmente* para a prática do crime.¹⁴⁹

¹⁴⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 491.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 491.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 492.

A cumplicidade seria então o auxílio material, ou seja, com sua conduta (que pode ser tanto comissiva quanto omissiva), o terceiro ajuda efetivamente na prática do crime.¹⁵⁰

Insta destacar que, independentemente da colaboração do agente, sua participação só será relevante se, de fato, contribuir para desígnio criminoso. São requisitos: a “*eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem*”¹⁵¹.

Por fim, é importante diferenciarmos os graus de participação descritos nos parágrafos do artigo 29 do Código Penal. O parágrafo primeiro prevê que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. O referido dispositivo se aplica somente ao partícipe, pois “ainda que a participação do coautor tenha sido pequena, terá ele *contribuído* diretamente na execução propriamente do crime”¹⁵², o que afasta a possibilidade de diminuição de sua pena.

Mirabete entende que o juiz é livre para aplicar ou não o dispositivo, fundando-se no ânimo do partícipe na consecução do objetivo.¹⁵³ Bitencourt, por outro lado, entende que, configurada a participação de menor importância, a redução é direito subjetivo do réu, cabendo ao magistrado apenas fixar o grau de diminuição, a partir da “maior ou menor *intensidade volitiva* do partícipe”.¹⁵⁴

Já o parágrafo 2º do artigo 29, do CP, cuida da “cooperação dolosamente distinta”¹⁵⁵, segundo a qual “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”. Aqui há o “desvio subjetivo de condutas”¹⁵⁶, em que o partícipe responderá pelo delito do qual quis participar, havendo a quebra da teoria unitária adotada pelo CP, mas em obediência aos princípios legais, em que cada um se responsabiliza pelo seu próprio dolo.¹⁵⁷

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 492.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 492.

¹⁵² *Ibid.*, p. 500.

¹⁵³ MIRABETE, Julio, 1981 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 500.

¹⁵⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 501.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 501.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 501.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 501.

2.5 Teorias sobre o concurso de pessoas

Existem três teorias que buscam explicar como deve ser capitulado o crime quando várias pessoas concorrem pra sua prática: a teoria pluralística, a dualística e a monística.

Para a teoria pluralística “a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular (...). Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso”.¹⁵⁸ Portanto, não faria sentido, para essa teoria, o próprio instituto de “concurso de pessoas”, uma vez que para cada participante haveria uma conduta específica e enquadrada em um tipo particular, não podendo se falar em um liame, embora sejam condutas praticadas de forma simultânea.¹⁵⁹

Guilherme de Souza Nucci apresenta um exemplo em que o diploma penal nacional faz uso dessa teoria na formulação de crimes: o crime de aborto praticado por terceiro, com o consentimento da gestante, tipificado no artigo 126 do CP, implica na condenação também da gestante, que estará incurso em outro dispositivo (artigo 124, do CP), que prevê a criminalização da conduta da mulher que consinta com a prática do aborto em si mesma, por terceiro.¹⁶⁰

A teoria dualística entende que existem dois crimes distintos a depender da participação de cada um: os autores praticariam a conduta essencial descrita no tipo, e os partícipes, concorreriam com a prática do crime, embora de uma forma diversa daquela descrita na norma.¹⁶¹ Os coautores responderiam por um crime; os partícipes por outro.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 548.

¹⁵⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 352.

¹⁶¹ BITENCOURT, op. cit., p. 548.

Fernando Galvão acredita que a referida teoria não tem grande relevância. Para o autor, só teria sentido aplicá-la caso houvessem crimes distintos imputados para o autor e para o partícipe, com penas diferentes.¹⁶²

E, por fim, a teoria monística, para a qual não interessa a diferenciação entre autor e partícipe: ainda que a colaboração do partícipe seja exponencialmente menor na prática do delito, responderá pelo mesmo crime imputado ao autor. Ou seja, é um único crime a ser designado tanto para os coautores como para os partícipes, não há divisão.¹⁶³

Tal entendimento tem como fundamento a própria escolha dos agentes: se os sujeitos acordaram e desejaram um resultado em comum, ainda que a participação causal de cada um seja distinta, devem responder por todo o crime, de forma integral.¹⁶⁴ *In verbis*:

Na associação, ocorre a distribuição do esforço necessário para a realização do objetivo, podendo-se falar em divisão do trabalho, de modo que a intervenção de cada um insere-se no empreendimento comum.¹⁶⁵

A Exposição de Motivos do Código Penal explica a adoção de tal teoria com base na “equivalência das causas”¹⁶⁶, que leva em consideração todas as ações relevantes à concretização do resultado.¹⁶⁷

A reforma penal de 1984 continuou adotando a teoria monista como regra, entretanto previu punições diferenciadas a depender da participação dos agentes na prática do crime, distanciando-se assim, de certa forma, da teoria unitária pura. Bitencourt assim explica a posição do Código Penal Brasileiro:

¹⁶² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 481.

¹⁶⁴ GALVÃO, op. cit., p. 494.

¹⁶⁵ Ibid., p. 494.

¹⁶⁶ Ibid., p. 496.

¹⁶⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 481.

Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem da pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da sua culpabilidade perfeitamente individualizada.¹⁶⁸

Quanto à punibilidade do concurso de pessoas, Bitencourt, assim se manifesta:

A reforma penal mantém a *teoria monística*. Adota, porém, a *teoria restritiva de autor*, fazendo perfeita distinção entre *autor* e *partícipe*, que *abstratamente*, incorrem na mesma pena cominada ao crime que praticarem. Mas que, concretamente, variará segundo a *culpabilidade* de cada participante. E em relação ao *partícipe* variará ainda de acordo com a *importância causal* de sua contribuição.¹⁶⁹

Portanto, vinculando a Teoria Monística à Teoria Restritiva do autor, o terceiro que colabore, de qualquer forma, para o crime, por ele responde, na exata medida de sua culpabilidade, junto com o autor. O Código Penal brasileiro não faz distinção de crimes para os partícipes e coautores do ilícito, apenas dosa as penas de acordo com a atuação de cada um.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 481-482.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 500.

3 CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Aplicando nosso sistema jurídico (legislação e teorias adotadas), veremos como será punido o terceiro que instigue ou auxilie a mãe infanticida a praticar o crime. Vislumbrando as injustiças daí advindas, serão analisadas hipóteses para correção da norma, apontando projetos de lei apresentados, bem como o direito comparado acerca do tema.

Nucci, ao explicar o instituto do concurso de pessoas no Brasil, elucidando as questões relativas a comunicabilidade das elementares, assim se pronunciou:

Surge, então, a polêmica relativa ao infanticídio (art. 123, CP). Intenso é o debate doutrinário acerca da co-autoria e da participação no contexto desse crime, que não deixa de significar uma forma *privilegiada* do homicídio.¹⁷⁰

Tratemos, então, a esse respeito.

3.1 Comunicabilidade da elementar “estado puerperal” ao terceiro

Ao incriminarem a conduta da mãe que, influenciada pelo estado puerperal, mata o próprio filho (recém-nascido ou nascente), a incidência do artigo 121 do Código Penal é afastada, sendo aplicada a norma que melhor se enquadra no caso concreto.

Como vimos, as condições de caráter pessoal que integrarem um tipo autônomo, serão consideradas elementares.¹⁷¹ E, assim sendo, serão comunicadas aos terceiros que concorrerem para o delito, conforme prevê o artigo 30 do Código Penal.

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.354.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. v. 1. p. 503.

A condição de mãe, sob influência do estado puerperal, diz respeito a uma condição inerente a parturiente ou puérpera, que, por estar prevista em um crime independente, deverá ser comunicada, como elementar que é, ao agente que auxilie ou instigue a prática delituosa.

A maior crítica doutrinária se assenta no fato de que a mulher, ao praticar tal delito, é justificada pelo estado anormal em que se encontra. Já o coautor ou partícipe está em plenas condições de entender a situação e ao invés de impedi-la, a ajuda.

A despeito da clara disposição normativa, alguns autores – provavelmente motivados pela grande injustiça oriunda dessa previsão – pregam ser incabível a comunicabilidade aos terceiros. Júlio Firmino da Rocha, assim dispõe:

Em todos os atos praticados, trata-se, direta ou indiretamente, de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, esse matar toma a configuração do infanticídio. Para outros, deve-se manter o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, o homicídio.¹⁷²

Para o autor, caso o Código Penal brasileiro tivesse adotado o elemento de honra como capaz de ensejar o crime de infanticídio, poderia fazer sentido estender tal privilégio àqueles que, comovidos pela situação da mulher, a ajudassem na prática do crime. No entanto, a lei exclui tal elemento (inclusive para a mãe), e, portanto, deixa de existir qualquer justificativa a beneficiar terceiro colaborador.¹⁷³

Outro argumento a favor da incomunicabilidade se dá com base no posicionamento (posteriormente abandonado) de Nélon Hungria, que defendia fortemente a ideia da incomunicabilidade, por se tratar o infanticídio de crime “personalíssimo”. *In verbis*:

¹⁷² ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça*: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba. Ituiutaba, v.7. n.13, p. 21, jan./jun. 2004.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 21.

Não diz com o Infanticídio a regra do art. 25 (atual art. 29). Trata-se de um crime personalíssimo. A condição sob a influência do **estado puerperal** é incommunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26 (atual art. 30), sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime. As causas que diminuem ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico-penal, ser chamadas circunstâncias, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminosidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do Infanticídio responderá por homicídio. O *privilegium* legal é inextensível. A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no *concurso delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado sob a influência do *estado puerperal*.¹⁷⁴

Seguindo a corrente que preza pela incommunicabilidade, temos ainda Aníbal Bruno, segundo o qual:

Só se pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas na lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro que participe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamente o privilégio e que só se realiza na pessoa da mulher que tem o filho impede que se mantenha sob o mesmo título a unidade do crime para o qual concorrem os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, esse matar toma a configuração de infanticídio. Para outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio.¹⁷⁵

Helena Fragoso aderiu à corrente que encampa a ideia da incommunicabilidade, por entender que o benefício “se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ HUNGRIA, Nélon, 1958 apud ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba*. Ituiutaba, v.7, n.13, p. 19, jan./jun. 2004.

¹⁷⁵ BRUNO, Aníbal, 1966 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 123

¹⁷⁶ FRAGOSO, Helena, 1981 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 122-123.

Nélson Hungria, o grande expoente da referida tese, entretanto, admitiu seu erro nos seguintes termos:

Comentando o art. 116 do Código suíço, em que se inspirou o art. 123 do nosso, *Logoz (op. cit., p. 26)* e *Hafter (op. cit., p. 22)*, repetindo o entendimento de *Gautier*, quando da revisão do Projeto *Stoos*, acentuam que um *terceiro* não pode ser co-partícipe de um infanticídio, desde que o *privilegium* concedido em razão da ‘influência do estado puerperal’ é incomunicável. Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das *qualidades* e circunstâncias pessoais, seguindo o Código helvético (art. 26), é irrestrita (*‘Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l’effet est d’augmenter, de diminuer ou d’exclure la peine, n’auront cet effet qu’à l’égard de l’auteur, instigateur ou complice qu’elles concernent’*), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: ‘Salvo quando elementares do crime.’ Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio.¹⁷⁷

É necessário admitir que tal como está estruturado o crime de infanticídio na legislação pátria, outro não pode ser o entendimento acerca do concurso de pessoas. A incoerência é evidente: ao mesmo tempo em que buscou-se proteger o recém-nascido e o neonato mais amplamente ao recusar a causa de honra como elementar do tipo, pecou-se ao não prever delito diverso ao terceiro que concorra para o crime.

A adoção da Teoria Monística pelo Código Penal explica o motivo da impossibilidade de vedar a comunicação do privilégio aos terceiros. Explica-se: o artigo 29 do Código penal prevê um mesmo crime para todos aqueles que, “de qualquer modo”, concorram para a prática do delito. Tem-se, no referido dispositivo, consubstanciada a teoria monística, segundo a qual, quando o crime é praticado em concurso de pessoas, todos os agentes responderão pelo mesmo delito.

Ao optar pela teoria restritiva do autor, o Código amenizou a exigência do “crime único”, diferenciando as condutas do coautor e partícipe

¹⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Nélson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio*. [s.d]. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/9d31aw.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2013.

(conforme visto). Portanto, na legislação brasileira, embora o coautor e o partícipe devam responder pelo mesmo crime para o qual concorreram, haverá penas distintas, segundo a atuação de cada um.

Tal como explicitado por Hungria, o atual artigo 30 do Código Penal, ao prever que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, *salvo quando elementares do crime*”, reiterou a Teoria monista. Isto é, sempre que uma condição ou circunstância passe a ser elemento de um tipo autônomo, nas mesmas penas desse tipo incorrerá o terceiro.

De forma elucidativa, Júlio Firmino da Rocha, ao descrever o entendimento de criminalistas como: Edgard Magalhães Noronha e Júlio Fabbrini Mirabete, assim discorreu a esse respeito:

Mesmo com diferenças de ordem técnica, estipulou o Código Penal que a co-autoria e a participação são formas de concurso de pessoas, diferenciadas apenas pelo grau de participação de cada um frente ao delito, o que implicará somente na redução da pena, mantida a unidade do crime praticado.¹⁷⁸

Dessa forma, arremata Gláucio Vasconcelos Ribeiro:

Portanto, o Código adotou a teoria restritiva, segundo a qual autor e co-autor são aqueles que realizam a conduta típica. Mas, por outro lado, não se esqueça de que a co-autoria e a participação são formas de concurso de pessoas. Isto quer dizer que a lei penal prestigiou o princípio da unidade do crime, assim estampado no art. 29, caput [...]. Segue-se, daí, que autores, co-autores e partícipes respondem pelo mesmo crime, incidindo nas mesmas penas por este prevista.¹⁷⁹

Cezar Roberto Bitencourt considera inútil a discussão a respeito da comunicabilidade da elementar, por ser óbvia, uma vez que não há quem negue que

¹⁷⁸ ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça*: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba. Ituiutaba, v.7, n.13, p. 19, jan./jun. 2004.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 121.

se trate de uma “elementar típica do infanticídio”¹⁸⁰. A despeito da polêmica a respeito do que é ou não justo, não há como afastar a incidência do artigo 29 combinado com o artigo 30, ambos do CP.¹⁸¹

Fernando Capez segue a mesma linha de Bitencourt, esclarecendo que, quando o coautor ou partícipe não souber da existência da elementar “estado puerperal”, não haverá sua comunicação, em obediência ao princípio que repudia a responsabilização objetiva. Acrescenta ainda a possibilidade de imposições penais diversas a depender se o terceiro agiu como autor, coautor ou partícipe.¹⁸²

Não é que a exigência de comunicabilidade da elementar do estado puerperal vá sempre, necessariamente, fazer com que o terceiro responda por infanticídio¹⁸³, tudo depende do modo como o crime é praticado.

Bitencourt assinala algumas hipóteses: a primeira seria quando a “*mãe e terceiro praticam a conduta nuclear do tipo: matar o nascente ou recém-nascido*”¹⁸⁴. Em princípio, agindo a mãe influenciada pelo estado puerperal, responderiam ambos por infanticídio, em respeito a teoria unitária adotada pelo Código Penal.¹⁸⁵

Todavia, devemos nos atentar ao “*elemento subjetivo que orientou a conduta do terceiro*”¹⁸⁶, isto é, este deve agir com o intuito de participar do crime de infanticídio. Caso tenha praticado o delito impelido por outros interesses, deverá responder por homicídio.¹⁸⁷

A partir disso, se o terceiro, atuando conscientemente e visando outros fins, utiliza-se da perturbação da mãe, responderão ambos por homicídio, em razão da teoria monística. Devendo a puérpera ser agraciada com a redução da pena prevista no artigo 26, parágrafo único do Código Penal¹⁸⁸:

Nesse caso, sugerimos que o terceiro responda normalmente pelo crime de homicídio, que foi o crime que efetivamente praticou. Já a parturiente, em razão do seu *estado emocional profundamente*

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 152.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 152.

¹⁸² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 140-141.

¹⁸³ BITENCOURT, op. cit., p. 153.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 153.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 153.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 154.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 154.

perturbado pelos efeitos do puerpério, não pode ter sua situação agravada. Logo, não pode responder pelo homicídio a que responde o terceiro. Mas não estamos defendendo a violação da *unidade da ação*, não. Apenas sustentamos, nessa hipótese, que a *influência do estado puerperal* seja considerada como uma *especialíssima causa de diminuição de pena*. E assim, em vez de a puérpera ser prejudicada, será beneficiada com a aplicação do parágrafo único do art. 26, que autoriza a redução de um a dois terços da pena aplicada.¹⁸⁹

Bitencourt considera essa uma saída adequada, pois evita-se a injustiça de o terceiro responder pelas penas diminuídas do infanticídio e, por outro lado, aumenta-se o privilégio aplicável a infanticida, uma vez que a pena mínima poderá chegar a dois anos.¹⁹⁰

A segunda hipótese levantada pelo autor é quando “o *terceiro mata* o nascente *ou* recém-nascido, *com a participação meramente acessória da mãe.*” Para solucionar a questão, Bitencourt inicia dizendo que “o acessório segue o *principal*”¹⁹¹, dessa forma, não pode-se admitir que seja o autor do crime beneficiado por uma condição pessoal do partícipe, isto é, a mãe infanticida deverá, a princípio, seguir a sorte do autor, por se estenderem a ela as elementares do crime de homicídio.¹⁹²

Contudo, deve-se ter em mente que o Código Penal, embora adote a teoria monística – que impõe o mesmo crime a todos os participantes –, também considera a teoria restritiva do autor, que define as condutas do autor e partícipe, de forma distinta.¹⁹³

A partir disso, o partícipe deverá ser punido no limite de sua culpabilidade. Essa questão está positivada nos parágrafos do artigo 29 do CP, que “consagram aquilo que poderíamos chamar de *graus de participação: participação*

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 154.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 154.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁹² *Ibid.*, p. 155.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 155.

*de menor importância e cooperação penal dolosamente distinta*¹⁹⁴. Assim, conclui-se pela inclusão da conduta da mãe no crime de infanticídio:

Assim, embora o fato principal praticado pelo terceiro configure o crime de homicídio, certamente a *mãe puérpera* “quis participar de crime menos grave”, como prevê o § 2º do art. 29. Por isso, à luz do disposto nesse dispositivo, há *desvio subjetivo de condutas*, devendo a *partícipe* responder pelo crime menos grave do qual *quis participar*, qual seja o infanticídio.¹⁹⁵

Tais soluções, embora possam ser aplicadas, não necessariamente serão, pois contém uma considerável margem interpretativa, que pode variar de juiz a juiz. Mais inteligente, por certo, seria corrigir a inadequação da norma.

Flávio Cruz Prates e Roberta Vanessa Gil, no artigo “A coautoria no infanticídio”, pesando ser impossível afastar a incidência das normas penais referentes ao concurso de pessoas quando da prática do infanticídio, aponta duas possibilidades de correção. Para o autor, a norma faria mais justiça se enquadrasse expressamente a conduta do terceiro partícipe no crime de homicídio. Ou, acabasse com a figura autônoma do infanticídio, tornando-o uma espécie privilegiada do homicídio, o que afastaria a qualidade de “elementar” do “estado puerperal”, passando a ser mera condição de caráter pessoal, não podendo, como tal, ser comunicada a terceiros, nos termos do artigo 30 do Código Penal.¹⁹⁶

3.2 Direito Comparado

Legislações estrangeiras encaram o crime de infanticídio das mais diversas formas: há as que o consideram “homicídio qualificado, privilegiado ou

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 156.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 156.

¹⁹⁶ PRATES, Flávio Cruz.; GIL, Roberta Vanessa. A co-autoria no infanticídio. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS, Porto Alegre*, v. 32, n. 1, p. 169-170, jan./jun. 2006. p. 163 – 170.

simples”¹⁹⁷. Existem ainda as que adotam o critério puramente psicológico atrelado ao motivo de honra e as que, assim como o Brasil, optaram pelo biológico (estado puerperal).¹⁹⁸ Vejamos alguns desses diplomas legais.

O Código Penal boliviano, chileno, colombiano, cubano, equatoriano, hondurenho, peruano, uruguaio, italiano e português, a exemplo do Brasil, tem o crime de infanticídio tipificado em um tipo autônomo.¹⁹⁹

Longe de esgotar o tema, selecionamos alguns desses diplomas legais para uma breve análise:

O Código Penal Português assim dispõe acerca do crime de infanticídio: “A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos”²⁰⁰

Deve-se equiparar o termo “influência perturbadora” à expressão brasileira “estado puerperal”²⁰¹. Embora outrora também considerasse o elemento da *honoris causa* para a aplicação do tipo privilegiado, hoje foi abandonado tal posicionamento. Nas palavras de Jorge de Figueiredo:

A Revisão de 1995 modificou uma vez mais o tipo, eliminando a ocultação da desonra da mãe como fundamento do privilégio. Considerou pois – e bem – que uma tal situação, segundo as concepções prevalentes no momento na comunidade portuguesa, não mais seria suficiente para fundar, de per si, o privilegiamento típico.²⁰²

Para Gonçalves, “a atual tábua de valores éticos não acarreta, como outrora, o estigma da desonra para as mães não casadas ou cuja gravidez não foi

¹⁹⁷ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 150-151.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 40.

¹⁹⁹ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999. t.1. p. 100.

²⁰¹ ARGACHOFF, op. cit.

²⁰² DIAS, op. cit. p. 100.

desejada; ao mesmo se podendo dizer à perda da virgindade”²⁰³. Não haveria, portanto, justificativa para se manter a defesa da honra como elementar do tipo.

O Código Penal de Honduras dispõe que:

Art. 123: La madre que para ocultar su deshonra, diere muerte al hijo que no haya cumplido três dias de nacido, será castigada con reclusión de tres a seis años.²⁰⁴

Nota-se que o critério adotado foi o psicológico (defesa da honra). Outra diferença com o tipo penal brasileiro é que o hondurenho estipula o prazo de até 3 (três) dias para que o crime se configure como infanticídio, e, o Brasil, como visto, não fixou lapso temporal, dizendo apenas que será “durante o parto ou logo após”²⁰⁵.

Ademais, observa-se que ambos os diplomas – português e hondurenho –, em comparação com o que dispõem acerca do homicídio, optaram por privilegiar o crime de infanticídio, atenuando sua pena.

Na América Latina, seguindo linha diametralmente oposta, tem-se o Código Penal argentino, que extirpou a figura do infanticídio de seu ordenamento, enquadrando-o como homicídio qualificado, apenado com prisão perpétua²⁰⁶.

O dispositivo argentino anterior, hoje revogado, estendia aos pais, irmãos, maridos e filhos o privilégio, quando praticassem o crime com o intuito de proteger a honra da mulher.²⁰⁷ Adotava, aparentemente, ambos os critérios: fisiopsicológico e psicológico. Nos seguintes termos:

Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a seis años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para

²⁰³ GONÇALVES, M. Maia, 1999 apud RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes*. São Paulo: Pillares, 2004. p. 158.

²⁰⁴ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 151.

²⁰⁷ ARGACHOFF, op. cit.

ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.²⁰⁸

A doutrina entendia, contudo, que o critério psicológico era o único previsto, uma vez que a expressão “la influencia del estado puerperal” pretendia apenas fixar um lapso temporal para a ocorrência do delito.²⁰⁹

De modo, diverso, atualmente, responderá a mãe infanticida, por homicídio qualificado, nos termos do artigo 80, parágrafo 1º, do referido diploma:

ARTICULO 80. – Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.²¹⁰

Poderá a parturiente invocar a atenuação de pena prevista “no caso de existir circunstâncias extraordinárias de atenuação”²¹¹, sendo a pena, nesse caso, substituída por uma de “prisão de 8 a 25 anos, equivalente à pena do homicídio simples”²¹². Há, ainda, outra alternativa:

Existe, ainda, a possibilidade de se transformar a morte de descendente em homicídio privilegiado quando se verificar ter o agente praticado o delito em estado de violenta emoção e em circunstâncias escusáveis, cuja pena será, então, de 3 a 6 anos de reclusão ou de 1 a 3 anos de prisão – (art. 81, inciso 1, alínea a).²¹³

O Código Penal venezuelano inseriu a estudada conduta no crime de homicídio, privilegiando-o. *In verbis*:

Art. 413. Cuando el delito previsto en el artículo 407 (homicidio intencional) se haya cometido en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del término legal, con el objeto de

²⁰⁸ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004. p. 152.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 152.

²¹⁰ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

²¹¹ MAGGIO, op. cit., p. 151.

²¹² *Ibid.*, p. 151.

²¹³ *Ibid.*, p. 151.

salvar el honor del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, hermana o hijo adoptiva, la pena señalada en dicho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad.²¹⁴

Verifica-se que o homicídio doloso poderá ter sua pena diminuída de $\frac{1}{4}$ até a metade quando o recém-nascido for morto com o intuito de proteger honra própria, de sua esposa, mãe, descendente, irmã ou filha adotiva. O elemento temporal adotado pelo legislador venezuelano foi “o prazo legal para o registro civil do recém-nascido”²¹⁵.

O Código Francês optou por não mais privilegiar a mãe infanticida, impondo, ao contrário, uma agravante, que seria o homicídio doloso praticado contra menores de 15 (quinze) anos.²¹⁶

Como lembra Mauro Argachoff, o país em questão chocou-se com a confissão de Dominique Cottrez, de que teria “sufocado e enterrado seus oito filhos recém-nascidos no vilarejo de Villers-au-Tertre”²¹⁷, entre os anos de 1989 e 2007, sendo a mesma acusada de “homicídio voluntário de menores de 15 anos”²¹⁸.

3.3 Projetos de Lei

Sabemos que o infanticídio é, muitas vezes, relegado pela sociedade e mídia, que não demonstra o mesmo horror frente ao delito do que faz em relação a outros crimes. Não obstante essa apatia, tramitam no Congresso Nacional, dois projetos de lei tratando da figura do artigo 123 do Código Penal.

O primeiro foi redigido pelo Deputado José Divino, de número 1.262 de 2003, e propõe a revogação do mencionado artigo, tipificando-o como homicídio, retirando da mãe infanticida o direito a uma pena privilegiada, pois considera que o

²¹⁴ ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999. t. 1. p. 101.

²¹⁷ ARGACHOFF, op. cit.

²¹⁸ Ibid.

motivo de honra não mais subsiste nos dias e atuais e, o estado puerperal é de difícil constatação. Alega o autor do projeto que o juiz pode, no caso concreto, aplicar o que dispõe o artigo 26, parágrafo único, do CP.

Embora considerado constitucional, foi rejeitado no mérito pela Comissão de Constituição e Justiça, sob a justificativa de o que crime de infanticídio se justifica, ante os estudos que demonstram a existência do estado puerperal e capacidade reduzida da mulher quando assim age.²¹⁹

O segundo, de autoria do deputado federal Alberto Fraga (apensado ao PL 1.262/2003), foi proposto em 2004 (PL nº 3.398), e tem por objetivo enquadrar o partícipe ou coator do crime de infanticídio nas penas do homicídio simples, acrescentando um parágrafo a figura do art. 123 do CP, em que remeteria aquele que “colabora, contribui, instiga, induz ou auxilia”²²⁰ às penas do artigo 121 do CP.:

Remete-se, dessa forma, o co-autor ou partícipe para o tipo do art. 121. Essa alteração se justifica ante as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, em especial, quando da participação ou co-autoria no infanticídio, já que, como se disse, o tipo, da forma como está redigido, obriga, em virtude da elementar do tipo, que todos sejam enquadrados naquele crime. A medida proposta pelo projeto de lei é justa, pois somente a mãe deve receber o benefício da pena reduzida, uma vez que se encontra com seu estado psíquico alterado, mas aqueles que, alheios a essa condição peculiar da agente, a auxiliam a praticar o delito devem responder por homicídio.²²¹

O projeto de lei nº 3.750 de 2004, proposto pelo deputado Coronel Alves (também apensado PL 1.262/2003), tipifica como infanticídio a conduta da mulher que, influenciada sob o estado puerperal, “**auxilia, induz ou instiga alguém a matar**”²²², devendo responder também com a pena atenuada do art. 123 do CP. E

²¹⁹ BRASIL. *Projeto de lei 3.398/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ibid.

²²² BRASIL. *Projeto de lei 3.750/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2014.

prevê pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos ao terceiro que “**que induz, instiga ou auxilia a mulher a matar**”²²³.

A Comissão de Constituição e Justiça foi favorável a aprovação do projeto número 3.398, do Deputado Alberto Fraga, reconhecendo, assim, a injustiça discutida no presente trabalho, se manifestando nos seguintes termos:

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 nº 3.398, 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 nº3.398, de 2004, de autoria do Deputado Alberto Fraga, o parecer é no sentido de que o mesmo não contém vícios de inconstitucionalidade 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.²²⁴

Infelizmente, devido à demora no legislativo, o projeto encontra-se parado desde 2011 na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Tal projeto corrigiria a grande injustiça que é comunicar ao terceiro tal elementar, pois aquele que, sem sofrer qualquer distúrbio de consciência, tira a vida de um ser incapaz de se defender deve, ao invés de ser beneficiado com uma pena tão branda, sofrer punição severa.

²²³ BRASIL. *Projeto de lei 3.750/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2014.

²²⁴ BRASIL. *Projeto de lei 3.398/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

Não defendemos, por óbvio, a extinção do privilégio aplicado a infanticida, tendo em vista os fundamentos que apontam pela existência do estado puerperal. Encapamos a ideia de ser assegurado, expressamente, o seu direito a uma pena branda.

De outro lado, ainda que a referida prática não seja objeto de preocupação de grande parte da sociedade, consideramos indispensável a correção do artigo 123 do Código Penal, no sentido de adequar a pena imposta ao terceiro que contribua, de qualquer modo, com a prática do delito.

CONCLUSÃO

Vimos, no transcorrer do trabalho, que o crime de infanticídio, a depender da época, recebeu tratamentos diversos na legislação nacional: ora negligenciando a situação do recém-nascido e neonato, ora punindo excessivamente a infanticida e, por fim, abrandando sua pena com fundamento no estado puerperal.

Notamos ainda a dificuldade que há na verificação da elementar “estado puerperal” quando da prática do delito, uma vez que os sintomas não perduram por muito tempo e, normalmente, a identificação da responsável demora. Tal escolha causa embaraço à justiça, que não sabe se reconhece o mencionado estado presumidamente, beneficiando a mulher, ou se processa a mãe por homicídio, na falta de elementos que capitulem sua conduta no art. 123 do CP.

Quanto a atenção dispensada ao concurso de pessoas no referido delito, temos que o critério fisiopsicológico não se harmoniza com a ideia de se estender a terceiros o privilégio atribuído ao crime, uma vez que o coautor ou partícipe não age influenciado por nenhum tipo de disfunção biológica e a atenuação da pena não pode se assentar na proteção da honra da mulher, já que nosso ordenamento jurídico afastou a *honoris causa* como elementar do crime. Não restando, pois, nenhuma outra escusa ao terceiro.

Apesar disso, a leitura do artigo 30 do Código Penal não deixa dúvidas quanto ao dever de comunicar aos mesmos quando “as circunstâncias e as condições de caráter pessoal” sejam elementares do crime, como é o “estado puerperal” no infanticídio.

Por não ter um caráter absoluto, é certo que a Teoria Monística já comporta exceções no Código Penal, como, por exemplo, no crime de aborto, em que o legislador previu delitos diferentes de quando o crime é praticado pela gestante e quando é praticado por terceiro, penalizando de forma mais rigorosa o coautor e o partícipe que a própria mãe.

Defendemos, por isso, a quebra de tal teoria também ao crime tipificado no artigo 123 do referido diploma, uma vez que dessa forma se estaria fazendo justiça e, também, coibindo sua prática.

Há meios para que se corrija o erro ora estudado. A primeira possibilidade é que, expressamente, se preveja que o terceiro incorra nas penas do homicídio, adicionando-se um parágrafo ao tipo penal, afastando-se assim, de maneira inequívoca, a incidência do privilégio ao terceiro.

A segunda hipótese é criar tipo autônomo para o terceiro que auxilie a prática do crime de infanticídio, tipificando-o e apenando-o segundo a justiça demanda, impondo, inclusive, pena qualificada, por estar o recém-nascido ou nascente em situação de vulnerabilidade, sem chances de defesa.

Outro meio de impedir que ocorra a comunicabilidade ao terceiro é acabar com o artigo 123 do Código Penal e incluir o infanticídio no crime de homicídio, colocando-o como homicídio privilegiado. Dessa forma o “estado puerperal” deixaria de ser elementar e passaria a ser circunstância pessoal da mãe, não podendo ser comunicado ao terceiro, nos termos do artigo 29 e 30, ambos do Código Penal.

As propostas aqui analisadas são necessárias para corrigir toda a injustiça estudada, uma vez que não podemos admitir tamanha indiferença dispensada à vida do nascente e neonato. Os crimes praticados contra eles, quando não justificados pelo estado puerperal, devem ser tão reprimidos quanto qualquer outro crime contra a vida.

REFERÊNCIAS

ARGACHOFF, Mauro. *Infanticídio*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial. Dos crimes contra a pessoa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial. Dos crimes contra a pessoa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, DF, 21 out. 1969. Seção 1, p. 583. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 2391. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. *Projeto de lei 3.750/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. *Projeto de lei 3.398/2004*. Altera o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, DF, 21 out. 1969. Seção 1, p. 583. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999. t.1.

DOUGLAS, Willian., KRYMCHANTOWSKI, Abouch V., DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001. v.1.

DUMAS, Véronique. Filhos de ninguém: A guerra contra o abandono de bebês e o infanticídio vem sendo perdida há séculos. Egito, Grécia e Roma antigos exibiram essa chaga que persistiu na Idade Média e se expandiu na modernidade. Armas como filosofia, religião e política fracassaram diante do inimigo: o pior da natureza humana. *História Viva*. São Paulo, v.6. n. 70, p. 58-61, jul./2009.

FRANÇA, G. V. *Medicina Legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Roberson. Crime de Infanticídio e perícia médico-legal: uma análise crítica. *Revista Jurídica*: Faculdade de Direito de Anápolis. Anápolis, v. 6. n. 9, p. 29-36, jan./ jun. 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Nélson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio*. [s.d]. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/9d31aw.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2013.

KRYMCHANTOWSKI, Abouch., CALHAU, Lélío Braga., ANCILLOTTI, Roger., GRECO, Rogério., DOUGLAS, Willian. *Medicina legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v.1.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. São Paulo: Atlas, 1985. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini., FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal: parte especial. Arts. 121 a 234-B do CP*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

PASQUINI, Cristiane Forin. *O infanticídio e seus aspectos divergentes*. 2002. 95 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade De Direito De Presidente Prudente, Presidente Prudente, SP, 2002. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/93/96>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

PRATES, Flávio Cruz.; GIL, Roberta Vanessa. A co-autoria no infanticídio. *Direito e Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 163-170, jan./jun. 2006.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do Trabalho Científico*: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo, RS: Feevale, 2013.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. *Infanticídio*: crime típico, figura autônoma, concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004.

ROCHA FILHO, Júlio Firmino da. O infanticídio e a impossibilidade do concurso de pessoas. *Cidadania e Justiça*: Revista do Curso de Direito de Ituiutaba. Ituiutaba, v.7, n.13, p. 15-28, jan./jun. 2004.

ZAMBALDI, Carla Fonseca., CANTILINO, Amauri., SOUGEY, Everton Botelho. Psicose pós-parto e infanticídio: relato de caso. *Revista das Ciências do Comportamento*, Universidade de Pernambuco – UPE, Centro das Ciências da Saúde da UFPE, v. 73, abr./jun. 2010