

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Bruna Carolina Zanardi Diniz

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Bruna Carolina Zanardi Diniz

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a Paula Pontalti Marcondes Moreira

Presidente Prudente/SP

2004

CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção de
Grau de Bacharel em Direito.

Paula Pontalti Marcondes Moreira
Orientadora

Gilmara Pesquero F. Mohr Funes
Examinadora

Vitor Maurice Portari
Examinador

Presidente Prudente, 02 de Dezembro de 2004.

**Aos meus pais, Manoel e Rosangela,
pelo amor dedicado e a quem devo
minha vida. Sem vocês não seria
capaz.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus e a Santo Expedito, por sempre estarem ao meu lado, e por terem dado-me a possibilidade de chegar até aqui.

Aos meus irmãos Ana Carolina e Manoel Júnior pela amizade, carinho e compreensão.

A minha avó Lourdes e a tia Ana que preocupam-se comigo e ansiosamente esperam pela minha formatura.

A minha madrinha Sandra, por ser um exemplo de profissional, na qual espelho-me, mesmo estando distante.

Ao meu namorado Gatti, pela paciência, pelo carinho que tem me dedicado, por sempre me dar forças nas horas de cansaço e desânimo e por ter acreditado que eu seria capaz de chegar até aqui.

A todos os professores e funcionários desta Instituição, o meu muito obrigada.

Aos ilustres membros da comissão examinadora, Gilmara e Vitor, por terem aceitado o convite.

A minha querida orientadora Paula, pois, mais do que professora, foi uma verdadeira amiga, orientando-me no desenvolvimento deste trabalho, além da paciência ofertada e do tempo despendido, para que esta monografia fosse concluída.

Por fim, as minhas amigas: Mariana, Elaine, Laís, Elisiane, Marcela e Daniela que ao longo desses cinco anos, muito ensinaram-me.

A todos minha eterna gratidão.

RESUMO

O presente trabalho visou demonstrar uma crítica ao crime de infanticídio previsto no artigo 123 do Código Penal, principalmente em relação ao concurso de pessoas, tratando assim de sua análise na legislação atual, na legislação comparada, suas tendências, apenamento e jurisprudências.

Não obstante, a pesquisa demonstrou que realmente existe o chamado “estado puerperal”, mas este deve ser provado através de perícia, dificultando assim a sua detecção.

Com isso buscou-se discutir as injustiças que cercam o disposto no artigo 30 do Código Penal, uma vez, que terceiro que não se encontra sob a influência do estado puerperal responde por infanticídio, mesmo sendo o estado puerperal uma circunstância personalíssima que só assiste a parturiente.

Assim, pode-se concluir que somente a eliminação do infanticídio como forma autônoma, transformando-o em homicídio privilegiado, ou mesmo inserindo um parágrafo em seu artigo, dispondo sobre o concurso de pessoas, acabariam com essas injustiças.

No entanto, o Anteprojeto do Código Penal está longe de pacificar a questão, uma vez, que trouxe novamente para o texto legal a inclusão da *honoris causa*. Não obstante, o Projeto de Lei 3.752/04, institui pena de oito a quinze anos para quem estimular ou ajudar mulher em estado puerperal a assassinar recém-nascido, que tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania apensada ao PL-1.262/03, que tipifica como homicídio a conduta da mãe que mata o próprio filho sob a influência do estado puerperal.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio; concurso de pessoas; estado puerperal; *honoris causa*.

ABSTRACT

The present works looked to demonstrate a criticism to the infanticide crime present at the Penal Code at the article 123, primary in the relation with the people's contest, treating its analyses in the present legislation compared, its tendency, punishment and jurisprudence.

Not hindering, the search demonstrated that really be the called "puerperal state", but it have to be proved by expertness, turning difficult its perception.

It was looked to discuss injustices that are around the article 30 of the Penal Code, once, a third person is not found by the puerperal state, influention is acused for infanticide, either been the puerperal state a personality circunstance that belongs just to the parturient.

By the way, it can be concluded that just with the infanticide's finish like a autonomy form, transforming it in a privileged homicide, or imering a paragraph in its article, saying about the people's contest, will finish with this injustices.

However, at the Penal Code Project is far away to pacific the question, once its brought again to the lawful text the *honoris causa* include. The law project 3.752/04 says that have to be a punishment between eight and fifteen years to who helps a woman in puerperal state to murder a just borned, that is in the Comission of Constitution and Justice and Citizenship attached to PL - 1.262/03, that says the homicide is the mother condute that kills her own son by the puerperal state influence.

Key words: infanticide, people's contest, puerperal state, honoris causa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

CAPÍTULO I

Evolução Histórica

1 Introdução.....	11
2 Período Romano.....	11
3 Idade Média.....	12
4 Período Moderno.....	12
5 Período Moderno – No Brasil.....	12

CAPÍTULO II

Estrutura Jurídica do Infanticídio no Código Penal

1 Conceito.....	16
2 Sujeitos do delito.....	17
2.1 Sujeito ativo.....	17
2.2 Sujeito passivo.....	17
3 Objetividade jurídica.....	21
4 Elementares do crime.....	21
4.1 Motivo de honra.....	21
4.2 Estado puerperal.....	23
5 Elemento subjetivo.....	23
6 Meios de execução.....	25
7 Qualificação doutrinária.....	25
8 Consumação e tentativa.....	26
9 Pena e Ação Penal.....	27
10 Distinção entre Infanticídio, Aborto e Homicídio.....	27
11 Caso Concreto	28

CAPÍTULO III

Estado Puerperal

1 Influência do estado puerperal.....	30
2 Análise das correntes Psicológica e Fisiopsicológica.....	33
3 Distinção entre Estado Puerperal e Depressão Pós-parto.....	35

CAPÍTULO IV

Concurso de Pessoas

1 Definição.....	39
2 Concurso necessário e eventual.....	39

3 Autoria.....	40
4 Relação com a Teoria da Causalidade.....	41
5 Formas do concurso de pessoas.....	42
5.1 Co-autoria.....	42
5.2 Participação.....	42
6 Natureza jurídica.....	44
7 Requisitos.....	45
8 Punibilidade.....	47
9 Comunicabilidade e incomunicabilidade de condições, elementares e circunstâncias.....	48

CAPÍTULO V

Concurso de Pessoas no Infanticídio

1 Análise na legislação atual.....	52
2 Análise na legislação comparada.....	55
3 Apenamento.....	60
4 Tendências quanto ao infanticídio.....	61
5 Jurisprudências.....	63

CONCLUSÃO.....	64
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
----------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado em cinco capítulos. O primeiro, abordou sua evolução histórica, assim, ao longo da História o infanticídio sofreu diversas valorações. Passou de conduta típica de largo uso, uma vez que o pai de família tinha o poder de vida ou morte sobre seus filhos. Em seguida, com o Cristianismo surgiu um poder de reação em favor da vítima, não havia diferenças entre o

homicídio e o infanticídio, uma vez praticados, as penas aplicadas eram gravíssimas. No entanto, a partir do século XVIII, com o advento do Iluminismo e da doutrina do direito natural, houve uma reação em favor da mulher infanticida, passando o infanticídio a ser considerado um *delictum exceptum*, recebendo punições menos graves que as penas cominadas para os demais crimes dolosos contra a vida.

O segundo, tratou da sua estrutura jurídica dentro do Código Penal, ou seja, seu conceito, os sujeitos do delito, a objetividade jurídica, as elementares do crime, o elemento subjetivo, os meios de execução, a qualificação doutrinária, a consumação e tentativa, sua pena e a distinção entre este, o aborto e o homicídio.

O terceiro, dispõe sobre o estado puerperal, que nada mais é do que a elementar do delito, porém, nem sempre o estado puerperal foi desta forma considerado, pois antes era a *honoris causa*, assim o que prevalecia era o direito a moral e não o direito a vida, no entanto, discussão se faz, se realmente existe o chamado estado puerperal ou se é mera ficção jurídica.

O quarto, abordou o concurso de pessoas de forma geral, trazendo a sua definição, a sua relação com a Teoria da Causalidade, as formas de concurso, seus requisitos, a sua natureza jurídica, as formas de participação, a punibilidade e a comunicabilidade e incomunicabilidade de condições, elementares e circunstâncias.

Por fim, o quinto capítulo tratou do concurso de pessoas no Infanticídio, tema discutido em face do disposto no artigo 30 do Código Penal e por ser o infanticídio um crime próprio, assim só a mãe (parturiente) pode encontrar-se sob a influência do estado puerperal, tratando-se de circunstância personalíssima, no entanto, em conformidade com o artigo 30, o terceiro também recebe este privilégio.

Desta forma, a presente pesquisa visa demonstrar que mesmo sendo o artigo 30 do Código Penal, uma Lei material, não é correto que um terceiro, que não se encontrava influenciado sob o estado puerperal mereça ser acobertado pelo privilégio do infanticídio.

Assim, a autora buscou oferecer uma solução para o tema, no qual enquanto não houver a eliminação do infanticídio como figura autônoma, transformando-o em homicídio privilegiado, em virtude da patologia da mãe, ou mesmo inserindo um parágrafo em seu artigo dispondo sobre o concurso de pessoas, tanto o partícipe como o co-autor continuarão sendo punidos com a pena mais branda do infanticídio.

Quanto a metodologia, utilizou-se o método dedutivo e a técnica de documentação indireta, tendo sido empregada a pesquisa bibliográfica de livros, Códigos, internet, atingindo-se os objetivos propostos no trabalho.

Capítulo I

Evolução Histórica

1 Introdução

Ao longo da história, o Infanticídio sofreu extremas oscilações valorativas, poucos foram os delitos que se diversificaram tanto.

Foi encarado, algumas vezes, rigorosamente, sob a justificativa de se tratar da morte de um ser indefeso e desse modo, cruéis eram os castigos que se aplicavam aos que praticassem esse crime. Outras vezes, o abrandamento das penas chegou ao absurdo de se estender até aos parentes da vítima.

Assim, três períodos distintos podem ser observados: um período permissivo; um período de equiparação do infanticídio ao homicídio e um período de benignidade penal em favor da mulher infanticida.

2 Período Romano

Este período se dividiu em duas épocas, antes e depois do Cristianismo.

Quando se vigorava a Lei das XII Tábuas (Séc. V antes de Cristo), a morte do filho causada pela mãe era equiparada ao parricídio¹, pois o pai de família tinha o direito de vida ou morte sobre os seus filhos.

Com o surgimento do Cristianismo, e a legislação de Justiniano, o poder que o pai de família tinha em relação aos seus filhos desapareceu, e assim, o infanticídio foi incluído como um dos crimes mais severamente punidos, pois a ninguém é dado o direito de tirar a vida de seu semelhante, principalmente tratando-se de um ser indefeso.

3 Idade Média

Nesta época não havia diferenças entre o homicídio e o infanticídio, uma vez praticados, as penas aplicadas eram gravíssimas. Segundo Nélson Hungria (1955, p. 234) a Carolina (Ordenação Penal de Carlos V) assim dispunha:

As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade d'água. Onde, porém, tais crimes se dão freqüentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que,

¹ “1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los”.

antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes.

Desse modo, o delito passou a ser constituído como uma modalidade criminosa inaceitável e merecedora de penas severas, inclusive a pena de morte.

4 Período Moderno

A partir do século XVIII, com o advento do Iluminismo e da doutrina do direito natural, o infanticídio passou a ser considerado mais brandamente. Surgiu uma verdadeira reação jurídica em favor da mulher infanticida, sobretudo quando praticado por motivo de honra.

Com isso, os ordenamentos jurídicos passaram a considerar o delito como uma modalidade de homicídio privilegiado, desde que fosse praticado pela mãe ou por parentes.

Tal critério legislativo, surgiu graças à Beccaria e Feuerbach, com o Código Austríaco de 1803 e, posteriormente na Baviera, em 1813. Porém, em algumas legislações não ocorreram mudanças, a exemplo da Lei Inglesa que manteve a pena capital.

5 Período moderno - No Brasil

Quando se deu o descobrimento do Brasil, os indígenas que aqui viviam já possuíam noções de direito, não um direito escrito como ocorria entre os povos mais cultos, mas um direito que se encontrava na sua consciência e que se fundava em costumes e tradições.

No entanto, o infanticídio constituía um indiferente penal, pois, o próprio costume aceitava que se praticasse. Era o que ocorria, por exemplo, se a criança nascesse como fruto de adultério, ou se nascesse um ser monstruoso.

Segundo Pierangeli (2001, p. 259) durante as Ordenações do Reino, no período compreendido Brasil - Colônia, não há registro específico de tal delito, porém, no Título - Do Homicídio Qualificado, pode se encontrar o seguinte:

§ 31 - A mãe que, esquecendo-se de o ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e

baixa, mas com o fim de encobrir o seu delito, e de salvar a sua fama e reputação, será sempre presa e reclusa na casa de correção.

Proclamada a Independência em 1822, elaborou-se por força de dispositivo constitucional, o Código Criminal do Império (PIERANGELI, 2001, p. 259), sancionado em 16 de setembro de 1830. Diferentemente do seu antecessor, esse passou a considerar o infanticídio como figura delituosa excepcional, previstos no art. 197 e 198 do referido diploma. Previa o art. 197: “matar alguém recém-nascido: pena - prisão por três a doze anos, e multa correspondente à metade do tempo.”

Como pode-se observar, o legislador se contradiz, ou seja, qualquer pessoa podia ser sujeito ativo do delito e mais, por ser recém-nascido a pena era inferior ao do homicídio, cuja pena prevista era no máximo, a de morte, no médio a de galés perpétuas e, no mínimo vinte anos de prisão com trabalho, o que beneficiava totalmente o agente.

Já o art. 198 dispunha que: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar sua desonra: pena - prisão com trabalho por um a três anos”.

Com a Proclamação da República revogou-se o Código Criminal do Império, pois foi editado às pressas o Código Penal Republicano (PIERANGELI, 2001, p. 307) em 1890. Este novo diploma legal tratou do infanticídio em seu art. 298:

Art. 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 - prisão celular por seis a vinte e quatro anos. Parágrafo único: Se o crime for praticado pela mãe, para ocultar desonra própria: pena - prisão celular por três a nove anos.

Por ter sido editado às pressas, o legislador não observou que havia previsto para o *caput* do artigo, a pena cominada ao homicídio simples. Além do mais, inseriu o tempo em que poderia se dar tal conduta, considerando assim, a morte da criança ocorrida nos sete primeiros dias de vida.

Embora o Código contivesse várias falhas, estas só foram sanadas com o surgimento de leis especiais, por tal razão, houve a necessidade de reuni-las em uma consolidação. Deste modo, em 14 de dezembro de 1932 surgiu a

Consolidação das Leis Penais (PIERANGELI, 2001, p. 76), porém em nada inovou o tratamento jurídico dado ao infanticídio até então.

Diante disto, não satisfeitos com a Consolidação, mais três novos projetos de Código Penal foram elaborados até chegar-se ao atual.

O primeiro deles foi o Projeto Galdino Siqueira (MAGGIO, 2001, p. 41), que tratou do infanticídio como sendo uma modalidade do homicídio, só que de forma atenuada: “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”. Deixando portanto, de ser figura autônoma.

Observa-se, portanto, que todas as legislações que trataram do infanticídio até então, utilizou-se do critério psicológico (relacionado com o motivo de honra) para justificar tal conduta. O primeiro a pensar diferente foi Sá Pereira.

Assim, em seu projeto (MAGGIO, 2001, p. 42) que foi baseado no Código Suíço de 1916, Sá Pereira utilizou-se do chamado “estado puerperal” para configurar o delito que vinha descrito no art. 168: “aquele que, durante o parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punido com prisão de até três anos, ou com detenção por seis meses, no mínimo.”

Se o delito fosse cometido por pai ou irmãos da parturiente com o propósito de esconder desonra desta, o delito praticado seria o do art. 169, no qual previa metade da pena do homicídio, podendo ainda o juiz convertê-la em detenção, se previsto no art. 61, do mesmo. Também previu a possibilidade da forma culposa para o crime (art. 192).

O último projeto foi o de Alcântara Machado (PIERANGELI, 2001, p. 77) que dispunha em seu 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 meses”.

Não satisfeito ainda, o então, Ministro da Justiça, Francisco Campos, submeteu o projeto a uma Comissão Revisora.

Depois de revisado, nasceu o atual Código Penal de 1940, que passou a utilizar o critério fisiopsicológico (relacionado à influência do estado puerperal) para configurar-se o crime, deixando de lado, portanto, o conceito de honra e gravidez ilegítima, que era utilizado até então para caracterizar o delito.

Capítulo II

Estrutura Jurídica do Infanticídio no Código Penal

1 Conceito

De acordo com Damásio E. Jesus (1999, p. 106) existem três critérios de conceituação legislativa do infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto.

De acordo com o critério psicológico, o infanticídio é descrito tendo em vista o motivo de honra. Ocorre quando o fato é cometido pela mãe a fim de ocultar desonra própria. (CP, 1969).

Nos termos do critério fisiopsicológico, não é levada em consideração a "*honoris causa*", isto é, o motivo de preservação da honra, mas sim a influência do estado puerperal. (CP, vigente).

De acordo com o conceito misto, também chamado composto, leva-se em consideração, a um tempo, a influência do estado puerperal e o motivo de honra. (Anteprojeto de CP de Nelson Hungria - 1963)

O infanticídio está definido no artigo 123 do Código Penal vigente, nos seguintes termos: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de 02 a 06 anos."

Desse modo, caracteriza-se o delito com a morte do nascente² ou do neonato³, provocada pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal.

Assim, quatro elementos são fundamentais para se caracterizar o delito, ou seja, que o *feto seja nascente ou infante recém-nascido, que tenha havido vida extra-uterina, que a morte seja intencional e que fique comprovado a perturbação psíquica (influência do estado puerperal)*.

Não obstante, em conformidade com a Exposição dos Motivos do Código Penal: "o infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal". Nesse diapasão: "se não há indícios do estado puerperal, dada a ausência de qualquer perturbação psicológica na acusada, responde ela por homicídio e não por infanticídio, ao eliminar o filho recém-nascido por asfixia". (RT 488/327)

Portanto, é sempre necessária a comprovação de que o puerpério acarretou uma perturbação psíquica (diminuição da capacidade de entendimento ou de autodeterminação) na parturiente, pois caso contrário, não haveria que se falar em infanticídio, mas sim homicídio.

² O feto nascente apresenta todas as características do infante nascido, menos a faculdade de ter respirado. (França, 1998, p. 242).

³ É aquele que acabou de nascer, respirou, mas não recebeu nenhum cuidado especial. (França, 1998, p. 242).

2 Sujeitos do delito

2.1 Sujeito ativo

O nosso Direito exige para a configuração do crime, a influência do estado puerperal, ou seja, o desequilíbrio fisiopsíquico advindo do parto. Por ser um crime próprio, somente a parturiente pode ser sujeito ativo do crime de infanticídio.

Não obstante, necessário se faz a concordância do elemento cronológico com a influência do estado puerperal.

De acordo com Magalhães Noronha (2003, p. 45): “o infanticídio é o crime da genitora, da puérpera, e a respeito da situação do sujeito ativo, variam as leis: umas adotam o sistema psicológico e outras o fisiopsicológico.”

Desse modo, três foram os critérios adotados pelas legislações: no Brasil (art. 123); Bolívia (art. 258); Colômbia (art. 328); México (art. 256); Peru (art. 110) e Portugal (art. 136); somente a mãe pode ser sujeito ativo do delito, o mesmo não ocorre na Argentina (art. 81, § 2º); Chile (art. 394) e Uruguai (art. 313), pois o benefício é estendido às pessoas que possuam íntima ligação com a vítima, e devem ser descritas pelo legislador no tipo penal. Já a República Dominicana (art. 300) e a Itália (art. 578) ampliaram o rol dos sujeitos, prevendo em suas codificações a possibilidade de qualquer pessoa realizar a conduta delitiva.

2.2 Sujeito passivo

É vítima do delito não apenas o ser nascente, aquele que está nascendo, mas também o que já nasceu, o recém-nascido.

Nascer é desligar-se completamente do ventre materno, é ser lançado ao exterior, pouco importando se tinha sido, ou não, seccionado o cordão umbilical.

Nascente é o que está nascendo, que já começou, mas ainda não acabou de nascer, é aquele cuja parte do corpo (cabeça, uma perna, um braço) já atravessou o canal pélvico e despontou na genitália materna.

Para a caracterização do infanticídio basta que o feto nasça vivo, não sendo necessário sobreviver. Não importa que, pelas suas condições orgânicas, o ser nascente ou recém-nascido se mostre inviável. A lei protege a vida, mesmo sendo precária, e com duração previsível.

Existirá o infanticídio ainda que o nascente ou neonato seja anormal, disforme ou excepcional. A lei e a moral social tutelam-os igualmente.

Se o feto for morto antes de iniciado o trabalho do parto, a ação contra o fruto da concepção será aborto, porém, com o início daquele, o crime é de infanticídio.

Desse modo, é necessário fixar o início e o fim do parto. Segundo Damásio E. de Jesus (1999, p. 107):

O parto se inicia com a dilatação, em que se apresentam as circunstâncias caracterizadoras das dores e da dilatação do colo do útero. Após, vem a fase da expulsão, em que o nascente é impelido para a parte externa do útero. Por último, há a expulsão da placenta. Com a expulsão desta, o parto está terminado.

A lei condiciona a prática do fato durante ou logo após o parto. A expressão durante o parto não oferece dúvida, pois esta abrange o período que vai do começo do parto até o momento em que o feto se desprende do organismo materno. Contudo, o mesmo não se dá quanto a expressão logo após, pois não há uniformidade em relação à sua significação.

Uns, estabeleceram períodos fixos de tempo, calculados em horas, dias, semanas ou meses; enquanto outros utilizaram apenas a expressão logo após o parto. Mas, depois de ter sido explanada por inúmeros juristas, passou a designar todo o período de tempo em que a mulher se encontre sob a influência do estado puerperal, ficando comprovado o período dessa conturbação psíquica, subordinada à perícia médico-legal.

Para Damásio E. de Jesus (1999, p. 109),

A melhor solução é deixar a conceituação da elementar “logo após” para a análise do caso concreto, entendendo-se que há delito de infanticídio enquanto perdurar a influência do estado puerperal. Assim, enquanto permanecer a influência desse estado, vindo a mãe a matar o próprio filho, estamos diante da expressão “logo após” o parto.

Durante longo tempo, a maioria das legislações foram influenciadas pela lição de Casper, grande médico-legista alemão do século passado, citado por Maggio (2001, p. 74/75), onde, segundo o qual: “viver é respirar, não respirar é não ter vivido”. Porém, com as descobertas médicas o conceito deixou de ter esse rigorismo.

No entanto, duas são as formas de vida própria. A primeira chama-se vida apnéica extra-uterina (vida sem respiração) que de acordo com Gomes (2003, p. 503), significa:

Cessadas a respiração placentária e a circulação fetal, o aumento do gás carbônico no sangue excita o centro respiratório bulbar, fazendo com que se instalem os primeiros movimentos da caixa torácica, levando ao início da função respiratória, a qual, após um período de dispnéia inicial, se regulariza e se mantém daí por diante. Com a respiração, começa a vida jurídica do novo ser.

No mesmo sentido, complementa Nelson Hungria (1958, p. 259):

É perfeitamente possível a eventualidade de uma vida apnéica extra-uterina (vida sem respiração), e seria um contra-senso dizer-se que, em tal situação, o pequenino ser não está vivo, somente porque ainda não respirou. [...] Assim, não responderia por infanticídio, por exemplo, a mãe que expulsasse o feto dentro de uma bacia com água ou que o matasse antes que os orifícios respiratórios fossem desobstruídos de mucosidade ou restos de membrana amniótica.

A prova pericial determina se o feto veio à luz com vida, mesmo que não tenha respirado, assim, é comum nestes casos encontrar lesões (chamadas de tumor de parto) situadas nas regiões em que o feto começa a se expor e têm as mesmas características das feridas produzidas *in vitam*.

A segunda forma de vida denomina-se extra-uterina, ou seja, caracteriza-se no momento em que inicia o movimento respiratório do nascente ou do recém-nascido.

A prova da vida extra-uterina faz-se pelas docimásias, que em grego significa exame, prova, experiência. A comprovação da existência de vida extra-uterina é de fundamental importância, pois, se não houve vida não poderá haver infanticídio, ocorrendo então crime impossível, por inexistir o elemento passivo do delito. As docimásias podem ser respiratórias ou não respiratórias.

As docimásias respiratórias são perícias realizadas diretamente no pulmão do nascente ou recém-nascido, as mais conhecidas são: docimásia diafragmática de Ploquet, docimásia óptica ou visual de Bouchut, docimásia óptica de Icard, docimásia radiológica de bordas, docimásia histológica de Balthazard, docimásia epimicroscópica pneumo-arquitetônica de Hilário Veiga de Carvalho, porém, a mais prática e a mais usada nas perícias é a docimásia hidrostática pulmonar de Galeno.

As docimásias não respiratórias utilizam-se de outros órgãos, que não o pulmão, para constatar o fenômeno da respiração. Assim, compreende as docimásias gastrintestinal de Breslau, a auricular de Vreden, Wendt e Galé, a bacteriana de Malvoz, a alimentar de Brothy entre outras.

Quanto as docimásias não respiratórias, Nelson Hungria (1958, p. 263) cita:

A alimentar (pesquisa microscópica, macroscópica, ou química de traços de alimentos ou outras substâncias absorvidas pelo neonato), a *siálica* (pesquisa de saliva no estômago do feto), a *renal* (averiguação de infartos úricos nos rins do feto), a *bacteriológica* (constatação do *bacterium coli* no tubo gastroentérico), a *vascular* (pesquisa de mudanças anatômicas no coração e sistema artério-venoso do neonato), a do *nervo óptico* (fundada na mielização das fibras nervosas do nervo óptico), a *bulbar* (exame histotélico do desenvolvimento e caracteres dos centros respiratórios bulbares), a *umbilical* (exame das alterações que sofre o coto do cordão umbilical até o momento da queda).

Assim, estas docimásias são as mais citadas pela doutrina a fim de diagnosticar a vida extra-uterina por serem mais práticas na execução e na interpretação dos resultados.

3 Objetividade jurídica

De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, o objeto jurídico tutelado é o direito à vida, bem jurídico supremo de fundamental valor ao homem, dispondo o artigo 123 do Código Penal que a conduta deve ser cometida pela mãe durante o parto ou logo após.

Desse modo, dispõe Maggio (2001, p. 45):

O Estado deve impor de forma absoluta o respeito à vida humana, por mais precária ou efêmera que ela seja, desde a concepção até o momento da sua extinção, devendo, ainda, estabelecer mecanismos para a proteção constante, não podendo dela dispor, inclusive, através da pena de morte.

Não obstante, protege-se tanto a vida do nascente (transição entre a vida endo-uterina e extra-uterina) quanto a do neonato (o que acabou de nascer). Portanto, antes de iniciado o parto, a ação contra o fruto da concepção será aborto, com o seu início, o fato será homicídio ou infanticídio, pouco importando vida autônoma, sendo suficiente à biológica⁴.

4 Elementares do crime

4.1 Motivo de honra

Surgiu da expressão latina *honoris causa*, onde o agente mata em defesa da honra.

Antes de ser promulgado o Código Penal de 1940, o critério adotado pelas legislações era o psicológico, uma vez que o caráter do delito era excepcional, em virtude de configurar-se na espécie *honoris causa*.

Assim, o conceito de honra está relacionado com a gravidez ilegítima, fora do matrimônio, onde pretende-se defender a moral sexual. Desse modo, o benefício não pode ser estendido a qualquer outra razão. Se a mãe mata seu filho ao nascer, por maldade, egoísmo, ou sem nenhuma outra razão que justifique o seu ato, deve responder por homicídio.

No entanto, França (1998, p. 241-242) dispõe que:

Se o infanticídio é provocado por graves pressões sociais e morais, precedido de uma gravidez indesejada e comprometedora cujo filho será

⁴ Existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea.

a vergonha da família, dos parentes e objeto da censura permanente dos olhares mais ferinos da coletividade, dê-se à mulher a circunstância judicial já estatuída em nosso diploma legal cuja atenuação se caracteriza por “motivo de relevante valor social e moral”.

Nelson Hungria citando Miguel Longo (1958, p. 243) relata:

A princípio, consegue esconder a prova do pecado, e leva uma existência de sobressaltos e forçadas reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publicidade, e a infeliz começa a perder até a coragem de simular um sorriso. Seu ânimo é possuído de agitações convulsivas, desorientações, desequilíbrio de sentimentos e de idéias. As próprias carícias prodigalizadas por seus desvelados pais são causas de remorso, são novos abalos ao periclitante domínio da razão, às dolorosas arritmias do coração e entrementes, de longe, apavorante como um espectro, vem se aproximando, minaz, de dia em dia, de hora em hora, o momento fatal em que a desgraçada já não pode esconder a própria vergonha à família, aos parentes, ao público; e torna-se deprimida, aviltado sob o incubo medonho que não a abandona, de dia ou de noite, até mesmo nos poucos minutos de repouso que lhe são concedidos pela fadiga, pela exaustão, pela absorvente angústia. É um abismo de trevas... de tempestades, de imperscrutáveis mistérios que secava naquela alma; a piedade, até a piedade lhe é negada, porque pedi-la é vergonha, merecê-la é desonra, esperá-la é a maior humilhação da dignidade e do decoro pessoal! E chega o dia fatal, e a hora se aproxima: à agitação sucede o desvairo, o destino do naufrago à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação; enfim a surpresa do parto tira à infeliz o último raio de luz mental, o derradeiro baluarte de defesa, a esperança de um remédio imprevisto: ela, num momento reativo de conservação instintiva, é impelida, automaticamente, a suprimir a prova da vergonha, do erro infamante, da desonra [...] e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedirá contas a essa mulher, como autora de um crime, mas a lei moral dirá aos seus juízes: acima e além dos códigos há a lei da necessidade, *infelicitas facti*, o império inelutável das fatais contingências da vida.

Desse modo, a honra sexual não deve prevalecer sobre o interesse social, o direito à vida e a honra da mulher, principalmente em virtude da emancipação feminina e em relação aos costumes sexuais de nosso tempo.

Por tal motivo, o atual Código Penal eliminou o motivo de honra, porém, por ser um delito contra à vida, é julgado pelo Tribunal do Júri e mesmo não estando previsto em lei, o tribunal que é composto por cidadãos leigos, podem assim o considerá-lo.

4.2 Estado puerperal

Para que o crime de infanticídio seja considerado um *delictum exceptum* nosso Código Penal admitiu a influência do estado puerperal, como um dos elementos caracterizadores.

Nesse sentido proclama a própria Exposição de Motivos:

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 porque distinguir entre infanticídio e homicídio.

Uma vez adotado o critério fisiopsicológico, fundamental é a perturbação psíquica que o estado puerperal pode provocar na parturiente, além de ser indispensável a relação de causalidade entre o já dito, estado puerperal, e a ação delituosa praticada.

Por fim, é necessário destacar, que a influência do estado puerperal como elementar do crime, deve ocorrer juntamente com outro elemento, este de natureza temporal, qual seja, *durante ou logo após o parto*. Ocorrendo qualquer um separadamente, não se caracterizará tal delito.

5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do crime é o dolo (vontade livre e consciente de praticar um fato definido em lei como crime), este pode ser direto ou eventual, no primeiro, a mãe quer o resultado, ou seja, a morte do próprio filho, enquanto que no segundo, a mãe não deseja diretamente o resultado, mas assume o risco de produzi-lo.

Nossa legislação não exige o elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, o especial fim de agir, conhecido como dolo específico. Esse elemento subjetivo especial é indispensável apenas nas legislações em que se adotam o critério psicológico, pois a conduta deve ser praticada com o fim de ocultar desonra própria.

Assim, para caracterizar o infanticídio, é indispensável que a mulher venha a sofrer uma relativa incapacidade de autodeterminação em decorrência do

puerpério. Porém, se lhe causar inteira capacidade de autodeterminação, matando o filho, não haverá infanticídio por ausência do agente culpável.

A lei só previu a modalidade dolosa, não há, portanto, infanticídio culposo, por força do artigo 18, parágrafo único do Código Penal⁵.

Neste sentido, Nelson Hungria (1942, p.229) afirma que: “o infanticídio não admite forma culposa: só é punível a título de dolo. Se o feto nascente ou neonato vem a morrer por imprudência ou negligência da mãe, responderá esta por homicídio culposo”.

Compartilham do mesmo entendimento Aníbal Bruno e Magalhães Noronha.

No entanto, Damásio E. de Jesus (1999, p. 109) salienta que:

Se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum, nem homicídio, nem infanticídio. A mulher, porém, pode vir a matar a criança, não se encontrando sob a influência do estado puerperal, agindo culposamente. Haverá, neste caso, homicídio culposo, descrito no artigo 121, § 3º do Código Penal.

Por fim, dispõe Bitencourt (2001, p. 146/147):

É inconsistente o entendimento contrário, que sustenta tratar-se de conduta atípica. O bem jurídico vida, o mais importante na escala jurídico-social, exige essa proteção penal e só admite a exclusão da responsabilidade penal quando a ação que o lesa não for consequência de dolo ou culpa.

6 Meios de execução

O infanticídio admite qualquer meio de execução capaz de resultar a morte do ser humano nascente ou do recém-nascido (delito de forma livre).

No entanto, o delito também se caracteriza por uma conduta negativa. Exemplo: “deixar de cortar o cordão umbilical com o fim de produzir a morte do próprio filho”. (DAMÁSIO, 1999, p. 109/110)

⁵ Art. 18, parágrafo único: “Salvos os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

Após o nascimento, as causas de morte mais freqüentes de acordo com Hélio Gomes (2003, p. 502) são: “estrangulamento ou esganadura, sufocação, afogamento, lançamento de criança contra paredes ou similares, bem como lesões produzidas por instrumentos perfurantes, cortantes ou pérfuro-cortantes”.

A morte ocorrida por abandono, não se confunde com o delito previsto no artigo 134, § 2º do Código Penal, pois neste a morte não é desejada, havendo preterdolo, sendo, portanto, um crime qualificado pelo resultado, ao contrário do que aqui ocorre, uma vez que o abandono é o modo pelo qual a mãe deseja a morte do filho (*animus occidendi*).

Hipótese interessante é a exposta por Impallomeni, citado por Magalhães Noronha (2003, p. 52):

[...] a de um feto imaturo vivo, mas *absolutamente inviável* pela própria imaturidade, que é *espontaneamente* expulso, e, a seguir, a morte fetal ser abreviada por atos contra ele. Não há infanticídio, pois o *feto abortado* não é sujeito passivo desse delito, em que pese a extraordinária sobrevivência, que não é vida extra-uterina. Também não é aborto, pois neste a morte do *feto* é dada dentro ou fora do útero, em seguida a violenta expulsão. Não há, pois crime.

7 Qualificação doutrinária

O crime de infanticídio é próprio, principal, simples, material, de dano, instantâneo, comissivo ou omissivo impróprio, de forma livre e plurissubsistente.

É um crime próprio, pois só poderá ser cometido por uma determinada categoria de pessoas; pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal, neste caso, o parentesco (mãe).

É um crime principal, pois para sua caracterização independe de outro delito.

É um crime simples, pois apresenta um único tipo penal, ou seja, “matar”.

É um crime material, pois descreve a conduta e o resultado.

É um crime de dano, pois, só se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico, ou seja, a vida.

É um crime instantâneo, pois se completa num só momento, a consumação ocorre naquele determinado instante, sem necessidade de continuidade.

Pode ser cometido mediante ação, por isso, fala-se crime comissivo, mas por outro lado, pode também ser cometido mediante uma omissão, que permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona, chamado de crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

É um crime de forma livre, pois, pode ser cometido por meio de qualquer comportamento que cause determinado resultado, ou seja, desde que cause a morte do nascente ou do neonato.

É um crime plurissubsistente, pois, pode se realizar através de vários atos.

8 Consumação e tentativa

O infanticídio consuma-se com a morte do nascente ou neonato, ou seja, o delito deverá ocorrer: durante ou logo após o parto, sendo indispensável, portanto, a morte do sujeito passivo.

Por se tratar de crime material, admite-se a tentativa. Dispondo nesse sentido Bitencourt (2001, p. 147):

Este se aperfeiçoa quando, apesar da ação finalista do sujeito ativo, a morte do filho não sobrevém por circunstâncias alheias à vontade daquele. Iniciada a ação de matar, esta pode ser interrompida por alguém que impeça sua consumação.

Quando a mãe, supondo que a criança esteja viva, pratica o fato com ela já morta ou quando esta morta, a mãe com o auxílio de alguém procura desfazer-se do cadáver abandonando-o em lugar ermo, não existirá crime, por se tratarem os fatos de crime impossível (artigo 17 do Código Penal).

9 Pena e Ação Penal

A pena cominada é de detenção de dois a seis anos para o crime consumado. Não há incidência das agravantes previstas no artigo 61, inciso II, letra e (crime praticado contra descendentes) e h (crime praticado contra criança), uma vez, que integram a descrição típica do infanticídio (artigo 61, *caput*, do CP) e nem modalidade culposa.

Por ser um crime doloso contra a vida, seu julgamento se processa perante o Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXIII, letra d, da Constituição Federal de

1.988), sendo competente o juízo do local onde se verificou a morte, e, no caso de tentativa, onde cessou a atividade do agente.

A ação penal é pública incondicionada, admitindo-se ação privada subsidiária, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público.

Assim, a autoridade ao tomar conhecimento do fato, deve proceder de ofício, instaurando inquérito policial, independentemente da provocação de qualquer pessoa. O Promotor Público, recebendo o inquérito policial, deve iniciar a ação penal por intermédio de oferecimento da denúncia.

10 Distinção entre Infanticídio, Aborto e Homicídio

Distingui-se o infanticídio do aborto, porque esse somente pode ocorrer antes do início do parto.

Já o infanticídio, deve ser praticado durante ou logo após o parto, assim há infanticídio quando a mãe executa a conduta durante esse lapso temporal.

Desse modo, é necessário precisar em que momento tem início o parto, uma vez que o fato se classifica como um ou outro crime de acordo com o momento da conduta delituosa.

Assim, quando a morte do sujeito passivo ocorrer em qualquer das fases do parto, caracteriza-se infanticídio.

Não obstante, verificando-se que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sem estar influenciada pelo estado puerperal, a morte praticada se adequara à figura típica do homicídio, o mesmo ocorre, se o elemento temporal não ficar caracterizado.

11 Caso concreto



De acordo com o Jornal Regional de Dracena-SP, do dia 03 de setembro de 2003, às 14h30 do dia 02 de setembro, foi encontrado um feto do sexo feminino, próximo a um banco de areia às margens do Rio Paraná, na cidade de Panorama-SP.

O feto, de cor negra, apresentava ferimentos na cabeça e nas costas.

Segundo a polícia, as investigações estão sendo feitas com o objetivo de tentar descobrir quem seria a mãe do bebê e se alguém a auxiliou no infanticídio.

Assim, nota-se que o crime ainda ocorre, e por tais razões, merece um especial tratamento dos legisladores, para que injustiças não mais ocorram.

Capítulo III

Estado Puerperal

1 Influência do estado puerperal

Estabelece o artigo 123 do Código Penal que: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de 02 a 06 anos”.

Inicialmente, necessário se faz distinguir *puerpério* de *estado puerperal*. Puerpério para Gomes (2004, p. 499) “ocorre após a expulsão do feto e da placenta (dequitação), que se estende até a volta do organismo materno às condições pré-gravídicas, com duração média de seis a oito semanas.”

Estado puerperal segundo Guimarães (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>), acesso em 20 de julho de 2004: “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 com a agressão ao próprio filho.”

Como já visto, a influência do estado puerperal é elementar do delito de infanticídio, porém, discussão se faz, se realmente existe o chamado estado puerperal ou se é mera ficção jurídica.

Desse modo, esclarece França (2003, p. 261):

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 solucionar 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 isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade.

Já para Croce (1996, p. 465):

O entendimento da Medicina Legal pátria admite por *influência do estado puerperal* o que, via de regra, pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que, estressadas pelos desajustamentos sociais, dificuldades da vida conjugal e econômica, recusa neurótica da maternidade, indesejada gravidez na viúva e na casada com homem estéril, ou o ainda estado aviltante inerente à mãe solteira, o normal sangramento, enfim, uma série de fatores situacionais constituídos pelas perturbações psicológicas da adaptação à natalidade, determinam enfraquecimento da vontade, obnubilação da consciência, podendo os sofrimentos físicos e morais acarretados pela *délivrance* levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após a mesma. Basta a mulher ser parturiente, ou já puérpera, nesse diapasão [...] Outrossim, tem sido esse também o entendimento dos doutos julgadores e aplicadores da lei, os quais, arrimando-se no magistério de Almeida Júnior, admitem a *influência do estado puerperal* como o efeito normal e corriqueiro de qualquer parto, afirmando que, dada a sua grande freqüência, deve ser aceita sem maior dificuldade. E, não raramente, não consideram indispensável a perícia médica para comprovar o estado puerperal (RT, 338, 421:91).

Para Maranhão (1995, p. 199): “o chamado estado puerperal constitui uma situação *sui generis*, pois não se trata de uma alienação, nem de uma semi-alienação. Mas, também não pode-se dizer que seja uma situação normal”.

Para Maggio (2001, p. 26):

[...] trata-se de um quadro fisiopsicológico próprio de mulheres, em geral desassistidas e decorrente de gravidez indesejada, que acabam, durante o seu curso, gerando relevantes conflitos emocionais. Este quadro de graves repercussões comportamentais conduz a mãe, neste momento de maior fragilidade física e psíquica durante o parto, ou logo após, a matar o próprio filho.

Como pode-se notar, a doutrina não é consensual nesse assunto. Assim, já dizia Soriano de Souza em seu ensaio médico-legal em 1870 (PATARO, 1976, p.282): “em toda a Medicina Legal não há talvez, matéria mais transcendental e cercada de maiores dificuldades, que a história médico-legal do infanticídio”.

Deste modo, faz-se necessário distinguir a figura típica descrita no artigo 123 e o disposto no artigo 26 e seu parágrafo único, ambos do Código Penal, no qual dispõe que:

Artigo 26: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação e da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Não obstante, se a mulher é portadora de doença mental e em decorrência do estado puerperal causa a morte do próprio filho, ela não responderá pelo infanticídio, pois, ela é inimputável, aplicando-se o disposto no artigo 26, *caput*, do Código Penal. Por outro lado, se a mulher sofre de perturbação (patológica) de saúde mental, a qual não retira-lhe a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação, ela responderá por infanticídio com a pena atenuada de acordo com o artigo 26, parágrafo único, caso contrário responderá apenas por infanticídio.

Estudos recentes da Associação Americana de Psiquiatria em seu Manual DSM-IV

(GUIMARÃES, <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>),
acesso em 20 de julho de 2004, 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 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. Os sintomas não se devem aos efeitos fisiológicos diretos de uma substância (droga de abuso, medicamento), ou a uma condição médica geral; não são melhores explicados por um Transtorno Psicótico Breve; nem representam uma mera exacerbação de um transtorno mental preexistente.

Constata-se, dessa forma, que o sintoma característico desse transtorno é uma alteração súbita e geralmente temporária nas funções normalmente integradas de consciência, identidade e comportamento motor, de modo que uma ou duas dessas deixa de ocorrer em harmonia com as outras [...] Diante dessa evidente superposição de características epidemiológicas e clínicas, 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. Em decorrência desse fato a perícia médico-legal disporia de elementos para a comprovação material do estado puerperal. Contudo, a curta duração dos sintomas, o caráter transitório dessa perturbação, e a ausência de distúrbio mental prévio, fazem desse diagnóstico pericial um verdadeiro desafio, pois, muitas vezes, ao realizar o exame, os sintomas já desvaneceram. Ao examinar uma puérpera o legista nem sempre disporá de elementos para concluir pela realidade de um estado puerperal.

Desta forma, dispõe nossos Tribunais:

A mãe que, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após, mata o próprio filho, comete inequivocadamente o crime que se convencionou chamar de *delictum exceptum*, punido na legislação vigente, qualitativa e quantitativamente, com penas muito mais brandas que as do homicídio (RT, 161/60).

Se não se verificar que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sob a influência do estado puerperal, a morte aplicada se enquadrará na figura típica do homicídio (RT, 491/292). Apresenta-se de relativo valor probante a conclusão para a verificação do estado puerperal, assumindo relevo também as demais circunstâncias que fazem gerar a forte presunção do *delictum exceptum*. (RT, 506/362).

Tendo sido a morte do feto descoberta muito tempo depois da ocisão, difícil ou impossível se torna a prova de que a acusada tivesse agido sob a influência do estado puerperal, traço diferenciador entre o infanticídio e o homicídio (RT, 488/323).

Nesse sentido, fica claro que é fundamental uma perícia médico-legal para que se possa caracterizar o estado puerperal na parturiente, uma vez que sem esse diagnóstico a mãe que mata o próprio filho não responderá por infanticídio e sim por homicídio (art. 121 do CP).

2 Análise das correntes psicológica e fisiopsicológica

Na corrente psicológica como já visto, discute-se a concessão do privilégio por motivo de honra.

Honra nada mais é do que “probidade; virtude; consideração; bom nome; fama; glória; culto; graça; veneração; dignidade; distinção” (BUENO, 1991, p. 576). E esta honra estaria relacionada com a gravidez ilegítima, fora do matrimônio, onde se pretende defender a moral sexual.

Assim, os defensores desta corrente acreditavam que o direito a moral prevalecia sobre o direito à vida.

Desse modo, verifica-se um grande contra-senso em nosso ordenamento jurídico, uma vez que no homicídio a pena é agravada quando o agente comete o crime contra descendentes (artigo 61, inciso II, alínea “e” do Código Penal), uma vez que no infanticídio a relação de parentesco juntamente com a proteção da honra é o diferencial para a proteção de uma pena mais branda.

Não concordando, Giuseppe Maggiore (MAGGIO, 2001, p.57) dispõe:

[...] existe algo mais forte que a honra, que é o instinto da maternidade, o afeto - obrigatório - à própria criatura. Quem vence este instinto e passa por cima desse dever, é um ser que já perdeu o sentido humanitário, assim, a imoralidade daquele que destrói a própria prole não pode ser moralizada por qualquer tipo de honra.

Não obstante, salienta Maggio (2001, p. 60) “aquilo que é justo em determinada época pode, perfeitamente, se tornar injusto em outra”. Isto porque, a *honoris causa* foi prevista no Código Criminal de 1830 e nesta época não haviam pílulas anticoncepcionais e as mães solteiras eram alvos de desprezo perante a sociedade.

Nesse sentido lembra-nos Antônio José Miguel Feu Rosa (MAGGIO, 2001, p.60):

[...] numa época em que não havia pílulas anticoncepcionais, proliferavam as mães solteiras. Estas, tornavam-se alvo de humilhações e do desprezo da sociedade, seus filhos atravessavam a vida com aquela chaga da origem pecaminosa. Não havia assistência social, e a rede hospitalar, além de particular, apresentava precariedade de recursos que tornava o parto perigosa aventura. A mulher grávida sentia, por antecipação, os pavorosos sofrimentos que a atormentariam. Não existia, ainda, a anestesia. O índice de mortalidade atingia níveis alarmantes e pavorosos, porque quando se precisava da cesariana, ora salvava-se a mãe, ora a criança. Era quase impossíveis ambas sobreviverem.

Porém, com os avanços da medicina, a emancipação feminina e a liberdade sexual, é que se faz necessário a mudança do Código Penal, rejeitando o critério psicológico, aderindo, portanto o atual critério fisiopsicológico.

Como também já visto, este critério faz com que o infanticídio seja considerado um *delictum exceptum*, ou seja, o que o diferencia do homicídio é que a mãe mata o próprio filho influenciada pelo estado puerperal.

No entanto ensina Pataro (MAGGIO, 2001, p.61) que:

[...] a duração do estado puerperal é variável entre algumas horas ou poucos dias e, geralmente, regride espontaneamente e não deixa seqüelas. Devido a tais características fica difícil a observação pericial, pois, ao realizar o exame os sintomas podem ter desaparecidos. Examinando uma puérpera, o legista nem sempre disporá de elementos para concluir pela realidade de um estado puerperal.

O estado puerperal não se presume, necessário faz-se a prova do mesmo, para verificar se tal estado produziu uma lesão psíquica na puérpera, uma vez que, o exame pericial realizado na mulher na grande maioria das vezes já decorreu após um bom lapso de tempo.

Nesse sentido, Marcelo Fortes Barbosa apud Maggio (2001, p.62) adverte com precisão que:

[...] torna-se difícil na prática o estabelecimento dessa situação intermediária que caracteriza exatamente a influência do estado puerperal, mormente levando-se em conta que a extensão territorial do país e a carência de serviços médico-legais oficiais na maior parte dele impedem, no mais das vezes, a caracterização por *experts* de uma situação que não pode ser vislumbrada por leigo.

Do mesmo modo, Paulo Sérgio Leite Fernandes (PASQUINI, 2002, p. 35) ensina que:

A Jurisprudência exige, portanto, a efetuação de exame na mulher, a fim de ficar constatado se, ao matar o filho, ela estaria sobre a influência do estado puerperal. Convém notar que o exame pericial, normalmente efetuado muito após o parto, dificilmente oferecerá elementos seguros para negativa da existência do puerpério. O período de excitação e de delírio pode ser relativamente breve. Os peritos serão obrigados a valer-se principalmente de informações da própria mulher e de testemunhas, que relatarão o procedimento da gestante e suas reações durante e logo após o parto. O exame puro e simples da puérpera oferecerá poucos elementos, geralmente não fornece nenhum esclarecimento.

Por outro lado, havendo dúvidas em relação a existência da “influência do estado puerperal”, prevalecerá a expressão *in dubio pro reo*, ou seja, em caso de dúvida prevalecerá a solução mais benéfica ao réu, e neste caso, mães parturientes que aparentemente eram homicidas, serão premiadas com o abrandamento e amenidade da punição, respondendo assim, por infanticídio.

Assim dispõe nossos Tribunais: “Se não se verificar que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sob a influência do estado puerperal, a morte do filho se enquadrará na figura típica do homicídio”. (RT 491/292)

3 Distinção entre Estado Puerperal e Depressão Pós-Parto

Como já visto, o chamado 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 com a agressão ao próprio filho.

Deste modo, dispõe Vargas (1990, p.373):

[...] o estado puerperal não se configura como doença mental, nem sequer como perturbação da saúde mental. Podendo ser definido como um estado especial, onde as alterações psicofisiológicas são de curta duração [...] Assim, o estado puerperal está inscrito no puerpério, porém, é importante ressaltar que o parto por si só não é capaz de desencadear estados mentais patológicos, exceto em mulheres predispostas a distúrbios emocionais ou psíquicos.

A depressão pós-parto é um distúrbio do humor de grau moderado à severo, clinicamente identificado ao Episódio Depressivo, tal como descrito no

DSM.IV (Classificação de Doenças Mentais da Associação Norte-americana de Psiquiatria) e no CID-10, com início dentro de seis semanas após o parto. O assunto da classificação da Depressão Pós-parto ainda não está definitivamente estabelecido. Sob o código F53.0 o CID-10 considera a Depressão Pós-Natal incluída no Transtorno Mental e de Comportamento Associado ao Puerpério e não classificado em outro local. (BALLONE, <http://www.psiqweb.med.br/sexo/posparto.htm1>) acesso em 13 de agosto de 2004.

A incidência da Depressão no pós-parto é elevada, chegando ao percentual de 10% a 15% nas mulheres que amamentam. O período de maior incidência está em torno dos primeiros dias do pós-parto.

Os sintomas do estado depressivo variam quanto a maneira e a intensidade com que se manifestam, pois, dependem do tipo de personalidade da puérpera e de sua própria história de vida, bem como, no aspecto fisiológico, as mudanças bioquímicas que se processam logo após o parto.

De acordo com Ballone (<http://www.psiqweb.med.br/sexo/posparto.htm1>) acesso em 13 de agosto de 2004:

As condições existenciais e vivenciais nas quais se dá a gravidez podem influenciar a ocorrência da Depressão Pós-parto. Foi de 23% a incidência desse transtorno em parturientes adolescentes, enquanto para pacientes adultas foi de apenas 11,9% (Piyasil, 1998). Também é maior a incidência de Depressão Pós-parto em pacientes que experimentaram dificuldades adaptativas à gestação (Sugawara, 1997)... há também evidências sobre um aumento da incidência da Depressão Pós-parto em primigestas com mais de 30 anos de idade (Kumar, 1984), entretanto, questiona-se se esse achado não estaria relacionado à maior incidência, também, de depressão nas mulheres mais velhas em geral.

Ainda de acordo com Ballone:

O tratamento médico da Depressão Pós-parto deve envolver, no mínimo, três tipos de cuidados: ginecológico, psiquiátrico e psicológico. Além da preocupação médica com o problema, são muito relevantes os cuidados sociais, comumente envolvidos com o desenvolvimento da depressão no período puerperal. Autores enfatizam a necessidade para o tratamento da Depressão Pós-parto, não apenas objetivando a qualidade de vida da mãe, mas, sobretudo, prevenindo distúrbios no desenvolvimento do bebê e preservando um bom nível de relacionamento conjugal e familiar (Pritshard, 1996, Nonacs, 1998).

Não obstante, existem dois outros distúrbios puerperais que se diferenciam da depressão pós-parto.

A primeira seria a chamada Tristeza Materna (Maternity Blues ou ainda Blues Puerperal), que atinge até dois terços das puérperas, desenvolvendo-se nos 10 primeiros dias de pós-parto e se caracteriza pela irritabilidade, depressão, labilidade do humor, choro fácil, insônia, perda de interesse por sexo e indisposição. Os especialistas acreditam que estes sentimentos são causados por alterações hormonais, cansaço ou sono interrompido.

Diferencia-se da depressão pós-parto por ser mais leve e menos duradoura. Estudos epidemiológicos têm estimado que mais de 80% das mulheres em idade reprodutiva, de modo geral, experimenta algum sintoma de humor deprimido, apresentando uma prevalência de 25% a 85%, dependendo do critério diagnóstico utilizado.

A tristeza materna é benigna e seu tratamento se dá principalmente por esclarecimentos, compreensão e apoio.

A segunda seria a Psicose Puerperal, que nada mais é do que um quadro delirante, freqüentemente alucinatório, grave e agudo que aparece do segundo dia a três meses depois do parto. Atualmente se observa no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) uma tendência à considerá-la, juntamente com a Depressão pós-parto, como um tipo de Transtorno do Humor, iniciada ou precipitada pelo puerpério. (BALLONE, <http://www.psiqweb.med.br/sexo/posparto.htm1>) acesso em 13 de agosto de 2004.

Agindo sobre este estado, a parturiente terá a exclusão total ou parcial da responsabilidade penal.

Capítulo IV

Concurso de Pessoas

1 Definição

É a reunião de pessoas para a execução de uma infração penal, pode dar-se desde a elaboração intelectual até a consumação do delito.

O Código Penal de 1940 empregava a terminologia “co-autoria”, que igualava os vários antecedentes causais do crime, não distinguindo entre os vários participantes da empresa criminosa.

O Código Penal de 1969 adotou a expressão “concurso de agentes”, que também não foi aceito por ter um carácter abrangente.

Assim, a reforma de 1984 utilizou a expressão “concurso de pessoas” que nos dizeres de Mirabete (1991, p. 215): “é a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal.”

Desse modo, o artigo 29, *caput*, do Código Penal ficou assim disposto: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada, na medida de sua culpabilidade.”

Atualmente, o concurso de pessoas é também conhecido como concurso de agentes, concurso de delinquentes, co-autoria, co-delinquência ou participação.

2 Concurso necessário e eventual

O concurso necessário se refere aos crimes plurissubjetivos, ou seja, o concurso de pessoas está descrito na norma penal incriminadora, por exemplo: adultério, rixa, bigamia, o crime de quadrilha ou bando, assim cada concorrente responde pelo crime (co-autores), mas, este só se integra quando os outros contribuem para a formação da figura típica.

Já o concurso eventual pode ocorrer em qualquer delito passível de ser praticado por uma só pessoa, referindo-se assim aos crimes unissubjetivos.

Assim, o princípio disposto no artigo 29, só se aplica aos casos de concurso eventual, uma vez que no concurso necessário, o próprio tipo penal já dispõe a prática do crime por mais de uma pessoa, não havendo a necessidade de se estender tal punição.

3 Autoria

Segundo Barros (2003, p. 404): “em princípio, o autor é quem executa diretamente a conduta típica ao passo que o partícipe apenas induz, instiga ou auxilia a sua realização”.

No entanto, é também autor quem realiza o fato por intermédio de outrem (autor mediato).

Sobre o assunto há três teorias:

- Teoria restritiva;
- Teoria extensiva;
- Teoria do domínio do fato (mista).

A primeira dispõe que autor é quem realiza a conduta típica, assim, autor e partícipe não se confundem. O primeiro executa diretamente o núcleo do tipo enquanto o segundo concorre, de qualquer modo, para o crime, sem realizar o núcleo do tipo.

A teoria extensiva, não distingue autor de partícipe, pois para ela, autor é todo aquele que tiver dado causa a um resultado penalmente relevante.

Por sua vez, a teoria mista, que tem seus fundamentos no finalismo de Welzel, amplia o conceito do autor, que pode ser aquele que realiza diretamente a conduta criminosa; quem se utiliza de uma pessoa inculpável para a execução da infração penal (autoria mediata) e quem organizou ou planejou a prática do delito, ainda que não tenha participado da execução (autor intelectual), admite-se também a figura do partícipe, ou seja, aquele que concorre de qualquer forma para o crime, sem realizar diretamente a conduta criminosa e sem ter o controle final da execução.

Assim, diferencia-se da teoria restritiva, porque os mentores intelectuais do delito são partícipes, pois, não realizam atos de execução, enquanto que para a teoria mista eles são autores.

O Código Penal adotou a teoria restritiva, uma vez que o *caput* e os §§ 1º e 2º, com nitidez, distinguem autor de partícipe, incluindo deste modo, a figura do autor mediato.

4 Relação com a teoria da causalidade

Relaciona-se com a teoria da causalidade, uma vez que, para que se configure o concurso de pessoas é necessário o nexos causal, entre a contribuição causal física (elemento material) e a contribuição subjetiva (elemento subjetivo).

Desse modo, Bitencourt apud Soler (2000, p. 376) dispõe que:

O concurso de pessoas compreende não só a contribuição causal, puramente objetiva, mas também a contribuição subjetiva, pois, como diz

Soler, “participar não quer dizer só produzir, mas produzir típica, antijurídica e culpavelmente” um resultado proibido. É indispensável a consciência e vontade de participar, elemento que não necessita revestir-se da qualidade de “acordo prévio”, que, se existir, representará apenas a forma mais comum, ordinária, de adesão de vontades na realização de uma figura típica.

No mesmo sentido dispõe Marques apud Carrara (1997, p. 97) que “não há concurso sem ação, nem concurso sem vontade”.

Assim, ao lado do elemento objetivo, que é o vínculo de causalidade deve existir o elemento subjetivo, que é a vontade de cooperar no crime.

Portanto, inexistindo o nexos causal não há que se falar em concurso de pessoas.

O Código também prevê o concurso em delitos culposos, desta forma, o elemento subjetivo da co-delinquência não se confunde com o dolo, sendo punível a co-autoria culposa num delito culposos. No entanto, José Frederico Marques, admite a participação culposa em delitos culposos.

Deste modo, não basta somente a causalidade, é preciso considerar outros elementos do crime para que se possa punir o agente, como se verá a seguir.

5 Formas do concurso de pessoas

5.1 Co-autoria

De acordo com Barros (2003, p. 406):

Dá-se a co-autoria quando a conduta típica é realizada por duas ou mais pessoas. Ambas realizam diretamente o núcleo do tipo. Há, pois, uma divisão do trabalho; cada um dos co-autores realiza uma parcela da conduta típica.

Assim, a co-autoria pode ser parcial e direta. Ocorrerá a co-autoria parcial ou também chamada de funcional, quando realizados atos de execução distintos, mas, conjugados os agentes produzirem consumação. De outro modo, quando todos os agentes produzirem a mesma conduta típica haverá a co-autoria direta.

Não obstante, não haverá concurso de pessoas se inexistir a consciência de cooperação na conduta comum, ou seja, havendo a co-autoria colateral (imprópria) não haverá concurso.

5.2 Participação

Haverá participação quando o agente não realizar o núcleo do tipo, concorrendo de qualquer modo para o crime, em regra, esta conduta não é penalmente relevante, sendo apenas quando iniciado os meios de execução.

A participação pode ser material ou moral.

Na participação material, o partícipe, assim chamado o agente, presta auxílio ao autor do crime, ou seja, facilita na execução do crime, sem executar o núcleo do tipo. Este auxílio pode ser tanto nos atos preparatórios quanto nos executórios.

Desta forma, o partícipe passa a ser cúmplice do autor. Pode haver cumplicidade por omissão nas hipóteses em que o sujeito tem o dever legal de evitar o resultado.

Na participação moral, a conduta do partícipe se restringe a induzir ou instigar alguém a cometer o crime. Instigar para Mirabete (1991, p. 222):

É aquele que age sobre a vontade do autor, fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acooando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce através de mandato, persuasão, conselho, comando etc. Deve ela dirigir-se à prática de crime determinado, não constituindo participação a incitação genérica para a prática de infrações penais. Se a instigação for realizada publicamente poderá constituir, em si mesma, o delito de incitação pública ao crime.

Induzir para Barros (2003, p. 407) “é incutir na mente de outrem o propósito criminoso, até então inexistente”.

Há, porém, outras formas de participação como: determinação, ajuste, organização e chefia.

Característica fundamental do partícipe é agir com consciência e vontade de contribuir para a prática do delito (dolo). Assim enfatiza Prado (2003, p. 400) apud Nélson Hungria:

[...] do ponto de vista objetivo, basta a cooperação na atividade coletiva, mas sob o aspecto subjetivo é necessária “a vontade livre e consciente de concorrer com a própria ação, na ação de outrem”. Daí, não há falar-se em participação dolosa em crime culposo, ou em participação culposa em crime doloso.

A participação ainda ocorre nos casos do art. 62 do Código Penal que trata das circunstâncias agravantes em casos de concurso de agentes nos delitos dolosos. Dispõe tal artigo que:

Art. 62: "A pena é ainda agravada em relação ao agente que:

I-promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II-coage ou induz outrem à execução do crime;

III-instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV-executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa “.

O artigo 31 do Código Penal, trata da figura a participação impunível, no qual determina que: “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega pelo menos a ser tentado”. Porém, são impuníveis as formas de concurso quando o delito não chega na fase de execução. Exceção ocorre quando a determinação, o ajuste etc, são puníveis como delitos autônomos.

Pode ocorrer ainda, a participação por omissão, para que isso ocorra é necessário que o partícipe não tenha impedido a prática do delito, quando na verdade tem o dever jurídico de impedir o resultado, além disso, é necessário o elemento subjetivo da participação aderindo a conduta negativa ao comportamento do autor principal.

Os crimes omissivos puros não admitem a participação por omissão, admitem apenas a participação por ação, pois a eles não se dirigem o dever jurídico de impedir o resultado.

6 Natureza jurídica

Existem três teorias à respeito da colaboração dos agentes, há um ou mais delitos.

a) Teoria unitária ou monista

Como o próprio nome diz, o que prevalece é a unidade do crime, ou seja, não há distinção entre autor, co-réu e partícipe; todos que contribuem para a formação e realização do delito cometem o mesmo crime.

Nesse sentido dispõe Damásio (1999, p. 408) “há unidade de crime e pluralidade de agentes”.

b) Teoria dualista

Para esta teoria existem dois tipos de participação, uma participação principal, que é a ação do autor do crime, o que executa a ação típica e uma participação acessória, que são realizadas pelas pessoas que instigam ou auxiliam o autor a cometer o delito.

Desse modo, há dois delitos, um para os autores e outro para os partícipes.

c) Teoria pluralística

Segundo esta teoria, cada concorrente pratica um crime próprio, sendo eles autônomos e distintos, existindo assim, uma pluralidade de agentes e de crimes.

Não obstante, salienta Mirabete (1991, p. 216):

A falha apontada nessa teoria é a de que as participações de cada um dos agentes não são formas autônomas, mas convergem para uma ação única, já que há um único resultado que deriva de todas as causas diversas.

Apesar de todas essas teorias, o atual Código Penal adotou a teoria monista, ao dispor em seu artigo 29 o termo “crime” no singular. Estabelecendo graus de participação e uma individualização da pena, aplicando-se na medida de sua culpabilidade.

No entanto, há exceções a esta regra, trazida pelo próprio Código, são os casos em que a conduta do partícipe constitui outro crime (teoria pluralística) havendo, portanto, um crime para o autor e outro para o partícipe. Exemplos: crimes de corrupção ativa e passiva (Arts. 333 e 317); falso testemunho e corrupção de testemunha (arts. 342 e 343) e arts. 124, segunda parte e 126.

7 Requisitos

São indispensáveis para que ocorra o concurso de agentes, os seguintes requisitos:

- Pluralidade de condutas;
- Relevância causal de cada conduta;
- Vínculo subjetivo entre os participantes;
- Identidade de fato.

a) Pluralidade de condutas

Concorrendo mais de uma pessoa na execução de um crime, a contribuição de cada um para a realização do crime, não se faz da mesma maneira. Enquanto alguns, segundo Esther Ferraz citada por Bitencourt (2000, p. 377), “praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo do tipo, outros limitam-se a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor ou executores praticando atos que, em si mesmos, seriam atípicos.”

Desta forma, todos respondem pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso.

b) Relevância causal de cada conduta

Assim preleciona Damásio (1999, p. 417):

A simples manifestação de adesão a uma prática delituosa não é participação [...] Da mesma forma, não é participe quem apenas aplaude intimamente a realização de um delito. Como lembrava Aníbal Bruno, a conduta de cada concorrente apresenta-se como elemento causal indispensável à realização do fato punível nas condições, na forma e no tempo em que realmente veio a ocorrer.

É necessário o nexa causal eficaz para o resultado, ou seja, nem todo comportamento dos agentes constitui participação, só haverá participação se o comportamento for eficaz, e este se dá com a provocação ou a facilitação da conduta principal ou a eclosão do resultado.

c) Vínculo subjetivo entre os participantes

Este vínculo, como já visto, é a consciência de colaboração na conduta comum. De acordo com Mirabete (1991, p. 219):

Somente a adesão voluntária, objetiva (nexa causal) e subjetiva (nexa psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do

fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas conseqüências da ação. Inexistindo esse liame psicológico, não há que se reconhecer o concurso de agentes disciplinado no artigo 29.

E sim, a figura da autoria colateral.

d) Identidade de fato

De acordo com Damásio (1999, p. 421) “não se trata, propriamente, de um requisito, mas de conseqüência jurídica em face das outras condições”.

Uma vez, que da interpretação do artigo 31⁶ do Código Penal, fica claro que todos os participantes respondem pelo mesmo delito; mudando o tipo penal para um dos participantes, a desclassificação será estendida a todos.

Assim, havendo a divisão de tarefas para que se possa realizar as condutas, todos responderão por um único tipo penal.

8 Punibilidade

Dispõe o artigo 29, § 1º do Código Penal que: “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

Desta maneira, a pena é imposta na medida da culpabilidade de cada partícipe, uma vez que o nosso código adotou a teoria unitária, distinguindo autor de partícipe.

No mesmo sentido, declara Noronha (2001, p. 218):

O fato é um só e comum; o crime é único; a culpabilidade, porém, individualizada. A pena imposta ao agente fica estabelecida na medida e de acordo com o seu grau de culpa. A quantidade da reprimenda imposta a um dos agentes é aplicada independentemente da culpabilidade do outro.

Quanto a participação de menor importância, aplica-se somente ao partícipe, pois, quem realiza o tipo não pode agir com pequena parcela para o crime.

Nesse sentido dispõe Damásio (1999, p. 428):

⁶ Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

[...] a redução de um sexto a um terço deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do partícipe na prática delituosa: quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quando mais distante do núcleo, menor deverá ser a resposta penal.

Não obstante, as agravantes contidas no artigo 62 do Código não se aplicam ao artigo 29, § 1º, isto porque, ninguém pode ter uma participação de menor importância e ao mesmo tempo ter sua pena agravada.

Além disso, a redução da pena (um sexto a um terço) é obrigatória. A faculdade imposta pela expressão “pode ser”, diz respeito apenas à quantidade da diminuição.

Por fim, declara o § 2º do artigo 29 que: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Desse modo, Maurach (DAMÁSIO, 1999, p. 429) ensina que:

[...] os desvios subjetivos entre os participantes são regidos fundamentalmente pela regra de que o instigador unicamente responde pela conduta realizada dentro do marco de seu dolo, de tal sorte que, ao menos em princípio, a sua pena não será agravada pelo excesso levado a cabo pelo sujeito instigado.

Assim, quando um dos agentes quiser (dolosamente) participar do crime menos grave e não do de menor gravidade, realizado por outro concorrente, a culpabilidade será imposta individualmente, com a aplicação proporcional da pena.

Porém, o partícipe responderá pelo crime menos grave, com a pena aumentada até a metade, se o resultado lhe era previsível.

9 Comunicabilidade e incomunicabilidade de condições, elementares e circunstâncias

Prevê o artigo 30 do Código Penal: “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

De acordo com Damásio (1999,p. 434 e 435):

Circunstâncias são dados acessórios (acidentais) que, agregados ao crime, têm função de aumentar ou diminuir a pena. Não interferem na

qualidade do crime, mas sim afetam sua gravidade (*quantitas delicti*). Não se consideram circunstâncias as causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade.

Condições pessoais são as relações do sujeito com o mundo exterior e com outras pessoas ou coisas, como as de estado civil (casado), de parentesco, de profissão ou emprego.

Elementares são os elementos típicos do crime, dados que integram a definição da infração penal.

Por outro lado, as circunstâncias podem ainda dividir-se em:

a) judiciais (art. 59 do CP)

b) legais, que subdividem-se em:

- agravantes (arts. 61 e 62 do CP);

- atenuantes (arts. 65 e 66 do CP);

- causas de aumento ou de diminuição de pena (arts. 26, parágrafo único, 226 e 221) e

- qualificadoras (arts. 212, § 2º e 155, § 4º).

Após essas definições, três regras básicas podem ser retiradas do artigo 30. Primeiro, não comunicam-se as condições ou circunstâncias de caráter pessoal (de natureza subjetiva).

Segundo, comunicam-se as circunstâncias de caráter objetivo, desde que tenham entrado na esfera de conhecimento dos demais agentes.

Terceiro, as elementares, tanto de caráter objetivo quanto pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes, desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento.

A regra da incomunicabilidade das circunstâncias pessoais, não comporta exceções, ou seja, é absoluta. Mesmo utilizando a expressão “salvo quando elementares do crime”; uma vez que as circunstâncias e elementares são distintas uma das outras.

Nesse sentido preleciona Barros (2003, p. 426):

Ainda que o partícipe ou o co-autor tenha ciência da circunstância pessoal, esta não se lhe comunica [...] Suponha-se que “A, por motivo torpe (circunstância subjetiva), cometa homicídio, auxiliado por “B”. “A” responde por homicídio qualificado (art. 121, § 1º, I); “B”, por homicídio simples (art. 121). Se “A” tivesse matado por relevante valor moral, a

solução seria a seguinte: “A” responderia por homicídio privilegiado (art. 121, § 1º); “B”, por homicídio simples (art. 121).

De outro modo, a regra da comunicabilidade das circunstâncias objetivas, é relativa, pois, não comunicam-se as circunstâncias desconhecidas pelos partícipes ou co-autores.

Em sentido contrário, é o entendimento de Costa e Silva citado por Damásio (1999, p. 438): “as circunstâncias objetivas, conhecidas ou não, sempre se comunicam: “Há aí uma responsabilidade sem culpa ou objetiva”.

Para Heleno Cláudio Fragoso (DAMÁSIO, 1999, p. 438):

[...] a distinção entre as circunstâncias de caráter pessoal (subjetivas) e circunstâncias objetivas é essencial, propôs à atenção dos congressistas a seguinte questão: “No Direito Penal moderno não pode haver pena sem culpabilidade. A responsabilidade objetiva que algumas leis prevêem, relativamente às circunstâncias agravantes, como faz, p. ex., o vigente CP italiano, é intolerável. É indispensável fixar como princípio básico fundamental o de que não pode ser considerada a circunstância agravante se não houve culpa em relação à mesma”.

Assim, a regra do artigo 30 que trata da comunicabilidade das circunstâncias objetivas, deve ser hoje tratada em respeito a interpretação do artigo 29, *caput*, parte final do Código Penal, segundo o qual dispõe que a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

Portanto, é necessário que o partícipe tenha agido ao menos culposamente, em se tratando de circunstâncias objetivas agravantes, qualificadoras ou causas de aumento de pena.

Já as circunstâncias objetivas atenuantes são aplicadas aos partícipes de acordo com sua própria culpabilidade.

A regra da comunicabilidade das elementares, também não é absoluta, uma vez que, não se comunicam as elementares ignoradas pelos co-autores e partícipes. Essa regra decorre do princípio da identidade de infração para todos os participantes, assim, qualquer elemento que integra o fato típico fundamental comunica-se a todos os concorrentes.

No entanto, dispõe Bettioli (DAMÁSIO, 1999, p. 440) que:

É necessário, para a admissibilidade da participação, que subsistam no caso concreto os requisitos da própria participação: objetivo e subjetivo.

É preciso que o partícipe estranho tenha cooperado acessoriamente na produção do resultado ou tenha de qualquer modo determinado o *intra-neus* acometer a conduta típica com consciência e vontade de consentir em crime próprio. É imprescindível que o partícipe conheça a qualidade pessoal do autor. Bettiol assinalava o princípio segundo o qual, em caso de participação em crime próprio, para poder ser punida a título de participação, deve ter tido conhecimento da qualidade pessoal inerente ao culpado. Seria, realmente, excessivo debitar também de modo objetivo o crime ao partícipe ignaro da qualidade pessoal do autor. Assim, o partícipe só responde por peculato quando conhece a qualidade pessoal do autor: as elementares só se comunicam quando ingressam na esfera do dolo do partícipe (ou co-autor).

Quanto à pena, esta, deve ser aplicada na medida da culpabilidade de cada um dos participantes do delito.

CAPÍTULO V

Concurso de Pessoas no Infanticídio

1 Análise na legislação atual

O Código Penal trata o concurso de pessoas no infanticídio de acordo com os artigos 29 e 30, no qual dispõe:

Art. 29: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§2º. Se alguns dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave."

Art. 30: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime."

Por ser um crime próprio, ou seja, que só pode ser praticado por aquelas pessoas revestidas de qualidades exigidas pela lei, é que surge a questão: o terceiro é autor ou partícipe de homicídio ou infanticídio?

Duas hipóteses merecem uma análise especial: a primeira, a mãe que instiga, determina ou presta auxílio para que o terceiro execute o delito; e a segunda, que o terceiro é quem pratica a ação de matar o recém-nascido, instigado pela mãe, que age sob a influência do estado puerperal, será possível falar-se de concurso em homicídio?

Assim, diante dessas divergências, três posições surgiram na doutrina, referentes a comunicabilidade do elemento "influência do estado puerperal".

Primeiro, é partícipe de infanticídio aquele que induz, instiga ou presta auxílio material à mãe, que é a executora da ação, isso por força do art. 30 do Código Penal que dispõe que comunicam-se ao partícipe a circunstância elementar do "estado puerperal".

A esse respeito afirma Ariosvaldo de Campos Pires citado por Ramos (1996, p. 144):

É preciso notar que a conduta do co-autor no infanticídio deve manifestar-se sob a forma de induzimento, auxílio ou ato preparatório. Se for um ato de execução, o agente não será co-autor em infanticídio, mas, sim, homicida.

Do mesmo modo, é o pensamento de Marques (2003, p. 153):

O infanticídio é crime próprio, pois somente pode cometer a mãe em relação ao filho recém-nascido [...] Outras pessoas, no entanto, podem figurar como co-autores; e como se trata de delito privilegiado, mas autônomo, comunicam-se as circunstâncias subjetivas que integram o tipo, aos co-autores [...], muito embora pense de modo contrário o insigne Nelson Hungria. Mas é preciso que o co-autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou ao recém-nascido, será enquadrada no artigo 121.

Assim, a comunicabilidade somente se dará, da conduta principal para a secundária, desta forma, a conduta da mãe, que, influenciada pelo estado puerperal, convence um enfermeiro a realizar por ela os atos executórios que provocam a morte do recém-nascido, é de participação em infanticídio, e a do enfermeiro, é de autor em homicídio.

Portanto, o terceiro só responderá por infanticídio quando sua participação for acessória, porém, o artigo 29 do Código Penal dispõe sobre Princípio da Unidade de Crimes para todos os sujeitos que praticam o mesmo delito, e, assim sendo, há a quebra de tal princípio, pois, o artigo 123 não é expressamente uma exceção a tal princípio.

São também defensores desse posicionamento, Basileu Garcia e Euclides Custódio da Silveira.

A segunda posição, defende a tese de que a “influência do estado puerperal” é uma condição personalíssima, integrando-se desta forma, os chamados *delictum exceptum*, pois, só a mãe que acabou de dar a luz pode o possuir, assim, não se comunica a um terceiro a regra do art. 30.

Desta forma entende Nelson Hungria (1958, p. 266):

Não diz com o infanticídio a regra do art. 25 (Quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas). Trata-se de um crime personalíssimo. A condição “sob a influência do estado puerperal” é incomunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26, sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico penal, serem chamadas de circunstâncias, pois estas só dizem com maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja com 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.

Do mesmo modo entende Aníbal Bruno (1972, p. 151-152):

Só pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho em defesa da própria honra. 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 os outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio. Assim, por exemplo, quando é o terceiro que mata e da mulher é só a instigação para que o faça, ou, ao inverso, quando aquele instiga, ou fornece o meio, ou auxilia materialmente e esta é que realiza a ação de matar, concorrendo os demais extremos do tipo, para ela o crime é de infanticídio mas a ele se punirá como homicida.

A proteção penal da vida humana debilita-se no infanticídio em atenção à situação psíquica anômala em que se encontre a mulher que mata o próprio filho ou colabora na sua morte. É essa situação mental que o Direito julga digna de ser considerada como causa de atenuação da responsabilidade, com a conseqüência da minoração da pena. Esse enfraquecimento da proteção à vida, bem fundamental no sistema do Código, não deve estender-se ao comportamento do terceiro copartícipe, estranho àquela situação psíquica excepcional que justifica o privilégio.

São defensores dessa corrente Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira e Aníbal Bruno.

No entanto, salienta Heleno Cláudio Fragoso (in <http://www.damasio.com.br>) acesso em 15 de julho de 2004 que Nelson Hungria:

[...] Reconhecendo humildemente o engano e dando a mão a palmatória, adotou a tese da comunicabilidade na 5ª edição dos Comentários: Comentando o art. 116 do Código suíço, em que se inspirou o art. 123 do nosso, Logoz [...] e Hafter [...], 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 [...] ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: Salvo quando elementares do crime. Inserse-se nesta ressalva o caso de que trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a estes cominadas, e não pelas do homicídio.

Assim, o último posicionamento defende a aplicabilidade do art. 30 do Código Penal, pois, a “influência do estado puerperal” como já dito, constitui elemento do crime de infanticídio e, é sabido, que as circunstâncias de caráter pessoal comunicam-se aos agentes quando elementares do delito, uma vez suprida esta circunstância o crime será de homicídio.

São defensores deste posicionamento Damásio E. de Jesus, José Frederico Marques, Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Basileu Garcia, Paulo José da Costa Junior, Delmanto, Luiz Regis Prado, Mirabete e outros.

No entanto, mesmo os que defendem essa corrente acreditam que não é a maneira mais justa de se punir o partícipe e o co-autor, senão vejamos:

[...] embora possa não ser a solução mais justa, pois o co-autor ou o partícipe não se encontra em estado puerperal, não merecendo receber a pena mais branda do infanticídio, foi a adotada pelo legislador.(DELMANTO, 2002, p. 266);

Não resta dúvida que, conforme o caso, constitui absurdo o partícipe ou co-autor acobertar-se sob o privilégio do infanticídio. Sua conduta muitas vezes representa homicídio caracterizado. Mas temos de estudar a questão sob a ótica de nossa legislação, que não cuidou de elaborar norma específica a respeito da hipótese. Melhor fizeram outros códigos, como o italiano, que inseriu em seu contexto um dispositivo especial, imposta ao que favorece a autora principal, após dizer que o infanticídio pode ser cometido por outra pessoa que não a própria mãe. (art. 578) (DAMÁSIO, 1999, p. 111).

Portanto, somente a lei pode resolver definitivamente a questão, enquanto isso não ocorrer, dúvidas haverá quanto ao concurso de pessoas no infanticídio.

2 Análise na legislação comparada

Vários foram os critérios adotados para o infanticídio nas legislações comparadas, como assim se vê:

- CÓDIGO PENAL DA ARGENTINA (ART. 81, §2º): “Se impondrá reclusión hasta tres años a la madre que, para ocultar su deshonra, matara 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 ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito.”⁷

O legislador adotou o critério psicológico, ou seja, o motivo de honra, sendo o estado puerperal mencionado apenas para delimitar no tempo o período em que o sujeito ativo pode praticar o delito. Estendendo-se também ao pai e aos parentes próximos.

⁷ Art. 81 § 2º: Se impondrá reclusão de até três anos ou prisão de seis meses a seis anos a mãe que para ocultar sua desonra matar seu filho durante seu nascimento ou enquanto se encontrar sob a

- CÓDIGO PENAL DA BOLÍVIA (ART. 258): “La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años.”⁸

Como se vê, o legislador adotou de forma explícita o critério psicológico.

- CÓDIGO PENAL DO CHILE (ART. 394): “Cometen infanticidio el padre, la madre e los demás ascendientes legítimos e ilegítimos que dentro de lãs cuarenta y ocho horas después Del parto matam al hijo o descendientes, y serán penados con presidio mayor em sus grados minimo a medio.”⁹

Como pode-se notar, o legislador chileno não mencionou nenhum dos critérios. O delito é tratado como figura autônoma privilegiada e além da mãe, incluem-se entre o sujeito ativo, o pai e os ascendentes.

- CÓDIGO PENAL DA COLÔMBIA (ART. 328): “Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.”¹⁰

influência do estado puerperal. E os pais, irmãos, maridos e filhos que para ocultar desonra de sua filha, irmã, esposa, ou mãe, cometem o mesmo delito.

⁸ Art. 258: A mãe que para encobrir sua fragilidade ou desonra causar morte ao seu filho durante o parto ou até três dias depois, incorrerá em privação de liberdade de um a três anos.

⁹ Art. 394: Cometem infanticídio o pai, a mãe e os demais ascendentes legítimos ou ilegítimos que dentro de quarenta e oito horas depois do parto matam o filho ou descendentes, e serão apenados com prisão em seu grau maior em seus graus mínimos a médio.

¹⁰ Art. 328: Morte do fruto da relação carnal violento ou abusivo ou de inseminação artificial não consentido. A mãe que durante o nascimento ou dentro de oito dias subseqüentes matar seu filho, fruto de relação carnal ou violento ou abusivo ou de inseminação artificial não consentido incorrerá em prisão de um a três anos.

Também não dispõe sobre nenhum critério, porém para se caracterizar o delito a mãe só poderá matar o filho se este for fruto de conjunção carnal violenta ou abusiva ou de inseminação artificial não consentida.

- CÓDIGO PENAL DO EQUADOR (ART. 429): “La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién-nacido, será reprimida com la pena de reclusión menor de 3 a 6 años.”¹¹

O legislador de forma clara previu o critério psicológico.

- CÓDIGO PENAL DA ESPANHA (ART. 138): “El que matare a outro será castigado, como reo de homicidio, com la pena de prisión de diez a quince años.”¹²

Não há a figura autônoma do infanticídio na legislação espanhola, assim a mãe que matar o próprio filho responderá por homicídio simples.

- CÓDIGO PENAL DO MÉXICO (ART. 256): “Se impondrá de tres a cinco años de prisión a la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, siempre que concurren las siguientes circunstancias:
 - Que no tenga mala fama;
 - Que haya ocultado su embarazo;
 - Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y
 - Que el infante no sea legítimo.

¹¹ Art. 429: A mãe que para ocultar sua desonra matar seu filho recém-nascido, será reprimida com pena de reclusão de três a seis anos.

¹² Art. 138: Aquele que matar o outro será castigado como réu de homicídio, com pena de prisão de dez a quinze anos.

Si en el infanticidio tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponde se le suspenderá de uno a tres años en ejercicio de su profesión.”¹³

Dispõe Maggio (2001, p. 116):

O Código Penal do México adotou o motivo de honra de forma implícita, conforme verifica-se pelo disposto no art. 256 que exige para a concessão do benefício as seguintes circunstâncias: que a mãe não tenha má fama, que tenha ocultado sua gravidez, que o nascimento não se tenha tornado público nem inscrito no registro civil, e que a criança seja filho ilegítimo. Para a caracterização do delito exige-se, ainda, que o fato ocorra dentro de 72 horas do nascimento da criança. O benefício foi restringido somente à mãe. Pelo código anterior (art. 325), o benefício era estendido aos ascendentes consangüíneos, porém, com previsão sancionatória superior àquela onde o sujeito ativo é a própria mãe.

- CÓDIGO PENAL DO PARAGUAI (ART. 105, § 3º, II): “Artículo 105 – Homicidio doloso... § 3º Se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando:... II. Una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto.”¹⁴

O código paraguaio não fez nenhuma menção quanto ao critério utilizado, ele trata o infanticídio como tipo privilegiado do homicídio.

- CÓDIGO PENAL DO PERU (ART. 110): “La madre que mata su hijo durante el parto o bajo la influencia Del estado puerperal, será reprimid con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o com

¹³ Art. 256: Se impondrá de três a cinco años de prisión a mãe que matar seu próprio filho dentro de setenta e duas horas de nascido, sempre que concorram as seguintes circunstâncias. I. Que não tenha má fama, II. Que tenha ocultado a gravidez, III. Que o nascimento do infante tenha sido oculto e não tenha sido inscrito no Registro Civil, IV. Que o infante não seja legítimo. Se o infanticídio tiver a participação de um médico cirurgião, auxiliar ou parteira, além da pena privativa correspondente se suspenderá de um a três años o exercício de sua profissão.

¹⁴ Art. 105: Homicidio doloso: § 3º Se aplicará una pena privativa de liberdade de até cinco años e se castigará a tentativa quando: II. Uma mulher matar seu filho durante ou imediatamente depois do parto.

prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento a cuatro jornadas.”¹⁵

Assim como o código brasileiro, o peruano também adota o critério fisiopsicológico.

- CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL (ART. 136): “A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de um a cinco anos.”

Também adota o critério fisiopsicológico.

- CÓDIGO PENAL DO URUGUAI (ART. 313): “Si el delito previsto em el artículo 310 (homicidio intencional) se cometiera sobre la persona de um niño menor de três dias, para salvar el próprio honor o el honor Del cónyuge, o de um pariente próximo, será castigado com seis meses de prisión a cuatro años de penitenciária. Se entiende por parturientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.”¹⁶

Dispõe Maggio (2001, p. 117):

O Código Penal do Uruguai, apesar da rubrica “infanticídio *honoris causa*”, não tratou o delito como verdadeiro tipo autônomo e, sim, como uma atenuante especial do homicídio. Isto é o que se verifica pelo art. 313 que dispõe: “se o delito previsto no art. 310 (homicídio intencional) for cometido sobre a pessoa de uma criança menor de três dias, para salvar a própria honra ou a honra...”. O benefício é estendido, nas condições, ao cônjuge e aos parentes próximos previstos no tipo penal. Aqui, a previsão sancionatória é idêntica para a mãe, para o cônjuge ou para o parente próximo.

¹⁵ Art. 110: A mãe que matar seu filho durante o parto ou sob a influência do estado puerperal, será punida com pena privativa de liberdade não inferior a um ano e nem superior a quatro anos, ou com prestação de serviço comunitário de cinquenta e duas a cento e quatro jornadas.

¹⁶ Art. 313: Se o delito previsto no art. 310 (homicídio intencional) for cometido em face da pessoa de uma criança menor de três dias, para salvar desonra própria ou do cônjuge ou do parente próximo, será castigado com seis meses de prisão a quatro anos de penitenciária. Se entende por parente próximo os pais, os filhos legítimos ou naturais, reconhecidos ou declarados como tais, adotivos, avôs, netos e também os irmãos legítimos.

- CÓDIGO PENAL DA VENEZUELA (ART. 129): “La madre que impulsada por motivos intimamente ligados a su estado, que lê produzan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido três días, será sancionada con prisión de dos a ocho años.”¹⁷

Adota o critério fisiopsicológico como o Código Brasileiro.

Legislações como da Inglaterra, Turquia, Egito, Mônaco e Groelândia não fazem referências alguma quanto ao delito de infanticídio.

Desta forma, observa-se que a maioria dos países segue o sistema brasileiro, ou seja, o terceiro que pratica infanticídio também responde por infanticídio.

3 Apenamento

Como visto, a pena cominada para o infanticídio é de detenção de 2 a 6 anos para o crime consumado. Não incidem as agravantes previstas no art. 61, inciso II, letras “e” (crime praticado contra descendentes) e “h” (crime praticado contra criança) uma vez que constituem a descrição típica do infanticídio.

No entanto, de acordo com Damásio existem três possibilidades jurídicas quanto a pena aplicada ao partícipe ao co-autor, são elas:

1º) Se a mãe e o terceiro concretizam o núcleo do tipo “matar”, por força do Princípio Unitário que vige a co-autoria, a mãe responderá por infanticídio e conseqüentemente o terceiro também.

2º) A mãe mata a criança contando com a participação acessória de terceiro, neste caso, o terceiro por força do art. 30 do Código Penal no qual dispõe que as elementares comunicam-se ao partícipe, ambos responderão por infanticídio.

¹⁷ Art. 129: A mãe que impulsada por motivos intimamente ligados ao seu estado, que produzir lhe produzam sem dúvida algumas alterações psíquicas, matar seu filho durante seu nascimento ou antes de que tenha completado três dias, será sancionado com prisão de dois a oito anos.

3º) O terceiro mata a criança com a participação meramente acessória da mãe, o terceiro responderá por homicídio e a mãe responderia por participação em homicídio, no entanto ensina Damásio (1999, p. 448):

Não pode ser homicídio, pois, se assim fosse, haveria outra incongruência: se a mãe *matasse* a criança, responderia por delito menos grave (infanticídio); se induzisse ou instigasse o terceiro a matar o filho, responderia por crime mais grave (participação no homicídio).

Assim, enquanto não houver uma mudança na lei, eliminando a figura do infanticídio e transformando-o em tipo privilegiado do homicídio, não haverá tanta discussão em torno do concurso de pessoas, uma vez que a influência do estado puerperal e a relação de parentesco seriam circunstâncias legais específicas de natureza subjetiva (pessoal) do homicídio, incomunicáveis em caso de concurso de agentes.

Portanto, enquanto isso não ocorrer, o partícipe ou o co-autor continuarão respondendo por infanticídio, devido ao artigo 30 do Código Penal.

4 Tendências quanto ao infanticídio

O infanticídio no Anteprojeto do Código Penal (Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984 do Ministério da Justiça) vem assim disposto:

Art. 123 – Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência deste e para ocultar desonra própria:

Pena: Reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único – Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e parágrafos.

Como pode-se observar, o texto traz novamente o caráter psicológico da conduta, ou seja, o crime pode ser cometido para ocultar desonra própria, além é claro, do caráter fisiopsicológico (influência do estado puerperal). Outra mudança no texto legal foi o regime de pena, que passou de detenção para o de reclusão, outra mudança significativa foi a menção expressa do concurso de pessoas, no qual dispõe que, quem concorrer para o crime incidirá nas penas do art. 121 e parágrafos.

Como se não bastasse, em 27 de outubro de 1987, a Portaria nº 790 trouxe outro texto legal:

Art. 123 – Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência perturbadora deste ou para ocultar desonra própria.

Pena: Reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único – Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e parágrafos.

Observa-se, portanto, que a *honoris causa* continua inserida no texto legal, não obstante, não nos parece correta tal inclusão, uma vez que atualmente não existem mais preconceitos sobre a mulher, além do mais, é flagrante a desproporção entre a violação da honra sexual da mulher e o direito a vida de qualquer ser humano.

Assim, esta nova conceituação do infanticídio está longe de ser perfeita, pois, continuam as expressões “logo após o parto” e “Influência perturbadora do parto”, que tanto geram divergências doutrinárias e jurisprudenciais em suas interpretações.

Desta forma, o Projeto de Lei 3.752/04 do deputado Coronel Alves, institui pena de oito a quinze anos para quem estimular ou ajudar mulher em estado puerperal a assassinar recém-nascido. Alega o autor do projeto que o Código Penal apresenta lacunas no tratamento do infanticídio e assim dispõe: “O projeto vem preencher essas lacunas da lei e permitir um ordenamento jurídico capaz de proteger verdadeiramente o bem jurídico, segundo a realidade e com justiça”.

A matéria tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania apensada ao PL-1.262/03, do deputado José Divino, que tipifica como homicídio (e não mais como infanticídio) a morte do recém-nascido pela mãe sob a influência do estado puerperal.

Portanto, é fundamental que essa matéria seja o mais rápido possível solucionada no legislativo, pois só assim, não haverá mais dúvidas.

5 Jurisprudências

Sobre o concurso de agentes no infanticídio não foi encontrado nenhuma jurisprudência, isso mostra a omissão dos legisladores em relação ao tema, não por ser raro de acontecer, mas porque não se tem dado a importância que merece.

Por tal razão, se faz necessário a reforma do Código Penal.

Conclusão

O infanticídio foi talvez um dos crimes que mais se diversificou ao longo da história, não só na legislação nacional como também na estrangeira, já foi punido com pena de morte, já se adotou o critério psicológico (*honoris causa*) e atualmente adota-se o critério fisiopsicológico (influência do estado puerperal).

Como se vê, trata-se de um tema bastante divergente e duvidoso, pois, além do próprio direito material discutido (o direito à vida), discute-se o que levou a parturiente a cometê-lo, o significado da expressão “logo após o parto” e como punir quem praticou o crime em concurso de pessoas.

Com o presente estudo, verifica-se que o infanticídio está longe de ser um tema pacífico, mas a melhor forma de interpretá-lo, de acordo com a maioria dos doutrinadores é a seguinte:

1º) Para que o crime se caracterize é necessário que o feto nasça vivo e não a sua capacidade de sobrevivência;

2º) Em relação a expressão “logo após o parto”, essa deve ser entendida como o período de tempo em que a mulher se encontrar influenciada pelo estado puerperal, assim, para tal diagnóstico é necessário uma perícia médico-legal;

3º) Quanto ao critério psicológico que era adotado pelo Código Penal, acertou, em partes, o legislador em substituí-lo pelo critério fisiopsicológico, uma vez que se a mãe mata o próprio filho para ocultar desonra, maior desonra é tornar-se uma assassina, assim, a honra sexual não deve prevalecer sobre o direito à vida, além do mais, os costumes sexuais atuais estão bem diferentes do que eram.

4º) Com a adoção do critério fisiopsicológico, pecou o legislador, uma vez que nem os médicos conseguiram chegar num acordo sobre o que seria o estado puerperal, porém, o que vem prevalecendo, é que trata-se de uma modalidade de Transtorno de Estresse Agudo, ou seja, seria uma alteração temporária em mulher previamente sã ocasionando um colapso do senso moral e a diminuição da capacidade de entendimento, mas, para que fique comprovado, é necessário a perícia médico-legal.

5º) Quanto ao concurso de pessoas, tema deste trabalho, há três posicionamentos. Primeiro, será partícipe no infanticídio, somente aquele que induziu, instigou ou prestou auxílio material a mãe, pois a comunicabilidade somente ocorre da conduta principal para a acessória. Segundo, a influência do estado puerperal é uma condição personalíssima, e não se comunica ao terceiro, uma vez que o artigo 30 do Código Penal, fala em circunstâncias de caráter pessoal. Terceiro, por ser um delito autônomo, a influência do estado puerperal, constitui elemento do crime de infanticídio, e por tal razão, aplica-se o disposto no artigo 30 de Código Penal.

No entanto, este é o posicionamento que tem sido aplicado, pois, assim prevê a legislação, porém, não nos parece o mais adequado, uma vez que, o

partícipe e o co-autor não agiram influenciados pelo estado puerperal e por tal razão, não merecem ser acobertados pelo privilégio do infanticídio. Assim, enquanto não houver a eliminação do infanticídio como figura autônoma, transformando-o em homicídio privilegiado, ou mesmo inserindo um parágrafo em seu artigo, dispondo sobre o concurso de pessoas, tanto o partícipe como o co-autor continuarão sendo punidos com a pena mais branda do infanticídio.

Assim, pode-se concluir que, se a parturiente elimina, propositadamente a vida de seu filho nascente ou neonato, movida por maldade, egoísmo ou por qualquer outra razão injustificável, responderá por homicídio, conforme o artigo 121 e seus parágrafos do Código Penal.

Se a mulher, comete o ato extremo movida por pressões sociais ou morais frente a gravidez indesejada por exemplo, receberá a atenuação da pena, com embasamento no “motivo de relevante valor social ou moral”, disposto no artigo 65, inciso III, letra a, do Código Penal.

Se a mulher, em decorrência do parto ou puerpério tiver sua capacidade de entendimento diminuída por razões patológicas, ela será punida, nos termos da semi-imputabilidade penal (art. 26, parágrafo único, do Código Penal).

Por fim, se a mãe for totalmente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, ao tempo da ação ou omissão, será enquadrada no disposto no artigo 26, *caput*, do referido diploma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLONE, G. J. **Depressão pós-parto**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/sexo/posparto.htm1>>. Acesso em 13 de agosto de 2004.

BARROS, Flávio A. Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1.

BRASIL. **Código penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte especial – crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. 4.

_____, Aníbal. **Direito penal: parte especial – crimes contra a pessoa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, t. 4.

BUENO, Francisco da Silva. **Dicionário escolar da língua portuguesa.** 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal.** 6. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CROCE, Delton. **Manual de medicina legal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DELMANTO, Celso, Roberto, Roberto Júnior, Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado.** 6. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal.** 7. ed. São Paulo: Martins, 1962, v. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial.** 10. ed. Rio de Janeiro, 1988, v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

_____. **Medicina legal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

GOMES, Hélio. **Medicina legal.** 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GONÇALVES, Edir. Feto é encontrado na antiga prainha. **Jornal Regional.** Dracena, 03 set. 2003. Diversos, p. 03

GUIMARÃES, Roberson. **O crime de infanticídio e a perícia médico-legal.** Uma análise crítica. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em 20 de julho de 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. 5.

_____, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 5.

_____, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 5.

JAKOBI, Heinz Roland. **Depressão pós-parto**. Disponível em: <<http://www.jakobi.com.br/depressaopos.htm>>. Acesso em 13 de agosto de 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

_____. **Direito penal: parte especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. **Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br.htm>>. 2002. Acesso em 18 de agosto de 2004.

JORGE, Estefânia dos Santos. **Discussões acerca do estado puerperal**. 2003. 42f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2003.

LUCENA FILHO, Miguel. **Comunicabilidade nos crimes próprios**. Disponível em: <<http://neofito.direito.com.br/artigos/art01/penal77.htm>>. Acesso em 18 de agosto de 2004.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. Bauru: Edipro, 2001.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Millennium, 2002, v. 4.

_____. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.

MELLO, Dirceu de. **Infanticídio**: Algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 455, setembro de 1973.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999, v. 2.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991, v. 1.

NINELO, Beatriz Rodrigues. **Novas considerações sobre o crime de Infanticídio**. 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: dos crimes contra pessoa. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

_____. **Direito penal**: parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria forense**: noções básicas. São Paulo: Saraiva, 1992.

PASQUINI, Cristiane Forim. **O infanticídio e seus aspectos divergentes**. 2002. 91f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2002.

PATARO, Oswaldo. **Medicina legal e prática forense**. São Paulo: Saraiva, 1976.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial – arts. 121 a 138. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.2.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.1.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: Contribuições ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Patrícia Regina dos. **Concurso de agentes no Infanticídio**. 2001. 62f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2001.

SILVESTRE, Berta Lúcia Buzetti. **Concurso de pessoas no crime de Infanticídio**. 2002. 38f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, t. 3.

VARGAS, Heber Soares. **Manual de psiquiatria forense**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.