

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A COMUNICABILIDADE DAS ELEMENTARES PESSOAIS NO
CRIME DE INFANTICÍDIO E NOS CRIMES FUNCIONAIS**

José Caetano Baptista Junior

Presidente Prudente/SP
2006

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A COMUNICABILIDADE DAS ELEMENTARES PESSOAIS NO
CRIME DE INFANTICÍDIO E NOS CRIMES FUNCIONAIS**

José Caetano Baptista Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito sob orientação do Profº Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP
2006

**A COMUNICABILIDADE DAS ELEMENTARES PESSOAIS NO
CRIME DE INANTICÍDIO E NOS CRIMES FUNCIONAIS**

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

Antenor Ferreira Pavarina
Orientador

Dirce Felipim Nardin

Mario Coimbra

Presidente Prudente/SP, 29 de novembro de 2006.

Aos meus pais, José e Adelaide, pela incansável dedicação e carinho a mim devotados e sem os quais, não teria tido força para prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, criador da humanidade e luz que me guia nessa longa trajetória da vida.

Às minhas irmãs, Alessandra, Alana e Cássia, bem como à minha sobrinha Andressa, pelo carinho ofertado.

Ao Professor orientador Pavarina que, com seus valiosos conselhos contribuíram para esse trabalho se tornar mais completo e interessante.

Aos ilustres membros da banca examinadora, por terem aceitado o convite e despendido de seu valioso tempo para avaliar esse trabalho.

A todos os professores desta renomada instituição de ensino, dos quais tive a honra de ter sido aluno (e continuarei eternamente a ser).

Aos colegas com quem troquei experiências e dúvidas e que certamente contribuíram para essa realização.

Enfim, a todos os demais que de uma forma ou de outra contribuíram para que esse trabalho encontrasse o seu fim.

RESUMO

A feitura do presente trabalho teve por escopo analisar, a partir da sistemática vigente no concurso de agentes do nosso sistema jurídico penal, a comunicabilidade da elementar pessoal “estado puerperal” residente no crime de infanticídio, previsto no artigo 123 do CP. O crime, quando obra de uma pluralidade de agentes, enseja a aplicação de regras específicas oriundas dos artigos 29, 30 e 31 do CP. Dentre elas está a questão da comunicabilidade das condições, circunstâncias e elementares dos crimes alusivas a um ou uns dos agentes para os demais. Nesse diapasão, segundo o artigo 30 do CP verificou-se a comunicabilidade das condições e circunstâncias objetivas, desde que a sua presença tenha adentrado na esfera de conhecimento dos demais agentes. De outro lado, constatou-se a comunicabilidade das condições e circunstâncias pessoais, desde que elementares do crime. A partir da constatação da comunicabilidade das condições e circunstâncias de caráter subjetivo quando elementares do crime, foi possível concluir que os efeitos da elementar “estado puerperal” se estendem para o co-autor ou partícipe. Nessa situação, aquele que agiu sem estar sob a influência do chamado “estado puerperal” tem a conduta subsumida a um tipo penal mais brando, se comparado ao de homicídio. Não obstante, também se verificou que a elementar pessoal “funcionário público”, constante dos crimes funcionais, previstos no CP, se comunica ao co-autor ou partícipe, mesmo que este não pertença ao quadro de funcionários da Administração Pública. Essa comunicabilidade, no entanto, está adstrita ao conhecimento por parte do *extraneus*, da presença da especial qualidade do seu comparsa. A partir de uma comparação entre a comunicabilidade das elementares pessoais, “estado puerperal” e “funcionário público”, concluiu-se estar tão somente a primeira abarcada de injustiça, uma vez que, mais do que elementar pessoal, trata-se de elementar personalíssima, que desempenha papel determinante na prática delituosa, o mesmo não ocorrendo em relação a elementar funcionário público. Por isso foram propostas alterações legislativas.

Palavras-chave: Infanticídio. Estado puerperal. Funcionário público. Comunicabilidade.

ABSTRACT

The act of the present work had for target to analyze, from effective systematics in the conspiracy of our criminal legal system, the communicability of the elementary staff “been puerperal” resident in the crime of infanticide, foreseen in article 123 of the CP. The crime, when workmanship of a plurality of agents, tries the application of deriving specific rules of articles 29, 30 and 31 of the CP. Amongst them it is the question of the communicability of the conditions, elementary circumstances and of the allusive crimes to one or ones of the agents for excessively. In this context, according to article 30 of the CP verified it objective communicability of the conditions and circumstances, since that its presence has entered in the sphere of knowledge of excessively the agents. Of another side, it was evidenced personal communicability of the conditions and circumstances, since that elementary of the crime. From the to evidence of the communicability of the conditions and circumstances of subjective character when elementary of the crime, it was possible to conclude that the effect of the elementary “puerperal state” if extend for the co-author or participant. In this situation, that one that acted without being under the influence of the call “been puerperal” more has the adjusted behavior to a criminal type soft, if compared with the one of homicide. However, also it was verified that the elementary staff “public officer”, constant of the functional crimes, foreseen in the CP, if it communicates to the co-author or participant, exactly that this does not belong to the picture of employees of the Public Administration. This communicability, however, is attached to the knowledge on the part of the *extraneus*, of the presence of the special quality of its accomplice. From comparison enters communicability of elementary staffs, “state puerperal” and “public officer”, concluded to be so only first accumulated of stocks of injustice, time that, more than what elementary staff, is about elementary exclusive, who plays determinative role in practical the delictual one, the same not occurring in relation the elementary public officer. Therefore they had been proposals legislative alterations.

Keywords: Infanticide. Puerperal state. Public officer. Communicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DO CONCURSO DE PESSOAS	12
1.1 Conceito	12
1.2 Concurso necessário e eventual	13
1.3 Teorias sobre a natureza jurídica do concurso de pessoas.....	14
1.3.1 Teoria unitária ou monista	15
1.3.2 Teoria dualista.....	16
1.4 Requisitos para a ocorrência do concurso de pessoas.....	17
1.5 Autoria e co-autoria.....	21
1.5.1 Teoria restritiva ou objetivo-formal.....	22
1.5.2 Teoria extensiva	22
1.5.3 Teoria do domínio do fato.....	22
1.5.4 Teoria adotada pelo Código Penal	24
1.6 Espécies de autoria segundo a teoria do domínio do fato.....	25
1.6.1 Autoria propriamente dita	25
1.6.2 Co-autoria.....	25
1.6.3 Autoria intelectual.....	26
1.6.4 Autoria mediata.....	26
1.7 Participação	27
1.7.1 Conceito	27
1.7.2 Formas de participação	28
1.7.3 Participação em diferentes espécies de crime.....	30
1.7.4 Participação impunível.....	31
1.8 Punibilidade no concurso de pessoas	32
1.9 Comunicabilidade e incomunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares do crime.....	34
1.9.1 Incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal	35
1.9.2 Comunicabilidade das condições e circunstâncias de caráter objetivo .	35
1.9.3 Comunicabilidade das elementares de caráter objetivo ou subjetivo	36
2 DO INFANTICÍDIO	38
2.1 Considerações Preliminares	38
2.2 Objetividade Jurídica	40
2.3 Classificação doutrinária.....	41
2.4 Tipo objetivo	42
2.5 Tipo Subjetivo.....	45
2.6 Sujeitos do delito.....	46
2.6.1 Sujeito ativo	46
2.6.2 Sujeito passivo	47
2.7 Consumação e tentativa.....	47

2.8 Distinções	48
2.9 Pena e ação penal	49
2.10 Considerações acerca da elementar estado puerperal	49
3 DOS CRIMES FUNCIONAIS	52
3.1 Considerações acerca dos crimes contra a administração pública.....	52
3.1.2 Objetividade jurídica.....	53
3.1.3 Espécies.....	55
3.2 Classificação dos crimes funcionais	56
3.3 Rol dos crimes funcionais	57
3.4 Funcionário público	58
3.4.1 Conceito	58
3.4.2 Funcionário público por equiparação.....	61
3.4.3 Causa de aumento de pena.....	62
3.5 Elemento subjetivo dos tipos	63
4 DA COMUNICABILIDADE DAS ELEMENTARES PESSOAIS NOS CRIMES DE INFANTICÍDIO E NOS CRIMES FUNCIONAIS.....	64
4.1 Considerações acerca da comunicabilidade da elementar “estado puerperal”	64
4.2 Considerações acerca da comunicabilidade da elementar “funcionário público”	69
4.3 Um paralelo distintivo entre a comunicabilidade das elementares pessoais “estado puerperal” e “funcionário público”	70
5 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

A sociedade atual cada vez mais desacredita nas instituições do Direito, sobretudo no que toca à legislação penal e processual penal.

Vários são os reclames e, dentre eles, encontra-se a dosagem da pena. Em que pese a opinião de vários juristas de renome e a do autor do presente, no sentido de que a quantidade da pena não reduz a criminalidade, em alguns casos mais específicos a pena abstratamente cominada se mostra extremamente injusta.

A injustiça da pena fica bem clara quando o co-autor no crime de infanticídio, ou seja, a pessoa que mata o neonato sem estar sob a influência do estado puerperal, acaba respondendo pela pena do crime de infanticídio (art. 123, *caput*, CP, pena: detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos) e não pela pena do crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP pena: reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos), pois atuou em concurso de agente com a genitora da vítima.

Esse tratamento injusto, que beneficia quem não merece, só ocorre em razão do artigo 30 do Código Penal, que estabelece a comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal quando elementares do delito, ou seja, quando se tratar de crimes próprios.

No entanto, a comunicabilidade das elementares de caráter pessoal não é um mal existente em nosso ordenamento jurídico-penal. Em outras palavras, nem sempre a comunicabilidade das elementares pessoais nos crimes próprios conduz à aplicação de uma pena injusta. Exemplo disto é o que se dá no crime de peculato, quando o co-autor ou partícipe do funcionário público, que não pertence aos quadros da administração pública, incide nas penas deste delito (art. 312, *caput*, CP, pena: reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos e multa) e não nas penas do crime de apropriação indébita (art. 168, *caput*, CP, pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa).

Daí surge a necessidade de discutir o assunto, para se chegar a uma alteração na lei, como por exemplo, a criação de um novo tipo penal que preveja a conduta do co-autor de infanticídio, criando assim, uma exceção pluralista da teoria unitária no que toca ao concurso de pessoas, uma vez que a incongruência legislativa, ora em análise, não reside no artigo 30 do CP, mas sim na estrutura do próprio crime de infanticídio.

O primeiro capítulo abordou a sistemática do concurso de agentes no Direito brasileiro, isto é, a sua conceituação, espécies de concurso, as teorias doutrinárias que lhe

dão supedâneo e qual delas adotaram o Código Penal pátrio, e principalmente, a questão da comunicabilidade das condições, elementares e circunstâncias dos crimes praticados em concurso de pessoas.

O segundo capítulo expôs a estrutura jurídico penal do delito de infanticídio, seu conceito, objetividade jurídica, os sujeitos, ativo e passivo, tipologia tanto no aspecto objetivo quanto no subjetivo, o momento consumativo deste crime e a distinção dele para os demais delitos contra a vida (capítulo no qual encontra-se inserido). Além disso, colheu-se o ensejo para tecer breves considerações acerca da existência do estado puerperal, ainda que não tenha sido a intenção deste trabalho discutir a existência deste especial estado que se abateria sobre algumas mulheres no momento do parto ou logo após a ele, pretendeu-se expor a presença de séria dúvida que habita a doutrina médico-legal acerca de sua existência.

No terceiro capítulo por sua vez, foram feitas considerações acerca dos crimes funcionais tais como, objetividade jurídica, espécies, classificação, conceito de funcionário público e os demais aspectos concernentes à comunicabilidade deste último, que se constitui elementar dos crimes funcionais, bem como ainda as condições para que a referida comunicabilidade se concretize.

O quarto capítulo, com base em todas as explanações anteriores demonstrou que em nosso sistema, face o disposto no artigo 30 do Estatuto Penal pátrio, a elementar estado puerperal contida no delito de infanticídio, comunica-se aquele que o pratica em união de desígnios com a parturiente. Também ficou demonstrado que a elementar “funcionário público” se comunica ao co-autor ou partícipe, ainda que estes não sejam funcionários públicos nos termos da lei penal. Tendo sido defendida a injustiça que cerca a sistemática da comunicabilidade do “estado puerperal” no crime de infanticídio, mas não na comunicabilidade da elementar “funcionário público” nos crimes funcionais, algumas propostas de alteração legislativa foram expostas.

De modo que, o autor, em razão dos motivos supraexpostos, procurou pesquisar sobre a comunicabilidade do discutível estado puerperal no delito de infanticídio praticado na forma plúrima, a fim de procurar uma melhor solução da questão, uma vez que a injustiça albergada pela letra fria da lei não merece prosperar e trata-se de apenas mais uma, das várias reformas que o nosso Código Penal requer para sempre melhor atender aos objetivos da ciência que ele materializa bem como para oferecer à sociedade sentimento de justiça e segurança jurídica.

No que tange à 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.

1 DO CONCURSO DE PESSOAS

1.1 Conceito

As figuras típicas previstas no Código Penal e nas demais Leis Extravagantes podem ser praticadas de dois modos distintos: por uma pessoa isoladamente que, sozinha, emprega seu intelecto e esforços para a consecução delituosa; ou por mais de uma pessoa, quando elas unem os seus esforços intelectual e material para a realização do tipo penal.

Assim, uma pessoa pode, isoladamente, matar, subtrair, roubar, causar dano a outrem ou, ainda, praticar todas estas condutas conjuntamente com outra ou outras pessoas. Na primeira hipótese, a figura típica foi realizada de modo simples; já na segunda, houve uma concentração de esforços emanados de vários agentes para a concretização do tipo, houve então uma pluralidade de agentes para a realização criminosa.

Portanto, pode o concurso de pessoas ser definido como a pluralidade de agentes que, em comum acordo, se unem ao redor de um objetivo, qual seja, a prática de uma infração penal. A maneira como cada agente contribui para a consecução da finalidade criminosa pode variar, sendo que esta variação não altera a natureza do instituto concursal.

Neste contexto, expõe o Ilustre doutrinador Damásio E. de Jesus (2002, p. 405):

A infração penal, porém, nem sempre é obra de um só homem. Com alguma frequência, é produto da concorrência de várias condutas referentes a distintos sujeitos. Por vários motivos, quer para garantir a sua execução ou impunidade, quer para assegurar o interesse de várias pessoas em seu consentimento, reúnem-se repartindo tarefas, as quais realizadas, integram a figura delitiva. Assim, o crime de furto pode ser planejado por várias pessoas; uma rompe a porta de sua residência, outra nela penetra e subtrai bens, enquanto uma terceira fica de atalaia. Neste caso, quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, fala-se em co-deliqüência, concurso de pessoas, co-autoria, participação, co-participação ou concurso de delinquentes (concursos delinquentium). O CP emprega a expressão ‘concurso de pessoas’ (art. 29).

O Código Penal de 1940 previa o instituto do concurso de pessoas sob a rubrica “co-autoria”, não fazia distinção alguma entre as diferentes maneiras como os agentes contribuíam para a prática do crime, pelo contrário, reuniam-os todos como co-autores. Não havia assim, distinção entre os institutos da co-autoria e da participação.

Posteriormente, o Código Penal de 1969, utilizou a expressão “concurso de agentes”. Entretanto, com o advento da reforma de 1984, que modificou vários pontos do Código Penal, aquela expressão foi substituída pela expressão “concurso de pessoas”, pois entendeu o legislador que assim seria mais técnico e não tão abrangente.

Enfim, o texto atual do Código Penal, traz em seu artigo 29, sob a rubrica “concurso de pessoas” o seguinte: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada, na medida de sua culpabilidade.”.

1.2 Concurso necessário e eventual

Na classificação doutrinária dos delitos, encontram-se de um lado os unilaterais, unissubjetivos ou monossubjetivos e, de outro, os plurissubjetivos, bilaterais ou coletivos.

Os primeiros, unissubjetivos, são aqueles delitos que podem ser cometidos por uma só pessoa isoladamente, como por exemplo: o homicídio (art. 121, CP), o roubo (art. 157, CP), o estupro (art. 213, CP) etc. Nestes delitos unissubjetivos, não há exigência para a concretização da figura típica que haja a convergência da ação de mais de um agente, a atividade de um só já é suficiente para a realização criminosa.

De outro lado, os delitos plurissubjetivos, não se contentam com a presença de um único sujeito no pólo ativo da empreitada criminosa, pelo contrário, exigem para a sua materialização, a concorrência de dois ou mais sujeitos. São exemplos desta espécie de crime o de quadrilha ou bando (art. 288, CP), a bigamia (art. 235, CP), ou o furto mediante concurso de agentes (art. 155, §4º, do CP) etc.

Portanto, é possível denotar-se que determinados crimes estão intimamente ligados à concorrência de mais de um indivíduo para a sua caracterização, é o caso de todos os crimes plurissubjetivos. Neste caso, temos o concurso de pessoas necessário. De outra banda, existem aqueles delitos que não exigem a concorrência de mais de um sujeito no pólo ativo para a sua caracterização, sendo indiferente, para este efeito, que tenha sido praticado por um só sujeito ou por vários deles. Assim, neste último caso, temos o concurso de pessoas eventual.

As regras alusivas ao concurso de pessoas trazidas pelos artigos 29 e seguintes do Código Penal, terão aplicação quase que somente aos delitos de concurso eventual, isto é,

àqueles que podendo ser praticados de forma simples, por um só sujeito, o são de forma plúrima. Tal colocação se deve ao fato de, uma vez que os delitos de concurso necessário requerem para sua caracterização a presença no pólo ativo de mais de um sujeito, serão eles sempre co-autores, embora certa parcela da doutrina aceite a participação nestes delitos.

Não discrepa da assertiva supra, a lição do Ilustre doutrinador Damásio E. de Jesus (2002, p. 406):

O princípio segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), somente é aplicável aos casos de concurso eventual, com exclusão do concurso necessário. Nestes como a norma incriminadora exige a prática do fato por mais de uma pessoa, não há necessidade de estender-se a punição por intermédio da disposição ampliativa a todos os que o realizam. Eles estão cometendo o delito materialmente. São co-autores. Isso não impede, entretanto, a participação, como ensinava Maggiore.

Contudo, não pode ser levada às últimas conseqüências a dicotomia acima exposta, uma vez que, certas vezes, ainda que se trate de delitos de concurso necessário, as noções de co-autoria e participação terão alguma valia, sobretudo no que tange à culpabilidade dos agentes. Segundo Barros (2003, p. 404), o assunto é argumentado da seguinte forma:

Conquanto desenvolvida para os delitos de concurso eventual, as noções de co-autoria e participação também são aplicáveis, com certo tempero, aos delitos de concurso necessário. O tempero a que nos referimos é a capacidade de culpa dos co-autores e partícipes, essencial nos delitos de concurso eventual. Porém, dispensável nos de concurso necessário. Veja-se, por exemplo, que o crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288) caracteriza-se ainda que de entre os quadrilheiros haja menores ou amentais. Igualmente, no furto mediante concurso de agentes (CP, art 155, §4º, IV) o comparsa o agente pode ser uma pessoa inimputável.

1.3 Teorias sobre a natureza jurídica do concurso de pessoas

Ao praticarem um fato descrito como crime os agentes, em comunhão de desígnios, praticaram cada qual um crime distinto ou todos eles praticaram um único crime? A respeito desta indagação e para esclarecê-la existem três teorias a respeito: a unitária, a dualista e a pluralista.

1.3.1 Teoria unitária ou monista

A teoria unitária encontra-se alicerçada na unicidade do evento delituoso. Para os adeptos desta corrente, os penalistas da Escola Clássica, ainda que vários indivíduos contribuam com condutas das mais diversificadas, para a concretização do tipo penal, não há se falar em delitos distintos para cada um deles, mas pelo contrário, há na verdade, um único delito.

Sob a égide desta teoria, podem ser penalmente responsabilizados aqueles que praticam condutas não contidas nos núcleos dos tipos penais, mas que, uma vez praticadas em um contexto criminoso, por força da subordinação ampliada contida no mandamento oriundo do artigo 29 do Código Penal, tornam-se penalmente relevantes e por isso, puníveis.

Desse modo, dispõe Marques *apud* Nascimento (1999, p. 50) que:

Os que não executam a ação ou omissão consubstanciada no núcleo do tipo, mas concorrem para o crime de qualquer modo (art. 25)¹ realizam uma conduta que se torna relevante penalmente em virtude de enquadramento de subordinação ampliada: é a norma de extensão do art. 25 ao tornar relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta de per si atípica.

Se por um lado a aplicação desta teoria traz vantagens, como a desnecessidade de levantar questões sobre cúmplices, auxílio secundário, induzimento, mandato etc., como ocorria no Código Penal anterior, Mirabete (2000, p. 226) apresenta uma crítica à sua adoção:

A crítica a essa posição deriva não só da dificuldade de se estabelecer a realidade da “equivalência das condições”, bastante discutível, como das próprias exceções da lei, que estabelece, apesar da adoção do princípio unitário, algumas causas de agravamento e atenuação da pena.

De qualquer modo, foi a teoria monista a eleita pelo atual Código Penal para nortear o concurso de pessoas, e segundo Bruno *apud* Nascimento (1999, p. 50) andou bem o legislador ao assim proceder:

¹ A referência ao artigo 25 do Código Penal diz respeito ao atual artigo 29.

Sem o instituto da co-deliqüência, baseada na concepção do crime, os fatos de cumplicidade não atingindo em si mesmos fatos da execução da figura típica, ficariam impunes. Punem-se como partes integrantes do crime total. É uma consequência de não haver crime para cada partícipe, mas um crime único partícipes diversos.

1.3.2 Teoria dualista

A teoria dualista ou dualística propõe que quando mais de um agente investe em uma empreitada criminosa, haverá unicidade de crimes entre os autores (os que realizaram as condutas previstas no núcleo do tipo) e outra unicidade de crimes entre os partícipes (os que realizam atividades secundárias ou auxiliares na concretização do tipo). Tal teoria vem do Direito Italiano, uma vez que quem a encabeça é Vincenzo Manzini, tendo-a exposto em seu *Trattato de Diritto Penale Italiano*.

Tal teoria, *data máxima venia*, contraria em certa medida a própria lógica, pois não é possível afirmar-se haver dualidade ou pluralidade de crimes onde existe conjugação de vontades, união de desígnios para a consecução de um mesmo fim.

1.3.3 Teoria pluralista

Preconizam os defensores desta teoria haver tantos delitos quantos forem seus autores ou partícipes, isto é, cada ato, cada conduta, deve ser considerado isoladamente, pois cada um representa um delito autônomo dos demais. Assim, cada ato será responsável por um resultado próprio e, por via de consequência, o agente realizador de cada um também será responsável pelo resultado emanado de sua conduta.

Ao contrário do que ocorre na teoria unitária, aqui não há responsabilização da multiplicidade de agentes pelo evento criminoso comum, há responsabilizações individuais, correspondentes à prática delituosa de cada agente. Pelo prisma desta corrente, portanto, não há se falar em participação, uma vez que cada agente será autor da sua conduta, autonomamente considerada. Aliás, não é outro o ensinamento de Nascimento (1999, p. 51):

A teoria pluralista é aquela segundo a qual existem tantos crimes quantos forem os agentes. Temos aí a multiplicidade de participantes do delito, correspondendo à diversidade de crimes. Para tal teoria não existe participação, mas simultaneidade entre os diversos crimes.

Conforme se dispôs alhures, o Código Penal de 1940, adotou a teoria unitária para nortear o concurso de pessoas. No entanto, a sua aplicação não é levada às últimas conseqüências, uma vez que é possível serem encontrados no nosso sistema, alguns resquícios de aplicação da teoria pluralista. Ou seja, o nosso Código Penal abarca por vezes, em caráter de excepcionalidade, a teoria pluralista. Estas exceções pluralistas à teoria unitária nada mais são do que descrições típicas autônomas das condutas dos partícipes e dos autores, vejamos alguns exemplos:

a) artigo 124, 2ª parte, CP: aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante. O terceiro responde por aborto consensual (artigo 126, CP); enquanto que a gestante responde por aborto consentido (artigo 124, 2ª parte);

b) artigo 235, caput, CP; bigamia: o agente casado que contrai novo casamento responde por bigamia (art 235, caput). E a pessoa solteira que contrai matrimônio com o agente casado, conhecendo a circunstância impeditiva, será incurso nas penas previstas no §1º do artigo 235 do CP de forma autônoma;

c) artigo 317 do CP; corrupção passiva: o funcionário público que solicita ou recebe para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de recompensa de tal vantagem, comete o delito previsto no caput do artigo 317 do CP; contudo, o particular que adere sua conduta à do funcionário público, não terá sua conduta subsumida a este tipo penal, mas à previsão do artigo 333, caput, CP, qual seja, a corrupção ativa.

1.4 Requisitos para a ocorrência do concurso de pessoas

Para que o concurso de pessoas seja configurado no caso concreto, é preciso que coexistam alguns elementos, quais sejam: a) pluralidade de condutas; b) relevância causal de todas as condutas; c) liame subjetivo entre os agentes; d) identidade de infrações para todos os sujeitos ou identidade de fato.

É necessário, em primeiro lugar, a existência, no mínimo, de mais de um agente em torno da consecução criminosa, praticando atos tendentes ao crime. Destarte, não há concurso de pessoas sem a existência de pluralidade de condutas. Nesta linha expõe Fernando Capez: “Sem pluralidade de condutas nunca haverá uma principal e outra acessória, mínimo exigido para o concurso.” (CAPEZ, 2003, p. 236).

Há quem acrescente à necessidade de pluralidade de agentes, que redunde em pluralidade de condutas tendente à realização do tipo penal, que estes agentes sejam **culpáveis**, isto é, imputáveis, como se vê na lição abaixo transcrita por Barros (2003, p. 410):

A pluralidade de agentes é essencial ao concurso delinquentium. Todavia, não se pode falar em concurso de agentes quando, de dois participantes, um é inimputável ou atua sem culpabilidade. Em tal caso, haverá autoria mediata.

Partindo do princípio da causalidade, base da construção dogmática do concurso de pessoas, conclui-se que para a responsabilização penal se exteriorizar para outros agentes, as condutas destes demais devem ter contribuído de alguma forma para a concreção do delito. Isto é, há necessidade de que a conduta do participante (seja ele co-autor ou partícipe) tenha sido determinante, ou ao menos relevante, para a integralização do tipo penal.

Deve ser observado neste diapasão, o disposto no artigo 13, 2ª parte do CP, segundo o qual: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” Podemos acrescentar, ainda, ao texto da lei a expressão: “da maneira que ocorreu”. Melhor explicitam o requisito ora em análise, as seguintes considerações traçadas por Marques (1997, p. 407):

Qualquer ação ou omissão se enquadra no delito praticado ou quanto constitui ato executivo, ou quanto é antecedente causal do comportamento delituoso. É preciso assim que a conduta tenha sido eficaz, ou provocado o surgir de outra, ou lhe facilitando, propiciando ou possibilitando o seu desenrolar, ou então dirigindo-se no mesmo sentido para incidir sobre idêntico objeto. Cada uma das condutas individuais precisa inserir-se na corrente causal, influenciando efetivamente sobre o resultado ou sobre a conduta. Sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação.

E continua o eminente jurista Marques (1997, p. 407/408):

É imprescindível, portanto, que o comportamento do agente não figure represado no mundo da *cogitatio*, nem se traduza apenas em desejo de participar do crime, ou em aprovação dos atos de outrem quer irão provocar o comportamento criminoso. Não ha participação no crime, relevante para o direito penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal... O aplauso íntimo, o propósito interior de participar do crime, o desejo de que o delito se realize e consume – não constituem atos de contribuição para produzir o fato delituoso, e por isso não podem configurar a participação punível.

Ao lado do elemento objetivo acima explanado, isto é, a relevância causal das condutas, também é mister exista um outro, de ordem subjetiva, qual seja, o liame subjetivo entre os agentes. De modo que, não basta que a conduta de um sujeito propicie ou facilite a conduta delituosa do outro, é necessário a existência de uma cooperação voluntária e consciente do agente secundário, que age com o fim de facilitar ou propiciar a conduta do agente principal. Aliás, não é outro o entendimento da doutrina exposta por Mirabete (2000, p. 229):

Há que se exigir, também, um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam numa ação comum. Não basta atuar o agente com dolo (ou culpa), sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo 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. Inexistente esse liame psicológico, não há que se reconhecer o concurso de agentes disciplinado no artigo 29.

Todavia, a doutrina já afastou há muito, a necessidade de prévio conluio entre o agente secundário e o que pratica as condutas nucleares do tipo penal. Contenta-se para a configuração do liame subjetivo, a vontade consciente e dirigida do partícipe a propiciar a realização criminal do agente principal. Senão vejamos o que diz a doutrina através do Ilustre Professor Jesus (2002, p. 421):

Não é necessário o acordo de vontades (*pactum sceleris*). Basta que uma vontade adira à outra. Supondo que uma empregada doméstica, percebendo que um ladrão está rondando a residência, para vingar-se do patrão, deliberadamente deixa a porta aberta, facilitando a prática do furto. Há participação e, não obstante, o ladrão desconhecia a colaboração da criada (não ocorreu acordo prévio).

Por outro lado, trabalhando no mesmo exemplo acima explanado, se a criada negligentemente esquecer a porta aberta e, desta forma, contribuir para a entrada do ladrão, nenhuma responsabilização criminal sobre ela recairá, uma vez que inexistente entre ela e o ladrão, qualquer espécie de vínculo subjetivo.

Feitas estas considerações, é possível então fixar-se duas regras básicas no que tange ao concurso de pessoas e, mais especificamente, para a configuração do requisito em tela: 1) não há participação dolosa em crime culposos; 2) não há participação culposa em crime doloso. A impossibilidade é devida a diversidade do elemento subjetivo ou normativo existentes na mente de cada agente e que não é apta a gerar as consequências do concurso de pessoas. Assim, para haver participação nos crimes dolosos, exige-se que a realização do evento ingresse no âmbito de vontade do partícipe e nos culposos é preciso que a conduta imprudente ou negligente seja compartilhada por todos os agentes do evento crime.

Por fim, o último requisito para a caracterização do concurso de pessoas, consubstancia-se na unidade de crimes para todos os agentes, ou unidade de fato, como denominam alguns autores. Tal requisito é encontrado expressamente no artigo 29 do Código Penal, *in verbis*:

Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas à este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Na verdade, tal artigo traz em seu bojo a aplicação da teoria unitária que norteia o concurso de pessoas. Mas não é só. O artigo 31 do Código Penal também reza o seguinte:

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.

Portanto, interpretando o citado artigo, conclui-se que se o Código exige ao menos crime tentado para haver participação, e é claro que todos os participantes respondem pelo mesmo crime. Assim, ainda é possível defluir-se desta regra que, uma vez alterado o *nomen juris* do crime para um dos participantes, deverá ocorrer a desclassificação também para os demais. Não obstante, esta disposição encontra-se mitigada pelo §2º do artigo 29 do Código Penal que, *in verbis*, dispõe 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.

1.5 Autoria e co-autoria

Autor do delito é aquele sujeito que pratica a conduta nuclear dos tipos penais, é quem **subtrai, mata, provoca o aborto, corrompe...**, enfim é o agente do fato principal. Indiferente para a configuração da autoria que outrem auxilie ou colabore para a consecução criminosa. Também é abarcado pelo conceito de autor aquele que pratica o ato por intermédio de outrem desprovido de culpabilidade (autoria mediata) ou o mandante do fato criminoso (autoria intelectual).

Já a co-autoria se dá quanto mais de um agente realiza, em conjunto, as condutas nucleares previstas nos tipos penais. Neste caso, não há condutas acessórias, isto é, condutas secundárias que aderem a uma conduta principal. Há na verdade a convergência deliberada e consciente de todos os agentes para a consecução delituosa, que lhe dá o caráter de unicidade e faz submergir a responsabilização criminal de todos os agentes pelo mesmo crime, como pretende o artigo 29 do Código Penal. Tal conceito foi trazido com maior precisão por Bruno (1967, p. 265-266), na transcrição abaixo aduzida:

Dá-se a co-autoria, quando vários agentes participam da realização da ação típica. Atuam, então, de conjunto, consciente cada um deles da cooperação que presta à obra comum, e é esta consciência de colaborar em fato coletivo que constitui o nexa psicológico que unifica as ações de todos e dá ao resultado caráter de delito único, fazendo da hipótese uma das formas de co-deliqüência. Não há, então, um fato principal de outrem, a que adira, como acessória, a atividade do co-autor; cada um dos consócios participa da realização do fato punível na sua inteireza configuração legal. A execução da figura típica é objetiva e subjetivamente obra de cada um deles.

Acerca do conceito de autor, a doutrina apresenta algumas teorias a respeito e que serão melhor declinadas a partir de agora.

1.5.1 Teoria restritiva ou objetivo-formal

Sob a égide desta teoria, é considerado autor simplesmente aquele que pratica a ação típica ou alguns de seus elementos. Na esteira desta doutrina autor e partícipe encontram-se perfeitamente separados uma vez que, enquanto o autor pratica o verbo núcleo do tipo penal, o partícipe é quem dá conta das condutas acessórias que propiciam o sucesso do primeiro. Ensina Beatriz Vargas Ramos, apud Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 405): “A base da autoria não é, portanto, a causação do resultado, mas a realização do tipo penal. Sendo assim, torna-se essa concepção válida também para os crimes sem resultado.”

Sem embargo da destreza com que esta teoria separa as figuras do autor e partícipe, ela ainda deixa a desejar no tocante aos aspectos da autoria mediata, que não podem por ela ser explicados.

1.5.2 Teoria extensiva

Na linha desta teoria não há que se fazer qualquer distinção entre autoria e participação, vez que, para ela, autor é todo aquele que de qualquer modo contribui para o resultado final, seja praticando as condutas nucleares dos tipos penais, seja praticando condutas acessórias e auxiliares. De modo que, não interessa a maneira pela qual o agente contribui para a realização criminosa, será sempre autor se contribuiu para o resultado final. Como se vê, esta teoria encontra-se alicerçada na produção do resultado, sendo oriunda da *condictio sine qua non*, furto da doutrina causalista da ação.

1.5.3 Teoria do domínio do fato

Segundo a teoria do domínio do fato, autor é aquele que domina finalisticamente a concretização do resultado. É aquele que decide sobre a interrupção ou continuidade do evento-crime e suas circunstâncias, praticando-o diretamente ou comandando a sua execução. Portanto, vê-se que é fundada ao mesmo tempo em critérios objetivos e

subjetivos (por isso também chamada de teoria mista ou objetivo-subjetiva). Tal teoria é fruto do finalismo, encabeçado por Welzel.

Por esta teoria, é possível distinguir-se claramente o autor e o partícipe, uma vez que este, não tendo o domínio final do ato, pratica atos meramente acessórios e não determinantes para o empreendimento delitivo.

O Professor Damásio E. de Jesus (2002, p. 17), melhor explicita esta idéia, como se verá abaixo:

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo em que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a “teoria do domínio do fato, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como” etc.).

A maior de todas as virtudes da teoria do domínio do fato, é a possibilidade de se distinguir as figuras do autor do crime e de seu executor, o que possibilitou a criação da figura da autoria mediata que será logo melhor apresentada. O doutrinador Capez (2003, p. 231), exemplificando a doutrina dominante, também compartilha desta idéia:

Teoria do domínio do fato: autor é todo aquele que detém o controle final da produção do resultado, possuindo, assim, o domínio completo de todas as ações até a eclosão do evento pretendido. Não importa se realizou ou não o núcleo do tipo (o verbo, ou seja, a conduta principal). Para esta teoria, o mandante e aquele que planeja a ação (autor intelectual) são também considerados autores, muito embora não executem a ação material.

Existem na doutrina entendimentos diametralmente opostos no tocante à possibilidade de aplicação desta teoria aos crimes culposos. Ensina Jesus (2002, p. 408) que alguns compreendem ser impossível sua aplicação aos delitos culposos:

A teoria do domínio do fato só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta. Nos culposos, inexistente distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

Para outros, dos quais Prado (1999, p.316), referida teoria é plenamente aplicável também nos delitos culposos:

Define autor como aquele que tem o domínio finalista do fato (delito doloso). No caso de delito culposo, autor é todo aquele que contribui para a produção do resultado que não corresponde ao cuidado objetivamente devido (...).

Enfim, a teoria do domínio do fato conceitua como autor do fato típico aquele que: a) realiza a conduta nuclear do tipo penal de modo direto; b) se utiliza de outro sujeito desprovido de culpabilidade ou que recaia em erro de tipo, para a execução das condutas típicas (autoria mediata) e; c) quem organiza ou planeja o ato criminoso, mas em relação a ele não pratica nenhuma espécie de ato executivo (autor intelectual), sendo que estas duas últimas serão logo melhor estudadas.

1.5.4 Teoria adotada pelo Código Penal

A doutrina é uníssona no tocante ao entendimento de que o CP elegeu a teoria restritiva para nortear a autoria e suas variantes no concurso de pessoas, conforme pode se extrair do conteúdo dos artigos 29 e 62, IV do CP, uma vez que ambos fazem distinção entre as figuras do autor e partícipe, e dispõem que:

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 algum 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. 62 A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

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

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

Portanto, para o CP brasileiro, quem executa o crime é autor, e quem auxilia, instiga ou induz a sua prática, é partícipe. Contudo, como tais conceitos não são suficientes para explicar a figura da autoria mediata, a doutrina tem que se socorrer da teoria do domínio do fato, que complementa a restritiva e dá melhor solução aos casos concretos.

1.6 Espécies de autoria segundo a teoria do domínio do fato

1.6.1 Autoria propriamente dita

É a autoria propriamente dita aquela em que o sujeito age sozinho para a consecução criminosa, é ele quem materializa os elementos objetivos do tipo penal, sem ter ninguém agindo em conjunto com si ou auxiliando-o para este fim. É também chamada de autoria imediata, ou direta individual.

1.6.2 Co-autoria

A co-autoria ocorre quando dois ou mais sujeitos praticam conjuntamente o verbo nuclear do tipo penal. Suas condutas vão convergir sempre para o mesmo fim criminoso. É a prática comunitária do crime. Na co-autoria, há na verdade, uma divisão de tarefas, em que cada agente pratica uma parte da ação (cada um pratica uma conduta que resulta na ação final). A co-autoria é a reunião de autorias. Segundo Mirabete (2000, p. 232), um conceito mais claro sobre o tema é o seguinte:

Co-autor é quem executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito. Assim, se duas pessoas disparam suas armas, alvejando a vítima e causando-lhe a morte, responderão como co-autores. A co-autoria é, em última análise, a própria autoria. Funda-se ela sobre o princípio da divisão do trabalho, cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo.

A co-autoria por sua vez pode ser exteriorizada de duas formas distintas: a) **co-autoria direta**: todos os agentes praticam a conduta nuclear do tipo penal; b) **co-autoria parcial ou funcional**: se dá quando há divisão de tarefas, isto é, quando os atos de execução são distribuídos entre os agentes de modo que, a ausência da colaboração de um deles, acabaria por frustrar a empresa delituosa considerada como um todo; exemplo: no crime de estupro, um agente ameaça a vítima de mal injusto e grave e o outro mantém conjunção carnal com a mesma. Para que a co-autoria parcial ou funcional se concretize, é

mister que a conduta de cada agente constitua-se parte essencial da configuração delitiva, sob pena de haver-se, na verdade, participação e não co-autoria.

1.6.3 Autoria intelectual

Autor intelectual é o agente que planeja toda a estruturação criminosa, sem na verdade, praticar nenhum ato material executório. Sua punibilidade encontra respaldo na teoria do domínio do fato, pois como dito alhures, é o autor intelectual que domina finalisticamente a empreitada criminosa. Esta, para ter continuidade ou interrupção depende sempre de uma ordem emanada do senhor do crime, o autor intelectual. Na própria Constituição Federal, é possível encontrarmos também alicerce para esta idéia:

Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por estes respondendo os **mandantes**, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem. <**grifo nosso**>.

1.6.4 Autoria mediata

Na autoria mediata verifica-se a prática material da conduta criminosa por parte de um agente desprovido de culpabilidade ou que recaiu em erro de tipo, que agiu em obediência a outrem, o detentor da vontade criminosa e que é verdadeiramente o senhor do crime. Também não difere deste conceito o explanado pelo Ilustre doutrinador Bruno (1967, p. 267):

Fala-se em autoria mediata, quando o agente realiza a ação típica por intermédio de outrem que atua sem culpabilidade. Este serve sem consciência e vontade juridicamente válidas, à semelhança de um instrumento nas mãos do agente, e então a responsabilidade jurídico-penal se transporta desse executor, incapaz de suportá-la, por faltar-lhe o elemento psíquico da culpabilidade, sobretudo do dolo, ao agente mediato, que é o verdadeiro autor. Somente a este cabe sofrer as conseqüências penais do fato.

A ausência de culpabilidade em relação ao autor mediato pode se dever a quatro motivos distintos: a) inimizabilidade por menoridade penal, embriaguez fortuita ou doença mental (art. 26 e 28, II, do CP); b) coação moral irresistível ou obediência hierárquica (art. 22 do CP); c) erro de tipo escusável determinado por terceiro, em que o instrumento age sem dolo (art. 20, §2º do CP); d) erro de proibição invencível (art. 21, *caput*, do CP).

Nas hipóteses de autoria mediata, não há se falar em concurso de pessoas, uma vez que o executor material do crime não pode ser considerado autor, nem mero partícipe (instigador ou auxiliar), porque carece de culpabilidade ou dolo. Fugindo da seara do concurso de pessoas, responsável será sempre o autor mediato, isto é, o agente de quem partiu a ordem para que o inimputável praticasse materialmente o crime. É também a teoria do domínio do fato quem empresta suporte para esta idéia da autoria mediata.

Não há possibilidade de autoria mediata nos crimes próprios, em que se exige uma especial qualidade do sujeito ativo para a sua prática, casos em que somente se admitirá a participação.

1.7 Participação

1.7.1 Conceito

A participação ocorre quando o sujeito contribui de maneira acessória para a realização criminosa praticada pelo sujeito ativo principal, isto é, o autor ou os co-autores do crime. Esta acessoriedade consubstancia-se na prática de atos que não constituem os verbos nucleares do tipo penal. A conduta do chamado partícipe, por si só, não é penalmente relevante. O partícipe não é capaz de determinar o desfecho da empreitada criminosa, ele não tem o domínio do fato. A importância dos atos acessórios praticados pelo partícipe somente subjaz quando ela adere à conduta principal. Neste sentido o Professor Jesus (2002, p. 411), ressalta alguns aspectos da participação:

Dá-se a participação propriamente dita quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (CP, art 29). Ele não realiza a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas

realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. Assim, partícipe na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime.

Uma vez que a conduta do partícipe, por si só, não constitui crime, a sua responsabilização somente se viabiliza por força da norma extensiva contida no teor do texto do art. 29 do CP: “quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. É o fenômeno da **subsunção mediata**, ou indireta, na qual o partícipe pratica uma conduta, que isoladamente considerada não é típica, mas que alicerça a sua responsabilização se ela aderiu a uma conduta típica principal. A tipicidade na subsunção mediata é oblíqua. O fenômeno da subsunção mediata é melhor explicado por Barros (2003, p. 415), que expõe o seguinte:

O partícipe realiza uma conduta acessória. Ele não executa o núcleo do tipo. Considerada isoladamente, a sua conduta, em regra, não constitui fato típico. O que lhe dá relevância penal é a conduta do autor principal, à qual acede, por força da norma de extensão estampada no art. 29 do CP.

Outros juristas, como Mirabete (2000, p. 232), compartilham desta idéia:

O partícipe não comete a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma hipótese de enquadramento de subordinação ampliada ou por extensão, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta de per si atípica. Há na participação uma contribuição causal, embora não totalmente indispensável, ao delito e também à vontade de cooperar na conduta do autor ou co-autores.

1.7.2 Formas de participação

O CP não ofereceu detalhadamente todas as possíveis formas de participação possíveis. Em seu art. 29, tão somente restringiu-se à expressão “quem de qualquer modo concorre para o crime”, sem especificar quais seriam estes modos. Na verdade, o art. 31 do Estatuto Penal foi quem sugeriu algumas formas de participação, sem esgotar nele todas as possibilidades. Diz o seu texto:

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.

De um modo geral, a participação pode ser moral ou material. A participação moral redundando em um incentivo para a prática criminosa. É o fato de o partícipe aconselhar, inculcar na mente do autor material do fato criminoso a sua prática. De outro lado, a participação material, diz respeito à condutas acessórias praticadas pelo partícipe, e dotadas de natureza material. São atitudes concretas emanadas do partícipe que auxiliam a prática criminosa por parte do autor.

Por sua vez, a participação moral pode se exteriorizar de dois diferentes modos, o **induzimento** e a **instigação**.

O induzimento ou determinação ocorre quando o partícipe faz nascer na mente do autor material do crime a idéia criminosa. Esta inexistia no plano psíquico do autor, ela só exsurge após a atuação do partícipe que, mediante a exposição de argumentos pró-delito, convence o autor de que o melhor a ser feito é partir para a empreitada criminosa. Elemento caracterizador do induzimento é a ausência de predisposição para o crime. A mente do autor material do delito não se encontrava habitada pela idéia criminosa, esta só advém após a contribuição do partícipe. A doutrina compartilha desta idéia: “Induzir significa suscitar uma idéia. Tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma idéia até então inexistente”. (BITENCOURT, 2004, p. 445)

A instigação parte de um plano diferente. O autor material do crime já se encontra predisposto à prática do delito, porém, ele não se encontra convicto das vantagens de sua realização, por isso, ainda não o praticou. Aqui, a conduta do partícipe se presta a reforçar a idéia delituosa preexistente e, após a sua atuação de convencimento, o autor material vem a praticar o evento criminoso. A instigação é uma forma de estímulo para o crime, conforme pode ser explicado por Bitencourt (2004, p. 444) da seguinte maneira:

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

A participação pode ser também material ou também denominada de auxílio ou cumplicidade. Ela consubstancia-se na prática de um ato concreto, não composto pelo

núcleo do tipo penal, que contribui para a concretização do evento criminoso. O seu âmbito de atuação, diferentemente do ocorre nas formas de participação moral (induzimento ou instigação) é no plano empírico, e não no plano psíquico. A participação material ou cumplicidade é melhor explicitada por Bruno (1967, p. 274), ainda fazendo-se referência à cumplicidade direta e indireta:

Cúmplice, na antiga discriminação dos partícipes, é aquele que presta auxílio à atividade criminosa do autor principal—cumplicidade primária ou direta, como distinguia a doutrina tradicional, quando o auxílio prestado é indispensável à prática do crime; cumplicidade secundária, se o auxílio apenas facilita a execução do fato punível. O cúmplice, como o instigador, coopera no fato de outrem, e só há participação se ele tem consciência disso. É essa consciência de que colabora na ação de outrem que constitui para o cúmplice o vínculo da participação.

A participação por omissão é possível e não pode ser confundida com a mera convivência. A primeira dá-se quando ao agente era legalmente exigido uma conduta positiva, e ele permanece imóvel, com a vontade de viabilizar o evento criminoso por intermédio da sua inércia. Já a mera convivência, que não é modalidade de concurso de pessoas, surge quando o agente assume uma postura totalmente negativa frente a um fato delituoso, não levando também este ao conhecimento das autoridades competentes, sem que tais condutas fossem-lhe legalmente cobradas. Assim diz o ensinamento de Aníbal Bruno em relação à convivência: “Uma atitude totalmente negativa, como a simples presença no ato da consumação ou a não denúncia à autoridade pública de um fato delituoso de que se tem conhecimento não pode constituir participação punível. É chamada convivência”. (BRUNO, 1967, p. 278).

1.7.3 Participação em diferentes espécies de crime

O concurso de pessoas na modalidade de participação pode se dar tanto nos crimes dolosos quanto nos crimes culposos. Na verdade, o que interessa é a existência de vínculo subjetivo entre os agentes, o que só se dá com a homogeneidade do elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa). Portanto, como já dito alhures, não há participação culposa em crime doloso e nem participação culposa em crime doloso. Para o caso de haver

diversidade entre os elementos anímicos do tipo penal, a conduta de cada agente vai se subsumir a um tipo penal distinto e, conseqüentemente, a pena de cada um será diversa.

A participação em crimes próprios ou especiais (que exigem uma especial qualidade do sujeito ativo) também é viável graças ao teor do disposto no art. 30 do Código Penal, do que resulta ser possível a punição pela prática de um crime próprio a um agente desprovido da especial qualidade exigida pelo tipo penal, conforme ensina Bruno (1967, P. 276):

O concurso admite-se para qualquer espécie de fato punível. Mesmo nos crimes especiais, que requerem no agente qualidades pessoais particulares, como a de ser funcionário público, por exemplo, a concorrência é possível. Podem neles tomar parte pessoas não revestidas daquelas qualidades, desde que pelo menos uma delas as possua.

No tocante aos crimes omissivos puros ou próprios, é possível falar-se em participação, nas modalidades de instigação ou induzimento, mas em relação à co-autoria, a recíproca não é verdadeira, caso em que os agentes responderão cada qual por uma conduta diversa. A citação abaixo, explicitada por Mirabete (2000, p. 234), não deixa de compartilhar desta idéia:

É possível a participação em crime omissivo puro, ocorrendo o concurso de agentes por instigação ou determinação. Assim, se o agente instiga outrem a não efetuar o pagamento de sua prestação alimentícia, responderá pela participação no crime de abandono material. O mesmo ocorre quanto à conduta do paciente que convence o médico a não comunicar a autoridade competente a moléstia de que é portador e cuja notificação é compulsória.

E continua o eminente jurista Mirabete (2000, p. 234):

Não se pode falar porém, em co-autoria em crime omissivo próprio. Caso duas pessoas deixem de prestar socorro a uma pessoa ferida, podendo cada uma delas fazê-lo sem risco pessoal, ambas cometerão o crime de omissão de socorro, isoladamente, não se concretizando hipótese de concurso de agentes.

1.7.4 Participação impunível

O art. 31 do CP reza o seguinte:

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.

Estabelece o citado dispositivo os requisitos basilares para que a participação seja penalmente relevante e que dela resulte alguma responsabilização ao autor do fato criminoso, qual seja: ao menos o início da execução do evento criminoso por parte do autor ou dos co-autores. Esta regra deriva do caráter acessório contido no instituto da participação. Antes do advento da reforma no Código Penal de 1984, havia cominação de aplicação de medida de segurança para a participação em crime que nem chegou a ter a execução iniciada.

A exceção a esta proposição reside no fato de tais condutas acessórias constituírem-se, por si só, eventos criminosos autônomos, como, por exemplo, a incitação ao crime (art. 286 CP). Pode reforçar este entendimento segue abaixo a proposição doutrinária traçada por Bruno (2003, p. 422) e Bitencourt (2004, p. 424), respectivamente:

O caráter acessório do comportamento do partícipe gera a impunidade de seus atos quando o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Não se pune, por exemplo, o simples oferecimento para matar o desafeto de alguém. Antes da reforma penal de 1984, havia previsão legal para aplicação de medida de segurança. Atualmente, nenhuma sanção é cominada.

A ressalva do art 31 diz respeito às hipóteses em que os atos constitutivos da participação constituem em si mesmos crimes autônomos, tipificados no ordenamento legal, como, por exemplo, a incitação ao crime e a formação de quadrilha.

1.8 Punibilidade no concurso de pessoas

Ante o conteúdo da teoria monista que norteia o concurso de pessoas em nosso sistema penal, com alguma incidência da teoria do domínio do fato em alguns casos, todos os agentes responsáveis pela empresa criminosa têm a conduta subsumida ao mesmo tipo penal. Respondem todos pela mesma conduta, como se o atuar de cada um fosse um só.

Entretanto, também impera em nosso ordenamento jurídico o princípio da individualização da pena. Segundo este postulado, a pena aplicada ao agente deverá ser fixada e aplicada segundo a medida da reprovabilidade de cada um. Critérios objetivos ficam relegados apenas à fixação da pena base.

Em razão disso, emana da parte final do art. 29 do CP a ordem de que os agentes responderão cada qual “na medida de sua culpabilidade”. Disto resulta dizer que, a pena aplicada a cada agente será determinada individualmente segundo os critérios do art 59 CP (circunstâncias judiciais) e 68 CP, não obstante haja homogeneidade do crime perpetrado. Todos incidem no mesmo tipo penal, mas a cada qual é aplicado uma pena distinta.

Bruno (2003, p. 417), sintetiza estas idéias:

No tocante à punibilidade, o Código Penal brasileiro seguiu retinidamente o princípio da culpabilidade. De acordo com o art. 29, a pena é dosada na medida da culpabilidade de cada co-autor e partícipe. E não poderia ser diferente, porque o princípio da individualização da pena representa a mais alta encarnação dos supremos postulados da equidade e da justiça do direito penal moderno.

Neste diapasão, o §1º do art 29 CP dispõe que a pena **poderá** ser reduzida de um sexto a um terço se a participação for de menor importância. Entende-se como participação de menor importância aquela que contribuiu para o desfecho causal de maneira dispensável, extremamente acessória. É aquela participação que contribuiu para a realização do crime, mas também que, se ausente, ele teria sido perpetrado da mesma forma. Não se confunde com a participação inócua que em nada se relaciona para o empreendimento delitivo, isto é, com ele não guarda nenhuma relevância causal, uma vez que neste caso nem se chegou a formar o concurso de pessoas.

Há na doutrina uma certa divergência no tocante à obrigatoriedade da redução de pena quando presente a participação de menor importância. Para Júlio Fabrinni Mirabete, esta redução seria facultativa, não estando o magistrado obrigado a aplicá-la. De outro lado, militam pela obrigatoriedade da redução Damásio Evangelista de Jesus, César Roberto Bitencourt e Flávio Augusto Monteiro de Barros. Entendem estes últimos juristas que o vocábulo “poderá” contido no dispositivo supramencionado diz respeito à facultatividade do quantum de diminuição da pena, mas uma vez presentes os requisitos para sua aplicação, ela é direito público subjetivo do réu.

1.9 Comunicabilidade e incomunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares do crime

O art 30 do CP dispõe que “não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar as distinções entre circunstâncias, condições e elementares do delito.

Circunstâncias são elementos ou dados acessórios não integram a definição típica do delito. Elas apenas gravitam ao torno dele, com a precípua função de majorar ou abrandar a pena. A presença ou ausência delas em nada interfere na caracterização do crime, mas tão somente no *quantum* da pena e, por vezes, no regime prisional que será aplicado. Podem ser citados como exemplos de circunstâncias o motivo fútil no crime de homicídio (art 121, §2º, II, do CP), ou o repouso noturno no crime de furto (art 155, §1º do CP).

As circunstâncias se classificam em objetivas e subjetivas. Objetivas são as que dizem respeito ao modo, tempo, local, objeto material, qualidades da vítima etc. Já as subjetivas (circunstâncias de caráter pessoal) se relacionam exclusivamente ao sujeito e não com a materialidade do crime, como, por exemplo, a reincidência.

Condições pessoais, por sua vez, dizem respeito às relações do sujeito no plano empírico, suas relações com os outros seres da vida cotidiana ou com as coisas. Podem ser citadas como exemplo de condições, a menoridade, o casamento, o parentesco, a condição de funcionário público, de ser homem ou mulher, de mãe ou pai etc.

Por fim, a elementares são aqueles dados constantes do tipo penal que uma ausentes, tornam o fato atípico ou transferem a tipicidade do fato para outro tipo penal (atipicidade relativa). Enfim, são elementos eminentemente essenciais e obrigatórios para a caracterização do crime, eis que, integram sua própria definição.

1.9.1 Incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal

As circunstâncias e as condições de caráter pessoal ou subjetivo são incomunicáveis aos co-autores ou partícipes do crime. Não há extensão dos efeitos das circunstâncias e condições pessoais. Tal é a inteligência do art 30 do CP, primeira parte. Cada sujeito responderá de acordo com as suas condições (menoridade, reincidência, parentesco etc.) Então, por exemplo, se um sujeito pratica um crime sendo reincidente, a agravante do art 61, I, do CP não se estenderá ao co-autor ou ao partícipe; ou ainda, se dois sujeitos praticam um determinado delito, sendo um deles menor de 21 (vinte e um) anos, a atenuante do art 65, I, do CP não se comunica para o outro. Na concepção de Mirabete (2000, p. 239), tem-se que:

As condições e circunstâncias pessoais não se comunicam entre os co-autores ou partícipes. Assim, cada sujeito responderá de acordo com suas condições (menoridade, reincidência, parentesco) e circunstância (motivo fútil, de relevante valor social ou moral, de prescrição etc.)

1.9.2 Comunicabilidade das condições e circunstâncias de caráter objetivo

O Código Penal Italiano, em seu artigo 118, dispõe que “as circunstâncias objetivas que agravam ou diminuem a pena, ainda que desconhecidas por todos os que concorrem no crime, são valoradas a seu favor ou desfavor”.

Pelo sistema italiano, portanto, se dois agentes cometem um furto e um deles destrói ou rompe obstáculo, a qualificadora também será estendida ao co-autor que não teve sua conduta amparada por esta qualificadora, independentemente de saber que o seu comparsa agiu assim ou não. O CP pátrio, não distinguiu condições e circunstâncias objetivas e subjetivas. A proposição abaixo, disposta por Noronha (2001, p. 221/222), melhor explicita esta idéia:

Por argumento *a contrario* do art 30, comunicam-se as circunstâncias reais ou objetivas. O Código não esclarece se elas se comunicarão sempre. O estatuto italiano foi bem mais explícito que o nosso, dispensando mais de um artigo acerca da comunicabilidade das circunstâncias, para dispor, no art. 118, que as objetivas ou reais, ainda que não conhecidas, se comunicam. E mais uma

consagração da responsabilidade objetiva. Para evitá-la, estamos que se deve atender aos princípios da causalidade física e psíquica.

Assim, como entende o eminente jurista, esta forma de comunicabilidade não pode prosperar em nosso sistema jurídico-penal. O mais coerente seria estabelecer a comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter objetivo quando elas integrarem a esfera de conhecimento do co-autor ou do partícipe, isto é, quando integrarem o seu dolo ou a sua culpa. O contrário seria permitir uma odiosa possibilidade de responsabilidade objetiva em nosso sistema, o que, por certo, deve ser veementemente repudiado. Um dos maiores doutrinadores da atualidade, o Ilustre Professor Damásio E. de Jesus (2002, p. 442), não pensa de outra forma:

É esse o princípio a ser seguido: as circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe ou co-autor se, sem haver praticado o fato que as constitui, houverem integrado o dolo ou a culpa. Em se tratando de circunstância objetiva agravante, não pode ser considerada em relação ao co-autor ou partícipe se não agiu pelo menos com culpa em relação à mesma; cuidando-se de qualificadora ou causa de aumento de pena (prevista na parte geral ou especial do CP), a agravação não alcança o terceiro senão quando (em relação a ela) tiver agido, pelo menos, culposamente.

1.9.3 Comunicabilidade das elementares de caráter objetivo ou subjetivo

Como visto no item 1.9.1, as condições e circunstâncias de caráter pessoal são incomunicáveis aos co-autores ou partícipes do crime.

No entanto, o art. 30 do CP, parte final, excepciona a comunicabilidade das condições ou circunstâncias pessoais do delito quando elas funcionarem, dentro da estrutura tipológica, como elementares. Tal proposição decorre da teoria monista adotada pelo legislador para nortear o concurso de pessoas. Assim, por exemplo, a condição subjetiva de funcionário público é elementar do crime de peculato. Portanto, aquele que auxilia o *intrañeus* a praticá-lo (partícipe) ou pratica a apropriação indébita juntamente com ele (co-autor), sem ser funcionário público, teria sua conduta subsumida ao tipo penal previsto no art 312, do CP, por força da comunicabilidade contida no art 30, parte final do CP. Porém, posições no sentido oposto, encontram guarida na doutrina composta pelo pensamento de Barros (2003, p. 426), conforme segue:

A primeira regra, da incomunicabilidade das circunstâncias pessoais, é absoluta; não comporta exceção. Poder-se-ia dizer que o próprio legislador teria aberto uma exceção ao inserir no art 30 a expressão “salvo quando elementares do crime”. O argumento não procede porque não se trata aí de circunstância, e sim, de elementares de caráter subjetivo, como a qualidade de funcionário público, no peculato. A expressão que funciona como elementar não é circunstância, mas elemento constitutivo da figura delituosa.

Sem embargo da destreza com que o jurista acima mencionado trata o tema, não comungamos de sua tese. As circunstâncias elementares do crime, de natureza subjetiva ou objetiva, comunicam-se ao partícipe ou ao co-autor do crime.

Entretanto, a comunicabilidade supra defendida deve estar condicionada ao conhecimento por parte do co-autor ou do partícipe da especial condição ou circunstância, elementar do delito, que abarca o seu comparsa, pois do contrário, estaria permitida hipótese de responsabilidade sem culpa, o que em nosso sistema penal é intolerável.

Portanto, com a exceção albergada pela parte final do art. 30, do CP, é possível que nos crimes próprios², o co-autor ou partícipe que não se reveste da qualidade especial exigida pelo tipo, se submeta às penas a ele cominadas.

Com efeito, é o que se dá, por exemplo, no crime de peculato, como já explicado acima. Mas também pode ocorrer no furto de coisa comum previsto no art. 156, CP. Isso porque aquele que auxilia o condômino a furtar a “coisa comum” (elementar do tipo) acaba incidindo nas penas cominadas nesse tipo (furto de coisa comum) e não no de furto simples (art. 155, CP), ainda que em relação a ele, a coisa não seja comum.

Portanto, o disposto no art. 30 do CP, parte final, permite a comunicabilidade das elementares pessoais em todos os crimes próprios. Não obstante, o cerne desse trabalho se restringirá a análise da comunicabilidade que ocorre no crime próprio de infanticídio, constante do art. 129 do CP. E para dar supedâneo à proposição da injustiça que essa comunicabilidade alberga, ela foi comparada com a comunicabilidade que ocorre nos crimes funcionais (art. 312 a 327 do CP).

² Crime próprio é o que só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, dotadas de certas qualidades exigidas pelo tipo penal. Por exemplo uma condição de parentesco (ser pai ou filho), uma condição natural (ser mulher ou gestante) etc.

2 DO INFANTICÍDIO

2.1 Considerações Preliminares

O Direito Romano antigo, como nos ensina Luiz Régis Prado (2002), dispensava tratamento diverso à mãe que colocasse fim à vida do próprio filho e quando o pai o fizesse. Se a genitora matasse o filho, seu crime era equiparado ao parricídio; de outra banda, se o pai o fizesse, não incorria em crime algum, pois naquele sistema jurídico, o *pater familias* era o titular da vida de seus filhos. Com o advento da Lei das XII Tábuas ficou autorizada a morte do próprio filho quando este nascia com alguma deformidade.

Helena Cláudio Fragoso (1958) lembra que o Direito Germânico somente albergava a idéia do infanticídio nos casos em que o filho morria pelas mãos de sua mãe e o Direito Canônico não amenizava a punição dos pais que matavam os seus. Eram punidos com a mesma severidade do homicídio.

Com o advento do Cristianismo e do Iluminismo, conforme trata Luiz Régis Prado (2002), nasceu a idéia de abrandamento da pena do crime de infanticídio, sobretudo quando fundado em motivos ligados à honra da mãe. Desta feita, as legislações, de um modo quase geral, do séc. XIX, concederam tratamento privilegiado à autora do crime de infanticídio.

Segundo César Roberto Bitencourt, (2001) no Brasil, o Código Penal do Império de 1830 apenava o delito de infanticídio com prisão somada a trabalho pelo período de 1 a 3 anos. Tipificava a conduta nos seguintes termos: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido, para ocultar sua desonra”. O citado autor ainda, compara a pena do crime de homicídio previsto naquele mesmo estatuto, que variava da morte à prisão com trabalhos por até vinte anos. Portanto, vê-se que à autora do crime de infanticídio dispensava-se tratamento muito mais brando. Além disso, ainda expõe que, inexplicavelmente, seria submetido à pena de prisão de três a doze anos aquele que terminasse com a vida de um recém-nascido até o seu sétimo dia de vida, ainda que o crime em nada se relacione com motivos de honra. Era um privilégio concedido pelo simples fato de se entender que a vida de um neonato valia menos do que a de um adulto.

O Código Penal de 1890 inovou, tanto na definição típica do crime de infanticídio quanto na pena destinada ao seu autor. A lição abaixo transcrita por Jesus (1999, p. 105) corrobora a assertiva:

O CP de 1890 definia o crime de infanticídio com a proposição seguinte: “Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir a sua morte” (art. 298, *caput*). O preceito secundário da norma incriminadora impunha a pena de prisão celular de 6 a 24 anos. O parágrafo único cominava pena mais branda: “Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria”.

Vê-se que era dispensado tratamento diferenciado àquele que desse cabo à vida de um neonato, ora por que quem o fazia estaria agindo em função da proteção da própria honra, ora porque entendia-se que a vida de recém-nascido teria menos valor que a de um adulto.

Atualmente, sob a égide do Código Penal de 1940, encontramos nova conceituação do crime de infanticídio insculpida no artigo 123 *caput*:

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

Pena: detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O Código Penal pátrio atual adotou critério diverso do que se via nas legislações anteriores, que faziam menção ao período de vida do neonato ou dos motivos *honoris causae* impulsionadores da conduta. Denota-se, a adoção de um critério psicofisiológico³ para a definição do crime de infanticídio, que decorre da inserção da elementar **estado puerperal** em sua estrutura conceitual. A doutrina clássica de Fragozo (1958, p. 42) melhor explica esta idéia:

Nosso código atual, desprezando as razões que tradicionalmente fundamentavam a atenuação da pena para o infanticídio, isto é, o motivo de honra, ateve-se à influência do estado puerperal. Este critério foi introduzido pelo projeto suíço de 1916, e foi afinal, adotado pelo código suíço de 1937.

³ Segundo este critério, é desnecessário questionar-se os motivos que levaram à autora a cometer o crime de infanticídio. Mister, no entanto, é a presença das perturbações hormonais e psicológicas oriundas do fenômeno natural do parto.

Embora os motivos ligados à honra não encontrem guarida na letra da lei, não se deve deixar de examiná-los, até porque, em alguns casos eles podem estar ligados à perturbação psíquica da parturiente, que tem a culpabilidade reduzida. Segundo o doutrinador Prado (2002, p. 80), lê-se que:

Não obstante, em que pese a ausência de referência explícita ao motivo de honra, a legislação penal pátria não impede que esse antecedente psicológico seja examinado. Com efeito, é possível que a defesa da honra alie-se ao estado de perturbação fisiopsíquica proveniente do parto para fundamentar a diminuição da culpabilidade da parturiente. É indispensável que todas essas causas – psicológicas e fisiológicas – sejam globalmente analisadas pelos intérpretes e aplicadores da lei.

Logo, o crime de infanticídio não se encontra vinculado ao homicídio, como uma forma privilegiada. Pelo contrário. Trata-se de figura típica autônoma.

2.2 Objetividade Jurídica

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O direito à vida foi erigido como fundamental em nossa Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988. Assim, merece especial proteção por parte do legislador infraconstitucional.

O crime de infanticídio, definido no art. 123 do CP, encontra-se abrigado no Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida, que por sua vez está contido no Título I, Dos Crimes Contra a Pessoa do Código Penal Pátrio. Disto resulta dizer que o bem jurídico que se visa tutelar por meio da norma incriminadora que emana do citado dispositivo legal, é o direito fundamental à vida, a exemplo do que se dá no crime de homicídio (art. 121 do CP). Entretanto, no infanticídio busca-se tutelar especificamente a vida do neonato ou do nascente. A doutrina não leciona de modo discrepante, segundo Bitencourt (2001, p. 138) “o bem jurídico do crime de infanticídio, a exemplo do homicídio, é a vida humana. Protege-se aqui a vida do nascente e do recém-nascido”.

Portanto, é a vida extra - uterina a protegida pela norma incriminadora do delito de infanticídio. É a proteção à vida conferida com o início do parto até logo após ele. Neste sentido Teles (2004, p. 164) traz a seguinte lição:

A norma confere proteção à vida extra-uterina que começa, como já dito, com o início do parto. Essa proteção é unicamente à vida do nascente – aquele que ainda não se livrou completamente da dependência da vida da mãe, porque ainda não se concluiu o parto – e à vida do neonato – o que acabou de nascer. O parto tem início com o rompimento do saco amniótico, terminando com a expulsão da placenta e o corte do cordão umbilical.

2.3 Classificação doutrinária

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

É atribuída a qualidade de crime próprio ao infanticídio em função de se exigir uma especial condição (ser homem, funcionário público, mãe, pai, etc.) do sujeito ativo, isto é, daquele que o pratica. Como melhor será abordado logo mais, somente a mãe que acabou de parir ou a parturiente é que podem figurar no pólo ativo deste crime. Por isso diz-se crime próprio, que se coloca na posição diametralmente oposta ao dos crimes comuns, que podem ser cometidos por qualquer pessoa, como, por exemplo, o homicídio (art. 121 do CP).

O infanticídio é crime material em razão de sua consumação somente estar perfeita com o advento de um resultado prático no mundo empírico, qual seja, a morte do nascente ou neonato.

A consumação do crime de infanticídio dá-se em um momento certo e determinado no tempo, ela não se protraí no tempo de um modo continuativo. A consumação ocorre justamente quando a vítima morre. Portanto, trata-se de crime instantâneo, que difere dos permanentes, em que o resultado alcançado pela conduta criminosa do sujeito ativo se prolonga no tempo de modo contínuo.

Trata-se de delito comissivo vez que, para a sua realização exige-se uma atuação positiva por parte do sujeito ativo. Constitui-se em um fazer. Não obstante, o mesmo resultado prático que a mãe, autora deste delito, pode alcançar atuando positivamente, também pode ser alcançado por ela com uma conduta omissiva (deixar de prestar os

primeiros cuidados ao recém-nascido, por exemplo). De modo que, também pode ser classificado como omissivo-impróprio.

O infanticídio é classificado também como crime de forma livre. Esta qualidade lhe é atribuída em função de poder ser exteriorizado por meio dos mais variados comportamentos. O tipo penal não prevê nenhuma conduta específica para o infanticídio ser caracterizado.

A plurissubsistência do crime previsto no art. 123 CP reside no fato da impossibilidade de ser praticado com um único mero ato. Na verdade ele depende da realização de um conjunto deles até ser alcançado o resultado pretendido pela autora, isto é, a morte de seu filho.

2.4 Tipo objetivo

O verbo núcleo no crime de infanticídio, assim como se dá no homicídio, é **matar**. Qualquer conduta capaz de encerrar com a vida da vítima, aqui sempre o filho que está nascendo ou que acabou de nascer, é bastante para determinar um início de adequação típica. A conduta de matar, neste caso, pode se dar de forma comissiva ou omissiva como explica Prado (2002, p. 82):

[...] Admite-se qualquer meio de execução hábil a produzir a morte do ser humano nascente ou recém-nascido (delito de forma livre). A morte pode ser ocasionada por conduta comissiva (v.g. sufocação, estrangulamento, traumatismo, asfixia) ou omissiva (v.g. falta de sutura do cordão umbilical, inanição, não prestação dos cuidados essenciais).

Mas o tipo penal em apreço, não se contenta somente com a conduta de matar. Requer, ainda, a presença do elemento normativo⁴ **durante o parto ou logo após**.

A devida adequação típica depende de que o crime seja praticado no interior deste interregno, ou seja, do início do parto até logo após ele, sob pena de descaracterização do crime de infanticídio para a caracterização do aborto (quando a conduta de matar se dá

⁴ Elementos normativos são aqueles que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento. Podem ser de valoração jurídica (conceitos jurídicos, como por exemplo: cheque, funcionário público e etc.) ou de valoração extrajurídica, que são juízos de valor fundados na experiência social ou na cultura (por exemplo: ato obsceno, moléstia contagiosa etc.)

antes de iniciado o parto) ou do homicídio (quando a conduta de matar se dá após o nascimento da criança). Como se vê, a perfeita delimitação do elemento normativo temporal: durante o parto ou logo após, é de extrema relevância.

De acordo com Teles (2004, p. 165) “o parto inicia com o rompimento do saco amniótico e vai até a expulsão da placenta, com o corte do cordão umbilical. A morte nesse intervalo corresponde ao elemento temporal **durante o parto**. É a morte do nascente.”
<grifo nosso>

A conceituação do **logo após o parto**, é mais difícil de ser delineada, pois a limitação temporal exigida pelo tipo penal vai sempre depender muito do caso concreto. A doutrina apresenta soluções diversas. Para Fragoso (1958, p.44) “a morte do recém nascido deve dar-se logo após o nascimento. Esta expressão significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo.” Denota-se, que o jurista adotou um critério puramente temporal para delimitar o espaço de tempo exigido pela lei. Por outro lado, há posicionamentos diversos na doutrina, que alargam o elemento temporal **logo após o parto**, defendendo sua caracterização enquanto a autora ainda estiver sob a influência do estado puerperal (outro elemento normativo que logo mais será melhor abordado), senão vejamos o que ensina o doutrinador 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.

Bem como explica Noronha (2003, p.49):

Todavia, nascida a criatura, pode o delito ainda ocorrer, desde que se dê logo depois do parto. Este outro período acha-se delimitado pela influência do estado puerperal, isto é, aquele estado de angústia, perturbações etc., que justificam o *delictum exceptum*. A lei não fixou prazo, como outrora alguns Códigos faziam, porém não se lhe pode dar uma interpretação mesquinha, mas ampla, de modo que abranja o variável período do choque puerperal. É essencial que a parturiente ainda não haja entrado ainda na fase da bonança, em que predomina o instinto materno. Trata-se de circunstância de fato a ser averiguada pelos peritos médicos e mediante prova indireta.

Porém, a tipicidade objetiva ainda não está completa. A autora deve praticar o verbo nuclear matar, durante o parto ou logo após, **sob a influência do estado puerperal**.

O estado puerperal é conceituado pela doutrina de Jesus (1999, p. 107) como “[...] o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto [...]”.

Porém, mais do que a presença deste elemento normativo do tipo, a doutrina também exige, de forma unânime, a necessidade de haver uma relação de causalidade entre este especial estado que se abateria sobre a mulher no momento do parto ou logo após a ele, e a causação do resultado morte. Ora, se é justamente esta perturbação psicológica que se abate sobre a parturiente o fundamento do privilégio, isto é, de não ser a conduta tipificada no crime de homicídio e, por via de consequência se submeter a uma pena sobremaneira mais branda, não teria sentido a figura do *delictum exceptum*, sem a presença da relação de causalidade. Neste contexto expõe Bitencourt (2001, p. 141):

Enfim, é indispensável uma relação de causalidade entre o estado puerperal e a ação delituosa praticada; esta tem de ser consequência da influência daquele, que nem sempre produz perturbações psíquicas na mulher [...] Não teria sentido, caso contrário, manter o privilégio, e o infanticídio representaria uma inversão odiosa da ordem natural dos valores protegidos pela ordem jurídica.

É indispensável, ainda, adequar a influência do estado puerperal com os ditames do art 26, *caput*, e parágrafo único do CP. De modo que, três hipóteses distintas podem ser vislumbradas.

Pode ocorrer que a influência do estado puerperal resulte em verdadeira doença mental para a autora do fato, ilidindo por completo a capacidade dela de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, segundo o art. 26 *caput*, primeira parte do CP, a autora é isenta de pena, eis que inimputável (exclusão da culpabilidade pela doença mental).

A influência do estado puerperal pode acarretar na parturiente ou naquela que acabou de dar a luz, perturbações de ordem psíquica, capazes de prejudicar o seu discernimento, sem lhe retirar totalmente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. Segundo Damásio Evangelista de Jesus (1999, p. 108) é o caso da mulher que “vem a sofrer simplesmente perturbação de saúde mental, que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento ou de autodeterminação”. Neste caso, aplica-se o parágrafo único do art. 26 do CP, isto é, a redução da pena em um a dois terços.

A doutrina, explicitada na concepção de Bitencourt (2004, p. 167), confirma estas possibilidades:

Se, entretanto, o estado puerperal atuar de modo ainda mais grave, interagindo com alguma particular e preexistente condição psíquica da mãe, de tal modo que se possa concluir que ela atuou sem a capacidade de entendimento ou determinação, poderá ser considerada inimputável ou com capacidade diminuída, havendo homicídio inculpável ou com pena reduzida na forma do que dispõem, respectivamente, o *caput* e o parágrafo único do art. 26 do Código Penal.

Por fim, a influência do estado puerperal pode redundar em uma mera perturbação, não patológica e nem capaz de diminuir a autodeterminação da autora, caso em que incidirá nas penas cominadas para o crime de infanticídio, sem a redução prevista no parágrafo único do art. 26 CP.

2.5 Tipo Subjetivo

O crime de infanticídio previsto no art. 123 CP admite somente a forma dolosa, tanto direta quanto eventual, mas não suporta a modalidade culposa por ausência de previsão legal. Assim, segundo Damásio Evangelista de Jesus (1999) se a mãe vem a matar o próprio filho de forma culposa sob a influência do estado puerperal sua conduta é atípica. De outro lado, se a mãe mata o próprio filho de forma culposa, sem estar sob a influência do estado puerperal responderá por homicídio culposo (art. 121, §3º do CP).

O motivo de honra, segundo Luiz Régis Prado (2002), não integra a tipicidade subjetiva do crime de infanticídio construída em nosso sistema jurídico-penal, porém, quando presente, representa o elemento subjetivo especial do tipo (“com o fim de ocultar a desonra própria”).

Difere o infanticídio o crime previsto no art. 134 do CP (exposição ou abandono de recém-nascido). Pois neste caso, dá-se o abandono ou exposição da criança com o fim de ocultar a desonra própria (especial finalidade). Se o sujeito ativo agir assim sob a influência do estado puerperal, então sua conduta se subsumirá ao crime do art. 123 do CP, uma vez que em função critério da consunção, o abandono fica absorvido pela infanticídio. Nesta linha dispõe a doutrina, no seguinte pensamento exposto por Prado (2002, p. 86):

Urge distinguir o delito de infanticídio do de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134, CP). Neste há o abandono ou a exposição da criança – ainda que sob a influência do estado puerperal – com o fim de ocultar desonra própria. Se do fato resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, incorre o sujeito ativo nas penas previstas nos parágrafos 1º e 2º daquele dispositivo (crimes qualificados pelo resultado). Já no crime de infanticídio o sujeito ativo visa precisamente à morte do recém nascido, por meios comissivos ou omissivos – inclusive pelo abandono, que é absorvido por aquele crime (critério da consunção).

2.6 Sujeitos do delito

2.6.1 Sujeito ativo

O Código Penal é expresso em prever somente a possibilidade de a própria mãe, sob a influência do estado puerperal, ser o sujeito ativo do crime de infanticídio previsto no art. 123 do CP. Trata-se de crime próprio, como já foi dito alhures. A doutrina acrescenta o desprezo pela lei, do motivo de honra. Se tivesse havido previsão do mesmo, então admitir-se-ia, a possibilidade de o pai do neonato ou do nascente, ser sujeito ativo do infanticídio. Neste contexto, calha a seguinte colocação trazida por Teles (2004, p. 165):

Trata-se de crime que só pode ser praticado pela própria mãe da vítima, nascente ou neonata. Assim, o sujeito ativo é a própria mãe. E o sujeito passivo é o ser humano nascente ou que acabou de nascer. Pode ser inviável, que ainda assim haverá crime.

Porém, a possibilidade de uma pessoa completamente alheia à influência do estado puerperal figurar no pólo ativo do crime em tela, não está excluída. Como mais tarde será melhor abordado, ante o disposto no art. 30 do CP, a elementar pessoal “estado puerperal” abrangida pelo crime de infanticídio é comunicável ao co-autor ou partícipe, no caso de haver concurso de pessoas. Assim, é possível ser responsabilizado pelo crime de infanticídio, e não pelo de homicídio, aquele que auxilia ou ajuda a mãe puérpera a matar o filho durante o parto ou logo após, a despeito de não encontrar-se influenciado por este especial estado de espírito.

2.6.2 Sujeito passivo

O CP no art. 123 contempla a possibilidade de serem vítimas do infanticídio, tanto o neonato, que é aquele que acabou de nascer (incluído na locução logo após o parto, já acima discutida), quanto o nascente, caso em que o objeto da tutela jurídico-penal recai sobre o ser que está nascendo, que não se desligou totalmente do vínculo materno, que não tem ainda, vida autônoma. Portanto, denota-se a ausência de exigência, por parte da lei, de que haja vida autônoma, para poder ser vítima de infanticídio.⁵ Hungria *apud* Noronha (2001, p. 139/140) de há muito, já lecionava neste sentido:

O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma vida humana. Sob o prisma jurídico-penal, é assim, antecipado o início da personalidade. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero.

No entender de Edgard Magalhães Noronha (2003), o feto que vem ao mundo já sem vida não pode ser sujeito passivo do crime de infanticídio, tampouco do de homicídio. Por isso é que muito importante poder precisar se a criança veio ao mundo realmente com vida. Para precisar tal informação existem as docimasias, consistentes em perícias que se destinam a aferir se realmente houve vida ou não.

Segundo Luís Régis Prado (2002), as docimasias podem ser respiratórias ou não respiratórias. As primeiras podem ser diretas, que investigam a entrada de ar nos pulmões; ou indiretas, que pesquisam sinais de atividades fisiológicas decorrentes do início da respiração. Já as docimasias não respiratórias, buscam indícios de atividade vitais em nada relacionadas com a respiração.

2.7 Consumação e tentativa

A consumação do infanticídio dá-se no momento da morte do nascente ou do recém-nascido. Logo, trata-se de um crime material, que exige a produção de um resultado para a sua perfeita consumação. Disto resulta dizer ser possível a tentativa, desde que o

delito não chegue ao seu momento consumativo por circunstâncias alheias à vontade do agente. Damásio Evangelista de Jesus ensina que “o infanticídio atinge a consumação com a morte do nascente ou neonato. Trata-se de crime material. Diante disso, é possível a tentativa, desde que a morte não ocorra por circunstâncias alheias à vontade da autora”. (JESUS, 1999, p.110). Também é possível, segundo Ney Moura Teles (2004), a ocorrência do arrependimento eficaz e da desistência voluntária.

Parte da doutrina vislumbra a possibilidade de o organismo feminino expulsar, extemporaneamente, o feto que, pela imaturidade, não tem condições de sobreviver, é inviável, mas que tem sua morte antecipada em função de uma conduta violenta da gestante. Questiona-se a ocorrência de infanticídio, desde que haja influência do estado puerperal, ou do aborto. Bitencourt (2001, p. 147) apresenta interessante solução:

Não se trata de infanticídio por faltar-lhe uma elementar normativa, qual seja, durante ou logo após o parto. Essa expulsão extemporânea não se confunde com o parto, mesmo prematuro, e a expulsão não foi de alguém nascente, mas tão somente de um feto inviável, sem maturidade suficiente para ter e manter vida extra-uterina. Em linguagem comum dir-se-ia que estamos diante de um aborto. No entanto, não se configura nenhuma das modalidades do crime de aborto, uma vez que a expulsão do feto deu-se espontaneamente. Enfim, o fato praticado pela gestante não constitui crime algum. Somente se a expulsão do feto tivesse sido provocada estaríamos diante de um crime de aborto. Convém, no entanto, ter cautela para não confundir com o nascente sem condições de sobreviver fora do útero, pois não mais se exige vida extra-uterina, sendo suficiente a vida biológica. Logo, um recém-nascido inviável pode ser sujeito passivo do crime de infanticídio.

2.8 Distinções

A diferença entre o infanticídio e o aborto reside no momento em que um e outro podem ocorrer. Ora, como visto, o infanticídio exige ao menos, o início do trabalho de parto ou que este já tenha sido concluído (pois a tutela penal recai sobre quem está nascendo ou que acabou de nascer). Já o aborto, caracteriza-se em qualquer momento anterior ao início do trabalho de parto. Nesta linha calha a seguinte colocação exposta por Diniz (2004, p. 27):

⁵ O Código Penal de 1890 somente admitia como sujeito passivo do infanticídio, o neonato nos sete primeiros dias de vida. Exigia-se, como se vê, vida extra-uterina, isto é, autônoma.

Distingue-se o infanticídio do aborto, porque esse somente pode ocorrer antes 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 ou outro crime de acordo com o momento da conduta delituosa. Assim, quando a morte do sujeito passivo ocorre em qualquer das fases do parto, caracteriza-se infanticídio.

O infanticídio difere também do homicídio no tocante à existência de influência do estado puerperal e do aspecto temporal em que o primeiro ocorre. O infanticídio, como dito alhures, requer que a mãe aja sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após. Assim, se a conduta da autora não se dá em função do especial estado de ânimo e durante o parto ou logo após, sua conduta se subsume ao tipo penal do art. 121 do CP, isto é homicídio. Segundo a seguinte lição trazida por Diniz (2004, p. 28), tem-se que:

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 adequará à figura típica do homicídio, o mesmo ocorre, se o elemento temporal não ficar caracterizado.

2.9 Pena e ação penal

A pena cominada ao crime de infanticídio é de detenção, de dois a seis anos.

A ação penal é pública e incondicionada. Disto resulta dizer que o inquérito policial pode ser instaurado de ofício quando a autoridade policial toma conhecimento do fato. Também é possível, portanto, o oferecimento da denúncia pelo membro de Ministério Público e recebimento pelo Magistrado, sem a necessidade de qualquer tipo de provocação, de quem quer que seja. Inexiste a subordinação a qualquer condição de procedibilidade.

2.10 Considerações acerca da elementar estado puerperal

Primeiramente, cumpre apresentar a diferenciação que a doutrina médico-legal faz entre puerpério e estado puerperal. Segundo a concepção de Gomes (2003, p. 499), o puerpério é assim explicado:

Com o final do parto, ou seja, após a expulsão do feto e da placenta (dequitação) tem início o puerpério, que se estende até a volta do organismo materno às condições pré-gravídicas. Sua duração é de sete a oito semanas. Temos, pois, puerpério imediato (até dez dias após o parto), tardio (que vai até os quarenta e cinco dias) e o puerpério remoto (de quarenta e cinco dias em diante).

De modo que, enxergam o referido puerpério como um quadro fisiológico comum àquelas mulheres que acabaram de dar à luz, resultante de uma gravidez assistida e desejada. Este especial estado é capaz de causar alterações no psiquismo da mulher. Tais alterações têm duração variada. Para exemplificar, podem ser citadas a psicose puerperal e a depressão pós parto. Importante ressaltar que aqui não se discute acerca das mulheres já portadoras de psicopatias. Ao contrário. Está-se referindo às mulheres sãs.

Já o estado puerperal, requerido pelo Código Penal pátrio para configuração do infanticídio, é rechaçado pela doutrina médico-legal. Vejamos o que ensina o doutrinador França (1998, p. 240):

Nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido. Diz a lei que é durante ou logo após o parto, sendo esse “logo após” sem delimitação precisa. Parece ser imediatamente, pois, se a mulher tem um filho, dá-lhe algum tratamento, arrepende-se e mata-o, constitui uma forma de homicídio. Como se o estado puerperal fosse um estágio frusto, frugal e ultratransitório. Esse conceito pode favorecer até aquelas mulheres sem honra sexual a perder que, levadas por motivos egoístas ou de vingança, matam o próprio filho.

Entende o renomado autor que o estado puerperal não passa de uma ficção jurídica, utilizada pelo código para privilegiar a mulher que mata o próprio filho recém-nascido em função de uma pressão social, quando a gravidez indesejada ferir a sua honra.

Como foi dito acima, o puerpério é capaz de ocasionar certas perturbações psíquicas na mulher que acabou de parir, porém, estas não tem o condão de ir além da chamada depressão pós parto. Portanto, o que se dá no infanticídio, não é uma atuação da autora impulsionada pelo estado puerperal, mas sim pela vontade incontrollável de manter a própria honra perante a sociedade e a família, quando se trata de uma gravidez indesejada, fruto de relações clandestinas ou espúrias. Neste sentido, Gomes (2003, p. 299) traz o seguinte pensamento:

O que se dá, na realidade, é a morte de recém-nascidos em situações suspeitas, ocorrendo, na imensa maioria dos casos, em virtude de problemas, os mais

diversos, tais como pobreza extrema, número excessivo de filhos, gravidez resultante de estupro ou mesmo ilegítima e/ou fortuita. Diante do fato indesejado, a mulher quando não consegue abortar, no início, pratica, como último recurso para sanar o problema, a morte do próprio filho. Cremos ser desespero ou despreparo, para enfrentar a situação (este podendo ser encarado sob vários aspectos, desde o econômico até o moral), o que move essas mulheres.

Portanto, objetivou-se demonstrar com estas breves considerações, que existe na doutrina médico-legal séria dúvida acerca da existência da elementar estado puerperal constante do delito de infanticídio. Porém, se existe realmente ou não e qual o grau de influência que exerce sobre as mulheres que acabaram de parir, não é este o objetivo do presente trabalho. O fato é, o art. 123 do CP o prevê expressamente. E, ainda, conjugando-o com o art. 30 do CP, trata-se de elementar pessoal comunicável ao co-autor ou partícipe. Daí a importância de se discutir o assunto, isto é, a comunicabilidade de uma elementar em relação a qual nem é possível afirmar se realmente existe.

3 DOS CRIMES FUNCIONAIS

3.1 Considerações acerca dos crimes contra a administração pública

O Estado realiza uma incontável gama de atividades tendentes à busca do bem comum, que em síntese, segundo Edgar Magalhães Noronha (2003), se reduzem à manutenção da preservação da independência no exterior e à manutenção da ordem no interior.

Na função de manter a ordem interna, o Estado dita normas que visam a preservação da harmonia e equilíbrio sociais. Neste diapasão, estas normas vão dizer respeito à própria organização do Estado, às relações dele com os indivíduos e destes entre si. Para que este conjunto normativo seja efetivo, uma vez que devem ser implementadas na prática, sua aplicação merece uma tutela especial. Assim, o Estado pratica respectivamente as funções legislativa, administrativa e judiciária.

Tomada em um sentido restrito, a administração pública é entendida como a atividade estatal desenvolvida para o alcance das necessidades individuais e coletivas dos administrados e que são tuteladas pelo direito. Se administração atua de modo a garantir aquilo que o direito tutela, de certa forma, ela também produz o direito. Contudo, esta não é a sua função precípua e determinante do seu conceito. Esta idéia nos é trazida por Alexandre Groppali apud Noronha (2003, p. 206) em sua obra, conforme se vê da transcrição abaixo:

Em sentido restrito, ela se refere à atividade do Poder Executivo. “Distinta da atividade legislativa e da atividade jurisdicional – escreve Groppali – é a atividade administrativa, porque enquanto a primeira é determinada pelo fim de dar forma ao direito e a segunda pelo de tutelá-lo e de fazê-lo atuar, a administração ao contrário, visa satisfazer à necessidade e obter o bem ou utilidade que a norma jurídica pretende garantir, de modo que, embora se possa dizer que a administração também realiza o direito, não se pode todavia, argumentar que isso constitua sua finalidade imediata e direta.

O Título XI do Código Penal encerra um rol de crimes contra a Administração Pública, que no seu sentido mais amplo, envolve o exercício por parte do Estado, das três funções já mencionadas, quais sejam: administrativa, legislativa e judiciária.

O Código empregou o termo administração pública no seu sentido mais amplo, isto é, para abranger todo o tipo de atividade que o Estado desenvolve para a consecução dos seus fins. Em última análise, visou o legislador tutelar o bom funcionamento da máquina administrativa para viabilizar o alcance do bem estar comum. Neste sentido Fragoso (1986, p. 380) confirma a assertiva de que o código empregou o termo “administração pública” no seu sentido mais amplo:

A administração pública aqui não se entende no sentido estrito técnico, em que significa o conjunto de órgãos em que se desenvolve o funcionamento dos serviços públicos, constituindo função específica do Poder Executivo. A administração pública é aqui considerada pela lei penal num sentido amplo, ou seja, como atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público (com exceção da atividade política).

Deste modo, o termo administração pública envolve as funções estatais administrativa (em sentido estrito), e de certo modo, a legislativa e judiciária.

Porém, a doutrina de Drummond (1944, p. 261/262) lembra a diferença existente entre crimes contra a administração pública e contra a segurança do Estado:

Mas nem toda perturbação de função do Estado importa em crime contra a administração pública. Ao lado e acima da função administrativa está a função legislativa nitidamente caracterizada pelo objetivo constitucional seu, peculiar, qual o de dar ao Estado configuração e regular-lhe, bem como aos indivíduos, a conduta dando-lhes a norma em regras jurídicas abstratas. Os crimes que lesem o Estado na sua personalidade e organização, em suma, na sua constituição, não pertencem à classe dos crimes contra a administração pública, mas sim à dos crimes contra a segurança do Estado se lesa a sua própria personalidade, que o crime contra a administração não visa destruir ou alterar, mas apenas perturbar, no seu funcionamento.

Desta maneira, as condutas tipificadas no código como crimes contra a Administração Pública, podem ser praticadas no âmbito das três funções estatais clássicas.

3.1.2 Objetividade jurídica

Ante o todo já explanado acerca dos crimes contra a administração pública, conclui-se sem hesitar, que a objetividade jurídica destes crimes é o bom funcionamento da

máquina administrativa, que não pode ficar exposta a condutas lesivas, uma vez que, em última análise, o que se protege é o bem comum.

Manzini *apud* Noronha (2003, p. 207) não desmente o afirmado acima como se vê da transcrição abaixo:

Objeto jurídico da tutela penal, em relação aos delitos, cujo exame empreendemos, é o interesse público concernente ao normal funcionamento e prestígio da administração pública, em sentido amplo, tendo em vista a probidade, desinteresse, capacidade, competência, disciplina, fidelidade, segurança, liberdade, decoro funcional e respeito devido à vontade do Estado, em relação a determinados atos e relações da própria administração pública.

A lição de Ugo Gavazzi ressalta a proteção do interesse na preservação do bem comum já levando em conta o alargamento das funções estatais do Estado Democrático de Direito que, dentre outras coisas, busca a igualdade entre os administrados. Senão vejamos o que diz Gavazzi *apud* Drummond (1994, p. 261):

A objetividade jurídica dos crimes contra a administração pública consiste na perturbação das múltiplas funções, mediante as quais o Estado realiza os seus próprios fins que, sem descontinuidade, se alargam na medida da crescente extensão da atividade estatal, já agora não adstrita apenas à tutela da ordem jurídica, mas se substituindo, dia a dia mais às atividades individuais na obtenção daquelas utilidades sociais que o indivíduo não quer ou não pode conseguir por suas próprias forças.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (2002) de forma secundária neste capítulo, o código penal também tutela o patrimônio particular e não somente o interesse público. A título de exemplo desses crimes inseridos no capítulo ora em comento que tutelam o patrimônio particular, o jurista fornece o crime de peculato (artigo 312 do Código Penal).

Encontramos ainda na lição de Damásio Evangelista de Jesus, esclarecimento de que a tutela penal da administração pública recai não somente sobre as condutas oriundas dos funcionários públicos, mas também daquelas advindas dos particulares, isto é, pessoas alheias à administração. Aliás, este é um dos critérios de classificação dos crimes contra a administração pública que logo mais se verá. Finalmente, segue o trecho da obra do festejado autor Jesus (2002, p. 115):

[...] Proíbe-se pela incriminação penal não só a conduta ilícita dos agentes do poder público, os funcionários públicos (intrañei), como a dos estranhos, os

particulares (extranei), que venha de forma comissiva ou omissiva, causar ou expor a perigo de dano a função administrativa (sem sentido estrito) legislativa e judiciária.

3.1.3 Espécies

Os crimes contra a Administração Pública classificam-se em três espécies distintas: 1ª) crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (arts. 312 a 326); 2ª) crimes praticados por particular contra a administração em geral (arts. 328 a 337); e 3ª) crimes contra a administração da justiça (arts. 338 a 395).

Na primeira espécie encontram-se os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Estes são os chamados **crimes funcionais**. Inserem-se, dentro daquela classificação geral dos delitos, entre os delitos próprios, que somente podem ser praticados por uma classe de pessoas dotadas de certas características que as distinguem das demais. No caso específico dos crimes funcionais, exige-se de seu sujeito ativo a qualidade de exercer função pública, de ser **funcionário público**. A doutrina sempre abalizada de Heleno Cláudio Fragoso também é neste sentido: “São crimes funcionais (também chamados, impropriamente, “de responsabilidade”) aqueles em que a qualidade de funcionário público é elemento constitutivo ou condição de maior punibilidade” (FRAGOSO, 1986, p. 382).

A segunda espécie encerra uma série de crimes em que a objetividade jurídica não distoa da verificada nos crimes funcionais, porém, a discrepância reside no fato de não ser exigido, nestes crimes, que o sujeito ativo seja funcionário público. Ao revés, trata-se de crime comum, em que qualquer particular pode figurar no pólo ativo da figura delitiva. Não há óbice para o funcionário público também praticar um crime desta espécie, porém, ele não deverá estar atuando no âmbito de suas atribuições funcionais.

A doutrina sempre precisa e eloquente de Prado (2002, p. 482) traz este ensinamento:

O enfoque em capítulos distintos, dos delitos praticados por funcionários públicos e daqueles perpetrados por particulares contra a Administração Pública, está sedimentado no fato de que os crimes praticados pelos primeiros inserem-se no âmbito dos delitos próprios, enquanto os praticados pelos últimos são reputados comuns; logo a qualidade do sujeito ativo é que constitui a diferença marcante entre eles. Contudo, não se pode olvidar que o funcionário público

também pode praticar os delitos no capítulo ora em exame, mas a sua atuação criminosa não está vinculada à qualidade funcional.

Por fim, os crimes da terceira espécie, isto é, contra a Administração da Justiça, segundo Heleno Cláudio Fragoso (1986) constituem novidade em nosso ordenamento jurídico e foram nele inseridos por influência do direito italiano. Não que inexistissem anteriormente ao código vigente, mas não encontravam-se reunidos sobre uma mesma epígrafe.

A doutrina esclarece que o termo “justiça”, empregado pelo código, não faz restringir o alcance da tipificação destes crimes àquelas condutas que atentem apenas contra a atividade jurisdicional, mas também àquelas que atentem contra o seu prestígio e eficácia. A transcrição abaixo, exposta na obra de Noronha (2003, p. 362) revela esta idéia:

Não se trata da justiça no sentido restrito da jurisdição, mas de tudo quanto se refere à atuação e atividade da justiça, para conseguir os fins que lhe são próprios e inerentes. São os delitos aqui considerados fatos que não atentem apenas contra a instituição da justiça, mas também contra a função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis.

3.2 Classificação dos crimes funcionais

Por sua vez, os crimes funcionais também podem ser classificados em próprios e impróprios.

Crimes funcionais **próprios** são aqueles em que a condição de funcionário público figura na estrutura típica na condição de elementar do crime. Portanto, se ausente a elementar funcionário público, o fato torna-se absolutamente atípico. A lição transcrita por Jesus (2002, p. 116) traduz bem esta idéia:

Nos primeiros, a qualidade de funcionário público atua como elementar do tipo e, sem ela, o fato se torna absolutamente atípico. Ex.: prevaricação (art. 319). Provado que o sujeito, ao tempo do fato, não era funcionário público, desaparece a prevaricação e não surge nenhum outro delito. A qualidade do sujeito ativo aparece como elemento da tipicidade penal.

De outro lado, os crimes funcionais **impróprios** apresentam a peculiar característica de, uma vez excluída a elementar funcionário público, desaparecer o crime

funcional para realocar o fato na estrutura típica de outro delito, no qual, por óbvio, não se exige a especial qualidade do sujeito ativo, de ser funcionário público. Ocorre aqui, o fenômeno da atipicidade relativa. Na concepção de Jesus (2002, p. 116) os crimes funcionais impróprios são revelados da seguinte forma:

Nos crimes funcionais impróprios, excluída a qualidade de funcionário público, há dois efeitos: 1º) desaparece o crime de que se trata; ou 2º) opera-se desclassificação para outro delito. Exemplo: peculato (art. 312). Excluída a elementar “funcionário público”, desaparece, por atipicidade relativa, o crime de peculato, subsistindo a apropriação indébita (CP, art. 168).

3.3 Rol dos crimes funcionais

Os crimes funcionais encontram-se inseridos no Título XI “Dos crimes contra a Administração Pública”, no Capítulo I “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”. São eles:

- a) peculato (art. 312);
- b) peculato culposo (art. 312, §2º);
- c) peculato mediante erro de outrem (art. 313);
- d) extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314);
- e) emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315);
- f) concussão (art. 316);
- g) excesso de exação (art. 316, §1º);
- h) corrupção passiva (art. 317);
- i) facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318);
- j) prevaricação (art. 319);
- k) condescendência criminosa (art. 320);
- l) violência arbitrária (art. 322);
- m) abandono de função (art. 323);
- n) exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324);

- o) violação de sigilo funcional (art. 325);
- p) violação do sigilo de proposta de concorrência (art. 326).

3.4 Funcionário público

3.4.1 Conceito

Neste passo, torna-se imperioso trazer à baila o conceito de funcionário público. Primeiramente, vale ressaltar que a doutrina administrativista empresta um sentido mais restrito ao que venha ser “funcionário público” em comparação ao que fez o Código Penal.

No âmbito do direito administrativo, são **servidores públicos** todos aqueles que, de alguma forma, prestem serviços ao Estado ou aos órgãos da administração indireta, com ou sem vínculo de emprego e remunerados com verbas públicas. Os servidores públicos, *lato sensu*, se subdividem em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Os servidores estatutários são aqueles ligados à Administração Pública por intermédio de uma lei (o estatuto), nela ingressando após a aprovação em concurso público. Por outro lado, os empregados públicos são aqueles contratados pela Administração, mas que se submetem ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por fim, os servidores temporários são os contratados pela Administração por tempo determinado para atender à necessidade de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF), são os contratados a título precário. Segundo Di Pietro (2002, p. 433/434), tem-se que:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; os empregados públicos, contratados por tempo determinado sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público e; os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Portanto, do ponto de vista do Direito Administrativo, seria enquadrado como funcionário público, somente o servidor público estatutário, que está vinculado à Administração por intermédio de lei e exerce uma função pública, decorrente do cargo que ocupa, ao passo que o empregado público tem um vínculo meramente contratual com ela e o temporário exerce tão somente uma função pública, isto é, sem ocupar um cargo público. Tanto que, a Constituição Federal anterior utilizava a expressão “funcionário público” para designar o que atualmente o Direito Administrativo conhece por servidor estatutário. Confirmando a assertiva, continua a eminente jurista Di Pietro (2002, p. 435):

Na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão funcionário público para designar o atual servidor estatutário. A expressão mantém-se em algumas leis mais antigas, como é o caso da Lei paulista nº 10.261, de 28-10-68, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, ainda em vigor. (...).

No âmbito do Direito Penal, em atendimento ao disposto no art. 327, *caput* e seus parágrafos, a expressão funcionário público torna um sentido bem mais amplo. O dispositivo em comento, abriga no conceito de funcionário público, aqueles que exercem, ainda que de forma temporária e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública. Assim, mister algumas considerações acerca destas figuras.

Segundo Luiz Régis Prado (2002), cargo público denota o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor; enquanto que emprego público é o serviço por prazo certo, previsto na estrutura organizacional da Administração Pública, com contrato em regime celetista e, por sua vez, função pública, é a atividade específica ou um conjunto delas, cujo exercício o Poder Público incumbe a um agente administrativo ou a um conjunto deles.

Portanto, o conceito de funcionário público para os fins penais, é sobremaneira mais amplo do que o encontrado no Direito Administrativo, eis que, o art. 327 do CP em nenhum momento faz alusão à necessidade de permanência na administração ou remuneração pelo Estado, contenta-se com o mero exercício de uma função pública que, de outro lado, não é o bastante para o Direito Administrativo. Delmanto et. al. (2002, p. 649) traz o seguinte pensamento:

Para efeitos penais, o conceito de funcionário público é diverso do que lhe dá o Direito Administrativo. Para o CP, é funcionário público quem, embora

transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Para a caracterização, portanto, é desnecessária a permanência ou remuneração pelo Estado. (...). Assim, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público desde que exerça, de algum modo, função pública.

Neste momento, pede-se *vênia* para transcrever o ensinamento de Edgard Magalhães Noronha, que não foge do ensinamento supra, mas corrobora que, para o direito penal, o importante para a definição do termo funcionário público, é o exercício de uma função pública, e não o vínculo que liga o agente à Administração, se estatutário, contratual ou a título precário, conforme segue a explicação proposta por Noronha (2003, p. 214):

Para os efeitos penais, nosso diploma considera funcionário não apenas esse, mas também o que exerce emprego público (como o contratado, o diarista etc.), ou de qualquer modo, uma função pública. Pode dizer-se então, que o conceito advém desta, embora o Código lhe tenha dado maior extensão do que a do Direito Administrativo. Para ele, pois, são funcionários públicos tanto o Presidente da República, do Congresso, ou do Supremo Tribunal, como o contínuo da repartição.

Não é mister, assim, que a pessoa seja funcionário público; o que é indispensável é que exerça função pública, que, no dizer de Maggiore é “qualquer atividade que realiza fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à administração pública.

Logo, incluem-se no conceito penal de funcionário público os jurados (dicção expressa do art. 438 do Código de Processo Penal), os mesários e componentes das Juntas Eleitorais etc. De outra banda, não se pode confundir função pública com o *múnus* público, que não enseja inclusão no conceito do art. 327 do CP, pois nestes casos, o que predomina é o interesse privado, o que foge da tutela penal albergada nos crimes funcionais (o bem comum). A lição abaixo transcrita da lição exposta por Prado (2002, p. 473) revela este aspecto:

Ao referir-se a funcionário público, in genere, a norma em análise alcança todos os agentes públicos, desde os representantes dos três Poderes da República até o mais humilde servidor, incluindo-se aí até mesmo aqueles que exercem transitoriamente determinada função pública, ainda que gratuita. Cite-se o exemplo dos jurados, expressamente equiparados pelo artigo 438 do Código de Processo Penal aos juízes de ofício para fins de responsabilidade criminal, e o dos mesários e componentes das Juntas Eleitorais, pelo que se depreende dos artigos 36 e 120 da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral). Não são funcionários públicos, contudo, aqueles que exercem um *múnus* público, como os curadores e tutores dativos, ou inventariantes judiciais, entre outros, em que há prevalência de um interesse privado [...]

3.4.2 Funcionário público por equiparação

O §1º do art. 327 do Código Penal equipara a funcionário público “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”

A equiparação feita pelo Código Penal, no entender de Luiz Régis Prado (2002), reflete a descentralização de parte dos serviços públicos a outros entes da Administração Pública Indireta, quais sejam, as autarquias, fundações públicas, e entidades paraestatais. Para um melhor esclarecimento, Vasconcelos *apud* Prado (2002, p. 474) conceitua a Administração Indireta nos seguintes termos:

Administração Indireta é aquela que realiza serviços descentralizados, por intermédio das pessoas que a integram, as quais são instituídas pelo Estado para esse fim. Tais pessoas são as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Denota-se, que a equiparação feita pelo Código Penal teve o escopo de tutelar o bom funcionamento da máquina administrativa também na esfera da Administração Indireta.

Entretanto, é possível encontrar na doutrina verdadeira celeuma no tocante ao alcance da aplicabilidade da equiparação ora em comento. Para determinada parte da doutrina, a equiparação contida no §1º do art. 327 do CP, se restringe àquelas hipóteses em que o funcionário público é sujeito ativo do crime (crimes funcionais), já para outra parte, a equiparação se estende para toda a parte especial do código, bem como para as leis extravagantes.

Os argumentos que pesam pela retenção da equiparação somente em relação ao sujeito ativo são em suma, o topográfico e teleológico. Com efeito, defendem estes autores que se a intenção do legislador fosse estender a equiparação para todo Código Penal, teria guardado este dispositivo na Parte Geral do código, e não no Capítulo I do Título XI. Dentre os que militam por esse posicionamento, encontramos Luiz Régis Prado e Damásio Evangelista de Jesus. Vale trazer aqui as palavras de Prado (2002, p. 476):

Contudo, há necessidade de se restringir o alcance do texto normativo tão somente às hipóteses em que os funcionários de tais entidades figurem como sujeito ativo dos delitos considerados funcionais, inclusive no que tange à legislação penal extravagante. A própria posição topológica do artigo 327 denota a intenção do legislador de restringir tal equiparação aos moldes aqui explicitados, não podendo essa disposição ser enfocada como norma geral, conforme equivocadamente desejam alguns.

Damásio Evangelista de Jesus (2002), ainda faz alusão ao §2º do artigo 327, que também traz em seu bojo uma equiparação, além de menciona ser aplicável o aumento de pena “aos autores dos crimes previstos” no Capítulo I. Este argumento reforça ainda mais a tese de que a equiparação contida no §1º do art. 327, CP fica adstrita somente ao sujeito ativo.

De outra banda, há os que defendem a extensão da equiparação feita pelo §1º do art. 327, CP também em relação ao sujeito passivo do crime. Segundo esta orientação quem oferecer vantagem indevida a um presidente de autarquia, estaria cometendo o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP). É o que defende Fragoso (1986, p. 386), pois nos seus dizeres: “os argumentos apresentado em prol dessa limitação não convencem, pois ela contrasta claramente com o sentido e alcance da disposição legal.”

3.4.3 Causa de aumento de pena

O §2º do art. 327 do CP, prescreve uma causa de aumento de pena “quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.” A majorante se limita à terça parte da pena.

Conforme ensina Prado (2002, p. 477/478) as figuras dos cargos em comissão, da função de direção e assessoramento são explicadas da seguinte forma:

Os cargos em comissão são aqueles destinados às funções de confiança, exercidas geralmente por superiores hierárquicos. A função de direção é ínsita à diretoria da empresa, órgão executivo da sociedade, e que é composta de dois ou mais diretores, encarregados da implementação das deliberações do conselho de administração. Função de assessoramento é aquela desempenhada por técnicos contratados para auxiliar a diretoria das empresas nominadas, tratando-se normalmente, de função de confiança.

Denota-se que o dispositivo em comento alberga, ainda que implicitamente, uma outra equiparação a funcionário público. De acordo com o que já foi supra analisado, do ponto de vista do Direito Administrativo, percebe-se que os funcionários ou empregados de fundações, sociedades de economia mista ou empresa pública, não são funcionários públicos. Ora, se prevê aumento de pena para os casos em que eles praticam um crime funcional, é porque está a equipará-los a funcionário público.

Entretanto, diferentemente do que ocorre na equiparação constante do §1º do art. 327, aqui, “a equiparação é limitada, pois somente se refere aos crimes do primeiro capítulo do título XI (crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral) e só se aplica nos casos em que o funcionário é autor do crime.” (FRAGOSO, 1986, p.387).

Em virtude deste dispositivo além de prever a majorante, também instituir uma equiparação, sugeriram na doutrina duas correntes diametralmente opostas, conforme o ensinamento de Delmanto et. al. (2002, p. 650) abaixo transcrito:

Instituído pela Lei nº 6.799/80, o §2º permite duas interpretações. a) Limitada. O §2º contém uma equiparação e uma figura qualificada, mas ambas limitadas aos ocupantes de certas funções em órgãos, empresas e fundações ligadas ao Poder Público. Assim, as pessoas expressamente indicadas (ocupantes de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento das entidades indicadas no §2º) podem ser agentes de crimes contra a Administração (e sofrendo penas aumentadas), mas os funcionários não qualificados das mesmas entidades não ficam equiparados a funcionários públicos. b) Ampliativa. Para outra corrente todos os funcionários daquelas entidades arroladas no §2º estão equiparados também a funcionário público, mas a causa de aumento de pena prevista no §2º é aplicável tão só aos servidores qualificados nela expressamente indicados.

3.5 Elemento subjetivo dos tipos

A doutrina manejada por Damásio Evangelista de Jesus (2002) prescreve ser o elemento subjetivo constante dos crimes funcionais, o dolo direto ou, ao menos, o dolo eventual. Para tanto, o renomado autor faz menção à necessidade de que o sujeito tenha conhecimento de que desempenha uma função pública em relação a qual exista vedação do comportamento lesivo realizado. Em outros termos, exige-se que o agente tenha conhecimento de que é funcionário público, ainda que seja desprovido de conhecimento técnico sobre o assunto.

4 DA COMUNICABILIDADE DAS ELEMENTARES PESSOAIS NOS CRIMES DE INFANTICÍDIO E NOS CRIMES FUNCIONAIS

4.1 Considerações acerca da comunicabilidade da elementar “estado puerperal”

O crime de infanticídio vem definido no artigo 123 do Código Penal nos seguintes termos: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena: - detenção, de dois a seis anos”. Como já assinalado alhures (vide item 2.3), o infanticídio é crime próprio, que somente pode ser praticado pela mãe que está parindo ou que acabou de parir.

Conforme se denota, o “estado puerperal” é elementar do infanticídio, pois diferentemente das circunstâncias e condições que gravitam em torno do crime, “as elementares são também dados ou fatos, mas que compõem a própria descrição do fato típico e cuja ausência exclui ou altera o crime” (DELMANTO et al, 2002, p. 66). Portanto, é certo que, uma vez ausente o “estado puerperal”, a conduta do agente se transporta para outro crime, qual seja, o de homicídio (art. 121, CP).

Pois bem, a questão que se coloca aqui neste momento é, se esta elementar de caráter eminentemente pessoal seria comunicável ao co-autor ou partícipe do delito em testilha, fazendo-o incidir nas penas cominadas para ele ou se, o “estado puerperal”, face esta característica de pessoalidade, seria incomunicável, de modo a subsumir-se sua conduta no crime de homicídio. A questão não é pacífica na doutrina.

Dispõe o art. 30 do CP que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” O que o dispositivo consagra é a incomunicabilidade das circunstâncias e condições de índole subjetiva ou pessoal, isto é, que só dizem respeito a um ou uns dos agentes, não podendo se estender os seus efeitos jurídicos aos demais, nem para beneficiá-los, nem para prejudicá-los.

Entretanto, o artigo em análise, comporta uma exceção à regra da incomunicabilidade das condições e circunstâncias de caráter pessoal, qual seja, quando elas se constituírem em elementares do crime. Conforme Jesus (2002, p. 442) lê-se que:

As elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes desde que tenham ingressado na sua esfera de conhecimento. O princípio decorre do requisito da identidade de infração para todos os participantes. Qualquer elemento que integra o fato típico fundamental comunica-se a todos os concorrentes.

Logo, levando em consideração o disposto na letra fria da lei, o “estado puerperal” seria perfeitamente comunicável ao co-autor ou partícipe do crime de infanticídio, eis que é sua elementar. Com isso uma situação inusitada é criada. Com efeito, o co-autor ou partícipe do crime, não sofre influência alguma do “estado puerperal”, não obstante, em função da exceção consagrada pelo art. 30 do CP, a conduta deles também se subsume ao crime de infanticídio e não no de homicídio.

A citação supra, lembra que em sede de concurso de pessoas, deve ser atendido o princípio da identidade de infrações contido no artigo 29 do Código Penal (teoria monista, vide item), por isso também, a comunicabilidade do estado puerperal seria viável. Contudo, como a questão envolve a comunicabilidade de uma elementar pessoal *sui generis*, a questão é sobremaneira tormentosa.

É possível encontrarmos diferentes posições na doutrina. Há aqueles que, interpretando sistematicamente o Código Penal, defendem a comunicabilidade, fazendo implícita alusão ao princípio da reserva legal, como se vê da transcrição abaixo, extraída da obra de Mirabete (2003, p. 90):

Endossamos a primeira orientação, adotada aliás na Conferência dos Desembargadores, no Rio de Janeiro, em 1943, por ser inegável a comunicabilidade das condições pessoais quando elementares no crime, a não ser que a lei disponha expressamente em contrário. Aliás, um mesmo fato somente pode ser punido de modo diverso com relação aos que dele participam quando a lei o determina (como nos casos do aborto consentido e o praticado por outrem com o consentimento da gestante, o do peculato doloso e peculato culposo, o da corrupção ativa e da corrupção passiva etc. e na hipótese do art. 29, §2º do CP).

Embora o festejado autor defenda a comunicabilidade do “estado puerperal”, ele não se mostra alheio de que esta extensão pode dar azo à impunidade, pois favorece com uma pena mais branda aquele que não sofreu sua influência. Por isso, continua o jurista Mirabete (2003, p. 90):

Mais adequado, portanto, seria prever expressamente a punição por homicídio do terceiro que auxilia a mãe na prática do infanticídio, uma vez que não militam

em seu favor as circunstâncias que levaram a estabelecer uma sanção de menor severidade para a autora do crime previsto no art. 123 em relação do definido no art. 121.

Portanto, aqueles que procuram defender a comunicabilidade do “estado puerperal” o fazem levando em consideração só o que dispõe a lei, sem relevar a intensa subjetividade desta elementar. A doutrina abaixo transcrita, extraída da obra de Delmanto et. al. (2002, p. 266) revela este aspecto extremamente positivista:

[...] Em nossa opinião, o concurso deve ser admitido de acordo com a regra do CP, art. 30. Embora possa não ser a solução mais justa, pois o co-autor ou partícipe não se encontra em estado puerperal, não merecendo receber a pena mais branda do infanticídio, foi adotada pelo legislador.

De outro lado, há os que defendem a incomunicabilidade do “estado puerperal”, ainda que em sacrifício das regras alusivas ao concurso de agentes, por entenderem-nas incompatíveis com o delito de infanticídio, tal pode ser confirmado com a transcrição infra, reveladora da idéia de Hungria (1955, p. 259):

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 uma **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, ser chamadas circunstâncias, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio.
<grifo nosso>

O autor aqui em comento, além de entender as regras do concurso de pessoas incompatíveis com o infanticídio, também alicerça a tese da incomunicabilidade do “estado puerperal” na injustiça ou contra-senso que ela produz, pois subsume a conduta de um agente que não padece de nenhuma perturbação psíquica a uma pena bem mais branda. Senão vejamos o que ensina Hungria (1955, p. 259):

A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado “sob a influência do estado puerperal”.

Contudo, o que mais chama a atenção nos ensinamentos do saudoso Nelson Hungria, é a criação de uma nova espécie de circunstância, qual seja, a “personalíssima”. Destarte, ele atribui essa qualidade de “personalíssimo” ao “estado puerperal” e conclui, por ele possuir essa natureza, ser incomunicável aos demais agentes que contribuíram para a prática criminosa.

Nesse diapasão, Bento de Faria também fazia alusão à circunstâncias de caráter “personalíssimo”, fazendo crer que também filiava-se à idéia proposta por Hungria. Nos dizeres do autor, ao analisar o art. 30 do CP, “rememorando, pois, chega-se à conclusão do dispositivo em apreço – são incomunicáveis as circunstâncias de caráter pessoal (**personalíssimas**) salvo quando elementares do crime (elementares constitutivas do delito).” (FARIA, 1958, p. 275). <**grifo nosso**>

Como já foi analisado no item 2.1, é a influência do “estado puerperal” que justifica a atenuação da pena da autora, se comparada à pena do crime de homicídio, não obstante a ação nuclear de ambos os crimes seja a mesma, isto é, “matar”. Se a influência deste elemento psíquico só atinge a mulher que está parindo ou que acabou de parir, não seria viável estender-se o benefício a terceiros que contribuem com a autora sem estarem influenciados como ela. Fundado nestes argumentos, é que Bruno (1966, p. 150/151) revela a incomunicabilidade do “estado puerperal”, senão vejamos:

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

Na hipótese de um terceiro praticar atos materiais tendentes à morte do neonato ou do nascente com o consentimento da mãe, segundo o entendimento esposado pela doutrina clássica, aqui demonstrado, responderá pelo crime de homicídio. A lição de Siqueira (1947, P. 57/58) é nesse sentido:

Nos termos do art. 123 do código penal, somente a própria mãe, independentemente de sua condição legal ou moral, pode ser sujeito ativo do crime de infanticídio. Outro que não ela, embora com seu consentimento, que

matar o nascente ou recém nascido, ou tiver participado como instigador, auxiliar ou mesmo executor material (por ex: o pai, o parteiro) responderá por homicídio, pois em tal hipótese a mãe não seria agente material ou da morte do próprio filho.

O mesmo autor também atribui ao “estado puerperal” uma característica especial, pois o infanticídio, “trata-se de fato personalíssimo e, nos termos do código, de condição incomunicável (sob a influência do estado puerperal).” (SIQUEIRA, 1947, p. 58)

Não poderia deixar de ser mencionado que, segundo Heleno Cláudio Fragoso, posteriormente, Nelson Hungria reviu o seu entendimento e alterou-o. Nos próprios dizeres de Fragoso *apud* Hungria (in <<http://www.damasio.com.br>>, acesso em 23 jul. 2006), verificamos isto:

[...] Reconhecendo humildemente o engano e dando a mão à 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 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. Insere-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 de homicídio.

Assim, Nelson Hungria abandonou a tese de que o “estado puerperal” seria uma circunstância elementar personalíssima e por isso incomunicável, passando a adotar uma posição positivista, defensora da sua comunicabilidade simplesmente porque assim estaria aplicando os exatos termos da lei.

Há ainda, segundo Damásio Evangelista de Jesus (2002), uma terceira posição que tipifica a conduta do agente que não se submete aos efeitos do estado puerperal dependendo do grau de sua participação para a ocorrência do evento delitivo. Segundo esta corrente, se o agente contribui de maneira meramente acessória para o evento, isto é, praticou somente atos secundários que auxiliaram a agente a praticar o fato, responderia por infanticídio. De outro lado, se juntamente com a mãe o verbo núcleo (“matar”), estaria praticando homicídio.

4.2 Considerações acerca da comunicabilidade da elementar “funcionário público”

Os crimes funcionais, como já analisado (vide item 3.1.3), encerram um rol de crimes próprios, onde a qualidade de funcionário público figura como elementar da figura típica. Por esse prisma, somente o funcionário público poderia figurar no pólo ativo desta espécie de crime, eis que, trata-se de crime próprio.

No entanto, a possibilidade um agente estranho à Administração Pública figurar como co-autor ou partícipe de um crime funcional não está excluída. Ora, por força da norma de extensão contida no art. 29 do CP, todos aqueles que concorrem para a prática de um crime incidem nas penas a ele cominadas, sempre na medida de sua culpabilidade.

A possibilidade de um agente que não é funcionário público responder por um crime funcional também é possível em função da regra oriunda do art. 30 do CP, que estabelece a comunicabilidade das circunstâncias pessoais quando elementares do crime.

A circunstância “funcionário público”, em todos os crimes funcionais exerce a função de elementar, pois uma vez ausente, a conduta do sujeito ativo será tipificada em outro delito ou até mesmo se constituirá em um fato atípico.

Portanto, na mesma esteira do que já foi explanado acerca da comunicabilidade da elementar “estado puerperal”, é possível concluir-se que a elementar “funcionário público” também se estende ao co-autor ou partícipe de um crime funcional, ainda que ele não pertença aos quadros da Administração Pública. De modo que, aquele que pratica apropriação indébita conjuntamente com um funcionário público ou o auxilie de algum modo nesta empreitada, incide nas penas cominadas ao peculato (art. 312 do CP, pena: reclusão de dois a doze anos e multa) e não nas penas do crime de apropriação indébita (art. 168 do CP, pena: reclusão de um a quatro anos e multa).

Porém, a comunicabilidade da elementar funcionário público não é incondicional e irrestrita. Ao revés, ela depende de que o *extraneus* conheça desta especial qualidade que recai sobre o seu comparsa, sob pena de ser admitida possibilidade de responsabilidade objetiva.

O doutrinador Jesus (2002, p. 123) confirma esta idéia:

Na hipótese de concurso de pessoas, a elementar “funcionário público”, de natureza pessoal ou subjetiva, é comunicável entre os fatos dos participantes (CP, art. 30). A comunicabilidade, entretanto, não é incondicional. Para tanto, é necessário que o terceiro, que não apresenta a qualidade funcional, cometa o fato com o conhecimento de sua presença na figura do autor principal. Em outros termos, o dolo, devendo abranger todos os elementos do tipo, precisa alcançar também a elementar funcional.

Com efeito, a doutrina quando analisa o crime de peculato (art. 312, CP que é um crime funcional) esclarece que somente o funcionário público pode ser seu sujeito ativo, “todavia, pode haver co-autoria ou participação de pessoas que não sejam funcionários públicos, desde que elas tenham conhecimento desta qualidade do autor.” (DELMANTO, et. al, 2002, p. 617).

4.3 Um paralelo distintivo entre a comunicabilidade das elementares pessoais “estado puerperal” e “funcionário público”

As elementares “estado puerperal” e “funcionário público” acolhidas, respectivamente, pelo crime de infanticídio e pelos crimes funcionais, são pessoais, dotadas de caráter subjetivo, que só dizem respeito à própria mãe parturiente ou ao *intraeius*.

Entretanto, podemos facilmente vislumbrar que o grau de subjetivismo que reside em cada uma delas não é o mesmo. Verifica-se que o “estado puerperal” é muito mais pessoal do que “funcionário público”.

Ora, o “estado puerperal” (se é que realmente existe, vide item 2.10), consiste em um conjunto de distúrbios hormonais que levam a recente mãe a praticar uma conduta que, sem a sua influência jamais teria se verificado. Já a elementar “funcionário público” (vide item 3.4.1) é uma especial qualidade atribuída a quem integra os quadros de funcionários da Administração Pública, bastando para integrá-la, que seja aprovado em concurso ou seleção pública.

Vê-se, assim, que a elementar “estado puerperal” é determinante da prática do infanticídio, sem ele a parturiente não mataria. Porém, a recíproca não é verdadeira. A elementar “funcionário público” não desempenha este papel impulsionador da conduta, é um dado essencial do crime funcional, mas que não determina a sua prática. Em outros

dizeres, quem não sofre a influência do “estado puerperal” não pode matar a pretexto de atuar em conjunto com a puérpera; mas quem não é funcionário público, pode apropriar-se indebitamente de bem público ou particular, com ou sem auxílio do *intraneus*.

Ademais, a objetividade jurídica do crime de infanticídio (vide item 2.2) e dos crimes funcionais, como analisado no item 3.1.2, são, respectivamente, a vida do neonato ou do nascente e o bom funcionamento da máquina administrativa o que, em última análise, significa tutelar-se o bem comum.

Comunicando-se a elementar “estado puerperal” ao agente que não sofre sua influência e submetendo-o a uma pena mais branda que a do homicídio, importa em desprestigiar o bem jurídico mais valioso a ser tutelado; e comunicando-se a elementar “funcionário público” ao agente que não pertence aos quadros da Administração Pública, leva à aplicação de uma penas mais rígida ao *extraneus*, que por sua vez, visa coibir condutas lesivas ao erário e ao prestígio da Administração.

Portanto, a comunicabilidade do “estado puerperal” leva a uma situação injusta e desproporcional; já a comunicabilidade da elementar “funcionário público”, é justificada pelo interesse público consistente na tutela do bem comum.

Já nos ensinava Beccaria (1999, p. 37) acerca da proporção que deve imperar entre a gravidade do delito e a pena imposta, lembrando que quando o interesse público é lesado, a pena aplicada deve ser mais severa:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.

5 CONCLUSÃO

O infanticídio da forma como vem previsto no art. 123 do Código Penal pátrio é um crime próprio, do qual somente a própria mãe que acabou de parir ou que está parindo pode ser sujeito ativo.

Trata-se de um crime privilegiado, eis que contém o mesmo verbo núcleo presente no crime de homicídio, isto é, “matar”, e se comparado a este, sua pena é sobremaneira reduzida. O privilégio seria justificado em função do “estado puerperal” que animaria a conduta da parturiente para esse fim.

Verificou-se, no entanto, que habitam na doutrina médico-legal sérias dúvidas acerca da real existência deste especial estado que se abateria sobre as parturientes. Segundo os doutrinadores deste ramo do direito, na verdade o que anima essas mulheres a praticarem a conduta de matar o filho durante o parto ou logo após, seria um conjunto de fatores externos (sociedade, preconceito, motivos ligados à honra etc.) e não o tão comentado “estado puerperal”.

Passando para a análise da comunicabilidade da elementar pessoal “estado puerperal” quando o infanticídio é cometido em concurso de agentes, ficou constatado divergência na doutrina. Os que lecionam pela incomunicabilidade, o fazem em observância ao caráter eminentemente pessoal do qual o “estado puerperal” é dotado, chegando a denominá-lo de “circunstância elementar personalíssima”. Já os que advogam pela comunicabilidade, pensam assim porque interpretam o Código Penal de um ponto de vista extremamente positivista, sem o qual estaria quebrada a unidade de crimes que norteia concurso de pessoas no nosso sistema penal.

De outro lado, constatou-se que a elementar “funcionário público” nos crimes funcionais, também é pessoal e, por isso, comunicável aos co-autores ou partícipes, ainda que não sejam funcionários públicos. Outrossim, em relação a isso, a doutrina é uníssona, posto ser exigível apenas, para a comunicabilidade, o conhecimento do *extraneus*, de que o seu comparsa pertence aos quadros da administração pública, sob pena de responsabilização objetiva.

Sendo assim, pelo que se expôs, chegamos a concluir que a comunicabilidade das elementares nos crimes próprios não é nenhuma incongruência do nosso legislador. Ao revés, quando se constatou a comunicabilidade da elementar “funcionário público”, viu-se

tratar de medida extremamente salutar, que visa apenar mais gravemente aquele que age em desfavor da Administração Pública, com o fito de evitar condutas análogas.

Na verdade situação incongruente é a criada com a comunicabilidade do “estado puerperal” no crime de infanticídio, que abranda a pena de quem não se submete aos seus possíveis efeitos, causando desprestígio ao bem jurídico tutelado neste crime, qual seja, a vida.

Portanto, é que se conclui pela necessidade de o Código Penal vir a ser alterado. Não em seu art. 30, onde a comunicabilidade das elementares pessoais encontra guarida, mas sim no próprio tipo penal do crime de infanticídio ou no de homicídio (arts. 123 e 121).

A criação de um novo tipo que preveja expressamente a conduta do co-autor ou partícipe de infanticídio e faça remissão às penas do homicídio, resolveria a questão. Com efeito, se os que propugnam pela comunicabilidade da elementar “estado puerperal” o fazem em função de que, o contrário quebraria a unidade de crimes que impera no nosso sistema em relação ao concurso de pessoas (teoria unitária ou monista), tem-se que com essa previsão, estaria autorizada mais uma exceção pluralista da teoria unitária ou monista, bem como ocorre nos crimes de aborto consentido e provocado por terceiro e corrupção passiva e ativa.

Outra possibilidade é a proposta por Damásio Evangelista de Jesus (2002), que sugere a inserção de mais um parágrafo no crime de homicídio, onde estariam contidas como suas causas privilegiadoras, os elementos integrantes do tipo penal de infanticídio. Com isto, elas deixariam de ser elementares, o infanticídio como figura autônoma deixaria de existir, e o “estado puerperal” seria, incontestavelmente, incomunicável aos co-autores ou partícipes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BRASIL. **Código de processo penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Código penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte especial, crimes contra a pessoa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. 4.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

DELMANTO, Celso. et. al. **Código penal comentado**. 6. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Bruna Carolina Zanardi. **Concurso de pessoas no crime de infanticídio**. 2004. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DRUMMOND, J. de Magalhães. **Comentários ao código penal: artigos 250 a 361**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 9.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958, v. 12.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. São Paulo: Livros Jurídicos Edições Próprias e Alheias, 1958, v. 1

_____. **Lições de direito penal:** parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2.

_____. **Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio.** São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2006.

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

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

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

_____. **Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito penal.** Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 1.

_____. _____. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Concurso de pessoas.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

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

PRADO, Luiz Régis Prado. **Curso de direito penal brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4.

SANTOS, Patrícia Regina dos. **Concurso de agentes no infanticídio**. 2001. 62 f. 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. 38 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

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

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.