

CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Thyara Galante Alvim SOARES¹
Antenor Ferreira PAVARINA²

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar a punibilidade dos agentes que, em concurso, praticam o crime de infanticídio, tipificado no artigo 123 do Código Penal, considerando a comunicabilidade da elementar pessoal deste crime, o “estado puerperal”, atendendo ao disposto no artigo 30 do Código Penal. Demonstrou-se a injustiça existente na atual forma de punição dos agentes que agem em concurso no infanticídio, uma vez que estes não se encontram sob a influência do estado puerperal, por ser esta uma condição personalíssima da mãe. Foi exposta a opinião de vários doutrinadores penalistas que buscam solução mais justa e adequada à lei penal, quanto o problema da punibilidade dos terceiros que praticam o crime em questão

Palavras-chave: Infanticídio. Estado puerperal. Concurso de pessoas. Comunicabilidade. Punibilidade.

1 Considerações sobre a Comunicabilidade da Elementar “Estado Puerperal”

No crime de infanticídio, existe a possibilidade de terceiros atuarem como autores deste tipo penal, seja auxiliando a mãe, como co-autor ou partícipe, seja como executor, recebendo o auxílio da parturiente, que

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “ Antônio Eufrásio de Toledo”

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “ Antônio Eufrásio de Toledo”

deseja matar seu próprio filho. Diante disso, surge uma antiga polêmica entre os juristas, quanto a punibilidade deste terceiro que participa do crime: o co-autor, partícipe ou executor que age com auxílio da mãe, devem responder pelo crime de infanticídio ou de homicídio?

Esta discussão se deve ao fato de que o delito em apreço constitui crime próprio, onde somente a mãe, durante ou logo após o parto, poderia praticar tal conduta, desde que esteja sob a influência da elementar “estado puerperal”.

A questão que se coloca em discussão neste momento, é a seguinte: a elementar “estado puerperal” de caráter eminentemente pessoal da mãe, seria comunicável ao executor, co-autor ou partícipe do delito em apreço, fazendo com que estes respondam pelas penas mais branda do infanticídio, ou devido a pessoalidade desta característica, esta elementar não se comunica com terceiros, o que conseqüentemente, amoldaria a conduta dos mesmos, às penas do homicídio?

Devido à disposição do artigo 30 do Código Penal, que diz “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”, entende-se que o estado puerperal, por ser circunstância elementar do tipo, seria perfeitamente comunicável à terceiros que concorrem para a realização da conduta típica em apreço. Contudo, a doutrina não é pacífica quanto o assunto ora abordado.

Em síntese, surgiram três posições básicas sobre referida discussão:

a) A primeira posição entende que o estado puerperal é plenamente comunicável ao terceiro, por ser uma condição pessoal elementar do tipo, nos termos do artigo 30 do CP. Desta forma, não há diferença se a mãe é autora, co-autora ou partícipe do fato, pois em qualquer caso, o terceiro será beneficiado com a comunicabilidade. Esta é a posição majoritária dos doutrinadores, dentre eles, Damásio E. de Jesus, Magalhães Noronha, Celso Delmanto e Custódio da Silveira.

b) Uma segunda corrente adota o entendimento de que não é possível a comunicabilidade do estado puerperal, por ser esta uma condição

personalíssima da mulher que está dando ou deu à luz, e por isso, o terceiro deve responder pelo crime de homicídio. Apesar desta parecer a posição mais correta, não tem aplicação plena, devido a colocação do estado puerperal como circunstância elementar do tipo. É defendida por renomados autores, como Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno e outros.

c) Na terceira posição, entende-se que o estado puerperal é comunicável, de acordo com o artigo 30, entretanto, não alcança as hipóteses de autoria ou co-autoria por terceiros, beneficiando somente o partícipe, que apenas auxilia a parturiente e não realiza a conduta nuclear do tipo. Existe uma crítica à esta corrente, que é discutida pelo autor Leonardo Luiz de Figueiredo Costa (2005, p. 23):

A crítica que usualmente se faz a esta corrente relaciona-se com a hipótese em que a mãe, sob influência do estado puerperal, participa da conduta do terceiro homicida. Ante a acessoriedade de sua conduta, ela deveria responder como partícipe do homicídio, o que seria um contra-senso, pois quando realiza a conduta típica ela é autora.

Da mesma maneira, o doutrinador Damásio E. de Jesus (2005, p. 112), critica a terceira teoria, expondo os seguintes dizeres:

Não comungamos da opinião dos que afirmam que o terceiro só responde por infanticídio se participar de maneira meramente acessória. Para nós, diante da lei, tanto faz que pratique o núcleo do tipo ou participe do fato induzindo ou instigando a autora principal [...].

César Roberto Bitencourt (2001, p. 148), que adota a primeira teoria, embasa sua posição, nos seguintes argumentos:

A justiça ou injustiça do abrandamento da punição do terceiro participante no crime de infanticídio é inconsistente para afastar a orientação abraçada pelo Código Penal brasileiro, que consagrou a *teoria monística* da ação em seu art. 29 (antigo art. 25). Essa previsão é complementada pela norma do art. 30, que determina a *comunicabilidade* das “elementares do crime”, independentemente de se tratar de *circunstâncias ou condições pessoais*. Assim, se o terceiro *induz* ou *auxilia* a parturiente a matar o próprio filho durante

ou logo após o parto, *participa* de um crime de infanticídio. Ora, com a “influência do estado puerperal” é uma *elementar do tipo*, comunica-se ao participante (seja co-autor seja partícipe), nos termos do art. 30 do CP.

Damásio E. de Jesus (2005, p. 111), também adepto da teoria da comunicabilidade, indica seus fundamentos:

É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio. De acordo com o que dispõe o art. 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal (elementar), é comunicável entre os fatos dos participantes.

Embora referido autor defenda a comunicabilidade, não se mostra alheio à posição daqueles que entendem o contrário, conforme se observa na transcrição abaixo:

Não resta dúvida que, conforme o caso, constitui absurdo o partícipe ou co-autor acobertar-se sob o privilégio do infanticídio. Sua conduta muitas vezes representa homicídio caracterizado. Mas temos de estudar a questão sob a ótica de nossa legislação, que não cuidou de elaborar norma específica a respeito da hipótese. Melhor fizeram outros códigos, como o italiano, que inseriu em seu contexto um dispositivo especial, evitando dúvida sobre a pena a ser imposta ao que favorece a autora principal, após dizer que o infanticídio pode ser cometido por outra pessoa que não a própria mãe (art. 578). (JESUS, 2005, p. 111).

Em sua obra, Noronha (2003, p. 53) afirma que:

Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância (isto é, estado, condição, particularidade, etc) pessoal e que, sendo elementar do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos co-partícipes [...] A não comunicação ao co-réu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.

Da mesma idéia, compartilha Mirabete (2006, p. 58):

Fundados no art. 30, que faz estender ao co-autor ou partícipe circunstância pessoal do agente, quando elementar do crime (no caso, a qualidade de mãe e o estado puerperal), opinam pela responsabilidade pelo infanticídio vários doutrinadores.

No tocante aos adeptos da segunda teoria, Hungria apud Bitencourt (2001, p. 148),

Essa conhecida controvérsia ganhou um argumento *sui generis* patrocinado por Nelson Hungria, que “criou” uma circunstância elementar inexistente no ordenamento jurídico brasileiro: o estado puerperal seria uma circunstância “personalíssima” e, por isso, sustentava Hungria, não se comunicaria a outros participantes da infração penal. Com essa afirmação Hungria pretendia afastar a aplicação do disposto no antigo art. 26 do Código Penal (atual art. 30), que estabelecia o seguinte: “Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Apesar do exposto, Nelson Hungria, em sua última obra, modificou sua posição e passou a defender a comunicabilidade do estado puerperal simplesmente para aplicar os exatos termos da lei.

A doutrina de Aníbal Bruno (1972, p. 151-152), abaixo transcrita, revela sua posição, a favor da não comunicabilidade:

[...] quando é o terceiro que mata e da mulher é só a instigação para que o faça, ou, ao inverso, quando aquele instiga, ou fornece o meio, ou auxilia materialmente e esta é quem realiza a ação de matar, concorrendo os demais extremos do tipo, para ela o crime é de infanticídio mas a ele se punirá como homicida.

São citadas pela doutrina, três hipóteses em que pode haver o concurso da mãe com terceiros, para a prática do infanticídio, as quais passam a ser expostas abaixo:

1^a) Mãe e terceiro realizam a conduta nuclear do tipo “matar” o nascente ou recém-nascido (pressupondo a presença dos elementos normativos específicos): obviamente existe uma co-autoria neste caso, mas resta saber se é no crime de infanticídio ou de homicídio. Se estão presentes as elementares do tipo, “durante ou logo após o parto” e “influência do estado

puerperal”, não há dúvidas de que a mãe incorreu na descrição típica do infanticídio, conforme previsto no artigo 123 do CP. Assim, ante a comunicabilidade das elementares, determinado pelo artigo 30 do CP, o terceiro também irá incorrer no delito de infanticídio, sendo privilegiado com pena mais branda, devido a norma extensiva da co-autoria, sob pena de violar-se o princípio da teoria monística adotada pelo Código Penal brasileiro.

Desta forma entende Damásio (2005, p. 113), dizendo que “se tomarmos o infanticídio como fato, o terceiro também deverá responder por esse delito, sob pena de quebra do princípio unitário que vige no concurso de pessoas”.

Apesar de ser adepto à teoria da comunicabilidade do estado puerperal, Bitencourt (2001, p. 150) apresenta outra solução, caso ocorra a participação de terceiro, da forma abaixo descrita:

[...] O terceiro, por sua vez, em pleno uso de suas faculdades mentais e psicossomáticas, pode aproveitar-se das condições fragilizadas da puérpera para praticar a ação de matar o filho daquela. Ora, nesse caso, o terceiro age com dolo de matar alguém, age com dolo de homicídio, que, diríamos, é um *dolo qualificado*, pois tinha a finalidade adicional de utilizar a puérpera como instrumento para a obtenção do resultado efetivamente pretendido, que era dar a morte ao *nascente* ou *recém-nascido* [...] Como a *mãe puérpera* não foi autora da morte do filho, assumindo uma posição meramente secundária, conduzida por quem tinha o *domínio final do fato*, que é o terceiro, a *condição pessoal* daquela não é elementar do fato praticado. Nessas circunstâncias, a mãe concorreu para o crime de homicídio, mas nos termos do art. 29, § 2º, 1ª parte, do Código Penal, ou seja, com desvio subjetivo de condutas.

2ª) Mãe mata o próprio filho, contando com a participação acessória de terceiro: se a mãe mata o filho, nas condições exigidas pelo tipo penal, comete infanticídio, e as elementares deste crime comunica-se à terceiro, portanto, este também deverá responder pelo mesmo crime. Para Damásio (2005, p. 113), “solução diversa só ocorreria se houvesse texto expreso a respeito”.

3ª) O terceiro mata o nascente ou recém-nascido, contando com a participação meramente acessória da mãe: aqui, existe uma fato principal que é seguido pelo acessório. O fato principal, sem dúvida, é o homicídio

praticado por terceiro, enquanto que, o fato acessório é o auxílio da mãe, mas diante da previsão do artigo 29 do CP, todos devem responder pelo crime de infanticídio.

Se outra solução fosse sobreposta no caso acima, haveria uma incoerência quanto à aplicação das penas da mãe, conforme ensinamento do doutrinador Damásio E. de Jesus (2005, p. 113):

[...] Não pode ser homicídio, uma vez que, se assim fosse, haveria outra incongruência: se a mãe matasse a criança, responderia por delito menos grave (infanticídio); se induzisse ou instigasse o terceiro a executar a morte do sujeito passivo, responderia por delito mais grave (co-autoria no homicídio).

E continua o Ilustre jurista Jesus (2005, p. 113):

Segundo entendemos, o terceiro deveria responder por delito de homicídio. Entretanto, diante da formulação típica desse crime em nossa legislação, não há fugir à regra do art. 30: como a influência do estado puerperal e a relação de parentesco são elementares do tipo, comunicam-se entre os fatos dos participantes. Diante disso, o terceiro responde por delito de infanticídio. Não deveria ser assim. O crime do terceiro deveria ser homicídio. Para nós a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado do homicídio. [...] Dessa forma, o delito autônomo do art. 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar onde se encontra hoje o homicídio qualificado (§ 2º). Assim, a influência do estado puerperal e a relação de parentesco não seriam mais elementares do crime, mas circunstâncias de ordem pessoal ou subjetiva. E, nesse caso, incomunicáveis na hipótese do concurso de pessoas. Em consequência, a mulher responderia por homicídio privilegiado, com a denominação de infanticídio, enquanto o terceiro responderia por homicídio sem atenuação.

O autor César Roberto Bitencourt (2001, p. 152-153), traz uma solução diversa para o assunto em questão:

Assim, embora o fato principal praticado pelo terceiro configure o crime de homicídio, certamente a *mãe puérpera* “quis participar de crime menos grave”, como prevê o § 2º do art. 29. Por isso, à luz do disposto nesse dispositivo, há *desvio subjetivo de condutas*, devendo a *partícipe* responder pelo crime menos grave do qual *quis participar*, qual seja, o infanticídio. Essa nos parece a solução correta, caso contrário, estaríamos violando todo o sistema do Código e, particularmente, o disposto no art. 30, que firma textualmente que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter

pessoal”, pois, o *estado puerperal*, na hipótese de simples *partícipe*, será mera condição pessoal, que é incomunicável; será *elementar do tipo* (aí comunicável) somente quando a própria mãe for autora (ou co-autora) da morte do próprio filho.

Assim, diante das divergentes opiniões expostas acima, é clara a controvérsia existente entre os juristas, sobre a comunicabilidade do estado puerperal, principalmente quanto a punibilidade da mãe e do terceiro, quando agem em concurso. Contudo, esta discussão não se extinguirá, enquanto não houver uma mudança legislativa, no sentido de definir expressamente, de que forma deverá responder o terceiro no crime de infanticídio.

1.2 Jurisprudência

Apesar da existência de discussões e dúvidas, sobre a caracterização do crime em apreço e a aplicação da pena ao caso concreto, conforme acima exposto, quanto ao concurso de agentes, não foi encontrado nenhuma jurisprudência.

Isso demonstra que, mesmo não sendo raros os casos de concurso de agentes no crime de infanticídio, este assunto não tem recebido o tratamento necessário pelos legisladores, juízes e Tribunais, sendo evidente, portanto, a necessidade da reforma penal sobre a questão aqui discutida.

1.3 Conclusão

Diante do que se expôs, chegamos a concluir que, para melhor solução do assunto ora discutido, seria necessário reformas legislativas, não com relação ao artigo 30 do Código Penal, mas no próprio tipo penal do crime de infanticídio ou no de homicídio.

A inserção de um parágrafo no artigo 123, prevendo expressamente a conduta do co-autor, partícipe e executor que age com o auxílio da mãe, fazendo remissão às penas do crime de homicídio, resolveria eficazmente o problema.

Outra solução plausível é a apresentada pelo doutrinador Damásio (2005), que propõe a transformação do delito de infanticídio, em tipo privilegiado do homicídio. Desta maneira, o crime de infanticídio deixaria de ser uma figura autônoma e passaria a ser uma causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar do homicídio qualificado, que se encontra hoje no §2º do artigo 121 do Código Penal. Assim, a relação de parentesco e a influência do estado puerperal, não seriam mais elementares do crime, e sim circunstâncias de ordem pessoal ou subjetiva, o que impede a comunicabilidade no concurso de pessoas. Por fim, a mulher responderia por homicídio privilegiado, denominado de infanticídio e o terceiro responderia por homicídio sem atenuação, o que tornaria mais correta e justa a aplicação da sanção penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

BAPTISTA JÚNIOR, José Caetano. **A comunicabilidade das elementares pessoais no crime de infanticídio e nos crimes funcionais**. 2006. 76 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

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

BRASIL. **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 Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

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 Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte especial, crimes contra a pessoa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. t. 4.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Curso básico de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 183. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. t. 1.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

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

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**. 2004.70 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

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

GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Uma análise crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 17 nov. 2007.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: art. 121 a 136. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. v. V.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Direito penal**: parte especial. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

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

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

LINARES, Ivanilda Marim. **Da Inexistência do estado puerperal no delito de infanticídio**. 2005. 52 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

MALDONADO, Maria Tereza Pereira. **Aspectos psicossomáticos do ciclo grávido-puerperal: a importância do trabalho interprofissional de psicólogos e obstetras**. 1974. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1974.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5 ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Manual de direito penal: parte geral: art. 1º ao 120**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte especial: art. 121 a 234**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

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

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio**. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

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

PRADO, Luís Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRADO, Luís Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: arts. 121 a 183. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v 2.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia fundamental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1999.

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

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.

SARTÓRIO, Milton Tiago Elias Santos. **Da Autoria incerta atípica no concurso de pessoas sob uma visão constitucional**. 2006. 91 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

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.

TOMAZETI, Danilo Mastrangelo. **O estado puerperal no crime de infanticídio**. 2001. 44 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001.