



CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

PELIZZON, Rafaela¹

VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO:

Dos delitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o crime de infanticídio gera divergências entre os doutrinadores na comunicabilidade do estado puerperal sob terceiro, que concorre ao crime e não se encaixa no tipo descrito no art. 123 do Código Penal, na incerteza do terceiro responder por infanticídio ou homicídio. Este artigo alude às posições dos doutrinadores sobre o tema, bem como a particularidade do delito, com a finalidade de trazer no âmbito social as opiniões divergentes, para que cada indivíduo possa tomar conhecimento de uma forma mais ampla, além de ser uma questão de relevância na sociedade, onde o terceiro concorrente ao crime deverá ser punido do modo mais justo, por envolver o maior bem do ser humano, a vida.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio, comunicabilidade, divergências.

CONCOURSE OF PEOPLE IN THE CRIME OF INFANTICIDE

ABSTRACT:

Of existent crimes in the Brazilian legal system, the crime of infanticide generates divergences between scholars in the communicability of the puerperal state under third party that contributes to crime and does not fit the type described in the art. 123 of the Criminal Code, the uncertainty of the third to answer for infanticide or homicide. This article mentions the positions of scholars on the subject, as well as the particularity of the offense, in order to bring in the social dissenting opinions, so that each individual can make knowledge more broadly, as well as being a matter of relevance in society, where the third concurrent for the crime should be punished the fairest way to involve the greater good of the human being, the life.

KEYWORDS: infanticide, communicability, divergences.

1 INTRODUÇÃO

O crime de infanticídio faz parte da convivência do ser humano em sociedade, desde os primórdios. É tratado de diversas maneiras pelos legisladores, ora recebe tratamento mais rigoroso, ora mais tolerante. É também considerado pela doutrina como um delictum

¹Rafaela Pelizzon, rafaela_pelizzon@hotmail.com

²Prof. Tiago Vidal Vieira, tiago_vidal_vieira@yahoo.com.br

exceptum, já que para a sua configuração são exigidos requisitos específicos, pois a ausência de qualquer um deles afasta a ocorrência do delito.

A discussão dos doutrinadores no que se refere ao crime de infanticídio em sua maioria é na própria fundamentação da incidência do estado puerperal, além da problemática quando se trata de casos que envolvem a participação de terceiro. Pelo fato desse crime ser próprio, a divergência é no concurso de pessoas, visto exigir uma qualidade do sujeito ativo, no caso a mãe em estado puerperal para sua configuração. Ademais, o crime é considerado um homicídio privilegiado para beneficiar o sujeito ativo, o qual não age de forma livre, mas sob influências emocionais e psíquicas do período pelo qual se encontra.

2. O CRIME DE INFANTICÍDIO – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O infanticídio é a ocisão da vida do recém-nascido, praticada pela própria mãe. Provém da influência do estado puerperal ao qual se encontra a parturiente. É considerado um homicídio doloso privilegiado, em razão de a genitora encontrar-se com distúrbios psíquicos que diminuem sua capacidade de entendimento, levando-a a eliminar a vida do próprio filho (FERNANDO CAPEZ, 2013).

O componente essencial dessa figura típica é o privilégio constante, visto que sem este, o delito seria considerado outro (aborto, homicídio). O infanticídio é composto pelos elementos: matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal. Caso for excluído algum destes elementos previstos na figura típica, o delito (infanticídio) deixará de existir e será tratado como outro crime (FERNANDO CAPEZ, 2013).

Segundo Greco, é uma modalidade especial de homicídio, quando a mãe pratica determinadas condições particulares do sujeito ativo e age sob influência do estado puerperal, em delimitado espaço de tempo, pois o crime deve ser praticado durante ou logo após o parto (ROGÉRIO GRECO, 2012).

Para Nucci (2010, p. 626), o infanticídio é “o homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal”.

A previsão legal do delito está no artigo 123 do Código Penal, segundo o qual preceitua: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo



após. A mulher pode sofrer perturbação de sua saúde mental, em decorrência das circunstâncias do parto e mediante a emoção causada pelo choque físico decorrido deste. O Código especifica como influência do estado puerperal, mas não basta que a mulher realize a conduta durante esse período, é imprescindível a relação de causalidade entre a morte do neonato e o estado puerperal. O Código Penal exige que a mãe tenha cometido a ação sob a influência do mesmo. Essa relação causal não é meramente objetiva, mas também subjetiva (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

A maneira de entender e punir o infanticídio mudou bastante com o passar do tempo. Em alguns momentos, predominou o aspecto brutal pela morte do indefeso, agravado pela situação de a própria mãe o fazer, concluiu-se pela severidade penal. Em outros, predominou razões que nortearam a atenuação da responsabilidade da mãe (VINCENTE DE PAULA RODRIGUES MAGGIO, 2004).

Segundo Capez (2013, p.136) “Trata-se de crime próprio. Somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que se encontra sob influência do estado puerperal, pode praticar o crime em tela”.

Para Damásio de Jesus (2013, p.142) “O infanticídio é delito próprio, de dano, material, instantâneo, comissivo ou omissivo impróprio, principal, simples, de forma livre e plurissubsistente.

2.1. O ESTADO PUERPERAL E PUERPÉRIO

Conceitua-se o Estado Puerperal como intensas alterações físicas e psíquicas que acometem as mulheres após o parto, uma condição que invalida completamente o senso racional da mãe, que tira a vida do próprio filho em virtude do trauma trazido pela parturição (FERNANDO CAPEZ, 2013, p.139).

O estado puerperal pode determinar, embora nem sempre determine a alteração do psiquismo da mulher dita normal, apesar de nem sempre determinar. Em outros termos, esse estado existe sempre, durante ou logo após o parto, mas nem sempre produz as perturbações emocionais que podem levar a mãe a matar o próprio filho. Nosso Código Penal, que adota o critério fisiológico, considera fundamental a perturbação psíquica que o estado puerperal pode provocar na parturiente. É exatamente essa perturbação decorrente do puerpério que transforma a morte do



próprio filho em um delictum exceptum nas legislações que adotam o critério fisiológico (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 2012).

O puerpério é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, que pode durar até seis semanas. É uma alteração temporária em mulher anteriormente sã, com colapso moral e decrescente capacidade de entendimento, seguida deliberação de instintos, no que resulta a agressão ao próprio filho (FERNANDO CAPEZ, 2013).

Caracteriza-se o puerpério como o período pós-parto com duração média de quarenta dias ou de seis a oito semanas. Este estado é comum nas parturientes, e pode ou não influenciar a mulher em seus atos (GLÁUCIO VASCONCELOS RIBEIRO, 2004).

Na medicina, o puerpério é o estado fisiopsíquico que afeta a gestante durante o parto, com intensidade variável. A lei penal além de exigir o “estado puerperal”, também solicita que o ato seja praticado sob sua “influência”. Não se pode pressupor que o assassinato do filho, durante o parto, pela mãe, caracterize sempre infanticídio. Pois assim, seria redundante o texto legal, que menciona o elemento temporal e o fisiopsíquico. Deste modo, é primordial a perícia para posterior decisão do julgador. O exame determinará a intensidade do puerpério e o quanto esse contribuiu para o comportamento da autora (ANDRÉ STEFAM, 2012).

“Para reforçar o entendimento de que o estado puerperal pode influir na conduta culposa, torna-se imperativo entender (ou ao menos, procurar entender) as alterações anatômicas e, principalmente, as fisiológicas sofridas pela mulher durante o puerpério” (MAGGIO, 2004, p.71).

Durante o período do puerpério, as mulheres são acometidas de modificações fisiológicas, sejam hormonais ou corporais e psicológicas também, visto descobrirem uma nova realidade. Mas, excepcionalmente, essas alterações perturbam a mente da mãe que pode matar seu próprio filho recém-nascido.

Cita-se o Recurso em Sentido Estrito sob a influência do estado puerperal na conduta da mãe que ceifou a vida de seu próprio filho.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA.
HOMICÍDIO QUALIFICADO. ERRO DE TIPO. CRIME IMPOSSÍVEL.
CONTROVÉRSIA. HOMICÍDIO AFASTADO. INFANTICÍDIO.
COMPROVADA INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL NA CONDUTA DA



MÃE. DESCLASSIFICAÇÃO NECESSÁRIA. Existindo fortes indícios de que a acusada agiu com 'animus necandi', não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo, razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. Se a prova dos autos, inclusive a de natureza pericial, atesta que a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (artigo 123 do Código Penal). (Recurso em Sentido Estrito Nº 1.0702.04.170251-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Renato Martins Jacob, Data de Julgamento: 16/04/2009, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/05/2009). (BRASIL, 2009).

As influências físicas que decorrem do puerpério são diversas, que culminam em stress, advindo da desconfortável situação pela qual a mãe se encontra, entre dores, sangramentos, contrações e demais alterações, conduz a parturiente a praticar o crime. Observa-se, além da parte física da mulher ser alterada severamente, seu emocional também é alterado em decorrência do puerpério. Em instantes pós-parto, a relação de mãe e filho ainda não está integralmente formada, deste modo, a mãe necessita de cuidados físicos e psicológicos, mas que por vezes não ocorre, já que o centro das atenções torna-se o neonato. Destarte, a maioria dos juristas comprova que a parturiente passa por várias mudanças decorrentes da condição gravídica. Essas transformações são classificadas pela doutrina como psicose ou estado puerperal (FERNANDO CAPEZ, 2013).

2.2. MOMENTO CONSUMATIVO – ASPECTO MÉDICO E ASPECTO LEGAL

É imprescindível para caracterização do crime de infanticídio, a necropsia do feto dentro dos padrões legais, assim como o exame da puérpera. No que se refere à perícia, a definição deste crime exige complexidade nas perícias médico-legais, por possuir inúmeras dificuldades na tipificação do crime. Assim, essa perícia foi denominada de *crucis peritorum* – a cruz dos peritos (MAGGIO, 2004).

O lapso temporal que a mulher se encontra sob a influência do estado puerperal, é de responsabilidade da perícia médico-legal, bem como a comprovação da perturbação psíquica. Em outras palavras, enquanto perdurarem essas alterações mentais, comprovada a relação de causalidade com o crime, este será infanticídio. Porém, sendo necessário o exame de corpo de



delito no nascente ou neonato, conforme prevê o artigo 158 do Código de Processo Penal (MAGGIO, 2004).

O crime mencionado é realizado no intervalo de tempo entre o início do parto e o término do estado puerperal, sendo que este, não está explícito em nosso Código Penal, e, em vista disso, concerne ao juiz defini-lo conforme as perícias médicas (GLÁUCIO VASCONCELOS RIBEIRO, 2004).

2.3. ELEMENTO TEMPORAL DO INFANTICÍDIO

O que se entende pela elementar “logo após” o parto?

O espaço de tempo correspondente à expressão “logo após” deve ser medido pela duração do estado puerperal, conforme entendimento da doutrina. Enquanto a influência do referido estado ser constatado na mãe, a sua conduta é considerada como “logo após” o parto (ANDRÉ STEFAM, 2012).

A literatura jurídica ou médica não possui consenso no tocante a duração do estado puerperal, mas em regra, o parâmetro máximo é de sete dias. Todavia, não se deve ter definição prévia, é primordial que os peritos avaliem se o ato foi ou não praticado sob tal influência (ANDRÉ STEFAM, 2012).

A expressão usada no *caput* do artigo 123 do Código Penal “durante o parto ou logo após” é elemento normativo do tipo penal, ou seja, para materialização do delito é primordial comprovar que o neonato tinha vida durante a execução criminosa.

A melhor elucidação é deixar o conceito de “logo após” na análise de cada caso concreto, pois o delito de infanticídio existe na permanência do estado puerperal. Dessa maneira, quando a mãe matar o próprio filho, estamos diante da expressão “logo após” o parto (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

O Código Penal de 1940 delimitou o período da influência do puerpério, a circunstância de tempo – durante ou logo após o parto – é elemento normativo do tipo. Se o feto falecer antes do início do parto, será aborto, se não sobrevier logo após, será homicídio. Heleno Fragoso definia o parto como “o conjunto dos processos (mecânicos, fisiológicos e psicológicos) através dos quais o feto a termo ou viável separa-se do organismo materno e passa ao mundo exterior”. Portanto, o parto se origina com a dilatação, ampliação do colo do



útero, por conseguinte o nascente é impulsionado para o exterior, ocorrendo a fase de expulsão. (GLÁUCIO VASCONCELOS RIBEIRO, 2004).

2.4. TIPO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo presente neste delito, composto pela vontade de realizar os elementos do tipo penal. Constitui fato atípico o ato de a mãe matar o próprio filho sob a influência do estado puerperal, mesmo que sem dolo (direto ou eventual), pois não há forma culposa na lei (ANDRÉ STEFAM, 2012).

Como elemento subjetivo deste crime, o dolo consiste na vontade livre e consciente da mãe em matar seu próprio filho, durante ou logo após o parto, ou no mínimo assumindo o risco de matá-lo. Ou seja, deve-se desejar diretamente a morte do neonato ou assumir o risco de produzi-la. A consciência e a vontade devem abarcar a ação da mãe puérpera, bem como os meios adotados na execução, sejam eles omissivos ou comissivos, a relação causal e como consequência a morte do filho (GLÁUCIO VASCONCELOS RIBEIRO, 2004).

Somente é punível o infanticídio doloso, correspondente à escolha de executar os elementos objetivos do art. 123, do Código Penal. É concedida a forma direta, pela qual a mãe propriamente quer a morte do recém-nascido, e a forma eventual, onde assume o risco pela morte que der causa (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

Entretanto existe discussão doutrinária, se é cabível responder por homicídio culposo, a mãe que sob a influência do estado puerperal, suprime a vida do próprio filho de maneira acidental, durante ou logo após o parto. Nélson Hungria, apesar de não ter referência expressa ao estado puerperal, era a favor dessa possibilidade (ANDRÉ STEFAM, 2012).

Devido o legislador não referir-se à modalidade culposa no art. 123, do Código Penal, não existe, portanto, infanticídio culposo. Assim, caso a mãe influenciada pelo estado puerperal mate o próprio filho culposamente, não irá responder por crime algum. Contudo, caso a mãe não se encontre em estado puerperal, mas mata o próprio filho de maneira culposa, responderá por homicídio culposo, conforme prevê o art. 121, § 3º do Código Penal (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

2.5. CONCEITUAÇÃO LEGAL - AS CORRENTES PSICOLÓGICA E FISIOPSICOLÓGICA

4º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais – 2016

Para considerar o crime de infanticídio, existem dois critérios mais conhecidos como *delictum exceptum*, sendo estes: psicológico e fisiológico. O critério psicológico demonstra o desejo de conservar a honra pessoal, como exemplo, carecer de ocultar a maternidade. O critério fisiológico adotado pelo nosso Código Penal admite a influência do estado puerperal (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 2012).

No que se refere à lei criminal anterior ao Código Penal de 1940, a corrente psicológica, sustentava o privilégio dado ao Infanticídio pelo motivo da honra, visando assim, resguardar a moral da mulher que engravidou “ilegitimamente”, indispensável à ocultação da maternidade (MAGGIO, 2004).

A corrente fisiopsicológica, adotada no Código Penal de 1940, deixa de lado a fundamentação da pena no motivo de honra e concede a influência do estado puerperal, que pode determinar alteração do psiquismo da mulher considerada normal. Esse estado realmente existe na parturiente, mas nem sempre irá gerar perturbações emocionais, como no caso de a mãe matar o próprio filho. Essa mudança amplia a imunidade trazida pelo crime, pois abrange todos os casos de distúrbios: fisiológicos, psíquicos ou morais (MAGGIO, 2004).

O conceito misto considera a influência do estado puerperal e o motivo de honra, é chamado também de composto e foi o critério adotado por Nelson Hungria em 1963, no Anteprojeto do Código Penal (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

3. DOS CRIMES CONTRA A VIDA EM RELAÇÃO AO INFANTICÍDIO

São crimes contra a vida: homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal; o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, prescrito no artigo 122 do Código Penal; infanticídio, previsto no artigo 123 do Código Penal; e o aborto provocado pela própria gestante ou terceiros, sem ou com seu consentimento, de acordo com os artigos 124 à 128 do Código Penal.

Exceto o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, os demais crimes contra a vida (homicídio e aborto) possuem relação com o infanticídio, no que diz respeito à confusão quando da morte de um feto ou de um recém-nascido.



Caso a morte executada pela mãe seja antes do início do parto, o crime em tela praticado será de aborto e não de infanticídio, portanto, é essencial a precisão em que momento tenha iniciado o parto, já que o fato se classifica como um crime ou outro, à medida da ocasião da prática delituosa: antes do parto, aborto; a partir de seu início, infanticídio (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

Nota-se que as hipóteses legais de infanticídio e aborto estão bem próximas, e no mundo fático, há impasses na correta aplicação da lei ao caso concreto, certamente uma difícil missão para os julgadores (GLÁUCIO VASCONCELOS RIBEIRO, 2004).

Para a configuração do crime de infanticídio é indispensável que a mãe seja a autora, que este ocorra durante ou logo após o parto, e que a mãe esteja influenciada pelo estado puerperal. Se uma ou mais dessas peculiaridades não for observada, não será tratado como infanticídio.

A diferença entre homicídio e infanticídio é o estado específico que se depara a mãe no momento que comete o delito. O infanticídio é uma espécie de homicídio privilegiado, visto o legislador abrandar a pena da mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal, condição provocada na parturiente por alterações físicas e emocionais, impossibilitada de plenas condições de perceber o que está executando. (NUCCI, 2010).

Para Nucci (2010, p. 626): “É uma hipótese de homicídio privilegiado em que por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito (infanticídio), diminuindo a faixa de fixação de pena (mínimo e máximo)”.

4. CONCURSO DE PESSOAS

Na parte especial do Código Penal, a maioria dos tipos contidos refere-se a fatos praticáveis por apenas uma pessoa, mas frequentemente notam-se mais agentes concorrendo na execução de um crime, o que resulta no conhecido concurso de pessoas, concurso de agentes, co-autoria ou participação.

Entende-se por concurso de pessoas necessário os crimes plurissubjetivos, que requerem duas ou mais pessoas para a sua constituição, como exemplo o crime de quadrilha ou bando, a rixa, entre outros. A coautoria é obrigatória nesses crimes, todavia a participação



poderá ou não sobrevir. Dessa forma, o concurso de pessoas é imprescindível com relação à coautoria, mas casual ao versar sobre a participação (FERNANDO CAPEZ, 2015).

Já o concurso de pessoas eventual ocorre nos crimes monossubjetivos, que podem ser realizados por uma única pessoa ou mais (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

O concurso de pessoas ou concurso de agentes se estabelece com a concorrência de duas ou mais pessoas para a prática de um ilícito penal. A conduta humana é fundamental para designar um ilícito penal, seja ela praticada por uma ou várias pessoas, mas diante do Princípio de Reserva Legal apenas as condutas tipificadas na lei penal serão assim considerados.

Para Nucci (2010, p.295) “trata-se da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal. Chama-se ainda, em sentido lato: coautoria, participação, concurso de delinquentes, cumplicidade”.

O caput do artigo 29, do Código Penal dispõe: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Ao tratar do concurso de pessoas, a legislação penal brasileira é adepta a teoria monista, pela qual, a conduta de autor e co-autores resulta na prática de um crime único, portanto, todo aquele concorrente ao delito será considerado seu autor, auferindo a mesma sanção dos demais.

Pode ocorrer concurso de pessoas desde a ideação até a consumação do delito, respondendo pelo ilícito o que ajudou a planejá-lo, o que forneceu os meios materiais para a execução, o que intervém na execução e mesmo os que colaboram na consumação do ilícito. (...). Cessada a consumação, porém, o terceiro que auxilia o autor do crime não será concorrente do ilícito (homicídio, furto, extorsão mediante sequestro etc.), respondendo, conforme o caso, por delito diverso (ocultação de cadáver, receptação, favorecimento pessoal ou real etc.) (MIRABETE E FABBRINI, 2012, p.214).

Assim, o concurso de pessoas ocorre no momento do ato de uma mesma infração penal, observada a ligação de duas ou mais pessoas. Mas, o problema é se a conduta cometida em concurso institui um ou vários crimes. Há três teorias que buscam a resolução dessa controvérsia da criminalidade em conjunto. São elas: Teoria Monista, Teoria Dualista e Teoria Pluralista (FERNANDO CAPEZ, 2013).



5. CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

A condição particular no ato ilícito do crime de infanticídio é a mãe matar o próprio filho durante o parto ou imediatamente depois, estando ela sob a influência do estado puerperal. Mas quando terceiro realiza o verbo típico ou concorre para a prática do crime, torna-se autor ou partícipe de homicídio ou infanticídio?

Por versar de um crime próprio, apenas a mãe é considerada autora da conduta criminosa descrita no tipo, bem como somente o nascente ou neonato será o sujeito passivo. Contudo, a doutrina não afasta a possibilidade de concurso de pessoas (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

Ao excluir dados constantes deste crime, a figura típica deixa de existir, e passa a ser outro crime (atipicidade relativa). Destarte, os componentes do tipo, até mesmo o estado puerperal, são elementares desse crime e comunicam-se ao coautor ou partícipe, exceto quando este não conhecer a sua existência, com propósito de evitar a responsabilidade objetiva (FERNANDO CAPEZ, 2013).

Há três situações possíveis que podem trazer consequências ao terceiro concorrente ao crime:

1. Mãe que mata o próprio filho e terceiro auxilia: como a autora deste crime é a mãe, e as elementares se comunicam ao partícipe, este responde por infanticídio também, visto o estado puerperal, como “circunstância” de caráter pessoal, não ser de fato circunstância, mas elementar.

2. Terceiro mata o recém-nascido e mãe participa: a conduta principal (matar alguém) é cometida por terceiro, portanto, será autor de crime de homicídio. A mãe é partícipe deste crime, não realizou a conduta principal, devendo esta responder por homicídio. Mas não há lógica, pois, embora seja a solução do art. 29, CP, é contra-senso, ao passo que, se a mãe matar o próprio filho, responde por infanticídio, mas se apenas auxiliar, responde por homicídio. Assim, a mãe deve responder por infanticídio.

3. Mãe e terceiro executam a conduta principal: a mãe é autora do crime descrito, e o terceiro pela teoria monista responde pelo mesmo crime, vez que não há coautoria de crimes diversos, salvo as exceções pluralísticas do §2º do art. 29, CP.

Ainda, salienta outro Recurso em Sentido Estrito que o terceiro pode concorrer ao crime de infanticídio, conforme a sua conduta realizada no momento consumativo do crime.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - RECURSO MINISTERIAL - PRELIMINAR: CONTRA-RAZÕES - CONHECIMENTO - MÉRITO: FETO - MORTE - ERRO MÉDICO - HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO. I-Embora o juiz tenha rejeitado a denúncia por atipicidade do fato e, assim, não se tenha formado a relação processual deve ser oportunizado aos acusados o oferecimento de contra-razões ao recurso ministerial em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real. II-A legislação penal pátria alberga a vida humana desde a sua concepção. todavia, a sua lesão pode tipificar crimes diversos a depender da fase em que aquela se deu. na etapa inicial, ou seja, da concepção até o início do parto, a interrupção da gravidez com a morte do embrião qualifica o aborto. se o óbito do feto ocorrer durante o parto ou logo após, pode-se configurar ou o infanticídio, se a morte é causada pela própria mãe sob influência do estado puerperal, não se descartando aqui a possibilidade de concurso de agentes, ou então, o homicídio, se ausentes as elementos do infanticídio. sendo este o caso dos autos, impõe-se o provimento do recurso para que seja recebida a denúncia. dar-se provimento ao recurso, decisão unânime.(Recurso em Sentido Estrito Nº 20010110539405 DF, Primeira Turma Criminal, Relator: Natanael Caetano, Julgado em 21/11/2001, Publicação: DJU 20/02/2002)(BRASIL,2002).

“O Código Penal não afirma que terceiro responderá pelo crime, portanto, no infanticídio, a omissão não será impedimento para o concurso de pessoas, visto a regra a do art.29, caput, somente ser derogada por texto expresso” (DAMÁSIO DE JESUS, 2013, p.144).

Entende uma parte da doutrina, que o concorrente, para responder apenas por infanticídio, deve ter participação unicamente acessória na ação da autora principal, induzindo, auxiliando ou instigando a parturiente a matar o próprio filho (DAMÁSIO DE JESUS, 2013).

5.1. A QUESTÃO DA COMUNICABILIDADE DA ELEMENTAR “INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL”

Nélson Hungria e demais autores defendiam uma corrente que distinguia as circunstâncias pessoais das personalíssimas, na qual, estas não se comunicavam. Para essa corrente, embora elementar, o estado puerperal não se comunica ao partícipe, que deve responder por homicídio, impossibilitado assim, de beneficiar-se de um privilégio não merecido. Entretanto, na última edição de sua obra, Nélson Hungria reformulou seu



posicionamento, sustentando que mesmo o terceiro concorrente ao crime responde nas penas a este cominadas, e não mais pelas penas do homicídio (FERNANDO CAPEZ, 2013).

A legislação penal não delimitou o lapso temporal e o meio de prova mais adequado para demonstração do estado puerperal. Ocorrendo esta omissão, surgem as divergências na doutrina, que não afasta a possibilidade de terceiro concorrer ao delito, mas discorda na comunicabilidade da elementar “influência do estado puerperal”, já que prevê o artigo 30, do Código Penal: Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

No Código Penal brasileiro, o estado puerperal é condição elementar do crime de infanticídio, havendo duas posições doutrinárias quanto ao concurso de pessoas.

Há duas posições doutrinárias em face dessa comunicabilidade:

1. Não se admite o concurso de pessoas no infanticídio: corrente adotada por Heleno C. Fragoso, A. Mayrink da Costa, segundo a qual não é possível coautoria nem participação neste crime, perante as elementares personalíssimas do tipo legal. Pelo princípio da reserva legal não se amplia o tipo a terceiros que não realizam seus elementos. Portanto, caso haja intervenção de terceiro, responde por homicídio em coautoria ou participação. Independente das elementares serem objetivas e/ou subjetivas sempre se comunicam, porém o estado puerperal antes de ser elemento meramente pessoal (subjetivo), é reputado como elementar personalíssima e incomunicável (FERNANDO CAPEZ, 2013).

2. É admitido o concurso de pessoas no infanticídio: corrente adotada por Damásio de Jesus, Custódio da Silveira, Magalhães Noronha, que passou a ser também adotada por Nélson Hungria. Essa corrente permite que o terceiro seja coautor ou participe em infanticídio, pela lei não deixar expresse, condições personalíssimas. Deste modo, temos as condições de caráter pessoal (comunicáveis) e as de caráter não pessoal (objetivas), que sejam elementares ou circunstâncias, mas que podem se comunicar (FERNANDO CAPEZ, 2013).

Quando terceiro concorrer ao crime de infanticídio responderá pelas penas cominadas a este, e não por homicídio. Mas, se o terceiro executar atos constituídos a suprir a vida do recém-nascido, deve responder por homicídio (ANDRÉ STEFAM, 2012).

Para Hungria (1942) do ponto de vista jurídico penal, é primordial que a parturiente, até então, não se encontre no período em que já se assegura predominante e exclusivista, o instinto maternal. Vincula-se a uma circunstância que de fato deve ser apurada pelos peritos médicos e mediante prova indireta.



Se o terceiro opera à vontade da parturiente que, influenciada pelo estado puerperal, conduz com finalidade de causar, durante o parto ou logo após, a morte do nascente, em qualquer das modalidades de concurso de pessoas, conforme a regra contida no art. 30 do Código Penal, deverá responder pelo delito de infanticídio (ROGÉRIO GRECO, 2012).

Segundo André Stefam (2012, p.148) “Predomina, atualmente, o entendimento de que, sendo a mulher quem realiza os atos materiais tendentes à ocisão da vida do infante, responde ela por infanticídio, delito que também será atribuído aos eventuais concorrentes do fato.”

Participa do crime de infanticídio o terceiro que instiga, induz ou auxilia a mãe a matar o próprio filho durante ou logo após o parto. Pelo fato da “influência do estado puerperal” ser elementar do tipo, se comunica esta ao participante (coautor ou partícipe), conforme prevê o artigo 30 do Código Penal. Seria possível afastar essa comunicabilidade, se o crime de infanticídio fosse tipificado como homicídio privilegiado e o “estado puerperal” afastaria uma elementar do tipo (comunicável), para ser mera circunstância pessoal (incomunicável), como sugeria Magalhães Noronha. Todavia, não define que o terceiro interveniente no ato da parturiente de ceifar a vida do próprio filho não concorra de maneira eventual ao crime de homicídio (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 2012).

6. METODOLOGIA

O concurso de pessoas no crime de infanticídio é uma pesquisa descritiva, pois serão analisadas diversas informações e interpretações dos fatos do mundo físico sobre o assunto já conhecido na sociedade.

A pesquisa visa facilitar maior compreensão do tema, sem que haja tentativa de construir modelos teóricos, bem como identificar fatores relacionados ao estado puerperal, com o objetivo de verificar a incidência do mesmo em terceiro, sem adentrar no mérito dos conteúdos.

Na identificação dos procedimentos metodológicos aplicáveis a ciências sociais, nota-se a diversidade de concepções de pesquisas que vários autores transmitem. À frente das inúmeras tipologias, faz-se necessário um pensamento mais aprofundado sobre aquelas que possuem uma relação correspondente com o tema que pretende ser exposto.



É primordial conceituar bem o objeto de estudo, no qual a seleção de fontes de informações teóricas em livros e artigos, compilados quanto à natureza, objetivos e procedimentos, juntamente com as situações concretas e concepções, irão auxiliar didaticamente na execução das ideias articuladas pelo investigador, que obterá resultados em seu raciocínio.

A objetivação é essencial ao tratar da relação sociedade-indivíduo, sempre com amparo em causalidades e finalidades do estudo do ser e as pessoas que vivem em seu meio, o método aplicado a ciências sociais articula planos e estruturas ao intuito de buscar respostas ao problema em análise, proporcionando um modelo que visa o aumento do conhecimento científico do pesquisador sobre o mundo.

O concurso de pessoas no crime de infanticídio é uma pesquisa qualitativa, pois visa a obtenção de resultado na relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, é descritiva e utiliza o método indutivo.

A natureza do problema é o modo para distinção do método de pesquisa, conforme será o nível de aprofundamento da mesma, quando se aborda o problema, o método escolhido será pertinente. Na pesquisa qualitativa há a descrição complexa, objetivando compreender como determinado grupo vive, buscar um processo de mudança e possibilitar o entendimento dos demais indivíduos acerca do assunto.

A realização desse trabalho irá auxiliar no embasamento para a pesquisa futura e a exposição da metodologia usada serve de noção básica para a linha de raciocínio a prosseguir.

O estudo sobre o concurso de pessoas no crime de infanticídio se dará na forma de resumo de textos, onde as idéias principais serão inferidas na pesquisa, sem limitação de palavras, pois é necessária total compreensão do texto. Também será utilizada a síntese, que após a leitura de um livro ou artigo, haverá a elaboração de um texto na forma pessoal, mas sempre preservando as idéias do autor.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que se refere à punibilidade do coautor ou partícipe no crime de infanticídio, abrange várias posições, de acordo com a circunstância pela qual sobreveio o delito, todas visam corrigir ou, ao menos, minorar uma lacuna procedida da lei. É primordial a análise dos

valores postos em sociedade, o senso comum de justiça, o qual seria o mais adequado ao terceiro. Para a maioria da coletividade, o terceiro deve responder por homicídio, em virtude de não estar influenciado pelo estado puerperal, que é a exigência trazida no tipo penal. Destarte, não é respeitável o terceiro que cometeu o crime repulsivo, possa ser beneficiado desse privilégio. O ponto de vista de justiça é justaposto ao princípio da individualização da pena, aplicado no ordenamento jurídico brasileiro e encastado nos valores morais da comunidade. Conforme o princípio, a pena deve ser aplicada de maneira individual, sempre atenta na particularidade pessoal do criminoso, as circunstâncias em que ocorreu o crime e diversos outros fatores.

Na efetivação do princípio, a mãe padece de alterações psicofisiológicas conseguinte do estado puerperal, aplicando-se a pena privilegiada, ao passo que o terceiro, desprendido de tais perturbações, aplica-se a pena do homicídio simples ou qualificado, sendo a solução para os valores sociais, mas não a solução decorrente da lei.

O ser humano é falho, do mesmo modo, algumas leis criadas por ele. Há diversos casos em nossa legislação não abrangidos pela lei, deixando assim, uma lacuna, como é o exemplo da situação estudada. Posto isso, os operadores do direito, encontram-se segmentados entre o preceituado pela lei ou o que parece mais probo.

A doutrina busca elucidar soluções que atendam ao bom senso e, concomitantemente não afrontem a lei. Alguns entendem pela aplicação do artigo 29 do Código Penal, já outros defendem a incomunicabilidade do estado puerperal ao terceiro. Mas a condição personalíssima do estado puerperal é incabível, por não se encontrar no ordenamento jurídico. Assim, mesmo que seja uma solução justa, não possui embasamento legal.

Por ser uma questão relevante e complicada, dificilmente será pacificada na doutrina, em razão disso, é fundamental que os legisladores concedam maior atenção no sentido de uma alteração legislativa com a finalidade de preencher esta lacuna, objeto de controvérsias pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal – Parte Especial 2**. Dos crimes contra a pessoa. 12ª edição. Editora Saraiva, 2012.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. Volume 1. 19ª edição. Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte especial**. Volume 2. 13ª edição. Saraiva, 2013.

DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. – **Código Penal**, artigos 29, 30 e 123.

GRECO, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. Volume II, 2012.

JESUS, Damásio. **Direito Penal – Parte Especial**. 33ª edição. Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio. **Direito penal – Parte geral**. Volume 1. 36ª edição. Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª edição. Revista dos Tribunais, 2010.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio**. 4ª edição, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Volume 1. 28ª edição. Editora Atlas. 2012.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**. Editora Pillares, 2004.

PELIZZON, Rafaela.

STEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial**. 2ª edição. Saraiva, 2012.

<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=549>

<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3134572/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-20010110539405-df>

<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5988723/107020417025160011-mg-1070204170251-6-001-1>

<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/9d31aw.pdf>