



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HILTON CLEBER DA SILVA

**O CRIME DE INFANTICÍDIO DURANTE O ESTADO PUERPERAL E A
POSSIBILIDADE DE HAVER CONCURSO DE PESSOAS NESSE TIPO DE DELITO**

BARBACENA
2013

Resumo

O CRIME DE INFANTICÍDIO DURANTE O ESTADO PUERPERAL E A POSSIBILIDADE DE HAVER CONCURSO DE PESSOAS NESSE TIPO DE DELITO

Hilton Cléber da Silva*

Colimar Dias Braga júnior**

O tema escolhido para elaboração deste artigo é para colocar em discussão sobre a dignidade da mulher no estado puerperal e as consequências da penalização no crime de infanticídio, inevitavelmente também faremos uma análise da possibilidade de haver concurso de pessoas nesse tipo penal, e posições doutrinárias com relação ao tema. Embora seja um tema muito complexo, o que irá ser ressaltado é importância que o Estado deve dar a essas mulheres durante o pré-natal, como aprofundamento para identificar se ela está sendo pressionada pela família, por estar com um à gravidez indesejada, se foi abandonada pelo marido ou amasio durante o estado gravídico, pois, a maioria das mulheres que cometem infanticídio passa por alguma dessas situações. Identificado algum dos casos mencionados, deverá o médico encaminhar a paciente para um acompanhamento psicológico. O que deve se considerar, é que estas mulheres quando no cometimento do crime, estava totalmente sem plenas condições psíquicas de saber o que estava fazendo, se fossemos analisar uma mãe em perfeitas condições psicológica jamais daria fim à vida de seu filho.

Palavras-chave: Infanticídio. Duração do estado puerperal. Possibilidade de concurso de agentes.

1 Introdução

Diariamente nos deparamos com o acometimento de mães tirando a vida de seus filhos recém-nascidos no Brasil e no mundo. O que se discute na escolha desse tema é a possibilidade de um terceiro, ser beneficiado por ter participado juntamente com mãe, no

* Graduando do décimo período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC – Barbacena – MG. E-mail: hiltonhcs@hotmail.com

** Professor Orientador. Especialista em direito penal Professor da disciplina de Medicina Legal do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/Barbacena. E-mail: climarjunior@hotmail.com

citado delito de infanticídio diante de tantas divergências doutrinárias, cabe a nos analisar a possibilidade da existência do concurso de pessoas no crime de infanticídio de forma objetiva. Há concurso de pessoas quando duas ou mais pessoas concorrem para o mesmo resulta morte. O artigo 29, caput do código penal Brasileiro, traz de forma objetiva as condutas que contribuíram para o resultado final, “o crime sendo imputadas todas as penas culminadas neste delito.” Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A doutrina entende que este artigo vem fundamentando a teoria monista. Mas, alguns doutrinadores vêm de forma incisiva defendendo o não cabimento da comunicação das circunstâncias pessoais o que é mais aceitável ao concurso de pessoas no crime de infanticídio. Por se tratar de cunho pessoalíssimo e intrinsecamente ligado ao autor, seria desta forma intransferível.

O objetivo do presente pesquisa sobre o tema infanticídio estado puerperal e a possibilidade de concurso de pessoas, não é de esgotar o tema, mas é para entender a aplicação do instituto do concurso de pessoas a este tipo penal e acrescentar novas discussões com relação ao tema proposto.

2 Conceito de Infanticídio

O artigo 123, do C P, traz que “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”

Nas palavras de Nucci (2009, p.613), o que está caracterizado neste tipo de crime é o tratamento dado pelo legislador ao infrator, no caso a mãe que cometeu o crime cometido do estado puerperal por se tratar de um homicídio privilegiado, deverá ser comprovado que a mãe estava sob a influência do estado puerperal. Alguns doutrinadores consideram que o estado puerperal termina com início da primeira menstruação após o parto; para outros, seu término ocorre no instante da volta do útero ao seu estado normal, o que pode levar desde alguns dias até 5 ou 6 semanas.

O que deverá ser provado, se o crime cometido foi mesmo pela mãe ou se houve a participação de terceiros que no caso estaria caracterizado como concurso de pessoas que pelo código penal é admitido por ter adotado a teoria monista, pela qual se diz que todos que colaborarem para o cometimento de um crime incidem nas penas a ele destinadas.

O que seria no caso de infanticídio o co-autor ou co-autores responderia por infanticídio, que seria um absurdo.

Pois o artigo 123 do CP é claro e taxativo em dizer que o crime para ser privilegiado deverá ser cometido pela mãe sob a influência do estado puerperal. Que não seria o caso na co-autoria. Para que seja caracterizado o infanticídio deverá ser o crime cometido durante ou logo após o parto, Para Nucci (2009, p.612), O verbo matar seria a eliminar a vida o que não tem diferença nenhuma do homicídio, por este motivo a única diferença entre o infanticídio e o homicídio é a situação especial em que se encontra o agente.

Neste caso é preciso que o nascente esteja vivo no momento em que é acometido da agressão ou então seria caracterizado como homicídio ou aborto seria uma hipótese de semi-imputabilidade que foi tratada pelo legislador com a criação do tipo especial. Para interpretar “logo após” poderá ser com caráter de imediatez, pois, do contrário, poderão existir abusos.

Levemos em consideração que a expressão “logo após” encerra imediatez, mas pode ser interpretada em consonância com a “influência do estado puerperal”, embora sem exageros e sem a presunção de que uma mãe, por trazer consigo o inafastável instinto materno, ao matar o filho, estaria ainda, mesmo que muitos dias após o parto cometendo infanticídio, o correto é presumir o estado puerperal quando o delito é cometido imediatamente ou logo após o parto, em que se pese poder haver prova em contrário, produzida pela acusação. Após o parto ter se consumado, no entanto, a presunção vai desaparecendo e o correr dos dias inverte a situação, obrigando a defesa demonstrar, pelos meios de prova admitidos (perícia ou testemunhas) que, o puerpério, excepcionalmente, naquela mãe persistiu, levando-a a matar seu próprio filho.

E finalmente é imprescindível detectar que não se trata de uma psicose puerperal.

Na posição de Mirabete (2009, p.52), “infanticídio seria, na realidade, um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o próprio filho em condições especiais.” Entendendo o legislador, porém, que é ele o fato menos gravoso que aqueles incluídos no artigo 121 caput. na definição de Beccaria (2002) os quais foram os primeiros a definir em dispositivo à parte, como delito autônomo e denominação jurídica própria no código penal austríaco de 1803, combinando-lhe pena sensivelmente menor que a do homicídio privilegiado, em vez de seguindo a lei anterior, adotar o sistema psicológico, fundado no motivo de honra (*honoris causa*) que é o temor a vergonha da maternidade ilegítima, optou o legislador pelo sistema

fisiopsicológico ou fisiopsíquico, apoiando no estado puerperal. Essa orientação tem merecido críticas contundentes por se entender não comprovado a suposta problemática influência do estado puerperal no psiquismo da parturiente.

Já jurisprudência tem entendido que o infanticídio é inegavelmente antes de tudo um delito social, praticado na quase totalidade dos casos, por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelo marido e pelo amásio e que por isso, o antigo conceito psicológico a causa da honra vai aos poucos perdendo a sua significação limitada e se confundindo com este (conceito fisiopsicológico), por força das reiteradas decisões judiciais.

2 Elemento subjetivo: Dolo. O crime praticado pelo agente a título de dolo direto ou dolo eventual.

Culpa. Não é possível a modalidade culposa nos delitos de infanticídio. Desse modo caso a mãe, de forma culposa matar o filho durante o parto ou logo após, estando sob a influência do estado puerperal, pergunta-se em qual modalidade de conduta seria enquadrada essa mãe?

Conforme entendimento de Capez (2010, p.140,142):

Há duas posições na doutrina:

1º) O fato será penalmente atípico. É a posição adotada por Damásio E. de Jesus. Segundo sua posição doutrinária, a genitora não responderá nem por infanticídio nem por homicídio. O fato será penalmente atípico. o que pode se argumentar e sobre a absoluta incompatibilidade entre a perturbação psíquica da genitora(estado puerperal)e a diligência prudência exigível de um homem mediano nas circunstancias concretas,cuja quebra do dever de cuidado caracteriza a culpa. Não há como exigir da parturiente perturbada psicologicamente, que haja de acordo com as cautelas comuns impostas ao seres humanos, quando se encontram sem capacidade de se conduzir de acordo com as normas sociais. por esse motivo que não há previsão legal do infanticídio culposo.

2º) Já a segunda corrente diz que a mãe responderá sim por homicídio na modalidade culposa. É a posição adotada por,Nelson Hungria,Julio Fabbrine Mirabete,Cesar Roberto Bittencourt e Magalhães Noronha,tendo esse ultimo citado o seguinte exemplo”:uma mulher já assaltada pelas dores do parto, porém não convicta de serem as da délivrance,da repentina luz(há casos registrados em ônibus ,bondes e trens) vindo o neonato a fraturar o crânio e morrer,deverá ser imputado por homicídio culposo”.nesse caso a posição norteia no dever objetivo de cuidado e a previsibilidade objetiva . A capacidade pessoal de previsão do agente (afetado pelo estado puerperal)pertence ao terreno da culpabilidade e não do fato típico.por essa razão,sendo o fato objetivamente previsível e a conduta qualificada como imprudente negligente ,ou imperita, quando comparado ao comportamento de uma pessoa normal,estará presente a culpa.As deficiências de ordem pessoal da gestante

devem ser vistas posteriormente, na culpabilidade, pode responder por homicídio culposo, portanto.

3 Concurso de Pessoas

Para Capez (2011 p.141/142)

Para que seja caracterizado o infanticídio deverá ser analisados os seguintes elementos: ser mãe (crime próprio) matar o próprio filho durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal. Está dessa forma caracterizado o infanticídio descrito no artigo 123 do código penal caso seja excluído alguns dados constantes no infanticídio a figura típica deixará de existir como tal, passando então a ser outro crime (atipicidade relativa) portanto, os componentes do tipo, inclusive o estado puerperal, são elementares desse crime.

Sendo elementares, comunicam-se ao co-autor ou partícipe (CP, art.30) salvo quando este desconhecer a sua existência, a fim de evitar a responsabilidade objetiva. Diferente, porém, poderão ser as consequências, conforme o terceiro seja autor, co-autor ou partícipe. Porém a três situações diferentes para exemplificar:

1ª) A mãe que mata o próprio filho, contando com auxílio de terceiros: A mãe é autora de infanticídio e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que, assim, responde também por infanticídio. A circunstância de caráter pessoal (estado puerperal), na verdade, é elementar, que logo se comunica ao partícipe.

2ª) O terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe. O terceiro realiza a conduta principal, ou seja, “mata alguém”. Como tal comportamento se subsume no art.121 do CP, ele será autor do homicídio. A mãe, que praticou uma conduta acessória, é partícipe do mesmo crime, pois o acessório segue a principal.

Com efeito, a mãe não realizou o núcleo do tipo (não matou, apenas ajudou a matar) devendo responder por homicídio. No entanto, embora seja a solução apontada por boa técnica jurídica e a prevista no art.29, caput, do CP, (todo aquele que concorre para um crime incide nas penas a ele cominadas) neste caso não poderia ser adotada, pois se a mãe mata a criança, responde por infanticídio, mas como apenas ajudou a matar, responderá por homicídio. Não seria lógico, no caso, a mãe responder por infanticídio que se trata de uma pena mais branda.

3º) Mãe e terceiro executam em co-autoria a conduta principal, matando a vítima. A mãe será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária ou monista, responderá pelo mesmo crime, nos termos do art.29 caput, do CP, não pode haver co-autorias de crimes diferentes, salvo nas exceções pluralistas, do § 2º, do art.29 do CP, as quais são expressas e excepcionais.

4 Concurso de pessoas e a questão da comunicabilidade da elementar “ influência do estado puerperal”

Durante muitos anos, uma corrente doutrinária defendida por Nelson Hungria e compartilhada por outros autores distinguiu as circunstâncias pessoais de personalíssimas. Para essa corrente, o estado puerperal apesar de elementar, não se comunica ao partícipe, o qual responderá por homicídio, evitando-se que este se beneficie de um privilégio imerecido. O maior penalista brasileiro na última edição de sua obra reformulou sua posição passando assim a sustentar, “em face do nosso código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a eles cominadas, não pelo homicídio.”

Segundo Mirabete (ano,2011,p. 684) há três posições doutrinárias.

A primeira, não se admite o concurso de pessoas no infanticídio: segundo essa corrente, adotada por Heleno C. Fragoso, A. Mayrink da Costa, Nelson Hungria, não se admite co-autoria nem participação em infanticídio, em face das elementares personalíssimas do tipo legal, como por exemplo, o “estado puerperal”. O princípio da reserva legal impede que se estenda o tipo a terceiros sem condições de realizar seus elementos. Assim, se houver a intervenção de terceiros, este responderá por homicídio em co-autoria ou participação. Certo é que as elementares sejam objetivas, sejam subjetivas elas sempre se comunicam. Mas o estado puerperal, além de ser elemento meramente pessoal (subjetivo) é considerado elementar personalíssima e, portanto, incommunicável.

A segunda admite-se concurso de pessoas no infanticídio: já para essa corrente, adotada por Damásio E de Jesus, Custódio da Silveira, Magalhães Noronha, Celso Delmonte. (que também passou a ser adotada por Nelson Hungria), admite-se co-autoria ou participação em infanticídio, uma vez que a lei não fala, em qualquer momento, em condições personalíssimas. Temos as condições de caráter pessoal (que se comunicam quando elementares do crime, artigo 30 CP), as de caráter não pessoal (objetivas) que sejam

elementares, sejam circunstanciais, podem se comunicar. A condição da mãe e a influência do estado puerperal são elementares do tipo, razão pela qual se comunicam com os co-autores e partícipes..

Entendo que o partícipe e o co-autor deveriam responder pelo crime de homicídio, segundo o disposto pela segunda corrente doutrinaria, por se tratar de maneira mais justa, tendo em vista o estado puerperal ser uma condição personalíssima da mãe(parturiente),sendo impossível que tal condição se comunique com outra pessoa que não a mãe até mesmo porque se tratar o estado puerperal de uma elementar do tipo, e não as demais ou seja, sem esta o crime não se adequaria ao infanticídio.

Veja um exemplo se uma mãe mata o seu filho de 6 anos, subtede-se que esta não mais se encontra em estado puerperal, seria justo que esta responder pelo crime tipificado no artigo 123?

Mais é claro que não responderia esta mãe pelo delito de homicídio tipificado no artigo 121 do CP. assim como seria no caso de um terceiro que colabora com a mãe no delito de infanticídio. O artigo 130 se aplica ao caso em questão. Este artigo prevê que não há comunicabilidade entre os agentes em caso de circunstancias e as condições de caráter pessoal.

5 Considerações finais

Diante do estudado a conclusão chegada é que, foi encontrado uma grande lacuna com relação a duração do estado puerperal não se tem uma definição concreta na lei para este “logo após” o parto, e isto abre margem para erro, assim o magistrado ao formar seu entendimento deverá não só permitir a simples interferência do texto legal, mas analisar o caso concreto para melhor aplicação da lei.

Já com relação ao concurso de pessoas, o foco principal da apresentação do trabalho há grandes divergências doutrinarias com relação ao tema. Mas o que prevalece é que o partícipe responderia também por infanticídio. A critica que é feita a esta corrente relaciona com a hipótese de que a mãe, sob a influencia do estado puerperal poderia sim ser “beneficiada” pelo acometimento do infanticídio e ser considerada inimputável.

Agora o partícipe ser beneficiado isso seria um contra senso.

O jurista Jesus (2005, p.113): expressa diretamente a nossa opinião. Segundo a qual diz que o terceiro responderia por delito de homicídio. Entretanto diante da formulação típica desse crime em nossa legislação, não há como fugir da regra do artigo 30 do C P, com 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 pelo delito de infanticídio.

Não deveria ser assim o crime do terceiro deveria ser homicídio. Para nós a solução do problema seria transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado do homicídio dessa forma, o delito autônomo do artigo 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar onde se encontra hoje o homicídio privilegiado. Assim a relação de parentesco e a influencia do estado puerperal não seria mais elementares do crime, mais 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 denominação de infanticídio, enquanto o terceiro responderia por homicídio sem atenuação, nesse caso não haveria a possibilidade de um terceiro ser beneficiado por infanticídio em concurso de pessoas.

Abstract

THE CRIME OF INFANTICIDE DURING THE PUERPERAL STATE AND THE POSSIBILITY OF COMPETITION FOR PEOPLE IN THIS TYPE OF CRIME

The theme to prepare of this article, was chosen to quest the dignity of women in the puerperal state and the consequences of the penalty for the crime of infanticide, inevitably we will also examine the possibility of people competition in this type of delict and doctrinal positions about the theme. Although its a complex theme, what we will emphasize is the importance that the State should give to these women during the prenatal, like a deepening to identify if they are being pressured by their family because of an unwanted pregnancy and if they were abandoned by their husband during the pregnancy, because the majority of women who commit infanticide goes through some situations like those. Identified some of the cases mentioned, the doctor should route his patient for a psychological accompaniment. What should be considered is if these women who commit the crime are mentally competent and if they know what they were doing. If we analyze, a mother in perfect condition would never give an end to their sons life.

Keywords: infanticide; Duration of puerperal state; Possibility of competition by agents.

Referências

BRASIL. Senado Federal. **Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal.

Disponível em: <[www6. Senado. Gov.BR/legislação/ListaPublicacoes.action?id=66049](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049)>. Acesso em: 09 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, ano2011. v.2.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal parte especial**. 8.ed. Niterói: Revista dos Tribunais.2011. v.3.

Hungria, Nelson; Fragoso, Heleno Claudio, **comentários ao código penal**,5ed.Rio de Janeiro,Forense,1979.v.5.

MIRABETE, Julio Fabrine. **Tratado de direito penal**. São Paulo: 2002.v.4.

NUCCI Guilherme de Souza. **Manual de direito penal, parte especial**,revista dos tribunais,São Paulo,2007.

NUCCI Guilherme de Souza, **código penal comentado**, revista dos tribunais,São Paulo,2007.v.2.