



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

ANA CLÁUDIA DE OLIVEIRA GONÇALVES

INFANTICÍDIO E CONCURSO DE PESSOAS: É POSSÍVEL?

BARBACENA

2012

ANA CLÁUDIA DE OLIVEIRA GONÇALVES

INFANTICÍDIO E CONCURSO DE PESSOAS: É POSSÍVEL?

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª: Me. Delma Gomes Messias

**BARBACENA
2012**

Ana Cláudia de Oliveira Gonçalves

INFANTICÍDIO E CONCURSO DE PESSOAS: É POSSÍVEL?

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^a. Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Marcos Sampaio Gomes Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, aos meus familiares, ao meu namorado e aos amigos que estiveram sempre ao meu lado prontos para me ajudar.

A todos os meus professores pela tão valiosa contribuição no meu aprendizado durante esta jornada, em especial à minha professora orientadora Delma, à professora Josilene, ao professor Marcos Sampaio e à Professora Rosy Mara pelo auxílio e participação direta neste trabalho.

Aos meus colegas de classe pelo apoio e amizade.

RESUMO

O concurso de pessoas no crime de infanticídio é uma questão controvertida entre os diversos operadores do direito, o que gera dúvidas e conseqüente insegurança jurídica. Isto se dá em razão de ser o infanticídio um crime próprio, pois exige uma qualidade do sujeito ativo (a mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal) para sua configuração e, ainda, por este crime ser considerado um homicídio privilegiado, pois existe justamente para beneficiar o sujeito ativo, partindo do pressuposto que o mesmo não age livremente, mas influenciado por perturbações decorrentes do período em que se encontra. O ponto controvertido gira em torno da comunicabilidade da elementar estado puerperal ao terceiro que concorre para o delito e não se enquadra nas exigências descritas no tipo penal. Deverá este terceiro responder por infanticídio cuja pena é mais branda, ou por homicídio com penas mais gravosas? Este estudo aborda as posições dos doutrinadores acerca desta questão, considerando-a em todos os seus aspectos: legais, morais e sociais.

Palavras-chaves: Direito Penal – Infanticídio. Privilégio. Elementar. Concurso de Pessoas. Comunicabilidade.

ABSTRACT

The concurrence of people in the crime of infanticide is a controversial issue among the various law enforcement officers, which creates doubts and consequent legal uncertainty. This is the reason why infanticide to be a crime itself, it requires a quality of the acting subject (the mother who is under the influence of the puerperal state) for its configuration and also for this crime be considered a homicide privileged because there just to enjoy the active subject, assuming that it does not act freely, but influenced by disturbances arising in the period in which it is. The point at issue revolves around the basic communicability of puerperal state the third which contributes to the offense and does not fit the requirements outlined by the offense. Should this third answer for infanticide whose punishment is more lenient, or homicide with harsher penalties? This study addresses the positions of renowned scholars on this issue, considering it in all its aspects: legal, moral and social.

Keywords: Criminal Law - Infanticide. Privilege. Elementary. Tender People. Communication.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CRIME DE INFANTICÍDIO : CONCEITO E TIPIFICAÇÃO	15
2.1 O crime de infanticídio visto sob diversos prismas até os dias atuais.....	15
2.2 Diferenças entre infanticídio e homicídio.....	19
2.3 Diferenças entre infanticídio e aborto	20
2.4 Análise e classificação do tipo legal.....	21
2.4.1 Sujeito ativo.....	21
2.4.2 Sujeito passivo.....	21
2.4.3 Elemento subjetivo	22
2.4.4 Classificação do delito.....	23
3 ANÁLISE DOS COMPONENTES CARACTERIZADORES DO TIPO LEGAL DO INFANTICÍDIO	25
3.1 Estado puerperal	25
3.2 Feto nascente, infante nascido ou recém nascido	28
3.3 Cláusula temporal do crime de infanticídio.....	29
3.4 Prova pericial	29
4 CONCURSO DE PESSOAS	33
4.1 Conceito	33
4.2 Teorias sobre o concurso de pessoas.....	35
4.3 Autoria, coautoria e participação	38
4.3.1 Autoria.....	38
4.3.2 Coautoria	41
4.3.3 Participação em sentido estrito.....	41
4.3.4 Análise dos parágrafos do artigo 29 do Código Penal	43
4.3.5 Concurso de pessoas em crime culposo	45
4.4 Comunicabilidade e incomunicabilidade de circunstâncias, condições de caráter pessoal e elementares	45
4.4.1 Circunstâncias.....	46
4.4.2 Elementares	47
4.4.3 Comunicabilidade e incomunicabilidade	47
5 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO	49
5.1 Comunicabilidade da Elementar Estado Puerperal.....	49
5.2 Análise das posições doutrinárias	53
5.3 Possíveis soluções	57
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O crime de infanticídio está descrito no artigo 123 do Código Penal Brasileiro da seguinte maneira: “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”.

Apesar de configurar um delito autônomo, a doutrina considera o infanticídio um homicídio privilegiado, pois, embora seja prevista a mesma conduta típica (matar) para a configuração do crime de infanticídio e do crime de homicídio, a pena imposta àquele é mais branda que a deste. Ao estipular assim, a intenção do legislador foi beneficiar a mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal, considerando que a agente do delito, nesta condição, não possui o necessário discernimento para se auto-controlar diante da nova realidade em que se depara ao dar a luz.

A doutrina caracteriza o infanticídio como um *delictum exceptum*, pois para a sua configuração são exigidos requisitos específicos, sendo que a falta de qualquer um deles afasta a ocorrência do delito. Sendo assim, o delito em tela se classifica como um crime próprio, uma vez que exige que o sujeito ativo seja a mãe e que esta esteja sob a influência do estado puerperal. Ocorre, que nem sempre a agente do delito age sozinha, contando para tanto com o auxílio de uma terceira pessoa. A questão norteadora do presente estudo surge com relação à punibilidade desta terceira pessoa. Uma vez que o terceiro não se enquadra no perfil exigido na descrição típica, ele deve responder por infanticídio, fazendo jus ao privilégio concedido à mãe ou deve responder por homicídio sofrendo sanções mais rigorosas? O debate levantado entre os estudiosos das ciências jurídicas gira em torno da possibilidade do estado puerperal se comunicar ou não ao coautor ou partícipe do crime.

Esta é uma questão que causa grande discussão entre os diversos operadores do direito, fazendo surgir posicionamentos controversos acerca do assunto. Essa pesquisa consiste justamente em conhecer e analisar as opiniões destes profissionais do direito em torno desta questão para, então, confrontá-las. É um assunto de suma importância, uma vez que o fato dessa questão ainda não estar pacificada, traz consequências negativas para a Justiça que perde sua credibilidade quando profere decisões conflitantes ou, até mesmo injustas, quebrando assim a harmonia que deve reinar no ordenamento jurídico.

Este trabalho está dividido em quatro capítulos. Inicialmente tratar-se-á do crime de infanticídio, fazendo um breve percurso de sua evolução histórica até os dias atuais, onde deter-se-á nossa atenção à sua tipificação na legislação penal brasileira vigente. No segundo capítulo, discutir-se-á cada um dos elementos que caracterizam a figura típica e as provas

periciais usadas para identificá-los. Em seguida, no terceiro capítulo, far-se-á o estudo das regras gerais que circundam o concurso de pessoas, bem como das regras atinentes à comunicabilidade e incomunicabilidade de circunstâncias e elementares. O estudo destes temas é de suma importância para a discussão que far-se-á no último capítulo, pois eles formam o alicerce para a perfeita compreensão das idéias defendidas pelos doutrinadores. Neste último capítulo, então, mostrar-se-á as opiniões destes nobres intérpretes da lei em torno desta polêmica questão objeto da presente monografia: “Concurso de pessoas no infanticídio”. Ver-se-á que esta questão se esbarra em valores sociais que entram em confronto com os ditames da lei. Por este motivo, os estudiosos das ciências jurídicas se encontram perdidos num embate entre o que parece ser mais justo e o que é legal.

2 CRIME DE INFANTICÍDIO : CONCEITO E TIPIFICAÇÃO

2.1 O crime de infanticídio visto sob diversos prismas até os dias atuais

O crime de infanticídio sofreu grandes oscilações ao longo de sua história, no que diz respeito ao conceito e ao modo como foi visto e tratado pelas diversas legislações, variando estas conforme o período, o lugar e os costumes em que estavam inseridas.

Na antiguidade, entre os bárbaros, o assassinato de crianças não constituía crime algum. Pelo contrário, a morte dos filhos era um hábito. Os antigos ofereciam seus filhos em sacrifício aos seus deuses.

Os gregos matavam crianças de qualquer idade que tivessem alguma deformidade física, pois eles valorizavam muito a estética, a beleza, sendo esta prática, portanto, comumente aceita pela sociedade. Prova disso é a Lei das XII Tábuas que assim dispunha em sua quarta tábua ao tratar do pátrio poder e do casamento¹:

Quarta Tábua: Do pátrio poder e do casamento.

1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.
3. Se o pai vender o filho três vezes, que este filho não recaia mais sob o poder paterno.
4. Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que este filho seja reputado legítimo.

Na Roma, o próprio rei mandava seus soldados matarem os recém-nascidos em ocasiões de escassez de alimentos, entre outras em que achava conveniente esta prática.

Sobre este período em que o assassinato de crianças era comumente aceito pela sociedade, Levene (1970) *apud* Nucci (2010, p. 626) explica o seguinte:

Na antiguidade, matavam-se os bebês recém-nascidos quando escasseavam alimentos, ou quando eram oferecidos em cerimônias religiosas. Tampouco era delito matá-los quando eram disformes ou tivessem um defeito físico tão grave que evidenciava sua futura inaptidão para a guerra.

A partir do surgimento do Cristianismo, os juristas mudaram suas concepções acerca do infanticídio e começaram a vê-lo como um crime de alta gravidade. Pela grande influência que a Igreja Católica passou a exercer sobre as pessoas, elas começaram a entender

¹ <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>

que ninguém tinha o direito de tirar a vida de seu semelhante. O crime de infanticídio passou então a ser apenado rigorosamente.

De acordo com Capez (2011), no período medieval, não existia na legislação diferenciação entre homicídio e infanticídio. No entanto, as penas previstas para as mães que matavam seus filhos eram ainda mais severas. Neste período os pais ainda tinham o direito de eliminar a vida de seus filhos em razão do *pater familiae*. Este poder que permitia ao pai eliminar sua prole, estava compreendido no direito de propriedade. Nucci (2010) ensina que o infanticídio praticado pelo pai só começou a ser punido no tempo de Constantino e isto prevaleceu no império de Justiniano, que começou a apenar este crime com penas severas.

Também no Direito Romano, atozes eram as punições para aqueles que cometiam o infanticídio. Aqui, não só a mãe sofria as severas penas, mas também o pai e qualquer pessoa que tirasse a vida de uma criança (CAPEZ, 2011).

Podemos citar como exemplo do rigor com que era tratado o crime de infanticídio neste período, a Carolina (Ordenação Penal de Carlos V) *apud* Hungria (1979, p. 240) que assim dispunha:

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

Hungria (1979) pontua que no século XVIII, com o aparecimento das idéias iluministas e dos filósofos adeptos do Direito Natural, as penas do crime de infanticídio começaram a ser abrandadas quando o crime fosse praticado por motivo de honra da mãe e seus familiares. O infanticídio então passou a ser visto como um homicídio privilegiado. Como ensina Capez (2011), Beccaria e Feuerbach foram os primeiros a tratar o delito desta maneira no Código Penal Austríaco de 1803.

Estas idéias repercutiram no mundo todo e surtiram efeitos nas diversas legislações penais que passaram a tratar o infanticídio como um delito especial e atenuaram as penas impostas a este crime quando o mesmo fosse motivado pela *honoris causa* (motivo de honra).

No Brasil, o crime de infanticídio só foi reconhecido pela legislação com o Código Criminal de 1830 (Código do Império). Antes ele era tratado como agravante do homicídio pela pouca idade da vítima (CAPEZ, 2011).

O Código Criminal do Império (1830)² previa duas modalidades de infanticídio em seus artigos 197 e 198. O primeiro abrangia qualquer pessoa que matasse recém-nascido e o segundo era para a mãe que tirasse a vida do próprio filho por motivo de honra. Assim estava disposto no referido diploma legal:

Art. 197 Matar algum recém nascido: pena – de prisão por 3 (três) a 12 (doze) anos e de multa correspondente à metade do tempo.

Art. 198 Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: pena – de prisão com trabalho por 1 (um) a 3 (três) anos.

Interessante destacar que o crime previsto no artigo 197, citado acima, tinha a pena mais branda que a do homicídio, como pode ser observado pela comparação com os seguintes dispositivos da mesma Lei³:

Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no artigo dezesseis, números dois, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezessete.

Penas - de morte no grau máximo; galés perpétuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte anos no mínimo.

Art. 193. Se o homicídio não tiver sido revestido das referidas circunstâncias agravantes.

Penas - de galés perpétuas no grau máximo; de prisão com trabalho por doze anos no médio; e por seis no mínimo.

Ora, o agente do delito previsto no artigo 197 age livre de qualquer motivação que faça sentido o abrandamento da pena. Nota-se que a única diferença entre os dois delitos em análise é a vítima, que em um deles é um recém-nascido e no outro é qualquer pessoa. Não há explicação, no entanto, para o privilégio do artigo 197. Jesus (2000, p. 105) destaca esta contradição tecendo o seguinte comentário: “[...] o legislador considerava infanticídio o fato (homicídio) cometido por terceiros e sem o motivo de honra, impondo a pena de 3 a 12 anos, enquanto o homicídio simples possuía sanção mais severa, atingindo até a pena de morte”.

Com a Proclamação da República, surge o Código Criminal de 1890⁴ que tipificou em seu artigo 298 o crime de infanticídio de maneira genérica, não prevendo a hipótese da *honoris causa* como motivação para a atenuação da pena, nem delimitando o sujeito ativo do delito. O artigo 298 assim dispunha:

Art. 298 Matar recém-nascido, isto é, infante aos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos quer recusando à vítima os

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

⁴ <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>

cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir a sua morte: pena – de prisão celular por 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) anos.

Nota-se que não há distinção entre o crime previsto no artigo 298 com o homicídio simples previsto no artigo 294 da referida Lei.

Art. 294 Matar alguém:

§ 1º Se o crime for perpetrado com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas nos §§ 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 16º, 17º, 18º e 19º do art. 39 e § 2º do art. 41:

Pena – de prisão celular por 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 2º Se o homicídio não tiver sido agravado pelas referidas circunstâncias:

Pena – de prisão celular por 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) anos.

Neste sentido Hungria (1979, p. 241) tece o seguinte comentário:

O legislador de 90 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou irrestrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio, para incorrer, em seguida, no chocante absurdo de cominar contra o primeiro, ainda quando não perpetrado *honoris causa*, somente a pena aplicável ao homicídio simples, isto é, seis a 24 anos de prisão celular. Era, positivamente, o critério de dois pesos e duas medidas.

No parágrafo único do artigo 298, no entanto, o legislador previu uma hipótese de atenuação da pena quando o crime fosse praticado pela mãe, baseado na *honoris causa*. Vejamos o que estipulava o referido dispositivo:

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar desonra própria: pena – de prisão celular por 3 (três) a 9 (nove) anos.

Pelo exposto, pode-se perceber que tanto o Código Criminal de 1830 quanto o de 1890, não diferenciavam o conceito de infanticídio com o do homicídio simples, embora fossem tais crimes colocados em dispositivos separados. No entanto, tanto em um quanto no outro, o legislador fez uma ressalva, atenuando a pena da mãe que cometesse o delito por motivo de honra.

Em 01 de janeiro de 1942 entrou em vigor o Código Penal de 1940, vigente nos dias atuais, conceituando o crime de infanticídio sob um critério diferente. Jesus (2000) especifica os três critérios usados para a conceituação do crime de infanticídio, quais sejam: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto. De acordo com ele, o critério psicológico leva em consideração o motivo de honra (*honoris causa*). Ocorre o crime de infanticídio quando a mãe mata o filho para ocultar desonra própria, por ser este filho, por exemplo, fruto de relações proibidas, ilegítimas, mal vistas pela sociedade. O critério fisiopsicológico tem em vista o

estado puerperal e não a *honoris causa*. De acordo com este critério ocorre o crime quando este é cometido sob a influência do estado puerperal, condição esta que analisaremos mais adiante. O critério misto, por sua vez, leva em consideração a honra e o estado puerperal.

O crime de infanticídio, com a entrada em vigor do atual Código Penal brasileiro (1940), passou a constituir um tipo penal autônomo que não se confunde com o homicídio simples e está descrito em seu artigo 123 da seguinte forma:

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.

Como pode ser observado pela leitura do dispositivo acima, a legislação brasileira adotou o critério fisiopsicológico de conceituação do delito em tela. Para sua caracterização torna-se indispensável, portanto, a influência do estado puerperal como motivação da conduta do agente.

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

Capez (2011, p. 134) define o delito “como a ocisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal”.

2.2 Diferenças entre infanticídio e homicídio

O crime de infanticídio está descrito no artigo 123 do atual Código Penal Brasileiro (1940) nos seguintes termos:

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.

Enquanto que o homicídio está previsto no artigo 121 do mesmo diploma legal assim descrito:

Matar alguém: pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Nota-se, pela leitura dos artigos citados, que o verbo do crime de homicídio é o mesmo do crime de infanticídio: MATAR. Isto quer dizer que é exigida a mesma conduta do agente para a configuração de ambos os delitos, ou seja, para que ocorra tais crimes é necessário que o agente elimine a vida de outro ser humano.

Para o delito do artigo 123, no entanto, são descritos requisitos específicos sem os quais fica descaracterizado o delito. São eles: ser o agente a mãe; ser a vítima o próprio filho nascente ou recém-nascido; estar a mãe sob a influência do estado puerperal e, por fim, ser o crime praticado durante o parto ou logo depois.

Nucci (2010, p. 627) afirma que a única diferença entre os dois delitos em análise “é a especial situação em que se encontra a agente do crime de infanticídio”.

Trata-se o infanticídio de uma espécie de homicídio privilegiado, pois quis o legislador abrandar a pena da mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal, situação esta que provoca na parturiente alterações físicas e emocionais, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo.

Nas palavras de 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)”.

Jesus (2000, p. 106) assim se pronuncia:

Assim, o infanticídio, em face da legislação penal vigente, não constitui mais forma típica privilegiada de homicídio, mas delito autônomo com denominação jurídica própria. Entretanto, o infanticídio não deixa de ser, doutrinariamente, forma de homicídio privilegiado, em que o legislador leva em consideração a situação particular da mulher que vem a matar o próprio filho em condições especiais.

2.3 Diferenças entre infanticídio e aborto

Para a configuração do crime de infanticídio, o fato deve ocorrer durante ou logo depois do parto. Se a conduta ocorre antes do parto fica caracterizado o aborto.

Jesus (2000, p. 107) nos ensina que “antes do início do parto existe aborto; a partir de seu início, infanticídio”. Para se precisar o momento que inicia o parto, o autor dá a seguinte explicação:

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

2.4 Análise e classificação do tipo legal

2.4.1 Sujeito ativo

Tendo o Código Penal (1940) vigente adotado o critério fisiopsicológico da conceituação do crime de infanticídio, decorre que o sujeito ativo deste delito só poderá ser a mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal.

Trata-se, portanto, de um crime próprio, visto que exige uma qualidade especial do sujeito ativo (ser mãe e estar no estado puerperal) para que reste configurado o delito (NUCCI, 2010).

Segundo Fabbrini e Mirabete (2011) é necessário que exista uma relação entre a perturbação psíquica da autora do delito, circunstância desencadeante do ato, e o estado puerperal. Tal perturbação deve advir deste. Neste mesmo sentido, pronuncia Jesus (2000, p. 107):

Não é suficiente que a mulher realize a conduta durante o período do estado puerperal. É necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o estado puerperal. Essa relação causal não é meramente objetiva, mas também subjetiva.

Pode ocorrer, no entanto, de um terceiro concorrer para este crime, sendo como coautor ou partícipe, sem que este esteja enquadrado nas condições especiais descritas no tipo legal. Este assunto é o tema do presente estudo e será tratado detalhadamente no capítulo VI.

2.4.2 Sujeito passivo

Como ensina Bitencourt (2010), o sujeito passivo é o próprio filho, ser nascente (quando o crime é praticado durante o parto) ou recém-nascido (quando é praticado logo após o parto).

Importante destacar que é necessário que o feto nascente tenha vida para que fique configurado o delito. Segundo Capez (2011), basta que ele tenha apresentado o mínimo de atividade funcional, sendo indiferente constatar sua capacidade de viver fora do útero materno.

A prova pericial para constatação da existência de vida extrauterina é imprescindível. Esta prova é feita através das chamadas docimasias, que visam comprovar a

existência de circulação, de respiração ou de nutrição gastrointestinal no sujeito (CAPEZ, 2011).

A mais comum delas é a prova da respiração, porém esta prova não é suficiente, visto que é possível a existência de vida extrauterina sem que haja respiração.

Como ensina Capez (2011), se o sujeito passivo estava morto quando da prática do delito, constitui hipótese de crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto.

2.4.3 Elemento subjetivo

Segundo Nucci (2010), o elemento subjetivo do tipo legal em tela é o dolo, seja direto ou eventual. Não enquadra na figura do artigo 123 do Código Penal Brasileiro (1940) a forma culposa.

Sendo assim, a mãe que mata o próprio filho nascente ou neonato, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responderá por infanticídio, uma vez que este delito não admite a culpa. Em relação a este caso, existem duas posições que dizem respeito ao enquadramento da conduta da mãe que mata o filho culposamente na constância do estado puerperal.

A primeira corrente diz que o fato será penalmente atípico, não se enquadrando na figura do infanticídio nem do homicídio. É a posição defendida por Damázio E. de Jesus. O autor (2000, p. 109) assim explica sua tese:

Não há infanticídio culposo, uma vez que no art. 123 do CP o legislador não se refere à modalidade culposa (CP, art. 18, parágrafo único). Se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum (nem homicídio, nem infanticídio). A mulher, porém, pode vir a matar a criança não se encontrando sob a influência do estado puerperal, agindo culposamente. Haverá, neste caso, homicídio culposo, descrito no art. 121, §3º, do CP.

Outra corrente defende que a conduta da mãe se enquadra na figura do homicídio culposo. É a teoria defendida por vários autores, dentre eles, Hungria (1978), Capez (2011) e Mirabete e Fabbrini (2010). Capez (2011, p. 140) usa dos seguintes argumentos para defender sua posição:

O elemento da culpa é a quebra do dever objetivo de cuidado e previsibilidade objetiva. A capacidade pessoal de previsão do agente (afetada 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 comparada 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.

Nesta mesma linha, Fabbrini e Mirabete (2011, p. 56) afirmam que “a influência do estado puerperal não equivale à incapacidade psíquica e a puérpera responde pelo ato culposo, qualquer que seja ele”.

2.4.4 Classificação do delito

Segundo orientação doutrinária de Nucci (2010), assim se classifica o crime de infanticídio:

Trata-se de um crime próprio, pois exige uma qualidade especial do sujeito ativo para a configuração do delito. No caso em estudo, é exigida a qualidade de ser o agente a mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal.

É instantâneo, pois sua consumação não se prolonga no tempo.

O infanticídio é um crime de dano, vez que exige a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, no caso, a vida do ser nascente ou do recém-nascido.

É um crime plurissubsistente, visto que vários atos integram a conduta da agente.

É de forma livre, uma vez que a lei não especificou a forma de execução do crime.

O infanticídio pode ser comissivo, ou seja, ocorrer por intermédio de uma ação, como por exemplo, um estrangulamento. E pode também ser omissivo, quando, por exemplo, a mãe deixa de amamentar o infante vindo este a falecer.

A tentativa do crime de infanticídio é perfeitamente possível. Ocorre quando o sujeito ativo não consegue alcançar o resultado pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade.

3 ANÁLISE DOS COMPONENTES CARACTERIZADORES DO TIPO LEGAL DO INFANTICÍDIO

Como já mencionado anteriormente, o crime de infanticídio possui elementos fundamentais para sua configuração. São estes elementos características únicas que fazem dele um “*delictum exceptum*”. São elas: o estado puerperal, o feto nascente ou recém-nascido e o período em que deve ocorrer o crime, qual seja, durante ou logo após o parto (NUCCI, 2011).

Neste capítulo falaremos sobre cada um destes elementos caracterizadores do tipo em análise e das provas periciais usadas para identificá-los, confirmando ou negando a ocorrência do delito.

3.1 Estado puerperal

Como nos ensina França (2011), estado puerperal e puerpério não se confundem. Para se entender o estado puerperal é necessário, primeiramente, que se explique o que é puerpério.

Segundo França (2011, p.287) “puerpério, sobreparto ou pós-parto é o espaço de tempo variável que vai do desprendimento da placenta até a volta do organismo materno às suas condições anteriores ao processo gestacional”.

Gomes (2004, p.499) assim explica o puerpério: “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”.

Como pode ser observado pelas definições acima, o puerpério é um fenômeno comum a todas as mulheres que dão a luz. Neste período as mulheres sofrem alterações fisiológicas, sejam estas hormonais ou corporais e psicológicas também, pois elas se deparam com uma nova realidade. O que ocorre, no entanto, é que, em alguns casos, estas alterações são de tal significância que causam uma perturbação mental na parturiente que pode chegar ao seu grau máximo, levando esta mãe a matar seu próprio filho nascente ou recém-nascido cometendo pois, o crime de infanticídio. A este estado confusional no qual a mulher fica sem plenas condições de entender o que está fazendo, dá-se o nome de estado puerperal.

Jesus (2000, p. 107) assim define o estado puerperal:

A mulher, em consequência das circunstâncias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico, etc, pode sofrer perturbação de sua saúde

mental. O Código fala em influência do estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto.

Nas palavras de Capez (2011, p. 138):

Trata-se o estado puerperal de perturbações que acometem as mulheres, de ordem física e psicológica decorrentes do parto. Ocorre, por vezes, que a ação física deste pode vir a acarretar transtornos de ordem mental na mulher, produzindo sentimentos de angústia, ódio, desespero, vindo ela a eliminar a vida de seu próprio filho.

Para Gomes (2004), o motivo para o surgimento desta perturbação mental durante o puerpério leva em consideração dois critérios, quais sejam, o psicológico que aparece nos casos de gravidez ilegítima, fortuita ou proveniente de estupro e o físico-psíquico que diz respeito ao desgaste físico, como dores, fadiga, sangramento causados pelo parto. Ainda segundo este autor, o que se tem visto na prática é que as parturientes que cometem o infanticídio são aquelas mulheres que tiveram uma gravidez indesejada, inoportuna, gravidez esta fruto de relações clandestinas e ilegítimas ou mulheres que foram abandonadas por seus esposos ou amásios. Sobre esta situação pronuncia França (2011, p. 328):

Sempre é uma gravidez ilegítima, mantida em sobressaltos e cuidadosa reserva, a fim de manter uma dignidade ante a família, os parentes e a sociedade. Pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas. São parturientes sem precedentes psicopáticos. E como maneira de solucionarem seu problema praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto e assumir uma atitude incapaz de provocar suspeitas.

Nota-se pelo acima exposto, que o que se vê na prática é o critério psicológico, antes adotado pela legislação penal pátria, que leva em consideração a *honoris causa*, se misturar com o critério fisiopsicológico, atualmente adotado, que tem como motivação para o crime o estado puerperal. O motivo de honra vem sendo o fator desencadeante do estado puerperal (GOMES, 2004).

De tudo o que foi dito é importante destacar e ter sempre em mente que o puerpério é um fenômeno comum a todas as mulheres que dão a luz, enquanto que só algumas delas sofrem com a influência do estado puerperal. É o que esclarece a Exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940⁵, em seu item 40, quando menciona que:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula como é óbvio, não

⁵ <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>

quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio.

Neste sentido pronuncia Capez (2011, p. 138):

Assim, o tão só fato de a genitora estar no período de parto ou logo após não gera uma presunção legal absoluta de que ela esteja sofrendo de transtornos psíquicos gerados pelo estado puerperal, pois, via de regra, o parto não gera tais desequilíbrios. É necessário sempre avaliar no caso concreto, através dos peritos-médicos, se o puerpério acarretou o desequilíbrio psíquico, de modo a diminuir a capacidade de entendimento e autoinibição da parturiente.

Sendo assim, como o estado puerperal não acomete todas das mulheres que passam pelo puerpério, torna-se necessária a perícia para verificar tal condição quando da prática do delito. Havendo dúvida quanto à existência da perturbação mental causada pelo puerpério, deverá prevalecer a resposta afirmativa, em razão do princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida deve prevalecer a condição mais favorável ao réu. Neste caso, o delito de infanticídio não deve ser afastado.

A este respeito Fabrinni e Mirabete (2011, p. 52) se pronunciam da seguinte maneira:

Não demonstrada ou incoerente perturbação em decorrência do estado puerperal, não há que se reconhecer infanticídio e sim homicídio. Já se tem entendido, todavia, que a lei presume a existência de uma perturbação psíquica especial, sendo necessária prova contrária para se descaracterizar o infanticídio e punir-se o agente por homicídio, uma vez que a influência do estado puerperal é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto, e, dada sua grande frequência, deve ser admitido sem maiores dificuldades.

É importante ressaltar também, como nos lembra Jesus (2000), que o estado puerperal se diferencia das chamadas psicoses puerperais. Estas são doenças mentais que acometem as parturientes com histórias de doenças anteriores como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, neuroses, doenças estas que podem ser agravadas durante o puerpério ou um tempo depois do parto. As psicoses puerperais, no entanto, constituem hipóteses de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade, se enquadrando no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal Brasileiro (1940).

Com relação a esta situação podem ocorrer três hipóteses como explica Jesus (2000, p. 108):

1ª) Se, em decorrência do estado puerperal, a mulher vem a ser portadora de doença mental, causando a morte do próprio filho, aplica-se o art. 26, *caput*, do CP: exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade causada pela doença mental.

2ª) Se, em consequência da influência do estado puerperal, a mulher vem a sofrer simplesmente perturbação da saúde mental, que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação, aplica-se o disposto no art. 26, parágrafo único do CP. Neste caso, desde que se prove tenha sido portadora de uma perturbação mental patológica, como delírio ou psicose, responde por infanticídio com pena atenuada.

3ª) É possível que, em consequência do puerpério, a mulher venha a sofrer uma simples influência psíquica, que não se amolde à regra do art. 26, parágrafo único do CP. Neste caso, responde pelo delito de infanticídio, sem atenuação da pena.

Concluindo, para que ocorra o infanticídio é necessário que a puérpera sofra de uma perturbação mental em decorrência do estado puerperal. Se esta perturbação constituir doença mental, ela estará isenta de pena, nos termos do art. 26, *caput* do CP, ou terá sua pena atenuada, incidindo o art. 26, parágrafo único do CP, conforme a gravidade da doença.

3.2 Feto nascente, infante nascido ou recém nascido

Para a configuração do crime de infanticídio, como bem nos ensina Capez (2011), a vítima deve ser o feto nascente ou recém-nascido. Gomes (2004, p.500) define feto nascente como “aquele que tenha atravessado totalmente, ou em parte, o orifício externo do útero, portanto, acessível a atos violentos” e, recém-nascido, como sendo aquele que está “livre do ventre materno, havendo ou não a expulsão da placenta”.

Croce e Croce Júnior (2010) definem ser nascente como aquele que está nascendo, mas ainda não respirou. Enquanto que recém-nascido é aquele ser que já nasceu e já recebe os primeiros cuidados de higienização, perdurando esta condição até o sétimo dia de seu nascimento. Os autores ainda diferenciam o feto nascente e o recém-nascido do infante nascido que, segundo eles, é aquele que acabou de nascer, mas ainda não recebeu nenhum cuidado com a higiene ou com o tratamento do cordão umbilical.

Como já foi discutido, em todos os casos é necessário que o sujeito passivo tenha vida no momento do parto, sendo indiferente sua capacidade de se manter vivo depois (CAPEZ, 2011).

Para que se conclua pela ocorrência do crime de infanticídio, portanto, é necessário que o sujeito passivo se enquadre em um dos estados descritos acima, ou seja, o de feto nascente, infante nascido ou recém-nascido.

3.3 Cláusula temporal do crime de infanticídio

A legislação penal pátria exige para a configuração do infanticídio que este tenha sido cometido “durante o parto ou logo após”. Se o crime é realizado em momento diverso, não há que se falar em infanticídio e sim em aborto ou homicídio, conforme o caso.

A expressão “durante o parto” compreende o período que vai do início ao fim do parto. Croce e Croce Júnior (2010, p. 480) assim explicam quando se inicia e quando se finda o parto:

A expressão legal “durante o parto” compreende o período que se estende desde a ruptura das membranas alantóides ou, como preconizamos, desde a eliminação do tampão mucoso de Schöederer do canal cervical para a cavidade vaginal e/ou o exterior, seguida da travessia do canal do parto, até o despontamento do ser nascente no meio exterior.

Sendo assim, se o crime é cometido durante este lapso temporal pela mãe que sofre da influência do estado puerperal, fica configurado o infanticídio.

A expressão “logo após o parto”, no entanto, suscita dúvidas, pois o legislador não precisou o lapso temporal em dias ou horas. A interpretação desta expressão, portanto, fica a critério do julgador que deverá analisar o caso concreto.

De acordo com Capez (2011) a melhor orientação é aquela que entende a expressão “logo após” como o tempo de duração do estado puerperal. Este tempo varia conforme as parturientes, exigindo-se então, uma análise de cada caso. Neste sentido, França (2011) afirma que a expressão em tela tem um caráter mais psicológico que cronológico, em razão dessa variação do estado puerperal de caso para caso.

Conclui-se portanto, que se o crime é cometido depois do parto, estando a mãe sob a influência do estado puerperal, está configurado pois, o infanticídio, sendo indiferente o tempo cronológico corrido entre o fim do parto e o cometimento do delito.

3.4 Prova pericial

A prova pericial para se caracterizar o crime de infanticídio constitui um grande desafio para a prática médico-legal. Por este motivo ela é chamada de *crucis peritorum* – a cruz dos peritos.

A prova pericial do delito em análise segundo França (2011) consiste em verificar: os estados de natimorto, feto nascente, infante nascido ou recém-nascido, a vida

extrauterina, a causa da morte, o estado psíquico da mulher e a confirmação do parto pgresso.

Inicialmente, a perícia deverá constatar o estado de natimorto do infante. Natimorto, segundo França (2011) é o feto que morre durante o período perinatal que se inicia a partir da 22ª semana de gestação. Esta morte pode ser natural ou violenta. No último caso, configura-se hipótese de aborto criminoso e não de infanticídio, uma vez que não há ainda vida extrauterina.

É imprescindível que a perícia identifique o estado de feto nascente, de infante nascido e de recém-nascido da vítima, condições estas essenciais à caracterização do delito. De acordo com França (2011), feto nascente é aquele que está nascendo, ocorre quando o crime acontece durante o parto. Infante nascido é aquele que já nasceu, mas ainda não recebeu nenhum cuidado especial e recém-nascido, por sua vez, é aquele que já nasceu e já recebeu os primeiros cuidados. Esta condição perdura por alguns dias após o parto. A perícia age no sentido de identificar as características inerentes a cada um destes estados, confirmando ou negando então, a ocorrência do infanticídio.

A prova pericial deve se ater também à existência de vida extrauterina, imprescindível à configuração do delito, pois caso não houvesse vida extrauterina seria hipótese de crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto (CAPEZ 2011). Como explica Gomes (2004), esta prova se faz através das chamadas docimasias que visam comprovar a ocorrência de sinais manifestos de funções vitais no indivíduo, tais como, respiração, circulação e digestão.

De acordo com França (2011), é importante que os peritos verifiquem também a causa da morte que pode ser natural, acidental ou criminosa. Se a causa da morte for natural ou acidental, fica afastada a hipótese de infanticídio.

A perícia deverá analisar ainda o estado psíquico da parturiente, já que a nossa legislação exige um perturbação mental da mesma, perturbação esta causada pelo estado puerperal, para a caracterização do delito. Esta prova é muito complicada, como bem explica Gomes (2004, p. 499) no trecho abaixo transcrito:

A prova pericial no que tange ao estado puerperal, é de extrema dificuldade, uma vez que os exames na puérpera são realizados em época mais ou menos tardia em relação ao crime, fato este que por si só, inviabiliza, ao perito, pronunciar-se com precisão sobre sua ocorrência e a influência do mesmo na consumação do delito pela mulher mentalmente sã, já que, como dissemos anteriormente, não ficam quaisquer vestígios, sendo o quadro efêmero.

França (2011, p. 339) explica o que deve ser apurado no exame feito na puérpera:

Em resumo, deve o exame pericial do estado mental da infanticida apurar:

1. Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
2. Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho;
3. Se ela se lembra ou não do ocorrido ou se simula;
4. Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas consequências surgiram no decorrer do parto;
5. Se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto ou logo após, foi capaz de levá-la a praticar o crime.

Por fim, deve o exame pericial constatar se o parto foi ou não recente. Esse diagnóstico é feito através das provas de parto progresso recente que visam analisar as características típicas desta condição na parturiente (FRANÇA, 2011).

Como se observa, a prova pericial no delito em análise é de suma importância para a justiça, pois constata a presença dos elementos essenciais à caracterização do infanticídio, constatação esta indispensável ao esclarecimento da ocorrência ou não do delito.

4 CONCURSO DE PESSOAS

Nos capítulos anteriores falamos do crime de infanticídio e suas peculiaridades. Explicamos sobre o conceito, características, evolução histórica, componentes do tipo legal, entre outros.

No presente capítulo falaremos das regras gerais atinentes ao concurso de pessoas, assunto este de fundamental importância para a construção do nosso tema qual seja “concurso de pessoas no infanticídio”.

Este capítulo conjugado com os anteriores somarão duas forças que servirão de base para discutirmos com maior segurança e responsabilidade a questão norteadora deste estudo.

4.1 Conceito

Os tipos legais descritos na parte especial do Código Penal Brasileiro (1940), em geral, são crimes que podem ser realizados por uma única pessoa. Ocorre, no entanto, que muitas vezes, duas ou mais pessoas se unem para a prática de um delito, seja por interesse de todos na sua realização, seja para garantir a execução ou impunidade, entre outros motivos. A esta união de duas ou mais pessoas para o cometimento de uma infração penal dá-se o nome de concurso de pessoas. O Código Penal pátrio (1940) passou a usar esta denominação a partir da reforma de 1984. Antes era utilizada a terminologia “coautoria”, porém observou-se que ela era pouco abrangente, uma vez que coautoria é apenas uma espécie do concurso de pessoas. Passou então a denominar “concurso de agentes”. Esta expressão, ao contrário, se mostrava inadequada por ser extremamente abrangente, pois compreende inclusive fenômenos naturais. A solução mais acertada foi a denominação “concurso de pessoas” (NUCCI, 2010).

Nucci (2010, p. 295) define concurso de pessoas nos seguintes termos: “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”.

Jesus (2010, p. 447) explica que ocorre o concurso de pessoas quando “várias pessoas concorrem para a realização da infração penal”.

Há duas espécies de concurso de pessoas: concurso necessário ou concurso eventual.

Segundo Capez (2011) ocorre o concurso de pessoas necessário quando se trata de crimes plurissubjetivos, ou seja, aqueles que exigem a presença de duas ou mais pessoas para a sua configuração, como por exemplo o crime de quadrilha ou bando, a rixa, o revogado crime de adultério, etc.

Capez (2011) faz uma observação importante no que tange aos crimes de concurso necessário destacando que nestes crimes a coautoria é obrigatória, porém a participação poderá ou não ocorrer. Sendo assim, o concurso de pessoas é necessário com relação à coautoria, mas eventual quando se trata da participação. A diferença entre coautoria e participação veremos mais adiante.

O concurso de pessoas eventual, por sua vez, ocorre naqueles crimes monossubjetivos, crimes estes que podem ser praticados por uma única pessoa ou mais (JESUS, 2010). Capez (2011) ensina que nestes crimes, tanto a coautoria como a participação poderão ou não ocorrer, sendo, portanto, eventuais.

Segundo Bitencourt (2011) para que haja o concurso de pessoas é necessário a concorrência de certos requisitos de caráter objetivo e subjetivo. Vejamos cada um deles:

a) Pluralidade de participantes e de condutas

Para que ocorra o concurso de pessoas é imprescindível que se tenha mais de um agente praticando condutas diversas. Estas condutas, como nos ensina Capez (2011), podem ser todas principais, originando a coautoria ou pode ser uma principal e a(s) outra(s) acessória(s), é o que se chama participação.

Bitencourt (2011, p. 484) explica este requisito nos seguintes termos:

Este é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Embora todos os participantes desejem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o fazem, necessariamente, da mesma forma e nas mesmas condições. Enquanto alguns, segundo Esther Ferraz (*apud*), praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo do tipo, outros limitam-se a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor ou executores praticando atos que, em si mesmos, seriam atípicos. A participação de cada um e de todos contribui para o desdobramento causal do evento e respondem todos pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso.

b) Relevância causal de cada conduta

Cada uma das condutas deve contribuir para a ocorrência do resultado. Deve haver uma relação de causalidade entre a conduta realizada pelo agente e o resultado final, pois se a conduta do agente não teve relevância na produção final, não há que se falar que o mesmo concorreu para o crime.

Capez (2011, p. 371) explica este requisito da seguinte maneira:

Se a conduta não tem relevância causal, isto é, se não contribui em nada para a eclosão do resultado, não pode ser considerado como integrante do concurso de pessoas. Assim, por exemplo, não se pode falar em concurso quando a outra conduta é praticada após a consumação do delito. Se ela não tem relevância causal, então o agente não concorreu para nada, desaparecendo o concurso.

c) Vínculo subjetivo entre os participantes

Segundo Bitencourt (2011) deve haver uma ligação de natureza psicológica entre os concorrentes de uma infração penal, de tal modo que cada um pratique a conduta com o fim de produzir o resultado final. É necessário que todos desejem um fim comum, mesmo que não haja um prévio acordo entre eles. Por este motivo, não há que se falar em participação culposa em crime doloso e vice-versa. Se não houver este vínculo psicológico entre os agentes, ou seja, a vontade de todos em cooperar para um fim comum, suas ações serão consideradas condutas autônomas, isoladas.

Nucci (2010, p. 299) cita o seguinte exemplo para explicar este requisito:

Uma empregada decidindo vingar-se da patroa, deixa propositadamente a porta aberta, para que entre o ladrão. Havendo furto, são colaboradores a empregada e o agente direto da subtração, porque suas vontades se ligam, pretendendo o mesmo resultado, embora nem mesmo se conheçam.

d) Identidade de infração penal

Embora as condutas praticadas pelos participantes da infração penal sejam diferentes, elas se convergem para a produção de um resultado final desejado por todos. Sendo assim, todos que de alguma forma concorrem para a infração penal, respondem por um único crime.

Vale citar aqui a explicação de Bitencourt (2011, p. 485) a este respeito:

Alguém planeja a realização da conduta típica, ao executá-la, enquanto um desvia a atenção da vítima, outro lhe subtrai os pertences e ainda um terceiro encarrega-se de evadir-se do local com o produto do furto. É uma exemplar divisão de trabalho constituída de atividades díspares, convergentes, contudo, a um mesmo objetivo: subtração de coisa alheia móvel. Respondem todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou o próprio concurso na empresa criminosa.

4.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

Existem três teorias a respeito da natureza jurídica do concurso de pessoas. Estas teorias buscam explicar se o fato típico praticado por duas ou mais pessoas constituirá em um

único crime ou vários, considerando que se exige para a configuração do concurso a pluralidade de agentes e a diversidade de condutas.

A primeira teoria que vamos estudar, chamada teoria unitária ou monista, afirma que havendo condutas diversas e pluralidade de agentes na produção de um único resultado típico constituirá um único crime. O que ocorre é uma divisão do trabalho para a consecução de um fim comum. Todos os que concorrem para a produção do resultado final, portanto, respondem por ele, ou seja, todos os participantes da infração penal respondem pelo mesmo crime, independente de ser essa participação de maior ou menor relevância. Bitencourt (2011, p. 482) explica esta teoria nos seguintes termos:

Essa teoria não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o fundamento maior dessa teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal.

Numa outra concepção, a segunda teoria, denominada teoria dualista, ao contrário da monista, diferencia a figura do autor da do partícipe. De acordo com ela, quando ocorre o concurso de pessoas, existem dois crimes: um para o autor, que é aquele que realiza a atividade descrita no tipo legal, ou seja, realiza a ação verbal do tipo, e outro para o partícipe que é aquele que pratica uma conduta acessória que não seja aquela expressa no texto legal. (CAPEZ, 2011). Observa Bitencourt (2011, p. 482) que “apesar dessa concepção dupla, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é menos importante que a do partícipe”.

Existe ainda uma terceira teoria, teoria pluralista, ensinando que cada um dos participantes da infração penal responderá por um crime diferente. Há uma pluralidade de agentes e uma pluralidade de crimes. Jesus (2010, p. 454) usa das seguintes palavras para explicar esta teoria:

Segundo esta doutrina, no concurso de pessoas não ocorre apenas pluralidade de pessoas, mas também de crimes. A cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por um delito próprio. Considera cada um dos participantes como responsável por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado antissocial. É uma teoria subjetiva, ao contrário da unitária que é objetiva.

Via de regra, o Código Penal de 1940 adotou a teoria monista, segundo a qual todos os que concorrem para a infração penal respondem por um único delito. Isto pode ser observado pela norma de extensão contida no artigo 29, *caput*, do referido diploma legal. Este dispositivo é chamado norma de extensão, porque dá o perfeito enquadramento para aquele que cooperou para o cometimento da infração penal realizando uma conduta que não está tipificada na lei. O artigo dita que esta pessoa então deva responder pelo crime do qual tomou parte. Vejamos o que diz o artigo 29 do Código Penal brasileiro (1940):

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

Bitencourt (2011) faz uma inteligente observação no que tange à expressão descrita no texto legal em análise “na medida de sua culpabilidade”, introduzida pela Reforma Penal de 1984, explicando que esta constitui uma exceção à teoria monista, pois diferencia o autor do partícipe, como veremos no trecho abaixo transcrito:

Adotou, como regra, a teoria monista, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida de sua culpabilidade, perfeitamente individualizada. (BITENCOURT, 2011, P. 482/483).

Existem alguns casos no Código Penal (1940) que constituem também exceções à teoria monista e se encaixam na concepção pluralista. Como ensina Jesus (2010) nestes casos há um crime para o autor e outro para o partícipe, constituindo cada um deles delitos autônomos, dispostos em dispositivos separados no Código Penal. Jesus (2010, p. 455) cita o exemplo do aborto descrito no artigo 124 e no artigo 126 do Código Penal (1940), explicando-o nos seguintes termos:

O artigo 124 do CP, em sua segunda parte, descreve o fato de a agente consentir que outro lhe provoque aborto, enquanto o artigo 126 define a conduta de “provocar aborto com o consentimento da gestante”. Se excluirmos o artigo 124, segunda parte, a gestante será partícipe do fato descrito no art 124, segunda parte. Todavia, a lei penal descreve dois crimes distintos quando, pela adoção do princípio unitário, deveria existir crime único.

Concluindo, o Código Penal Brasileiro (1940) adotou como regra a teoria monista. No entanto, aproximou esta teoria da concepção dualista quando colocou no texto legal a expressão “na medida de sua culpabilidade”, pois permite assim a diferenciação da pena conforme a gravidade da participação do agente, como bem explica Bitencourt (2011). E

adotou ainda como exceção, a concepção pluralista em alguns casos expressos, como no exemplo citado anteriormente.

4.3 Autoria, coautoria e participação

Como sabemos o Código Penal de 1940 adotou a teoria monista do concurso de pessoas. Como pode ser observado então, não se vislumbra pela leitura do artigo 29, a diferenciação nítida entre a figura do coautor e do partícipe. Coube, portanto, à doutrina fazer esta separação, a qual foi acolhida pela Reforma Penal de 1984 que introduziu no texto legal a expressão “na medida de sua culpabilidade” no *caput* do artigo 29 *fine*, permitindo assim, que sejam aplicadas penas distintas aos agentes conforme a gravidade de sua conduta quando da prática do delito. Segundo Bitencourt (2011) a partir da referida Reforma, o Código Penal pátrio (1940) passou a adotar uma concepção monista mitigada, pois ela se aproxima da dualista quando permite a distinção entre a coautoria e a participação. De acordo com a doutrina, esta parece ser a posição mais acertada em razão do princípio da individualização da pena, como bem explica Capez (2011).

Passemos agora ao estudo de cada um dos institutos mencionados: autoria, coautoria e participação.

4.3.1 Autoria

Para entender a figura do coautor e do partícipe precisamos primeiro conceituar o autor. Este conceito constitui matéria controvertida na doutrina e comporta três posições.

Existe uma teoria, denominada teoria unitária, que ensina que todos os que concorrem para o crime são considerados autores. Explica Capez (2011, p. 360) que, para esta corrente “autor é todo e qualquer causador do resultado típico, sem distinção”. Fica excluída então, a figura do partícipe.

Esta era a posição adotada pelo Brasil, antes da Reforma Penal de 1984. A partir desta, como já fora dito, não é mais aceita, uma vez que a Legislação Penal pátria permite a fixação de penas diferentes de acordo com a conduta de cada um dos agentes como se extrai da expressão legal “na medida de sua culpabilidade”.

Uma segunda teoria, chamada teoria extensiva, assim como a unitária, não diferencia o autor do partícipe. De acordo com Capez (2011) esta corrente é mais moderada

que a unitária, pois ela admite causas de diminuição de pena conforme a participação do agente na prática delituosa.

A respeito desta posição Bitencourt (2011, p. 487) afirma o seguinte:

Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal ao fato, seja qual for seu conteúdo, com “vontade de autor”, enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente “vontade de partícipe”. O autor quer o fato como “próprio”, age com *animus auctoris*; o partícipe quer o fato como “alheio”, age com *animus socii*.

Bitencourt (2011) explica que o critério usado para se separar o autor do partícipe é puramente subjetivo o que, segundo ele, é um grande inconveniente, pois gera injustiças.

Há ainda a teoria restritiva que é uma teoria objetiva e distingue a autoria da participação. Esta posição foi adotada pelo Código Penal Brasileiro (1940) a partir da Reforma de 1984, atendendo aos apelos da doutrina que vinha presenciando fatos com decisões manifestamente injustas.

Dentro desta teoria do conceito restritivo de autor, a doutrina se divide em três vertentes.

A teoria objetivo formal dita que somente é considerado autor aquele que realiza a conduta descrita no tipo legal, como por exemplo, matar, subtrair, constranger, etc. Enquanto que o partícipe é aquele que pratica outra conduta, sem ser a conduta típica, mas que sirva de causa para a produção do resultado final (CAPEZ, 2011).

Atualmente esta é a posição majoritária. Adepto desta teoria Nucci (2010, p. 296) faz a seguinte argumentação:

Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo-formal, ou seja, coautor é aquele que pratica de algum modo, a figura típica, enquanto que ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime. Conseguir-se com isso, uma clara visão entre dois agentes distintos na realização do tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que apóia de fora, a sua materialização – proporcionando uma melhor análise da culpabilidade. É certo que o juiz pode aplicar penas iguais ao coautor e ao partícipe, bem como pode infligir pena mais severa ao partícipe, desde que seja recomendável.

Segundo a teoria objetivo material autor é aquele que realiza a conduta considerada mais importante para a obtenção do resultado final, independente desta ser a ação nuclear do tipo ou não. Capez (2011, p. 362) faz a seguinte crítica a esta teoria:

Trata-se de critério gerador de insegurança, na medida em que não se sabe, com precisão, o que vem a ser “contribuição objetiva mais importante”. Fica-se na dependência exclusiva daquilo que o intérprete irá considerar relevante. Por esta razão não é adotado.

Para teoria do domínio do fato, “autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias” (CAPEZ, 2011, p. 362). Esta teoria distingue o autor do executor, pois segundo ela o mandante do crime é o autor, mesmo que ele não realize a ação nuclear descrita no tipo, enquanto que quem realiza a figura típica é mero executor (BITENCOURT, 2011).

Bitencourt (2011, p. 488) que comunga desta concepção, a descreve nos seguintes termos:

Nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).

De acordo com Capez (2011) esta teoria não é cabível no que tange ao concurso de pessoas em crime culposo, pois este se caracteriza justamente pelo fato de o agente não pretender e, portanto, não possuir o domínio do resultado final.

Bitencourt (2011) explica que esta teoria contempla perfeitamente o instituto da autoria mediata. Explica o autor que “todo processo de realização da figura típica, segundo esta teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do “homem de trás”, o qual deve ter o absoluto controle sobre o executor do fato. O autor mediato realiza a ação típica através de outrem, que atua sem culpabilidade” (BITENCOURT, 2011, p. 489).

Nucci (2010, p. 300-301) define a autoria mediata da seguinte forma: “Trata-se de uma modalidade de autoria, ocorrendo quando o agente se vale de pessoa não culpável, ou que atua sem dolo ou culpa, para executar o delito”.

Capez (2011, p. 370) usa das seguintes palavras para explicar a autoria mediata:

Autor mediato é aquele que se serve de pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele a conduta típica. Ela é usada como um mero instrumento de atuação como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por esta razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato.

O autor mediato se diferencia do autor intelectual (mandante), porque este usa de pessoa que tem capacidade de entender o que está fazendo, agindo com dolo ou culpa, enquanto que o primeiro usa de pessoa que não tem esse discernimento.

De acordo com Nucci (2010, p. 301) são hipóteses de autoria mediata: “a) valer-se de inimputável; b) coação moral irresistível; c) obediência hierárquica; d) erro de tipo escusável provocado por terceiro; e) erro de proibição escusável provocado por terceiro”.

4.3.2 Coautoria

Segundo Capez (2011, p. 364) ocorre a coautoria quando vários agentes, visando um resultado comum, praticam a conduta principal.

Bitencourt (2011, p. 490) assim conceitua a coautoria:

Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é em última análise a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos, dando o caráter de crime único.

Jesus (2010, p. 452) pontua o seguinte:

Na coautoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o coautor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simples instrumento dos outros.

Como foi visto, coautoria então, nada mais é que a autoria praticada em conjunto. Ocorre quando há mais de um autor no cometimento do crime. Não é necessário que as condutas dos agentes sejam iguais, nem que sejam executórias, bastando que fique configurado uma divisão do trabalho em prol de um fim comum.

4.3.3 Participação em sentido estrito

De acordo com Jesus (2010, p. 453):

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

Bitencourt (2011, p. 491) define a participação da seguinte maneira:

A participação em sentido estrito, como espécie do gênero concurso de pessoas, é a intervenção em fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida.

Capez (2011) cita dois requisitos da participação. São eles: a) a vontade de cooperar com a conduta principal; b) a cooperação efetiva, mediante uma atuação concreta acessória da conduta principal.

De acordo com Capez (2011) a participação pode ocorrer de duas maneiras: moral e material.

A participação moral se traduz nas formas de induzimento e instigação. Segundo Capez (2011, p. 373) induzir é “fazer brotar a idéia no agente” enquanto que instigar é “reforçar uma ideia já existente”. Enquanto que a participação material é o auxílio efetivo na preparação ou execução do delito (CAPEZ, 2011).

Vale lembrar que a participação deve ocorrer antes ou durante a execução do crime, pois ela deve servir de causa para a produção do resultado final. Se a participação se der após a consumação, não há que se falar em concurso de pessoas, mas em crime autônomo (CAPEZ, 2011).

Como ensina Capez (2011) a participação é uma conduta acessória à conduta principal. Somente esta última está prevista na lei, enquanto que a participação não encontra enquadramento legal. Jesus (2010, p.456) explica que “não se pode falar em participação sem que haja um comportamento principal, sem que alguém realize atos de execução de um crime consumado ou tentado”. Sendo assim, como a conduta acessória não tem previsão legal, foi criada a norma de extensão descrita no artigo 29 do Código Penal Brasileiro (1940) que diz que aquele que de qualquer forma concorre para o crime incide em suas penas. Resta saber então o alcance desta acessoriedade, questão esta que tem enfrentado certa polêmica dentro da doutrina, comportando quatro posições.

Há a teoria da acessoriedade mínima, defendendo que para que o partícipe seja punido basta que o mesmo tenha concorrido para um fato típico. Sendo assim, se o partícipe concorreu para um homicídio cometido em legítima defesa, ele responderá pelo delito,

enquanto que o autor será absolvido, uma vez que o fato é típico, mas não ilícito (CAPEZ, 2011).

Outra teoria, chamada teoria da acessoriedade limitada, exige que a conduta principal seja típica e ilícita para que o partícipe seja punido.

Defensor desta teoria, Nucci (2010, p. 297) faz a seguinte argumentação:

O cometimento de um fato típico e antijurídico configura a prática do injusto penal, vale dizer, da conduta penalmente proibida. Por isso, o partícipe somente ingressa no contexto do ilícito, caso sejam preenchidos esses dois requisitos. Não se inclui a culpabilidade, pois esta traz questionamentos de ordem pessoal, muito próprios à análise da situação de cada um dos autores e partícipes, vista individualmente.

Existe ainda a teoria da acessoriedade extrema dizendo que para que o partícipe seja punido é necessário que o fato principal seja típico, ilícito e culpável. Desse modo, o partícipe de um delito praticado por um inimputável não será punido (NUCCI, 2010).

Capez (2011), que comungava da teoria limitada, a partir da 15ª edição passou a adotar a teoria extrema, defendendo que aquele que concorre para um crime praticado por um inimputável, não será partícipe do delito, mas autor direto. Sendo assim, se não há culpabilidade, não há participação e sim autoria mediata. Capez (2011, p. 369) explica sua posição nos seguintes termos:

Quem instiga um louco ou um menor inimputável a executar uma ação típica não é partícipe, mas autor direto e imediato (realiza o verbo por meio de outrem). Assim, se o fato for apenas típico e antijurídico, mas o agente não tiver culpabilidade, não ocorre participação, contrariamente ao que sustenta a acessoriedade limitada: existe é autoria mediata. A participação por conseguinte, necessita da culpabilidade do sujeito ativo, para ser aplicada, exatamente como defende a acessoriedade extremada, pois, do contrário, haverá autoria (mediata) e não a figura do partícipe.

A teoria da hiperacessoriedade, por fim, defende que para que o partícipe seja punido, o fato principal deverá ser típico, ilícito e culpável e ainda incidirá sobre ele todas as circunstâncias agravantes e atenuantes de caráter pessoal existentes em relação ao autor principal (CAPEZ, 2011).

4.3.4 Análise dos parágrafos do artigo 29 do Código Penal (1940)

Como já vimos, o Código Penal Brasileiro (1940) traz uma norma de extensão, descrita em seu artigo 29, que faz com que a participação, que é uma conduta acessória não transcrita no texto da lei, seja enquadrada na figura típica da conduta principal. Sendo assim,

aquele que contribui para o resultado sem realizar a ação verbal prevista no tipo legal, incorre nas penas para ele previstas. A expressão “na medida de sua culpabilidade” descrita na parte final do *caput* do referido dispositivo, foi introduzida pela Reforma Penal de 1984, permitindo que o partícipe receba pena diferente da pena do autor, seja ela mais branda ou mais rigorosa, dependendo da gravidade da sua conduta, como ensina Bitencourt (2011).

A Reforma Penal de 1984 introduziu além da expressão citada, os parágrafos 1º e 2º ao artigo 29 que reitera ainda mais a distinção entre coautor e partícipe, prevendo pena mais branda para aquele que teve uma participação de menor importância na prática delituosa.

O parágrafo 1º do artigo 29 do Código Penal (1940) reza que:

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

Observa-se pela leitura do dispositivo em comento que é prevista uma causa de diminuição da pena para aquele que teve uma participação de pouca relevância na obtenção do resultado final. Sendo causa de diminuição, a pena poderá ser aplicada abaixo do mínimo legal. A este respeito pronuncia Nucci (2010, p. 299): “Assim, o partícipe que pouco tomou parte na prática criminosa, colaborando minimamente, deve receber a pena diminuída de um sexto a um terço, o que significa a possibilidade de romper o mínimo legal da pena prevista em abstrato”.

O parágrafo 2º reza o seguinte:

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

Vale citar aqui o exemplo de Nucci (2010, p.299/300) que bem explica esse dispositivo:

Quando um sujeito coloca-se no quintal de uma casa, vigiando o local, para que outros invadam o lugar, subtraindo bens, quer auxiliar o cometimento de crime de furto. Se, dentro do domicílio, inadvertidamente, surge o dono da casa, que é morto pelos invasores não deve o vigilante, que ficou fora da casa, responder igualmente por latrocínio. Trata-se de uma cooperação dolosamente distinta: um quis cometer o delito de furto, crendo que o dono da casa estava viajando, e, portanto, jamais haveria emprego de violência; os outros, que ingressaram no domicílio e mataram o proprietário, evoluíram na idéia criminosa sozinhos, passando do furto para o latrocínio. A cada um deve ser aplicada a pena justa.

Nota-se que, neste caso, os concorrentes responderão por crimes distintos. Se, no entanto, o crime mais grave for previsível, o agente que praticou crime menos grave

responderá por este com a pena aumentada da metade. Se, no exemplo acima, o latrocínio fosse previsível, o vigilante responderia por furto com a pena aumentada da metade (NUCCI, 2010).

4.3.5 Concurso de pessoas em crime culposo

A doutrina brasileira é unânime em admitir a coautoria em crime culposo, mas não a participação. Nucci (2010) afirma que aquele que auxiliou, induziu ou instigou alguém a ser imprudente, imperito ou negligente, também o será, sendo, portanto, coautor do crime culposo e não partícipe. Bitencourt (2011, p. 497) explica o seguinte:

Pode existir na verdade um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores.

Nucci (2010, p. 301) cita o seguinte exemplo: “Se A instiga B a desenvolver velocidade incompatível com seu veículo próximo a uma escola. Caso haja um atropelamento, responde A e B como coautores de um crime culposo”.

Jesus (2010) explica que sendo o crime culposo um tipo aberto composto de imprudência, negligência e imperícia, toda conduta que descumpra o dever de cuidado é considerada típica. Por este motivo, não há que se falar em participação em crime culposo.

4.4 Comunicabilidade e incomunicabilidade de circunstâncias, condições de caráter pessoal e elementares

Analisaremos aqui a regra contida no artigo 30 do Código Penal (1940) que diz respeito à comunicabilidade e incomunicabilidade de circunstâncias e elementares, assunto este de fundamental importância para o tema do presente estudo, uma vez que a polêmica em razão do concurso de pessoas no infanticídio gira em torno deste dispositivo.

Assim dispõe o artigo 30 do Código Penal brasileiro (1940):

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

Passemos à análise de alguns conceitos importantes.

4.4.1 Circunstâncias

Bitencourt (2011, p. 503) define circunstâncias nos seguintes termos: “São dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir contudo, para aumentar ou diminuir sua gravidade”.

De acordo com Jesus (2010, p. 480) “circunstâncias são dados acessórios (acidentais) que, agregados ao crime, têm função de aumentar ou diminuir a pena”.

Para Capez (2011, p. 379):

Circunstâncias são dados acessórios, não fundamentais para a existência da figura típica, que ficam a ela agregados, com a função de influenciar na pena. Como o próprio nome diz, apenas circundam o crime, não integrando sua essência. Dessa forma, sua exclusão não interfere na existência da infração penal, mas apenas a torna mais ou menos grave.

Concluindo, circunstâncias são situações que não integram o fato típico, mas se agregam a ele, influenciando na aplicação da pena. Sendo assim, se desaparece a circunstância, o fato típico continua o mesmo, pois ela só servirá para agravá-lo ou atenuá-lo.

As circunstâncias podem ser subjetivas ou objetivas.

As circunstâncias subjetivas são aquelas que dizem respeito ao agente e não ao fato. Segundo Jesus (2010, p. 481) circunstâncias subjetivas “são as que só dizem respeito com a pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes”.

Nucci (2010, p.305) diferencia circunstância de caráter pessoal de condição de caráter pessoal. Segundo ele, circunstância de caráter pessoal “é a situação ou particularidade que envolve o agente, sem constituir elemento inerente à sua pessoa”. O autor cita como exemplo o motivo fútil e o motivo torpe. Enquanto que condição de caráter pessoal “é o modo de ser ou a qualidade inerente à pessoa humana”. Exemplo: a menoridade e a reincidência.

As circunstâncias objetivas, de acordo com Jesus (2010, p. 481) “são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima”. Bitencourt (2011, p. 503) as definem como sendo “as que dizem respeito ao fato objetivamente considerado, à qualidade e condições da vítima, ao tempo, lugar, modo e meios de execução do crime”.

4.4.2 Elementares

As elementares são dados que integram a figura típica, sem os quais esta desaparece.

Capez (2010, p. 380) define as elementares da seguinte maneira:

Provêm de elemento, que significa componente básico, essencial, fundamental, configurando assim todos os dados fundamentais para a existência da figura típica, sem os quais esta desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma em outra (atipicidade relativa).

Segundo Jesus (2010, p. 481) “elementares são os elementos típicos do crime, dados que integram a definição da infração penal”.

4.4.3 Comunicabilidade e incomunicabilidade

Analisaremos o artigo 30 do Código Penal (1940), explicando quando que as circunstâncias, condições de caráter pessoal e elementares se transmitirão aos coautores ou partícipes da infração penal. O referido dispositivo deve ser interpretado à luz do artigo 29, *caput, fine*, do Código Penal que dispõe que a pena deve ser individual, ou seja, medida segundo a culpabilidade de cada um.

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

Em relação às circunstâncias subjetivas e às condições de caráter pessoal, estas não se comunicam aos coautores ou partícipes do delito, independente se eles tinham ou não conhecimento das mesmas (CAPEZ, 2011). Se, por exemplo, um dos agentes é menor de 21 anos, sendo esta uma situação que atenua a pena, esta condição, em nenhuma hipótese, se estenderá ao outro agente que tem idade superior.

No que tange às circunstâncias objetivas, elas se comunicam aos coautores e partícipes, desde que eles tenham conhecimento da existência das mesmas. A este respeito, Jesus (2010, p. 484) tece o seguinte comentário:

É esse o princípio a ser seguido: as circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe 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 partícipe se não houve 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 Código Penal), a agravação não alcança o partícipe senão quando (em relação a ela) tiver agido, pelo menos, culposamente.

Do mesmo modo, as elementares do tipo se comunicam, desde que tenham entrado na esfera de conhecimento do coautor ou partícipe do delito. Ensina Jesus (2010) que isso decorre do requisito da identidade de infração para todos os participantes, pois as elementares integram o tipo legal e, portanto, caso não se comunicassem ao coautor ou partícipe haveria quebra da teoria monista adotada pelo Código Penal Brasileiro (1940).

5 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Nos capítulos anteriores discorremos sobre o crime de infanticídio e seus componentes, das regras gerais atinentes ao concurso de pessoas e da comunicabilidade de circunstâncias, condições e elementares. O estudo sistemático destes assuntos constitui a base para a discussão que faremos no presente capítulo que tem como foco o tema desta monografia propriamente dito.

Com a bagagem adquirida até então teremos maior segurança e um olhar mais crítico para analisar e discutir o tema proposto. A questão é complexa, pois envolve aspectos subjetivos, aspectos legais e também aspectos sociais que a todo momento encontram obstáculo na própria lei, nos princípios, nos valores sociais e no bom senso.

Analisaremos neste capítulo as posições doutrinárias pertinentes ao assunto, as situações que podem ocorrer e as possíveis soluções legislativas que poderiam colocar fim à discussão.

5.1 Comunicabilidade da Elementar Estado Puerperal

Como foi discutido, o crime de infanticídio exige requisitos próprios para sua configuração, quais sejam, ser o crime praticado pela mãe contra o próprio filho nascente ou recém-nascido, durante o parto ou logo depois, sob a influência do estado puerperal (NUCCI, 2010). Vimos ainda que o crime previsto no artigo 123 do Código Penal (1940) possui o mesmo núcleo do delito disposto no artigo 121 do mesmo diploma legal. Ambos descrevem a conduta de matar. Ocorre, no entanto, que o primeiro tem uma sanção mais branda que a prevista para o último, em razão dos elementos especiais que o caracterizam, como pode ser observado pela leitura dos dispositivos em comento. Trata o crime de infanticídio de um privilégio, concedido pelo legislador à mãe que na constância do estado puerperal chega ao extremo de matar seu próprio filho, por entender que a agente deste delito não age livremente, mas influenciada por alterações físicas e emocionais decorrentes do período, fazendo, portanto, jus ao benefício, como bem explica Nucci (2010). Devemos recordar também que é o infanticídio um crime próprio, pois só pode ser cometido pela mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal (BITENCOURT, 2010). Entretanto, existe a possibilidade de um terceiro concorrer para o delito, seja prestando mero auxílio à agente ou até mesmo praticando atos executórios. A questão ora proposta gira em torno da punibilidade deste

terceiro, que não se enquadra no perfil exigido pelo tipo legal: deverá ele responder por infanticídio que prevê sanções mais brandas ou por homicídio com sanções mais rigorosas?

Há uma corrente, defendida por Capez (2011), Bitencourt (2010), Jesus (2010), Nucci (2010), entre outros, que entende que o terceiro que concorre para o crime de infanticídio, seja como coautor ou partícipe, deve responder por este crime, em razão da teoria monista, consagrada no artigo 29 do Código Penal brasileiro (1940). Dizem que, caso contrário, haveria a quebra da unidade do delito. Encontram apoio ainda no artigo 30 também do Código Penal (1940) que serve como complemento ao artigo 29, pois permite a comunicabilidade das elementares em respeito ao princípio unitário do crime. É exatamente este o ponto controvertido na doutrina brasileira: a comunicabilidade do estado puerperal. A questão que se coloca é a seguinte: Sendo o estado puerperal uma situação que só pode acometer a puérpera tendo, pois, um caráter pessoal, deveria esta situação se comunicar ao terceiro que concorre para o delito, levando este a se beneficiar com a pena privilegiada do infanticídio ou, por ter esta característica de pessoalidade, não seria uma situação comunicável, devendo este terceiro responder por homicídio?

Antes de conhecer as opiniões doutrinárias acerca desta questão, analisemos o artigo 29 e o artigo 30 ambos do Código Penal Brasileiro (1940):

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

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

Os adeptos desta doutrina que defende a comunicabilidade, explicam que o estado puerperal constitui uma elementar típica do crime de infanticídio, pois ele integra o tipo legal, sendo que sua ausência descaracteriza o delito. Por este motivo se posicionam a favor da comunicabilidade desta condição por força do artigo 30 supracitado que faz uma ressalva ao final, permitindo a comunicabilidade das elementares do tipo. Jesus (2010, p. 488) argumenta o seguinte:

É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio. De acordo com o que dispõe o artigo 30, “não se comunicam as circunstâncias e 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.

Neste mesmo sentido se pronuncia Bittencourt (2010, p. 152):

Ninguém discute o fato de que a “influência do estado puerperal” constitui uma elementar típica do infanticídio. Pois é exatamente essa unanimidade sobre a natureza dessa circunstância pessoal que torna estéril e sem sentido a discussão sobre sua comunicabilidade. Como elementar do tipo, ela se comunica, e o terceiro que contribuir com a parturiente na morte de seu filho nas condições descritas no artigo 123, concorrerá para a prática do crime de infanticídio e não de homicídio, como sugeria Hungria.

Capez (2011, p. 382) também se posiciona a favor da comunicabilidade da elementar estado puerperal dizendo o seguinte: “Todos os componentes do tipo, inclusive o estado puerperal, são, portanto elementares desse crime. Assim, em regra, comunicam-se ao coautor ou partícipe, salvo se ele desconhecia a sua existência, evitando-se a responsabilidade objetiva”.

Há, no entanto, opiniões que apontam para a incomunicabilidade do estado puerperal ao coautor ou partícipe do delito do artigo 123. Os autores que comungam desta opinião, que tinha como principal defensor o doutrinador Hungria (1978), afirmam ser o estado puerperal uma condição de natureza personalíssima não comunicável ao terceiro concorrente, independente desta ser elementar do tipo. Desse modo fica afastada a aplicação do artigo 30 (antigo artigo 26) do Código Penal brasileiro (1940). Hungria (1978, p. 437) explicava sua tese nos seguintes termos:

Deve notar-se, porém, que a ressalva do artigo 26 não abrange as condições personalíssimas que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas em um *privilegium* em favor da pessoa a que concernem. São conceitualmente inextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o beneficiário, a unidade do título do crime. Assim, a “influência do estado puerperal” no infanticídio e a *causa honoris* no crime do artigo 134: embora elementares, não se comunicam aos cooperadores, que responderão pelo tipo comum do crime (isto é, sem o *privilegium*).

Fragoso (1978, p. 542) também defendia a incomunicabilidade do estado puerperal ao concorrente, explicando o seguinte:

Sempre entendemos que era correta a lição de Hungria, pois nos parece evidente que um crime privilegiado em virtude de diminuição da imputabilidade não pode ser praticado por quem não apresenta essa especial condição personalíssima. Essa é uma daquelas situações que não se resolvem com a lógica do sistema, ou com o que Jescheck chama de “automatismo dos conceitos teóricos”.

Em consequência, o estranho que participa no infanticídio pratica o crime de homicídio. A solução é a mesma, e com maior soma de razões, se o estranho pratica atos de execução. Se a mulher parturiente, neste último caso, pratica apenas atos de participação cometerá o crime do artigo 123 CP, e não homicídio, desde que tenha atuado sob a influência do estado puerperal.

Jesus (2010) fez uma crítica a este posicionamento, argumentando que a circunstância personalíssima preconizada pelos defensores da incomunicabilidade não é

prevista em lei, sendo, portanto, uma criação dos mesmos. Por este motivo, afirma que esta não pode ser admitida.

Neste mesmo sentido, Bitencourt (2010, p. 152) tece o seguinte comentário:

Essa conhecida controvérsia ganhou um argumento *sui generis* patrocinado por Néelson 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.

Hungria (1979) sustentou convictamente esta posição durante muito tempo. Porém, na quinta edição de sua obra mudou de opinião, passando a adotar o ponto de vista da comunicabilidade. Para tanto, fez o seguinte pronunciamento:

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 (artigo 26) é irrestrita (...) ao passo que perante o Código pátrio (também artigo 26) [atual artigo 30] é feita uma ressalva: 'salvo quando elementares do crime'. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio. (HUNGRIA, 1979, p. 266)

Assim como Hungria (1979), Fragoso (1978) também mudou seu posicionamento, passando a aceitar a comunicabilidade da elementar estado puerperal ao terceiro que coopera para o delito em tela.

Ainda existe uma terceira corrente, patrocinada por Silveira (1973) *apud* Jesus (2010), que defende que aquele que concorre para o crime de infanticídio só deverá responder por este se sua participação for meramente acessória. Caso o concorrente pratique atos executórios descritos na figura típica, deverá responder por homicídio e não infanticídio. Jesus (2000, p. 112) tece a seguinte crítica com relação a esta posição:

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. De outra forma, haveria soluções díspares.

Atualmente a doutrina é amplamente majoritária no sentido da comunicabilidade do estado puerperal ao coautor ou partícipe do delito do artigo 123, devendo estes serem considerados, portanto, infanticidas e não homicidas. Entretanto, os adeptos desta corrente afirmam categoricamente, que esta é uma solução injusta que provém da lei, não restando,

pois, outra alternativa senão uma alteração legislativa a fim de corrigi-la, como preceitua Jesus (2010).

A seguir analisaremos profundamente as situações que podem ocorrer quando da prática do crime de infanticídio em concurso, pontuando as diversas possibilidades à luz das teorias já estudadas.

5.2 Análise das posições doutrinárias

O concurso de pessoas no crime de infanticídio pode ocorrer de três maneiras. Analisaremos cada uma dessas hipóteses e as conseqüências delas decorrentes conforme as posições doutrinárias existentes.

a) Mãe e terceiro praticam a conduta descrita no tipo legal

Esta primeira hipótese se trata de coautoria, pois os dois praticam atos executórios descritos na figura típica, sendo, portanto, coautores do crime. Pergunta-se então de qual crime mãe e terceiro são coautores: infanticídio ou homicídio? Uma vez presentes as elementares do delito de infanticídio, a mãe, que se enquadra perfeitamente no perfil exigido pelo tipo, deve responder pelo referido delito, como pontua Bitencourt (2010). Com relação ao terceiro, como já foi dito, a questão é controvertida, pois ele não se encaixa no perfil exigido pela descrição típica deste crime.

Para os defensores da comunicabilidade da elementar estado puerperal, no caso em estudo, o terceiro deve responder por infanticídio, assim como a mãe. Baseiam esta posição na teoria monista preconizada pelo artigo 29 do Código Penal pátrio (1940), que dispõe que todos aqueles que concorrem para a infração penal devem responder por um único delito, e também no artigo 30 do mesmo diploma legal que, como já estudado, faz uma ressalva permitindo a comunicabilidade de elementares típicas, no caso em tela, a elementar estado puerperal. Jesus (2010) explica que se o infanticídio for tomado como fato, não pode o terceiro ser punido por crime diverso, pois, se assim fosse, haveria ofensa ao princípio unitário adotado pelo Código Penal brasileiro (1940). Ensina ainda que se fosse tomado como fato o homicídio, na mesma linha de raciocínio, ambos responderiam por este crime, o que seria um contra-senso, pois se a mãe realizasse a conduta sozinha teria uma pena mais branda e se o fizesse junto com outra pessoa responderia por crime mais grave com pena mais rigorosa, além disso, afastaria o benefício concedido pela lei à autora que age em condições mentais prejudicadas.

Bitencourt (2010, p. 153) também comunga desta orientação:

Ora, ante a presença das elementares, sob a influência do estado puerperal e durante ou logo após o parto, inegavelmente a conduta da mãe vem, adequar-se a figura típica do infanticídio; e, nessas circunstâncias, ante a comunicabilidade das elementares, determinadas pelo artigo 30 do Código Penal, o terceiro beneficia-se desse *privilegium* por meio da norma extensiva da coautoria, sob pena de violar-se o princípio da teoria monística, adotada pelo Código Penal brasileiro. *De lege lata*, essa é a solução técnico-jurídica, a despeito de sua injustiça social.

Apesar de se posicionar a favor da comunicabilidade, Bitencourt (2010) defende uma tese que leva em consideração a intenção do terceiro que, dependendo desta, poderá responder por homicídio. Segundo o autor, pode ocorrer de o terceiro pretender matar a criança e, para isso, se utilizar da mãe que se encontra mentalmente perturbada em razão da fase em que está envolvida. O terceiro, neste caso, diz, age com dolo de homicídio e a mãe lhe serve de instrumento para a realização do fato, configurando, por este motivo, um dolo qualificado. Defensor da teoria do domínio final do fato do conceito de autor, Bitencourt (2010) afirma ser o terceiro o autor na situação em análise, uma vez que este tinha o domínio do fato, restando à mãe uma posição secundária, motivo pelo qual fica configurado o crime de homicídio e não infanticídio. O terceiro, segundo ele, deve então responder pelo crime do artigo 121 e a mãe, para não haver violação do princípio unitário, responderá também por este delito, porém, com a pena reduzida pelo parágrafo único do artigo 26 do Código Penal (1940), uma vez que ela se encontra sem condições de “entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento”. No caso, o estado puerperal funcionaria como causa de diminuição da pena e não como elementar típica. Nas palavras de Bitencourt (2010, p. 154):

Nesse caso, sugerimos que o terceiro responda normalmente pelo crime de homicídio, que foi o crime que efetivamente praticou. Já a parturiente, em razão do seu estado emocional profundamente perturbado pelos efeitos do puerpério, não pode ter sua situação agravada. Logo, não pode responder pelo homicídio a que responde o terceiro. Mas não estamos defendendo a violação da unidade da ação, não. Apenas sustentamos, nessa hipótese, que a influência do estado puerperal seja considerada como uma especialíssima causa de diminuição da pena. E assim, em vez de a puérpera ser prejudicada, será beneficiada com a aplicação do parágrafo único do artigo 26, que autoriza a redução de um a dois terços da pena aplicada.

Nucci (2010, p. 307) faz uma crítica à posição adotada por Bitencourt (2011) dizendo o seguinte:

Ora, trata-se, ainda que com eufemismo, de quebra da unidade do delito. Não houve homicídio, com participação de pessoa perturbada (no caso a mãe). A circunstância especial de perturbação da saúde mental está prevista em um tipo penal especial, que deve ser aplicado, goste-se ou não da solução, entenda-se ou não ser ela injusta. Logo, se ocorreu um infanticídio, por expressa aplicação da comunicabilidade prevista no artigo 30, outra não é a solução senão ambos punidos por infanticídio.

Aqueles que se posicionam no sentido da incomunicabilidade do estado puerperal, afirmam que, na situação em análise, a mãe deve responder por infanticídio e o terceiro por homicídio. Argumentam, como já dissemos, que o estado puerperal é uma circunstância de caráter personalíssimo, uma vez que é exclusivo da puérpera, sendo, por este motivo, incomunicável ao coautor do delito. Segundo Hungria (1978) *apud* Jesus (2010, p. 489):

Trata-se de um delito “personalíssimo” em que a condição “sob a influência do estado puerperal” é incomunicável. Não tem aplicação aqui a norma do artigo 26, sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime... o partícipe (instigador, auxiliar ou coexecutor material) do infanticídio responderá por homicídio.

Alguns autores, como Jesus (2010), criticam esta teoria dizendo sê-la inaplicável, uma vez que não existe no ordenamento jurídico as circunstâncias personalíssimas preconizadas por seus defensores.

b) A mãe mata o filho e o terceiro tem uma participação meramente acessória

Neste caso, a mãe é a autora principal e o terceiro, partícipe do delito.

Para os defensores da comunicabilidade, a mãe (autora principal) e o partícipe devem responder por infanticídio. Nas palavras de Capez (2011, p. 382):

Mãe é autora de infanticídio, e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que, assim, responde também por ele. Somente no caso de o terceiro desconhecer alguma elementar é que responderá por homicídio. A “circunstância” de caráter pessoal (estado puerperal) comunica-se ao partícipe justamente porque não é circunstância, mas elementar.

Os que defendem a incomunicabilidade afirmam que a mãe deverá responder por infanticídio e o terceiro (partícipe) por homicídio sob os mesmos argumentos da situação anterior.

Existe ainda uma corrente mista que afirma que, neste caso, o terceiro deve responder por infanticídio, uma vez que teve uma participação acessória. Se praticasse atos executórios, no entanto, responderia por homicídio. Esta corrente, desse modo, admite somente a participação no crime de infanticídio, rechaçando, pois, a coautoria. É esta a lição de Silveira (1973) *apud* Jesus (2010, p. 489) que diz: “É evidente que a participação há de ter caráter meramente acessório, caso contrário o partícipe terá praticado um homicídio”.

c) O terceiro mata a criança com a participação meramente acessória da mãe

Nesta situação o terceiro é o autor principal e a mãe é partícipe do crime. Neste caso, o fato constitui crime de homicídio ou infanticídio? Esta situação é complexa, pois a lógica fere o bom senso. Variadas são as posições encontradas a respeito desta situação.

Jesus (2000) afirma que este fato não pode ser tomado como homicídio, pois haveria um contra-senso, visto que se a mãe praticasse a conduta principal descrita na figura típica ela responderia por um crime menos grave (infanticídio) e, colaborando para o fato de maneira acessória responderia por delito mais grave (homicídio). Sendo assim, diz, ambos devem responder por infanticídio, sob o argumento de não violar a unidade do crime. Nas palavras de Jesus (2000, 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 artigo 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 infanticídio.

Bitencourt (2010) não comunga da orientação de Jesus (2010). Ensina o autor que no caso em análise o fato constitui homicídio, pois o acessório segue o principal. Critica a posição de Jesus (2010) afirmando que o mesmo inverte esta ordem, pois sendo este fato tomado como infanticídio, o principal estaria seguindo o acessório. Bitencourt (2010) diz respeitar a teoria monística adotada pelo Código Penal pátrio (1940), mas mostra que a mesma é mitigada quando diferencia a autoria da participação e ainda, quando permite graus de diferenciados de participação. O autor sustenta que na situação ora discutida, o terceiro deve responder por homicídio e a mãe por infanticídio baseado no § 2º do artigo 29 do Código Penal (1940) que trata da participação dolosamente distinta. Para tanto, tece os seguintes argumentos:

Assim, embora o fato principal praticado pelo terceiro configure o crime de homicídio certamente a mãe puerpera “quis participar de crime menos grave”, como prevê o § 2º do artigo 29. Por isso, à luz do disposto nesse dispositivo, há desvio subjetivo de condutas, devendo a partícipe responder por 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 artigo 30, que afirma textualmente que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal”, pois, o estado puerperal, na hipótese de simples partícipe, será elementar do tipo (aí comunicável) somente quando a própria mãe for autora (ou coautora) da morte do próprio filho. (BITENCOURT, 2010, p. 156)

Nucci (2010, p. 307) não compartilha da opinião de Bitencourt (2010) dizendo o seguinte:

Olvida-se, nessa tese, que a vontade de matar é exatamente a mesma e que o infanticídio é apenas uma forma privilegiada de homicídio, como, aliás, já alertava Frederico Marques. Logo, tanto o estranho quanto a mãe querem “matar alguém”. O

delito somente se torna unitariamente (pela teoria adotada pelo Código Penal, que não pode ser rompida por desejo de correção de injustiça) considerado em face da circunstância de estar a mãe envolvida pelo estado puerperal, após o nascimento de seu filho. É nitidamente incabível o § 2º do artigo 29, tendo em vista ser este a figura da cooperação dolosamente distinta. Aliás, não nos parece nem um pouco correta a idéia de que o dolo deve envolver o elemento “estado puerperal”, pois trata-se de situação de perturbação psíquica, logo, subjetiva, tanto quanto é o dolo (elemento subjetivo do crime).

A orientação de Nucci (2010) no caso em tela é de que ambos respondam por infanticídio.

A respeito da situação em análise, Capez (2011) defende a idéia de que o fato constitui homicídio devendo o terceiro responder por este crime. A mãe, como partícipe do crime previsto no artigo 121, deveria responder por este, de acordo com o que propõe o Código Penal (1940) em seu artigo 29. Porém, não é esta a solução mais adequada, visto que haveria aí uma incoerência: se a mãe age como autora do delito ela responderia por crime menos grave e sendo partícipe sua situação seria agravada. Segundo o autor, deve a mãe, no caso, responder por infanticídio e o terceiro por homicídio.

5.3 Possíveis soluções

Como vimos, a questão da punibilidade do terceiro que concorre para o crime de infanticídio, está longe de ser pacificada.

Apesar da doutrina se posicionar majoritariamente no sentido da comunicabilidade, afirmando que ao terceiro deve ser imputado o delito de infanticídio, os autores concordam que, embora seja esta a solução que decorre da lei, não é a que se mostra mais justa e propõe, portanto, modificações legislativas com o fim de adequar a lei a esta concepção de justiça.

Jesus (2010) sugere que o delito de infanticídio deixe de constituir um crime autônomo e passe a ser considerado uma forma privilegiada de homicídio. Segundo o autor, deveria ser adicionado um parágrafo ao artigo 121 com a descrição do infanticídio tal como ele se encontra hoje descrito no artigo 123. Dessa maneira, o estado puerperal não seria mais elementar do crime, mas circunstância pessoal. Sendo assim, a mãe responderia pelo homicídio privilegiado com pena mais branda e o terceiro responderia por homicídio simples ou outra forma, pois, sendo o estado puerperal circunstância pessoal, não se comunicaria ao terceiro, evitando assim que o mesmo fosse beneficiado com um privilégio imerecido.

Vários autores comungam desta orientação como Bitencourt (2010), Capez (2011), Fragoso (1979), entre outros.

Nucci (2010, p. 307) propõe que seja criada uma “exceção pluralística à teoria monista”. Neste caso, haveria por disposição expressa na lei, um crime para a puérpera e outro para o terceiro, como ocorre, por exemplo, com o aborto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto, a questão da punibilidade do coautor ou partícipe no crime de infanticídio comporta várias posições que variam conforme a situação em que ocorre o delito. Todas estas vertentes visam corrigir ou, ao menos, amenizar uma deficiência que provém da lei.

Observando os valores sociais, temos que, no caso em estudo, o que se encaixa melhor ao senso de justiça da sociedade é no sentido de o terceiro responder por homicídio, em razão de o mesmo estar livre da influência do estado puerperal, situação esta exigida pelo tipo legal. Desta forma, não parece “justo” que este terceiro, que cometeu um crime de alta repugnância social, se beneficie de um privilégio imerecido. Esta concepção de justiça se molda ao princípio da individualização da pena, consagrado em nossa legislação e embutido também nos valores morais das pessoas. De acordo com este princípio, a pena deve ser aplicada individualmente, observando as características pessoais do agente, a situação em que este se encontra, as circunstâncias em que ocorreu o crime, entre outros fatores. Aplicando este princípio ao caso em análise temos que à mãe, que sofre com as alterações psicofisiológicas decorrentes do estado puerperal, deve ser aplicada a pena privilegiada, enquanto que ao terceiro, que está livre de tais perturbações, deve ser aplicada a pena do homicídio simples ou qualificado. Esta parece ser a solução que atende ao bom senso e aos valores sociais, porém não é exatamente esta a solução que decorre da lei.

Sabe-se que as leis são feitas por seres humanos, portanto, passíveis de falhas. Por este motivo, muitas vezes nos deparamos com situações não abarcadas pela lei, ficando, pois, uma lacuna. É o que ocorre na situação em estudo. Desta forma, os estudiosos e profissionais do direito, no que diz respeito ao caso em tela, se veem entre dois caminhos: o caminho ditado pela lei e o que parece mais justo.

Apesar dos adeptos da corrente majoritária defenderem a comunicabilidade do estado puerperal ao terceiro, em razão de ser esta situação uma elementar do tipo, eles entendem que esta não é a solução mais acertada, embora seja a que a lei prescreve. E, seguindo nesta linha de raciocínio, os defensores desta teoria se encontram mergulhados em um outro embate quando ocorre de o terceiro ser o autor e a mãe que está sob a influência do estado puerperal, partícipe. Neste caso, o que se tem, analisando sob a lógica da situação, é que o terceiro cometeu homicídio e a mãe é partícipe deste crime, o que seria um contra-senso, pois a pena aplicada à mãe seria maior do que se ela tivesse executado o crime. Os doutrinadores então tentam encontrar soluções que atendam ao bom senso e, ao mesmo

tempo, não firam a lei. Alguns entendem pela aplicação do artigo 26 do Código Penal (1940), outros discordam, entre outras posições que já estudamos.

De outro lado estão os defensores da incomunicabilidade do estado puerperal ao terceiro, propondo que este deva responder por homicídio e a mãe por infanticídio. Como foi visto, eles entendem que o estado puerperal é condição personalíssima e, por isso, é incomunicável. Ocorre que esta condição personalíssima não existe no ordenamento jurídico, não podendo, pois, ser aceita. Desse modo, a solução, embora pareça a mais justa, não encontra embasamento legal.

Como pode ser visto, os doutrinadores vêm se desdobrando para apresentar soluções plausíveis para o caso em estudo, mas a todo momento encontram obstáculo ora na lei, ora nos valores sociais. É uma questão intrigante que dificilmente estará pacificada na doutrina e, por este motivo, deveria receber maior atenção por parte dos nossos legisladores no sentido de se fazer uma alteração legislativa com o fim de preencher esta lacuna que tem sido alvo de tantas dúvidas por parte dos profissionais do direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940. In: **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

BRASIL. Casa Civil. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 09 out. 2011.

_____. Senado Federal. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 09 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5 *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. **Direito Penal: parte especial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

LEVENE, Ricardo. El delito de homicídio. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1970 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. Crimes contra a pessoa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973 *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

