



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC

Suely Martins do Vale

INFANTICÍDIO

Juiz de fora

2010

Suely Martins do Vale

INFANTÍCIDIO

Monografia apresentada ao curso de
Direito das Faculdades Integradas
UNIPAC fundação Presidente
Antônio Carlos como requisito
parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Besnier Villar

Juiz de fora

2010

Suely Martins do Vale

INFANTÍDIO

Monografia de Conclusão de Curso
submetida ao curso de Direito das
Faculdades Integradas Unipac
fundação Presidente Antônio Carlos
como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em
Direito e aprovada pela seguinte
banca examinadora:

Prof: Besnier Villar (Orientador)
Faculdades Integradas Unipac

Prof. _____(Examinador)
Faculdades Integradas Unipac

Prof. _____(Examinador)
Faculdades Integradas Unipac

Juiz de Fora

2010

Agradecimentos

Agradeço à Deus por essa oportunidade, minha família pelo apoio, aos professores pela paciência desprendida em me ensinar e a esclarecer todas as dúvidas, aos amigos de longa data, e aos que fiz durante essa caminhada.

“A vitalidade não se revela apenas na capacidade de persistir, mas também na de começar tudo de novo.”

([Desconhecido](#))

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. ETIOPATOGENIA E PERÍCIA MÉDICO-LEGAL.....	4
3. CONCEITO E OBJETIVIDADE JURÍDICA.....	7
4. SUJEITO ATIVO/PASSIVO	9
5. TIPO OBJETIVO	9
6. ELEMENTO SUBJETIVO	9
7. DISTINÇÕES ENTRE NATIMORTO, FETO NASCENTE, INFANTE NASCIDO E RECÉM-NASCIDO	12
8. PROVAS DE VIDA EXTRA-UTERINA.....	13
9. INFANTICÍDIO COMO UMA ESPÉCIE DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO	14
10. ANÁLISE ENTRE INFANTICÍDIO E ABORTO	17
11. CONCURSO DE PESSOAS NO DELITO DE INFANTICÍDIO.....	19
12. COMUNICABILIDADE NOS CRIMES PRÓPRIOS	25
13. CONCLUSÃO.....	28
14. BIBLIOGRAFIA	30

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo, analisar o crime de infanticídio e suas peculiaridades, buscando entender e criticar o Código Penal Brasileiro pela forma que trata tal crime, propiciando no decorrer desse trabalho um estudo doutrinário acerca desse tipo penal, incluindo o conceito nos seus aspectos históricos, etiopatologia e perícia médico-legal. Analisando a discussão que envolve a comunicabilidade do estado puerperal do co-autor e do partícipe.

O presente trabalho, busca clarear o tipo penal de infanticídio, trazendo conceitos que tem por escopo explicar os verbetes que compõem o artigo 123 do CPB, bem como também as reais circunstâncias que levam o legislador a privilegiar este crime.

Infanticídio, é derivado do latim, *infanticidium*, de *infanticida* (que mata seu filho), exprime a morte do filho provocada pela própria mãe.

Mas, na conceituação jurídica, o infanticídio não é posto no sentido literal, segundo sua origem *infans* (infante) e *caedere* (matar).

É morte do infante, durante o parto ou logo após, provocada pela parturiente. Assim o define a lei brasileira. Para os comentaristas, o logo após significa enquanto perdura o estado puerperal (puerpério – *puer*, menino; *parere*, esperar), ou seja, o período que se faz necessário para que a mulher retorne a seu estado normal. Se morto por outrem, que não a própria mãe, é qualificado como homicídio. E se este pela própria mãe, além dos limites legalmente prefixados, é feticídio.

Percebe-se, portanto, que houve alteração radical do conceito do crime, quando em vez de, segundo a lei anterior, adotar o sistema psicológico, fundado no motivo de honra (*honoris causa*), que é o temor à vergonha da maternidade ilegítima, optou o legislador pelo sistema biopsíquico ou fisiopsicológico, apoiado no estado puerperal. Esta orientação tem merecido críticas e é motivo de controvérsia, muito por se entender não comprovada a suposta problemática influência do estado puerperal no psiquismo da parturiente.

Buscar as reais motivações de tão especial delito, sempre amparado nos mais atualizados conceitos científicos e na análise dos levantamentos epidemiológicos e relatos de casos disponíveis na literatura, e, ainda, estabelecer um novo paradigma para a perícia médico-legal nestes casos é o que se propõe esse artigo.

O crime de infanticídio recebeu tratamento diferenciado ao longo da história da humanidade. No período romano, o fato da mãe causar a morte do próprio filho era equiparado ao parricídio.

Durante a lei de XII Tabuas (Séc. V antes de Cristo), autorizava-se a morte do filho que nascia disforme ou monstruoso. Isso só foi modificado com o surgimento do Cristianismo, onde se editou a Legislação de Justiniano, que previa penas severas aquele que praticava o crime de infanticídio.

No Direito Germânico admitia-se a idéia de infanticídio, somente quando o filho era morto pelas mãos de sua própria mãe. Já no Direito Canônico tratava crime de infanticídio equiparando-se o ao de homicídio, punindo com severidade a morte dos filhos causadas pelos pais. Nessa época era previsto penas altamente cruéis, como morte pelo fogo, decapitação e o empalamento.

Com o advento do iluminismo, surge a idéia do abrandamento da pena, quando o motivo do crime fosse para ocultar honra própria.

A legislação penal brasileira, através dos estatutos repressivos de 1830, 1890 e 1940, tem conceituado o crime de infanticídio de formas diversas. O Código Penal de 1830 definia o crime de infanticídio com a seguinte proposição:

Art. 197 Matar algum recém-nascido.
Penas -de prisão por três a doze anos,
e de multa correspondente a metade do
tempo.

Art. 198 Se a própria mãe matar o filho
recém- nascido para ocultar sua
desonra.
Penas- de prisão com trabalho por um a
três anos.

O código Penal de 1890 definia o crime de infanticídio com a seguinte preposição;

Art.298 Caput. Matar recém- nascido, isto é infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento,quer empregando meios diretos e ativos,quer recusando a vitima os cuidados necessários a manutenção da vida e a impedir sua morte.

Pena- de prisão celular por seis a vinte anos.

O parágrafo único cominava pena mais branda. Parágrafo único. “se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria.”

Pena- de prisão celular por três a nove anos.

O Código Penal de 1940 adotou critério diverso, ao estabelecer em seu artigo 123:

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

Pena de detenção de 2 dois a 6 seis anos

Trata-se de uma alteração radical no texto legal vigente, onde o relevante na pratica desse crime é o estado físiopsicológico.

A legislação vigente adotou como diminuição de pena no crime de infanticídio o conceito biopsíquico do “*estado puerperal*”, como configurado na exposição de motivos do Código Penal, que justifica o infanticídio como *delictum exceptum*, praticado pela parturiente sob influência daquele tal estado puerperal. Assim, como nos lembra Damásio de Jesus, trata-se de crime próprio, pois só pode ser cometido pela mãe contra o próprio filho.

2. ETIOPATOGENIA E PERÍCIA MÉDICO-LEGAL

Como será apresentado com mais riqueza de detalhes à seguir, o infanticídio se dá em período de puerpério imediato. Todavia, no intuito de melhor compreensão, cabe ressaltar que o *puerpério* é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas. Já o chamado *estado puerperal* seria uma alteração temporária em mulher previamente sã, com colapso do senso moral e diminuição da capacidade de entendimento seguida de liberação de instintos, culminando com a agressão ao próprio filho.

A discussão que se impõe é se tal estado puerperal realmente poderia acontecer ou como diz França, trata-se de mera ficção jurídica. O mesmo autor afirma, textualmente:

Nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido (...) o que acontece no infanticídio é que numa gravidez ilegítima, mantida em sobressaltos e cuidadosa reserva, pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas (...) e como maneira de solucionar 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, tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade. (França).

Defende este autor a tese, que o estado puerperal é inadmissível nesse tipo penal.

Segundo Maranhão, o chamado estado puerperal constitui uma situação *sui generis*, pois não se trata de uma alienação, nem de uma semi-alienação, mas também não se pode dizer que seja uma situação normal. Seria "*um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente senso-percepção e que confunde o objetivo com o subjetivo*" (Maranhão).

Já para Alcântara:

Entende este autor, que trata-se de uma situação atípica, pois quando não se tem explicação lógica para determinado tipo denomina-se Sui Generis.

É uma obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto ou solidariedade, e é um quadro mais jurídico do que médico, embora haja algumas explicações etiopatogênicas. (Alcântara).

Este entende, que se a parturiente não é devidamente assistida tem a prerrogativa de cometer tal crime

A doutrina médico-legal tradicional, não é consensual. E essa tem seguido ainda um caminho paralelo à Psiquiatria, especialidade médica em que dever-se-ia ancorar. O fato é que a cerca de 40 anos o infanticídio tem sido negligenciado como campo de estudo. Há relatos de casos bem documentados de infanticídio, raros, que descrevem um quadro de negação da gestação, sintomas dissociativos ou mesmo psicose. Todavia, não há muitos estudos de investigação sistemática usando critérios de diagnóstico contemporâneos.

É fato biológico bem estabelecido que a parturição desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central. A disfunção ocorreria no eixo Hipotálamo-Hipófise-Ovariano, e promoveria estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional. Em situações especiais, como nas gestações conduzidas em segredo, não assistidas e com parto em condições extremas, uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade e com desintegração temporária do ego poderiam ocorrer.

Constata-se, dessa forma, que o sintoma característico desse transtorno é uma alteração súbita e geralmente temporária nas funções normalmente integradas de consciência, identidade e comportamento motor, de modo que uma ou duas dessas deixa de ocorrer em harmonia com as outras. E vários

estudos realizados, demonstram de forma taxativa a presença de alguns destes sintomas nas autoras de infanticídio. A amnésia, as alucinações auditivas e o transtorno de despersonalização são quase que regra. No transtorno de despersonalização ocorre uma alteração na percepção de si mesmo, a um grau em que o senso da própria realidade é temporariamente perdido. Os pacientes com transtorno de despersonalização podem sentir-se mecânicos, autômatos, que estão em um sonho, ou distanciados do próprio corpo.

Diante dessa evidente superposição de características epidemiológicas e clínicas, poder-se-ia admitir que o chamado "estado puerperal" oriundo de nosso Código Penal, trata-se de uma modalidade do "Transtorno de Estresse Agudo". Em decorrência desse fato a perícia médico-legal disporia de elementos para a comprovação material do estado puerperal. Contudo, a curta duração dos sintomas, o caráter transitório dessa perturbação, e a ausência de distúrbio mental prévio, fazem desse diagnóstico pericial um verdadeiro desafio, pois muitas vezes, ao realizar o exame, os sintomas já desvaneceram. Ao examinar uma puérpera o legista nem sempre disporá de elementos para concluir pela realidade de um estado puerperal.

Sendo assim, por esta análise *latu sensu*, pode-se concluir que a mudança no conceito do crime de infanticídio contextualizada no Código Penal de 1940 transferiu à perícia médico-legal a responsabilidade pela comprovação material desse delito. A definição e a existência do chamado estado puerperal têm sido motivo de controvérsia, tanto do ponto de vista jurídico quanto médico-legal. Os recentes avanços científicos no campo da psicobiologia, com maior esclarecimento da dinâmica dos eventos fisiológicos no período pós-parto contribuem decisivamente para o estabelecimento de novos critérios diagnósticos. A categorização dos distúrbios mentais transitórios em resposta a eventos traumáticos como o Transtorno de Estresse Agudo e os estudos sistemáticos de casos de infanticídio possibilitam uma nova visão sobre tão difícil situação. Apesar desses avanços, a avaliação pericial ainda reveste-se de grande dificuldade, graças à transitoriedade dos sintomas nesses transtornos.

Sob o ponto de vista jurídico, a condição de estado puerperal ou Transtorno de Estresse Agudo, como ora se propõe, levanta uma outra questão, qual a capacidade de imputação da examinanda? Não será plena, por

certo. Uma personalidade transitoriamente desarmônica, reagindo a emoções primárias e tendo uma acentuada deficiência de crítica, não poderá ser completamente responsável por seu ou seus delitos. Se a emoção sobrepuja a crítica, se o impulso primário se efetiva sem a contenção de fatores éticos; se a impulsividade é evidente, como se falar em plena capacidade de imputação? Concluir-se-ia ser ela inexistente? Se o agente não praticou o delito em estado crepuscular, se ele tem do mesmo memória ou noção de certo modo aceitáveis; se a privação de sentidos não foi integral, restará uma parcela de responsabilidade por parte do agente criminoso. Trata-se, então, de uma delinqüente semi-imputável, e que deve ser penalizada pela ordem jurídica.

A autoridade judiciária ao interpelar o perito, com respeito a suposta autora de infanticídio, geralmente elabora o seguinte quesito: Ela encontrava-se em estado puerperal quando cometeu o delito? Como pode-se concluir da discussão apresentada, ao perito caberá, a nosso ver duas possibilidades de resposta, a saber: *sim*, quando ficar patente o diagnóstico psicodinâmico de Transtorno de Estresse Agudo, ou *sem elementos* quando da impossibilidade de se estabelecer esse diagnóstico.

Dessa forma conclui-se que a autora do crime será beneficiada pela aplicação do princípio do indúbio pro réu, por se tratar de dúvidas quanto a presença do estado puerperal.

3. CONCEITO E OBJETIVIDADE JURÍDICA

Infanticídio é espécie de homicídio, uma modalidade de homicídio privilegiado. Porém, reservou-lhe o Código um artigo específico e uma denominação própria. Consiste na morte do nascente ou recém-nascido, pela própria mãe e sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto. Pode ser praticado por ação ou omissão (alínea a, § 2º, art. 13, CP). Trata-se de crime próprio.

O estado puerperal, conjunto de sintomas fisiológicos que pode acarretar desnormalização do psiquismo da parturiente, durante ou depois do parto, prejudicando-a no domínio de sua vontade e discernimento, tem sido visto, pela

jurisprudência, na esteira da lição de Almeida Júnior, como efeito comum e corriqueiro de qualquer parto, interpretado de maneira bastante ampla e sua influência admitida sem maior dificuldade (RT 417/111), dispensando-se até mesmo a perícia médica para a sua comprovação (RT, 598/338 e 655/272), muito embora, nos termos da Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos, esta cláusula (influência do estado puerperal), como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em conseqüência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Nelson Hungria, com embasamento em sólida doutrina estrangeira, insiste no ponto de que o estado puerperal pode determinar, mas nem sempre determina a alteração do psiquismo da mulher normal. Dizia ser de ciência comum que, em grande número de casos, a parturiente não se conturba, nem perde o domínio de si mesma.

"Durante ou logo após o parto" é elemento temporal do tipo. Divergem os penalistas sobre o momento inicial do parto, a que se refere o art. 123. A literatura médico-legal decompõe o parto em três fases: a) dilatação; b)expulsão; c)dequitação;

Maranhão sustenta que, o período da dilatação que se dá quando o colo uterino se prepara para a passagem fetal. A expulsão, quando as contrações uterinas progressivamente aumentam e provocam a saída do feto. A dequitação, quando os anexos do ovo são eliminados do organismo materno.

Já Noronha diz ser o período da dilatação. Hungria diz ser do rompimento da membrana amniótica, que se dá na fase da expulsão. Siveira apontava o desprendimento do feto no álveo materno.

Entendo que a primeira das posições é a mais acertada. Geralmente, a dilatação provoca fortes dores na gestante, a que se segue o rompimento do saco amniótico. A preparação do colo uterino para passagem do feto é o início de parto para efeitos do texto legal, entendimento também sufragado por outros.

Relativamente a elementar "logo após o parto", a exegese hoje dominante nos tribunais e na doutrina é no sentido de que se deva apurá-la em

cada caso concreto, considerando-se presente o estado puerperal enquanto a mulher não retornar ao estado pré-gravídico (Damásio de Jesus e Noronha).

Protege-se, ainda, uma vez que, a vida humana, não só a do recém-nascido (neonato), como também a daquele que está nascendo (nascente). Trata-se, neste último caso, da transição entre a vida endo-uterina e a extra-uterina.

4. SUJEITO ATIVO/PASSIVO

O infanticídio é um crime próprio, praticado pela mãe (sujeito ativo) da vítima, já que o dispositivo se refere ao “próprio filho” e ao “estado puerperal”. A vítima do delito é o filho nascente ou recém-nascido (sujeito passivo), tendo a lei penal antecipado o início da personalidade.

5. TIPO OBJETIVO

A conduta típica é matar (tipo objetivo), como no homicídio, sendo o crime cometido por sufocação ou ocasionamento por fratura de crânio decorrente de golpes com objetos contundentes. Como tipo subjetivo, tem-se o dolo, que é a vontade de causar a morte do filho nascente ou recém-nascido (dolo direto), como a de assumir conscientemente o risco do êxito letal (dolo eventual).

6. ELEMENTO SUBJETIVO

Na legislação penal brasileira, existem duas espécies de tipos penais: o tipo doloso e o tipo culposo. Em sua maioria, são os da primeira espécie; minoritários, portanto, são os tipos culposos.

O que é dolo e o que é culpa?

Basicamente, dolo é a vontade dirigida à obtenção de um resultado determinado. Como, no campo do Direito Penal, a lei elenca determinadas

condutas que, se realizadas, são consideradas ilícitos penais, cuja consequência é a imposição de uma sanção (pena); e como estas hipóteses legais - tipos penais - são compostas de elementos que o compõem; pode-se, em suma, dizer que dolo é a vontade de concretizar os elementos componentes do tipo penal.

Logo, a mulher, grávida, que mata a criança nascente ou neonata, durante ou logo após o parto, sob o impacto do estado puerperal, concretiza todos os elementos que compõem o tipo do art. 123 do Código Penal. E a sua conduta é dolosa, pois ela dirigiu o seu atuar com a vontade de obter o resultado previsto como ilícito pela lei penal.

A doutrina é unânime quando afirma que o infanticídio somente admite a modalidade dolosa, não se punindo o infanticídio a título de culpa.

E a culpa?

Pela metodologia adotada pelo sistema pátrio, conclui-se que o Direito Penal Positivo foi construído em função do dolo, sendo a culpa exceção - não menos importante - àquela modalidade de ação. A culpa é a inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta que produz um resultado objetiva e subjetivamente previsível. Se, no tipo doloso, pune-se a ação ou omissão dirigida ao fim ilícito, no tipo culposo o que se pune é o comportamento mal dirigido para o fim lícito. Para condenar alguém pelo cometimento de um crime culposo, o julgador deverá perguntar a si mesmo como agiria o homem comum naquela circunstância, respondendo a três indagações: a) O réu foi negligente, em seu atuar?; b) Foi imprudente?; c) Foi imperito?;

Na resposta afirmativa a qualquer das três perguntas, a sentença condenatória será inevitável, sendo que na negativa das três questões, a absolvição se impõe, pois a negligência, a imprudência e a imperícia são as formas de manifestação da ausência do cuidado que todas as pessoas devem ter na vida em sociedade, previstas pelo art. 18, II, in fine, do Código Penal.

Então, como os tipos de crime, no Código Penal vigente, em regra, são dolosos, segue-se que é necessário que venha expressa na lei a modalidade culposa, quando o legislador desejar punir esta conduta também. Compare-se o

caput do art. 121 do Código Penal (homicídio doloso), com o § 3º do mesmo artigo (homicídio culposo) e chegar-se-á facilmente a tal conclusão.

Por este motivo, é forçoso deduzir que o legislador somente pune o infanticídio doloso, não havendo punição para o infanticídio culposo.

Mas, ainda na modalidade dolosa, as dificuldades não desapareceram. Mesmo na ótica finalista da ação, onde o dolo é o elemento subjetivo do tipo; ou seja, o dolo está na ação, integrando a conduta, no fim a que se dirige, o de realizar os elementos que compõem o tipo penal, mesmo assim parece difícil conciliar esta vontade com a cláusula sob a influência do estado puerperal.

Como já foi visto, o estado puerperal causa grande impacto no organismo da parturiente e, conseqüentemente, no seu pensar e no seu agir. Então, como conciliar a idéia de dolo com esta influência do estado puerperal? É possível esta coexistência? Não serão as noções excludentes, uma da outra?

Só se pune a forma dolosa do infanticídio. Não há infanticídio por culpa no Direito vigente: o Código não o prevê, e se o resultado da morte provém de culpa, será por homicídio culposo que se punirá o agente. O dolo consiste apenas na representação e vontade de matar o próprio filho, nas condições expressas no texto, ou, quando a vontade não se dirige ao resultado de morte, em prever o agente esse resultado como provável ou possível e aceitar o risco de produzi-lo. Dolo direto ou eventual.

Depreende-se do ensinamento dos autores que é possível a conciliação do dolo com a influência do estado puerperal, consistindo o dolo, de acordo com o tipo, na vontade de matar o próprio filho, e estando este *animus* motivado e atingido pela repercussão física e mental que o puerpério causa no organismo da mulher.

7. DISTINÇÕES ENTRE NATIMORTO, FETO NASCENTE, INFANTE NASCIDO E RECÉM-NASCIDO

Denomina-se como tal o feto morto durante um período perinatal que, de acordo com a CID-10 (Código Internacional de Doença) , inicia-se a partir da 22ª semana de gestação, quando o peso fetal é de 500g. A mortalidade perinatal pode ter causa natural ou violenta.

A morte do feto ocorre durante a fase perinatal, portanto é fundamental a apurar-se se a criança nasceu com vida. Porque pode acontecer, de a mãe pensar que cometeu o crime, quando na verdade deu a luz a um natimorto, conseqüentemente incorrendo em crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto conforme dispõe o art.17 do CTB, pois para a configuração do infanticídio é necessário que o sujeito passivo esteja com vida no momento da consumação da efetiva ação criminosa.

O infanticídio também se verifica “durante o parto”, por isso é necessário estabelecer nessa circunstância o estado de feto nascente.pois nesta fase do parto a criança já atravessou totalmente ou parcialmente o orifício externo do útero, ficando desprotegida e exposta a atos violentos, não somente da mãe infanticida, como também de terceiros. Em outras legislações, essa modalidade de crime nesse estágio denomina-se feticídio. O feto nascente apresenta todas as características do infante nascido, menos a faculdade de ter respirado.

Infante nascido é aquele que acabou de nascer, respirou, mas não recebeu nenhum cuidado especial. Apresenta proporcionalidade de suas partes, peso e estrutura habitual, desenvolvimento dos órgãos genitais, núcleos de ossificação fêmur-epifisária e, ainda, outras características que merecem melhores detalhes, porém somente citarei para não me alongar mais neste assunto, como: Estado Sanguinolento; Tumor do Parto; Cordão Umbilical; Presença de Mecônio; e Respiração Autônoma.

É aquele que se despreendeu totalmente do ventre materno e já respirou, havendo ou não expulsão da placenta.

O estado de recém-nascido é caracterizado pelos vestígios comprobatórios da vida intra-uterina. Tem o recém-nascido um estágio que vai desde os primeiros cuidados após o parto até aproximadamente o 7o dia de

nascimento. Esse conceito é puramente médico-legal, a fim de atender à exigência pericial tocante à permanência de elementos de prova do estado de recém-nascido. Em Pediatria, considera-se até o 30o dia, o que é perfeitamente aceitável sob o ponto de vista clínico terapêutico.

8. PROVAS DE VIDA EXTRA-UTERINA

A vida extra-uterina apresenta, principalmente pela respiração autônoma do infante nascido ou do recém-nascido, profundas modificações capazes de oferecer ao perito condições de um diagnóstico de vida independente.

Esse diagnóstico é feito através da comprovação respiratória pelas docimásias e pelas provas ocasionais.

As docimásias (do grego dokimos – eu provo) são provas baseadas na possível respiração ou nos seus efeitos. As mais importantes são: Docimásia Diafragmática de Ploquet; Docimásia Óptica ou Visual de Bouchut; Docimásia Táctil de Nerio Rojas; Docimásia Óptica de Icard; Docimásia Radiológica de Borbas; Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno; Docimásia Histológica de Balthazard; Docimásia Hidrostáticas de Icard; Docimásia Epimicroscópica Pneumo-Arquitetônica de Hilário Veiga de Carvalho; Docimásia Química de Icard; Docimásia Gastrintestinal de Breslau; Docimásia Auricular de Vreden, Wendt e Gele; Docimásia Hematopneumo-Hepática de Severi; Docimásia Siálica de Souza-Dinitz; Docimásia Pneumo-Hepática de Puccionotti; Docimásia Plêurica de Placzek; Docimásia Hematopulmonar de Zalesk; e Docimásia do Nervo Óptico de Mirto.

Em determinadas circunstâncias, são de grande valia para a confirmação da existência de vida extra-uterina, As mais comuns são: Presença de corpo estranhos nas vias respiratórias; Presença de substâncias alimentares no tubo digestivo; Lesões; e Indícios de recém-nascimento.

9. INFANTICÍDIO COMO UMA ESPÉCIE DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Nos estritos termos da lei penal, a mãe que, sob a influência do estado puerperal, matar o seu filho durante ou logo após o parto, terá cometido o crime de infanticídio.

Não se verificando aquela cláusula, ainda que presente *a honoris causa*, uma interpretação restritiva e legalista, portanto perfeitamente admissível juridicamente, muito embora não isenta de críticas humanísticas, identificará o fato como sendo um homicídio. Cita-se, como exemplo, o seguinte julgado:

"Infanticídio. Delito não configurado. Estado puerperal da acusada não comprovado. Pronúncia da mesma como incurso no art. 121, § 2º, III, do CP. Recurso provido para esse fim. Inteligência do art. 123 do citado diploma." (Revista dos Tribunais, São Paulo).

Pronunciada a ré por infanticídio, eis que o Juiz *a quo* teve por provado o estado puerperal, não se conformou o representante do Ministério Público, que recorreu daquela decisão. O Tribunal *ad quem*, afirmando que o MM. Juiz admitiu a existência da cláusula por simples presunção, deu provimento ao recurso interposto, pronunciando-a por homicídio qualificado, sujeitando a apelada a julgamento pelo Tribunal popular. É de ser ressaltado que a Corte nem adentrou na análise da ocorrência ou não a da *honoris causa*.

Assim, o exame do caso concreto dependerá sempre da verificação da existência da cláusula sob a influência do estado puerperal e, como visto em capítulo anterior, dependendo do pensamento do órgão judicial, às vezes do acontecimento da *honoris causa*.

Porém, mesmo no primeiro caso, o art. 123 do CPB causa perplexidade ao aplicador da lei, eis que, ainda aí, a matéria é controvertida.

Euclides Custódio da Silveira levanta o véu da tormentosa questão, da seguinte forma:

Vale dizer, pois, que a lei presume uma perturbação psíquica especial, não patológica, em decorrência do estado puerperal. Perturbação emotiva que comumente deriva do estado fisiológico determinado pelo parto. E, como toda parturiente sofre tais distúrbios psíquicos, a presunção legal é iuris tantum, relativa, suscetível de prova em contrário, como tem entendido a jurisprudência dos nossos Tribunais. (Revista dos Tribunais, São Paulo).

Presunção de perturbação, é passível de prova em contrário.

Menciona-se, como ilustração, o seguinte acórdão:

Capitulação de crime. Eliminação de recém-nascido logo após o parto. Acusada que não delinqüiu sob a influência do estado puerperal. Caso de homicídio e não infanticídio. (Revista dos Tribunais, São Paulo).

Neste caso comprovou-se a ausência do estado puerperal.

Embora eliminado o recém-nascido logo após o parto, não se configura na hipótese o crime de infanticídio previsto pelo art. 123 do Código Penal, uma vez que a acusada o fez fria e premeditadamente.

Como se vê, o tipo do art. 123 da lei penal provoca e haverá de provocar, sempre, perplexidades no espírito do julgador, devido às sutilezas para o correto enquadramento do fato à norma.

A prova da afirmativa do parágrafo anterior está no exemplo dado por Marques no caso da mãe que, “sob a influência do estado puerperal, deixa a criança morrer, por negligência”. Neste caso não há dolo, mas culpa. Ocorre, todavia, que o infanticídio não possui modalidade culposa. De acordo com a Parte Geral de 1940 do Código Penal, não se falava em homicídio culposos, eis que presente a cláusula sob a influência do estado puerperal. Quid iuris? Segundo o iminente tratadista, não havia crime a punir, conclusão terrível de ser aceita, olhando-se o pequeno corpo sem vida.

Tendo em mira a nova Parte Geral do Código Penal, Mirabete, assevera que:

(...) se a mãe matar culposamente o filho, ainda que sob a influência do estado puerperal, responderá por homicídio culposo, porque o estado puerperal não equivale à incapacidade psíquica, e a puérpera responderá pelo ato culposo, qualquer que seja ele, pois o art. 13, § 2º, a, da lei penal a coloca como garantidora do nascente ou neonato. (Mirabete).

Quanto ao momento consumativo, outra dificuldade. O infanticídio se consuma durante o parto ou logo após, compreendendo a fase de transição da vida uterina para a vida extra-uterina, enquanto a mãe estiver sob a influência do estado puerperal.

Fora daí, não há que se falar em infanticídio. Sendo assim, “o assassinato do feto *intra partum*, quanto o de qualquer ser humano, é homicídio; o assassinato do feto anteriormente ao parto constitui crime de aborto” (Itagiba).

Entretanto, é certo que o crime de infanticídio, na maioria dos casos, acontece longe dos olhares das testemunhas. Dessa forma o que foi dito quanto ao momento consumativo é racional e inteligível no campo doutrinário, mas diante do caso concreto aproximar-se-á do terreno da ficção, sendo considerado para o texto legal, que o crime de infanticídio consuma-se com a morte do feto nascente ou infante nascido, desde que a morte do sujeito passivo tenha ocorrido durante ou logo após o parto.

10. ANÁLISE ENTRE INFANTICÍDIO E ABORTO

A lei penal (arts. 124 a 128) não define o que seja o crime de aborto. Urge defini-lo, como faz Mirabete:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto. (Mirabete).

Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal - aborto - é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferências às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto.

É sempre de bom tom ouvir-se a precisa lição de Fragoso, definindo o crime de aborto.

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é, o estado de gestação, que, para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto. (Fragoso).

Diferenciando o infanticídio do aborto, tem-se o ensinamento de Leite Fernandes:

A principal característica do infanticídio é que nele o feto é morto enquanto nasce ou logo após o nascimento. O aborto, ao contrário, somente se tipificará se o feto é morto antes de iniciado o trabalho de parto, haja ou não a expulsão. Logo, enquanto não se inicia o parto, qualquer manobra tendente a matar o feto constituirá, caso haja êxito, o crime de aborto. A forma tentada (de infanticídio), apesar de difícil comprovação, é admissível. Vivo o feto, enquanto dura o parto e morto nesse período, haverá feticídio, equiparado a infanticídio. (Leite Fernandes,).

Itagiba, com seu poder de síntese, escreve que:

A ocisão do feto, antes de iniciado o parto, é aborto; começado o parto, se o feto era biologicamente vivo, o crime é infanticídio. No aborto, há criminosa expulsão do feto; no infanticídio, a expulsão é espontânea. Terminada a vida intra-uterina, sem que haja a extra-uterina, neste estado de transição positiva-se o infanticídio. (Itagiba).

Pode-se perceber que as hipóteses legais de infanticídio e aborto estão bem próximas e, no mundo dos fatos, dúvidas quanto à correta aplicação da lei ao caso concreto atormentaram e, certamente, ainda atormentarão àqueles jungidos à difícil missão de julgar.

Itagiba traz um exemplo desta dificuldade:

Imagine-se um feto imaturo vivo, sem possibilidade de viver por sua própria imaturidade, expulso espontaneamente, com morte inevitável, apressada por ato violento da mãe. Não se trata de aborto, eis que a expulsão se deu

naturalmente; portanto, ausentes estão as noções de dolo ou culpa. De infanticídio também não será o crime, porque o sujeito passivo deste delito não pode ser o feto abortado, sendo por isso que a sua sobrevivência excepcional foge de equiparação à vida extra-uterina. Quid iuris? Segundo Itagiba, o fato é atípico. (Itagiba).

Outra circunstância curiosa que pode ser aventada é a cesariana praticada em gestante, com o fim específico de destruir o produto da concepção. É sabido que o infanticídio somente se tipifica quando a mulher mata o filho durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal. Pois bem, a cesariana pode ser praticada antes do término da gravidez, para matar feto em condições de viver após parto normal. O feto pode ser vital, apesar de não ter maturidade.

Supondo-se que o referido exemplo se concretize (cesariana praticada em gestante, com o fim específico de destruir o produto da concepção), não haverá infanticídio, em virtude da ausência de dois requisitos: a) morte do feto durante o parto ou logo após; b) estado puerperal.

Por outro lado, não será caso de homicídio, porque o feto, se morto nas entranhas da mãe, ainda não teria vida extra-uterina.

Neste caso, como se dar o Direito, pensará o julgador? A solução seria imputar à mãe e ao co-autor o delito de aborto. Entrementes, se o feto é extraído vivo e morto após a extração, o caso mudará de figura penal, passando a enquadrar-se na hipótese de homicídio.

Como se vê, a relação do infanticídio com o aborto é envolta em delicadíssimos aspectos, que tendem a multiplicar-se com a evolução da ciência e da Medicina, originando-se novas e difíceis questões.

11. CONCURSO DE PESSOAS NO DELITO DE INFANTICÍDIO

Aqui se põe um problema delicadíssimo, que o tipo autônomo, por sua simples existência, acarreta.

Se uma mulher, grávida, sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, mata o próprio filho, é a autora do crime de infanticídio, porque realizou a conduta típica descrita pelo art. 123 do Código Penal.

O problema emerge, quando a hipótese legal é perpetrada por mais de uma pessoa. Fala-se em co-delinquência, co-autoria, concurso de delinquentes ou concurso de agentes. O Código Penal, porém, adota a expressão concurso de pessoas.

Nos termos do caput do art. 29, da lei penal vigente, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Dá-se a co-autoria de agentes quando várias pessoas concretizam os elementos descritos pelo tipo. Agora, aquela hipotética mulher não age sozinha; uma terceira pessoa a ajuda no cometimento do crime. Ambos conjugam esforços, no sentido de que a morte do nascente ou recém-nascido aconteça.

Surge, então, a seguinte dúvida: por qual crime deve responder o participante do crime de infanticídio? Por este, ou pelo de homicídio?

Duas correntes de opinião se formaram, tendo como ponto nodal a questão da comunicabilidade ou não do elemento sob a influência do estado puerperal, constante no tipo do art. 123 do Código Penal, àquele(a) que, juntamente com a mãe, mata o filho.

Não diz com o infanticídio a regra do art. 29 do CPB. Trata-se de um crime personalíssimo. A condição sob a influência do estado puerperal é incomunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 30, sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico-penal, ser chamadas circunstâncias, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio. O *privilegium* legal é inextensível. A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no *concurso delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório de imputar-

se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado sob a influência do estado puerperal.

Impõe-se, aqui, uma explicação. A lei penal admite outra forma de concurso de agentes, além da co-autoria. Trata-se da participação, prevista pela cabeça do art. 29, do Código Penal, onde se lê a expressão de qualquer modo. Ocorre, assim, a participação quando o agente, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização.

Perguntar-se-á: existe diferença entre autor, ou co-autor, e partícipe? Pela cabeça e parágrafos do art. 29 do Código Penal, sim. O autor e o co-autor são aqueles que executam o comportamento descrito pelo núcleo do tipo (quem mata, subtrai, etc.). Partícipe é aquele que acede sua conduta à realização do crime, praticando atos diversos dos do autor. Desta forma, se A instiga a gestante B e o terceiro C a matarem o neonato N, por ocasião do parto daquela, B e C serão co-autores, enquanto A será partícipe.

Portanto, o Código adotou a teoria restritiva, segundo a qual autor e co-autor são aqueles que realizam a conduta típica. Mas, por outro lado, não se esqueça de que a co-autoria e a participação são formas de concurso de pessoas. Isto quer dizer que a lei penal prestigiou o princípio da unidade do crime, assim estampado no art. 29, caput: "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas...". Segue-se, daí, que autores, co-autores e partícipes respondem pelo mesmo crime, incidindo nas mesmas penas por este previstas.

A regra geral da unidade do crime só é mitigada pela parte final do citado art. 29, que reza: "...na medida de sua culpabilidade." O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. Então, se o partícipe teve importante atuação, incidirá nas mesmas penas previstas para o autor e o co-autor. Porém, se a sua participação for de menor importância, é facultado ao Juiz diminuir sua pena de um sexto a um terço (art. 29, § 1º, do CP).

Entrementes, caso um dos concorrentes (autor, co-autor ou partícipe) queira participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste. Na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave, a pena será aumentada até a metade, nos termos do § 2º, do art. 29 do CP.

Fragoso adere à corrente da incomunicabilidade, ao co-autor ou ao partícipe, da cláusula sob a influência do estado puerperal, nestes termos:

O infanticídio constitui homicídio privilegiado porque a ação de matar o próprio filho é praticada pela mãe sob a influência do estado puerperal. Surgem, em conseqüência de tal elemento, problemas difíceis relativamente à participação e à co-autoria. Trata-se de saber se os que eventualmente participam da ação praticam o crime de infanticídio ou o de homicídio.

Em face do nosso direito, importantes autores entendem que a regra do art. 26 (atual art. 30) do CP impõe a solução que admite a participação e a co-autoria. Assim, responderia por infanticídio, portanto, quem auxilia a mãe a matar o próprio filho e também executa o crime a seu pedido, por lhe faltarem forças ou coragem. Entendemos que deve ser adotada a lição de Hungria, fundada no direito suíço, segundo a qual o concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de co-autoria (realização de atos de execução por parte do terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio. (Fragoso).

Bruno é outro adepto desta corrente, afirmando a respeito que:

Só se pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas na lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro que participe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamenta o privilégio e que só se realiza na pessoa da mulher que tem o filho impede que se mantenha sob o mesmo título a

unidade do crime para o qual concorrem os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição particular em que atua, esse matar toma a configuração do infanticídio. Para outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio. (Bruno).

É importante ressaltar que se a mãe, sob a influência do estado puerperal, for partícipe (e não autora, ou co-autora), ainda que alheia ao ato executivo direto na morte do filho, responderá sempre por infanticídio.

Agora, serão citados aqueles doutrinadores que adotam a segunda corrente; ou seja, a da comunicabilidade do elemento referente à influência do estado puerperal.

Encabeça a lista Marques que assim expõe o seu pensar:

O infanticídio é um crime próprio, pois somente o pode cometer a mãe em relação ao filho recém-nascido. Outras pessoas, no entanto, podem figurar como co-autores; e como se trata de delito privilegiado, mas autônomo, comunicam-se as circunstâncias subjetivas que integram o tipo, aos co-autores, muito embora pense de modo contrário o insigne Néelson Hungria. Mas é preciso que o co-autor tenha, como é óbvio, participação exclusivamente acessória. Se for ele o autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou ao recém-nascido, será enquadrada no art. 121. (Marques).

Na mesma direção aponta Noronha como se deduz da leitura do trecho abaixo:

O terceiro que auxilia a parturiente, sob influência do estado puerperal, a matar o próprio filho, é co-autor de infanticídio ou homicida? Trata-se de questão

controvertida. Logoz, Gomez e, entre nós, Hungria, opinam pelo homicídio. Diz o último autor que se trata de um crime personalíssimo; que a condição do estado puerperal é incomunicável, e que o art. 26 (atual art. 30) não tem aplicação, pois as causas que diminuem ou excluem a responsabilidade não são na linguagem técnico-penal circunstâncias.

Por co-autor de infanticídio se pronunciam Soler, Maggiore, Manzini, e, em nosso meio, Olavo Oliveira.

Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância, isto é, estado, condição, particularidade, etc., pessoal e que, sendo elementar do delito, comunica-se, ex vi do art. 26 (atual art. 30) aos co-partícipes. Só mediante texto expresse, tal regra poderia ser derogada. Acresce que a opinião contrária quebra a unidade do delito e entra em flagrante choque com a teoria monística ou unitária, abraçada pelo Código, em matéria de co-delinquência - art. 25 (atual art. 29). A não comunicação ao co-réu só seria compreensível, se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.

Exata, portanto, a conclusão de Soler: "Entendemos resolver assim, não somente o caso da amiga que ajuda à autora a cometer o infanticídio, como também o caso em que a mãe, não se atrevendo a executar por si só, o fato, pede a cooperação material de outro. (Noronha)

Tenha-se em mente que, ao contrário da Parte Geral de 1940, a de 1984 diferenciou as circunstâncias das condições pessoais. Enquanto estas referem-se às relações do agente com a vida exterior, com outros seres e com as coisas (menoridade, reincidência, etc.), as circunstâncias são elementos que, embora não essenciais à infração penal, a ela se integram e funcionam para moderar a qualidade e quantidade da pena (motivo do crime, desconhecimento da lei, confissão espontânea etc.). Por sua vez, as elementares são os elementos típicos do crime, ou seja, dados que integram a definição da infração penal.

Eis a dificuldade do tema. Quem entender que a influência do estado puerperal é uma condição pessoal, e não uma elementar do crime de infanticídio, concluirá, pelo art. 30 do CP, que o partícipe ou o co-autor responderá pelo crime de homicídio. Ao revés, os que afirmam que a influência do estado puerperal é uma elementar, e não uma condição pessoal da agente, dirão que o partícipe ou co-autor incidirá, também, nas penas previstas pelo art. 123 do CP.

Reunidos em Conferência no Rio de Janeiro, no ano de 1943, os Desembargadores de vários estados do País discutiram inúmeros temas do então recente Código Penal.

Relativamente ao infanticídio, assentaram, por maioria de votos que, pela leitura do artigo 25 do Código vigente à época (atual art. 29), outra solução não havia senão a do partícipe responder, também, pelo crime do art. 123 da lei penal.

A Conclusão número XIV teve a seguinte ementa:

"Ao partícipe do crime de infanticídio, deve ser aplicada a pena cominada para esse crime, e não a aplicável no caso de homicídio (Código Penal, art. 123). (Aprovada por 24 votos)." (Conferência dos Desembargadores, 1943, 1944, p. 193).

Como se vê, mesmo nos dias atuais, vivendo todos num mundo globalizado, manifestações por todo lugar, temos ainda que suportar a vigência de uma Conferência, onde, quem comete um crime de infanticídio hoje, com certeza, naquela época ainda nem era nascido. Onde anda a atualidade do Direito? E onde fica a lei penal no espaço e no tempo? Neste caso, como diria o poeta, "o tempo não para".

12. COMUNICABILIDADE NOS CRIMES PRÓPRIOS

A regra estabelecida no Código Penal (art. 30) é de que não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal nos crimes próprios. O dispositivo excepciona quando diz respeito a elementares do crime.

Partindo da primeira parte do art. 30, temos que, em caso de co-autoria ou participação, os dados inerentes à pessoa de determinado concorrente não se estendem aos fatos cometidos pelos participantes.

Assim, se determinado agente, por motivo de relevante valor moral, pratica um delito com o auxílio de outrem, que desconhecia tal circunstância, a este não se aplica a atenuante genérica do art. 65, III, a, do CP. O mesmo ocorre por exemplo, no homicídio privilegiado, não se aplicando ao partícipe ou co-autor o caso de diminuição de pena previsto no § 1º do art. 121, se este desconhecia as circunstâncias legais específicas.

Examinemos a segunda parte do dispositivo. As elementares, tanto as objetivas como as subjetivas, comunicam-se entre os fatos dos participantes, desde que tenham ingressado na esfera do seu conhecimento. Ou seja, qualquer elemento integrante do fato típico fundamental comunica-se a todos os concorrentes.

Se um funcionário público comete o crime de peculato (art. 312 do CP) com a colaboração de um terceiro não qualificado, este não responderá por apropriação indébita, mas pelo crime próprio, em face da presença da elementar “funcionário público”, de natureza funcional, no tipo.

É, ressalve-se, imprescindível que o partícipe conheça a qualidade pessoal do autor.

O art. 29, caput, parte final, do CP, consagra esse princípio, dispondo que a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

O delito próprio cuja apreciação gera mais polêmica em relação à comunicabilidade das circunstâncias ou condições pessoais é o infanticídio, descrito no art. 123 do CP: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena — detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.”

O tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo, a mãe do infante vítima, mas terceiro pode responder por infanticídio diante do concurso de agentes.

A controvérsia gira em torno da pena a ser aplicada ao partícipe do crime de infanticídio — a cominada para esse delito ou a aplicável no caso de

homicídio? — e sobre a comunicabilidade ou não da elementar referente à influência do estado puerperal.

Busca-se a resposta na norma de extensão do art. 29 do CP: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.” Assim, quem concorre para a prática de infanticídio deve submeter-se à sanção imposta pelo art. 123.

Trata-se, a meu ver, de um benefício. Afinal, o partícipe não estaria sob influência do estado puerperal e deveria, portanto, responder por homicídio. Tal não ocorre, entretanto, em virtude da existência de dispositivo legal determinando que as elementares do tipo se comunicam (art. 30). Fosse o infanticídio transformado em homicídio privilegiado, teríamos o fim da polêmica, pois o benefício só atingiria a mãe, respondendo o partícipe por homicídio.

São de opinião que o partícipe do crime de infanticídio deve responder por homicídio os doutrinadores, Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira, Aníbal Bruno, Salgado Martins e João Mestieri.

O ponto de vista da comunicabilidade é adotado por Damásio de Jesus, Roberto Lira, Olavo Oliveira, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Euclides Custódio da Silveira e Bento Faria.

13. CONCLUSÃO

Pormenores e simplórias argumentações não pouco atrevidas que teço em contrário às festejadas correntes doutrinárias de Damásio de Jesus e/ou Mirabete, não poderia deixar no deleite da minha urdida imaginação, o assomo de questões controversias que no âmbito da respectiva discussão, carece de explicações mais teleológicas e axiológicas ao fim de uma ponência de valores lógicos e justos.

Preliminarmente, crivo no plexo de analogia e confronto simétrico, o crime de infanticídio por ser nos albores do direito penal, crime unisubjetivo, ou seja, crime que aufere como pressuposto, a onerosidade de pessoa específica para a prática daquele tipo penal, além da prerrogativa fatalmente discutida da transmissão das circunstâncias pessoais por serem elementares do crime dispostas no art. 30 CP e que por falta de sagacidade do equivocado legislador, deu aos diferentes, vantagens e prerrogativas idênticas.

Apesar da explícita descrição do art. 30 CP e da obrigatoriedade da interpretação estrita no plexo de sua vinculação, não podemos dar o crivo de co-autor à pessoa que agiu independente da condição do autor, é impossível a co-autoria em crime privilegiado por circunstâncias subjetivas do próprio tipo, a emoção, a paixão, a saudade, a dor é algo que não se transfere, independentemente da descrição taxativa do art. 30 CP, sendo saída para o aplicador do bom direito caso discorde do arguo supracitado, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – no controle difuso, claro, já que é norma promulgada antes da Constituição Federal - com a finalidade precípua de declarar a inconstitucionalidade subjetiva do próprio tipo e alcançar o verdadeiro alcance jurídico.

O princípio da igualdade é nesse âmbito claramente inibido por valores de preponderância linear retributiva igual a condições veementemente distintas.

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como sendo um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou ato normativo, excluindo-se algumas das interpretações possíveis. Pode-

se inclusive ser posta de ofício pelo juiz, MP ou qualquer das partes da lide, corolário fino da justa e sensata possibilidade de ação.

Por isso, ao longo deste trabalho, pude observar que o infanticídio, entre os antigos, oscilava da impunidade às penas mais severas, inclusive a de morte, após várias espécies de suplícios.

Na legislação brasileira, a causa da honra sempre figurou no tipo do infanticídio, sendo retirada da lei atual, que prestigiou somente o critério fisiopsíquico, que se revela na expressão sob a influência do estado puerperal.

O tipo do infanticídio acarreta vários problemas, doutrinários e práticos, seja pela dificuldade de visualização, obstaculizando a correta capitulação do fato, seja pela dúvida quanto ao enquadramento das pessoas que realizam a conduta típica, além da parturiente.

Na égide da juridicidade penal, até que enfim podemos dormir em paz por apontarmos na busca do corolário jurídico, a verdadeira e eficaz busca da atividade jurisdicional do Estado em atribuir aos fatos jurídicos, conseqüências de valores lógicos e incontestáveis pela sociedade que eiva de mnemônicas inconsciências jurídicas. Saída existe, agora cabe ao bom aplicador do direito o verdadeiro dom da equidade jurídica.

Quanto à influência do estado puerperal, a conclusão é outra. Na verdade, trata-se de um critério duvidoso, para não dizer-se fantasioso, pois o estado puerperal existe corriqueiramente, em todas as mulheres prestes a dar à luz. Ocorre, diariamente, em todas as maternidades do País e do mundo. Não se entende porque inexistem, então, infanticídios em massa, só acontecendo, "por acaso", naqueles casos de gravidez indesejada; tanto isto é verdade, que não foi encontrado um só acórdão de infanticídio perpetrado por mulher feliz no casamento, união estável, ou mesmo em seu companheirismo. Por isto, o tipo se consuma à sorrelfa e bem longe dos olhares de testemunhas, como em quintais, moitas, perto de rios, até em banheiros...

Destarte, é forçoso concluir-se que o tipo do infanticídio, como crime autônomo tornou-se obsoleto e, até, desnecessário. É perfeitamente possível a compreensão, nos tempos antigos, da importância da honoris causa; hoje, porém, diante da revolução dos costumes, mesmo no interior do País este motivo não mais se justifica.

14. BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, H.R. In: **Perícia Médica Judicial**. Guanabara Dois S/A, Rio de Janeiro, 1982.
- BRUNO, A. In **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio: doutrina - legislação - jurisprudência e prática**, 3 ed., ver. e ampl., São Paulo: Nova Alvorada Edições Ltda. (Edições Ciência Jurídica), 1996.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. In: **Lições de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1987.
- FRANÇA, G.V. In: **Medicina Legal** , Rio de Janeiro 5ª Edição, Guanabara Koogan, 1998.
- ITAGIBA, I. N. In: **Homicídio, Exclusão de Crime e Isenção de Pena**, Rio de Janeiro: [s.n.], 1958.
- MARANHÃO, O. R. In: **Curso Básico de Medicina Legal** – São Paulo 8ª Edição, Malheiros Editores.
- MARQUES, José Frederico. In: **Elementos de Direito Processual Penal**, v.1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil, vol. II e IV**. Campinas: bookseller, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. In: **Código de Processo Penal Interpretado**, São Paulo: Atlas. 1991, vol. 2.
- **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, São Paulo, vol. 166, pp. 548-549, mar. 1947.
- **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, São Paulo, vol. 339, pp. 109-110, jan. 1964.