

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA -FACER

VANESSA BARBOSA DE OLIVEIRA

**O INFANTICÍDIO E A QUESTÃO DA SUA AUTONOMIA
TÍPICA**

RUBIATABA/GO

2015

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

VANESSA BARBOSA DE OLIVEIRA

**O INFANTICÍDIO E A QUESTÃO DA SUA AUTONOMIA
TÍPICA**

Trabalho de pesquisa apresentado à disciplina de Monografia II do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER - sob a orientação da Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha.

De acordo

Professor orientador

RUBIATABA/GO

2015

FOLHA DE APROVACAO

O INFANTICÍDIO E A QUESTÃO DA SUA AUTONOMIA TÍPICA

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho do
Curso de Direito do Centro De Ensino Superior de
Rubiataba – Facer.

Aprovada em, ____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Professora e Orientadora: Prof.^a Nalim R. Ribeiro Almeida da Cunha

Professor Examinador

Professor Examinador

DEDICATORIA

Este é o resultado da compreensão, carinho e respeito de meus pais Vanderlei José de Oliveira e Rosa Marinha Barbosa de Oliveira, por acreditarem em meus sonhos e pela constante luta para que esses sonhos se realizem. Não poderia deixar de dedicar este trabalho a minha inesquecível avó Leontina de Oliveira Dias Barbosa, que sempre esteve ao meu lado, que sempre rezou por mim. A vocês, dedico esse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradecer significa reverenciar o comportamento ou ajuda de pessoas pelo incentivo, carinho e amor, sempre demonstrados, pelas pessoas, direta ou indiretamente, envolvidas.

É a oportunidade de reconhecer aqueles que ajudaram na caminhada e que ajudaram a tornar possível a formação universitária de um modo ou de outro.

Quero em primeiro lugar agradecer a Deus, que me deu vida e inteligência, e que me dá forças para continuar a caminhada em busca de meus objetivos.

Aos meus pais, Vanderlei e Rosa, que me ensinaram a não temer os desafios e a superar os obstáculos com humildade, confiança em todos os momentos.

Ao meu irmão Matheus, pelo carinho e alegria.

Ao meu namorado Raphael Augusto Braz pela compreensão e carinho.

Aos meus avós, em especial à minha avó Leontina “in memoriam”, que sempre quis ver meu sonho se tornar realidade.

Não poderia deixar de citar a pessoa de minha orientadora, a Prof. Nalim Rodrigues R. A. da Cunha, pela dedicação na realização deste trabalho, que sem sua importante ajuda e carinho não seria concretizado.

A minha grande amiga Taynara Nari-Helem Pedrosa Ferreira, pela despretensiosa ajuda na elaboração deste trabalho, pelo carinho e por estar sempre ao meu lado, o muito obrigado.

Aos professores do Curso de Direito da Facer Faculdades - Unidade Rubiataba-Go, que muito contribuiu para a minha formação.

Aos colegas de classe, pelos momentos que passamos juntos e pelas experiências trocadas, a vocês o meu muito obrigado. Graças a Deus, nessa caminhada fiz verdadeiros amigos.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta pesquisa.

**“ A rua é a mãe de muitas crianças; o lixo é o berço de muitos bebês; nossa indiferença,
o Infanticídio. ”
(David Saleeby)**

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar os problemas decorrentes da autonomia típica do crime de Infanticídio, principalmente no que concerne ao concurso de pessoas. Neste interim, destaca-se a problemática em torno da comunicabilidade do estado puerperal e a consequente possibilidade de extensão do *privilegium* ao terceiro que atua como coautor ou participe no crime de Infanticídio. Por outro lado, ressalta-se a situação da mãe que em estado puerperal ao terceiro que mate o seu filho recém-nascido, fazendo-se uma digressão sobre a inclusão da genitora no crime de Infanticídio ou no delito de homicídio como participe. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica com o emprego da técnica hipotético-dedutiva partindo-se do geral para o específico a fim de apresentar um panorama das várias posições, de maneira clara e didática.

Palavras-chave: Infanticídio, Estado Puerperal, Concurso de pessoas, Coautoria, Participação.

ABSTRACT

This research aims to analyze the problems arising from the typical range of Infanticide of crime, especially when it comes to people contest. In the interim, there is the issue around the communicability of the puerperal state and the consequent possibility of *privilegium* extension the third that acts as co-author or participating in the crime of infanticide. On the other hand, emphasizes the mother's situation in puerperal state the third to kill their newborn son, by making a tour on the inclusion of the mothers' Infanticide of crime or homicide as participate. The methodology used is the bibliographic compilation with the use of hypothetical-deductive technique starting from the general to the specific in order to understand about the research, and based on these studies present an overview of the various positions in a clear and didactic way.

Keywords: Infanticide, Puerperal State, Competition people, Coauthoring, Participation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Aput	Citado por
Art.	Artigo
Atual.	Atualizada
C/C	Combinado com
Caput	Cabeça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição da Republica Federativa do Brasil
Ed.	Edição
n.	Número
p.	Página
v.	Volume
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – INFANTICÍDIO	
1.1. Conceito de Infanticídio	13
1.2. Natureza Jurídica	15
1.3. Dos Sujeitos do Delito	15
1.3.1. Sujeito ativo	16
1.3.2. Sujeito passivo	17
1.3.3. Da coautoria	18
1.4. Do bem juridicamente protegido	20
1.5. Da consumação e tentativa	21
1.6. Da distinção de aborto e infanticídio	22
1.7. Agravantes	23
1.8. Da Ação penal e procedimento	24
CAPÍTULO II - DO ESTADO PUERPERAL NO INFANTICÍDIO	
2.1. Conceito de estado puerperal	26
2.2. Do puerpério	29
2.3. Análise dos critérios psicológicos e fisiopsicológicos	31
2.3.1. Critério psicológico	32
2.3.2. Critério fisiopsicológico ou biopsíquico	33
2.4. Elemento normativo temporal	35
2.5. Do tipo objetivo e do tipo subjetivo	38
2.6. Do exame da puerperal	42
2.7. Da excludente de ilicitude	43
2.8. Da inimputabilidade	44
CAPÍTULO III -CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO	
3.1. Disposições Gerais	47
3.1.1. Mãe e o terceiro realizam a conduta nuclear do tipo penal	50
3.1.2.A mãe mata o recém-nascido com a participação acessória de terceiro	52
3.1.3. O terceiro mata a criança com a participação acessória da mãe	53
3.2. Teses doutrinárias acerca da penalização dos coautores e partícipes do crime de infanticídio	55
3.2.1. Posicionamento favorável à penalização de coautores e partícipes pelo delito de Infanticídio	55
3.2.2. Posicionamento favorável à penalização de coautores e partícipes pelo delito de Homicídio	57
3.3. Da solução a questão	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por escopo a realização de uma análise específica pertinente ao crime de infanticídio, assim definido pelo art. 123, do Código Penal Brasileiro: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: ”, abordando a influência do estado puerperal sobre a parturiente, bem como a possibilidade de aplicação da inimputabilidade à mulher que comete tal delito.

Entretanto ainda, existe grande divergência doutrinária quanto à real influência do estado puerperal na mãe que comete infanticídio, sendo que esta fica à mercê de uma hermenêutica feita de forma indireta, que somente virá à baila após a emissão de parecer técnico, oriundo de peritos-médicos-legistas, que deverão atestar se a autora, no ato do crime, estava ou não sob o efeito do estado puerperal, e qual era a intensidade desta influência, caso exista.

Em alguns casos, principalmente naqueles em que ocorreu rejeição da gravidez, o grau de influência do estado puerperal sobre a mulher que acabou de ter um filho é tão intenso, que lhe sobrevêm um colapso do senso moral, uma desordem mental e uma super excitação frenética, que a privam de sua capacidade de querer e entender, nada recordando após o fato a respeito de sua conduta, sendo, portanto, inimputável.

Os problemas decorrentes dessa autonomia típica do infanticídio passam a ser objeto do presente estudo, principalmente quanto à relação do delito com o concurso eventual de agentes, mais precisamente no que concerne à comunicabilidade do estado puerperal e, conseqüentemente, da extensão do *privilegium* ao terceiro que atua como coautor.

Por outro lado, também ganha destaque a situação da mãe que, agindo sob influência do puerpério, solicita ao terceiro que mate o neonato ou nascente, fazendo-se uma digressão sobre a inclusão da genitora no crime de infanticídio ou se incorreria no delito de homicídio, na qualidade de partícipe.

Este trabalho se desenvolve em três capítulos. Inicialmente tratar-se o crime de Infanticídio, desde o conceito a ação penal, pretende com a deliberada intenção de emprestar maior sustentáculo à pesquisa proposta, dando atenção à sua tipificação na legislação penal brasileira vigente.

No segundo capítulo, discute-se o Estado Puerperal elementos que caracterizam a figura típica e as provas periciais usadas para identificá-los. 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 ideias defendidas pelos doutrinadores.

Neste último capítulo, então, mostrar-se as opiniões destes nobres intérpretes da lei em torno desta polêmica questão objeto da presente monografia, 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.

Por fim, cabe ressaltar que a metodologia utilizada neste estudo foi a de compilação bibliográfica em artigos científicos, doutrinas e legislação vigente, desse modo a técnica utilizada neste estudo é a hipotético-dedutiva. Como fontes principais na pesquisa, destacam-se Capez, Bitencourt, Jesus, Nucci, entre outros que contribuíram para discussão e compreensão do tema em estudo.

1. INFANTICÍDIO

A maneira de entender o infanticídio e de puni-lo tem variado profundamente através dos tempos. Com esse efeito, ao longo da história, já se predominado o aspecto monstruoso de se dar a morte a um ser indefeso e inculpável, agravado pela circunstância de que a própria mãe o fizesse, quando se concluía pela severidade penal do Infanticídio; e em outros momentos, fez-se estabelecer motivos que conduziam a atenuar a responsabilidade do agente.

Neste primeiro capítulo, a fim de possibilitar a compreensão do tema central da pesquisa e de abordar de maneira clara e objetiva, o Infanticídio desde o conceito a ação penal, pretende com a deliberada intenção de emprestar maior sustentáculo à pesquisa proposta.

A importância desse capítulo surge a partir do momento que o Código Penal Brasileiro tipifica o delito de Infanticídio como sendo uma espécie de ilícito contra a vida que pela influência do Estado Puerperal, merecerá, por parte do legislador configuração diferenciada, não somente no que diz a respeito aos elementos mais também, quanto a pena prevista para a espécie.

1.1. Conceito de infanticídio

Primeiramente, faz-se importante compreender o que se entende por Infanticídio. A palavra infanticídio vem do latim e tem como significado a morte daquele que está nascendo. O crime de infanticídio está previsto no art. 123 do Código Penal, onde a mãe mata, sob “a influência do estado puerperal”, o próprio filho, durante o parto ou logo após, cominando em seu preceito secundário pena de detenção de dois a seis anos.

De acordo com a Exposição de motivos do Código Penal:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. No entanto, esta cláusula, como é evidente não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica, é necessário que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de maneira a diminuir a capacidade de entendimento ou de autodeterminação da parturiente.

A fim de conceituar o crime de infanticídio, Teles (2014, p.138) traz em seu entendimento “o Infanticídio é o homicídio da mãe contra o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do Estado Puerperal [...]”¹.

Outra definição é a apontada por Nucci (2014, p.650) trata-se de homicídio cometido pela mãe contra seu filho nascente ou recém-nascido, sob influência do Estado Puerperal. “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, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo) ”.

Na concepção doutrinária de Capez o conceito de Infanticídio “é a cisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do Estado Puerperal”.

O crime de Infanticídio, num conceito semântico, na lição de Guimarães (2013, p.355) “é o crime que consiste em a própria mãe matar o filho recém-nascido, durante o parto ou logo após esse, sob influência do Estado Puerperal. Fora da influência deste estado é de homicídio [...]”.

Para Muakad (2002, p. 81), o Infanticídio é:

[...] o assassinato de um recém-nascido que, segundo as leis romanas, era a criança ao nascer ou *imediatamente* após o parto. – *Infanus Sanguinolentus, cruentatus*. O termo Infanticídio (deriva do latim *infans e coedere* – o que mata uma criança recém-nascida), quer dizer ainda: morte de um infante ou criança que ainda não fala.

Prossegue a autora citando Lazzaretti e Hoffmann que assim se manifestam com relação ao conceito de Infanticídio:

[...] é o assassinato de um infante ao nascer, ou recentemente nascido, cometido por atos positivos ou negativos, pela mãe, ilegitimamente facunda, com o fim de salvar a sua honra ou de subtrair-se a consequentes sevícias [...]

De acordo com Maggio (2004, p.23) a expressão Infanticídio (do latim: *infanticidium*) sempre teve no decorrer da história, o significado de morte de criança, especialmente do recém-nascido [...]. No entendimento de Maggio, para que se possa caracterizar o crime de Infanticídio

¹Define-se parto (do latim *partus*, ação de partir) como o conjunto de fenômenos mecânicos, fisiológicos e psicológicos expulsivos do feto a termo, ou já viável, e de seus anexos, do alveo materno para o exterior. Cf. Croce, Delton. Manual de Medicina Legal, p.245.

na nossa legislação, são necessários três elementos: a) que se trate de feto nascente ou de infante recém-nascido; b) que tenha havido vida extrauterina; e c) que a morte seja intencional.

Ademais, Maggio (2004, p.23) acrescenta um quarto elemento, é necessário que fique averiguado ter sobrevivido realmente uma perturbação psíquica, que é o verdadeiro sentido que contém a expressão “sob a influência psíquica”, que é o verdadeiro sentido que contém a expressão “sob influência do Estado Puerperal”.

Verifica-se desta maneira que para a configuração do crime de Infanticídio necessário se faz o preenchimento dos requisitos em tela.

1.2. Natureza jurídica

Através desse item, classificar-se-á o crime de Infanticídio quanto a sua natureza jurídica. Assim classifica Bitencourt (2012, p.150) que “o crime de Infanticídio é próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso”.

Nesse sentido Greco (2011, p.278), também aponta:

Crime próprio (pois que somente pode ser cometido pela mãe, que atua influenciada pelo Estado Puerperal); simples, de forma livre; doloso, comissivo e omissivo impróprio (uma vez que o sujeito ativo goza do status garantidor); de dano; material; plurissubsistente; monossujeito; não transeunte; instantâneo de efeitos permanentes.

Quanto a natureza, é o crime de Infanticídio um crime próprio que só pode ser cometido pela mãe, em estado especial, ou seja, sob a influência do dito Estado Puerperal.

1.3. Dos sujeitos do delito

Greco (2011, p.278) aponta que Infanticídio é um delito próprio, uma vez que o tipo penal do art.123 do Código Penal indicou tanto o seu sujeito ativo como o sujeito passivo, “Matar, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após [...]”.

Como foi salientado por Greco, é um crime próprio porque somente a mãe pode cometê-lo e contra o próprio filho, nascente ou recém-nascido. Não se trata, na verdade, somente da vida de quem acaba de nascer, mas também da vida de quem está nascendo, pois tanto um

quanto o outro podem ser mortos. Necessário, no entanto, que a mãe esteja sob influência do Estado Puerperal. Por se tratar de um crime próprio não impede que possam existir coautores e partícipes, desde que tenham, logicamente, atividade secundária, acessória.

1.3.1. Sujeito ativo

Busca-se neste item a caracterização do sujeito ativo no crime em estudo.

Para a caracterização do fato típico, é condição indeclinável que o sujeito ativo reúna certa qualidade ou condição. Desta forma, o delito é de autoria limitada, restringindo a capacidade delitiva à genitora puérpera, ou seja, a mãe parturiente, sob influência psíquica do estado fisiológico decorrente do puerpério.

Se referindo a esta caracterização Capez (2012, p.134) leciona que “trata-se de um crime próprio, ou seja, somente a mãe puérpera, a genitora que se encontra sob influência do Estado Puerperal, pode praticar o crime em tela [...]”

Greco (2011, p.279) leciona que:

Analisando-se a figura típica do Infanticídio, percebe-se que se trata, na verdade, de uma modalidade especial de homicídio, que é cometido levando-se em consideração determinadas condições particulares do sujeito ativo, que atua influenciado do Estado Puerperal, em meio a certo espaço de tempo, pois que o delito deve ser praticado durante o parto ou logo após.

Da mesma forma, Bitencourt (2012, p.148) preceitua “somente a mãe pode ser sujeito ativo do crime de Infanticídio e desde que se encontre sob influência do Estado Puerperal [...]”.

Veja-se, portanto, que a doutrina é pacífica no sentido que só a mãe pode ser o sujeito ativo do crime de Infanticídio.

Qualquer pessoa que cometa o crime de Infanticídio, não sendo a genitora, ou até mesmo ela sem sofrer a influência do Estado Puerperal, cometerá crime de homicídio. Para a caracterização do Infanticídio é necessário a presença do Estado Puerperal.

1.3.2. Sujeito passivo

Conforme dispõe o art. 123 do Código Penal, é o próprio filho o sujeito passivo do delito “Matar, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho durante ou logo após o parto”.

Avalia Bitencourt (2012, p.149), “que o sujeito passivo do crime de Infanticídio, enfim, somente pode ser o próprio filho, recém-nascido ou o que está nascendo[..]”.

Conforme Costa Júnior (2006, p.456) se infanticídio é a morte de uma criança nascente, ou nascida há pouco, sujeito passivo do delito é o filho nascente ou neonato. Neonato é o ser que nasceu vivo, ainda que disforme. Nascente é o ser que se põe entre feto e o neonato, podendo ser considerado tal até o apnéico, que ainda não respirou o ar ambiental, mas já acusa batimento do coração.

Nas lições de Capez (2012, p.136) o art. 123 do Código Penal faz expressa referência ao filho, “durante o parto ou logo após”. Se o delito for cometido durante o parto, denomina-se “ser nascente” se logo após, “recém-nascido” ou “neonato”. Haverá delito de Infanticídio se for constatado que o feto nascente estava vivo. Não se cuida aqui de sua vitalidade, ou seja, a capacidade de viver fora do útero materno, pois tal indagação é indiferente. Basta que esteja vivo que tenha apresentado o mínimo de vida funcional [...]”.

Nesse sentido Maggio (2004, p.97) ressalta:

Para configurar o Infanticídio é imprescindível que, no momento e instante da conduta incriminadora, houvesse vida no sujeito passivo. Sendo natimorto o produto da concepção, no momento da ação lesiva, ocorrerá então, o crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, onde a conduta não será punida nem a título de tentativa.

Nota-se, que somente pode ser sujeito passivo do crime de Infanticídio o próprio filho, vocabulário que abrange não só o recém-nascido, mas também o nascente, diante da elementar contemplada no Código Penal, durante o parto ou logo após, a mãe sob influência do Estado Puerperal levou-o a morte.

1.3.3. Da coautoria

Viu-se que o crime de Infanticídio tem punição menos gravosa menos que o crime de Homicídio. Então busca-se agora maior definição quanto a coautoria no crime em tela, ou se é possível punir o coautor pelo crime de Infanticídio ou de Homicídio.

Maggio (2004, p.90) traz o conceito de coautoria (reunião de autorias) – “o coautor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, o 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”.

Leciona ainda Maggio (2004, p.90) que 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 simplesmente instrumento dos outros).

Damásio de Jesus (2005, p.428) classifica a coautoria em três hipóteses:

1º) a mãe e o terceiro que realizam a conduta do núcleo tipo “matar” (pressupondo o elemento subjetivo específico);
 2º) a mãe mata a criança contando com a participação acessória de terceiro;
 3º) o terceiro mata a criança com a participação meramente acessória da mãe;
 Examinemos as três situações: 1º- ambos matam a criança: se tomando o homicídio como fato, haverá a seguinte incongruência: se a mãe mata o filho sozinha, a pena é menor; se com o auxílio de terceiro, de maior gravidade deverá responder por esse delito, sob pena de quebra do princípio unitário que vige no concurso de pessoas; 2º- a mãe mata a criança: o fato principal do Infanticídio, a que acede a conduta do terceiro, que também deve responder por esse delito. Solução diversa só ocorreria se houvesse texto expresso a respeito; 3º- o terceiro mata a criança, contando com a participação acessória da mãe: o crime não pode ser homicídio, uma vez que assim fosse, haveria outra incongruência; se a mãe matasse a criança, responderia por delito menos grave (Infanticídio); se induzisse ou instigasse o terceiro a executar a morte do sujeito passivo, responderia por delito mais grave (participação no homicídio).

De acordo com a lição na citação acima, nota-se que o terceiro envolvido, o coautor, responde sempre pelo crime de Infanticídio e não Homicídio.

Neste norte expõe Greco (2011, p.279):

Quando é a parturiente que, sozinha causa à morte do recém-nascido, mas com a participação de terceiro que, por exemplo, a auxilia materialmente,

fornecendo-lhe o instrumento do crime, ou orientando-a como utiliza-lo, ambos, da mesma forma, responderão pelo Infanticídio, já que a parturiente atuava influenciada pelo Estado Puerperal e o terceiro que a auxiliou conhecia essa particular condição, concorrendo, portanto, para o sucesso do Infanticídio.

Assim o Estado Puerperal é condição do crime de Infanticídio, é elemento essencial assim comunica-se ao coautor.

Nesse sentido definiu Nucci (2014, p.652), “que aquele que presta sua cooperação a prática do Infanticídio é infanticida, e não homicida”.

Na sequência se tem o entendimento de Greco (2011, p.279):

Se o terceiro acede à vontade da parturiente que, influenciada pelo Estado Puerperal, dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar, durante o parto ou logo após, a morte do recém-nascido ou nascente, em qualquer das modalidades do concurso de pessoas, de acordo com a regra contida no art. 30 do Código Penal, deverá ser responsabilizado pelo delito de Infanticídio.

Observa-se que Capez (2012, p.137), elucida com precisão que “os componentes do tipo, inclusive o Estado Puerperal, são elementares desse crime. Sendo elementares, comunicam-se ao coautor ou participe (art.30 do Código Penal), salvo quando este desconhecer a sua existência, a fim de evitar a responsabilidade objetiva”.

Reafirma Nucci (2014, p.652), a posição dos autores acima citados:

[...] tendo o Código Penal adotado à teoria monista, pela qual todos os que colaborarem para o cometimento de um crime incidem nas penas a ele destinadas, no presente caso coautores e partícipes respondem igualmente por Infanticídio. Assim, embora presente a injustiça, que poderia ser corrigida pelo legislador, tanto a mãe que mate o filho sob influência do Estado Puerperal, quando o participe que a auxilia, respondem por Infanticídio. O mesmo se dá se a mãe auxilia, nesse estado, o terceiro que tira a vida do seu filho e ainda se ambos (mãe e terceiro) matam a criança nascente ou recém-nascida. A doutrina é amplamente predominantemente nesse sentido.

Para finalizar Maggio (2004, p.94) complementa que “de qualquer forma, é incontestável que a influência do Estado Puerperal constitui elemento do crime de Infanticídio. Sendo elementar, em regra, torna-se comunicável ao coautor ou participe, salvo se este desconhecesse a sua existência”.

Diante da última exposição, conclui-se que o coautor responde sim pelo crime de Infanticídio, e que hoje a doutrina é clara e pacífica neste sentido.

1.4. Do bem juridicamente protegido

O Infanticídio está inserido no diploma legal no rol dos delitos que têm por finalidade proteger a vida humana. Portanto Greco (2011, p.279) assevera que “o bem juridicamente protegido é a vida do nascente ou neonato”. Para Nucci (2014, p.651) “o objeto jurídico protegido é a vida humana, enquanto o material é a criança, que sofre a agressão”.

Nesse sentido, Bitencourt (2012, p.148) esclarece:

Modernamente, não se distingue mais entre vida biológica e vida autônoma ou extrauterina. É indiferente a existência de capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica, que pode ser representada pela “a existência mínima de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea”.

Maggio (2004, p.55-56) entende que, a objetividade jurídica do crime de Infanticídio é a preservação da vida humana. O Código Penal, ao definir os crimes contra a vida, fez de forma a proteger e tutelar a vida do ser humano, como direito personalíssimo e individual. Com efeito de, a lei protege a vida como bem jurídico supremo, de fundamental valor ao homem.

Prossegue o autor Maggio (2004, p.57-58), com referência ao dever do Estado que “deve impor de forma absoluta o respeito à vida humana, por mais precária ou efêmera que ela seja, desde a concepção até o momento da sua extinção, devendo, ainda, estabelecer mecanismos para a proteção constante, não podendo este dela dispor [...]”.

A Lei n.8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º prevê:

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.²

² BRASIL, Lei. 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 de fev. de 2015.

A vida é o bem mais precioso que Deus deu aos homens, devendo todos de qualquer forma protegê-la.

1.5. Da consumação e tentativa

A consumação do Infanticídio se dá com a morte do filho, levada a efeito pela própria mãe, sob a influência do Estado Puerperal.

Quanta a tentativa Bitencourt (2012, p.155), define:

Como crime material que é, o crime de infanticídio admite a tentativa, e esta se aperfeiçoa quando, apesar da ação finalista do sujeito ativo, a morte do filho não sobrevém por circunstâncias estranhas à vontade daquele. Iniciada a ação de matar, esta pode ser interrompida por alguém que impede sua consumação.

Bitencourt (2012, p.155-156) preceitua ainda, que haverá crime impossível quando a mãe, supondo estar viva, pratica o fato com a criança já morta. Não existirá crime, igualmente, quando a criança nasce morta e a mãe, com o auxílio de alguém, procura desfazer-se do cadáver abandonando-o em lugar ermo.

Para Damásio (2005, p.429) “o momento da consumativa ocorre com a morte do nascente ou neonato. E a tentativa é admissível”.

Sobre a definição de consumação e tentativa Capez (2012, p.140) destaca:

A consumação se dá com a morte do neonato ou nascente. A ação física do delito deve ocorrer no período a que a lei se refere, “durante ou logo após o parto”, diferentemente da consumação, ou seja, a morte do recém-nascido ou neonato, que pode ocorrer tempos depois. [...] a tentativa é perfeitamente possível, e ocorrerá na hipótese em que genitora, por circunstâncias alheias a sua vontade, não logra eliminar a vida do ser nascente ou neonato.

De acordo com Maggio (2004, p.118) acrescenta em sua obra “para que haja a tentativa, é preciso que a autora tenha a intenção de produzir um resultado mais grave do que aquele que realmente vem a conseguir. Assim, o elemento subjetivo da tentativa é o dolo [...]”.

Esse tipo penal não prevê a modalidade culposa. Alguns sustentam que a mãe que matar o próprio filho durante o parto ou logo após, por não observar que o dever objetivo do cuidado que, nas circunstâncias, se impõe, respondera por homicídio culposo, enquanto para outro esse fato é atípico. Na verdade, comportamento como esse não encontra correspondência na definição do crime de Infanticídio, silenciando o Código Penal quanto à tipificação culposa. Enfim, não havendo prova de que a mãe quis a morte do próprio filho ou assumiu o risco de produzi-la, não se pode falar em crime de Infanticídio, em razão do princípio da excepcionalidade do crime culposos.

1.6. Da distinção de aborto e infanticídio

Necessário se faz ao estudar-se o crime de Infanticídio, primeiramente distingui-lo do crime de aborto.

Acerca desse título Damásio (2005, p.428) ordena:

[...] antes do início do parto existe aborto; a partir de seu início, Infanticídio. O parto começa 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 a parte externa do útero. Por último, há a expulsão da placenta. O parto está terminado. A morte do sujeito passivo, em qualquer dessas fases, constitui Infanticídio [...].

Nesse sentido Nucci (2014, p. 652) expressa:

Menciona a lei penal que o Infanticídio pode ser lugar durante o parto ou logo após. Nesta última hipótese, não há dúvida, inexistente aborto. [...] o início do parto dá-se com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência como orifício uterino), pois a partir daí o feto torna-se acessível às violentas (por instrumento ou pela própria mão do agente). Assim, iniciando o parto, torna-se o ser vivo sujeito ao crime de Infanticídio. Antes é hipótese de aborto.

Necessário se faz ainda, uma conceituação clara e objetiva quanto ao aborto, conforme caracteriza Guimarães (2013, p.356):

[...] (Latim *ab* = privação; *ortus*= nascimento) interrupção da gestação, com expulsão ou não do feto, do que resulta a sua morte. Será ovular, se ocorrer no primeiro mês de gestação; embrionário, se der no fim do primeiro mês até o fim do terceiro mês de gravidez; ou fetal, se verificar do quarto mês em diante. O aborto doloso é crime e se configura em qualquer fase da gestação. O aborto criminoso consiste na morte do feto, antes de ter início o nascimento; provocado ou consentido pela gestante [...].

Diante dos conceitos expostos acima, denota-se a grande diferença entre aborto e Infanticídio, antes de iniciado o parto, a ocisão do feto é Aborto; após aquele ter começado o parto, o crime é Infanticídio, desde que seja praticado sob influência do Estado Puerperal, desta forma o legislador aplica corretamente o tipo no caso concreto de forma clara e sem sobressaltos.

1.7. Agravantes

Com relação as agravantes no delito em apreço encontram-se as seguintes afirmações.

Segundo Capez (2012, p.141) não incide as agravantes previstas no art.61, II, *e eh*, do Código Penal (crime cometido contra descendente e contra criança), vez que integram a descrição do delito de Infanticídio.

Quanto à possibilidade de aplicação da circunstância agravante Greco (2011, p.280) em sua obra faz a seguinte pergunta:

Tratando-se de crime de Infanticídio, como o fato narrado no tipo penal diz respeito à conduta da mãe que, influenciada pelo Estado Puerperal, causa a morte do seu próprio filho, durante o parto ou logo após, caberia a aplicação da circunstancia agravante prevista no art. 61, II, e, segunda figura (ter cometido o crime contra descendente)?

Em resposta Greco (2011, p.280) prossegue:

Não, pois, caso contrário, estaríamos fazendo o uso do chamado *bis in idem*, pois que a própria redação contida no caput do art.61 do Código Penal diz serem “circunstancias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam crime. Na infração penal em estudo, a condição de filho é elementar constitutiva do delito de Infanticídio, razão pela qual a pena não poderá ser agravada no segundo momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal.

Nota-se a não possibilidade de agravantes no delito em análise, por uma única razão a prática de tal delito contra descendentes é circunstância típica, sendo que se aplicada a agravante, estaria o magistrado lesando o princípio basilar “ne bis in idem”.³

Faz-se necessário ressaltar a ação penal atribuída ao Infanticídio, bem como o seu procedimento.

1.8. Da ação penal e procedimento

Neste ponto, intenta-se apenas que esclareça o tipo de ação penal aplica-se ao crime de Infanticídio e o seu procedimento quanto a competência do Tribunal do Júri.

Assevera Capez (2012, p.143) que:

A ação penal é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público tem a atribuição exclusiva para a sua propositura, independente de representação do ofendido. Por se tratar de crime doloso contra a vida, o delito de Infanticídio insere-se na competência do Tribunal do Júri, de modo que os processos de sua competência seguem o rito procedimental escalonado (art. 406 a 497 do Código de Processo Penal).

Também traz seu entendimento Damásio (2007, p117):

O Infanticídio é apenado com detenção, de dois a seis anos. A ação penal é pública incondicionada. A autoridade, tomando conhecimento do fato deve proceder de ofício, instaurando inquérito policial, independentemente da provocação de qualquer pessoa. O Promotor Público, recebendo o inquérito policial, deve iniciar a ação penal por intermédio de oferecimento da denúncia. O procedimento criminal, para ser instaurado, não se subordina a qualquer condição de procedibilidade. |

Neste sentido alega Bitencourt (2012, p.160):

A pena é a detenção de dois a seis anos, para o crime consumado. Não há previsão de qualificadoras, majorantes ou minorantes especiais nem a

³ Ne bis in idem- Não duas vezes pela mesma coisa. Axioma jurídico, em virtude do qual ninguém pode responder, pela segunda vez, sobre o mesmo fato já julgado, ou ser duplamente punido pelo mesmo delito. Disponível em: <http://www.dicionariodelatim.com.br/non-bis-in-idem/> Visto em: 26 de fev. de 2015.

modalidade culposa. A ação penal é pública incondicionada. Como toda ação penal pública, admite ação privada subsidiária, nos termos da Constituição Federal, desde que haja inércia do Ministério Público.

Conclui-se desta forma o primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, dando continuidade ao estudo do Estado Puerperal, analisando os elementos caracterizadores do tipo em análise confirmando ou negando a ocorrência do delito.

2. DO ESTADO PUERPERAL NO INFANTICÍDIO

Neste segundo capítulo, discorrer-se-á sobre o Estado Puerperal, seus conceitos, bem como, tratar-se-á sobre a influência que exerce, ou possa exercer esse estado na psique da parturiente ao ponto de não ter noção do caráter ilícito ou de determinar-se conforme essa ilicitude, nos casos concretos.

2.1. Conceito de estado puerperal

Ante o tema em estudo, necessário se faz, a fim de maiores esclarecimentos trazer à definição do Estado Puerperal.

Acerca disso Nucci (2014, p. 650) comenta:

O Estado Puerperal é o estado que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Há profundas alterações psíquicas e físicas, que chegam a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo. É uma hipótese de semi-imputabilidade⁴ que foi tratada pelo legislador com a criação de um tipo especial [...].

Guimarães (2003, s.p) salienta que:

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.

Ambos os autores citados acima destacam que o Estado Puerperal gera na genitora profundas alterações de ordem física e psíquica causando a consequência de não conseguir discernir o caráter ilícito do ato que está praticando.

Neste norte Fernandes (1996, p.p. 122-123) pondera que “esse estado pode provocar, segundo tratadistas de nome, uma obnubilação⁵ das faculdades mentais, levando a puerpera, às vezes, a não entender o caráter criminoso do fato ou a não se determinar de acordo com ele”. Relata Maranhão (1997, p.235), o chamado Estado Puerperal constitui uma situação *sui generis*⁶, pois se trata de uma alienação, nem de uma semi-alienação. Mais também não se pode dizer que seja uma situação normal.

⁴Semi-imputabilidade: “A semi-imputabilidade ou Responsabilidade Diminuída são os chamados casos fronteiros, isto é, as pessoas que não tem em sua plenitude, as capacidades intelectivas e volitivas. Aparece nas formas menos graves de oligofrênica e de doenças mentais. A semi-imputabilidade não exclui a culpabilidade, sendo tão somente uma causa especial de diminuição de pena.” Cf. JÚNIOR, José Luiz. Inimputabilidade. São Paulo, 14 abr. 2005. Direito Net. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2005/Imputabilidade>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁵Obnubilação: “A obnubilação é uma alteração (obscurecimento) do estado de consciência e diminuição do estado de vigília resultante de uma perturbação, doença ou traumatismo. A capacidade mental e de reação ao ambiente está diminuída e o doente mostra apatia, sonolência, diminuição de resposta aos estímulos e desorientação têmporo-espacial. ” Cf. LOPES, Fernando. Obnubilação. São Paulo, 10 out. 2010. Disponível em: <http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Obnubila%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁶Suis Generis: “É uma expressão em latim que significa "de seu próprio gênero" ou "único em sua espécie". Muita utilizada no Direito, ela indica algo que é particular, peculiar, único. Reporta-se a um fato singular, por exemplo.”

Pode-se extrair do todo mencionado, que o Estado Puerperal é uma alteração fisiopsicológica, que envolve não só o físico da mulher, mais sim o seu psicológico fazendo com que os ânimos desta estejam tão insuportáveis ao ponto de que não consiga discernir o certo do errado.

Partindo desse raciocínio para Muakad (2002, p.150) em sua obra leciona que “o Estado Puerperal é um estado fisiológico normal”.

Para Zanotti (2005, p.234), *apud* Silva e Botti, “a Depressão Puerperal é um transtorno mental de alta prevalência e provoca alterações emocionais, cognitivas, comportamentais e físicas. Inicia-se de maneira insidiosa, levando até semanas após o parto”.

Zanotti (2005, p.232) ainda acrescenta:

Na fase puerperal a mulher encontra-se exposta a maiores riscos de aparecimento de transtornos mentais em relação a outras fases da vida, uma vez que as suas defesas tanto físicas quanto psicossociais são direcionadas à proteção e vulnerabilidade do bebê.

Diante do exposto pelo doutrinador retro citado, vê-se que durante toda a gestação e no momento do parto a mãe, a mulher encontra-se em um momento frágil, delicado, em que tudo está voltado para si e para o fruto que carrega em seu ventre, encontrando-se mais propensa ao aparecimento de transtornos mentais.

Já nas palavras de Heleno Claudio Fragoso *apud* Muakad (2002, p.150):

O Estado Puerperal pode ser considerado como um conjunto de sintomas fisiológicos, que se inicia com o parto e permanece algum tempo após o mesmo. Não há dúvida de que existe o Estado Puerperal durante o parto, e logo após o mesmo. Nosso Código Penal vigente, adotando o critério fisiológico, considera essencial no crime de Infanticídio, a perturbação psíquica que o puerpério pode acarretar na parturiente.

Prossegue ainda Muakad (2002, p.150), em suas lições, firmando que o Estado Puerperal existe sempre, mais nem sempre ocasiona perturbações emocionais na mulher, que

Cf. JÚNIOR, José Luiz. Suis Generis. São Paulo, 20 mai. 2013. Direito Net. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/977/Sui-generis>. Acesso em: 13 abr. 2015.

possam a levar a morte do próprio filho. O processo do parto, com suas dores, a perda de sangue e o enorme esforço muscular, pode determinar facilmente uma momentânea perturbação de consciência. E esse estado torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado.

Na lição anterior, denota-se que para Fragoso o que leva a mãe a matar seu próprio filho, é o processo do parto angustiante.

Capez (2012, p.142) esclarece sobre a questão:

Trata-se o Estado Puerperal de perturbações, que acometem 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 da mulher, produzindo sentimentos de angústia, ódio, desespero, vindo ela a eliminar a vida de seu próprio filho [...].

Nas palavras de Carvalho (2007, s.p.) tem-se, ainda, que:

O Estado Puerperal é um dos elementares do infanticídio, é aquele que envolve a mãe durante a expulsão da criança do ventre, podendo ter profundas alterações psíquicas e físicas, transtornando a parturiente, deixando-a sem plenas condições de compreender o que está realmente fazendo.

Notadamente, diante das alterações apresentadas, os riscos para manifestação do Estado Puerperal aumentam, podendo acarretar na mãe alterações psíquicas, quanto físicas.

Neste sentido, afirma Muakad (2002, p.146) acerca do Estado Puerperal:

Alterações emocionais também poderão advir do fenômeno obstétrico. Algumas são de pouco vulto; outras, no entanto, se intensificam pelo trauma psicológico e pelas condições do processo fisiológico do parto solitário, angústia, aflição, dores, sangramentos e extenuação, cujo resultado traria um estado confusional capaz de levar à prática do crime. Tal situação caracteriza o denominado Estado Puerperal [...].

Muakad (2002, p.147) ainda, apresenta algumas alterações sofridas pela parturiente quando do Estado Puerperal:

Entre as alterações psíquicas temos atenção, falha, percepção sensória, deficiente, memória de fixação e de evocação escassas, dificuldade em diferenciar o subjetivo do objetivo, juízo crítico concreto e abstrato enfraquecidos, discernimento inibido implicando na incapacidade de avaliação entre o lícito e o ilícito, inadaptação temporária e desorientação afetivo emocional.

Diante das lições expostas acima, pode se notar que via de regra, pode o Estado Puerperal ocorrer em gestantes aparentemente normais “fisicamente e mentalmente” que expostas a alterações hormonais, corporais, mentais, dificuldade econômico-financeiras, estão sujeitas ao afloramento do Estado Puerperal, podendo leva-las a eliminar o próprio filho.

2.2. Do puerpério

Tratar-se-á agora do Puerpério, com o apoio do conceito doutrinário apresentado por Greco (2011, p.280) que declara:

Puerpério, sobreparto ou pós-parto, é o período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havidas após o parto. Há, contemporaneamente, importantes modificações gerais, que perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da prenhes. A relevância e a extensão desses processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas experimentadas, isto é, diretamente subordinadas à duração da gravidez. (grifo do autor)

Refere-se o autor acima que o período que perdura o puerpério é variável e impreciso, haja vista o desenrolar da recuperação da mãe.

Quanto ao conceito de Puerpério Telles (2004, p.166) frisa:

Puerpério é o período de tempo, variável conforme as características de cada parturiente, compreendido entre o parto e até oito semanas, em que a mulher experimenta profundas modificações genitais e psíquicas, com o gradativo retorno ao período não gravídico. Inicia-se com a dequitação da placenta. Sofre a mulher diversas modificações nos aparelhos cardiocirculatório, digestivo e urinário, alterações sanguínea, da pele e, o que mais interessa aqui, alteração psíquica. A experiência traumática do parto, com dores, contrações, enorme esforço físico, toda a expectativa da maternidade, o início da lactação e a presença do recém-nascido, somada à alteração do ritmo de sono, podem

trazer para a mãe alterações de natureza psíquica que vão de simples crises de choro até crises depressivas, seguidas de instabilidade emocional e até mesmo de um quadro de psicose puerperal. É o Estado Puerperal que trata do Código Penal.

O levantado por Telles anteriormente elucida que sofre a parturiente de várias alterações, as quais podem ser de ordem psíquicas, levando-a a crises depressivas, podendo ocasionar um quadro de psicose puerperal.

Já no entendimento de Nucci (2014, p.565), o puerpério é o “período que se estende do início do parto até a volta da mulher as condições pré-gravidez. Como toda mãe passa pelo Estado Puerperal - algumas com graves perturbações e outras com menos”.

Para Maggio (2004, p.25) Puerpério (vem de *puer*: criança, *parere*: parir). É o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas.

Guimarães (2003, s.p) comenta que o puerpério é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas.

Silva *apud* Muakad (2002, p.151) explicita que “o puerpério começa logo depois da expulsão da placenta e termina pela completa regressão dos órgãos genitais, que gasta geralmente o período de cinco a seis semanas. ”

Pois bem, verifica-se que, em suma, o Puerpério pode ser tido com a duração do início e termino das condições gravídica da mulher.

Na concepção de Costa Junior (2005, p.264) nota-se que Puerpério (de *puer* e *parere*) é o período que vai da dequitação, isto é, do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas. Sua duração é, pois, de seis a oito semanas, conquanto alguns a limitem ao prazo de seis a oito dias. A mulher, mentalmente sadia, abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fadigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho.

Por outro lado, Gomes (1997, p.746) afirma que 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. Sua duração é de seis a oito semanas.

Temos, pois, puerpério imediato (até dez dias após o parto), tardio (e vai até os quarenta e cinco dias) e o puerpério remoto (de quarenta e cinco dias em diante);

Expõe ainda Gomes (1997, p.746) em referência quanto ao puerpério:

Trata-se, portanto, de um quadro fisiológico, comum a todas as mulheres que dão à luz, com começo, meio e fim determinados, capaz, em alguns casos, de causar alterações do psiquismo materno, de duração e gravidade variadas, porém de fácil detecção, via diagnóstico médico, clínico e/ou laboratorial (por ex. psicose puerperal, depressão pós-parto).

Verifica-se que os autores citados possuem o mesmo conceito quanto ao que possa ser o puerpério e sua duração que varia de seis a oito semanas, apesar da lei não fixar tal prazo. Mas o que realmente importa para a caracterização do crime não é o período de duração, mas sim o fato de a mulher estar sob a influência do Estado Puerperal.

Por conseguinte, serão analisadas as correntes psicológicas e fisiopsicológicas que envolvem o estudo.

2.3. Análise dos critérios psicológicos e fisiopsicológicos

O Código Penal de 1940 abandonou o motivo de honra, na conceituação do crime de Infanticídio, passando a admitir o critério fisiopsicológico atrelando a influência do Estado Puerperal, como motivo do especial tratamento penal a parturiente.

Nesse sentido Almeida Júnior e Costa Júnior (1996, p.381) lecionam que os Códigos Penais, quando fazem do Infanticídio um delito *suis generis*, menos grave que o homicídio, levam em conta a perturbação emotiva da mulher, determinada por uma causa social, que é o receio da desonra (Infanticídio *honoris causa*). O nosso Código, porém, conquanto considere também a perturbação emotiva, exige que ela decorra de um fator fisiológico.

2.3.1. Critério psicológico

Inicialmente será abordado o critério psicológico, que visa somente à proteção à honra. Foi este critério o utilizado em nossos estatutos anteriores como privilégio, acolhido esse critério, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio.

Ante essa corrente Jesus (2007, p.521) conceitua:

De acordo com o critério psicológico, o Infanticídio é descrito tendo em vista o motivo de honra. Ocorre quando o fato é cometido pela mãe a fim de ocultar desonra própria. Era o critério adotado pelo Código Penal de 1890.

Quanto a Maggio (2004, p.36) exhibe:

Legislações que precederam aos dias de hoje apoiaram-se no sistema psicológico para a concessão do privilégio, sendo necessário para a subsunção típica do crime de Infanticídio que a mãe agisse *honoris causa*, com a finalidade de ocultar gravidez ilegítima e fora do matrimônio. Assim, na escala de valores, o bem jurídica vida (do filho) estava renegado a segundo plano, em detrimento da honra exclusivamente sexual da mãe. (*grifo do autor*).

Existe algo mais forte que a honra que é o instinto da maternidade, o afeto – obrigatório – à própria criatura. Quem vence este instituto e passa por cima desse dever, é um ser que já perdeu o sentido humanitário, assim, a imoralidade daquele que destrói a própria prole não pode ser moralizada por qualquer tipo de honra.

Ainda o autor acima (2004, p.36) preceitua a corrente psicológica, a concessão do privilegio, apoia-se no *motivo de honra*, visando ocultar gravidez clandestina, ou seja, relacionado ao conceito de honra com *prehes ilegítima*, para resguardar a moral pelo aspecto exclusivamente sexual.

Andreucci (1999, p.70) vê no Infanticídio um verdadeiro estado de necessidade em razão do conflito de bens entre a honra aparente do agente e a vida do feto, e nessa disputa acaba sobrevivendo a “honra” em detrimento da vida do feto nascente ou do recém-nascido.

Bitencourt (2012, p.161) arrazoa: o critério psicológico pretende justificar-se no desejo de preservar a honra pessoal, como, por exemplo, a necessidade de ocultar maternidade.

Muakad (2002, p.145) no que pertine a essa temática, estabelece:

O critério psicológico ou motivo de honra sofreu inúmeras críticas por parte dos estudiosos e já vinha se desgastado através dos tempos. Todavia, o que mais influenciou para que ao início do século XX, os doutrinadores procurassem estabelecer outro fundamento para a diminuição da pena nos casos de Infanticídio, foi à necessidade de afastar-se a injustiça que se praticava ao restringir a *honoris causa* apenas à gravidez ilegítima.

Esta foi a corrente do critério psicológico utilizada pelos doutrinadores até o advento do atual Código Penal, que atribui ao crime de Infanticídio o fator fisiopsicológico a fim de exterminar com as injustiças havidas durante aquela época.

Assim, será abordado a seguir o critério Fisiopsicológico ou Biopsíquico, visando somente o motivo de proteção à honra, esse sistema foi adotado por vários estatutos anteriores que tratava esse critério como privilegio para o fato delituoso.

2.3.2. Critério fisiopsicológico ou biopsíquico

Este critério foi o adotado no Código Penal Brasileiro de 1940, atrelando como atenuante ao crime de Infanticídio à influência do Estado Puerperal, contemplando este como um *delictum exceptum*, ou seja, um crime intencional. Deverá verificar se o agente sofre de perturbação psíquica devido ao Estado Puerperal e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Jesus (2007, p.106) assevera que:

[...] nos termos do critério fisiopsicológico, não é levada em consideração a *honoris causa*, isto é, o motivo de preservação da honra, mais sim a influência do Estado Puerperal. É o critério de nossa legislação penal vigente. (*grifo do autor*)

Guimarães (2003, s.p) explicita:

A legislação vigente adotou como atenuante 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 do Estado Puerperal. (*grifo do autor*)

Para maior compreensão, na lição de Maggio (2004, p.80) ele prescreve nesse sentido:

Os defensores da corrente fisiopsicológica, em seu primeiro lugar, tinham um forte argumento que consistia em resolver o problema das injustiças que um critério psicológico puro trazia. Pelo novo critério (Estado Puerperal) o benefício não mais estaria relacionado o conceito de honra com prenhes ilegítima.

Assim, a influência do Estado Puerperal ampliou o privilégio do crime em comento, tendo como consequência uma atenuante.

Ademais, no Código Penal de 1969, o objetivo do Infanticídio era a proteção da mulher quanto ao pudor, hoje por sua vez, buscou o legislador observar a dor e as perturbações havidas quando do momento do parto.

Afirma ainda, Bittencourt (2012, p.p.140 e 141) que “o nosso Código Penal, que adota o critério fisiológico, considera fundamental a perturbação psíquica que o Estado Puerperal pode provocar na parturiente”.

Valendo-se do conceito doutrinário, Capez (2007, p.696) assim preceitua:

Não basta que o crime seja cometido durante o parto ou logo após, pois é necessário que a genitora esteja sob influência do Estado Puerperal. É que, em decorrência do puerpério, perturbações de ordem física e psicológica podem acometer a mulher, motivando-a a eliminar a vida do infante. Pode suceder que a eliminação do neonato ou ser nascente se dê sem que a vítima se encontre acometida de desequilíbrios decorrentes do Estado Puerperal. Nesse caso, o crime será o de homicídio. É que nem sempre o fenômeno do parto acarretará tais desequilíbrios, devendo o caso ser objeto de análise pelo perito-médico. Na dúvida, o delito de Infanticídio não deverá ser afastado.

Do que foi proposto por Capez, sempre haverá a necessidade de análise de um perito-médico para averiguar se a genitora se encontrava no momento do delito sob influência do Estado Puerperal, pois se não a encontrar sob influência responderá pelo delito de homicídio descartando-se a hipótese de Infanticídio, mas na dúvida não deve ser afastado o crime em tela. Por isso da necessidade em realizar exame na puérpera.

Enfim, passa-se à análise do elemento normativo temporal.

2.4. Elemento normativo temporal

O título em estudo, neste momento, visa a compreensão do elemento temporal durante ou logo após o parto que envolve o crime de Infanticídio, pois para que esteja caracterizado este crime é necessário que este tenha sobrevivido durante ou logo após o parto.

Jesus (2007, p.109), aduz que se o fato é cometido pela mãe durante o parto ou logo após, e sob influência do Estado Puerperal, responde pelo delito de Infanticídio, mas se o crime é praticado em momento diverso, responde por homicídio.

Quanto ao elemento normativo temporal Jesus (2007, p.109) acrescenta:

Se a morte do filho é produzida durante o parto ou logo após, há Infanticídio. Se a morte da criança ocorre antes do início do parto, trata-se de aborto. Por último, se a morte do sujeito passivo se dá depois do lapso temporal “logo após” o parto, existe homicídio. De ver-se que também há delito de homicídio se o fato é cometido pela mãe durante o parto ou logo após, mas sem influência do Estado Puerperal.

Nesse sentido definiu Telles (2004, p.165):

Exige o tipo que a morte do filho seja realizada durante o parto ou logo após. O parto inicia com o rompimento do saco amniótico e vai até a expulsão da placenta, com o corte do cordão umbilical. A morte nesse intervalo corresponde ao elemento temporal durante o parto. É a morte do nascente.

Em um breve comentário Capez (2007, p.p.228-229), relata que “a ação física deve ocorrer durante ou logo após o parto, não obstante a superveniência da morte em período posterior. Antes do início do parto, a ocasião contra o fruto da concepção caracteriza o delito de aborto.

Parece evidente que para a caracterização do crime em comento deve este ocorrer durante ou logo após o parto, se não ocorrer poderá se a caracterizar o delito antes do parto, como aborto e após como homicídio.

Neste sentido ressalta Greco (2011, p.244):

O Código Penal determina em limite temporal para que se possa caracterizar o delito de Infanticídio. Além de exigir que o fato seja cometido pela mãe seja

influência pelo Estado Puerperal, causando a morte do próprio filho, determina que esse comportamento seja levado a efeito *durante o parto* ou *logo após*.

A expressão *durante o parto* nos está a indicar o momento a partir do qual o fato deixa de ser considerado como aborto e passa a ser entendido como Infanticídio. Dessa forma, o marco inicial para o raciocínio correspondente à figura típica do Infanticídio é, efetivamente, o *início do parto*. (*grifo do autor*)

A respeito do elemento normativo temporal Muakad (2002, p.105) observa “O período durante o qual o Infanticídio é passível de ser praticado e marcado pelo início do parto e se estende até logo após o parto [...]”.

Ressalta ainda Muakad (2002, p.106) que:

A referência a prática do Infanticídio durante o parto foi uma inovação do Código Penal de 1940, admitindo, com isso, dois momentos para a prática do delito: o neonatal e o intranatal. O neonatal permaneceu, mas com o seu período encurtado, isto é, “logo após” em lugar dos sete primeiros dias, acrescentando-se o intranatal: matar durante o parto.

Neste sentido Bittencourt (2012, p.152) preceitua:

O que ninguém nega, o que todos reconhecessem e proclamam, sem sombra de dúvida, é que, durante o parto ou logo após, há Estado Puerperal. Não importa se começa antes ou vai além, o fato é que, infalivelmente, com menor ou maior intensidade, ocorre durante ou logo após [...].

A respeito do momento temporal logo após o parto Muakad (2002, p.110) leciona:

Na maioria das vezes, o fato tempo não produz alterações na mecânica criminosa; entretanto, há crimes em que o momento da realização da conduta, isto é, o elemento temporal, é fato importante para a sua caracterização ou para a determinação de uma circunstância agravante. Cite-se por exemplo o furto noturno, modalidade de furto simples, que tem pena aumentada um terço se o crime é praticado durante o repouso noturno (parágrafo I do artigo 155 do Código Penal). Outra hipótese é a violação de domicílio durante a noite (artigo 150, parágrafo I do mesmo diploma legal). A lei não fixa o limite de prazo após o parto em que ocorre Infanticídio e não homicídio; todavia, o elemento tempo para configurar o Infanticídio é evidenciado na expressão “logo após”.

A medicina visualiza formas distintas de início do parto, que depende da natureza que assume a mãe para a consumação deste. Assim, conforme denomina Greco (2011, p.244) nas palavras de Jorge Rezende “temos que trabalhar com duas espécies diferentes de parto, que possuem dois momentos distintos” primeiramente, o parto considerado normal ou natural.

Conforme nos esclarece Greco (2011, p.244):

Clinicamente o estudo do parto compreende três fases principais (dilatação, expulsão, secundamento), procedidas de estágio preliminar, o período premonitório [...]. É o período premonitório caracterizado precipuamente, pela descida do fundo uterino.

Expõe, ainda, Greco (2011, p. 244) as fases do parto que podem ser classificadas: a) Dilatação, ou 1º período; b) Expulsão, ou 2º período; c) Secundamento, ou 3º período.

Desta maneira, consoante o exposto, pode-se ressaltar que o parto se inicia com a dilatação.

Em continuidade, a segunda espécie de parto que por sua vez ocorre com muita frequência é a cesariana ou cesárea. Jorge de Rezende citado por Greco (2011, p.245) assim denomina esta forma de parto como sendo “ato cirúrgico consistente em incisar o abdome e a parede do útero para liberar o concepto aí desenvolvido”.

No caso da cesariana, a doutrina tem firmado que o início do parto pode ocorrer, em três momentos “com a dilatação do colo do útero; com o rompimento da membrana amniótica; com a incisão de camadas abdominais”. Ante o exposto, uma vez iniciada a incisão entende-se iniciado o parto.

Defende Nucci (2014, p.565):

O Infanticídio exige que a agressão seja cometida *durante o parto* ou *logo após*, embora sem fixar um período preciso para tal ocorrer. Deve-se, pois, interpretar a expressão “logo após” com o caráter de imediatidade, pois, do contrário, poderão existir abusos [...]. (*grifo do autor*)

Tem-se que interpretar a expressão durante ou logo após em harmonia com a influência do Estado Puerperal.

Passa-se ao estudo do tipo objetivo e subjetivo que envolve o tema abordado.

2.5. Do tipo objetivo e do tipo subjetivo

Para a caracterização do crime em apresso, nenhuma das elementares, podem ser avaliadas isoladamente. Passando assim, ao estudo o tipo objetivo e o tipo subjetivo do crime de Infanticídio.

Discorre Bittencourt (2012, p.153) acerca do tipo objetivo:

A ação nuclear descrita no tipo penal é exatamente a mesma do homicídio, *matar*. Assim, toda e qualquer conduta que produzir a supressão da vida humana, tal como no homicídio, pode sinalizar o início da adequação típica do crime de Infanticídio. Contudo, a norma que emerge do artigo 123 do Código Penal definidor do crime de Infanticídio, é produto de *lexspecialis*, que exige consequentemente, a presença de outros elementos da estrutura típica. A conduta típica consiste em *matar*, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto. (*grifo do autor*)

Ainda discorre Bittencourt (2012, p.153):

Trata-se, com efeito de crime próprio (mãe e sob influência do Estado Puerperal) e privilegiado, pois o verbo núcleo do tipo é o mesmo do homicídio (art.121 do CP), mais a pena cominada é bem reduzida, para a mesma ação matar.

Ainda nesse mesmo intento Nucci (2014, p.565) traz seu entendimento:

Observe-se que o verbo 'matar' é o mesmo do homicídio, razão pela qual a única diferença entre o crime de Infanticídio e o homicídio é a especial situação em que se encontra o agente. Matar significa eliminar a vida de outro ser humano, de modo que é preciso que o nascente esteja vivo no momento em que é agredido [...].

Por outro lado, o tipo subjetivo do crime de Infanticídio é o dolo, a vontade de causar o delito. Desta forma deverá a agente agir no sentido de produzir a morte do filho, agindo com vontade livre e consciente.

Conforme expõe Costa Júnior (2005, p. 385), “a norma só previu a modalidade dolosa do Infanticídio. O dolo previsto em lei é o direito (representação da vontade de causar a morte do nascente ou neonato), ou eventual (assunção do risco da morte do filho)”.

No parecer de Jesus (2007, p.109):

O Infanticídio só é possível a título de dolo, que corresponde à vontade de concretizar os elementos objetivos descritos no art. 123 do CP “matar, sob influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”, portanto, admite-se de forma direta, em que a mãe que precisamente a morte do próprio filho, e a forma eventual, em que assume o risco de lhe causar a morte.

Não há Infanticídio culposo, uma vez que no artigo 123 do CP o legislador não refere a modalidade culposa (Código Penal, artigo 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 influência do Estado Puerperal, agindo culposamente. Haverá, neste caso, homicídio culposo, descrito no artigo 121 do Código Penal.

Ocorre que, se a mãe age influenciada pelo Estado Puerperal, isto é, sem conseguir discernir o lícito e ilícito, não deveria somente existir no elemento subjetivo o dolo, mas deve-se atribuir também a modalidade culposa ao crime.

Como Teles (2004, p.166) preceitua que além do dolo deve a mãe estar sob influência do Estado Puerperal, imprescindível se faz conhecermos acerca desta influência para maior compreensão do tema proposto para estudo.

Na concepção de Almeida Junior e Costa Junior (1996, p.614) a influência do Estado Puerperal e a perturbação psíquica em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos, chegando por isso a matar o próprio filho.

Segundo Muakad (2002, p.147):

É pacífico o entendimento de que a influência do Estado Puerperal há simplesmente de diminuir ou reduzir a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente. Assim verificada à relativa incapacidade de autodeterminação em decorrência do Estado Puerperal da mãe e, a morte do filho nascente ou neonato, estará configurado o crime de Infanticídio.

Nesse sentido Teixeira (1998, p. 105) deixa claro seu entendimento diante da influência do Estado Puerperal:

O Estado Puerperal pode provocar modificações no psiquismo da mulher como pode também não provocar. Não é regra absoluta que ele sempre provoque aquela modificação do psiquismo. A instalação daquele estado não significa obrigatoriamente que a mulher tenha sido doente mental, seja ou vá ser. No caso da mulher vir a ser portadora de doença mental, cuja etiologia resida naquele estado, e tiver sido suprimida sua capacidade de entendimento e de se determinar, a mulher será enquadrada no *caput* do art. 26⁷ do Código Penal.

Pelo que se verifica o autor retro citado expõe acima que se estiver suprimida a capacidade de entendimento e de se determinar a mulher infanticida será enquadrada no *caput* do art.26 do CP, que dispõe acerca da imputabilidade penal, ou seja, será ela inimputável.

A mulher presa ao Estado Puerperal e diante de todos os transtornos elencados anteriormente, é facilmente, capaz de matar a própria prole.

Essas psicoses ou alucinações serão de grande ou nenhuma importância. Quanto mais se agigantarem, mais toldarão a consciência da mulher. Haverá ocasiões em que puérpera⁸ praticará o Infanticídio em estado de total irresponsabilidade. Mais seja qual for a influência do Estado Puerperal a pena existirá sempre. O ato mesmo praticado em estado de total irresponsabilidade será passível de punição.

Acrescenta ainda Teles (2004, p.166):

⁷Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 de abr. de 2015.

⁸ Puérpera - Aquela que acabou de dar à luz; mulher que teve o (a) filho (a) há pouco tempo. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/puerpera/> Acesso em: 29 de abr. de 2015.

Terminando o parto o neonato, ainda continua sob a proteção da norma, pois que o Infanticídio também ocorrerá logo após. A lei não fixa prazo, em horas, dias ou semanas. Conquanto o tipo não apenas elementos objetivos, mas também um de natureza subjetiva, que é o mais importante e indispensável para a sua conformação – sob influência do Estado Puerperal – a determinação do elemento temporal deve ser feita em conjunto com a duração desse estado de perturbação psíquica. Assim, a conclusão a que se deve chegar é a de que, enquanto mãe estiver sob influência do Estado Puerperal, pode-se considerar que há Infanticídio.

Poucos doutrinadores se aventuram a afirmar que o Estado Puerperal, por si só, produz total irresponsabilidade da puérpera, alguns reconhecem no puerpério uma causa que, incidindo sob o psiquismo da mulher a torna apenas semi-responsável e, portanto, semi-imputável. Daí a conclusão que, para a mulher, futura mãe, a chegada do recém-nascido é considerada um presente, mas como humor, alteração da capacidade de compreensão, em geral todo seu emocional.

Para que se possa entender como é verificado o Estado Puerperal na agente, buscam-se esclarecimentos com base em dois doutrinadores, como primeiro se tem a definição de Croce e por segundo a definição de Gomes.

2.6. Do exame da puerperal

Dentre vários doutrinadores estudados até o momento, os únicos que tratam acerca do exame da puérpera são Croce e Gomes.

No entendimento de Gomes (1997, p.760):

O exame da mulher suspeita de ter praticado Infanticídio deverá elucidar sobre a ocorrência de parto, se recente ou não. O parecer psiquiátrico se impõe, como exame subsidiário, a fim de pesquisar doenças ou distúrbios mentais, preexistentes, agravados pela gestação, parto e puerpério. A avaliação de que o Estado Puerperal possa ter influenciado na produção do delito é, para o perito, de extrema dificuldade, tendo em vista que a perícia, nesses casos, é

realizada bastante tempos após o fato, não restando, por isso, qualquer vestígio que possa ser decretado.

Corroborando ainda o autor citado (1997, p.760) que a afirmação de que o crime se deu sob a influência do Estado Puerperal é, pois quase que impossível, a não ser que o exame seja realizado imediatamente após a consumação do ato, o que é uma hipótese remota.

Entende Croce (2004, p. 581) que o exame da mulher acusada de Infanticídio tem primordial importância no sentido de averiguar:

a) a existência de parto, e, em caso afirmativo, se ele é recente, pois se antigo descaracterizará, evidentemente, o delito; b) confirmado o parto recente, as condições em que o mesmo ocorreu; c) se a imputada, após o crime, escondeu ou não o filho; d) se ela tem lembrança do ocorrido; e) se ela simula ignorar o ocorrido; f) se não é portadora de antecedentes psicopáticos, agravados pela gestação, o parto e o puerpério, pois, se o for, a reprimenda não será prevista no art. 123, mas sim, a descrita no art. 26, parágrafo único do Código Penal.

Observa-se ser de suma importância à realização de perícia na parturiente, a fim de esclarecer se a merecerá a imputação do crime de Infanticídio. Ao passo que o Infanticídio é delito privilegiado, merecendo abrandamento na pena, procura-se conhecer um pouco mais sobre.

2.7. Da Excludente de ilicitude

De acordo com o entendimento de Costa Júnior (2005, p.100) as excludentes de ilicitude impedem o surgimento do crime, que vem a ser de vez eliminado, já que um fato não pode ser antijurídico e jurídico ao mesmo tempo, essas são situações previstas no art. 23 do Código Penal⁹.

⁹Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Nucci (2007, p.232) avança no tema e classifica as excludentes de ilicitude das seguintes formas, previstas na parte geral do Código Penal e validadas, por tanto, “para todas as condutas típicas estabelecidas na parte especial ou em leis penais especiais”.

Prossegue ainda o autor (2007, p.232) asseverando que o estado de necessidade “é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas não era razoavelmente exigível”.

Nucci (2007, p.232) entende-se por legítima defesa:

É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos.

Por Estricto Cumprimento do Dever Legal, Nucci (2007, p.232) esclarece que “trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão à bem jurídico de terceiro”.

Nesse esteio Teles (2004, p.169) expressa sua posição doutrinária, quanto dos excludentes de ilicitude no crime de Infanticídio:

Penso que há incompatibilidade entre o Infanticídio é uma causa de exclusão de ilicitude. A legítima defesa é absolutamente incompatível. O estado de necessidade, igualmente impensável, a não ser numa situação de perigo, como num incêndio na maternidade, em que a mãe venha a abandonar o recém-nascido, salvando sua própria vida. Essa excludente incidiria independentemente de estar ou não a mãe sob influência do Estado Puerperal, aplicando-se, pois, tanto na hipótese de homicídio quanto na de Infanticídio, ou qualquer outro crime.

Prosseguindo com o raciocínio Teles (2004, p.169) esclarece ainda:

A culpabilidade, entretanto, deve ser bem examinada pelo julgador. Considerando imputável a mãe, pode ocorrer que ela venha a atuar sem a consciência da ilicitude ou que não se possa, em determinadas circunstâncias dela exigir outra conduta.

Ante o explicitado, verifica-se a impossibilidade de aplicação ao delito em apreço da excludente de ilicitude, pois é verificada somente a mãe estar ou não sobre a influência do Estado Puerperal.

Por oportuno, passa-se ao estudo da inimputabilidade no crime em tela, verificando a possibilidade de aplicação ou não no delito em estudo.

2.8. Da inimputabilidade

Costa Junior (2005, 115) ressalta que a imputabilidade é um pressuposto, enquanto a responsabilidade é uma consequência, por ser o agente imputável, vale dizer, por estar dotado de capacidade de culpa, poderá ser responsabilizado por seus atos. Se for inimputável, isto é, incapaz, não poderá ser responsabilizado, por não possuir liberdade de escolha. Sendo que o inimputável está categoricamente elencado no art. 26 do Código Penal¹⁰.

Costa Junior (2005, p.115) esclarece ainda, que “a imputabilidade é um pressuposto da culpa”.

Discorre Andreucci (1999, p.71) que:

O nosso Código Penal adotou o critério biopsicológico para se aferir à imputabilidade, segundo o qual, num primeiro momento, verifica se o agente, na época do fato, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; num segundo momento, se verifica se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato; e, num terceiro momento, se verifica se ele tinha capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Quanto à imputabilidade Capez (2012, p.143) dedica-se:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mais não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle de sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua

¹⁰ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

Cita ainda Fernando Capez (2012, p. 143) o conceito de Doença mental e Desenvolvimento mental incompleto que trata o artigo em comento:

Doença mental: é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infundável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia, condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc. Desenvolvimento mental incompleto: é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência da sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. No entanto, com a evolução da idade ou o incremento das relações sociais, a tendência é a de ser atingida a plena potencialidade.

Diante das lições acima, deve-se observar que no rol das moléstias que compreendem doença mental a psicose está incluída, ou seja, a psicose puerperal pode estar inserida no rol das moléstias capaz de afetar a capacidade de entendimento.

Nucci (2007, p.259) leciona acerca dos critérios necessários a fim de apurar a inimputabilidade penal, que são os seguintes:

1- Biológico – leva-se em conta somente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não é doente mental ou possui ou não desenvolvimento mental completo ou retardado. Adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do lapso pericial; 2-Psicológico – leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com o entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; 3-Biopsicológico – levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente sã e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Considerando-se o critério biopsicológico que adotado pelo Código Penal Brasileiro quando há inimputabilidade, e a presença dos fatores decorrentes desse critério de forma incontestada no Estado Puerperal, não se pode negar estar o agente do crime de Infanticídio amparado pela inimputabilidade.

No próximo capítulo, far-se-á uma análise acerca das divergências decorrentes da autonomia típica do crime de Infanticídio, principalmente no que concerne ao concurso de pessoas, destacando-se a problemática em torno da comunicabilidade do estado puerperal e a consequente possibilidade de extensão *privilegium* ao terceiro que atua como coautor ou participe no crime de Infanticídio.

3. DO CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

No presente capítulo, impende-se tratar acerca do concurso de pessoas no crime de Infanticídio. Assunto de veras complexo e controvertido desde a sua geração, ainda dá azo à discórdia na doutrina quanto a sua aplicação. Cuidando do concurso de pessoas, diz o art.29, *caput*, do Código Penal, que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. ”

Analisando o referido artigo, nota-se de que o ponto de vista foco do assunto, o legislador pátrio adotou como regra a teoria unitária ou monista, segundo a qual existe um crime

único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Então, embora o crime seja praticado por diversas pessoas, ele permanece único e indivisível. Isto é, não haverá crime específico para cada autor, todos que o praticaram responderão pelo mesmo crime.

3.1. Disposições gerais

Em regra, o ordenamento jurídico brasileiro se refere a crimes que são cometidos por uma única pessoa, no entanto, não raras às vezes, duas ou mais pessoas são autores do mesmo fato criminoso. Nas palavras de Edgard Magalhães Noronha (2004, p.211), “o crime é um fato, e como tal, pode ser praticado por uma ou várias pessoas. ”

A intervenção de um terceiro no ato criminoso pode se dar através de um mero auxílio, podendo ser desde a cogitação até a consumação ou, até mesmo, sendo o crime consumado a cargo de um terceiro. Desta forma, caracteriza-se o concurso de pessoas. As regras inerentes ao concurso de pessoas encontram-se disciplinadas nos artigos 29 a 31 do Código Penal Brasileiro.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2004, p.631):

Frequentemente, o delito não é obra de uma única pessoa, tal como acontece em qualquer outro setor da vida no qual ocorrem situações em que várias pessoas concorrem para um mesmo acontecimento: uma intervenção cirúrgica, uma conferência, etc. Sempre que há uma concorrência de pessoas num acontecimento, cabe distinguir entre as que são autores e outras que dele participam sem serem autores. Quando, num delito, intervêm vários autores, ou autores e outros que participam de delito sem serem autores, fala-se de concurso de pessoas no delito.

Sendo assim, aquele que de alguma forma contribuir para o planejamento do crime, fornece meios para a execução ou colaborar com a consumação do ilícito, deverá responder, juntamente com o autor, pelo crime praticado.

Existem duas formas de concurso de pessoas: o concurso necessário, referente aos crimes plurissubjetivos, e o concurso eventual de pessoas, referente aos crimes unissubjetivos ou monossubjetivos. No entanto, devemos nos ater ao concurso eventual de pessoas, pois ele apresenta maior dificuldade de identificação, uma vez que se liga aos crimes passíveis de serem praticados por uma única pessoa, como no caso do crime de infanticídio.

Mirabete (2002, p.226):

Deve-se distinguir o concurso de pessoas, que é um concurso eventual, e assim pode ocorrer em qualquer delito passível de ser praticado por uma só pessoa (crimes unissubjetivos), do chamado concurso necessário. Existem numerosos delitos que, por sua natureza intrínseca, só podem ser cometidos por duas ou mais pessoas, como o adultério, a bigamia, a rixa, o crime de quadrilha ou bando etc. São estes chamados crimes de concurso necessário ou crimes plurissubjetivos.

Nas hipóteses de concurso necessário de pessoas, a pluralidade de autores já está prevista no tipo penal, não sendo possível, nestes casos, a aplicação do artigo 29 do Código Penal.

O infanticídio, como amplamente discutido neste trabalho, é um crime, semelhante ao homicídio, onde há a abreviação da vida do nascente pela própria mãe que age sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, configurando-se, portanto, como um “*delictum exceptum*”.

O legislador brasileiro não classificou o delito de infanticídio como uma das formas privilegiadas de homicídio, mas sim o tipificou como sendo um delito autônomo, dando-lhe um dispositivo exclusivo, o qual penaliza seu agente de forma muito inferior, se comparado à pena imposta pelo artigo 121, do Código Penal.

Além de ser um delito autônomo, o infanticídio também é considerado um crime especial, próprio ou personalíssimo, uma vez que somente pode ser cometido pela mãe contra o próprio filho recém-nascido.

Tem-se o entendimento Maggio (2004, p.87):

Ao contrário dos crimes comuns, o infanticídio pertence à classe e estirpe dos delitos próprios ou especiais. Para a caracterização do fato típico, é condição indeclinável que o sujeito ativo reúna certa qualidade ou condição. Desta forma, o delito é de autoria limitada, restringindo a capacidade delitiva à genitora puerpera, ou seja, à mãe parturiente, sob a influência psíquica do estado fisiológico decorrente do puerpério. Com efeito, qualquer pessoa que pratique a conduta incriminadora, que não seja a genitora, ou mesmo ela sem, contudo, sofrer a influência do estado puerperal, cometerá homicídio.

Dessa forma, como se pode verificar que deve ser provado para a caracterização do infanticídio é se a conduta se deu por conta de uma perturbação psíquica ligada ao puerpério capaz de diminuir a capacidade de compreensão da autora, pois há necessidade de comprovação do vínculo causal entre a morte do nascente e o estado puerperal da mãe.

Por mais estranheza que possa causar, nada impede a existência do concurso de pessoas no crime de infanticídio, conforme disposição do artigo 29 do Código Penal Brasileiro. No entanto, tal questão levanta grande controvérsia na doutrina brasileira.

Uma das grandes discussões doutrinárias se refere à pena a ser imposta àquele que concorre para o crime de infanticídio juntamente com a mãe devido a comunicabilidade ou não da elementar “influência do estado puerperal”, uma vez que há grande dificuldade em classificar o crime cometido pelo terceiro no delito de infanticídio.

Prado (2007, p.94) discute o seguinte:

Indaga-se se aqueles que eventualmente concorrerem para a prática do delito de infanticídio respondem também por esse delito ou pelo de homicídio. Ante a ausência de previsão explícita a respeito, não há uniformidade de soluções.

A legislação brasileira não estabeleceu de forma clara qual a penalidade a ser imposta ao partícipe e ao coautor do crime de infanticídio e também no que tange a comunicabilidade da elementar do tipo penal.

Existem duas correntes que tratam do assunto. Uma delas, defendida por Cezar Roberto Bitencourt, Magalhães Noronha, Nelson Hungria e Damásio de Jesus, por exemplo, sustenta a comunicabilidade da elementar do artigo 123, CP. Outra, composta por e Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, sustenta a não comunicabilidade.

Em consequência dessa omissão do legislador, surgiram três hipóteses que visam solucionar o problema. A seguir serão analisadas essas hipóteses.

3.1.1. Mãe e o terceiro realizam a conduta nuclear do tipo penal

Esta primeira hipótese tem-se a 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. 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, p.489) 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 contrassenso, 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 com esse entendimento:

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 à 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, p.154) 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, p.153) 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.

Ainda 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 firmando 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 pela incomunicabilidade do estado puerperal, afirmam que, na situação em análise, a mãe deve responder por infanticídio e o terceiro por homicídio. Argumentam, como já dito 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 incommunicável. 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, p.490), criticam esta teoria dizendo sê-la inaplicável, uma vez que não existe no ordenamento jurídico as circunstâncias personalíssimas preconizadas por seus defensores.

3.1.2. A mãe mata o recém-nascido com a participação acessória de terceiro

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 incommunicabilidade 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”.

3.1.3. O terceiro mata a criança com a participação 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, p.113) afirma que este fato não pode ser tomado como homicídio, pois haveria um contrassenso, 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, p.154) não comunga da orientação de Jesus (2010, p.113). Ensina o autor que no caso em análise o fato constitui homicídio, pois o acessório segue o principal. Critica a posição de Jesus afirmando que o mesmo inverte esta ordem, pois sendo este fato tomado como infanticídio, o principal estaria seguindo o acessório. Bitencourt 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, Bittencourt (2010, p. 156) tece os seguintes argumentos:

Assim, embora o fato principal praticado pelo terceiro configure o crime de homicídio certamente a mãe puérpera “quis participar de crime menos grave”, como prevê o § 2º do 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.

Nucci (2010, p. 307) discordando de Bitencourt (2010, p.156) firma 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 ideia 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, p.307) no caso em tela é de que ambos respondam por infanticídio.

A respeito da situação em análise, Capez (2012, p.142) defende a ideia 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.

Aparentemente, esta não seria 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.

3.2. Teses doutrinárias acerca da penalização dos coautores e partícipes do crime de infanticídio

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

3.2.1. Posicionamento favorável à penalização de coautores e partícipes pelo delito de infanticídio

A corrente majoritária defende que o coautor ou partícipe deve responder pelo crime de infanticídio juntamente com a mãe, uma vez que o fator “influência do estado puerperal” é uma elementar do tipo penal.

Dentre os defensores deste entendimento está Jesus (2010, p.143), que afirma 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 art. 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal (elementar) é comunicável entre os fatos dos participantes.

No mesmo sentido, posiciona-se Nucci (2009, p.635), no entanto, ressalta seu sentimento de injustiça:

Tendo o Código Penal adotado a teoria monista, pela qual todos que colaborarem para o cometimento de um crime incidem nas penas a eles destinadas, no caso presente, coautores e partícipes respondem igualmente por infanticídio. Assim, embora presente a injustiça, que poderia ser corrigida pelo legislador, tanto a mãe que mate o filho sob a influência do estado puerperal, quanto o partícipe que a auxilia, respondem por infanticídio.

Bitencourt (2010, p.152) também acredita que a elementar do crime de infanticídio deve se comunicar ao coautor ou partícipe, no entanto, diferentemente de Guilherme de Souza Nucci, desconsidera a existência ou não de injustiça quanto à penalidade a ser imposta ao terceiro:

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

como a “influência do estado puerperal” é uma elementar do tipo, comunicasse ao participante (seja coautor seja partícipe), nos termos do art. 30 do CP.

Para Noronha (2003, p.53), “a não comunicação ao corréu 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”.

Durante muito tempo, Nelson Hungria foi um dos maiores defensores da incomunicabilidade da elementar do crime de infanticídio ao terceiro participante, devendo este responder pelo crime de homicídio e a mãe pelo crime de infanticídio.

Conforme leciona Jesus (2010, p.148) na última edição de sua obra, por volta de 1960, Hungria mudou seu entendimento, passando a aceitar o concurso de pessoas no crime de infanticídio alegando, para tanto, que em face do nosso Código, mesmo os terceiros que incorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio.

Para esta corrente, o principal argumento respalda-se no disposto no artigo 29 do Código Penal, o qual determina que aqueles que colaborarem com o autor para a prática de um crime, deverão responder pelo mesmo delito, na proporção da culpabilidade de cada um. Além do estabelecido no artigo 30 do mesmo diploma legal que impõe ressalvas acerca da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, caso não sejam elementares do tipo.

Portanto, os doutrinadores supracitados, além de Roberto Lyra, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, e outros, admitem a comunicabilidade da elementar do crime de infanticídio com o terceiro que colaborar de alguma forma para a produção de resultados no mundo do direito.

3.2.2. Posicionamento favorável à penalização de coautores e partícipes pelo delito de Homicídio

A segunda corrente, porém, de menor amplitude, defende a responsabilização do terceiro participante do crime de infanticídio pelo crime de homicídio. Tal entendimento doutrinário não admite a comunicabilidade da elementar “sob influência do estado puerperal” com o coautor ou partícipe sob a alegação de que aquele que concorrer para a prática do crime

de infanticídio estará, na verdade, realizando a conduta prevista pelo artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

Segundo Aníbal Bruno *apud* Maggio (2004, p.93), “somente a mãe pode praticar o crime de infanticídio e, para os outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio”.

Assim, somente a mãe da criança recém-nascida seria capaz de sofrer influência do estado puerperal, sendo esta uma condição personalíssima, e por este motivo foi agraciada pelo legislador brasileiro com a aplicação uma pena mais branda, por mais que esta situação cause repulsa às pessoas. Portanto, o terceiro que concorrer para o crime de infanticídio não poderá receber o mesmo benefício concedido à mãe pelo artigo 123, do Código Penal por não praticar a conduta típica “sob influência do estado puerperal”.

Neste sentido, entende Fragoso (1987, p.78):

[...] o concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de coautoria (realização de atos de execução por parte do terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio.

Os grandes defensores dessa teoria, além de Heleno Cláudio Fragoso e Aníbal Bruno, são: João Mestieri, Galdino Siqueira, Salgado Martins e, até há alguns anos, Nelson Hungria.

3.3. Da solução a questão

Após o breve estudo acerca do concurso de pessoas no crime de infanticídio, pode ser observado que a doutrina majoritária se baseia nos artigos 29 e 30 do Código Penal para aduzir seus argumentos acerca da responsabilização do terceiro pelo crime de infanticídio juntamente com a mãe. No entanto, parece-nos injusto o fato do coautor ou partícipes se beneficiar de uma circunstância especial da mãe, qual seja o puerpério.

O privilégio que a autora possui de receber uma pena reduzida recorre do fato de ela sofrer uma perturbação psíquica advinda do estado puerperal, o qual somente pode se

manifestar na própria mãe do recém-nascido. Dessa forma, a conduta do coautor ou partícipe, a nosso ver, caracteriza o crime de homicídio, uma vez que estes não compartilham do mesmo distúrbio físico e psíquico da mãe infanticida.

Portanto, a pena descrita no artigo 123 do Código Penal Brasileiro somente deve ser imposta à mãe que mata o próprio filho, “durante ou logo após o parto, sob influência do estado puerperal”, devendo o coautor ou partícipe responder pelo crime de homicídio, pois praticam a conduta típica do artigo 121 do mesmo diploma legal.

A solução apontada pelos doutrinadores para sanar a omissão do legislador com relação à pena a ser imposta aos coautores ou partícipes do crime de infanticídio seria a supressão do artigo 123 do Código Penal, que trata do infanticídio, e a sua inclusão no rol do artigo 121 como uma forma privilegiada de homicídio. Dessa forma, não haveria mais discussão quanto à penalidade a ser imposta aos terceiros, uma vez que a elementar “sob influência do estado puerperal” seria transformada em uma circunstância privilegiada à mãe que matar o próprio filho. Dessa forma, sendo essa circunstância um elemento de caráter pessoal, não há que se falar em comunicabilidade no concurso de pessoas.

Mirabete (2005, p.91) entende da mesma maneira:

[...] mais adequado seria prever expressamente a punição por homicídio do terceiro que auxilia a mãe na prática do infanticídio, uma vez que não militam em seu favor as circunstâncias que levaram a estabelecer uma sanção de menor severidade para a autora do crime previsto no artigo 123 em relação ao definido do artigo 121.

Bitencourt (2010, p.152) concorda com este posicionamento:

A única forma jurídica de afastar a comunicabilidade da elementar em exame seria, de lege ferenda, tipificar o infanticídio como outra espécie de homicídio privilegiado, quando então o “estado puerperal” deixaria de ser uma elementar do tipo (comunicável), para se transformar em simples circunstância pessoal (incomunicável), como sugeria Magalhães Noronha.

Ainda neste sentido, Jesus (2010, p.145) também afirma que “a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado do homicídio”.

Em virtude de todo alegado, conclui-se que aparentemente esta seria a maneira mais viável para solucionar a controvérsia do concurso de pessoas no crime de infanticídio, punindo de forma justa autores, coautores e partícipes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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. Além disso, também ganhou destaque a situação que a mãe solicita ao terceiro que mate o nascente ou o neonato, fazendo-se uma digressão sobre a inclusão da genitora no crime de infanticídio ou se incorreria no delito de homicídio, na qualidade de partícipe.

Inicialmente, no presente trabalho foram levantadas duas hipóteses, sendo a primeira hipótese consubstanciada na existência de contradição no dispositivo legal atinente a tipificação do delito de infanticídio em relação ao concurso eventual de agentes, mais precisamente no que concerne à comunicabilidade do estado puerperal para o crime de infanticídio. 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 contrassenso, 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.

A segunda hipótese firmada na necessidade de aplicação de um mesmo tratamento penal à mãe e ao terceiro que aniquila a vida do nascente, pois, responsabilizar a mãe que passa por uma série de problemas físicos e psíquicos em decorrência da gravidez ou virtude das dores do parto da mesma forma que um terceiro que venha matar um recém-nascido, seria uma ofensa latente ao princípio da isonomia, o qual é um dos grandes norteadores do direito penal. Desse modo, a solução, embora pareça a mais justa, não encontra embasamento legal.

Nota-se que 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.

Diante de todos os argumentos desta problemática, pode concluir que reformar a lei seria o mais adequado para uma aplicação de pena mais adequada a tal crime. A hipótese, defendida pelo ilustre doutrinador Damásio de Jesus, seria que transformássemos o crime de

infanticídio do artigo 123, em apenas mais uma causa do § 1º do artigo 121 do nosso CP, ou seja, homicídio privilegiado. Isto possibilitaria que relações de parentesco e a influência do estado puerperal, passassem a ser apenas circunstâncias de caráter pessoal, e desta maneira não seria possível a comunicação destas circunstâncias com terceiros, o que não podemos impedir sendo elas elementares do crime. Por fim cabe ressaltar ainda que aqueles em situações diferentes devem ser tratados diferentemente e, em assim se fazendo, não confundindo isonomia com impunidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Ferreira; COSTA JÚNIOR, J. B. de Oliveira. **Lições de Medicina Legal**. São Paulo: Nacional, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 10ª ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12 ed.ver.ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Lei. 8.069 de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 de fev. de 2015.

_____, Lei. 2848 de 07 de Dezembro de 1940. **Dispõe Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27 de fev. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

CARVALHO, Marcela Almeida Nogueira. **A influência do Estado Puerperal na parturiente**. Jurisway. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=295. Acesso em: 13 abr. 2015.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

_____, Paulo José da. **Direito Penal Objetivo: comentários atualizados**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio: doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CROCE, Deltom. **Manual de Medicina Legal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32 ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1997.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 5º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo: Rideel, 2013.

GUIMARÃES, Roberson. **O crime de Infanticídio e a períciamedico-legal. Uma análise crítica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.65, maio de 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4066/o-crime-de-infanticidio-e-a-pericia-medico-legal>. Acesso em: 27 de abr. de 2015

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal parte especial: crime contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito penal: parte especial**. 30ª ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. São Paulo: Millennium, 2004.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1997.

MUAKAD, Irene Batista. **O Infanticídio: análise da doutrina medico-legal e da prática jurídica**. São Paulo: Mackenzie, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Elda Terezinha; BOTTI, Nadja Cristiane Lappan. **Depressão Puerperal: uma Revisão de Literatura**. Revista Eletronica de Enfermagem. Disponível em: http://www.fen.ufg.br/fen_revista/revista7_2/pdf/REVISAO_01.pdf. Acesso em: 13 abr. 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEXEIRA, Elza Spano, SANTOS, Márcia Regina Soares Seixas. **Medicina Legal e Genética aplicada à defesa penal**. São Paulo: LTr, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DECLARAÇÃO

Eu, Vilma Aparecida Silva, RG 4.291.125-DGPC/GO, pós-graduada em Língua Portuguesa, pela Universidade Salgado de Oliveira, e graduada em Letras: Português/Inglês, pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício, declaro para os devidos fins que fiz a correção ortográfica e gramatical do trabalho monográfico “O Infanticídio e a Questão da sua Autonomia Típica”, da acadêmica Vanessa Barbosa de Oliveira, do 9º período do Curso de Direito da FACER Faculdades - Unidade de Rubiataba.

Rubiataba, 04 de agosto de 2015.

VILMA APARECIDA SILVA