

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Pedro Elias Longhi Cechet

CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Porto Alegre
2012

PEDRO ELIAS LONGHI CECHET

CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientador: Prof. Danilo Knijnik.

Coorientadora: Prof^a. Raquel Scalcon.

Porto Alegre

2012

PEDRO ELIAS LONGHI CECHET

CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovada em 06 de julho de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Danilo Knijnik

Prof. Doutor Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Dedico este trabalho a Deus, nosso senhor; a meu pai, Alfredo, por ser meu exemplo de vida, meu mentor, meu porto seguro; a minha mãe, Fabiana, por me dar a vida e por fazer de mim a pessoa que hoje sou; a meu amigo de fé, meu irmão camarada, João Lucas, pelo companheirismo inabalável e pela encheção nossa de cada dia; a minha pequena irmã, Maria Luiza, por ter feito renascer a esperança; a Marina, meu amor, por me fazer entender e viver, dia a dia, a verdadeira eudaimonia. Amo vocês.

Agradeço, primeiramente, a minha família e aos amigos que, de alguma forma, contribuíram com a criação da presente monografia, seja com livros, com ideias ou com motivação.

Agradeço, também, ao professor Danilo Knijnik, por tornar possível a orientação desejada, e à professora Raquel de Lima Scalcon, pelas horas de dedicação despendidas, auxiliando na confecção deste trabalho e acalmando o nervosismo desnecessário.

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça.”

– Piero Calamandrei

RESUMO

Esta monografia teve por objetivo principal a busca pela solução da problemática relacionada à questão da comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado puerperal” na realização do crime de infanticídio quando executado pela mãe em concurso com terceiro, uma vez que este, em plena capacidade mental e física, acaba por receber a benesse da pena abrandada de tal tipo se em comparação à pena de homicídio, delito pelo qual deveria responder por não apresentar o estado fisiopsicológico alterado exigido pelo texto do artigo 123 do Código Penal. Partindo de uma análise acerca do que é infanticídio e puerpério – juntamente de seus efeitos subjacentes –, estabeleceu-se a teoria formal-objetiva do concurso de agentes como o pressuposto ideal para se selecionar a corrente doutrinária mais condizente com a realidade dos fatos e de nosso ordenamento jurídico sobre a questão. E, partindo disso, concluiu-se que, apesar de serem aqueles que defendem a total incomunicabilidade da influência do estado puerperal mais justos e corretos para com a moralidade, incabível seguir entendimento que não aquele que clama pela total comunicabilidade de tal elementar. Por fim, observando a presença de falhas em todas as correntes doutrinárias estudadas, sugeriu-se, para uma solução futura mais duradoura e ideal, a alteração legislativa do infanticídio, inserindo-o ao corpo do artigo 121, como homicídio privilegiado, ou integrando a seu próprio texto um parágrafo único, determinando que aqueles que concorrem com a mãe respondam pelas penas cominadas no tipo penal de homicídio.

Palavras-chave: Infanticídio. Concurso de Pessoas. Elementar. Comunicabilidade. Estado Puerperal.

ABSTRACT

This monograph had had by main objective the search of the solution for the problematic related to the “under the influence of the puerperal state” elemental communicability question in the consummation of the infanticide’s crime when executed by the mother in concourse with a third person, once this third person, in its full mental and physical capacity, receives the bounty of the type’s softened penalty if in comparison to the penalty of homicide, misdemeanor whereby it should respond by not presenting the amended physiopsychological state required by the text of the 123 article of the Penal Code. Starting with an analysis of what is infanticide and postpartum – along their underlying effects – it was established the formal-objective theory of the people’s concourse as the ideal assumption to select the doctrinal chain more suited to the reality of the facts and of our legal system on the issue. And, from that, it was concluded that, although being those who defend the total lack of communicability from the influence of the puerperal state more just and right toward morality, it’s not possible to follow an understanding different than that which claims for the total communicability of such elemental. Finally, noting the presence of flaws in all the studied doctrinal chains, it was suggested for a future solution more durable and ideal, the legislative amendment of infanticide, inserting it into the body of the article 121 as privileged homicide, or integrating to its own text a single paragraph stating that those who concourse with the mother get condemned by the penalties stipulated in the homicide’s penal type.

Key-words: Infanticide. People’s Concourse. Elemental. Communicability. Puerperal State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. INFANTICÍDIO COMO TIPO AUTÔNOMO	14
1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO DO INFANTICÍDIO	14
1.2 INFANTICÍDIO NO CÓDIGO PENAL VIGENTE	21
1.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA	23
1.4 SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL	25
1.5 INIMPUTABILIDADE	28
1.6 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO	29
1.7 LIMITE TEMPORAL	30
1.8 INFANTICÍDIO PUTATIVO	31
2 CONCURSO DE PESSOAS	33
2.1 BREVE INTRODUÇÃO À MATÉRIA	33
2.2 TEORIAS DA CODELINQUÊNCIA	36
2.3 REQUISITOS	40
2.4 AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO	42
2.4.1 Autoria	42
2.4.2 Coautoria	45
2.4.3 Autoria direta e indireta	48
2.4.4 Participação	50
2.5 CONCURSO DE PESSOAS E CRIMES POR OMISSÃO	53
2.6 COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA	55
2.7 PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS	59
2.7.1 Participação de menor importância	59
2.7.2 Qualificadoras e agravantes	60
2.7.3 Concurso e circunstâncias do crime	61
2.7.4 Concurso e execução do crime	63
3 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO	65
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	65

3.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	68
3.2.1 Corrente pela incomunicabilidade da elementar	69
3.2.2 Corrente pela comunicabilidade da elementar	73
3.2.3 Posições intermediárias	75
3.3 POSSIBILIDADES DE CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO	78
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O infanticídio – ato atualmente entendido como o matar filho recém-nascido, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal – é um ato que acompanha o trajeto humano desde seus primórdios. Recebendo diversos conceitos, passa por diferentes fases ao longo do tempo: de rito supersticioso e direito paternal à época Antiga a crime abominável, sujeito a penas severíssimas quando do fim da Idade Média. Apenas com o florescer da Idade Moderna é que passa a ser considerado como uma espécie de homicídio privilegiado.

No tocante à legislação brasileira, tal matéria fora vítima de diversas críticas por parte da doutrina e de diversas alterações no texto legal de seu respectivo tipo penal. Passando por fases em que sua elementar correspondia à causa de honra, originadora da atenuação do delito em tela, hoje traz em seu corpo um conceito mais concreto, mais justo para com o próprio recém-nascido.

Fala-se aqui do estado puerperal, um estado fisiopsicológico, semi-inimputável, que afeta a psiqué da mãe: com o sofrimento das dores do parto, da gestação (por vezes escondida) e do trauma de “perder” uma parte intrínseca a si, acaba por matar sua própria concepção, sob a influência de uma realidade deturpada em que passa a viver durante a recuperação fisiológica de seu ser.

Entretanto, o atual artigo 123 do Código Penal, tratando sobre o infanticídio, quando analisado em conformidade com os artigos 29 e 30 da mesma Lei – que dizem respeito ao concurso de pessoas –, continua a deixar uma lacuna sujeita às mais ferrenhas discussões dotrinárias, qual seja a de permitir ao autor, coautor ou partícipe da mãe que receba a mesma benesse que é reservada à progenitora em virtude da comunicabilidade das condições pessoais quando elementares do tipo.

Dito isto, esta monografia terá como objetivo principal tentar

encontrar uma solução para o caso concreto em que a mãe concorre com terceiro, sendo ela coautora, autora ou partícipe, haja vista que, graças à comunicabilidade das circunstâncias pessoais elementares do tipo – regra esta prevista no já citado art. 29 do Código Penal –, aquele que cometer o crime em concurso de agentes terá a chance de receber uma pena abrandada pela morte da criança, se comparado com a pena que receberia caso decidisse agir por si.

A importância de tal estudo, destarte, está justamente no âmbito de se verificar como o Direito se comunica com a Justiça no problema em questão, podendo-se, inclusive, ser aprofundado ao ponto de ter-se de escolher entre um ou outro, caso venham a tomar postos antagônicos. O que vale mais: condenar um adulto plenamente capaz por homicídio quando assassinar recém-nascido em conluio com a mãe, que sofre a influência do estado puerperal, ou respeitar a unidade do ordenamento jurídico, condenando-o por infanticídio? Há alguma saída tangencial a essas hipóteses?

A análise realizada sobre o assunto – qual seja o concurso de pessoas no infanticídio – será apresentada, por fim, em três partes: a primeira tratará sobre o infanticídio como tipo autônomo, iniciando por sua trajetória histórica e analisando seu texto legal, tendo como objetivo o exame minucioso de seus elementos fundamentais.

A segunda parte tratará exclusivamente do concurso de pessoas, tema complexo e extenso que deve ser analisado para o alcance de uma melhor compreensão a respeito de sua influência no infanticídio. Possuirá a mesma sistemática da primeira parte, à exceção da trajetória histórica. Burcar-se-á trabalhar com as teorias doutrinárias que envolvem a matéria, para que, ao fim, seja escolhida a mais razoável, atingindo o objetivo almejado por esta monografia.

A terceira parte será realizada a partir das conclusões analíticas do resultante da fusão entre os dois primeiros capítulos, tendo como objetivo responder aos questionamentos fundamentais que originaram a dúvida desencadeadora das ideias de confecção deste trabalho de conclusão. Serão, também, apresentadas soluções criadas pelas mais

diversas correntes doutrinárias. Tentar-se-á encontrar uma solução à problemática apresentada, englobando tanto a resolução ideal – alteração legislativa – quanto a parcial, no caso de não ser possível a primeira hipótese.

1. INFANTICÍDIO COMO TIPO AUTÔNOMO

1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO DO INFANTICÍDIO

O infanticídio é uma prática conhecida e realizada pelo ser humano ao longo de sua história; dos primórdios de sua existência aos dias atuais. Civilizações antigas como Grécia, Egito e Roma tornaram usuais tais costumes, como meio de conservar uma sociedade forte e sem defeitos. Segundo os ensinamentos de Ferreira Alves, as legislações escritas mais antigas, como o Código de Hammurabi, o Código Gortina, as Ordálias, nada tratavam sobre tal delito, pois buscavam o aperfeiçoamento racial, sem falar nas práticas relacionadas à superstições diversas¹.

Somente à época de Justiniano, em Roma, é que tal prática toma forma de delito, quando retira do *pater familiae* o poder de decisão sobre a vida e morte de seus filhos. Como bem ressalta, entretanto, Damásio de Jesus, o Direito Romano avançado não possuía um crime próprio para infanticídio, mas para o parricídio, que englobava todo e qualquer tipo de homicídio². Sua pena estava entre as mais severas da época, *in verbis*:

Não seja (o parricida) submetido à decapitação, nem ao fogo, nem a nenhuma outra pena solene, mas cosido num saco de couro, com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, e torturado entre as suas fúnebres angústias, seja, conforme permitir a condição do lugar, arrojado ao mar vizinho ou ao rio (Institutas, 4, 18, 16).³

Segundo Vasconcelos Ribeiro, o infanticídio permaneceu

¹ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999. p. 176.

² JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e Concurso de Agentes em Face do Novo Código Penal**, Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, São Paulo, vol. 13, 1970. P. 42.

³ JESUS, loc. cit.

indiferente quanto ao homicídio na Idade Média. Entretanto, percebeu-se uma atenuação crescente em relação aos casos de sufocação do próprio filho no leito, fato este muito comum à época da Baixa Idade Média, que se estendeu do séc. XI ao séc. XV, se comparado com o sufocamento de uma pessoa adulta. O primeiro caso tinha como sanção a chamada “penitência”, em que a penitente não era recolhida à prisão, mas obrigada a sobreviver um ano a pão e água e mais dois sem carne e sem vinho. O segundo caso, por sua vez, por gerar a morte de um adulto, e não de um infante, dava azo à pena capital⁴.

Com o surgimento do Código Carolino – Ordenação Penal de Carlos V –, a vida do infante começou a ganhar importância, surgindo pena severa ao infanticida, algo original à época. Segundo relata Nelson Hungria:

As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterrados, vivos e empalados, segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e de empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitosa seja dilacerada com tenazes ardentes.⁵

Percebe-se aqui uma corrida dupla: quanto mais se valorizava a vida da criança, mais severa a pena aplicada ao caso concreto. E essa euforia terminou apenas com Cesare Bonesana Beccaria, quando do Iluminismo, em sua obra *Dos delitos e das penas*⁶.

Partindo do pressuposto de que as penas deveriam conter um enfoque intimidatório, e não intenso, considerava que a pena capital, aplicada ao infanticida no Código Carolino, era inefetiva, não

⁴ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 19-28 passim.

⁵ HUNGRIA *apud* RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p.22.

⁶ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 23.

cumprindo com sua função social. Uma pena perpétua, extensa, seria ideal para evitar o futuro cometimento do delito. Assim, diz Beccaria:

Para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos; ora, não há ninguém que, refletindo a respeito, possa escolher a total e perpétua perda de liberdade, por mais vantajoso que o delito possa ser. Assim, a intensidade da pena de escravidão perpétua, substituindo a pena de morte, contém o suficiente para dissuadir o espírito mais determinado [...]. Atrás de gaiolas de ferro, o desesperado não põe fim a seus males, mas apenas os começa.⁷

Além disso, traz outro argumento para defender a redução da pena no infanticídio – a chamada *honoris causa* – cuja repercussão influenciou substancialmente o curso de tal delito no ordenamento jurídico brasileiro, como será abaixo ressaltado. Segue o ensinamento de Beccaria:

O infanticídio é, igualmente, efeito de inevitável contradição em que é colocada a mulher que, por fraqueza, ou por violência, tenha cedido. Quem se encontra entre a infâmia e a morte do ser, a quem essa infâmia não afeta, como não preferirá tal morte à miséria infalível a que ela e o rebento infeliz ficariam expostos? Melhor maneira de prevenir tal delito seria a de proteger com leis eficazes a fraqueza contra a tirania, que exagera os vícios que não podem ser cobertos com o manto da virtude. Não pretendo minimizar a justa aversão que estes crimes causam, mas, indicando-lhes as fontes, creio-me no direito de poder extrair daí uma consequência geral, a saber: que não se pode denominar precisamente de justa (o que quer dizer, necessária) a pena de um crime, até que a lei, em certas circunstâncias de uma nação, não tenha aplicado os melhores meios para preveni-lo.⁸

A causa de honra tornou-se um fator importantíssimo para amenizar a visão de terceiros sobre o crime cometido pela mulher infanticida. Tendo um *status* de homicídio qualificado, passa a ser

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 2ª ed. rev., 2 tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93-94.

⁸ *Ibidem*, p. 107.

considerado como homicídio privilegiado, aplicado aos casos em que a mãe teria sua honra afetada com o nascimento da criança, quando esta era gerada por meio de relações sexuais imorais e impróprias. Interessante notar que Beccaria dá à vida da vítima infante uma importância menor do que à vida de um ser humano com sua formação fisiológica plena, justamente porque aquele é incapaz de sentir a perda da vida.

É nesse contexto histórico que surge o primeiro Código Penal no Brasil. O infanticídio é regulado no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez apenas no Código Criminal do Império de 1830. Conforme Ferreira Alves, as Ordenações Filipinas⁹, em seu livro V, que vigeu no Brasil até 1830, permanecia silente quanto à matéria¹⁰.

Tal Estatuto Criminal tratou do infanticídio, pois, como crime de homicídio praticado por qualquer um contra qualquer infante. Com base nos ideais iluministas, tratou da vida de uma criança recém-nascida de maneira diferente da vida de qualquer outro ser humano. Discriminou o neonato, baseando-se justamente na assertiva de Beccaria, que implicitamente presumia a preferência do infante à morte do que à infâmia. Em seus artigos 197 e 198, o Código Criminal de 1830 dispunha:

Art. 197. Matar alguém recém-nascido. Penas: No gráo maximo – doze annos de prisão e multa correspondente á metade do tempo; No gráo médio – sete annos e seis mezes de prisão, e multa, idem; No gráo minimo – tres annos de prisão, e multa, idem.

⁹ As Ordenações Filipinas foram as últimas das diversas compilações de leis que vigoravam em Portugal e em suas colônias quando da Idade Moderna, definidas pelos soberanos do país ibérico. São as chamadas Ordenações do Reino. O Brasil teve como lei vigente aqui as chamadas Ordenações Afonsinas – criadas em 1442 por D. Afonso V –, substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas, criadas a mando de D. Manuel, que por sua vez foram revogadas pelas Ordenações Filipinas em 1604, criadas no reinado de Filipe I e Filipe II. Estas Ordenações influenciaram o direito brasileiro até o advento do Código Civil de 1916 no Brasil. O direito criminal, por sua vez, foi influenciado pelo Livro V das Ordenações do Reino até a proclamação da independência, em 1822, que trouxe consigo a criação do Código Criminal do Império.

¹⁰ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999. p. 176.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra. Penas: No gráo máximo – tres annos de prisão com trabalho; No gráo médio – dous annos de prisão, idem; No gráo minimo – um ano de prisão, idem.¹¹

A grande crítica formada sobre o Código de 1830 foi justamente o fato de seu art. 197 privilegiar os assassinos de infantes. Não era necessário nenhum outro requisito senão o de ser a pessoa recém-nascida, para se verificar tal privilegiadora, servindo a *honoris causa* apenas para destacar os casos concretos em que o sujeito ativo era mãe do sujeito passivo¹².

Surge, assim, nova legislação sobre a matéria juntamente com o Código Penal de 1890. Passa-se a definir o que seria “recém-nascido”, prevendo-se tanto sua modalidade comissiva quanto omissiva, limitando-se o tempo em que o delito deveria ocorrer para configurar o crime de infanticídio. Dispunha em seu art. 298, *in verbis*:

Art. 298 – Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando á victima os cuidados necessários á manutenção da vida e a impedir sua morte: Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos. Paragrapho unico. – Si o crime fôr perpetrado pela mãe, para occultar a deshonra propria: Pena – de prisão cellular por tres a nove annos.¹³

Tal Estatuto Repressivo acabou por utilizar o mesmo método previsto no Código Criminal do Império e no Código Português da época. Destacava o infanticídio ainda como um tipo geral, *sui generis*, sem limitar o privilégio à hipótese da *honoris causa*¹⁴. Com isso, não

¹¹ FIGUEIRAS, Araujo. **Código Criminal do Império do Brasil**: anotado com os actos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciario. Rio de Janeiro: casa dos editores proprietários Eduardo e Henrique Laemmert, 1873. p. 295-296.

¹² RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 25.

¹³ BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890, 1932.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 240 et. seq.

obstante tenha igualado a pena geral do infanticídio com a do homicídio simples¹⁵, acabava por manter a discriminação já existente entre o valor da vida do infante e o valor da vida do adulto. Note-se que o homicídio, pelo Código Penal de 1890, poderia chegar, em seu grau máximo, a uma variação de pena entre 12 e 30 anos de prisão celular. Segundo Hungria, esse conceito genérico tornava injustificável a diferenciação entre homicídio e infanticídio, salvo quando manifestada a hipótese da privilegiadora da *honoris causae*.

Diante de tantas críticas feitas a essa nova lei, foram realizados diversos projetos para a criação de um novo Código Penal que suprisse as falhas do anterior. Surgiram os projetos Galdino Siqueira, Sá Pereira e Alcântara Machado.

O projeto Galdino Siqueira, produzido em 1913, considerava o infanticídio como atenuante da figura típica do homicídio, permanecendo a privilegiadora do motivo de honra como característica fundamental e restringindo o sujeito ativo à mãe do sujeito passivo, não mais discriminando o neonato: “Se o crime (homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto é, criança no momento do seu nascimento ou logo depois, e pela própria mãe, para ocultar desonra: pena – detenção por dois a oito anos”¹⁶.

O projeto Sá Pereira, produzido em 1927, manteve o infanticídio como tipo penal autônomo. Entretanto, inovou, retirando a causa de honra dos requisitos e apresentando um completamente novo para o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a influência do estado puerperal. Seguiu o exemplo do projeto do Código suíço de 1916 (art. 107): “Aquele que, durante o parto, ou ainda sobre a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão

¹⁵ Eis o texto legal à época: “Art. 294 – Matar alguém: [...] Paragrapho 2º - si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circunstancias: Pena – de prisão cellular por 6 a 24 annos [...]” (BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890, 1932).

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.242.

até 3 anos, ou com detenção por 6 meses, no mínimo”¹⁷.

O Projeto Alcântara, por fim, foi o escolhido para substituir o Código Penal de 1890, entrando em vigor no ano de 1940. Passou por diversas edições, ampliando o privilégio aos familiares da mãe e mantendo a causa de honra: “Matar infante, durante o parto ou logo depois deste, para ocultar a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher: pena – detenção ou reclusão por dois a seis meses”¹⁸.

O Código Penal vigente¹⁹, entretanto, após alteração no seio da Comissão Revisora do Código Penal de 1940, adotou o critério fisiopsicológico como requisito fundamental do tipo Infanticídio, abandonando de vez o critério psicológico da *honoris causa*. Como nos ensina Hungria, a motivação para adotar-se no Brasil o critério suíço da influência do estado puerperal obedeceu a diversas razões. Segundo o autor:

A primeira delas é que, a atender-se à causa honoris, devia-se atender também, lógicamente, a motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como, por exemplo, a abertura econômica, o excesso de prole, o receio de um filho tarado. Seria uma injustiça que nestes últimos casos a infanticida tivesse de responder por homicídio comum; mas, por outro lado, a extensão dos motivos legais de atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento indireto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo do interesse demográfico do Estado. Outra razão é que, dentro da política do Estado moderno, estruturalmente inspirado na defesa do interesse coletivo, não é admissível que este seja superado pelo da honra objetiva individual. Não deixa, além disso, de ter algum fundamento a seguinte opinião de MAGGIORE: ‘Em geral, à parte o interesse demográfico, acreditamos que a extrema imoralidade e abjeção de quem elimina a própria prole não podem ser coonestadas por motivo algum, mesmo a honra. Há qualquer coisa mais forte do que a honra, e é o instinto da maternidade, o dever de devotamento para com o próprio filho. Quem vence tal instinto e descumpre tal dever não merece indulgência. Justamente, os antigos

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 242.

¹⁸ HUNGRIA, loc. cit.

¹⁹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

consideravam o infanticídio como parricídio'.²⁰

Por fim, diz Ribeiro que surgiram conflitos (até hoje não dirimidos) com o advento do Código Penal de 1940 a respeito da coautoria e da exclusão sumária do motivo de honra. Nelson Hungria, então, foi encarregado de um novo anteprojeto de Código Penal, onde viria a utilizar o critério misto de conceituação de infanticídio, levando em consideração tanto a influência do estado puerperal quanto o motivo de honra. Infelizmente, entretanto, com a morte de Hungria, mesmo após ter sido editado em 21 de outubro de 1969, através do Decreto-Lei nº 1.004, o Anteprojeto que recebera seu nome foi revogado pela Lei nº 6.578/78, antes mesmo de entrar em vigor²¹.

1.2 INFANTICÍDIO NO CÓDIGO PENAL VIGENTE

O infanticídio, atualmente, é regido pelo artigo 123 do Código Penal. Analisando suas características principais, percebemos que se trata de uma verdadeira privilegiadora do tipo penal de homicídio em sua forma dolosa, uma vez que, assim como o relevante valor social ou moral, trata-se de verdadeira cláusula de exigibilidade diminuída legalmente, concretizada quando do assassinato de outro ser humano, qual seja o neonato²². Deve-se ressaltar, entretanto, que é tipo próprio e autônomo, tendo *status* equivalente ao de homicídio privilegiado.

O que seu texto nos diz: “Art. 123 – matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: pena –

²⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 253.

²¹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 25.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (ars. 121 a 212). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p.97.

detenção, de dois a seis anos”²³.

Percebe-se ser necessária a configuração de diversos requisitos para a sua consumação, uma vez que o sujeito ativo deve ser a mãe do sujeito passivo, estar passando por um processo fisiopsicológico denominado “estado puerperal”, e que mate o filho dentro de um curto período de tempo que abrange a duração do parto ou logo após a sua ocorrência. Se algum desses dados constantes na figura típica for excluído, não se estará tratando de caso de infanticídio, mas de homicídio²⁴.

Três são, portanto, os requisitos inafastáveis do infanticídio: que a agente esteja sob a influência do estado puerperal; que o sujeito passivo seja o próprio filho da delinquente e que o crime seja cometido durante o parto ou logo após a sua ocorrência.

Interessante ressaltar, ainda, os comentários de Vasconcelos Ribeiro a respeito da nova redação dada ao tipo penal Infanticídio, especificamente com relação ao verbo nuclear “matar”. Segundo ele:

[...] pode parecer óbvio, ou até redundante, afirmar que matar pressupõe que haja vida anteriormente, mas, nos casos de infanticídio, isso é fundamental, pois significa que o recém-nascido ou o nascente deve ter vida antes da ocorrência do crime para que este se caracterize como infanticídio. Para a medicina legal, a prova de vida mais utilizada é a respiração. Assim é considerado vivo aquele que possuiu respiração, embora se saiba que pode haver vida mesmo sem respiração nos recém-nascidos (apnéica fisiológica). Para averiguação da existência ou não de vida em tais casos, utiliza-se de outros conceitos como prova de vida [...].²⁵

E, diante do exposto, é de fácil verificação o objeto jurídico do infanticídio: o direito à vida do infante que está nascendo com vida ou que já nasceu com vida, conforme ensinamentos de Damásio de Jesus:

²³ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 295.

²⁵ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma;

O objeto jurídico do crime de infanticídio é o direito à vida. Nos termos do art. 123 do CP, o fato é cometido pela mãe durante o parto ou logo após. Diante disso, o direito à vida que se protege é tanto o do neonato como o do nascente. Neonato, o que acabou de nascer; nascente, o que é morto durante o parto.²⁶

1.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A doutrina classifica o crime de infanticídio, segundo Rogério Greco, como:

Crime próprio [...]; simples; de forma livre; doloso, comissivo e omissivo impróprio (uma vez que o sujeito ativo goza do *status* de garantidor); de dano; material; plurissubsistente; monossujeito; não transeunte; instantâneo de efeitos permanentes.²⁷

É crime *próprio*, por ser o sujeito ativo portador de capacidade especial – ser a mãe da vítima e se encontrar em um estado fisiopsíquico de semi-imputabilidade decorrente da influência gerada pelo estado puerperal –; *simples*, por ser tipo básico, fundamental – que contenha os elementos mínimos e determine seu conteúdo subjetivo sem qualquer circunstância que aumente ou diminua sua gravidade –; *de forma livre*, por poder ser praticado por qualquer meio de execução, não prevendo a lei forma específica de atuação; *de dano*, por exigir a efetiva lesão do bem jurídico visado, ou seja, lesão à vida do infante; *não transeunte*, por deixar vestígios e *instantâneo de efeitos permanentes*, por não depender do agente a permanência dos

concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 29.

²⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, 2º volume:** parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

²⁷ GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 295.

efeitos, pela índole duradoura de suas consequências²⁸.

Não cabe, no infanticídio, modalidade culposa, uma vez que o estado puerperal deve influenciar a vontade do sujeito ativo. Sendo assim, somente poderá ser cometido quando houver *dolo*, seja ele direto ou eventual. Qualquer hipótese envolvendo imperícia, imprudência ou negligência seria classificada como homicídio culposo, e não mais infanticídio, mesmo que esteja sobre a influência do estado puerperal²⁹.

Como é crime *material*, consumando-se com a morte do filho nascente ou neonato pela mãe, temos de comprovar a ocorrência do nascimento com vida, uma vez que caracterizaria crime impossível matar um ser já morto, excluindo a própria tipicidade. Rogério Greco ensina que existem exames específicos para provar a vida, a exemplo dos testes que compõem a categoria das *docimias respiratórias*³⁰, que consiste em diversas análises realizadas no pulmão da criança para se verificar se esta chegou a respirar ou não. Ressalta, ainda, que, em caso de ausência de prova pericial, pode-se recorrer subsidiariamente à prova testemunhal³¹.

Por ser crime *plurissubsistente*, isto é, por exigir mais de um ato para a sua realização, comporta a tentativa, justamente por seu *iter criminis* se estender no fluxo temporal, podendo ser fracionado. Da mesma forma, é *unissubjetivo*, necessitando apenas de um agente para que se verifique a consumação, cabendo ressaltar que permite a

²⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: volume 1: Parte Geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227–260 passim.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁰ A respeito desta matéria, Nelson Hungria realizou interessante e detalhado estudo, dividindo as modalidades de prova de vida autônoma em dois grupos principais: as docimias (do grego *dokimzo*, exame) respiratórias e as docimias não respiratórias, sendo as segundas aplicadas subsidiariamente às primeiras, para o caso de apresentarem resultado negativo (de não entrada de ar nos pulmões do neonato) ou dúbio. As docimias não respiratórias, assim, serviriam para os casos de vida apnéica extra-uterina – vida sem respiração (HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, 1958, p. 259–263).

³¹ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 297.

coautoria e a participação, não se limitando a apenas um sujeito ativo³².

Pode ser *comissivo*, com a atuação direta da mãe com o objetivo de matar o infante, ou *omissivo*, em sua modalidade imprópria – conforme o artigo 13, §2º, a, do Código Penal³³ –, com o abandono da criança pela autora delinquente.

1.4 SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL

O puerpério, em si, corresponde ao tempo em que a mulher recupera-se do verdadeiro trauma que é o parto, o nascimento de seu filho. Não pode ser confundido com o conceito legal de estado puerperal presente no artigo 123 do Código Penal. Com a expulsão da criança, diversas mudanças físicas e psicológicas fazem com que a mãe sofra uma repentina mudança de hábitos. Como bem nos explica Rezende, apresentando um conceito obstétrico de puerpério, temos que:

[...] 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 prenhez. A relevância e a extensão desses processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas experimentadas, isto é, diretamente subordinadas à duração da gravidez.³⁴

³² JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227–260 passim.

³³ “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

³⁴ REZENDE, Jorge de. **O puerpério** In: REZENDE, Jorge de *et al.* (Coord.) **Obstetrícia**. 8a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 373.

Jorge de Rezende ainda ensina que, cientificamente, o período de duração normal do puerpério se dá entre seis e oito semanas, podendo este influenciar na psiqué feminina durante todo o período³⁵.

Quando falamos, entretanto, no conceito legal de estado puerperal, percebemos ser a intenção do legislador limitar sua zona de influência para imediatamente após o parto. Segundo Delton Croce:

Devido à discordância entre os autores na conceituação do chamado estado puerperal, optou o legislador pátrio por falar em influência do estado puerperal, mas durante o parto, ou logo após, limitando, com isso, a sua ampla interpretação obstétrica a um período que se inicia com o parto e termina imediatamente após o mesmo, ou enquanto não ocorrer, na puerpera, o chamado *lucidus intervallum*.³⁶

Não é assim, entretanto, que entende a jurisprudência atualmente. A prova pericial para comprovar se a parturiente estava ou não sob a influência do estado puerperal no momento em que cometeu o delito acabou tornando-se dispensável, uma vez que passou a ser considerado como algo inerente a todo e qualquer parto, sentido apenas com intensidades diferentes, dependendo da mulher. Percebe-se um retorno ao conceito científico do estado puerperal, esticando o conceito “logo após” para os 40/60 dias de recuperação fisiopsicológica da mulher. Nas palavras de Dirceu Barros:

O entendimento da jurisprudência majoritária é no sentido da dispensa da perícia médica para a constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. O que na realidade existe é uma presunção *iuris tantum*, ou seja, até que se prove ao contrário, a mulher após o parto tem perturbações psicológicas e físicas, geralmente normais, mas, quando intensas causa um distúrbio tão grave que a mulher pode eliminar o neonato.³⁷

³⁵ REZENDE, Jorge de. **O puerpério** In: REZENDE, Jorge de *et al.* (Coord.) **Obstetrícia**. 8a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 374.

³⁶ CROCE, Delton e CROCE, Delton Jr. **Manual de medicina legal**. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 555.

³⁷ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal – parte especial**. vol.1, Rio de Janeiro: Campus, 2007. p.125.

Destarte, plenamente possível comprovar que a mãe estava sob o estado puerperal no momento da consumação do delito por outros meios que não médicos. Eis dois exemplos jurisprudenciais:

Estado puerperal. Prova. Perícia médica dispensável. Efeito normal de qualquer parto. Inteligência do art. 123 do CP. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, RT 655, p. 272).

Mãe que, ao satisfazer suas necessidades fisiológicas em uma fossa, deu à luz uma criança, abandonando dentro da mesma. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta praticada logo após o parto – Influência do estado puerperal. Desnecessidade de seu reconhecimento por prova pericial. Recurso provido para esse fim. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, RSE nº 155.886-3/, Rel. Gomes de Amorim, 1ª Câmara Crim., 1995).

Isso não significa, entretanto, que não se deva comprovar o estado de semi-imputabilidade de qualquer maneira, por outros meios. Analisa-se também o ponto de vista contrário. Quanto mais distante do parto, menor a presumibilidade. Como anteriormente ressaltado, temos que o estado puerperal se traduz em um efeito fisiopsicológico na parturiente. Caso não seja verificado, não há motivos para a aplicação da privilegiadora, respondendo a gestante, assim, por homicídio. Nelson Hungria diz – sendo seu esclarecimento relevante mesmo após meio século – que:

Cumpra insistir neste ponto: o estado puerperal pode determinar, mas nem sempre determina a alteração do psiquismo da mulher normal. É da ciência comum que, em grande número de casos, a parturiente (notadamente quando se trata de uma plúripara) não se conturba, nem perde o domínio de si mesma [...]. Manter em tais casos o favor outorgado ao infanticídio valeria por um estímulo ao contrabando de sentimentos inferiores sob a bandeira de uma apriorística responsabilidade diminuída. No próprio [...] projeto suíço ficou reconhecido o caráter meramente eventual do momentâneo transtorno psíquico conseqüente ao parto.³⁸

³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 247.

1.5 INIMPUTABILIDADE

Importante esclarecer a questão da inimputabilidade. Não se trata do infanticídio em si, mas da denominada “*psicose puerperal*”. Tem-se a total ausência, por parte da mãe, de controle sobre a vontade, uma vez que a perturbação psicológica causada pelo estado puerperal é enorme. Há aqui a total impunibilidade da autora, não havendo de se falar em crime. Não há a infração penal de infanticídio – onde está presente um estado de semi-imputabilidade, em que a mãe é capaz de perceber, embora parcialmente apenas, sua conduta. Permanecendo com Hungria, temos que

[...] além dos estados psicopáticos que podem aflorar durante o parto ou das psicopatias em ato no momento do parto, há as psicoses que costumam sobrevir após o parto, chamadas puerperais, Trata-se, geralmente, de confusões alucinatórias agudas, de ofuscamentos da consciência, manias transitórias, amências, delírios. [...] Surgem elas no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são [...] transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicações, etc. [...] Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada têm a ver com elas, portanto, o art. 123, deixando a ocisão do infante de ser infanticídio para constituir, objetivamente, o crime de homicídio, mas devendo a acusada ser tratada segundo a norma geral sobre responsabilidade ou capacidade de direito penal (art. 22³⁹).⁴⁰

Ainda, procurando uma fonte mais atual, relevantes as palavras de Rogério Greco:

³⁹ NOTA: a publicação do livro de Nelson Hungria deu-se antes da reforma do Código Penal de 1940 pela lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. O assunto que tratava o art. 22 a que o autor se refere (inimputabilidade) está disposto atualmente no art. 26 do CP, com a seguinte redação: “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” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro:

Se a parturiente, completamente perturbada psicologicamente, dada a intensidade do seu estado puerperal, considerado aqui como de nível máximo, provocar a morte de seu filho durante o parto ou logo após, deverá ser tratada como inimputável, afastando-se, outrossim, a sua culpabilidade e, conseqüentemente, a própria infração penal.⁴¹

1.6 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo no delito tipificado no artigo 123 do Código Penal como infanticídio deverá ser sempre a mãe, uma vez que isto é condição pessoal elementar para que incida a privilegiadora, como pode ser verificado com as expressões “próprio filho” e “estado puerperal”. A grande questão da verificação do agente, porém, se dá quando da ocorrência do concurso de pessoas – se a elementar do crime se comunica ou não com o terceiro coautor ou partícipe. Há divergência ferrenha na doutrina. Segundo Mirabete:

O infanticídio é crime próprio, praticado pela mãe da vítima, já que o dispositivo se refere ao ‘próprio filho’ e ao ‘estado puerperal’. [...] Problema exaustivamente discutido é o de saber se responde por infanticídio ou homicídio aquele que colabora na prática de um infanticídio. Fundados no art. 30, que faz estender ao coautor ou partícipe circunstância pessoal do agente, quando elementar do crime (no caso, a qualidade de mãe e o estado puerperal), opinam pela responsabilidade pelo infanticídio vários doutrinadores. Entendem outros que por ser o estado puerperal condição de natureza personalíssima, incomunicável, não têm aplicação no caso os arts. 29 e 30 do CP, respondendo o coautor ou partícipe por homicídio.⁴²

Sendo o concurso de agentes no infanticídio o cerne do trabalho, será analisado em capítulo separado (Capítulo três).

O sujeito passivo, por sua vez, só poderá, logicamente, ser o

Forense, 1958. p. 255–257.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 296.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. vol. 2, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2009 p. 52-53.

filho. Este, entretanto, deverá estar nascendo ou ser recém-nascido; nunca, porém, poderá ser o filho nascituro, uma vez que isso configuraria um dos tipos de aborto previstos nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal. O neonato ou nascente será o objeto material do delito de infanticídio, enquanto que o objeto juridicamente protegido será a vida deste neonato. Interessante ressaltar que não se exige a vitalidade do recém-nascido, sendo configurado o infanticídio mesmo comprovandos que ele iria morrer prematuramente por causas naturais logo após o parto⁴³.

1.7 LIMITE TEMPORAL

O artigo 123 determina dois limites temporais a serem seguidos: um início e um limite – *durante o parto* ou *logo após o parto*.

Com a expressão “*durante o parto*”, chega-se à conclusão de que somente após o início do parto é que há a chance de se configurar o infanticídio, uma vez que antes de tal marco temporal, como *supra* ressaltado, ter-se-ia a caracterização do aborto. A doutrina, buscando uma solução objetiva para definir o momento em que a mulher entra em trabalho de parto, apresentou diversos conceitos, tendo como principais três momentos distintos⁴⁴.

Segundo Noronha, sabemos que começa com “[...] a dilatação do colo do útero [...]”⁴⁵; Nucci, por sua vez, afirma que o início se dá com “[...] o rompimento da membrana amniótica.”⁴⁶ e Rogério Greco, com

⁴³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. vol. 2, 26ª ed. rev. E atual., São Paulo: Atlas, 2009 p. 54,55.

⁴⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 296.

⁴⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2000 p.43.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 p.403.

“[...] a incisão das camadas abdominais, no parto cesariana [...]”⁴⁷.

O problema surge, contudo, com a expressão “*logo após*”, que nos sugere uma liberdade interpretativa deixada pelo legislador ao magistrado. Para evitar qualquer tipo de injustiça, é consenso na doutrina penal que o ideal seria interpretar à luz do princípio da razoabilidade.

Não há dúvida a ser dirimida em relação àqueles casos em que o “logo após” equivale a “imediatamente após” o parto. Ela surge nos casos que ultrapassam o período imediato. Deve-se aí realizar a interpretação conjunta de “*logo após*” com a expressão “*sob a influência do estado puerperal*”, ou seja, dependendo do caso, admitir-se-ia o infanticídio se cometido em até, no máximo, oito semanas após o parto⁴⁸.

Rogério Greco, concordando com as idéias expostas por Vasconcelo Ribeiro, diz:

[...] a expressão logo após o parto, a seu turno, deve ser entendida à luz do princípio da razoabilidade. A medicina aponta o período de seis a oito semanas como tempo de duração normal do puerpério. Como seria possível, então, entender como infanticídio a morte do filho produzida pela própria mãe, ainda influenciada pelo estado puerperal, dois meses e meio após o parto? Não nos parece razoável tal entendimento, uma vez que a lei penal usa, expressamente, a expressão logo após o parto e não somente após o parto. [...] Assim, a parturiente somente será beneficiada com o reconhecimento do infanticídio se, entre início do parto e a morte do próprio filho, houver uma relação de proximidade, a ser analisada sob o enfoque do princípio da razoabilidade.⁴⁹

1.8 INFANTICÍDIO PUTATIVO

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. P. 296.

⁴⁸ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 88-91 passim.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.613.

Por fim, resta discorrer brevemente sobre o chamado infanticídio putativo. Tal subclassificação do tipo penal previsto no artigo 123 do CP trata dos casos em que a agente mata infante, logo após o parto, acreditando ser o seu próprio filho, quando, na verdade, não o é. Desta feita, incorre em *Aberratio Ictus* (erro na execução; erro sobre a pessoa). Diz Rogério Greco:

Na hipótese, por exemplo, em que a parturiente almejava causar a morte de seu próprio filho e, por erro, acaba matando o filho de sua colega de quarto, aplica-se a regra correspondente ao erro sobre a pessoa, devendo ser responsabilizada pelo infanticídio.⁵⁰

⁵⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 297.

2 CONCURSO DE PESSOAS

2.1 BREVE INTRODUÇÃO À MATÉRIA

Frequentemente crimes são cometidos por duas ou mais pessoas que concorrem para a concretização do tipo penal. Assim, podemos observar uma ação isolada (aquele que mata, subtrai, falsifica moeda falsa) ou conjunta (um que assalta o banco enquanto o outro espera ao carro como motorista de fuga; a empregada doméstica que estende a chave da casa onde trabalha a seu comparsa, que se aproveita da oportunidade para furtar o dito imóvel; aquela que une esforços com seu marido para afogar o filho na banheira) de um mesmo tipo penal, ambas desencadeando uma mesma consequência.

Nesses casos, verificamos os chamados delitos monossubjetivos, de um concurso *eventual*, concretizado mesmo quando apenas um é o agente, mas que, por liberalidade da vontade, dois ou mais indivíduos unem esforços para a realização do crime. É diferente do concurso *necessário*, dos crimes plurissubjetivos, onde é exigido mais de um agente para que seja configurado, como o crime de rixa, o de quadrilha ou bando, etc. Segundo Damásio de Jesus:

Os crimes podem ser monossubjetivos ou plurissubjetivos. Monossubjetivos são aqueles que podem ser cometidos por um só sujeito. Plurissubjetivos são os que exigem pluralidade de agentes.[...] Como se nota, existem hipóteses em que a pluralidade de sujeitos é da própria essência do tipo penal. Daí falar-se em crimes de concurso necessário ou plurissubjetivos. Os crimes monossubjetivos, ao contrário, podem ser cometidos por um só sujeito. Daí falar-se em concurso eventual.⁵¹

E é apenas na ação conjunta em crime monossubjetivo que

⁵¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 447-448.

estamos diante do chamado *Concurso de Pessoas*, regulado pelo art. 29 do Código Penal⁵². Ainda, Damásio de Jesus esclarece que:

Fala-se em concurso eventual quando, podendo o delito ser praticado por uma só pessoa, é cometido por várias. No primeiro [concurso necessário], o concurso de pessoas é descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, enquanto no segundo [concurso eventual] não existe essa previsão. [...] O princípio segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a eles cominadas (CP, art. 29), somente é aplicável aos casos de concurso eventual, com exclusão do concurso necessário.⁵³

Com o advento do Código Penal de 1940, como bem ressaltado por Mirabete:

resolveu-se em termos simples a questão do concurso de pessoas, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes adotada quanto à relação da causalidade, igualando os vários participantes da empresa criminosa e reunindo-os sob a denominação de 'coautoria'.⁵⁴

Aníbal Bruno diz que, na explicação do nexos causal, ter-se-ia a equivalência das condições, sendo cada condição uma causa, e todo indivíduo, apenas por ter concorrido com uma condição para o resultado, assumiria a posição de autor. Da equivalência das condições, seguir-se-ia a equivalência da responsabilidade de todos os envolvidos⁵⁵.

⁵² Diz o art. 29 do CP: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

⁵³ , Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. vol. 1, 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 448.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. ver. e atual., São Paulo: Atlas, 2010 p.211

⁵⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 258.

Entretanto, sempre houve a questão da importância participativa de cada pessoa para a concretização do tipo, se esta se deu apenas na ideação da conduta ou na execução da mesma, se realizou o ato ou somente auxiliou materialmente o autor, etc.

O concurso de pessoas tem como definição a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Não é necessário acordo prévio de vontades: basta que sejam uniformes e que ajam conjuntamente almejando um mesmo fim, qual seja a realização do tipo penal, cientes de que participam um da conduta do outro. A consciência da participação acompanha o nexo causal. Segundo Nilo Batista:

Concorrer não é sinônimo de 'concausar'. Se podem coincidir quando concorrer implica a produção simultânea de um mesmo evento (o que está longe de representar necessariamente concausalidade), afastam-se bastante quando concorrer significar emulação e disputa. 'quem concorre para o crime' não pode ser interpretado (apenas) como 'quem se faz concausa para o crime'. Ou seja: o art. 29 CP diz que quem – de qualquer modo = seja por autoria direta, autoria mediata ou co-autoria, ou por instigação ou cumplicidade – concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas⁵⁶.

Respondem pelo ilícito todos aqueles que concorreram de alguma maneira para sua consumação, seja em qual fase a fusão de vontades ocorrer. A pessoa que idealizou o crime, a que forneceu os meios materiais, a que facilitou sua realização, a que colaborou na própria execução ou consumação do delito, todos⁵⁷ serão tidos como concorrentes.

Se não houver nexo de causalidade entre os agentes, não será considerado concurso de pessoas, mesmo se houvesse o desejo de

⁵⁶ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 44-45.

⁵⁷ Cabe ressaltar que, após consumado o fato, não se tem mais nexo causal com relação à ajuda que terceiro puder vir a dar, respondendo este por eventual delito diverso – como, por exemplo, ocultação de cadáver ou receptação.

participação no delito. Temos como exemplo aquele que empresta a arma ao assassino, que acaba matando por estrangulamento a vítima, não se utilizando da ferramenta emprestada. Uma pessoa não pode ser penalizada pela simples vontade; sua participação deve ser eficaz⁵⁸.

Do mesmo modo, se não há consciência da ação do outro, não há concurso de pessoas, sendo cada um julgado pelo crime cometido por si mesmo. Temos como exemplo o famoso caso de autoria colateral, em que A e B disparam armas de fogo, ao mesmo tempo, contra C, sendo que A queria se vingar do adultério cometido por C, enquanto B, matá-lo por dívidas de jogo^{59, 60}.

2.2 TEORIAS DA CODELINQUÊNCIA

São várias as teorias existentes a respeito da quantidade de delitos que existem na conduta do concurso de agentes. Cada uma encontrará uma solução diferente para resolver tais conflitos. São três as principais: a monista, a pluralista e a dualista.

A teoria *monista* foi a escolhida para vigor no art. 29 do Código Penal de 1940 (reformado pela Lei nº 7.209/84), não diferenciando as várias condutas em diversos crimes – o delito permanecerá uno e indivisível, e todos os agentes que lhe deram causa responderão por sua consequência, como *autores*. Não há aqui uma distinção entre autor, partícipe, cúmplice, etc. Sábias são as palavras de Luiz Prado nesse sentido:

⁵⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003 p. 471-472

⁵⁹ Apenas à título de curiosidade, o autor do disparo causador da morte, no caso, responderia por homicídio doloso, enquanto o outro, por tentativa de homicídio. Caso não fosse identificável o disparo causador da morte, ambos responderiam por tentativa de homicídio.

⁶⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 472.

Como colorário da teoria da equivalência das condições, não faz ela qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe: todos os que concorrem para o crime são autores dele. A participação não é entendida como acessória. O partícipe é sempre um coautor e responde inteiramente pelo evento. [...] Dá lugar a um conceito unitário formal de autor [...].⁶¹

É a redação do *caput* do art. 29: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”⁶². Todos responderiam pela integralidade do crime, como autores, incidindo todos nas penas nele cominadas. Tal teoria defende que, mesmo quando não for possível a verificação de quem praticou a ação prevista no tipo penal – matar, subtrair, etc. –, todos os envolvidos responderão pelo crime. Como bem exemplificado por Mirabete, “são também coautores do latrocínio todos os agentes que assumiram o risco da efetivação do resultado letal, sendo irrelevante mesmo a identificação daquele que disparou a arma contra a vítima”⁶³.

Se for realizada uma análise isolada do final do *caput* do artigo supracitado, “*na medida de sua culpabilidade*”, percebe-se que cada pessoa responderia pelos atos que cometera dentro do crime uno e indivisível, e não pela sua totalidade. Seria incabível penalizar de igual maneira o assaltante e aquele que lhe emprestou a arma. Tal texto legal fora acrescentado ao art. 29 apenas com a reforma de 1984⁶⁴, momento em que o legislador, em sua exposição de motivos, diferencia autoria e participação, com o objetivo de evitar uma interpretação literal e injusta da norma nele inculpada. Nos diz Luiz Prado:

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p.465.

⁶² BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p. 211

⁶⁴ A reforma do Código Penal de 1940 deu-se com a promulgação da Lei nº 7.209,

O Código Penal reformado (1984) adota essa teoria, ainda que de forma matizada ou temperada, já que se estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (na medida de sua culpabilidade)⁶⁵.

A teoria *pluralista*, por sua vez, determina que, para cada ato realizado, ou melhor, para cada agente que concorreu para um mesmo fim almejado, seja computado um crime próprio, autônomo. Seria como se cada autor ou partícipe praticasse a sua própria infração penal, independentemente do nexo de colaboração para com os demais agentes⁶⁶.

O problema de tal teoria, apontado por Aníbal Bruno, seria justamente o fim único objetivado pelos indivíduos, somente alcançado pela realização conjunta de todas as condutas, pela reunião dos esforços despendidos com a convergência de vontades. Segundo o autor:

Houve mesmo quem pretendesse ver na participação um crime distinto – o crime de concurso, idéia, porém, impossível de sustentar-se, desde que o título pelo qual se pune a participação é o do crime resultante da ação conjunta de todos os concorrentes e não o desta suposta figura delituosa particular, distinta para cada um deles⁶⁷.

A teoria *dualista*, por fim, é no sentido de que existe uma verdadeira divisão de crimes para a categoria dos agentes: um crime para os autores e outro para os partícipes. Assim, o autor, aquele que realiza a conduta descrita no tipo, responderia pelo delito principal, mais grave, enquanto que o partícipe, por crime acessório, mais

de 11 de julho de 1984.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 465

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003 p. 473

⁶⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 261

brando, uma vez que realizou ações secundárias, não essenciais à consumação. Segundo Luiz Prado:

Conforme essa orientação, há dois delitos, opera-se uma distinção entre participação primária e uma participação secundária, punida com menor rigor. Há dois delitos, um para os autores, que realizam a atividade principal, o tipo legal de delito, e outro para os partícipes, aqueles que desenvolvem uma atividade secundária, que não realizam a conduta nuclear descrita no tipo penal.⁶⁸

A crítica contra essa teoria, apontada por Mirabete, seria a de que, por vezes, a ação do partícipe é muito mais relevante do que a do próprio executor – a exemplo dos casos de coação resistível, de mandato, etc. –, não abrangendo sequer os casos de autoria mediata⁶⁹.

O Código Penal vigente, como *supra* ressaltado, adotou a teoria monista para reger o concurso de pessoas. Há, entretanto, uma exceção a essa teoria, que mais se assemelharia à teoria dualista, qual seja o § 2º do art. 29. Eis sua redação:

Art. 29. [...] § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.⁷⁰

Nota-se que, com a diferenciação entre o dolo e a culpa, entre o elemento subjetivo e objetivo do delito, existe a possibilidade de o partícipe responder por crime diverso daquele realmente praticado. A censurabilidade da conduta é levada em conta aqui, e, como nos diz Mirabete:

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 465

⁶⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010 p. 213

⁷⁰ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

A ressalva legal de que se atenderá na aplicação da pena à culpabilidade de cada um dos agentes [...] e o disposto no §2º do art. 29, que determina a punição pelo crime menos grave do concorrente que quis participar desse delito e não do realmente praticado, reduzem de muito a aplicação do princípio da unidade do crime no que diz respeito à fixação da pena em concreto no concurso de agentes.⁷¹

2.3 REQUISITOS

São, portanto, quatro os requisitos para que seja verificado o concurso de agentes:

- a) pluralidade de condutas;
- b) relevância causal de cada uma das ações;
- c) liame subjetivo entre os agentes;
- d) identidade de fato da infração penal.

Em relação aos dois primeiros requisitos, quando várias forem as condutas e várias forem as pessoas que as realizaram, devemos verificar um nexo causal entre cada uma delas e o resultado. Só é possível a existência de um concurso de agentes se existirem, obviamente, dois ou mais indivíduos que tenham realizado algum ato relevante à consequência-fim do crime. Se essas ações forem relevantes ao todo, seus agentes deverão ser responsabilizados⁷².

Entretanto, para que sejam responsabilizados em conjunto, e aqui encaixa-se o terceiro requisito, devem estar em concordância subjetiva, não bastando que ajam com dolo; devem realizar atos que colaborem com a atuação um do outro, almejando um mesmo fim. Como bem ressalta Nilo Batista, somente com uma adesão objetiva (uma mesma causa); subjetiva (o mesmo dolo, a mesma vontade) e voluntária à

⁷¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol.1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p. 213.

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 471.

atividade criminosa de terceiro, tendo um objetivo comum, cria-se o vínculo da concorrência⁷³.

Não será considerado concurso de agentes, entretanto, aquele caso em que alguém empresta seu rifle para que um amigo participe de uma caçada. Se o rifle for utilizado para matar uma pessoa, o proprietário da arma não deverá ser responsabilizado pelo homicídio, mesmo que tenha facilitado a ação do autor do delito; não concorrerá com ele.

Diferente seria o caso em que alguém empresta o rifle com o intuito de que o agente desfira o tiro fatal, situação em que estaria buscando o mesmo fim *morte* que almejava o autor dos disparos. Eles estariam de comum acordo – seja ele expresso ou tácito –, tendo relevância causal entre suas ações, não sendo necessário um acordo prévio de vontade para a existência do concurso de pessoas. A esse respeito nos ensina Nilo Batista:

A resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de co-autuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum. É absolutamente dispensável, conquanto seja a modalidade mais habitual, que isso se faça em termos de um 'prévio ajuste', e nesse passo a doutrina brasileira é unânime. Pelo contrário, o acordo de vontades pode ocorrer durante o fato, e depois que parte dele tenha sido realizada, dando surgimento ao que se chama de co-autoria sucessiva.⁷⁴

O quarto requisito, por fim, trata dos casos em que, no mundo fático, estejam os agentes unidos pelo liame subjetivo praticando o mesmo delito. É por isso que não é penalizada a pessoa que presencia ou tem ciência do delito, se não possui o dever jurídico de impedir o resultado. Não entrará em concurso de agentes, uma vez que não concorre com uma causa. O exemplo clássico de tal afirmativa seria aquele em que a pessoa tem certeza da iminência de um delito e não

⁷³ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p.103.

⁷⁴ BATISTA, loc. cit.

comunica às autoridades competentes. Não será penalizada; sua omissão será atípica. Nas palavras de Rogério Greco:

O quarto e último requisito necessário à caracterização do concurso de pessoas é a identidade de infração penal. Quer isto dizer que os agentes, unidos pelo liame subjetivo, devem querer praticar a mesma infração penal. Seus esforços devem convergir ao cometimento de determinada e escolhida infração penal. Em síntese, somente quando duas ou mais pessoas, unidas pelo liame subjetivo, levarem a efeito condutas relevantes dirigidas ao cometimento de uma mesma infração penal é que poderemos falar em concurso de pessoas.⁷⁵

2.4 AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO

2.4.1 Autoria

Autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal. É aquele que no homicídio mata, no furto subtrai, etc. Conforme verificou-se, o art. 29 não realiza uma diferenciação entre autor e partícipe, considerando, pela teoria monista, todos os envolvidos como autores. A diferença, entretanto, está na natureza das coisas, isto é, na espécie da conduta realizada por cada pessoa. Faz-se necessária a distinção entre autor, coautor e partícipe.

Com o advento da reforma de 1984, essa diferenciação se tornou mais acentuada, seja observando o §1º do art. 29, onde está prevista a diminuição de pena para participação de menor importância, seja pelo §2º do mesmo artigo, quando permite ao partícipe responder por crime distinto do principal.

Assim, com a dificuldade em se estabelecer um conceito definido de autor, foram criadas três teorias principais: a do critério *formal-*

⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 472.

objetivo, a do critério *material-objetivo* e a do critério *final-objetivo*⁷⁶, também denominadas de conceitos *restritivo*, *extensivo* e *do domínio do fato*, respectivamente⁷⁷.

A teoria *formal-objetiva* (ou *restritiva*) estabeleceu um conceito mais fechado de autor, mais restrito: autor seria aquele que cometesse a conduta típica descrita na lei, isto é, aquele que realiza a ação principal, no todo ou em parte, executando o crime. É o que mata, o que furta, o que rouba. Segundo Luiz Prado:

Autor é aquele que realiza a ação típica, quer dizer, executa a ação determinada pelo núcleo do tipo (verbo reitor do tipo). Define-se o autor como sendo aquele cujo comportamento se encontra no círculo abarcante do tipo; sendo partícipe aquele que presta ajuda casualmente para o fato. Conforme esta orientação, os autores e os coautores tomam parte na execução do fato e os partícipes (que também tomam parte) colaboram na execução do delito. Autor é aquele que realiza o tipo legal.⁷⁸

Apesar de possuir diversos defensores de renome – Júlio Fabbrini Mirabete⁷⁹, Aníbal Bruno⁸⁰ e Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo –, a teoria possui uma falha básica que seria a de tratar o autor mediato como partícipe. Assim, por mais que tal indivíduo possuísse o domínio do fato, não seria considerado como autor. Pertinente é o ensinamento de Zaffaroni, que afirma ser esta teoria:

[...] insustentável, porque [...] ficariam fora de seu âmbito todos os casos de autoria mediata: o que aponta a arma para

⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.57.

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 475-480.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 465.

⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010 p.217

⁸⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 267.

alguém, a fim de que se apodere do relógio de outro, seria autor de constrangimento ilegal e instigador de furto; aquele que dá a outro um revólver carregado, assegurado que contém balas de festim para uma representação teatral e que, ao ser acionado pelo autor, mata ou fere o seu alvo na ficção, não seria autor de homicídio ou de lesões, e sim instigador.⁸¹

A teoria *material-objetiva* (ou *extensiva*) estabeleceu um conceito mais aberto de autor, mas extenso: seria aquele que contribuísse com qualquer causa para a execução/consumação do crime. Assim, não seriam feitas distinções entre autor e partícipe, o que iria de encontro com a própria norma penal, que estabelece tacitamente, como *supra* observado, a diferenciação com base na culpabilidade do agente. Segundo Zaffaroni:

Para uns, os partícipes são autores e as normas a seu respeito são causas de atenuação da pena. Este é o conceito extensivo de autor, que se funda na causalidade e na teoria da equivalência das condições. Se pretendermos fundar a autoria na causalidade, todo aquele que traz alguma contribuição é autor e não há maneira de objetivamente distinguir autor e partícipe. É por isso que este critério a respeito da natureza da participação deve recorrer aos critérios subjetivos de delimitação [...] Essa teoria [...] deve ser rejeitada, entre outras razões, pela mesma pela qual se deve rechaçar a tese do “autor único”: se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor.⁸²

A teoria *final-objetiva* (ou do *domínio do fato*), por sua vez, estabeleceu o autor como aquele que possui o domínio final do fato. Significa dizer, aquele que interrompe a execução do crime apenas abstendo-se de agir será considerado autor, sendo o restante dos concorrentes considerados partícipes. Como podemos absorver dos ensinamentos do grande jurista Nilo Batista, “autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed., ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.667.

⁸² *Ibidem*, p.666.

o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”⁸³.

Abrangeria inclusive os casos de autoria mediata, em que o autor se utiliza de incapaz, inimputável, etc. para cometer o crime. Como possui o controle subjetivo do fato e atua no exercício desse controle, é considerado autor. O partícipe, aqui, se limitaria a auxiliar no fato, mas nunca teria domínio sobre o resultado final. Continua o renomado autor:

Renunciando a uma categoria central imutável e inerte de autor, o critério final-objetivo não se submete a qualquer nominalismo, e sim capitula diante das multifárias possibilidades de estruturação do decurso do fato, que pertencem à natureza das coisas. Isso lhe permitirá, dentro do sistema, uma possibilidade de deslocamento lógico inexcedível, para atender aos diversos problemas propostos. Sob uma perspectiva generalizante, a distinção autoria-participação se aproximará de seu ponto de repouso: os tipos da parte especial.⁸⁴

Foi a teoria escolhida para o anteprojeto de Nelson Hungria, promulgado em 1969 para vigorar em 1970, mas revogado em 1978, depois de inúmeras emendas que alteraram sua *vacatio legis*. Juntamente com a reforma do Código Penal em 1984, segundo grande parte da doutrina, recebeu diversos seguidores, sendo atualmente aplicada por parte da jurisprudência⁸⁵.

2.4.2 Coautoria

O crime pode ser praticado, quando em concurso de pessoas, por

⁸³ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.69.

⁸⁴ *Ibidem*, p.73.

⁸⁵ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.217.

meio da coautoria e da participação. Coautor nada mais seria que o próprio autor do delito, isto é, aquele que executa as ações previstas no tipo em conjunto com outro agente. Não é necessário, porém, que ambos pratiquem exatamente os mesmos atos: basta que dividam o trabalho almejando alcançar o fim criminoso. Assim, teríamos coautoria, por exemplo, como bem ressaltado por Mirabete, quando duas pessoas atiram contra a mesma vítima, causando-lhe a morte, estando ambos em conluio, bem como no crime de roubo, quando um dos criminosos ameaça a vítima enquanto o outro subtrai a coisa. Na coautoria há a necessidade da comunhão de vontades para o alcance do resultado e para a execução do crime⁸⁶.

Defendendo o ponto de vista do critério final-objetivo, bem esclarece Rogério Greco:

Se autor é aquele que possui o domínio do fato, é senhor de suas decisões, co-autores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão co-autores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo.⁸⁷

E continua Nilo Batista, em relação à ideia da divisão de trabalho:

A ideia de divisão do trabalho [...] encontra na co-autoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão de trabalho.⁸⁸

⁸⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.217.

⁸⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 481.

⁸⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.101.

Existe também a chamada coautoria sucessiva. Ocorre em casos onde alguém adere à conduta do autor após esta já ter iniciado, quando configurado o liame subjetivo expressa ou tacitamente. Desta forma, o codelinquente concorda e assume o delito por conta, adquirindo o domínio do fato em conjunto com o agente inicial da ação. Por exemplo, A percebe que B está furtando objetos do interior de uma residência – cujos donos encontram-se em viagem – e decide ajudá-lo, levando os bens até seu carro. Entre ambos, estabelecer-se-á um acordo de vontades para que juntos prossigam na execução, o que de fato acontece. Estamos diante da coautoria sucessiva⁸⁹.

Outro questionamento suscitado por Nilo Batista quanto ao assunto de coautoria sucessiva diz respeito àquele que concorre na realização do tipo, respondendo pelas qualificadoras e agravantes de caráter objetivo que venham a ocorrer em decorrência de ação de seu comparsa. Destarte, quando há a possibilidade de o agente ter previsto a ocorrência do crime pior, isto é, quando assumiu o risco de cometer o delito mais grave, passa a concorrer com qualificadoras e agravantes⁹⁰. Temos como exemplo o caso em que é coautor de roubo qualificado por lesão grave aquele que possuía o domínio do fato delituoso, mas não impediu que seu comparsa efetivasse disparos contra a vítima.

Quando falamos, por fim, em crimes próprios, onde o autor deve possuir certos requisitos intrínsecos ao tipo penal para que seja o sujeito ativo (ser funcionário público no peculato, por exemplo), falamos em coautoria mesmo que o coautor ou partícipe não preencham tais requisitos: basta que tenham ciência da existência destes em relação ao comparsa. Assim, sendo verificado o elemento subjetivo do crime, para responder pelo delito especial devem ter conhecimento da qualidade do autor⁹¹.

⁸⁹ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.116.

⁹⁰ *Ibidem*, p.118.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito**

Ressalta, entretanto, Zaffaroni:

Deve ficar claro, que não se trata de autoria do delito, mas de um tipo especial de concorrência, em que autor só pode ser apenado como autor da determinação em si e não do delito a que tenha determinado. A mulher não é apenada como autora de estupro, mas lhe será aplicada a pena deste crime por haver cometido o delito de determinar para o estupro; o sujeito não é apenado como autor de corrupção passiva, mas como autor da determinação à corrupção passiva.⁹²

Se não souberem de tal situação, dependerá do crime: se for funcional próprio, a exemplo da prevaricação e da corrupção passiva, não responderão por qualquer ilícito; se for funcional impróprio, a exemplo da violência arbitrária, deverão ser responsabilizados pelo crime menos grave, conforme disposto no §2º do art. 29⁹³.

2.4.3 *Autoria direta e indireta*

Existem casos em que devemos verificar qual a natureza do autor. Como já ressaltado, autor é aquele que realiza o verbo nuclear do tipo, aquele que possui o domínio do fato. Entretanto, para que o crime seja consumado, por vezes se utiliza de terceiro inimputável para a execução, sendo apenas o “homem de trás”, o idealizador do crime. Lógica é, pois, a divisão doutrinária quanto às formas de autoria: se é autoria direta ou indireta.

penal brasileiro: parte geral. 2ª ed., ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.675-678.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 2ª ed., ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.678.

⁹³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal:** parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.218.

Autor *direto* ou *imediato* é aquele que age diretamente, sem utilizar-se de outrem para o cometimento do delito. Como bem ressalta Zaffaroni, seria o caso em que um sujeito preencheria objetiva e subjetivamente os requisitos da conduta típica, de forma direta e pessoal, não oferecendo qualquer dúvida acerca de que teria total controle do desenrolar central do fato⁹⁴. Continua o autor:

Pode acontecer que também o faça valendo-se de alguém que não realiza a conduta, como o que empurra outro sobre uma vitrina para cometer o delito de dano contra comerciante que odeia. Neste caso, posto que o empurrado age como uma massa mecânica, é indiferente que tenha sido seu corpo ou uma pedra, de maneira que aquele que age valendo-se de alguém que não realiza a conduta típica é autor direto, porque realiza diretamente a conduta típica.⁹⁵

Autor *indireto* ou *mediato*, por sua vez, é aquele que se aproveita de terceiro para realizar o fato típico. Significa dizer: age por meio de pessoa que atua sem dolo, atípica ou justificadamente. Segundo Luiz Prado, teríamos a autoria mediata nas seguintes hipóteses:

1) na coação moral irresistível (art. 22, CP), pois responde pelo delito o coator, figurando o coacto – inculpável pela inexigibilidade de conduta diversa – como um mero instrumento em suas mãos; 2) na obediência hierárquica (art. 22, CP), dado que responde como autor mediato o autor da ordem, uma vez que ao inferior hierárquico não se pode exigir conduta diversa; 3) na indução a erro ou nos casos em que o autor mediato se aproveita da situação de erro de tipo ou de proibição do sujeito; 4) na utilização de inimputável; 5) na utilização como instrumento de pessoa amparada pela presença de uma causa de justificação.⁹⁶

Temos como exemplos o da enfermeira que ministra ao paciente

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed., ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.699.

⁹⁵ ZAFFARONI, loc. cit.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 469.

veneno no lugar de medicamento, por ter sido induzida em erro pelo médico autor, e os casos de inimputabilidade estabelecidos pelo Código Penal (quando o autor se utiliza de incapaz, insanidade mental, coação moral irresistível, etc.). Não há aqui concurso de agentes – existirá apenas um autor, o mediato, que deverá ser responsabilizado pela execução indireta do tipo penal⁹⁷.

Como bem ressalta Nilo Batista, a teoria final-objetiva eficazmente abrangeu os casos de autoria mediata, que não eram previstos pelo Código de 1940. O autor imediato aqui não responderia pelo crime, uma vez que não possui o domínio do fato⁹⁸.

2.4.4 Participação

Participação seria a atividade acessória ao crime, que não seria típica por si só. Um partícipe somente responde por um crime quando os autores do delito iniciam ao menos a sua execução. Não seria a atividade descrita no tipo penal; seria apenas uma contribuição que facilitasse ou impulsionasse o autor a cometer o crime, sendo uma conduta subordinada à principal, qual seja a do autor. Deve existir a vontade de ajudar o autor, um nexo causal, subjetivo. Os requisitos para o concurso de agentes também aqui se aplicam, não ficando restritos apenas à coautoria. Diz Aníbal Bruno:

Devemos observar antes de tudo que a participação secundária é acessória da principal [...], mas apenas no sentido de que o fato do partícipe depende, para sua admissão no plano do Direito Penal e conseqüente punição, do destino da atuação do partícipe principal. [...] Esta acessoriedade não é produto da lei; assenta na própria natureza das coisas. É um fato que nenhuma lógica pode

⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.219.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.129.

destruir, este de que a participação secundária adere a um fato principal. [...] O ato secundário só adquire sentido jurídico-penal quanto o ato principal entra pelo menos em fase de execução, como ato típico e antijurídico.⁹⁹

Existem diversos tipos de participação: ajuste, determinação, instigação, organização e chefia, auxílio material, auxílio moral, adesão sem prévio acordo, etc. Estuda-se, entretanto, como meios de participação por excelência, a *instigação* e a *cumplicidade*.

A *instigação* dá-se quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, ou seja, implanta em seus pensamentos ou reforça ideia já existente sobre o delito a ser cometido. Diferencia-se da autoria mediata justamente por ser o autor imediato consciente de seus atos, tendo capacidade volitiva no momento de ouvir o instigador.

Essa instigação deve ser efetiva, fundamental para a decisão do autor, não sendo qualquer atuação relevante para fins de concurso de pessoas. Assim, poder-se-ia dizer que se o ato do executor não se configura como crime, nem chega sequer a constituir tentativa, não se puniria a instigação¹⁰⁰. Continua o autor:

Responderá o instigador pelo resultado, sempre que este se inclua na continuidade causal da sua instigação. Deixa de responder, portanto, se o executor rompe a corrente de causalidade que se origina da instigação e inicia outro curso causal. Se o instigador desiste da ação, não basta para eximilo de culpabilidade a simples comunicação, embora oportuna, dessa desistência ao instigado. Reclama a doutrina concorrente que ele faça tudo o que estiver ao seu alcance para impedir o resultado criminoso. Só essa espécie de arrependimento ativo pode salvá-lo, interrompendo definitivamente o curso causal nascido da sua instigação [...].¹⁰¹

Cabe ressaltar que não é considerado partícipe aquele que instiga

⁹⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 271-272.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.273.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.274.

genericamente a prática de infrações penais. Para instigar, são conhecidas diversas maneiras, a exemplo do mandato, do conselho, da persuasão, do comando, etc.

A *cumplicidade*, por sua vez, dá-se quando o partícipe atua prestando auxílio ao autor por meio de comportamento ativo, como o empréstimo de uma arma, ou omissivo, quando possui o dever jurídico de evitar o resultado, como o exemplo *supra* citado, do empregado que não tranca a porta da casa propositalmente para facilitar a ação do autor de furto. Seguindo ainda os ensinamentos de Aníbal Bruno:

O cúmplice, como o instigador, coopera no fato de outrem, e só há participação se ele tem consciência disso. É essa consciência de que colabora na ação de outrem que constitui para o cúmplice o vínculo da participação. Para haver cumplicidade punível, é necessário, pois, que haja uma ação principal executiva de uma figura defeituosa. Sem esta não há participação em sentido estrito. [...] Esta ação principal, a que adere a participação, deve possuir os caracteres de um fato punível, há-de ser uma ação típica, antijurídica e culpável.¹⁰²

Separa-se ainda a cumplicidade em duas modalidades: a cumplicidade física e a cumplicidade intelectual. Luiz Prado diz que na primeira modalidade, “o agente coopera materialmente na execução por meio de atos não essenciais. Na última, o agente dá ao autor conselhos ou instruções sobre o modo de realização do delito, ou o apoia espiritualmente em sua resolução de praticar o crime”¹⁰³.

Outros casos interessantes a serem observados quanto à participação dizem respeito às denominadas “participação em cadeia” e “participação sucessiva”.

A participação em cadeia ou participação da participação é aquela em que alguém auxilia ou instiga outrem a participar de crime cometido por terceiro, isto é, como bem relatado por Rogério Greco, quando “A

¹⁰² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 275.

¹⁰³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 472.

induz B a induzir C a causar a morte de D. Ou que A induz B a emprestar sua arma a C, para que este venha causar a morte de D”¹⁰⁴. Não cabe aqui, de igual maneira, a tentativa, uma vez que só é punível a participação – seja ela qual for – se o autor vier ao menos a tentar praticar a infração penal.

Essa modalidade se diferencia da participação sucessiva, que se assemelha à autoria colateral, no sentido de não haver conexão de vontade entre o primeiro instigador e o segundo. Segundo Damásio de Jesus, há participação sucessiva:

[...] quando, presente o induzimento (determinação) ou instigação do executor, sucede outra determinação ou instigação. [...] Assim, A instiga B a matar C. Após essa participação, o agente D, desconhecendo a precedente participação de A, instiga B a matar C. Se a instigação do sujeito D foi eficiente em face do nexo de causalidade, é considerado partícipe do homicídio.¹⁰⁵

2.5 CONCURSO DE PESSOAS E CRIMES POR OMISSÃO

Em relação aos crimes por omissão, tratando-se de concurso de pessoas, é possível a participação, mas nunca a coautoria. Uma vez que o auxílio e a instigação servem tanto para induzir alguém a realizar algo como a deixar de realizar, partícipes podem, sim, existir nos casos de crimes omissivos próprios e impróprios. Assim, temos o exemplo daquele que ajuda a mãe a não alimentar sua criança, respondendo por participação em abandono material, e do paciente que convence o médico a não avisar a autoridade competente em relação à doença que venha a ter e que a notificação seja obrigatória¹⁰⁶.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 481

¹⁰⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. vol.1, 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 474.

¹⁰⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol.1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.220.

Em relação à coautoria em crime omissivo, contudo, não é possível que dois agentes concorram como autores, uma vez que cada um dos indivíduos responderá por crime próprio e individual. Cada pessoa que deixou de prestar socorro à pessoa ferida responderá por si pelo crime de omissão de socorro, não se falando em concurso de pessoas.

Uma observação, porém. Tal matéria não deve ser confundida com a denominada participação por omissão, que trata dos casos em que a participação em si se dá por omissão, e não a ação principal, do autor. Seriam os casos de omissão em crimes comissivos.

Como podemos retirar de Nilo Batista, devemos diferenciar a participação moral (que seria o induzimento, a instigação) da material (a cumplicidade e auxílios materiais). Segundo o autor, é incabível a participação moral por omissão, pois criar-se-ia um paradoxo – realizar uma ação, qual seja instigar, sem realizar nenhuma ação: impossível. Somente a participação material seria admitida¹⁰⁷. Segue com o exemplo:

Numa firma comercial, o empregado A vem subtraindo semanalmente certa importância em dinheiro; B, que não é tesoureiro, nem caixa, nem exerce qualquer outra função que fizesse instaurar o dever especial, mas que pode de alguma forma facilitar o acesso de A ao cofre, omite providências (chaves, horários, etc.) que significariam obstáculos à atividade de A, desejando, por raiva do patrão, que a perda patrimonial seja expressiva. Eis aí a cumplicidade por omissão – sem conhecimento dela por parte do autor –; aí estão a cooperação objetiva e o dolo do cúmplice [...].¹⁰⁸

Importante salientar que aqui a idéia é inversa: somente haveria participação por omissão nos casos em que não fosse o partícipe garantidor.

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p.171-175

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.174.

2.6 COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

A participação é acessória a um fato principal. Sendo o fato antijurídico e típico, o partícipe responderá. Existem casos, entretanto, em que o dolo do partícipe e do autor começam seguindo uma linha única e acabam por se separar na decorrência dos fatos. Isso geralmente acontece nos casos em que a idéia surge ou é reforçada pelo partícipe (instigação), ou seja, quando o partícipe determina a ação a ser realizada pelo autor, mas este, que possui o domínio do fato, modifica os eventos e acaba por gerar consequências distintas das inicialmente pretendidas. Teríamos como exemplo o caso de A mandar B espancar C com o objetivo de o amedrontar; B, entretanto, mata C. O instigador – A – receberá uma causa de diminuição de pena. É o que Zaffaroni denomina de “erro na participação”¹⁰⁹.

Como bem nos informa Mirabete, antes da reforma de 1984, o partícipe não responderia pela ação cometida pelo autor, uma vez que não poderia ser responsabilizado pela ação de dolo exclusivo do autor. Entretanto, como não havia previsão expressa, poderia responder pelo crime cometido¹¹⁰.

Com o advento da nova lei, é criada uma solução para tal problema – antes só resolvido através da interpretação extensiva do artigo – com a criação do §2º do art. 29: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena deverá ser aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”¹¹¹.

Tal norma define que, mesmo em concurso de pessoas, o partícipe pagará de acordo com o elemento subjetivo e sua

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.690-691.

¹¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.222.

¹¹¹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

culpabilidade, não se sujeitando a sofrer uma penalidade severa ou branda demais, mas de maneira justa com o seu propósito. Assim, para exemplificação, saberíamos que o empregado que fornece a chave da casa onde trabalha com o objetivo de que seu comparsa lá realize um furto, sabendo que a família está viajando e a casa estará vazia, responderá por furto em qualquer hipótese, por este ser seu dolo.

A grande questão está no fim do §2º, onde sua pena é aumentada caso o resultado mais grave seja previsível. Assim, no exemplo acima citado, se no momento do furto surgir um vigia, e o autor acabar por agredi-lo, teremos duas hipóteses: não sendo previsível sua presença, o empregado partícipe responderá apenas por furto; sendo previsível a necessidade de violência contra esse terceiro, responderá ainda pelo crime de furto, mas com sua pena aumentada até a metade. Eis o ensinamento de Zaffaroni:

É possível que, para quem quer participar de um crime, seja previsível a prática, pelo autor, de um crime mais grave. Nesta hipótese, teremos um concurso formal de participação dolosa em crime menos grave (do qual o partícipe quis, efetivamente, participar) e uma autoria de crime culposo, porque o partícipe foi causa do resultado mais grave, quando este resultado era previsível. Trata-se de um crime preterdoloso [...]. A segunda parte do § 2º do art. 29 regula exatamente esta hipótese [...]. Quando o partícipe tiver assumido o risco do autor produzir um resultado mais grave (participação com dolo eventual), a hipótese fica regulada diretamente pelo princípio do art. 29. Não vemos razões para privilegiar o dolo eventual.¹¹²

Existem ainda os casos especiais, como, por exemplo, o de *mandato*, em que, se for previsível a morte da vítima quando da determinação de apenas um espancamento por parte do mandante, vindo ela a ocorrer, este responderá por homicídio preterdoloso, e não lesão corporal acrescida pela metade.

Esse aumento de pena pela previsibilidade se dá justamente por

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.690.

ter o partícipe assumido o risco de tal fato acontecer, respondendo a título de dolo eventual. Cabe ressaltar, seguindo as doulas lições de Zaffaroni, que é necessária apenas a *previsibilidade do fato*, e não que seja previsível para o partícipe¹¹³. É por isso que em um roubo à mão armada, todos os concorrentes que estiverem envolvidos com o planejamento e execução responderão por latrocínio caso este venha a ocorrer, mesmo não sendo autores do homicídio, pelo tão-só fato de o risco de tal ocorrência ser grande¹¹⁴.

Outra hipótese a ser aqui abordada seria a de erro de tipo. Assim, mesmo que as características individuais sejam elementares do crime cometido, o partícipe responderá pelo crime mais ameno por incidir em erro. Aquele que ajuda funcionário público a furtar algo, sem ter conhecimento desse *status*, não responderá por peculato-furto, mas somente pelas penas previstas no art. 155 do Código Penal¹¹⁵.

Podemos, com essas informações, chegar à conclusão de que essa inovação realizada pelo §2º do art. 29 do Código Penal consagrou tanto o princípio da individualização da pena – pois cada um responde por seu liame subjetivo, não sendo condenado por um crime mais grave do que possuía a intenção de cometer – quanto o princípio da proporcionalidade – já que prevê um aumento da pena quando é previsível a realização de crime mais grave do que o estipulado. Havendo essa previsibilidade quanto à ocorrência, a pena aplicada não pode ser superior àquela que seria atribuída pelo crime efetivamente praticado. Diz Rogério Greco:

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.691.

¹¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. ver. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.223.

¹¹⁵ “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de

Deve ser frisado, portanto, que a expressão 'quis participar de crime menos grave' não diz respeito exclusivamente à participação em sentido estrito, envolvendo somente os casos de instigação e cumplicidade, mas sim em sentido amplo, abrangendo todos aqueles que, de qualquer modo, concorrerem para o crime, estando aí incluídos autores (ou co-autores) e partícipes [...]. 'Quando se trata da hipótese em que um dos concorrentes quis participar de crime menos grave do que aquele que acabou sendo cometido pelo outro concorrente, cada qual responde de acordo com o que quis, isto é, de conformidade com o seu dolo. Portanto, embora responsável pelo fato, não está o co-autor sujeito à mesma pena, que será diferenciada pelo juiz de acordo com a ação de cada um no evento'.¹¹⁶

Em relação à cooperação dolosamente distinta, temos ainda o caso do autor que, por algum motivo, desiste da ação no meio da execução do crime e abandona o local, respondendo apenas pelos atos que cometeu, mesmo que após sua deserção fatos mais graves tenham vindo a ocorrer. Seria a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Cabe ressaltar que não é esta uma aplicação do §2º do art. 29, pois o autor assume o risco de causar resultado mais grave, restando tal norma para os partícipes; é, entretanto, uma análise extensiva de tal dispositivo, que é corroborada pela visão da teoria do domínio do fato. Nilo Batista ainda subdivide:

Deveremos distinguir duas situações diversas, a saber: a) desistência (ou arrependimento) do partícipe; b) desistência (ou arrependimento) do executor. Na primeira situação, a solução é idêntica àquela adotada para os co-autores [...]. Assim, o instigador que passa a opor-se à execução, e o cúmplice que não implementa o auxílio prometido, ou tendo-o implementado o retira, só responderão pelos atos praticados (art. 15 CP) [...]. Na segunda situação, para quem adira à concepção da desistência e do arrependimento como exclusão de tipicidade, a solução é evidente: a impunidade do partícipe é decorrência da acessoriedade da participação.¹¹⁷

multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico" (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 510-511.

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.176.

2.7 PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

2.7.1 Participação de menor importância

Conforme *supra* ressaltado, com o disposto no art. 29, todos os autores, coautores e partícipes respondem pelo mesmo crime. Observamos também que quando o delinquente pretende participar de delito menos grave, responderá pelas penas cominadas a este, mesmo que o resultado não seja o esperado. Assim, o juiz deve distinguir a ação de cada um na medida de sua culpabilidade. O autor ou partícipe só responderá pelos atos que cometeram, nunca por aqueles praticados por seu concorrente¹¹⁸.

O §1º do art 29 nos diz que, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”¹¹⁹. Surge uma nova variável para facilitar o trabalho do juiz. Caso o partícipe tenha realizado uma atividade de menor importância, aplicará essa causa geral de diminuição de pena. Somente, entretanto, em casos de colaboração secundária, ou seja, nos fatos em que, embora tenham colaborado para a execução e consumação do delito, não seriam indispensáveis para sua realização – instrumento fundamental para o cometimento do crime ou o próprio idealizador¹²⁰.

Outro ponto a ser ressaltado é o fim do texto normativo desse parágrafo, “[...] a pena *pode* ser diminuída de um sexto a um terço”. Como bem ressalta Rogério Greco:

[...] à primeira vista, a expressão ‘a pena pode ser diminuída’

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.683.

¹¹⁹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.224.

daria a impressão de faculdade do julgador na aplicação da redução. Contudo, [...] não se trata, no entanto, de uma redução facultativa, mas de uma causa de diminuição obrigatória de pena, desde que fique evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe para a realização do fato típico. É evidente que, nessa hipótese, o legislador entendeu que a participação de menor importância contém em si a revelação de uma culpabilidade menos expressiva e, por isso, autorizou a redução punitiva.¹²¹

Caberá ao juiz, portanto, apenas aplicar a redução de pena estabelecida no §1º do art. 29 do Código Penal quando presente o caráter de menor importância da participação.

2.7.2 Qualificadoras e agravantes

O concurso de pessoas, por facilitar a execução de diversos delitos, é, por vezes, considerado como qualificadora. Assim, está discriminado em inúmeros tipos penais, como no §1º do art. 146 (constrangimento ilegal)¹²², no §1º do art. 150 (violação de domicílio)¹²³, no §4º, IV, do art. 155 (furto)¹²⁴, etc.

Analisando o art. 62 do Estatuto Repressivo, verificamos que

¹²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 508.

¹²² “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.[...]” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

¹²³ “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. § 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência [...]” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

¹²⁴ “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...]§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas [...]” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 2012).

existem diversos casos em que a concorrência recebe a natureza de agravante, observados nos incisos I a IV de tal norma penal. Eis o texto legal:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.¹²⁵

2.7.3 Concurso e circunstâncias do crime

As condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se aos coautores e partícipes. Eis a redação do art. 30 do Código Penal: “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”¹²⁶.

Verifica-se a distinção entre *circunstância* e *condição*: esta trata dos fatores externos ao delito, das relações do delinquente com a vida exterior (menoridade, reincidência, parentesco, etc.), enquanto aquela se integraria ao crime e funcionaria para amenizar a qualidade e quantidade da pena (desconhecimento da lei, confissão espontânea, etc.)¹²⁷.

Outra comparação realizada pelo texto penal dá-se quando ressalta serem as condições *pessoais* (subjetivas), e não as condições *reais* (objetivas). Isso porque devem ser intrínsecas ao agente, e não ao fato ou à vítima (como o tempo em que ocorreu o crime, a localidade em que foi cometido, com que ferramentas, se é infante, enfermo, etc.). Assim, cada agente responderá por suas condições e suas

¹²⁵ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁶ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.225.

circunstâncias¹²⁸.

Certifica-se a lei, contudo, de comunicar apenas aquelas circunstâncias e condições de caráter pessoal que forem elementares ao crime, que estiverem inscritos no corpo do tipo penal. Aquele que auxilia funcionário público na prática de peculato responde por esse crime ainda que não exerça função pública; aquele que auxilia a mãe a matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sobre a influência do estado puerperal – e aqui surge o problema dessa monografia – responderá também por infanticídio, e não homicídio – o que se mostraria correto.

Não são comunicadas as causas pessoais de exclusão (imunidades diplomáticas, escusas obrigatórias, etc.) ou algumas espécies de extinção (indulto, retratação, etc.) da punibilidade, justamente por não serem elementares. Como bem ressalta Zaffaroni:

Em síntese: 1) não se comunicam as circunstâncias e condições pessoais, que se fundam em causas de exclusão ou de extinção da punibilidade. 2) também não se comunicam aquelas que fundamentam diferentes graus de culpabilidade (todos os que concorrem são punidos 'na medida de sua culpabilidade', art. 29). 3) não se comunicam as circunstâncias e condições pessoais que aumentam o conteúdo do injusto do crime, mas que não são considerados para que o fato seja considerado crime (para a tipificação do fato) ou para sua qualificação. Fica, portanto, claro que a comunicação das condições e circunstâncias pessoais, que formam a elementar do injusto básico ou qualificado, comunicam-se dos autores aos partícipes, mas não dos partícipes aos autores, por ser a participação acessória da autoria e não o contrário.¹²⁹

Por fim, pode-se ressaltar que em uma análise conjunta dos arts. 29 e 30 do Código Penal chega-se à conclusão de que só havendo o efetivo conhecimento do partícipe é que as circunstâncias e condições

¹²⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 170.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2^a ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.692-693.

de caráter pessoal serão comunicáveis. É o que defende ferrenhamente Nilo Batista, concluindo justamente com seu ponto de vista sobre infanticídio:

Se o não qualificado conhece a idoneidade do autor, responderá: 1. Nos delitos especiais puros, como partícipe, mesmo se interveio na execução do delito (não supre o requisito típico da autoria); 2. Nos delitos especiais impuros, como partícipe, se sua conduta é de instigação ou cumplicidade, ou como autor do correspondente delito geral se interveio na execução (a comunicabilidade da circunstância pessoal cede diante de uma autoria direta fundada no domínio da ação). Se o não qualificado não conhece a idoneidade do autor, não terá a que responder nos delitos especiais puros, e só poderá responder pelo correspondente crime geral, nos delitos especiais impuros. Assim equacionada a matéria, não hesitamos em proclamar a possibilidade de participação no crime de infanticídio, hipótese que tanta celeuma levantou na literatura nacional, desde, é claro, que o partícipe conheça as circunstâncias, e não intervenha na execução (caso em que prevaleceria a autoria direta do delito geral de homicídio).¹³⁰

2.7.4 Concurso e execução do crime

Para que seja completo o estudo sobre concurso de pessoas, resta a análise do art. 31 do Código Penal: “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”¹³¹

Sendo a atividade do partícipe acessória, deve necessariamente ser subordinada à ação do autor, esta principal. Assim, é por dedução lógica que se obtém a conclusão de não ser punível nenhuma das espécies de participação quando não exista sequer começo de execução. Quando não for possível a configuração de tentativa, não há de se falar em partícipe. Esse é o entendimento de Rogério Greco:

¹³⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.171.

¹³¹ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Sendo a participação uma atividade acessória, a sua punição dependerá, obrigatoriamente, da conduta do autor. Assim, se o autor der início à execução de um crime para o qual fora determinado ou auxiliado materialmente pelo partícipe, a partir desse instante permite-se a responsabilização penal pela participação. Caso contrário, ou seja, se o fato praticado pelo autor permanecer tão-somente na fase da cogitação, ou mesmo naquela correspondente aos atos preparatórios, a participação não será punível.¹³²

Existem casos, porém, em que o liame subjetivo dos concorrentes é cessado, mesmo que a execução já esteja em andamento, isto é, em que um dos agentes se arrepende enquanto os outros continuam no propósito criminoso.

Ainda que se arrependa antes da execução, sendo seu ato causa concorrente ao delito - e não conseguindo impedir a mesma ou a consumação do crime de forma eficaz – será punido. A ressalva do art. 31, “salvo disposição expressa em contrário”, como observamos em Mirabete, trata dos casos em que na própria fase preparatória do crime algum fato típico já tenha sido constituído, como a incitação ao crime e o crime de quadrilha ou bando¹³³.

¹³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.507.

¹³³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. vol.1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010. p.226-227.

3 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante do exposto, cabe a análise do infanticídio à luz do concurso de pessoas. Assunto deveras complexo e controvertido desde sua geração, ainda dá azo à discórdia na doutrina quanto a sua aplicação. Após breve análise do tipo penal previsto no art. 123 do Código Penal e do instituto jurídico do concurso de pessoas em separado, chega-se à conclusão de que o ponto de vista foco do assunto diz respeito à teoria formal-objetiva, à teoria monista, restritiva, visto que atualmente, como já observado no terceiro capítulo deste trabalho, é a adotada pelo Código Penal brasileiro.

Abrange todos os atos realizados em concurso como um único crime, respeitadas as influências do domínio do fato, abarcando os casos de autoria mediata sem ser contrária ao princípio da unidade vigente no Estatuto Repressivo. A jurisprudência é cediça, mansa e pacífica ao aplicar tal teoria, como pode ser verificado nas decisões proferidas tanto pelo Tribunal de Justiça do RS como pelo Superior Tribunal de Justiça:

ROUBO IMPRÓPRIO DUPLAMENTE MAJORIADO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS. Não havendo evidência de animus necandi, a conduta de efetuar disparos com intenção de fuga e de assegurar o proveito da infração se insere no tipo de roubo impróprio, descabendo a imputação de latrocínio tentado. Agente que leva os demais comparsas ao local da subtração e estando ciente da intenção ilícita destes os aguarda em veículo dando cobertura e fuga, colabora para a realização do tipo penal e para o êxito da empreitada criminosa. **Segundo a teoria unitária ou monista adotada pelo nosso Código Penal, quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas.** [...] (TJRS, Oitava Câmara Criminal, Apelação Crime Nº 70009185455, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, julgado em 06/10/2004).

AÇÃO PENAL. CONTRATAÇÃO, PELO MUNICÍPIO, DE COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CARGA E

DESCARGA EM MERCADOS LOCAIS, SEM LICITAÇÃO. PREFEITO QUE ASSUME CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO PERANTE O STF, QUE DETERMINOU O DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AOS DEMAIS CORRÉUS, SEM PRERROGATIVA DE FORO. DENÚNCIA CONTRA O EX-PREFEITO PERANTE O STF, COMO INCURSO NO ART. 1.º, INCISO XI, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. DECISÃO DO RELATOR DECLARANDO A PRESCRIÇÃO DO CRIME. CORRÉUS DENUNCIADOS, PELOS MESMOS FATOS, COMO INCURSOS NO ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA UNITÁRIA OU MONISTA, ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. DECISÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE DEVE SER ESTENDIDA AOS CORRÉUS. **1. O Código Penal em vigor consagra em seu art. 29 a teoria unitária ou monista, inspirada no Código Italiano, segundo a qual "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade"**. 2. Assim, não é possível que, pelos mesmos fatos, o acusado principal - no caso, um ex-Prefeito - tenha sua conduta capitulada no art. 1.º, inciso XI, do Decreto-Lei n.º 201/1967 [...] e os demais corréus no art. 89 da Lei n.º 9.666/93. [...] (STJ, Corte Especial, APn .558/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, public. No DJe de 14/06/2011).

Analisar-se-á, de igual forma, tanto os casos em que a mãe é autora como aqueles em que é coautora ou partícipe, ou seja, abrangerá os casos em que o terceiro é apenas partícipe, auxiliando materialmente ou instigando a mãe a cometer o delito; em que tanto o terceiro como a mãe são autores, tendo ambos, conseqüentemente, o domínio do fato; em que o terceiro é autor, sendo a mãe mero partícipe.

Dito isto, passamos ao estudo das origens de tal discussão. Diante da pesquisa realizada, percebeu-se que a problemática envolvendo o concurso de agentes em si surgiu apenas com o advento do Código Penal de 1940, sendo este o primeiro estatuto criminal da história brasileira a tratar do infanticídio como um crime a ser cometido sob a influência do estado puerperal. Como já analisado, tomou-se como modelo o Código Penal suíço de 1937, modificando o tipo penal em suas raízes. De crime ocasionado pela causa de honra para crime causado por semi-imputável, influenciado psicologicamente pelo estresse do parto e por modificações corporais.

Tal conceituação fora recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro para sanar problemas relativos ao preconceito da época com

relação à vida do neonato. Sendo a *honoris causa* a elementar do delito em tela, valorizava-se mais a honra do homicida à vida do recém-nascido. Não é à toa que a intenção do legislador de 1940 foi a de fornecer uma privilegiadora exclusivamente para as mães que cometessem crimes contra seus próprios filhos neonatos. Outro entendimento mostra-se incabível, haja vista a remoção do rol de todos os sujeitos ativos do infanticídio que não a própria parturiente.

Apenas delimitando tal delito como “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”, deixando-o como tipo autônomo dentro do corpo legal do Código Penal, entretanto, fez com que, sob a luz do princípio da unidade do ordenamento jurídico, outros indivíduos se beneficiassem da medida privilegiadora quando em concurso com a mãe. E, pior, acabou por amenizar a pena destes se comparado com o Código Penal de 1890 – que introduziu a causa de honra no Brasil quando em respeito à mãe –, permitindo-lhes matar um ser humano e responder por pena brandíssima – um verdadeiro retrocesso no tratamento justo almejado pelo Direito.

É neste contexto que surge a definição *sui generis* criada por Nelson Hungria em sua defesa à não-comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado puerperal”, qual seja a de possuir um caráter personalíssimo, acima de pessoal, evitando assim a incidência do art. 29 do CP¹³⁴. Diretamente envolvido com as discussões doutrinárias à época do advento do atual Código Penal, como adrede ressaltado, defendeu ferrenhamente a troca do texto legal que abrangia a causa de honra para a do código suíço de 1937, ressaltando, entretanto, que não deveria haver a comunicabilidade da nova privilegiadora a coautores ou partícipes, visto que se perderia o sentido de aplicar uma condição fisiológica ao tipo.

É por isso, portanto, que se chega à conclusão de ser necessária

¹³⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.266.

a modificação do texto legal por mais uma vez: criar um parágrafo único ao art. 123, ressaltando ser a pena daqueles que concorrem com a mãe, a mesma prevista para o homicídio; ou passar a privilegiadora do infanticídio para o art. 121, o que é defendido pela grande maioria doutrinária, a exemplo de Vasconcelos Ribeiro, Rogério Greco, e Damásio de Jesus. Este último ressalta:

Para nós, a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado de homicídio. Assim, na definição típica do art. 121 do CP teríamos duas formas de atenuação da pena. A primeira, já contida no §1º, referentes aos motivos de relevante valor moral ou social e domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. A segunda causa do privilégio seria a do infanticídio. Dessa forma, o delito autônomo do art. 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar onde se encontra hoje o homicídio qualificado (§2º). Assim, a influência do estado puerperal e a relação de parentesco não seriam mais elementares do crime, mas circunstâncias de ordem pessoal ou subjetiva. E, nesse caso, incomunicáveis na hipótese do concurso de pessoas.¹³⁵

Trata-se de mais uma evolução histórica necessária para que a justiça seja, finalmente, alcançada com maestria.

3.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A grande discussão doutrinária gerada com relação ao concurso de pessoas no infanticídio deu-se, como visto, em torno da elementar “sob a influência do estado puerperal”. Surgem, destarte, duas correntes doutrinárias: uma encabeçada por grandes autores como Nelson Hungria, Galdino Siqueira, Heleno Cláudio Fragoso e Aníbal Bruno – que defendem ser o estado puerperal uma circunstância de índole bio-psicológica personalíssima, sendo sua intransmissibilidade

¹³⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, 2º volume: parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143.

absoluta – e outra por Frederico Marques, Euclides Custódio da Silveira, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus e outros – que defendem a comunicabilidade a todos, de forma irrestrita¹³⁶.

Há ainda um terceiro entendimento defendido por Gláucio Vasconcelos Ribeiro, Fernando de Almeida Pedroso, entre outros – que admite a comunicabilidade apenas quando há a participação de menor importância do terceiro, respondendo este por homicídio quando em coautoria com a mãe¹³⁷.

Cabe ressaltar, entretanto, rapidamente, que na Conferência dos Desembargadores, reunidos no Rio de Janeiro em 1943, em relação ao infanticídio, após incansáveis debates, por maioria de votos foi assentado que a solução do concurso de agentes em tal crime seria pela comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado puerperal”. É o que nos diz a Conclusão número XIV, em sua ementa: “Ao partícipe do crime de infanticídio, deve ser aplicada à pena cominada para esse crime, e não a aplicável no caso de homicídio (Código Penal, art. 123)(Aprovada por 24 votos)”¹³⁸.

3.2.1 Corrente pela incomunicabilidade da elementar

Como pode ser observado, o critério utilizado por esses autores diz respeito à condição personalíssima de criação de Nelson Hungria. Dessa forma, não seria aplicado o artigo 30 do Código Penal, ou seja, a influência do estado puerperal deixaria de ser considerada como uma elementar do tipo penal do infanticídio, não sendo mera condição pessoal, ganhando um caráter especial, que só a mãe da vítima, em um estado de semi-imputabilidade, poderia cometer. Para tal corrente,

¹³⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. Infanticídio e coautoria. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, São Paulo, n. 1, p. 91-99, jan./jul. 1966. p. 93

¹³⁷ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. BÉLEM: UNAMA, 1999. p.188.

¹³⁸ JESUS, loc. cit.

considera-se um absurdo estender a um ser humano, plenamente capaz e consciente de suas ações, uma benesse tamanha como o é a comunicabilidade da elementar discutida do infanticídio¹³⁹. Ensina Nelson Hungria:

Não diz com infanticídio a regra do artigo 25 [atual artigo 29] ('Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas'). Trata-se de um crime personalíssimo. A condição 'sob o estado puerperal' é incomunicável. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26 [atual artigo 30], sobre as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico penal, ser chamadas circunstâncias, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio responderá por homicídio. [...] o privilegium legal é inextensível. A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no concursus delinquentium é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não à parturiente um crime somente reconhecível quando praticado 'sob a influência do estado puerperal'.¹⁴⁰

De mesma forma, diz Heleno Fragoso:

O infanticídio constitui homicídio privilegiado porque a ação de matar o próprio filho é praticada pela mãe sob a influência do estado puerperal. Surgem, em consequência de tal elemento, problemas difíceis relativamente à participação e à co-autoria. Trata-se de saber se os que eventualmente participam da ação praticam o crime de infanticídio ou o de homicídio. [...] Em face do nosso Direito, importantes autores entendem que a regra do art. 30, do CP, impõe a solução que admite a participação e a co-autoria. Assim, responderia por infanticídio, portanto, quem auxilia a mãe a matar o próprio filho e também executa o crime a seu pedido, por lhe faltarem forças ou coragem. Entendemos que deve ser adotada a lição de Hungria, fundada no Direito suíço, segundo qual o concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de co-autoria (realização

¹³⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 127-128.

¹⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.266.

de atos de execução por parte de terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio.¹⁴¹

Relevante, ainda, os ideais de Aníbal Bruno:

Só se pode participar do crime de infanticídio a mãe que mata o filho nas condições particulares fixadas na lei. O privilégio que se concede à mulher sob a condição personalística do estado puerperal não pode estender-se a ninguém mais. Qualquer outro partícipe do fato age em crime de homicídio. A condição do estado puerperal, em que se fundamente o privilégio e que só se realiza na pessoa da mulher que tem o filho impede que se mantenha sob o mesmo título a unidade do crime para o qual concorrem os vários partícipes. Em todos os atos praticados trata-se, direta ou indiretamente de matar, mas só em relação à mulher, pela condição em que atua, esse matar toma a configuração de infanticídio. Para outros mantém o sentido comum da ação de destruir uma vida humana, que é o homicídio.¹⁴²

Tal posicionamento acaba por tornar-se falacioso, uma vez que se cria um instituto jurídico para justificar o porquê da não-admissão da comunicabilidade, qual seja o caráter personalíssimo. Nota-se, entretanto, que com as alterações advindas da Lei nº 7.209/84, fez-se a distinção entre “circunstâncias” e “condições pessoais”. Consequentemente, reforçou-se o pensamento da incomunicabilidade: ora, se o artigo 30 nos diz que são *circunstâncias de caráter pessoal* as que se comunicam quando elementares do crime, e sendo a influência do estado puerperal uma condição pessoal – e não uma circunstância – não se comunicaria com o coautor ou partícipe. Como podemos retirar de Vasconcelos Ribeiro:

Tenha-se em mente que, ao contrário da Parte Geral de 1940, a de 1984 diferenciou as circunstâncias das condições pessoais. Enquanto estas se referem às relações do agente com a vida exterior, com outros seres e com as coisas

¹⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. v. 1, ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 57.

¹⁴² BRUNO, Aníbal *apud* RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004. p. 123.

(menoridade, reincidência, etc.), as circunstâncias são elementos que, embora não essenciais à infração penal, a ela se integram e funcionam para moderar a qualidade e quantidade da pena (motivo do crime, desconhecimento da lei, confissão espontânea etc.). Por sua vez, as elementares são os elementos típicos do crime, ou seja, dados que integram a definição da infração penal. Quem entender que a influência do estado puerperal é uma condição pessoal, e não uma elementar do crime de infanticídio, concluirá, pelo art. 30 do Código Penal, que o partícipe ou o co-autor responderá pelo crime de homicídio.¹⁴³

Oportuno citar os ensinamentos de Ivanildo Ferreira Alves, onde diz que esta posição doutrinária merece verdadeiras congratulações, já que se justifica por razões superiores de justiça, princípio que superaria qualquer norma positivada para alcançar o certo, o correto. Possibilitaria, assim, ao juiz, que desse tratamento diverso à mulher puérpera, que realizaria a conduta criminosa com a razão obnubilada pelo estado puerperal, enquanto que o terceiro, que realiza a conduta de maneira consciente, deveria receber uma maior reprimenda¹⁴⁴.

Infelizmente, não obstante insistentes e pertinentes argumentações, o sistema do Código Penal brasileiro, respeitando ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, à teoria monista do concurso de agentes e ao positivismo, sinaliza que o terceiro colaborador do crime de infanticídio – seja coautor ou partícipe – responderá por esse delito, e não por homicídio. Consequentemente, adotamos tal entendimento, ainda que injusto aos olhos de quem aplica o Direito.

Damásio de Jesus, por fim, ressalta que Nelson Hungria, defensor incansável de tal corrente doutrinária, na 6ª edição de sua obra “Comentários ao Código Penal”, desistiu do conceito personalíssimo *sui generis* que havia criado, dando a mão à palmatória, admitindo a comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado

¹⁴³ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p. 126.

¹⁴⁴ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Bélem: UNAMA, 1999. p.188.

puerperal”¹⁴⁵.

3.2.2 Corrente pela comunicabilidade da elementar

O critério utilizado pela segunda corrente doutrinária diz respeito à obediência aos princípios estabelecidos pelo sistema positivo vigente no país. Considera que, mesmo devendo agir contra o senso de justiça, não se pode forçar uma interpretação inventada – como o fizeram Nelson Hungria e seus seguidores – sobre uma norma clara e coerente. Aqui, ao contrário daqueles que defendem a incomunicabilidade da influência do estado puerperal, o absurdo é desrespeitar o princípio da unidade do Código Penal brasileiro, independentemente de ser essa uma decisão justa ou não. Para esta corrente, não cabe ao aplicador do Direito decidir se vai ou não aplicar uma norma, mas somente interpretá-la enquanto não modificada. Segundo Rogério Greco:

Como já deixamos antever, a influência do estado puerperal não pode ser considerada mera circunstância, mas, sim, elementar do tipo do art. 123, que tem vida autônoma comparativamente ao delito do art. 121. Em razão disso, nos termos do art. 30 do Código Penal, se for do conhecimento do terceiro que, de alguma forma, concorre para o crime, deverá a ele se comunicar.¹⁴⁶

Seguindo esta corrente, diz ainda Magalhães Noronha:

O terceiro que auxilia a parturiente, sob influência do estado puerperal, a matar o próprio filho, é co-autor de infanticídio ou homicida? Trata-se de questão controvertida. Logoz, Gomez e, entre nós, Hungria, opinam pelo homicídio. Diz o último autor que se trata de um crime personalíssimo; que a condição do

¹⁴⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 13, n. 2, p. 8-11, fev. 2001.

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 296.

estado puerperal é incomunicável, e que o art. 26 [atual art. 30] não tem aplicação, pois as causas diminuem ou excluem a responsabilidade não são na linguagem técnico-penal circunstâncias. Não há dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância, isto é, estado, condição, particularidade, etc., pessoal e que, sendo elementar do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 26 [atual art. 30] aos co-partícipes. Só mediante texto expresso, tal regra poderia ser derogada. Acresce que a opinião contrária quebra a unidade do delito e entra em flagrante choque com a teoria monística ou unitária, abraçada pelo Código, em matéria de co-delinquência – art. 25 [atual art. 29]. A não comunicação ao co-réu só seria compreensível, se o infanticídio fosse mero caso de atenuação do homicídio e não um tipo inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei.¹⁴⁷

Damásio de Jesus refere ideal entendimento sobre o assunto, ressaltando a interpretação de acordo com nossa atual legislação vigente:

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. [...] Não resta dúvida que, conforme o caso, constitui absurdo o partícipe ou coautor acobertar-se sob o privilégio do infanticídio. Sua conduta muitas vezes representa homicídio caracterizado. Mas temos de estudar a questão sob a ótica de nossa legislação, que não cuidou de elaborar norma específica a respeito da hipótese. Melhor fizeram outros códigos, como o italiano, que inseriu em seu contexto um dispositivo especial, evitando dúvida sobre a pena a ser imposta ao que favorece a autora principal, após dizer que o infanticídio pode ser cometido por outra pessoa que não a própria mãe [...].¹⁴⁸

A explicação dada por Damásio acima dirime qualquer dúvida quanto ao mais correto entendimento a ser seguido. Ora, como no Brasil vige o positivismo, não cabe ao jurista fazer as vezes de legislador, nem ir de encontro ao que diz o ordenamento jurídico

¹⁴⁷ NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. vol. 2, 31ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2000 p. 52-53.

¹⁴⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, 2º volume: parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143.

brasileiro. Esta é a corrente a que nos filiamos, caso não seja possível a alteração legislativa.

Assim, como ensina Vasconcelos Ribeiro, a justiça ou a injustiça da penalização mais branda ao terceiro que participa no crime de infanticídio graças à comunicabilidade da elementar fisiopsicológica, não é motivo forte o suficiente para afastar a orientação abraçada pelo Código Penal, que consagrou a teoria monística da ação em seu artigo 29. Tal posição ainda é complementada pela norma do art. 30, que determina a dita comunicabilidade das elementares do crime, independentemente de se tratarem de circunstâncias ou condições pessoais¹⁴⁹.

3.2.3 Posições intermediárias

Diante destas duas correntes extremas, surge um terceiro entendimento que busca unificar o meio justo – almejado como cerne da proteção por aqueles que entendem correta a incomunicabilidade da elementar “sob a influência do estado puerperal” – com os ideais da segunda corrente aqui apresentada, que respeita o corpo textual do Código Penal e sua natureza positivista. Defendem que a comunicabilidade só ocorrerá quando o terceiro participante executar atos secundários, isto é, que seja um partícipe de menor relevância. Nos demais casos, quando executa o verbo nuclear “matar”, por ter consciência de seus próprios atos, responderia por homicídio, tornando-se a influência do estado puerperal uma especialíssima causa de diminuição de pena. Ensina Pedroso:

Se, no caso de infanticídio, interfere o terceiro na execução do exício do nascente ou neonato, realizando, juntamente com a mãe parturiente, o ato típico de matar, crível é que, então, o

¹⁴⁹ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p.127-128.

episódio há de ser cindido para a divisão das responsabilidades. Nessa hipótese, ambos serão intraneus, realizando atos de configuração típica. O comportamento da parturiente, no entanto, pela condição especial que a acomete no momento, é identificável com a figura típica do infanticídio. Já para o terceiro participante, que igualmente perpreta o ato típico de matar (intraneus), o fato subsumir-se-á junto ao homicídio, por não lhe ocorrer a condição especial que o tipo do infanticídio descreve. Por conseguinte, apenas com o estranho desempenhando papel a latere, coadjuvante e acessório, figurando como extraneus no ato de matar, é que se torna possível o reconhecimento da co-autoria no infanticídio, por conjugação dos arts. 29 e 30 do caderno penal.¹⁵⁰

Segundo José Frederico Marques:

O infanticídio é um crime próprio, pois somente o pode cometer a mãe em relação ao filho rescém-nascido. Outras pessoas, no entanto, podem figurar como co-autores; e, como se trata de delito privilegiado, mas autônomo, comunicam-se as circunstâncias subjetivas que integram o tipo, aos co-autores, muito embora pense de modo contrário o insígne Nélon Hungria. Mas é preciso que o co-autor tenha, como é óbvia, participação exclusivamente acessória. Se ele for autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então sua conduta, matando ao nascente ou ao rescém nascido, será enquadrada no art. 121.¹⁵¹

Nos diz, ainda, Vasconcelos Ribeiro:

É fundamental a análise do elemento subjetivo que orientou a conduta do terceiro. É absolutamente normal que tenha agido com dolo normal – direto ou eventual – de concorrer para o crime de infanticídio, aderindo à ação e resultado pretendidos pela parturiente, sem acrescer-lhe outro interesse, distinto do pretendido pelo sujeito ativo desse crime próprio. Contudo, é possível, especialmente nesse tipo de *delictum exceptum*, que se faça presente o conhecido desvio subjetivo de condutas [...] Nesse caso, e como sugestão, 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

¹⁵⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 248.

¹⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1961. p. 141.

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.¹⁵²

Percebe-se que tal corrente se constitui em apenas uma tentativa de mascarar a condição personalíssima de Hungria; permite a comunicabilidade da elementar, mas a refreia justamente no momento em que a injustiça salta à evidência: quando o autor – seja ele por meio da coautoria ou da própria autoria direta – é terceiro, que se aproveita do estado semi-imputável da mãe para receber a benesse da pena mais branda que é a do tipo penal do infanticídio.

Ferreira Alves entende que esta interpretação busca dar um tratamento mais rigoroso à ação do agente que pratica tais atos que se amoldam ao tipo penal do homicídio. Os únicos que receberiam a privilegiadora seriam aqueles que induzissem, instigassem ou auxiliassem a mãe puérpera¹⁵³.

A adoção dessa corrente doutrinária, entretanto, não deve, de igual sorte, ser acatada, uma vez que também viola o princípio da unidade do crime vigente no concurso de agentes, como se verifica no *caput* do art. 29 do Código Penal pátrio. Ora, com a leitura conjunta desta norma com a do art. 30, é cristalino o entendimento de que quem concorrer de qualquer modo para o crime, incidirá nas penas a ele cominadas, sendo que as elementares do tipo se comunicarão. Não basta dizer que a incomunicabilidade total é proibida – deve-se seguir a complexidade apresentada por nossa legislação por inteiro. É por isso, novamente oportuno explicitar, que defendemos a reforma legislativa da matéria.

¹⁵² RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p.129-130.

¹⁵³ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Bélem: UNAMA, 1999. p.188.

3.3 POSSIBILIDADES DE CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Diante desse assunto polêmico, portanto, interessante demonstrar as possibilidades em que o concurso de agentes poderia ocorrer envolvendo o infanticídio.

Como verificamos no segundo capítulo deste desenvolvimento, analiticamente teríamos apenas três hipóteses passíveis de concurso, uma vez que a mãe deveria sempre estar envolvida no cálculo de probabilidade, e que a autoria mediata é considerada, para o fim aqui destinado, apenas como autoria (por envolver inimputável, respondendo pelo crime apenas o autor mediato). Tais possibilidades, primeiramente elaboradas por Damásio de Jesus, seriam:

1ª) A mãe do sujeito passivo e o terceiro matam, dolosamente, o neonato, caracterizando a coautoria em infanticídio;

2ª) A mãe do sujeito passivo realiza a conduta do núcleo do tipo, enquanto que o terceiro realiza apenas condutas secundárias, acessórias;

3ª) O terceiro realiza a conduta do núcleo do tipo, enquanto que a mãe do sujeito passivo realiza apenas condutas secundárias, acessórias.

A primeira possibilidade diz respeito ao questionamento acerca de qual o crime deve prevalecer: se infanticídio ou homicídio. Como ambos os indivíduos – tanto a mãe quanto o terceiro – são autores do ato, isto é, da morte da criança, ambos tipos penais teriam seus requisitos preenchidos. Por respeitarmos o princípio da unidade do ordenamento jurídico – que impede a desconsideração de normas conexas em benefício de um bem, seja ele maior ou menor –, deve-se levar em conta a aplicação do art. 30 em conformidade com o art. 29 do Código Penal. Destarte, o único crime a que responderão será o de infanticídio; a elementar deverá ser comunicada. Segundo Damásio:

1ª) se ambos matam a criança, qual o fato: homicídio ou infanticídio? Concurso de pessoas em qual dos delitos? Se tomarmos 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. Sob outro aspecto, fica destruída a intenção de a lei beneficiá-la quando pratica o fato sob a influência do estado puerperal. Se tomarmos o infanticídio como fato, o terceiro também deverá responder por esse delito, sob pena de quebra do princípio unitário que vige no concurso de pessoas.¹⁵⁴

Quanto à segunda possibilidade, não há muito o que ser ressaltado. Excluindo a corrente que preza pela incomunicabilidade total da influência do estado puerperal, é consenso na doutrina que o terceiro responderá por infanticídio também. Por praticar atos de menor importância para a execução e consumação do crime, realizará atos meramente acessórios e, portanto, não há dúvida que a comunicação da elementar irá ocorrer. É o que preleciona Damásio de Jesus: “se a mãe mata a criança, o fato principal é 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.”¹⁵⁵

Consolidando seu pensamento, deixa claro Fernando Capez:

A mãe é autora de infanticídio e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que, assim, responde também por infanticídio. A ‘circunstância’ de caráter pessoal (estado puerperal), na verdade, não é circunstância, mas elementar; logo, comunica-se ao partícipe.¹⁵⁶

Mais problemático, por fim, é quando a mãe é apenas mero partícipe: instigando ou auxiliando materialmente a terceiro, verdadeiro autor da conduta descrita no tipo penal do infanticídio. Ora, se o autor

¹⁵⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, 2º volume**: parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145

¹⁵⁵ JESUS, loc. cit.

¹⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (ars. 121 a 212). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104.

que comete o crime não se encontra em um estado de semi-imputabilidade, cometendo a mãe um ato secundário, acessório, ambos deveriam responder por homicídio. A mãe receberia uma pena mais grave do que a prevista no tipo penal do art. 123, o que não deveria acontecer.

Interessante é a justificativa dada por Vasconcelos Ribeiro que sustenta a cisão do crime por respeito ao §2º do art. 29 do CP, onde ocorreria o desvio subjetivo de condutas. Como *supra* explanado, tal é o texto da norma: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”¹⁵⁷. Segundo o autor, nesse caso:

[...] na verdade, sob a influência do estado puerperal e pressionada por um terceiro não é “inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Sofre efetivamente distúrbio funcional psíquico, que configura uma perturbação de sua saúde mental, atingindo sua capacidade de culpabilidade. Como a mãe puérpera não foi autora da morte do filho, assumindo uma posição meramente secundária, conduzida por quem tinha o domínio total do fato, que é o terceiro, a condição pessoal daquela não é elementar do fato praticado. Nessas circunstâncias, a mãe concorreu para o crime de homicídio, mas nos termos do artigo 29, §2º, primeira parte, do Código Penal, ou seja, com desvio subjetivo de condutas. Com essa solução, afasta-se a injustiça de beneficiar o verdadeiro autor (ou coautor) de um homicídio, com a pena reduzida do infanticídio, e amplia-se o benefício da mãe puérpera, cuja pena mínima, reduzida ao máximo de 2/3, poderá concretizar-se em dois anos de reclusão. E não se diga que com esta interpretação estar-se-ia agravando a situação da mãe por que estaria respondendo por um crime mais grave, pois, na verdade, a avaliação e a conclusão devem ser completas, ou seja, somente com o resultado final é que se pode fazer um diagnóstico definitivo.¹⁵⁸

Tal justificativa, a nosso ver, não procede. Façamos a seguinte análise: a mulher, quando sob a influência do estado puerperal, sendo

¹⁵⁷ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵⁸ RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio**: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes. São Paulo: Pillares, 2004. p.130.

a vítima seu próprio filho recém-nascido, preenche todos os requisitos para incidir no crime de infanticídio, restando apenas a consumação do verbo cerne do tipo, “matar”. Em segundo lugar, o §2º do artigo 29 define que irá ser aplicada a pena de crime menos grave caso o partícipe queira participar de delito mais leve.

Ora, dito isto, não é possível aqui distinguir o dolo do terceiro, autor do delito, daquele da mãe partícipe em sua essência! Não se trata de casos simples como o do furto que se torna roubo, ou de lesão corporal que se transforma em homicídio. No caso do infanticídio, as *vontades coincidem*; o liame subjetivo é o mesmo: matar o filho recém-nascido. Cabe ressaltar que o estado puerperal é um estado de *semi-imputabilidade* e, portanto, atinge sua capacidade de culpabilidade; não modifica seu dolo.

Não cabe aqui a discussão, pois, de ser ou não mais benéfica a pena atribuída à mãe quando concorre para o homicídio: ela responderá *sempre* – nessa situação – por infanticídio; não se pode retirar a elementariedade de uma condição pessoal ao bel prazer do aplicador do direito. Conseqüentemente, o terceiro, mesmo que tenha sido o único autor, responderá por infanticídio também, para não ferir o princípio da unidade do crime. É o entendimento de Damásio de Jesus:

[...] 3ª) se o terceiro mata criança, a mando da mãe, qual o fato principal determinado pelo induzimento? Homicídio ou infanticídio? Não pode ser homicídio, uma vez que, se 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 (coautoria no homicídio).¹⁵⁹

De mesma opinião, comunga Rogério Greco, também favorável à total comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado

¹⁵⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, 2º volume: parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145.

puerperal:

A última hipótese seria aquela em que somente o terceiro praticasse os atos de execução, com o auxílio e a mando da parturiente, que atua influenciada pelo estado puerperal. [...] 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 art. 30: como a influência do estado puerperal e a relação de parentesco são elementos do tipo, comunicam-se entre os fatos dos participantes. Diante disso, o terceiro responde por delito de infanticídio. [...] Em suma, 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 crime de infanticídio.¹⁶⁰

¹⁶⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.125.

CONCLUSÃO

O infanticídio, ainda que considerado um tipo básico e secundário, quando analisado em seus pontos cruciais, apresenta uma diversidade de problemas, separando os mais consagrados juristas em posições diametralmente opostas. E não se pense que seja um assunto leviano. O estudo realizado revelou que tais posições vieram a representar nada mais nada menos que um conflito entre o Direito escrito, legislado e frio, e a Justiça como princípio, moral. Percebe-se a gravidade de tal feita justamente por deverem os polos deste litígio estar sempre lado a lado e não digladiando entre si.

Através da permissibilidade criada acerca do concurso de pessoas neste tipo penal, percebeu-se um problema: por ter um caráter de homicídio privilegiado, qualquer um que recebesse o benefício da pena abrandada do infanticídio, por unir esforços com a mãe do sujeito passivo, estaria recebendo uma condenação injusta aos olhos da sociedade.

Para solucionar este impasse, então, buscou-se separar esta análise em três partes, sendo a última pressuposto das duas primeiras. Realizou-se uma análise detalhada, tanto do tipo penal de infanticídio, regido pelo art. 123 do Código Penal, na seção denominada *infanticídio como tipo autônomo*, quanto da teoria envolvente do concurso de agentes, na seção denominada *concurso de pessoas*, para enfim adentrarmos no cerne da questão, apresentando quais as consequências resultantes da permissão de comunicabilidade da elementar “sob a influência do estado puerperal” aos demais agentes do delito de infanticídio quando em conluio com a mãe.

Percebe-se o quão importante é ao Direito perseguir o justo, estar ao lado do correto. É pelo esquecimento deste pressuposto que surgem lacunas no Código Penal. E justamente para suprir a injustiça gerada pela má redação do artigo 123, permitindo o concurso de agentes

livremente no infanticídio, é que surgem as três correntes doutrinárias analisadas – quando da terceira parte da monografia –. Criam-se, assim, dúvidas: O que fazer quando alguém plenamente capaz concorre para o infanticídio? Qual o melhor ponto de vista a ser seguido? Existiria alguma solução ideal, que solucionasse de vez o problema? Foi isto que se procurou resolver.

E, ante o exposto, entendemos que a corrente mais correta, em relação a seus ideais, seria aquela capitaneada por Nelson Hungria, que defende a incomunicabilidade total das elementares do infanticídio. Tratamento contrário, como insistentemente ressaltado ao longo do trabalho, seria um verdadeiro desrespeito ao próprio infante assassinado e às normas morais e sociais que baseiam o ordenamento jurídico brasileiro. Seria, de fato, um absurdo, no caso concreto, considerar a amiga da mãe puérpera semi-inimputável ao ponto de cometer também ela o crime de infanticídio.

Infelizmente, tal orientação doutrinária, por defender uma causa nobre, ignorou tudo e todos para fazer prevalecer seu ponto de vista: criou instituto jurídico novo, não respeitou o ordenamento jurídico como um todo, sequer sua harmonia, tomando um caso particular e pequeno para demonstrar sua suposta fragilidade. Desrespeitou o próprio corpo do Estatuto Repressivo a fim de que o concorrente respondesse pela pena justa.

Que não se pode simplesmente acatar o texto normativo e conformar-se, concorda-se. Entretanto, devido ao adrede explicitado, acabou-se por defender a posição doutrinária a ser *aplicada*, qual seja aquela que defende a comunicabilidade da elementar em qualquer hipótese, mesmo não sendo a mais *correta*. Chegou-se a essa conclusão por parecer a mais coerente com a unidade do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que não encontre verdadeiramente a justiça, é o único dos entendimentos a trazer segurança jurídica aos envolvidos. Buscar uma solução intermediária para o caso, também não resolve o problema, apenas o mascara, como é de fácil observação.

Por fim, deve-se ter em vista que a resolução ideal para o caso

não se reduz apenas a filiar-se a esta ou àquela corrente doutrinária, mas à alteração legislativa do próprio tipo infanticídio, podendo partir para duas soluções semelhantes, embora diversas: 1. extinguir o art. 123, tornando o infanticídio uma privilegiadora do art. 121, que seria recepcionada através da introdução de um novo parágrafo nesta disposição legal, onde somente a mãe, em estado puerperal, matando o próprio filho, durante ou logo após o parto, pudesse receber a benesse da pena mais branda; 2. introduzir no próprio tipo penal de infanticídio um parágrafo único, onde se ressaltasse que todo aquele que concorresse à execução e à consumação do delito, respondesse às penas cominadas no art. 121, na medida de sua culpabilidade.

Que se condene por infanticídio o coautor e o partícipe até o advento de nova legislação penal, mais condizente com a Justiça!

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Bélem: UNAMA, 1999.
- ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo, 1980.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal – parte especial**. v. 1. Rio de Janeiro: Campus 2007.
- BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 2ª ed. Ver., 2 tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890, 1932.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. vol. 1, t. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- _____. **Direito Penal**: parte geral. vol. 2, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (ars. 121 a 212). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro. **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo, 1980.

CROCE, Delton e CROCE, Delton Jr. **Manual de medicina legal**. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 2ª ed., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1984.

FIGUEIRAS, Araujo. **Código Criminal do Império do Brasil**: anotado com os actos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciario. Rio de Janeiro: casa dos editores proprietários Eduardo e Henrique Laemmert, 1873.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. v. 1, ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 6a ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. vol. 1, 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Penal**, 2º volume: parte especial; dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o patrimônio. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Infanticídio e coautoria. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, São Paulo, n. 1, p. 91-99, jan./jul. 1966.

_____. **Infanticídio e Concurso de Agentes em Face do Novo Código Penal**. Julgados do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, São Paulo, vol. 13, 1970.

_____. Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 13, n. 2, p. 8-11, fev. 2001.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1961.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte especial**. vol. 2, 26ª ed. rev. E atual., São Paulo: Atlas, 2009 .

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. vol. 1, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, Edgar de Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 2, 31ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. vol. 1, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio: crime típico; figura autônoma; concurso de agentes**. São Paulo: Pillares, 2004.

REZENDE, Jorge de. **O puerpério** *In*: REZENDE, Jorge de *et al.* (Coord.) **Obstetrícia**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2ª ed. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.