

# O CONCURSO DE PESSOAS NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Bruna Ferreira Maciel

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise do crime de infanticídio com o objetivo de elucidar a questão do concurso de pessoas no delito em questão. A partir desse estudo, buscaremos esclarecer toda a polêmica que gira em torno do privilégio estendido a terceiros partícipes do crime. Pretende-se fixar parâmetros objetivos para que a comunicabilidade do crime não seja considerada, perfazendo o significado de justiça e valorizando o bem mais precioso que é a vida. O crime em questão já foi legislado de diversas formas no nosso ordenamento e ainda nos dias de hoje precisa ser revisto, a forma como o legislador o descreve beneficia terceiros de forma a abrandar a punição de crime mais grave através da condição pessoal da parturiente. Analisaremos a doutrina e a legislação vigente, com o objetivo único de concluirmos o assunto, buscando sempre o melhor caminho e a valorização da vida.

**Palavras-chave:** Infanticídio. Estado puerperal. Concurso de pessoas.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise do crime de infanticídio, previsto no artigo 123 CP, que determina o abrandamento da pena, caso a mãe, mate o próprio filho, durante o parto ou logo após, desde que esta esteja sob a influência do estado puerperal. O objetivo dessa pesquisa é esclarecer o concurso de pessoas no referido crime e a comunicabilidade do benefício ora dado à parturiente com terceiros que venham auxiliá-la. Ponto importante, a parte histórica será citada em todo o desenvolvimento do trabalho como auxílio para a compreensão da evolução da nossa legislação.

Será tratado de forma mais aprofundada, o concurso de pessoas na prática do crime e a conseqüente comunicabilidade da sua circunstância elementar. Indicaremos ainda, as principais posições doutrinárias a respeito do tema, e as suas soluções para o conflito.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa será qualitativa, essencialmente bibliográfica e documental.

No capítulo primeiro será feita uma análise dos elementos que integram o tipo penal do crime de infanticídio. Serão objetos de análise, o estado puerperal, o elemento temporal do crime, os sujeitos, o elemento subjetivo, bem como a classificação doutrinária do respectivo crime. Visando o esclarecimento do que venha ser o mencionado crime e sua tipificação.

Já no capítulo segundo, serão feitas reflexões a respeito do concurso de pessoas no crime, a comunicabilidade de circunstâncias, as condições de caráter pessoal e elementares de tipo no crime em questão presentes na legislação vigente.

E finalmente, no capítulo terceiro, falaremos da possibilidade ou não do concurso de pessoas no delito de infanticídio, passando pela comunicabilidade da elementar estado puerperal, posições doutrinárias e suas soluções para sanar o conflito. Por fim, buscaremos um posicionamento mais coerente com a realidade dos dias atuais, bem como aquele mais justo.

## 1. ANÁLISE DOS ELEMENTOS INTEGRADORES DO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 123 DO CPB

### 1.1. ESTADO PUERPERAL

Fundamental na caracterização do crime de infanticídio na legislação atual, transportando a característica de elementar na tipificação do crime, o estado puerperal nem sempre esteve presente na distinção de tal crime. Nos primórdios da legislação penal brasileira o critério usado na argumentação do crime era o psicológico, critério esse, que se baseia na importância da preservação da honra pessoal.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 foi o primeiro código após a proclamação da República<sup>1</sup> e determinava um abrandamento na pena de quem matasse um recém-nascido, de modo que inferiorizava a vida do ser nascente em relação a de um adulto, na época, as penas para o homicídio era de morte em grau máximo, galés perpétua (trabalho forçado) em grau médio e prisão com trabalho por 20 anos em grau mínimo, enquanto qualquer pessoa que matasse um recém nascido responderia por pena de prisão de 3 a 12 anos e multa. Já a mãe que praticasse tal conduta com o intuito de ocultar a sua desonra responderia com pena de prisão com trabalho de 1 a 3 anos. Repare que o critério aqui adotado para caracterizar o crime como um delictum exceptum é estritamente psicológico.

Infanticídio

Art. 197. Matar algum recém nascido.

Penas - de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente à metade do tempo.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua deshonra.

Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup><http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>

Já o Código Penal de 1890 trouxe nova redação ao infanticídio, dessa vez, qualquer pessoa que cometesse o crime sofreria pena de prisão de 6 a 24 anos, igualando a pena ao crime de homicídio, porém, a mãe que cometesse o crime ainda por motivos de ocultação da desonra - ainda aqui permanece o critério psicológico – responderia com pena abrandada de prisão de 3 a 9 anos. Embora essa alteração seja mais justa para com a vítima, ela iguala o crime de infanticídio ao crime de homicídio, não havendo razão por tanto, para a diferenciação dos dois crimes, uma vez que o crime de infanticídio aqui nada mais é do que um homicídio privilegiado, não sendo necessária tal diferenciação.

#### DO INFANTICIDIO

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

Pena - de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria:

Pena - de prisão celular por tres a nove annos.<sup>3</sup>

Após vários projetos apresentados, tais como, Projeto Galdino Siqueira, que desqualificava o crime de infanticídio, passando a ser homicídio privilegiado caso fosse praticado pela mãe; Projeto Sá Pereira, considerava o critério fisiopsicológico, determinando que o crime devesse ser praticado pela mãe, durante o parto ou ainda sob a influência do estado puerperal, embora considerasse o critério psicológico caso terceiros praticassem o crime – pai ou irmão – que cometessem a infração

---

<sup>2</sup> Código Criminal do Império do Brasil de 1830

<sup>3</sup> Código Penal de 1890

penal para ocultar desonra; E o Projeto Alcântara Machado, que retornou com o critério psicológico do código criminal de 1830, determinando que o crime deveria ser cometido para ocultar desonra própria, de descendente, ascendente, irmã ou mulher. A Comissão Revisora do Código Penal de 1940 aceitou o Projeto Alcântara Machado, substituindo o critério psicológico pelo critério fisiopsicológico. O crime passa então a ter a seguinte previsão:

#### Infanticídio

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.<sup>4</sup>

Nota-se que o critério fisiopsicológico, intimamente ligado ao estado puerperal da mãe, determina o *delictum exceptum*, dessa forma, se torna necessária a comprovação da alteração psíquica da mulher para a configuração do crime.

O puerpério é uma condição normal da mulher em trabalho de parto, porém, algumas, são acometidas por uma perturbação psíquica que interfere em seu julgamento dito normal. Segundo Victor Eduardo Gonçalves e Pedro Lenza (2012, p. 129) “Estado puerperal é o conjunto de alterações físicas e psíquicas que ocorrem no organismo da mulher em razão do fenômeno do parto.”

Para que ocorra o crime de infanticídio é fundamental que a mãe esteja sob a influência do estado puerperal, fato que deverá ser comprovado através de perícia médica. Em caso de dúvidas se a mulher realmente estava nessa condição à época do fato, e evitando uma injusta uma vez que os sintomas podem perdurar por um período mais longo ou desaparecer num curto espaço de tempo, será analisado apenas o que foi determinado pela lei, que o crime tenha sido cometido com o início do parto ou se estendido para logo após o mesmo, nesse caso, se entende que deverá ser aplicado o *in dubio pro reo*.

---

<sup>4</sup> Legislação vigente - Código Penal de 1940

O puerpério por si só, não dá a mãe a condição privilegiada na prática delituosa, é preciso que seja comprovado o estado fisiopsicológico, uma vez que toda mulher em trabalho de parto se encontra em puerpério, mas nem todas sofrerão a perturbação emocional que justifique o crime.

Nesse sentido, Bitencourt (2012, p. 359) “É indispensável uma *relação de causalidade* entre o estado puerperal e a ação delituosa praticada; esta tem de ser consequência da influência daquele, que nem sempre produz perturbações psíquicas na mulher.”

Rogério Sanches (2017, p. 96) faz um alerta a respeito da condição fisiopsicológica da mãe, segundo ele:

Para a caracterização do infanticídio não basta que a mãe mate o filho durante ou logo após o parto, *sob a influência do estado puerperal*: é preciso, também, que haja uma relação de causa e efeito entre tal estado e o crime, pois nem sempre ele produz perturbações psíquicas na parturiente.

Reforça ainda a sua opinião citando a Exposição de Motivos, n. 40, que diz:

Esta cláusula, [influência do estado puerperal], como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio.

## 1.2. ELEMENTO TEMPORAL DO CRIME DE INFANTICÍDIO

O Código Penal Brasileiro determina que para ocorrer o infanticídio, o crime deverá ser cometido sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, acontece que o termo ficou um tanto quanto vago, pois não é possível determinar um período exato. Isso porque, cada mulher, reage de forma diferente ao

estado puerperal, algumas passam por modificações físicas e psicológicas sem nada sentir, outras sofrem alterações psíquicas gravíssimas. O organismo feminino não reage da mesma forma, daí o risco de estipular um prazo mínimo para a prática de infanticídio, dessa forma o legislador buscou dar um parâmetro que norteasse os juízes em seus julgamentos.

Resta esclarecer que o parto se inicia com a dilatação do colo do útero e termina com a expulsão do feto e da placenta. Se o crime ocorre nesse intervalo de tempo - durante o parto ou logo após - possivelmente estaremos diante de um infanticídio, se ocorre antes de iniciado o parto se trata de aborto e caso ocorra após o estado puerperal da mãe estaremos falando de homicídio.

O termo logo após o parto permite várias interpretações, alguns doutrinadores, tais como Heleno Fragoso e Hélio Gomes, defendem que “logo após” quer dizer imediatamente após, alguns minutos após o parto.<sup>5</sup> Outros defendem ainda que o limite temporal deva ser pré-estabelecido, tendo o período máximo de 8 dias, no caso de Bento Faria e 7 dias para Almeida Júnior.<sup>6</sup> Porém, a doutrina majoritária, sustenta que a interpretação deve ser mais ampla, de modo que abarque todo o período do estado puerperal.

Rogério Greco (2015, p. 156) defende que o princípio da razoabilidade é essencial para analisar a expressão “logo após”. Segundo ele, a medicina determina que o período de duração do puerpério seja de seis a oito semanas, não sendo portanto razoável esse entendimento, pois, a lei penal determina que seja logo após o parto, e não somente após o parto. Nas palavras do respeitado autor, “a parturiente somente será beneficiada com o reconhecimento do infanticídio se, entre o início do parto e a morte do seu próprio filho houver uma relação de proximidade, a ser analisada sob o enfoque do princípio da razoabilidade.”

Dessa maneira o autor não visa delimitar o tempo máximo do estado puerperal, pretende apenas evitar situações que fujam à regra expressa em lei, ou seja, logo após o parto.

---

<sup>5</sup> ROCHA, Lorena Martins. Concurso de pessoas no crime de infanticídio. 2014. Monografia (graduação) – Centro Universitário de Brasília, 2014.

<sup>6</sup> Ibid.

### 1.3. SUJEITOS DO CRIME: ATIVO E PASSIVO

Por ser um crime próprio – crime que exige características próprias do agente – o infanticídio deve ser praticado pela própria mãe sob a influência do estado puerperal. Dessa forma o crime não pode ser praticado por qualquer pessoa, embora permita coautoria ou participação de terceiros na prática.

O sujeito passivo do crime é o próprio filho, recém-nascido ou que está nascendo. O Código Penal em seu artigo 20, § 3º, trata do erro sobre a pessoa, a doutrina trás como exemplo a mãe que mata outro bebê no berçário da maternidade, achando ser o seu bebê, essa mãe responderá por infanticídio, respeitando o instituto do erro sobre a pessoa, respondendo pela prática do crime sobre a pessoa que queria matar.

### 1.4. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Para se falar em infanticídio há que se falar em vontade da mãe em matar o próprio filho, essa intenção deve existir. Portanto, o dolo é o elemento subjetivo do tipo, que pode ser na sua modalidade direto ou eventual. A modalidade culposa não existe para o crime de infanticídio.

Inerente a esse assunto, a doutrina não é pacífica em relação a atos imprudentes da mãe sob o efeito puerperal, que cause a morte do recém-nascido. Nesse caso houve todas as circunstâncias do crime de infanticídio, ou seja, a mãe, sob o efeito do estado puerperal, mata o filho, logo após o parto, porém, faltou a intenção de matar aquela criança, o chamado dolo. No caso em tela, a mãe matou o filho por um ato de imprudência, nesse caso a doutrina majoritária entende que essa mãe deve responder por homicídio culposo, para Bitencourt (2012, p. 367):

O *dolo* — direto ou eventual — é o elemento subjetivo do tipo e consiste na vontade livre e consciente de matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, ou, no mínimo, na assunção do risco de matá-lo, ou, em outros termos, a mãe deve querer diretamente a morte do próprio filho ou assumir o risco de produzi-la.

Já a posição minoritária defende que o fato é atípico, pois não se deve punir a mulher que está sob o efeito do estado puerperal, exigindo dela naquele momento os cuidados essenciais para com o filho. Essa posição defende ainda, que o legislador omitiu a modalidade culposa do infanticídio, pois, não tinha o interesse em ver a mãe respondendo por tal crime, portanto não deverá ela responder também por homicídio culposo. No entendimento de Victor Eduardo Gonçalves e Pedro Lenza (2012, p. 135)

Em nosso entendimento, o legislador deixou de prever a modalidade culposa de infanticídio por razões práticas e não teóricas (ser ou não possível atribuir conduta culposa a quem se encontra em estado puerperal). O aspecto prático a ser ressaltado é que a existência da modalidade culposa seria inócua, de aplicação nula, pois a mãe teria direito ao perdão judicial. Assim, o entendimento da maioria dos autores, no sentido de que a mãe comete homicídio culposo, acaba não tendo consequências concretas no sentido de ser a mãe punida, pois ela, inevitavelmente, receberia o perdão judicial, fazendo com que toda a movimentação da máquina judiciária, com os custos a ela inerentes, fosse sempre inócua.

## 1.5. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CRIME DE INFANTICÍDIO

O infanticídio é um crime próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso.

Crime próprio é aquele que exige uma qualidade ou condição especial do agente, nesse caso, uma condição natural de gestante ou mãe.

Já crime material é aquele que exige um resultado para a sua concreta consumação. Caso não ocorra o resultado esperado, estará configurada a tentativa.

Na prática do crime de infanticídio, o resultado é a morte do nascente ou recém-nascido.

Por crime de dano se entende aquele que lesiona efetivamente o bem jurídico protegido, no caso a vida do ser nascente ou recém-nascido.

É crime subsistente, pois sua ação pode ocorrer em vários atos, de modo que a ação e a consumação ocorrem em momentos distintos.

É classificado como crime comissivo ou omissivo impróprio. No caso do crime comissivo, é exigida do agente a prática de uma ação positiva visando um resultado. Já para o crime omissivo impróprio o agente através da omissão visa o resultado. Nesse caso ele responderá não pela omissão, mas pelo resultado obtido.

Por crime instantâneo entende-se aquele que se esgota com a obtenção do resultado.

É doloso, pois, o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, no caso de infanticídio não se admite a modalidade culposa.

## **2. REFLEXÕES SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE**

### **2.1. CONCEITO E REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS**

O concurso de pessoas ocorre quando duas ou mais pessoas concorrem de forma consciente e voluntária para o mesmo crime, de modo que, a cooperação entre os agentes pode ocorrer desde a elaboração do crime até o momento da sua efetiva consumação. Cabe ressaltar que as condutas realizadas por terceiros após o cometimento do crime não configura concurso de pessoas, mas sim, crime autônomo, é o caso, por exemplo, da receptação, favorecimento real ou pessoal etc. Para a configuração do concurso de pessoas será necessária a análise de alguns requisitos, quais sejam:

#### **Pluralidade de participantes e de condutas**

É o requisito fundamental no concurso de pessoas, uma vez que é necessária a concorrência de duas ou mais pessoas na prática do crime. É sabido que nem todos os agentes praticaram o núcleo verbo do tipo, alguns contribuirão auxiliando de forma material ou moral, induzindo ou instigando, mas todos, desde que com o desejo comum de se chegar ao mesmo resultado e praticando condutas relevantes para alcançar o objetivo, responderão pelo mesmo crime.

#### **Relevância causal**

Cada agente poderá contribuir de forma diferente para alcançar o resultado, uma vez que, poderá ocorrer uma pluralidade de condutas para o cometimento do crime, mas, é imprescindível, que a ação de cada um tenha relevância para o resultado final.

## Liame subjetivo

É a vontade dos agentes de se chegar ao resultado juntos, é o vínculo entre agentes, visando de forma livre e consciente a participação no crime comum. Para Júlio Mirabete (1985, p. 226, apud BITENCOURT, 2012, p. 207):

Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas consequências da ação.

## Identidade de infração penal

Todos os participantes envolvidos no delito devem almejar o mesmo resultado, somente assim poderá se falar em concurso de pessoas. Se um agente pretendia resultado menos gravoso e não detinha o controle dos fatos do resultado final, não haveria, portanto, identidade de infração penal. Segundo Rogério Greco (2017, p. 564),

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.

## 2.2. TEORIAS A RESPEITO DO CONCURSO DE PESSOAS

No cometimento de um delito com a participação de várias pessoas não é incomum que cada uma exerça uma função diferente, com gravidade diferente. Muitas das vezes um único agente comete sozinho o núcleo verbal do tipo criminal, embora todos os partícipes dividam um objetivo comum, o de atingir o resultado, elemento essencial para caracterizar o concurso.

Acontece que, com a situação citada acima, uma questão veio à tona, se haveriam vários crimes cometidos de forma fragmentada, por elementos diferentes,

ou, se fosse um único crime. Foram apresentadas várias teorias ao longo do tempo, são as teorias pluralística, dualística e monística, a seguir, a definição de cada uma.

#### Teoria pluralística

Essa teoria defende que cada partícipe produz um resultado diferente através da sua atuação, dessa forma, teremos vários crimes tal qual o número de participantes. Essa teoria apresenta uma crítica, pois os agentes estavam de comum acordo visando o resultado final, não devendo punir cada um conforme a sua atuação, ou seja, de forma separada, uma vez que, cada conduta objetivava um resultado comum.

#### Teoria dualística

A teoria dualística divide a participação dos agentes em duas, de um lado temos os autores ou coautores, que são aqueles que realizam a atividade principal ou a conduta do núcleo verbo do tipo, e de outro lado os partícipes, que são aqueles que atuam de forma acessória. Diferente da teoria pluralística, aqui não há a divisão de crimes para cada agente, mas sim um único crime. A crítica feita a essa teoria é que muitas das vezes o mandante do crime ou aquele que atua no planejamento de todo o crime responde como partícipe, enquanto aquele que executa a atividade típica responde como autor.

#### Teoria Monística ou unitária

É a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, defende a prática de um único crime, independentemente da conduta que tenha concorrido, ser de maior ou menor intensidade. Aqui todos respondem como autores pelo mesmo crime, é a chamada teoria da equivalência das condições, onde cada conduta soma-se a outra com a finalidade de um único resultado, de modo que todas as condutas se tornem essenciais à produção do resultado. O legislador, porém, reconheceu que a atuação de cada indivíduo na prática do crime deve ser individualizada, de forma que cada um responda pelo resultado, porém, na medida de sua culpabilidade e eficácia de sua atuação para atingir a finalidade. Dessa forma, o legislador autorizou a valoração das condutas de cada agente de forma individual, permitindo uma dosagem diferente conforme a atuação e o resultado de cada conduta.

## 2.3. AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO

### Autoria

Para entendermos o conceito de autor, faz-se necessário o estudo de várias teorias presentes no nosso ordenamento.

O Conceito Extensivo de Autor defende que todo aquele que tem participação relevante na prática do crime é autor, ou seja, todo aquele que colabora de alguma forma para atingir o resultado é autor<sup>7</sup>. Nessa teoria, não há distinção entre autor e partícipe, de modo que, o mandante, instigador, cúmplice ou planejador intelectual de toda a atuação responderá igualmente, como autor, com aqueles que praticarem os atos executórios do crime, porém, de uma forma mitigada, com grau de importância diferenciado, conseqüentemente, com penas diferentes.

O Conceito Restritivo de Autor define que autor é somente aquele que pratica o núcleo do tipo penal, de modo que aqueles que atuam como mandantes, instigadores, cúmplices e planejadores atuam como partícipes, exercem condutas acessórias, e só serão punidos através de uma norma de extensão da punibilidade. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 208), “De acordo com o conceito restritivo, realizar a conduta típica é objetivamente distinto de favorecer a sua realização.”

Dentro do Conceito Restritivo de Autor se desenvolvem ainda três teorias, a saber:

#### Teoria Objetivo-formal

Determina que autor é quem realiza o núcleo do tipo e partícipe é aquele que concorre para o crime, porém sem praticar o seu núcleo. A crítica a essa teoria é que o mandante, contribuinte fundamental na constituição do crime, responderia apenas por participação acessória, como partícipe, pois de fato não praticou o núcleo do crime.

---

<sup>7</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: Parte Geral, 1, 17 Edição, São Paulo, 2012, Ed. Saraiva

## Teoria objetivo-material

Considera autor todo aquele que tem participação relevante na prática do crime.

## Teoria do domínio do fato ou teoria objetivo-subjetivo

É a teoria adotada hoje pelo nosso ordenamento, pois consegue separar claramente autor e partícipe, ela define que autor é todo aquele que detém o controle da ação até o fim, é quem tem o poder de decisão e não somente quem pratica a ação típica, partícipes são os que simplesmente não controlam a ação. A crítica feita a essa teoria é que ela só explica os crimes dolosos, não cabendo aos crimes culposos, pois é exatamente a perda do domínio de fato que caracteriza os crimes culposos.

André Estefam (2016, p. 483) não concorda com a adesão dessa teoria, para ele: “a teoria do domínio do fato não pode ser aceita em sua integralidade porque não é possível identificar com clareza, em grande número de casos, quando uma pessoa tem ou não o controle completo da situação.”

## Coautoria

É autor aquele que possui o domínio final do fato, essa característica se estende também ao co-autor, portanto, coautor é aquele que conscientemente colabora com outrem, numa mesma infração penal. Aqui se aplica o princípio da divisão de trabalho, onde todos participam na execução do crime, cada um com a sua função, desde que a atuação seja relevante para o resultado.

## Participação

Embora não definida pelo Código Penal, a participação se tornou fundamental no instituto do concurso de pessoas, uma vez que é possível a aplicação de penas diferentes de acordo com a atuação do partícipe para atingir o resultado. O partícipe

não pratica a tipicidade do crime, mas contribui para o resultado, de forma que se torna uma extensão punível do crime. Bitencourt cita Günther (Derecho Penal, p. 257, apud BITENCOURT, 2012, P. 209),

A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamentos que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.<sup>8</sup>

Dessa forma, o partícipe contribui acessoriamente, estimulando, contribuindo ou favorecendo a execução do crime, que dependerá de uma ação principal do autor.

#### 2.4. ANÁLISE DO ARTIGO 29, CAPUT E SEUS PARÁGRAFOS DO CPB

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

Em regra o concurso de pessoas segue a teoria monística, onde autor e partícipe respondem pelo mesmo crime. No entanto, ao definir o conceito de autor adotou a teoria restritiva de autor, que determina ser autor aquele que detém o domínio do fato e partícipe aquele que pratica conduta acessória, de modo que, o partícipe responderá pelo mesmo crime que o autor, porém, a pena poderá variar de acordo com a participação e o grau de importância que a atuação teve para alcançar o resultado. Embora o Código Penal não fale expressamente em distinção de autor e partícipe, é possível o entendimento através da interpretação do artigo 29.

---

<sup>8</sup>Günther Stratenwerth, Derecho Penal, p. 257. Damásio denomina essa norma também “integradora” (Direito Penal, cit., v. 1, p. 358).

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Não se aplica o disposto neste parágrafo aos autores, a doutrina entende que estes responderão pelo crime propriamente dito, uma vez que mesmo através de uma participação pequena cabia a eles o domínio da ação, tendo um grau de culpabilidade maior, enquanto o partícipe que tiver tido participação de menor importância, poderá ter a sua pena reduzida na forma do artigo 29, §1, CP.

A doutrina não é pacífica em relação à diminuição da pena prevista no Código Penal, Bitencourt, por exemplo, cita a posição de Dotti e Mirabete, da qual não concorda, (2012, p. 213)

Dotti e Mirabete entendem que a redução prevista no art. 29, § 1º, é facultativa, pois o juiz poderá constatar uma intensidade de vontade do partícipe igual à dos demais intervenientes. E essa equivalência na determinação poderia — segundo eles — autorizar a equiparação no plano da culpabilidade.

Para Bitencourt (2012, p. 213) a faculdade se resume somente ao grau de redução da pena, de modo que uma vez reconhecida a participação de menor importância a redução é imposta.

Rogério Sanches (2015, p. 375) também discorda da posição de Dotti e Mirabete, esclarecendo que:

A participação de menor importância, como vimos, é a de reduzida eficácia causal, isto é, aquela que, no plano concreto, embora contribua para o alcance do resultado, não o determina. Tratando-se de critério objetivo, a ser aplicado à luz do caso concreto, não nos parece correto invocar aspectos subjetivos, que a lei não exige, para impedir a redução da pena se a contribuição do partícipe efetivamente não revela, diante da equivalência dos antecedentes, maior relevância para o sucesso da empresa criminosa.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quiser 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.

Esse parágrafo é uma exceção à teoria monística, pois permite que partícipes respondem por crimes diferentes, de modo que, responderão pelo crime que queriam praticar caso este fosse menos grave, e que, por razões alheias a sua vontade atingiu resultado diferente. Nas palavras de Wezel (Derecho Penal, apud BITENCOURT, 2012, P. 213), “Cada um responde somente até onde alcança o acordo recíproco”.

Rogério Sanches (2015, p. 376) afirma ainda a existência de um fator capaz de gerar a imperfeição do concurso de pessoas na situação do §2º, para ele:

A aplicação da pena relativa ao crime menos grave de que o agente quis participar tem como finalidade impedir a responsabilidade objetiva no concurso de pessoas, pois, se o crime mais grave não integrou a esfera volitiva do agente, não é possível lhe atribuir o resultado daí advindo. Na realidade, em virtude da ausência de liame subjetivo, sequer se pode considerar perfeito o concurso de pessoas, existente apenas sobre o delito menos grave.

## 2.5. (IN) COMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS, CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL E ELEMENTARES DO TIPO: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 30 DO CP

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

Em regra, não se comunicam as circunstâncias entre os partícipes, porém, esse artigo apresenta conflitos ante a dificuldade de distinguir quais elementos se comunicam e quais não devem se comunicar.

Circunstâncias nas palavras de Bitencourt (2012, p. 213) “são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas “circundam” o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade.” São dados não essenciais, mas com capacidade de influenciar na pena, de modo a criar causas de aumento ou diminuição de pena, bem como agravantes e atenuantes.

As circunstâncias podem ser objetivas, que comunicam a todos os partícipes ou subjetivas, são incomunicáveis, com exceção das elementares do tipo. Objetivas são aquelas que se relacionam com aspectos objetivos na prática do crime, tais como o tempo, a qualidade e condições da vítima, o lugar do crime, os meios utilizados e o modo de realização do crime. Já as circunstâncias subjetivas se relacionam com a pessoa do agente, são as qualidades pessoais, grau de parentesco com a vítima, reincidência, motivação para o crime, etc. Nas palavras de Rogério Greco (2017, pág. 601),

As circunstâncias de natureza subjetiva não se comunicam aos coparticipantes, a não ser que se transformem em elemento do tipo penal, ou seja, de simples dado periférico, passe a ser um dado essencial à figura típica. Deverá, ainda, para que seja estendida, ingressar na esfera de conhecimento dos coparticipantes.

As condições de caráter pessoal são inerentes à pessoa e não estão vinculadas à prática do crime.

As elementares do crime são dados essenciais da conduta típica que se comunicam aos partícipes, de modo que a sua exclusão torna o crime atípico ou o desclassifica, se definem nas palavras de Cleber Masson (2009, p. 501, apud SILVA, Micheli Mikaela, Concurso de pessoas no crime de infanticídio, 2011, Curitiba) como sendo “dados fundamentais de uma conduta criminosa. São os fatos que integram a definição básica de uma infração penal.”

### 3 A (IM)POSSIBILIDADE DO CONCURSO DE PESSOAS NO DELITO DE INFANTICÍDIO

#### 3.1 COMUNICABILIDADE DA ELEMENTAR ESTADO PUERPERAL

O legislador ao descrever o crime de infanticídio, apresentou vários elementos que o caracterizavam, de modo que, ao retirar algumas dessas características se desclassificava também o crime, são elas, matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal, nota-se que ao tirarmos a elementar estado puerperal estaremos falando do crime de homicídio, e justamente essa elementar traz todo o conflito presente no ordenamento. O artigo 30 do CP, determina que em regra não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do tipo, acontece que o estado puerperal é uma condição de caráter pessoal, somente a mulher naquele momento de trabalho de parto ou após, é capaz de sofrer transtornos fisio psicológicos que podem levá-la a perda total ou parcial das faculdades mentais, chegando ao extremo de matar o próprio filho.

Essa mesma condição pessoal é elementar do tipo, portanto se comunica com terceiros que venham concorrer para a prática do crime, induzindo ou até mesmo praticando atos executórios. Esse é o entendimento da corrente majoritária e o que está previsto em lei, uma vez que, a discussão não gira em torno de ser o estado puerperal uma elementar do tipo, entendimento já pacificado, mas sim, da injustiça ou não que representa a comunicabilidade da elementar. A segunda corrente defende que o estado puerperal é uma condição personalíssima da mãe, não devendo, portanto comunicar com terceiros, estes por sua vez deveriam responder pelo crime de homicídio. Essa teoria, no entanto, perdeu força, pois ignorava completamente o artigo 30 CP.

### 3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DO TEMA

Como já dito, existem duas principais correntes a respeito do tema, a primeira e majoritária defende o concurso de pessoas no infanticídio, para essa corrente não há que se falar em condição personalíssima da mãe uma vez que a lei não fala, portanto é admitida a comunicabilidade da elementar, essa é a posição de Fernando Capez (2012, p. 128). Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 373) também compartilha da mesma opinião, segundo ele, quando o Código Penal abraçou a teoria monística da ação (artigo 29 CP), complementada pela norma que determina a comunicabilidade das elementares do crime (artigo 30 CP), fez com que justa ou injustamente os partícipes respondem pelo mesmo crime, afirmou ainda que:

Ninguém discute o fato de que a “influência do estado puerperal” constitui uma *elementar típica* do infanticídio. Pois é exatamente essa unanimidade sobre a natureza dessa *circunstância pessoal* que torna estéril e sem sentido a discussão sobre sua *comunicabilidade*. Como elementar do tipo, ela se comunica, e o terceiro que contribuir com a parturiente na morte de seu filho, nas condições descritas no art. 123, concorrerá para a prática do crime de *infanticídio* e não de homicídio, como sugeria Hungria. (2012, p. 373)

A segunda corrente não admite o concurso de pessoas no infanticídio, ela considera o estado puerperal da mãe uma condição personalíssima, o transformando numa elementar de caráter objetivo, dessa forma incomunicável, devendo o terceiro responder por homicídio em coautoria ou participação (Capez, 2012, p. 127). Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 373),

Essa conhecida controvérsia ganhou um argumento *sui generis* patrocinado por Nélon Hungria, que “criou” uma circunstância elementar inexistente no ordenamento jurídico brasileiro: o estado puerperal seria uma circunstância “personalíssima” e, por isso, sustentava Hungria, não se comunicaria a outros participantes da infração penal! Com essa afirmação Hungria pretendia afastar a aplicação do disposto no antigo art. 26 do Código Penal (atual art. 30), que estabelecia o seguinte: “Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Os doutrinadores discutem ainda sobre as três situações possíveis na atuação do terceiro no crime de infanticídio (considerando a presença dos elementos normativos que integram o crime).

a) Mãe que mata o filho, contando com o auxílio de terceiros

Nesse caso a mãe é autora do crime de infanticídio, como as elementares se comunicam, o terceiro também responderá por infanticídio. Nas palavras de Fernando Capez (2012, p. 126)

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.

B) O terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe

Ao analisar a conduta, percebemos que o crime praticado foi homicídio, uma vez que não foi a mãe (requisito fundamental) quem praticou o verbo núcleo do tipo “matar”, portanto, deveria o terceiro na condição de autor e a mãe como partícipe, uma vez que o acessório segue o principal, responder por homicídio. Porém a boa doutrina entende que a mãe ainda sim responderia por infanticídio, para Capez (2012, p. 126) seria um contrassenso decisão diferente, pois, a pena da parturiente seria maior como partícipe do que se ela de fato tivesse praticado o núcleo verbo do tipo.

Bitencourt (2012, p. 382) defende que deverá ser aplicado o artigo 29 CP, de modo que, cada um responda conforme a sua culpabilidade, resta claro que o crime é homicídio, porém, certamente a mãe puérpera quis praticar o crime menos grave, havendo, portanto, desvio subjetivo de conduta, nesse caso a partícipe deverá responder pelo crime menos grave, o infanticídio, em suas palavras (2012, p. 382),

Assim, embora o fato principal praticado pelo terceiro configure o crime de homicídio, certamente a *mãe puérpera* “quis participar de crime menos grave”, como prevê o § 2º do art. 29. Por isso, à luz do disposto nesse

dispositivo, há *desvio subjetivo de condutas*, devendo a *partícipe* responder pelo crime menos grave do qual *quis participar*, qual seja, o infanticídio. Essa nos parece a solução correta, caso contrário, estaríamos violando todo o sistema do Código e, particularmente, o disposto no art. 30, que afirma textualmente que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal”, pois, o *estado puerperal*, na hipótese de simples *partícipe*, será mera condição pessoal, que é incomunicável; será *elementar do tipo* (aí comunicável) somente quando a própria mãe for autora (ou coautora) da morte do próprio filho.

A posição de Damásio de Jesus é citada por Bitencourt (2012, p. 382), ele sugere que autor e *partícipe* respondam pelo crime de infanticídio, em razão da especial condição da *partícipe*. Para Bitencourt essa teoria acarreta uma inversão da máxima do direito, onde o principal estaria seguindo o acessório, de modo que, em vez das elementares do tipo principal (homicídio) estenderem à *partícipe*, seriam as condições desta que se estenderam ao fato principal.

c) Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando a vítima  
Nessa situação não resta dúvidas de que o terceiro praticou junto com a mãe a conduta verbo do tipo e ambos responderão por infanticídio. Nas palavras de Fernando Capez (2012, p. 127).

A mãe será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária ou monísta, responderá pelo mesmo crime, nos expressos termos do art. 29, *caput*, do CP. Não pode haver co-autoria de crimes diferentes, salvo nas exceções pluralísticas do § 2º do art. 29 do CP, as quais são expressas e, como o próprio nome diz, excepcionais.

Damásio de Jesus (JESUS, Direito penal, p. 108, apud Bitencourt, 2012, p. 375), “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 agentes”.

Bitencourt (2012, p. 375) partilha da mesma opinião, mas vai além, para ele é importante a análise do elemento subjetivo que orientou o terceiro na prática do crime, essa atuação pode perfeitamente ser fruto de dolo em concorrer com o crime de infanticídio, ou, o terceiro com dolo de homicídio pratica o desvio subjetivo de condutas e usa da fragilidade da puérpera para praticar o crime. Nesse caso sugere:

Que o terceiro responde 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.(2012, p. 377)

O autor, ainda, esclarece a sua opinião, de modo que, a puérpera,

“não pode responder pelo homicídio a que responde o terceiro. Mas não estamos defendendo a violação da *unidade da ação*, não. Apenas sustentamos, nesta hipótese, que a *influência do estado puerperal* seja considerada como uma *especialíssima causa de diminuição de pena*. E assim, em vez de a puérpera ser prejudicada, será beneficiada com a aplicação do parágrafo único do art. 26, que autoriza a redução de um a dois terços da pena aplicada. Na verdade, *sob a influência do estado puerperal* e pressionada por um terceiro, a puérpera 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 final 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 art. 29,§ 2º, 1ª parte, do Código Penal, ou seja, com desvio subjetivo de condutas. (2012, p. 377)

Com essa posição o autor visa uma decisão mais justa, pois estaria beneficiando a puérpera com redução da pena e evitando que o terceiro se beneficie da elementar para responder por um crime mais favorável.

### 3.3 SOLUÇÕES ENCONTRADAS PELA DOCTRINA

É indiscutível que a influência do estado puerperal é uma *elementar* do tipo e dessa forma se comunica com terceiros que contribuem para o crime, essa afirmação decorre do artigo 29, complementado pelo artigo 30, ambos do CP. A insatisfação gira em torno da inegável injustiça dessa comunicabilidade, que faz com que uma condição pessoal da mãe capaz de interferir em seu juízo mental, seja transmitida a um terceiro em pleno uso de suas faculdades mentais. Nesse sentido, a solução encontrada pela doutrina para tentar sanar o injusto seria uma adequação da lei, de modo a tipificar o infanticídio como homicídio privilegiado.

É a posição de Bitencourt (2012, p. 374)

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

Damásio de Jesus (2010, apud GONÇALVES, Ana Cláudia de Oliveira, Infanticídio e Concurso de pessoas: É possível?, 2012, Barbacena), também sugere essa solução, segundo o autor, deveria ser adicionado um parágrafo ao artigo 121 com a descrição do infanticídio tal como ele se encontra hoje descrito no artigo 123. Dessa maneira, o estado puerperal não seria mais *elementar* do crime, mas *circunstância pessoal*. Sendo assim, a mãe responderia pelo homicídio privilegiado com pena mais branda e o terceiro responderia por homicídio simples ou outra forma, pois, sendo o estado puerperal *circunstância pessoal*, não se comunicaria ao terceiro, evitando assim que o mesmo fosse beneficiado com um privilégio imerecido.

Pedro Lenza e Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 133) Fazem uma crítica a solução apresentada, para eles,

“Melhor, entretanto, seria acrescentar um dispositivo no art. 123, dispondo que não se aplica ao infanticídio a regra do art. 30. Com efeito, se o infanticídio for incluído como hipótese de privilégio do homicídio, acabará sendo possível aplicar à mãe as qualificadoras de caráter objetivo de tal crime (asfixia, por exemplo), o que causará nova controvérsia.

Nucci (2010, p. 307, apud GONÇALVES, Ana Cláudia de Oliveira, *Infanticídio e Concurso de pessoas: É possível?*, 2012, Barbacena), encontra outra solução, ele propõe que seja criada uma “exceção pluralística à teoria monísta”. Nesse caso, haveria por disposição expressa na lei, um crime para a puérpera e outro para o terceiro, como ocorre, por exemplo, com o aborto.

## CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho fizemos uma análise dos elementos que integram o crime de infanticídio, vimos que o crime só poderá ser praticado pela mãe, sob a influência do estado puerperal, contra o próprio filho, e exige da autora o dolo de matar. Vimos que o estado puerperal é uma condição fisiopsicológica que acarreta à mulher perturbações emocionais capazes de levá-la a matar o próprio filho. Tal condição emocional só se dará durante ou após o parto, não tendo um limite temporal exato para sua extinção, fazendo com que muitas das vezes seja necessário o diagnóstico presumido com a justificativa de evitar uma condenação injusta para com a parturiente.

Fizemos ainda, uma breve análise do concurso de pessoas na legislação vigente, de modo que dentre as várias teorias apresentadas o nosso ordenamento optou pela teoria monística, ou seja, todos os partícipes respondem pelo mesmo crime. Porém, adotou também a teoria restritiva de autor, onde é possível distinguir entre autor e partícipe, fazendo com que cada um responda de acordo com a sua culpabilidade. Por fim, é de fundamental importância para entendermos o conflito presente neste trabalho, estudamos a comunicabilidade das circunstâncias, condições de caráter pessoal e elementares do tipo, tratadas no artigo 30 do Código Penal.

Após análise da lei, é indiscutível que o estado puerperal da mãe, embora condição pessoal, é uma elementar do tipo, dessa forma se comunica com terceiros. O legislador ao tipificar a conduta do infanticídio como crime próprio, não se atentou para o injusto que isso poderia provocar, permitindo que o benefício pertencente a mãe em condições de abalo emocional e psicológico se estenda a terceiros em perfeita saúde mental, que com consciência, atua junto com a mãe para ceifar a vida do recém-nascido ou nascente.

Defendemos, portanto, que a única forma de evitar a comunicação do estado puerperal entre a mãe e terceiros, é que este deixe de ser uma elementar do tipo, passando a ser uma circunstância pessoal, se tornando assim incomunicável. Dessa

forma a mãe continuaria com o privilégio, respondendo pelo crime menos gravoso, enquanto o terceiro, que agiu com o dolo de matar o recém-nascido, de forma justa, responderia pelo crime mais grave.

A forma vislumbrada para atingir esse resultado é a alteração da legislação, de modo que o artigo 123 (infanticídio) seja extinto e que o crime seja tipificado no artigo 121 (homicídio) como homicídio privilegiado.

As propostas aqui analisadas se baseiam na necessidade de sanar a injustiça que perfaz a comunicabilidade da elementar do crime de infanticídio, beneficiando terceiros com uma circunstância pessoal da mãe. De modo a alterar a lei, e reprimir a conduta de terceiros que usam do benefício para cometer crime tão repugnante.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. Direito penal esquematizado: parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, vol II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, vol I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017

SANCHES, Rogério. Manual de direito penal: parte especial. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

GONÇALVES, Ana Cláudia de Oliveira. *Infanticídio e Concurso de Pessoas: É Possível?*. 2012. 63f. Monografia - Universidade Presidente Antônio Carlos – Unipac, Barbacena, 2012.

ROCHA, Lorena Martins. *Concurso de Pessoas no Crime de Infanticídio*. 2014. 67f. Monografia - Centro Universitário de Brasília –UniCEUB, Brasília, 2014.

SILVA, micheli mikaela. *Concurso de Pessoas no Crime de Infanticídio*. 2011. 45f. Monografia - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011