

A polêmica questão do concurso de pessoas no delito de infanticídio

Michelle Catuzzo

Analisa a participação de terceiros no crime de infanticídio, tomando por base os artigos 29 e 30 do código penal, tecendo comentários a respeito da teoria monista.

O delito de infanticídio nem sempre foi tratado de igual forma pela legislação brasileira. Os Códigos Penais de 1830 e 1890 traziam a figura da honra nos tipos penais que caracterizavam a morte do recém-nascido, sendo que no primeiro a ocultação da desonra era elementar do tipo penal e, no segundo, punia-se a honra com pena mais rigorosa, em seu parágrafo único. Sendo assim, antigamente, se a mãe matasse seu próprio filho por questões de honra, seja porque era mãe solteira ou seu filho fruto de adultério ou qualquer motivo relevante à moral e os bons costumes, seria punida de forma mais branda, afastando sua conduta do delito de homicídio. A legislação penal vigente revogou o critério de conceituação psicológico (motivo de honra) e inseriu o critério fisiopsicológico, ou seja, estar sob influência do estado puerperal, disposto no art. 123, do Código Penal:

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio

**filho, durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.**

O estado puerperal é definição Médica, que entendemos por distúrbios psicológicos e físicos, sofridos pela mulher em consequência do parto. Como define o artigo 123, a mulher deve cometer o delito sob influência do estado puerperal, sendo assim não basta apenas o elemento objetivo do puerpério, mas em conjunto o elemento subjetivo da influência que o mesmo provoca na mãe. Para que se prove que a mãe estava realmente sob influência psíquica, e aqui se ressalta a simples influência e não doença mental, deve ser realizada uma perícia. O artigo também faz referência ao momento do crime, porém não o define concretamente. Se o fato é cometido durante o parto caracteriza-se de imediato o infanticídio. Porém o que podemos entender por “logo após” o parto? Existem divergências no tocante a esse período. Neste caso faz-se necessária análise do caso concreto. Vale ressaltar que o infanticídio é crime doloso, ou seja, deve haver vontade da mãe em concretizar o delito, seja através de dolo direto, quando a mãe quer exatamente a morte do nascente ou eventual, quando ela assume o risco de lhe causar a morte. Também constitui delito de forma livre, podendo concretizar-se por qualquer meio de execução, inclusive por omissão, quando a mãe deixa de realizar ato essencial à vida do recém-nascido, sempre dolosamente.

O artigo é expresso em razão dos sujeitos do crime, impondo a autoria do delito para a mãe, que é sujeito ativo e, como sujeito passivo ou vítima, o nascente e tão somente o mesmo, pois se a mãe, em estado puerperal, matar seu filho mais velho ou qualquer criança,

mesmo que recém-nascida (desde que ela saiba que aquela criança não é seu filho), responderá por crime de homicídio. Portanto o infanticídio trata-se de crime de “mão-própria”, ou seja, exige a qualidade especial do sujeito ativo, no caso, a de ser mãe, porém isso não impede que terceiros respondam pelo mesmo crime. É nesse ponto que iniciamos a discussão.

O artigo que trata do infanticídio não dispõe sobre conduta de terceiros, porém não é por isso que estes não serão punidos em caso de participação no delito. A doutrina majoritária entende a comunicabilidade do crime a terceiros que, de alguma forma, induzindo, instigando, auxiliando ou co-executando, façam parte da ação delituosa. Boa parte desta doutrina considera que a participação do terceiro deva ser acessória na conduta da autoria principal, ou seja, não deve o terceiro ser co-executor. Porém o núcleo do infanticídio é “matar”, o mesmo do homicídio, delito pelo qual, diante da lei, pouco importa se o sujeito praticou o núcleo ou contribuiu para o mesmo, responderão todos por homicídio. O fundamento utilizado pela doutrina para defender a comunicabilidade vem com base no texto dos arts. 29 e 30 do Código Penal. O primeiro trata do concurso de pessoas, determinando que:

Art. 29 – 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.

O artigo descreve exatamente a teoria monista. De acordo com esta teoria há identidade de infração para todos os participantes, isto é, todos responderão pelo mesmo crime, diferenciando-se apenas na quantidade da pena, pois cada um responde na medida de sua culpabilidade. No mesmo sentido trata o art. 30, sobre circunstâncias incommunicáveis:

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

Estar sob influência do estado puerperal é, sem dúvida, circunstância elementar do crime de infanticídio. Portanto, de acordo com o artigo 30, o estado puerperal se comunica a terceiro que participar do delito. Por exemplo: O pai que mata o nascente, a pedido da mãe, que se encontra sob influência do estado puerperal. Neste caso, de acordo com a legislação, tanto o pai quanto a mãe responderão por infanticídio. Ora, se estado puerperal se caracteriza por distúrbios físicos e psicológicos causados à mulher em decorrência do parto, por que o pai, ou terceiro qualquer, que com certeza não está sob influência de tal estado, beneficia-se do infanticídio? Pois bem, a resposta está no próprio código, como já foi exposto nos artigos acima citados.

O infanticídio é delito autônomo, mas a qualificação doutrinária o entende como um homicídio privilegiado, pois a mãe tem o “privilégio”, por estar passando por condições especiais, que a levam a matar o próprio filho. Se assim fosse, isto é, se o fato de matar o nascituro, sob

influência do estado puerperal, fosse considerado homicídio privilegiado pela legislação, responderia a mãe por este e terceiro que participasse da conduta por homicídio simples, o que, a meu ver, seria o correto. O fato é que inúmeros doutrinadores, como Luiz Regis Prado, Mirabete, Damásio, Bitencourt, adotam o ponto de vista da comunicabilidade, pois estudam a questão sob a ótica da legislação, que é bem clara em seu artigo 30. Pois bem, não há o que se discutir que a teoria monista prevalece sobre o crime de infanticídio, comunicando o ato punível aos demais partícipes. O fato é que existem situações, expressas no Código Penal, em que há uma “quebra” da teoria monista. A exemplo do aborto, no qual o próprio legislador optou por diferenciar os delitos para a gestante e para quem participa do crime, penalizando mais rigorosamente o co-autor e o partícipe do que a própria gestante. Sendo assim, concluo que, se na hipótese do legislador não ter previsto diferentes crimes no caso de aborto, nos restaria à análise dos artigos 29 e 30. Sendo assim, entendo que está nas “mãos” do legislador conceder o “privilégio” aos partícipes ou agravar a pena dos mesmos. Não seria o caso de uma revisão da letra da lei?

Não querendo contrariar grandes doutrinadores, como Nelson Hungria, que por 40 anos foi adepto da incomunicabilidade, mas mudou de idéia a partir da 6ª edição de sua obra (Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, vol. V), acredito que o Código Penal, em face da teoria monista e das exceções pluralistas que a mesma contém, deveria ser revisto com maior rigor, não pelo lado de penas mais rigorosas ou regimes mais severos, mas sim pelo lado do que é justo, pois apesar de partícipe da

conduta materna ou, em certos casos, autor da mesma, o terceiro tem o dolo, estando consciente e livre de qualquer alteração psíquica que resulta do estado puerperal durante a prática do crime.

CATUZZO, Michelle. **A polêmica questão do concurso de pessoas no delito de infanticídio.** Disponível em: <
<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/26/77/2677/>> Acesso em:
17.jul.2006.