

WELTON ESTEVES

**INFANTICÍDIO: Comunicável ou Incomunicável ao Co-Autor ou
Partícipe?**

UNIVERSIDADE CAMILO CASTELO BRANCO
FACULDADE DE CIÊNCIAS EMPRESARIAIS E JURÍDICAS
FERNANDÓPOLIS
2005

WELTON ESTEVES

**INFANTICÍDIO: Comunicável ou Incomunicável ao Co-Autor ou
Partícipe?**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Empresariais e Jurídicas da Universidade Camilo Castelo Branco – Campus VII – Fernandópolis – SP, como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luiz Carlos Barros Costa.

UNIVERSIDADE CAMILO CASTELO BRANCO
FACULDADE DE CIÊNCIAS EMPRESARIAIS E JURÍDICAS
FERNANDÓPOLIS
2005

WELTON ESTEVES

**INFANTICÍDIO: Comunicável ou Incomunicável ao Co-Autor ou
Partícipe?**

BANCA EXAMINADORA

A minha família e a minha namorada;

Que apesar das dificuldades que existiram eles jamais deixaram de incentivar, pelo contrário me ensinaram que se deve batalhar pela vida, pois quanto maior é a luta, melhor e mais gloriosa é a vitória.

Agradeço a todos os professores, colegas de faculdade e a Deus que acompanharam meus passos nestes cinco anos e também por estarem nesta parte maravilhosa da minha vida e que continuam me acompanhando dando-me sabedoria e saúde para viver e vencer mais uma das muitas etapas da minha vida. Obrigado a todos!

Do mesmo modo, gostaria de manifestar a minha profunda admiração ao meu Professor e Orientador Luiz Carlos Barros Costa pela colaboração, estímulo e ensinamentos prestados, além de colocar sempre à disposição sua incontestável sabedoria.

RESUMO

O assunto a ser estudado neste trabalho é sobre a comunicabilidade ou incomunicabilidade da conduta da autora e do co-autor ou partícipe no crime de infanticídio, delito este que é motivo de divergência da doutrina e da jurisprudência; o objetivo deste trabalho é estudar as três posições existentes na doutrina a respeito do assunto e propor a melhor maneira de punir o co-autor que recebe a mesma pena privilegiada que a mãe no crime de infanticídio. Uma vez que na primeira posição alguns autores entendem que há a comunicabilidade do crime, segundo o entendimento do artigo 29 do Código Penal onde o co-autor que concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na segunda posição outros entendem que o estado puerperal da mãe não se comunica, devendo o co-autor responder por homicídio; momento em que surge uma terceira posição chamada de mista, que adota os dois critérios acima, explica que se o co-autor apenas auxilia a mãe deve responder por infanticídio e se o co-autor praticar atos executórios deverá responder por homicídio; ao estudar estas três posições existentes podemos chegar à conclusão de que a teoria mista seria a melhor solução diante do nosso falho código penal que não tipifica a conduta do co-autor causando assim dificuldade na interpretação da lei, refletindo nas divergências encontradas na doutrina e na jurisprudência; sendo assim a presente monografia será elaborada através de pesquisa bibliográfica com base na doutrina, na legislação e na jurisprudência utilizando-se das principais obras dos principais doutrinadores.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 09; |
| CAPÍTULO I. O INFANTICÍDIO E SUA CONCEITUAÇÃO | 11; |
| 1.1 Origem..... | 12; |
| 1.2 Conceito | 12; |
| CAPÍTULO II. INFANTICÍDIO NO CONTEXTO SOCIAL | 13; |
| 2.1 No mundo..... | 13; |
| 2.1.1 Infanticídio nos Estados Unidos..... | 20; |
| 2.1.2 Infanticídio na França | 21; |
| 2.1.3 Infanticídio na Alemanha | 22; |
| 2.2 No Brasil..... | 23; |
| 2.2.1 No Código Penal de 1830..... | 23; |
| 2.2.2 No Código Penal de 1890..... | 23; |
| 2.2.3 No Código Penal de 1940..... | 24; |
| 2.2.4 No Código Penal de 1969..... | 25; |
| 2.2.5 No Código Penal de 1984..... | 26; |
| 2.2.6 No Código Penal Atual..... | 27; |
| CAPÍTULO III. DA IMPUTABILIDADE E DA APLICAÇÃO DA PENA 28; | |
| 3.1 Da Imputabilidade e da Inimputabilidade Penal..... | 28; |
| 3.1.1 Momento da Prática do Delito de Infanticídio..... | 33; |
| 3.1.2 Ação do Tipo Penal..... | 34; |
| 3.1.3 Meios de Execução mais Comuns | 34; |
| 3.1.4 Dos Sujeitos Ativos do Crime..... | 35; |
| 3.1.5 Dos Sujeitos Passivos do Crime | 37; |
| 3.2 O Princípio da Legalidade e a Aplicação da Pena..... | 39; |
| 3.2.1 O Dolo no Crime | 40; |
| 3.2.2 A Culpa no Crime | 41; |
| 3.2.3 Momento da Consumação e Tentativa | 42; |
| 3.2.4 Prova de vida extra-uterina..... | 42; |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO IV. DA RESPONSABILIDADE DA AUTORA E DO CO-AUTOR..... | 45; |
| 4.1 A influência do estado puerperal | 45; |
| 4.1.1 Duração do Estado Puerperal | 47; |
| 4.1.2 O Artigo 26 e seu Parágrafo único | 49; |
| 4.2 Concurso de agentes..... | 52; |
| 4.3 Soluções propostas | 60; |
| 4.4 Concurso de Crimes e Ação Penal | 63; |
| CONCLUSÃO | 66; |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 67; |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como problema de pesquisa estudar as divergências existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a comunicabilidade ou incomunicabilidade do co-autor ou partícipe no crime de infanticídio, assunto este que é muito antigo vem desde a criação do nosso código penal e até hoje não foi resolvido pelos nossos legisladores. Para a nossa compreensão achamos melhor dividir o nosso trabalho de pesquisa em quatro capítulos.

Sendo assim como não poderia ser diferente, no primeiro capítulo discorrerei sobre o infanticídio em si, ou seja, primeiramente dissertarei brevemente sobre a sua origem e posteriormente apresentarei o conceito trazido pelos doutrinadores e fazendo assim um conceito particular bem simples, mas completo para fácil compreensão e aprendizagem.

No segundo capítulo discorrerei sobre o infanticídio no contexto social mostrando assim como era o infanticídio no mundo e especificamente em alguns países como os Estados Unidos, França e Alemanha, bem como sua evolução histórica desde os impérios antigos até os dias atuais; posteriormente estudaremos o infanticídio no Brasil começando pelo anteprojeto do código penal de 1830 espelhado no código suíço mostrando as mudanças e alterações em que ocorreram com o decorrer do tempo até chegar no nosso código penal atual.

Entrando no terceiro capítulo estudaremos a imputabilidade e a inimputabilidade penal do agente que comete o crime de infanticídio, ou seja, sobre a capacidade penal que tem os agentes do crime para serem responsabilizados pelas suas condutas; estudaremos ainda nessa parte da monografia sobre quem pode ser sujeito passivo e sujeito ativo do

crime, os elementos que compõem o crime bem como o momento da prática do crime o que é importante, pois diferencia o infanticídio do aborto.

O quarto e último capítulo visa especificamente o nosso problema de pesquisa, que trata-se da responsabilidade da autora e do co-autor ou partícipe do crime em estudo. Nesse último capítulo dissertarei sobre a polêmica existência do estado puerperal e mais polêmica ainda sobre o seu tempo de duração, condição esta que presente privilegia a conduta da mãe que comete o delito, posteriormente entraremos no concurso de agentes trazendo as doutrinas existentes que tratam do assunto, consultando ainda o nosso texto de lei para podermos chegar a uma conclusão mais correta possível com relação às divergências encontradas nesse tema onde posteriormente apontarei as possíveis soluções propostas para a comunicabilidade ou não da conduta do co-autor finalizando assim o presente trabalho.

Com esse trabalho de pesquisa tentarei demonstrar as características e peculiaridades que tem o crime de infanticídio, assim como dissertar sobre a lacuna em que há na lei, se é que pode ser considerado lacuna e que sendo corrigida pelo legislador, tornaria de melhor interpretação e aprendizagem não só dos nossos doutrinadores como de nós novos operadores do direito.

1. O INFANTICÍDIO E SUA CONCEITUAÇÃO

1.1. Origem;

Ao iniciarmos uma pesquisa, precisamos ir as origens do assunto ou tema a ser estudado, começando pelo início dos tempos e no espaço territorial até os dias atuais.

Buscando bem no fundo a origem do nosso tema de trabalho, o infanticídio, encontramos na Bíblia Sagrada pouco tempo antes de “Cristo” uma passagem muito antiga que se equipara ao assunto a ser tratado, naquela época. Herodes queria matar o menino recém-nascido Jesus Cristo, porém foi enganado pelos magos e por causa da sua fúria acabou de cometer o crime, hoje tutelado como homicídio, veja o que diz a Bíblia:

“(V 2) E, tendo nascido Jesus em Belém de Judéia, no tempo do rei Herodes, eis que uns magos vieram do Oriente a Jerusalém. (V 13) E, tendo eles se retirado, eis que o anjo do Senhor apareceu a José em sonhos, dizendo: ‘levanta-te, e toma o menino e sua mãe, e foge para o Egito, e demora-te lá até que eu te diga, porque Herodes há de procurar o menino para o matar. (V 16) Então Herodes, vendo que tinha sido enganado pelos magos, irritou-se muito, e mandou matar todos os meninos que havia em Belém, e em todos os seus arredores, de dois anos para baixo, conforme o tempo exato que diligentemente inquiria dos magos”.¹

Muito tempo depois, encontramos um significado para a palavra infanticídio que vem da palavra latina “*Infans coedere*”, que pode ser definida como matar o menino. Obviamente que esta significação etimológica só nos serve como uma idéia remota de seu real significado. “Carrara citado por Raul Palomino Amaro entende que o termo infanticídio vem do “*Infantare*” italiano que é sinônimo de dar à luz, equivalente a morte do homem recentemente nascido”.²

Posteriormente em poucas palavras pode-se dizer o seguinte, que o aborto foi sempre muito perigoso, pelo que era raro e, quando se fazia, na maioria das vezes falhava e matava a mãe e o filho. O resultado de tudo isto é que o

¹ Bíblia Sagrada, Mt Cap. 02, Vers. 2,13,16,18; do Novo Testamento. Pág 3-4.

² CARRARA apud AMARO, Raul Marino Palomino. *La crisis del infanticidio*. Universidade Peruana. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/aj/dp0014.htm> Acesso em 24 fev. 2005.

infanticídio acabou por ser preferido ao aborto.³ O aborto era na época muito perigoso, porque não existiam técnicas boas, seguras e aperfeiçoadas como as de hoje em dia, e na maioria das vezes em que era feito, acabava por matar a mãe e o filho, com isso os povos mais antigos cometiam o infanticídio, que era muito mais fácil e mais seguro, pois não colocava em risco a vida da mãe.

1.2. Conceito;

È importante preliminarmente diferenciar o infanticídio do aborto. Com conceito bastante preciso Júlio Fabbrini Mirabete define o aborto como sendo a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção, diz ainda o autor que é a morte do ovo, embrião ou feto, não implicando necessariamente sua expulsão.⁴ A principal característica do infanticídio é que nele o neonato ou nascente é morto enquanto nasce ou logo após o nascimento. No aborto ao contrário, somente se tipificará se o feto é morto antes de iniciado o trabalho de parto, haja ou não a expulsão. Logo enquanto não se inicia o parto, qualquer conduta criminosa tendente a matar o feto constituirá, caso haja êxito em aborto. Para o direito italiano, vivo o feto enquanto dura o parto e morto nesse período, haverá feiticídio, equiparado ao infanticídio.

Segundo Paulo Sérgio, circunstância que se reveste de características curiosas é aquela representada pela cesariana praticada em gestante com o fim específico de destruir o produto da concepção.⁵ É certo que o infanticídio somente se tipifica quando a mulher mata o filho durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal, e é o que veremos a seguir; mas, a cesariana pode ser praticada antes do término da gravidez ou até o penúltimo dia antes do parto, para matar o filho em condições de viver após o parto normal, assim não seria considerado infanticídio e sim o aborto. Enfim, o ser nascente pode estar vivo, apesar de não ter maturidade e morto nesse espaço de tempo há o delito de aborto.

³ ARAÚJO, João. *Breve Histórico sobre Aborto*. Disponível em: <http://www.formuladafamilia.com/educação/historia.html> Acesso em 24 fev.2005.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2. Pág. 93.

⁵ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984. Pág. 135.

Supondo-se que o exemplo acima se concretize, é claro que não haverá o crime de infanticídio, pois faltarão dois requisitos: um é a morte do neonato durante o parto ou logo após e o outro o estado puerperal. Não será também homicídio, porque o feto, se morto nas entranhas da mãe, ainda não teria vida extra-uterina. A solução nesse caso seria imputar a mãe e ao co-autor o delito de aborto.

Enfim, agora que sabemos a diferença entre aborto e infanticídio podemos iniciar os estudos sobre o assunto começando por saber o que é o infanticídio, saber quem pode cometer esse crime e sob quais condições, por fim temos que saber o que diz a doutrina sobre o assunto, que é causa de muitas posições diversificadas quanto à pena de quem pratica o ato em co-autoria.

Antes ainda necessário se faz observar a lição de Nelson Hungria “É de acentuar-se que, pelo menos no Brasil, o infanticídio é, via de regra, um crime de mulheres das camadas inferiores da sociedade, entre as quais, pela sua própria freqüência, a gravidez ilegítima não importa a *necessitas cogens* da ocultação da desonra”.⁶

Passemos agora ao conceito de infanticídio diz o professor Damásio que há três critérios de conceituação legislativa do infanticídio: o psicológico, o fisiopsicológico e o misto.

Segundo o autor, de acordo com o primeiro critério o psicológico, o infanticídio é descrito tendo em vista o motivo de honra. Ocorre quando o fato é cometido pela mãe a fim de ocultar desonra própria. Era o critério adotado pelo CP de 1969.⁷

⁶ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 253.

⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág. 100.

Damásio diz ainda que no critério fisiopsicológico, não é levada em consideração a *honoris causa*, isto é, o motivo de preservação da honra, mas sim a influência do estado puerperal. É o critério de nossa legislação penal vigente.⁸

De acordo com o terceiro conceito o misto, também chamado composto, leva-se em consideração, a um tempo, a influência do estado puerperal e o motivo de honra. Era o critério adotado pelo Anteprojeto do CP de Nélson Hungria.⁹

Segundo a doutrina e o código vigente, o infanticídio é o crime da genitora, da puérpera. É, portanto a mãe que se acha sob a influência do estado puerperal.¹⁰

O digníssimo professor Júlio Fabbrini Mirabete ensina que “o infanticídio seria, na realidade, um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o filho em condições especiais”.¹¹

Guilherme de Souza Nucci vai um pouco mais além e diz que o infanticídio “trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal”.¹²

Álvaro Mayrink da Costa em definição próxima à do texto da Lei, também conceitua o infanticídio como sendo “a conduta praticada pela mãe

⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág. 100.

⁹ Ibid, pág. 101.

¹⁰ GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua Interpretação jurisprudencial*. 7º ed. SÃO PAULO: RT, 1900. V.2. Pág. 2215.

¹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2. Pág. 88.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3º ed. SÃO PAULO: RT, 2003. Pág. 402.

destruindo a vida do filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal”.¹³

O ilustre Promotor Fernando Capez em outros termos conceitua o infanticídio quando diz:

“Segundo o disposto no art. 123 do Código Penal podemos definir o infanticídio como a ocisão da vida do ser nascente ou do neonato, realizada pela própria mãe, que se encontra sob a influência do estado puerperal. Trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo *privilegium* é concedido em virtude da influência do estado puerperal sob o qual se encontra a parturiente”.¹⁴

O grande jurista Magalhães de Noronha também faz comentário em sua obra sobre o tema ao qual diz: “...cremos poder conceituar o infanticídio como a morte do nascente ou do neonato, pela própria mãe, sob influência do estado puerperal”.¹⁵

Sem muita importância para o nosso trabalho, em lição Fernando Capez cita ainda o instituto do infanticídio putativo, segundo o autor, se a mãe matar outra criança sob a influência do estado puerperal, haverá infanticídio putativo.¹⁶ Nesse caso a mãe age presumindo ser seu o filho que mata, sendo assim incide na mesma pena privilegiada.

A partir dos conceitos acima podemos definir o infanticídio de uma maneira mesmo que simples, mas de um modo completo e objetivo; assim no meu entender, o infanticídio pode ser conceituado como o crime praticado pela mãe contra o seu filho nascente ou recém-nascido durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

¹³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 156.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág 97.

¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2. Pág. 44.

¹⁶ *Ibid*, pág. 100.

Essa condição do estado puerperal é que caracteriza o crime, visto que se a mãe não se encontrar nesse estado e matar o filho, o crime será outro que não o infanticídio, será o de homicídio, é o que abordaremos em capítulo mais adiante.

E por fim o nosso Código Penal vigente define o infanticídio que se acha descrito no art. 123, diz o citado artigo:

“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”.*¹⁷

Na jurisprudência, aliás, já se tem entendido que o infanticídio é, inegavelmente, e antes de tudo, um delito social, praticado na totalidade dos casos, por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelo marido e pelo amásio e que, por isso, o antigo conceito psicológico a causa da honra vai, aos poucos, perdendo sua significação limitada e se confundindo com este (fisiopsicológico), por força de reiteradas decisões judiciais.

2. INFANTICÍDIO NO CONTEXTO SOCIAL

Após o estudo necessário que fiz no capítulo anterior para entendermos melhor o nosso trabalho o qual foi sobre as origens do infanticídio, e, posteriormente o estudo sobre sua conceituação, as definições da doutrina e a nossa, passemos agora a verificar o infanticídio no mundo e nos principais países destacando por último o infanticídio no Brasil.

2.1. No mundo;

Abordaremos neste capítulo o infanticídio no mundo inteiro, ou pelo menos nos principais países que nos interessa da América e da Europa, indicando

¹⁷ GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua Interpretação jurisprudencial*. 7º ed. SÃO PAULO: RT, 1900. V.2. Pág. 2215.

como eram as penas, como eram aplicadas e também a quem atingiam essas penas.

Com efeito, poucos delitos têm sido encarados, nas legislações penais desde a criação do Código Penal, de maneira e modos tão diferentes, no que diz respeito com o tratamento penal, como o do infanticídio. Em determinadas circunstâncias de espaço ou de tempo, rigorosos e até bárbaros se apresentam os castigos impostos aos que praticavam esse crime. Em outras ocasiões, no entanto, o abrandamento das penas vai ao absurdo de se estender subjetivamente, até parentes da vítima, de forma a subtraí-los, quando matam o recém-nascido, das normas comuns do homicídio é o que veremos a seguir.

Álvaro M. da Costa ensina que o infanticídio (*infans coedere*) como figura penal atenuada do parricídio é historicamente recente, pois a morte do próprio filho pela genitora era equiparada ao parricídio.¹⁸

Segundo Luiz R. Prado na Lei das XII Tábuas (século V a.C.) não havia incriminação para a destruição da vida do recém-nascido monstruoso. Dizia a Lei: “1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.¹⁹ Certas práticas eram consideradas lícitas, como a existência de um direito de vida ou morte do pai sobre a prole, sendo o infanticídio aceito no grupo familiar.

Nesse mesmo sentido também ensina Maia Gonçalves citado por Guilherme de Souza Nucci que no primitivo direito romano somente a mãe era incriminada. O pai, em virtude do *jus vitae ac necis* (poder) que tinha sobre os filhos, não cometia crime se matasse o filho acabado de nascer. Este poder, estava compreendido no direito de propriedade, pelo que já na República se punia como homicídio a morte do filho realizada secreta ou aleivosamente. Foi no tempo de Constantino que o infanticídio praticado pelo pai começou a ser punido, o que foi

¹⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 154.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. SÃO PAULO: RT, 2000. V.2. Pág. 70.

reafirmado sob o império de Justiniano, cominando-se então pesadas penas para este crime, tradição que se manteve por influência da Igreja.²⁰

O direito Romano da época avançada incluía o infanticídio entre os crimes mais severamente punidos, não os distinguindo do homicídio. Se praticado pela mãe ou pelo pai, constituía modalidade do *parricidium* e a pena aplicável era o *culeus*, de arrepiante atrocidade.²¹

Em Roma, como se vê das Institutas de Justiniano (Liv. IV. Tít. XVIII, § 6º), o infanticídio foi punido com pena atroz, pois o condenado era cosido em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, e lançado ao mar ou ao rio. Além disso, na idade média também não se diferenciava entre infanticídio e homicídio. O direito estatutário escolhia para os infanticidas as penas mais graves.²²

Em sua obra Néelson Hungria diz que:

Na Carolina (Ordenação penal de Carlos V), assim dispunha: “As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, 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 freqüentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes”.²³

Assim, no Direito antigo ou no medieval inexistiam disposições que atenuassem a reprovabilidade ético-jurídica. Destaca-se que o infanticídio, equiparado ao parricídio, era mais agravado, embora a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) procurasse apená-lo.²⁴

²⁰ MAIA GONÇALVES apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3º ed. SÃO PAULO: RT, 2003. Pág. 402.

²¹ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 239-240

²² NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2. Pág. 44.

²³ Ibid, pág. 239-240.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 154-155.

A começar do século XVIII, entretanto, operou-se um movimento, entre os filósofos do direito natural, no sentido do abrandamento da pena do infanticídio. Sob o influxo das novas idéias, as legislações passaram a considerar o infanticídio, quando praticado *honoris causa* pela mãe ou parentes, como um *homicidium privilegiatum* (homicídio privilegiado). Foram os pioneiros desse critério legislativo, inaugurado pelo código austríaco de 1803, Beccaria e Feuerbach e a posteriori criado no Código da Baviera de 1813.²⁵

Note-se que Beccaria citado por Álvaro, defendia a mitigação da pena, produto do Iluminismo e da influência humanizadora do pensamento jurídico-penal, considerando-a muito dura. O iluminismo e a doutrina natural dão, porém, novos rumos, ao tratamento penal do infanticídio, assinalando uma série de circunstâncias atenuantes que tornam patentes, em tal crime, a injustiça da pena de morte.²⁶

Somente o Código napoleônico de 1810 e a lei inglesa continuaram mantendo na espécie a pena capital. O primeiro, porém, foi alterado por uma lei de 21 de novembro de 1910, que atenuou a pena de modo geral. Na Inglaterra, segundo atestava o *Infanticide Act de 1927*, ainda persistia até data recente a intolerância antiga, mas, atualmente, está confirmada a casos especialíssimos a aplicação da pena de morte.²⁷

Ensina Heleno Cláudio Fragoso que com o movimento humanista do séc. XVIII passou-se a concepção diametralmente oposta, em relação a este fato, que veio a ser punido mais levemente do que o homicídio.²⁸ Beccaria, em sua famosa obra (*Dos Delitos e das Penas*, § 46), indagava: “Quem se encontra entre a infâmia e a morte de um ser incapaz de lhe sentir os males, como não preferirá esta

²⁵ BECCARIA apud COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 155.

²⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 138.

²⁷ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 240-241.

²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 72.

à miséria infalível, à qual estarão expostos ela e o infeliz fruto?”.²⁹ Ou seja, as mães entendiam que é preferível a morte da criança do que vê-la sofrer na vida.

No Direito Germânico, considerava-se infanticídio tão somente a morte dada ao filho pela mãe. O Direito Canônico punia com severidade a morte do filho pelos pais – havia como homicídio –, baseado na debilidade da vítima, na violação dos deveres de proteção e cuidado pelo titular do pátrio poder e na premeditação que, em geral, supõe tal delito. As sanções penais previstas eram cruéis, eram a morte pelo fogo, a decapitação e o empalamento.³⁰

2.1.1 Infanticídio nos Estados Unidos;

Após abordarmos sobre o infanticídio no mundo, onde relatamos o infanticídio no tempo antigo e na idade média e em várias escolas do direito, agora discorreremos sobre o infanticídio de uma forma mais restrita, ou seja, será abordado o infanticídio em um país que é a maior potência econômica mundial, o qual é os Estados Unidos.

Nos Estados Unidos da América, onde o aborto é permitido até os nove meses, uma forma de infanticídio também já é permitida desde 1986. A sentença que permitiu o infanticídio foi a *Bowen vs American Hospital Association*. Essa sentença diz que:

“Cuidado médico negado para um recém-nascido porque aquele bebê é mentalmente retardado ou caso contrário dificultou que não é uma violação de leis, discriminação proibitiva contra pessoas desvantajosas, contanto que os pais do bebê aceitassem a negação do cuidado. Isto aplica até mesmo se a intenção deliberada da negação de cuidado era causar a morte do bebê. Alimentar é considerado uma forma de cuidado médico para esse propósito”.³¹

²⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. SÃO PAULO: Martin Claret, 2000. Pág. 92.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. SÃO PAULO: RT, 2000. V.2. Pág. 70-71.

³¹ ARAÚJO, João. *Breve Histórico sobre Aborto*. Disponível em: <http://www.formuladafamilia.com/educação/historia.html> Acesso em 24 fev.2005.

Em poucas palavras, a um recém-nascido que sofra de atraso mental ou deformação física pode ser negada a assistência, desde que com o consentimento dos pais, mesmo que essa negação de assistência conduza à sua morte, ou seja, nos EUA, pode-se deixar morrer de fome um recém-nascido atrasado ou deficiente físico.

O infanticídio ficou assim legalizado em certos casos particulares, embora a redação seja tão vaga que abre a porta a qualquer caso. Segundo o citado autor alguns acadêmicos dos EUA afirmaram ser possível, depois de legalizado o aborto em qualquer caso também, ser mais fácil legalizar o infanticídio em qualquer caso. Essa liberação do infanticídio, através de aproximação direta à lei, acabará por legalizar o infanticídio a vários pedidos, que já começaram no ano passado.

Nos EUA se um bebê estiver em trabalho de parto esperneando e esbracejando à frente de todos, mas se ainda tiver a cabeça dentro da mãe, por determinação do presidente dos EUA, matá-lo nesse momento seria aborto. Isto acontece por razões teóricas não definidas pelas pessoas que estudaram o assunto, ou seja, o problema de tudo isso é que ainda não distinguiram o feto do bebê recém-nascido, com isso dificulta muito os estudos sobre o infanticídio.

2.1.2 Infanticídio na França;

O infanticídio na França, assim como no Brasil ao qual estudaremos em ítem posterior foi objeto de várias modificações com o decorrer dos anos, veremos quais foram estas modificações e como se encontra definido o infanticídio hoje no país francês.

Segundo a obra de José Frederico Marques na França o infanticídio vinha descrito no Código Penal Francês, artigo 300 e 302, assim prescrevia o artigo 300: "O infanticídio é o homicídio ou o assassinato de um menino recém-nascido". A lei de 21 de novembro de 1901 mostrou-se relativamente indulgente com a mãe culpada de infanticídio, e aplicou aos demais autores da morte do recém-nascido o tratamento penal do homicídio. Porém, ao tempo do governo de Vichy, a lei de 2 de setembro de 1941 correlacionou o infanticídio, o responsável seja a mãe ou qualquer

outra pessoa. Mas, finalmente, uma lei de 1954 fez o infanticídio retornar à qualificação de crime, com sistema análogo ao da lei de 1901.³²

Entretanto, o código penal Francês de 1992, revogou a figura do infanticídio; e hoje se encontra definido nos seguintes termos: art. 221 § 4, inc. I, “Se reprime a conduta homicida agravada, que consiste em matar um menor de quinze anos, prevendo-se uma pena mínima de quinze anos até a pena perpétua”.³³

2.1.3 Infanticídio na Alemanha;

Na Alemanha adota-se na minha opinião, um critério muito inteligente, o qual é o do sistema da influência do estado puerperal, que também é adotado pelo legislador brasileiro no qual estudaremos a seguir em item separado. O código alemão, portanto adota o sistema da influência do estado puerperal, seguido hoje por muitos dos países do mundo.

No Código alemão citado por Nélson Hungria o crime de infanticídio vem tipificado no Art. 217, prescreve o citado artigo:

“1) A mãe que durante o parto ou imediatamente depois mata dolosamente a seu filho ilegítimo, será punida com reclusão não inferior a três anos.

*2) Se existem circunstâncias atenuantes, a pena será de prisão não inferior a seis meses”.*³⁴

Assim sendo a pena mínima para o Infanticídio na Alemanha é de 6 meses a 3 anos se houver circunstâncias atenuantes, no caso de não haver tais circunstâncias, a pena mínima é de 3 anos.

³² MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 138.

³³ AMARO, Raul Marino Palomino. *La crisis del infanticidio*. Universidade Peruana. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/aj/dp0014.htm> Acesso em 24 fev. 2005.

³⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 245.

2.2. No Brasil;

2.2.1. No Código Penal de 1830;

Após breve estudo sobre o infanticídio no mundo, e mais restritamente nos EUA, na França e na Alemanha, passaremos ao que mais nos interessa, ou seja, abordaremos o infanticídio no Brasil ainda de forma ampla voltando desde o início da criação do nosso código penal até o código penal vigente.

Ao estudar os diversos Códigos em sua lição Damásio ensina que a legislação penal brasileira, através dos estatutos repressivos de 1830, 1890, 1940, 1969, a Lei de 1984, como dito anteriormente têm conceituado o crime de infanticídio de formas diversas. O CCrim, de 1830, em seu art. 198, determinava:

“Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: Pena – prisão com trabalho por 1 a 3 anos...” (devendo notar-se que a pena cominada ao homicídio era, no máximo a de morte; no médio, a de Gales perpétua, e, no mínimo, prisão com trabalho por 20 anos). A sanção penal era bem mais branda que a imposta ao homicídio, causando a seguinte contradição: o legislador considerava infanticídio o fato (homicídio) cometido por terceiros e sem motivo de honra, impondo a pena de 3 a 12 anos, enquanto o homicídio simples possuía sanção mais severa, atingindo até a pena de morte.³⁵

Ou seja, aplicava-se a pena de infanticídio, mesmo praticado por estranhos e sem motivo de honra. Matar criança, para o código imperial, era crime menos grave do que matar adulto.

2.2.2. No Código Penal de 1890;

Encontramos ainda na ótima obra do Professor Damásio a definição do crime de infanticídio no CP de 1890 onde definia o crime com a proposição seguinte:

“Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte” (art. 298, *caput*). O preceito secundário da norma incriminadora impunha a pena de prisão celular de 6 a 24 anos. O parágrafo único

³⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág. 99.

cominava pena mais branda: "Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria".³⁶

Em crítica Hungria ainda diz que o legislador de 90 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou irrestrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio, para incorrer, em seguida, no chocante absurdo de cominar contra o primeiro, ainda quando não perpetrado *honoris causa*, somente a pena aplicável ao homicídio simples, isto é, 6 a 24 anos de prisão celular. Era positivamente, o critério de dois pesos e duas medidas.

Como justamente ponderava a interessante lição de Durão citado por Hungria, "o homicídio do recém-nascido, quer cometam os pais, quer os parentes ou estranhos, não difere do homicídio do adulto, podendo ser, como este, qualificado, agravado e atenuado, segundo as modalidades que revestir, salvo a hipótese de ser praticado *causa honoris*".³⁷

Segundo a lição de José Frederico Marques, equiparavam-se, indevidamente, o infanticídio ao homicídio simples, de forma que se não aplicavam as qualificadoras do crime de morte praticado contra adulto para aquele que matasse o recém-nascido.³⁸

Há ainda autores que estendia o privilégio a outras pessoas além da mãe da vítima onde matar infante durante o parto ou logo depois deste para ocultar a desonra própria ou de ascendente, descendente, irmã ou mulher também recebia pena.

2.2.3. No Código Penal de 1940;

Com relação ao crime de infanticídio no Código Penal de 1940 Damásio explica em sua obra que o legislador de 1940 adotou critério diverso ao

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág. 99.

³⁷ DURÃO apud HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 242.

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 139.

adotado na lei anterior, acatando o de natureza psicofisiológica da influência do estado puerperal. A conduta que se encerra no tipo legal do infanticídio vem contida no preceito primário do art. 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto, ou logo após: Pena – detenção de 2 a 6 anos”.³⁹ Assim, o infanticídio, em face da legislação penal vigente, não constitui mais forma típica privilegiada de crime, mas delito autônomo com denominação jurídica própria. Entretanto, o infanticídio não deixa de ser uma forma de homicídio privilegiado, em que o legislador leva em consideração a situação particular da mulher que vem a matar o próprio filho em condições especiais.

2.2.4. No Código Penal de 1969;

O CP de 1969 abandonou a orientação do CP vigente, prevendo-se este crime acertadamente, logo em seguida ao homicídio. Adotou novamente o *critério psicológico*, ou seja, o motivo de honra.

Para Heleno Cláudio Fragoso, o critério fisiológico, que se funda, em última análise, na imputabilidade diminuída, vem claramente perdendo prestígio, estando hoje abandonado em muitos códigos e projetos mais recentes. Torna o crime de configuração difícilíssima e, praticamente, uma figura decorativa, além de ser, a seu ver, intrinsecamente contraditório. Exige dolo, porém, na forma de vontade viciada pelas perturbações resultantes da influência do estado puerperal.⁴⁰

É esta, nos dias que correm, uma figura de delito que dificilmente encontra justificação, sendo notável a discrepância de critérios que as legislações adotam. Pois o motivo de honra, que historicamente confere privilégio ao homicídio, evidentemente não mais se justifica em face da revolução de costumes de nosso tempo em matéria sexual e da emancipação da mulher. Por outro lado, a influência do estado puerperal, só excepcionalmente poderia atenuar a reprovabilidade de ação praticada pela mãe.

³⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág.100.

⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 74.

Em comentário Heleno Cláudio Fragoso revelando a perplexidade dos legisladores modernos, cita o anteprojeto *Hungria*, em sua redação original, adotava alternativamente os dois critérios: “Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto” (art. 119). Na revisão, abandonou-se a previsão alternativa do critério fisiológico, fixando-se, no entanto, o limite temporal para a ação praticada por motivo de honra.⁴¹

2.2.5. No Código Penal de 1984;

Segundo Álvaro Mayrink da Costa o Projeto de 1984 reviveu a velha discussão do motivo de honra e do estado puerperal. Assim, a redação do art. 123. do projeto ficou: *Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência deste e para ocultar desonra própria*, passando a cominar a pena privativa de liberdade de reclusão de dois a seis anos. Inclui um parágrafo único, para normatizar: *Quem concorre para o crime incide nas penas do art. 121 e seus parágrafos*. Mais uma vez o Projeto buscou pela via normativa extirpar as questões doutrinárias e pretorianas. A doutrina tem debatido se o infanticídio seria um tipo autônomo ou tão-só um tipo derivado atenuado do tipo básico do homicídio privilegiado e não, como trata nossa legislação, de um delito *sui generis*.⁴²

Em sua lição Heleno Cláudio Fragoso comenta que o segundo critério, que foi adotado pelo CP em vigor, não atende ao motivo de honra, mas à influência fisiológica do estado puerperal voltando ao critério adotado pelo CP de 1940. Segundo tal sistema, fundamentam o privilégio outorgado ao infanticídio as perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher durante o parto, em consequência das dores, perda de sangue e excessivo esforço muscular, que atenuam a sua imputabilidade. Porém deixa de tipificar a conduta de terceiros que concorrem para o crime.⁴³

⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 73-74.

⁴² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 156.

⁴³ Ibid.

2.2.6. No Código Penal atual;

Em comentário inteligente e ao meu ver o mais correto ao critério adotado pelo código vigente, José Frederico Marques cita Euclides Custódio da Silveira no trecho seguinte:

“A mulher que concebia legitimamente, mas era abandonada pelo esposo, sem recursos financeiros, às vésperas do parto, não podia invocar a *honoris causa*, se matasse o recém-nascido impelido pela situação de desespero e dos distúrbios físicos e morais decorrente do puerpério. O que se pretendeu, portanto, foi ampliar o privilégio de molde a abranger todos os casos em que a parturiente sofresse tais distúrbios fisiológicos e psíquicos ou morais”.⁴⁴

Hipótese interessante é esta citada por Euclides, porque com o critério do motivo de honra, a mulher se achava com poucas alternativas para invocar tal motivo quando estivesse em tal estado, já o critério fisiológico se acha mais abrangente de modo que os distúrbios fisiopsicológicos e morais são mais amplos e mais fáceis de invocar, por isso é que o atual código optou pelo critério fisiológico. O legislador merece aplausos ao adotar esse critério, porque é o mais inteligente possível, ele só não foi feliz em não descrever a conduta do co-autor no crime de infanticídio, crime este em que a mãe está em condição personalíssima, condição esta que é um dos problemas do nosso trabalho, que será abordado em breve.

Na atualidade, o infanticídio encontra-se insculpido no artigo 123 do Código Penal, que perfilha na sua definição um critério fisiológico. Entende-se, portanto, como infanticídio a morte dada ao próprio filho pela mãe, durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal. Segundo Luiz Régis Prado o Código atual não adota a orientação oposta (psicológica), que fundamenta a redução da pena pelo motivo de honra (*honoris causa*). Ao contrário, partilha do critério introduzido pelo Código Penal suíço de 1937, que confere destaque à influência fisiológica do estado puerperal.⁴⁵

⁴⁴ EUCLIDES apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 140.

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. SÃO PAULO: RT, 2000. V.2. Pág. 72.

Depois de tantas alterações e inovações veja o que dispõe sobre o assunto o novo Código Penal de 2005:

“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”.

Com certeza o nosso Código define muito bem o crime de infanticídio, com isso percebemos que ao longo dos anos as modificações são com respeito à quantidade de pena a ser aplicada e o critério que tem variado também, o que é motivo de muita discussão e divergência entre os doutrinadores e que não tem modificado é com relação à pena que deve ser aplicada ao co-autor e partícipe, alguns doutrinadores entendem que deve ser aplicada à pena de infanticídio, já outros entendem que deve ser aplicada a pena de homicídio ao co-autor e partícipe que pratica o crime junto com a mãe, este é o objeto de estudo e pesquisa do nosso trabalho, a questão da comunicabilidade ou incommunicabilidade do crime, é o que aprofundaremos no último capítulo.

3. DA IMPUTABILIDADE E DA APLICAÇÃO DA PENA

Depois de estudarmos os precedentes históricos do infanticídio e suas fases no mundo e nos principais países que nos interessa, sendo eles os Estados Unidos, a França, a Alemanha e por fim o Brasil passemos agora a parte das penas e posteriormente dos sujeitos a quem são destinadas.

3.1 Da Imputabilidade e da Inimputabilidade penal;

Ao iniciarmos nosso estudo sobre este capítulo da imputabilidade da pena, sobre os sujeitos ativos do crime de infanticídio, farei um breve comentário sobre o conceito de Imputabilidade e posteriormente o de inimputabilidade penal. Vejamos qual o melhor conceito da imputabilidade.

Encontramos na obra do Professor Damásio um conceito perfeito sobre a imputabilidade, vejamos o que diz o autor: “Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.⁴⁶ Sendo assim o agente depende de uma condição pessoal para estar em estado de cometer um crime, é o que veremos a seguir.

Para nós imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa; no caso do nosso trabalho, imputar é atribuir a responsabilidade dos atos “considerados como crimes” a autora e ao co-autor responsáveis pela conduta criminosa do crime de infanticídio.

O nosso código penal parte geral não possui disposição expressa do que seja imputabilidade penal, mas traz ao contrário o conceito de inimputabilidade penal em seu artigo 26 *caput*, que trata da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao analisarmos o conceito de inimputabilidade penal poderemos formular um conceito de imputabilidade penal. Vejamos o que diz o código:

*“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”.*⁴⁷

Do conceito de inimputabilidade extraído do código, agora podemos formular um conceito de imputabilidade penal; bom, se a inimputabilidade penal se dá quando o agente se encontra sob condições pessoais e mentais digamos alteradas, logo a imputabilidade penal pode ser definida como sendo o agente que se encontra sob perfeitas condições normais, o mínimo que se pode esperar de um homem *médio*, em outras palavras, a imputabilidade seria quando o agente tem

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.1. Pág. 467.

⁴⁷ BRASIL. Vade Mecum. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 1º ed. SÃO PAULO: Rideel, 2004. Pág. 416.

capacidade normal de entender o caráter ilícito de uma conduta, sabendo distinguir entre o bem e o mal, o certo e o errado, o permitido e o proibido, pois a escolha dos nossos atos é livre a todos nós.

Diante dos conceitos expostos podemos concluir que a imputabilidade penal é a regra, e a inimputabilidade penal é a exceção. Assim as causas de exclusão da imputabilidade penal consideradas como exceção e conseqüentemente são motivo de inimputabilidade penal, são as seguintes:

A) a doença mental, podemos citar alguns exemplos de doentes mentais como sendo as pessoas loucas, as malucas, as psicopatas e os dependentes químicos que seria o indivíduo que nasce normal e depois adquire a doença que pode ser passageira ou não.

B) temos também o desenvolvimento mental incompleto, o melhor exemplo é o do artigo 27 do código penal, ou seja, os menores de 18 anos, que são considerados inimputáveis e ainda como exemplo podemos citar os silvícolas, pois neste caso o indivíduo comete o crime em condições em que seu desenvolvimento mental e sua capacidade normal de entendimento não estão completas ou não são normais;

C) temos também o desenvolvimento mental retardado, como exemplo podemos citar o débil mental, os idiotas e os imbecis, normalmente estes indivíduos já nascem com sua capacidade anormal sem capacidade de discernimento alguma;

D) por último encontramos temos ainda a embriagues acidental completa, proveniente de caso fortuito ou de força maior e por conseqüência excluem a culpabilidade;

Evidentemente que existindo uma dirimente qualquer das expostas acima, a imputabilidade penal do agente será excluída, pois as dirimentes excluem a culpabilidade do agente. Concluindo, é de se observar que não é suficiente que o agente seja portador dessas deficiências, é necessário que em decorrência dessas deficiências o agente não tenha capacidade de entender e de querer.

Sem aprofundar muito no assunto, vejamos o caso da embriagues completa que cita Damásio como exemplo: “o guarda-chaves que culposamente se embriaga e deixa de combinar os binários, produzindo um desastre ferroviário”,⁴⁸ veja que nesse exemplo o agente quer e tem capacidade de entender o que está fazendo e as conseqüências que poderão acontecer, certamente será responsável pelas conseqüências advindas do seu ato irresponsável.

Entretanto não podemos confundir responsabilidade penal com a imputabilidade penal, pois a responsabilidade corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração, já a imputabilidade resta, a saber, se o indivíduo é capaz ou incapaz de arcar com a responsabilidade de sua conduta.

Sobre a responsabilidade ensina Magalhães Noronha citado por Damásio, “é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime”.⁴⁹ Enfim, se o agente é imputável ele será responsabilizado pela sua conduta criminosa, do outro lado se o agente é inimputável, ele terá sua responsabilidade excluída, ou seja, não será responsável por sua conduta, muito menos receberá pena.

Sendo assim, a imputabilidade penal deve existir ao tempo da prática do fato, ação ou omissão, de modo que não cabe uma imputabilidade posterior. Entretanto, para alguém ser inimputável é necessário que na prática do ato o agente se encontre em estado de inimputabilidade, ou seja, que ao tempo da infração não tenha o agente capacidade de querer e de entender devido sua doença mental ou a menoridade, caso contrário, se o agente comete o crime e depois adquire doença mental, seu processo deverá ser suspenso até que retorne à sua condição mental normal. Depois de estudarmos a imputabilidade da pena, mais adiante no item 3.2 discorreremos sobre a aplicabilidade da pena.

⁴⁸ NORONHA apud JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.1. Pág. 471.

⁴⁹ Ibid, pág. 468.

No crime de infanticídio se a mãe comete o crime vários dias depois do parto, em decorrência como diz Fernando Capez de outras psicoses já presentes anteriormente na genitora, mas ainda não manifestadas, que se aflorem agravadas pelo puerpério, devido ao que diz a lei que a mãe deve cometer o crime durante o parto ou logo após, e se ela comete o crime fora de tempo descrito na lei ela responderá pelo crime de homicídio e não infanticídio incidindo assim a regra do artigo 26 do Código Penal.⁵⁰

A jurisprudência, aliás, tem entendido que segundo se depreende do trecho transcrito no código penal, a lei não presume a imputabilidade diminuída da parturiente; é necessário em alguns casos fazer uma comprovação da capacidade diminuída da parturiente. Estão incluídos nestes casos aqueles infanticídios em que a mãe comete o crime vários dias depois do parto.

Em decorrência do parto e do estado puerperal, surge na mãe como é sabido psicoses puerperais pós-parto, como ensina Fernando Capez, por vezes o parto pode provocar transtornos psíquicos patológicos que suprimem inteiramente a capacidade de entendimento e determinação da genitora. Nessa hipótese, em que o estado puerperal ocasiona doença mental na mãe, a infanticida ficará isenta de pena diante da aplicação da regra do artigo 26 *caput*, do CP, será, portanto a mãe inimputável,⁵¹ pois como estudamos anteriormente não terá capacidade de querer e entender o caráter ilícito da conduta ao tempo da prática do infanticídio.

Se, contudo, em decorrência desse estado, a mãe não perder inteiramente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, incidirá no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, neste caso haverá uma simples perturbação da saúde mental, é, portanto, causa de diminuição da pena. E se por fim, a mãe sofrer mera influência psíquica, que não se amolde às hipóteses supramencionadas, responderá normalmente pelo crime de infanticídio, sem atenuação.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 102.

⁵¹ *Ibid*, pág. 102.

Por fim apesar das divergências da doutrina, as mesmas penas que forem aplicadas à autora do crime de infanticídio, serão também as mesmas a serem aplicadas de acordo com o código ao co-autor ou partícipe; injustamente na nossa opinião.

3.1.1 Momento da Prática do Delito de Infanticídio;

Para entendermos melhor o assunto posteriormente é preciso verificar o momento da prática do crime de infanticídio, veja que em regra, o momento da prática da conduta criminosa não tem nenhuma importância na área de atuação do direito penal, como exemplo é irrelevante que o delito de infanticídio ocorra durante o dia ou à noite, porém há casos em que o momento da ação delituosa tem importância não só para a qualificação legal da conduta, como também para a aplicação da pena.

Sendo assim o momento da prática delituosa do crime de infanticídio interessa para a qualificação do delito, por exemplo, se o fato é cometido pela mãe durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal, ela comete o crime de infanticídio, de outro ângulo se o crime é praticado pela mãe sem estar sob a influência do estado puerperal ou de outro modo qualquer, ela responderá por homicídio e por fim se a morte ocorrer antes do parto há o crime de aborto.

Para entendermos melhor esse período do parto ou logo após, em que a lei exige para caracterizar o crime é necessário lembrar o momento em que há o aborto, o infanticídio e o homicídio, mas antes de definir esse período vamos definir o parto, o seu início e o seu fim.

Helena Cláudio Fragoso conceitua o parto como sendo o conjunto dos processos (mecânicos, fisiológicos e psicológicos), através dos quais o feto a termo ou viável separa-se do organismo materno e passa ao mundo exterior.⁵² Se, porém o feto for viável mas, porém, não a termo, fala-se então em parto prematuro, ou seja,

⁵² FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal*. 7ª ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 76.

a criança nasceu antes do tempo necessário para sua formação, isso, porém como dito não quer dizer que o recém nascido não tenha condições de sobreviver.

Enfim, dá-se o aborto quando interrompido antes dos nove meses, dá-se o infanticídio com a morte do ser nascente durante ou logo após o parto e por último, dá-se o homicídio quando a morte for provocada em período fora do estado puerperal.

3.1.2 Ação do Tipo Penal;

O crime de infanticídio tem como núcleo do crime a conduta da mãe de matar o recém-nascido ou neonato sob a influência do estado puerperal, a ação, porém deve ser durante o parto ou logo após, do contrário poderá a mãe cometer o crime de homicídio. Melhor definição do núcleo do tipo é a de Fernando Capez quando diz que a ação nuclear da figura típica é o verbo *matar*, assim como no delito de homicídio, que significa destruir a vida alheia, no caso, a eliminação da vida do próprio filho pela mãe.⁵³

Sendo assim a conduta núcleo do tipo de infanticídio consiste em matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Se o crime for cometido sob estas condições de acordo com o artigo 123 à mãe e o co-autor responde por infanticídio, mas se for cometido em um período mais distante do parto responderá pelo crime de homicídio tanto a mãe como o co-autor.

3.1.3 Meios de Execução mais Comuns;

Consultando a obra de Paulo Sérgio Leite Fernandes ele explica que se admite qualquer meio de execução hábil a produzir a morte do ser humano nascente ou recém-nascido, ou seja, qualquer meio que for usado pela mãe para cometer o crime e causar a morte do recém-nascido é admissível em direito, pois o delito é de forma livre. Assim a morte pode ser ocasionada por conduta omissiva ou comissiva. A conduta omissiva consiste na falta de corte do cordão umbilical,

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 98.

inanição, não prestação de cuidados especiais como amamentação e higiene da criança; as formas comissivas são sufocação, estrangulamento, traumatismo, asfixia, afogamento, exposição ao frio, violências físicas, envenenamento, lançamento ao fogo, abandono da criança em lugar ermo ou como disse antes qualquer meio que tenha o resultado morte da criança.⁵⁴

Vejamos o que diz a jurisprudência sobre os meios utilizados pela mãe: *“Responde por infanticídio a progenitora que, após o nascimento do filho, não presta os cuidados indispensáveis à criança, deixando de fazer a ligadura do cordão umbilical seccionado” (JTACrSP 49/187).*

Conforme observamos na obra consultada e na jurisprudência acima, qualquer meio utilizado que seja capaz de causar a morte do neonato ou recém-nascido é admitido em direito para tipificar a conduta da autora e de terceiro no crime de infanticídio e como vimos esses meios podem ser omissivos e comissivos não importa, desde que cause a morte do nascente, haverá o crime de infanticídio.

3.1.4 Dos Sujeitos Ativos do Crime;

Depois de estudarmos os meios mais comuns de se cometer o crime passemos a estudar as pessoas que podem cometer esse crime e também as pessoas que podem ser vítima desse crime, ou seja, os denominados sujeitos ativos e passivos do crime de infanticídio. Começaremos pelo sujeito ativo, terminando com o sujeito passivo.

A mãe principal sujeito ativo do crime que mata o filho recém-nascido, durante o parto ou logo após como vimos comete o crime de infanticídio e o nosso código penal pune a genitora com pena de detenção de 02 a 06 anos. Assim o nosso código penal vigente adotou o critério do estado puerperal e aplica pena privilegiada à mãe que comete o crime nessas condições. Vejamos o que diz os doutrinadores a respeito.

⁵⁴ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984. Pág. 157.

Damásio ao definir o sujeito ativo ensina que a autora de infanticídio só pode ser a mãe. O art. 123 é expresso em prever que o fato deve ser cometido pela mãe contra o próprio filho.⁵⁵ E acrescenta: cuida-se de crime próprio, uma vez que não pode ser cometido por qualquer autor. O tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo.

Heleno Cláudio Fragoso como não poderia ser diferente, diz que o sujeito ativo só pode ser a mulher grávida, em relação ao próprio filho.⁵⁶

Segundo José Frederico Marques a ação matar torna a configuração especial de *infanticídio*, enquadrando-se na descrição típica do art. 123, quando praticada pela parturiente, *sob a influência do estado puerperal* e continua quando diz em sua obra que a pena é muito branda, detenção de 02 a 06 anos. No entanto, apesar de ser o crime punido com *detenção*, não é fácil obter a autora ao *sursis*, porquanto a pena mínima é que poderá consegui-lo. As dores e trabalho do parto, com o seu cortejo de reações fisiopsicológicas, podem influir no psiquismo da mulher e lhe alterar ou diminuir a capacidade de autodeterminação.⁵⁷

É por isso que a mãe que mata seu filho nessas condições comete um crime privilegiado, ou seja, o legislador criou uma pena privilegiada que deverá ser aplicada à mãe que comete o crime de infanticídio, se, porém, a mãe cometer o crime durante o parto ou logo após, mas sem a influência do estado puerperal, como diz Frederico Marques haverá o crime de homicídio.

Porém esse é o objeto controvertido do nosso trabalho, saber a questão da responsabilidade de quem comete o crime de infanticídio, apesar dos autores só trazer a definição das mães como sujeitos ativos, os co-autores também o são, e apesar de não estar sob a influência do estado puerperal condição especialíssima da mãe o co-autor também é sujeito ativo do crime, porque sujeito passivo é que o co-autor não pode ser, como prova disso veja que o co-autor não é

⁵⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.2. Pág. 101.

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 75.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 142-145.

vítima de crime algum nem sofre ação nenhuma, portanto não pode ser sujeito passivo, há doutrinadores que defendem a hipótese do co-autor responder assim como a mãe pelo crime de infanticídio, já outros doutrinadores defendem a idéia de que o co-autor sujeito ativo deve responder por homicídio e ainda outra corrente defende a posição de que se o co-autor comete atos meramente acessórios deve responder por infanticídio, mas se comete atos executórios deve responder por homicídio. Por enquanto ficamos com o conceito de que o sujeito ativo é aquele que comete o crime, seja com atos acessórios, seja com atos executórios, seja a mãe seja o co-autor.

3.1.5 Dos Sujeitos Passivos do Crime;

Depois de falarmos sobre o sujeito ativo passemos ao sujeito passivo do crime de infanticídio. Como não poderia ser diferente o sujeito passivo é a criança que acaba de nascer, seja viável ou não basta que esteja viva ou dê sinais de vida, é preciso também que o crime seja cometido durante o parto ou logo após, pois fora desse período o recém nascido não é mais sujeito passivo do crime de infanticídio e sim sujeito passivo do crime de homicídio. Sobre o assunto inteligentemente ensina Júlio Fabbrini Mirabete que a vítima do delito é o filho nascente ou recém-nascido, tendo a lei penal antecipado o início da personalidade. Não é necessário assim, que se comprove tenha havido sinal de vida extra-uterina.⁵⁸

Segundo Paulo Sérgio Leite Fernandes o sujeito passivo é o nascente, é aquele já considerado pelos romanos como infante sanguinolento, cruento, envolto de sangue materno ou fetal.⁵⁹

Enfim em meio a tantos conceitos podemos definir o sujeito passivo como o filho nascente, ou aquele que está nascendo, ou seja, que se encontra em processo de parto, mas ainda não foi cortado o seu cordão umbilical, e o filho recém nascido é aquele que não está em trabalho de parto, nem preso ao cordão umbilical

⁵⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2. Pág. 90.

⁵⁹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984. Pág. 144.

é aquele que já nasceu e está sob cuidados de higiene e amamentação pela mãe; para precisar o momento do nascimento conceituaremos o início e o fim do parto.

Segundo a obra de Magalhães Noronha:

“O parto inicia-se com o período de *dilatação*, apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo do útero; segue-se a fase de *expulsão*, que começa precisamente depois que a dilatação se completou, sendo, então, a pessoa impelida para o exterior; esvaziado o útero, a *placenta* se destaca e também é expulsa, é a terceira e última fase, o parto termina, portanto com a expulsão da placenta, este é o tempo exato que o infante nasceu.”⁶⁰

Com o término do parto surge um outro problema muito controvertido, é saber quando termina o estado puerperal em que presumidamente a mãe se encontra, o código fala em durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal, há autores que fixam o prazo entre seis e oito semanas, outros até o retorno da menstruação, o que se efetuará em cinco dias após o parto.

No entanto assim como o código não fixou nenhum período de tempo, não existe data fixa nem científica para fixar um limite da duração do efeito do estado puerperal ficando ao critério do juiz o julgamento da parturiente, deve-se ter em vista que cada caso é um caso e o juiz não pode ter em mente o mesmo período de tempo de uma mulher que se encontra em um estado com outra, é como diz Cesare Beccaria: (...) “é ainda, o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra uma desgraçada, que apenas cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. De um lado a infâmia” (...),⁶¹ sendo assim é óbvio que o estado de uma mulher que concebe dentro do lar normalmente, há muita diferença de alterações psicológicas que causam conseqüentemente uma duração maior do estado puerperal na mulher do exemplo acima.

Por fim deixando de lado o momento do parto e voltando ao sujeito passivo, cumpre destacar que se o sujeito passivo já se encontrava morto no

⁶⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2. Pág. 48.

⁶¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. SÃO PAULO: Martin Claret, 2000. Pág. 92.

momento da ação ou omissão, haverá o que a doutrina chama de crime impossível, pois da conduta da mãe não haverá resultado nenhum devido o filho já estar morto.

No próximo e último capítulo do trabalho discorrerei sobre esse assunto do efeito do estado puerperal mais aprofundadamente.

3.2 O Princípio da Legalidade e a Aplicação da pena;

Antes de falarmos da aplicabilidade da pena, não podemos deixar de citar e comentar antes o princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo esse princípio há um significado político no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem, constitui também uma garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite.

Encontramos o princípio da legalidade descrito no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o inciso XXXIX, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.⁶² Segundo esse princípio, não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. Isso quer dizer que para haver o crime há a necessidade de haver previsão em lei, ou seja, é preciso que tenha texto expreso tipificando a conduta como criminosa, se não houver texto de lei a conduta não será considerada típica, será uma conduta permitida para qualquer pessoa.

Esse texto também é encontrado no artigo 1º do código penal nestes termos: *Art. 1º “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”*. Segundo Damásio com o advento da teoria da *tipicidade*, o princípio da reserva legal ganhou muita técnica, porque será típico todo fato que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador, sendo assim será necessário

⁶² BRASIL. Vade Mecum 8 em 1. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 1º ed. SÃO PAULO: Rideel, 2004. Pág. 52.

que o tipo tenha sido definido antes da prática delituosa. Daí estaremos diante da anterioridade da lei penal incriminadora.⁶³

Podemos concluir que para haver crime é preciso que o fato que o constitui seja cometido após a entrada em vigor da lei incriminadora que o define, ou seja, para haver o crime é necessário que a lei esteja em atividade, pois se ela estiver em período de extratividade, a conduta que um dia foi crime, hoje não será mais, cumpre destacar também como exemplo que se no ano de 1980 o infanticídio não fosse considerado crime, logo o projeto da lei penal de 1984 não pode retroagir às pessoas que o cometeram, pois na época não havia lei penal incriminadora, daí a conduta de matar o recém nascido ou neonato não ser considerada como crime.

Sendo assim, comete o crime à mãe e o co-autor que mata o recém nascido sujeito passivo do crime durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal, pois esta conduta é hoje considerada típica, sendo então típica a autora e o co-autor se não forem inimputáveis serão os responsáveis pelo crime, haverá então a aplicabilidade da pena aos sujeitos ativos porque infringiram a lei penal incriminadora.

3.2.1 O Dolo no Crime;

Qualquer crime que seja praticado exige dois tipos de atos de vontade, a dolosa e a culposa, no crime de infanticídio é punida apenas a forma dolosa que é à vontade da agente em querer o resultado e assumir a responsabilidade do crime, não há forma culposa. Sobre o assunto, vejamos o que diz a doutrina, segundo Mirabete em relação ao infanticídio o dolo é à vontade de causar a morte do filho nascente ou recém-nascido (dolo direto), como a de assumir conscientemente o risco do êxito letal (dolo eventual).⁶⁴ Assim a mãe que mata o filho recém-nascido o faz por dolo, ou seja, quer o resultado morte.

⁶³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.1. Pág. 65.

⁶⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2. Pág. 92.

3.2.2 A Culpa no Crime;

Como nós comentamos antes, não se admite a forma culposa no crime de infanticídio, mas, ensina Fernando Capez que há duas posições na doutrina a respeito da mãe que mata culposamente seu filho durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal.⁶⁵

A primeira corrente diz que o fato será penalmente atípico, é a posição adotada por Damásio E. de Jesus. Segundo essa posição doutrinária, a genitora não responderá nem por infanticídio nem por homicídio. O fato é penalmente atípico. Pode-se argumentar pela absoluta incompatibilidade entre a perturbação psíquica da genitora e a diligência e prudência exigível do homem mediano nas circunstâncias concretas, cuja quebra do dever de cuidado caracteriza a culpa. Observe-se que nesse caso, não há como exigir da parturiente perturbada psicologicamente que, haja de acordo com as cautelas comuns impostas aos seres humanos, quando se encontra sem a capacidade de conduzir-se de acordo com as normas sociais; por esse motivo não há previsão legal para infanticídio culposos.⁶⁶

A segunda corrente diz que a mãe responderá pelo delito de homicídio culposos, é a posição adotada por Nelson Hungria, Júlio Fabbrini Mirabete entre outros E. Magalhães Noronha, este último autor cita como exemplo: “uma mulher já assaltada pelas dores do parto, porém não convicta de serem as da *délivrance*, dá repentinamente à luz (há casos registrados em ônibus, bondes e trens), vindo o neonato a fraturar o crânio e morrer, deverá ser imputada por homicídio culposos”.⁶⁷

Entretanto essa discussão não nos interessa saber qual a melhor posição, o que nos interessa saber é a responsabilidade da autora e do co-autor ao qual veremos no próximo capítulo.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 103.

⁶⁶ DAMÁSIO apud CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 103.

⁶⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2. Pág. 47.

3.2.3 Momento da Consumação e Tentativa;

Passemos agora a estudar o penúltimo e pequeno item deste capítulo, para entendermos melhor o crime de infanticídio precisamos saber o momento da consumação do crime e também se o infanticídio admite tentativa.

Segundo lição de Mirabete consuma-se o delito com a morte do nascente ou recém-nascido. Como já se acentuou, não é necessário que tenha ocorrido vida extra-uterina, bastando à prova de que se tratava de feto vivo.⁶⁸

Trata-se de crime material, a ação física do delito deve ocorrer em período posterior a que se refere à lei, ou seja, deverá ocorrer a consumação do crime posteriormente ao parto ou logo após, se a consumação ocorrer em momento diferente haverá como já estudamos outro crime, mas, vale a pena lembrar, se a conduta ocorrer antes de iniciado o parto haverá o delito de aborto tipificado no artigo 124 e 126 do Código Penal, se, porém a conduta ocorrer algum tempo depois do parto haverá o crime de homicídio doloso tipificado pelo artigo 121 do mesmo diploma. Para haver infanticídio a consumação dar-se-á em meio termo, ou seja, num espaço entre o aborto e o homicídio e como não poderia ser diferente dar-se-á com a morte do nascente ou neonato pela mãe ou pelo co-autor. A tentativa segundo a doutrina é admitida.

3.2.4 Prova de vida extra-uterina;

A prova de que o feto estava vivo é feita pelas denominadas docimasias que se dividem em docimasias respiratórias e docimasias não respiratórias. Nelson Hungria diz que para provar a vida extra-uterina autônoma, três fatos essenciais existem para distinguir a vida extra-uterina da vida intra-uterina: 1º. cessação da circulação fetoplacentária; 2º. substituição da respiração placentária pela respiração pulmonar e 3º. substituição da nutrição por via placentária pela nutrição através da via gastrointestinal.⁶⁹

⁶⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2. Pág. 92.

⁶⁹ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 260.

Voltando as docimiasias respiratórias, as diretas versam sobre a respiração pulmonar e as docimiasias não respiratórias versam sobre as atividades não ligadas a respiração como resíduos de nutrientes no estômago do recém-nascido.

Nelson Hungria em sua lição ensina sobre quais as docimiasias existentes e como funcionam:

“Entre elas a mais simples e menos aleatória das docimiasias respiratórias é a *pulmonar-hidroestática*, também chamada *galênica*, pois foi Galeno o primeiro a constatar o fenômeno em que se baseia esse método de prova. Consiste em colocar os pulmões (isolados ou unidos entre si e aos outros dois órgãos intratorácicos: coração e timo), extraídos do pequeno cadáver, num recipiente contendo água à temperatura de 15º-20º C: se flutuam, é prova de que houve respiração, isto é, a flutuação demonstra que os pulmões contém ar, e o ar supõe que a respiração havia começado. Funda-se esta prova na diferença de peso específico que apresentam os pulmões distendidos pelo ar, em cotejo com os pulmões que não respiraram. Tal diferença faz com que o pulmão respirou, quando colocado na água fique flutuando. A docimiasia pulmonar hidroestática não é, porém, uma prova absoluta, pois os pulmões podem flutuar por causas outras que não o ar respirado. Esse ar que não o respirado pode ser os gases da decomposição em que entra o corpo depois de algum tempo”.⁷⁰

No entanto, quando a docimiasia respiratória não funcionar ou não ser suficiente existe outra docimiasia não respiratória que poderá ser utilizada para provar a existência de vida do ser recém-nascido, encontramos ainda essa docimiasia na lição de Nelson Hungria é a chamada docimiasia gastrointestinal ou de Breslau onde colocam-se o estômago e o intestino, previamente ligados, no recipiente com água, e se sobrenadam deve-se concluir, do mesmo modo, que a criança respirou, pois que, com a respiração, é insensivelmente deglutida certa porção de ar que, entrando naquelas órgãos, os torna mais leves do que a água.

Existem ainda muitas outras docimiasias que poderão ser usadas se for conveniente ou depender de algum caso mais difícil ou ainda não achar suficiente às outras docimiasias utilizadas. Nelson Hungria cita em sua obra as docimiasias

⁷⁰ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 260-261.

respiratórias existentes como: a *radiológica*, a *métrica*, a *plêurica*, a *diafragmática*, a *óptica* de Bouchut, a *traqueal*, a *ótica* de Icard, a *química* de Balthazard, a *química* ou *de potassa* de Icard, a *histológica*, a *ponderal* ou *gravativa* de Ploucqquet, a *do volume de água deslocado* de Bernt, a *hematopulmonar* de Zaleski, a *pneumo-hepática* de Puccinotti, a *auricular* de Gellé, etc.⁷¹

Nelson Hungria cita ainda em sua obra dentre as docimiasias não respiratórias as docimiasias que verificam resquícios de alimentos dentro do estômago do ser nascente, assim faz prova de que o infante ingeriu alguma coisa a docimiasia *alimentar* (pesquisa microscópica, macroscópica, ou química de traços de alimentos ou outras substâncias absorvidas pelo neonato), a *siálica* (pesquisa de saliva no estômago do feto), a *renal* (averiguação de infartos úricos nos rins do feto), a *bacteriológica* (constatação do *bacterium coli* no tubo gastroentérico), a *vascular* (pesquisa de mudanças anatômicas no coração e sistema artérico-nervoso do neonato), a *do nervo óptico* (fundada na mielinização das fibras nervosas do nervo óptico), a *bulbar* (exame histológico do desenvolvimento e caracteres dos centros respiratórios bulbares), a *umbilical* (exame das alterações que sofre o coto do cordão umbilical até o momento de sua queda).⁷²

De acordo com Fernando Capez com base nesses dados é possível afirmar que a morte do ser nascente pela mãe sem que se logre constatar que ele já se encontrava biologicamente vivo quando pratica o ato, constituirá crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto (CP, art. 17).⁷³

Portanto agora que estudamos as formas de provas de que o feto nasceu com vida ou não, podemos dizer que essa perícia é muito importante, pois para configurar o crime é necessário que na hora do início da conduta o feto esteja vivo, para aí sim a mãe ou o co-autor cometerem o crime de infanticídio e serem responsabilizados por suas condutas, pois se o feto nasce morto não há que se falar em crime à conduta da mãe que pratica atos executórios contra o neonato durante o

⁷¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 261.

⁷² Ibid, pág. 263.

⁷³ Op. Cit, pág. 100.

parto ou logo após, muito menos cometerá crime o co-autor ou partícipe, haverá o que a doutrina chama de crime impossível.

4. DA RESPONSABILIDADE DA AUTORA E DO CO-AUTOR

Após estudarmos a imputabilidade e a inimputabilidade penal, o momento da prática do delito de infanticídio, a ação do tipo penal, os meios de execução mais comuns, o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime, depois ainda o princípio da legalidade e a aplicação da pena, o dolo e a culpa no crime, terminando com o momento da consumação e tentativa do crime, passemos agora ao capítulo final onde discorreremos sobre o complicado estado puerperal devido a sua duração, enfim a parte mais importante do trabalho, a responsabilidade da autora e do co-autor.

4.1. A Influência do Estado Puerperal;

O estado puerperal é exigido pela nossa lei penal incriminadora para formular a tipificação da conduta da já denominada autora do crime de infanticídio, ou seja, da mãe que será incurso no artigo 123 do Código penal, existindo assim o estado puerperal haverá o requisito da diminuição da pena ou da aplicação da pena privilegiada exigido pela lei à mãe que acaba de dar à luz e que já visto comete o crime de infanticídio.

Entretanto, a jurisprudência tem facilmente admitido o estado puerperal, Celso Delmanto cita em sua obra uma jurisprudência a respeito do estado puerperal veja: *“A influência do estado puerperal é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto e, dada a sua grande freqüência, a influência deve ser admitida sem maior dificuldade (TJSP, RT 417/111)”*.⁷⁴

Agora que sabemos que a lei não exige que haja prova do estado puerperal na maioria dos casos devido a sua grande freqüência, por outro lado ainda sim é necessário que a autora esteja sob a influência do estado puerperal para

⁷⁴ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6º ed. RIO DE JANEIRO: Renovar, 2002. Pág. 266.

praticar o crime e conseqüentemente poder ser aplicada uma pena privilegiada, ou seja, a do infanticídio; veja como os doutrinadores conceituam esse estado puerperal, condição especialíssima da mãe que acaba de dar à luz e encontra-se em estado diferente ou anormal.

Ao chamar o estado puerperal de psicoses puerperais segundo Nélon Hungria trata-se, geralmente, de confusões alucinatórias agudas, de ofuscamentos da consciência, manias transitórias, amências, delírios e que essas psicoses manifestam-se de regra, vários dias após o parto.⁷⁵

Damásio E. de Jesus ao discorrer sobre o estado puerperal diz que a mulher, em conseqüência das circunstâncias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico pode sofrer perturbação de sua saúde mental. Daí o Código falar então em influência do estado puerperal.⁷⁶

Sobre o assunto ainda José Frederico Marques diz que as dores e o trabalho do parto, com o seu cotejo de reações fisiopsicológicas, podem influir no psiquismo da mulher e lhe alterar ou diminuir a capacidade de autodeterminação.⁷⁷

Poderia citar mais autores, mas já são suficientes as definições descritas acima; em síntese pode-se definir o estado puerperal como sendo o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto. Porém, a lei diz que não é suficiente que a mulher pratique a conduta durante o período do estado puerperal, é necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o estado puerperal. Essa relação causal não é meramente objetiva, mas subjetiva. Mas o Código, portanto exige que o fato seja cometido pela mãe sob a influência do estado puerperal desde que com o requisito acima, ou seja, a relação de causalidade.

⁷⁵ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 256.

⁷⁶ Op. Cit, pág. 102.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 142.

É bom frisar bem que, se não verificar que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal, a morte praticada se enquadrará na figura típica do homicídio, e como o próprio termo nascente diz, mesmo que o crime seja cometido durante o parto não estando à mãe sob a influência do estado puerperal haverá o crime de homicídio.

Como se percebe, o Código afastou o motivo de honra, ou sistema psicológico, para tornar a morte do nascente ou do recém-nascido, um *delictum exceptum*; e adotou por fim o sistema fisiopsíquico ou fisiopsicológico em que se levam em conta as perturbações psicológicas da mãe decorrentes das dores do parto e não mais o motivo de honra como anteriormente.

4.1.1 Duração do Estado Puerperal;

Em relação à duração dos efeitos do estado puerperal a lei não fixa nenhum prazo dizendo apenas em seu artigo 123 a expressão “durante o parto ou logo após” que fica a critério do Juiz avaliar cada caso concreto; nesse sentido ensina Nélson Hungria:

“O legislador penal brasileiro deixou a questão aberta, na apreciação de cada caso concreto, terá o juiz de invocar o parecer dos peritos-médicos, a fim de que estes informem se a infanticida, ainda que isenta de taras psicopáticas, francas ou latentes, teve a contribuir para o seu ato criminoso as desordens físicas e psíquicas derivadas do parto”.⁷⁸

Convém notar que o exame pericial, normalmente é efetuado muito tempo após o parto e dificilmente oferecerá elementos seguros para negar a existência do puerpério. O período de excitação e delírio é relativamente breve, sem contar que, depende de cada mulher em si e de que modo viveu a sua gravidez.

Nestes casos, os peritos serão obrigados a valer-se principalmente de informações da própria parturiente e de testemunhas, que poderão relatar o procedimento da gestação da mulher e suas reações antes do parto e logo após a ele.

⁷⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Pág. 251.

Assim como na grande maioria da doutrina, não encontramos na jurisprudência um prazo fixo de duração do estado puerperal, a respeito Celso Delmanto cita em sua obra uma jurisprudência sobre o assunto ao qual “O reconhecimento do estado puerperal deve ser interpretado de maneira suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período de choque puerperal (TACrSP, RT 598/338, TJSP, RT, 531/318)”.⁷⁹

O Código em seu artigo 123 como dito antes não fixa um prazo determinado de duração do estado puerperal, sendo assim a melhor solução então é deixar a conceituação da elementar “logo após” para a análise do caso concreto do juiz entendendo-se que há delito de infanticídio enquanto durar a influência do estado puerperal. Assim, enquanto permanecer a influência desse estado, vindo à mãe a matar o próprio filho, estaremos diante da expressão “logo após” o parto.

Para entendermos sobre a duração do estado puerperal, precisamos conhecer o significado da expressão utilizada pelo Código Penal, onde diz “logo após”, para isso precisamos saber o início e o fim do parto.

Sobre o conceito do parto ensina Fernando Capez:

“O parto inicia-se com o período de *dilatação*, apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo do útero; segue-se de *expulsão*, que começa precisamente depois que a dilatação se completou, sendo então, a pessoa impelida para o exterior; esvaziando o útero, a *placenta* se destaca e também é expulsa: é a terceira fase. Está, então, o parto terminado”.⁸⁰

Nesse período a parturiente geralmente encontra-se em estado diferente do normal, podendo fazer coisas sem estar sob sua capacidade normal de discernimento devido ao trabalho de parto que pode causar inquietação ou ainda deixar a parturiente irritada pela quantidade de sangue perdido.

⁷⁹ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6º ed. RIO DE JANEIRO: Renovar, 2002. Pág. 266.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 100.

Nesse sentido a maioria dos autores completam afirmando que o delito de infanticídio deve ser cometido enquanto durar o estado puerperal, não importando avaliar o número de dias ou horas após o nascimento, mas a atenção é para que ao fim desse estado não mais possamos falar em infanticídio, mas no crime de homicídio.

Há, contudo, posicionamento no sentido de que o parto, a que se refere o texto legal, é o que começa com o *período de expulsão* ou mais precisamente, com o rompimento da membrana amniótica, nesse sentido opina Néelson Hungria.

José Frederico Marques entende ainda que a fase da influência do estado puerperal, como circunstância da ação homicida da mãe, tem seu momento inicial no princípio do parto, prolongando-se esse estado até que a parturiente retorne à normalidade.⁸¹ Aí esta mais uma questão de fato que cabe ao juiz apreciar, levando em conta, para isso, de uma parte, os dados objetivos de tempo e de outra, as condições fisiopsicológicas da autora.

4.1.2 O Artigo 26 e seu Parágrafo único;

Faremos aqui um pequeno relato lembrando o caso da imputabilidade penal estudada no capítulo anterior, ou seja, a questão da diminuição ou a exclusão da pena.

O artigo 26 e seu parágrafo único ensina que se a mãe agir sobre os efeitos do estado puerperal, ela será beneficiada com a redução da pena ou até como diz mais adiante Damásio, ter sua responsabilidade excluída.

Esse dispositivo diz respeito à relação da inimputabilidade da autora, o Código no artigo 26 e seu parágrafo único tratam da isenção da pena e da responsabilidade diminuída da pena a ser aplicada à autora, ou seja, o Código prevê a isenção de penas para os que se encontram com problemas mentais e que ao

⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 143.

tempo da ação ou omissão se encontram incapazes de entender o caráter ilícito da conduta e ainda prevê a redução da pena em certos casos como o de infanticídio.

Segundo o Mestre Nélson Hungria:

“A identificação de tal caso está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou seja, o estado conseqüente às dores do parto, ou de excitação e angústia por este produzida, aliado ao psiquismo particular (não normal) da parturiente, contribuiu no ato voluntário da ocisão do infante”.⁸²

Normalmente esta identificação é feita por médicos peritos que dão um parecer ao Juiz informando se a mãe autora do infanticídio contribuiu para o seu ato criminoso com as desordens físicas e psíquicas derivadas do parto ou se já havia o estado de anormalidade na parturiente de modo que não tinha capacidade completa de discernimento desde a gestação.

Segundo o Professor Damásio em relação à inimputabilidade da autora que se encontra sob a influência do estado puerperal podem ocorrer três hipóteses: a primeira se, em decorrência do estado puerperal, a mulher vem a ser portadora de doença mental, causando a morte do próprio filho, será aplicado o artigo 26 *caput* do Código Penal; ou seja, haverá a exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade causada pela doença mental, é obvio que se a mãe encontra-se sob doença mental com desenvolvimento mental incompleto ou retardado haverá a exclusão da culpabilidade pelo Código, pois a mãe não entendia o caráter ilícito da conduta ao tempo da ação ou omissão.⁸³

A segunda hipótese é mais precisamente sobre o tema do nosso trabalho, segundo Damásio se, em conseqüência da influência do estado puerperal, a mulher vem a sofrer simplesmente perturbação da saúde mental, de modo que não lhe retire a inteira capacidade de entendimento e de autodeterminação, embora haja divergência aplica-se o disposto no artigo 26, parágrafo único do Código Penal.⁸⁴

⁸² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5. Págs. 251 e 252.

⁸³ JESUS, *Direito penal parte especial*. SÃO PAULO: Saraiva, 1979. V.2. Pág. 102.

⁸⁴ Ibid.

Sendo assim, desde que se prove que a mãe em decorrência do parto tenha sido portadora de uma perturbação psicológica patológica, como delírios ou psicoses normais do estado puerperal, responderá assim por infanticídio com pena atenuada.

Na terceira e última hipótese, Damásio afirma que é possível que, em consequência da influência do estado puerperal, a mulher venha a sofrer uma simples influência psíquica, que não se amolde à regra do artigo 26, parágrafo único do Código Penal.⁸⁵ Nessa situação a mãe encontra-se capaz de querer e entender, ou seja, encontra-se praticamente sob sua condição normal de discernimento, sendo assim responderá pelo delito de infanticídio, sem atenuação da pena.

Neste mesmo sentido, se o puerpério não causa nenhum constrangimento psicológico na mãe ou se ela já não mais se encontra sob os efeitos do estado puerperal e mesmo assim mata o próprio filho recém-nascido, praticará o crime de homicídio e não infanticídio. Vejamos o que diz a jurisprudência citada na obra de Celso Delmanto: *“Se o fato ocorreu após o estado puerperal, trata-se de crime de homicídio (TJSP, RT 757/530)”*.⁸⁶

Paulo Sérgio cita ainda em sua obra outra hipótese em que a mãe comete o crime de homicídio e não infanticídio, sobre o assunto veja jurisprudência: *“Embora eliminado o recém-nascido logo após o parto, não se configura na hipótese o crime de infanticídio previsto no artigo 123 do Código Penal, uma vez que a acusada o fez fria e premeditadamente (RT, Vol. nº 166 pág. 548)”*.⁸⁷

Na minha opinião são corretas as jurisprudências acima, pois se a mãe e um terceiro que seja partícipe ou co-autor matar uma criança recém-nascida, não há a mãe que invocar o estado puerperal para se livrar da pena de homicídio e se beneficiar com a pena muito mais branda e privilegiada que é a do infanticídio, por

⁸⁵ JESUS, *Direito penal parte especial*. SÃO PAULO: Saraiva, 1979. V.2. Pág. 103.

⁸⁶ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6º ed. RIO DE JANEIRO: Renovar, 2002. Pág. 266.

⁸⁷ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984. Págs. 197 e 198.

isso é correta a jurisprudência no sentido de que a mãe e conseqüentemente o co-autor respondam por homicídio descrito no artigo 121 do Código Penal.

4.2 Concurso de Agentes;

Cumpra observar preliminarmente que há o concurso de agentes quando duas ou mais pessoas praticam o mesmo crime ao mesmo tempo e lugar conjuntamente, podemos citar como exemplo o infanticídio, há o concurso de agentes quando a mãe e o co-autor matam o recém-nascido. Com isso passemos finalmente ao problema de pesquisa.

O problema da nossa pesquisa é antigo, teve seu início mais precisamente no código penal de 1940, naquela época adotava-se o mesmo critério de hoje, o chamado estado puerperal ou critério fisiopsicológico; infelizmente quanto à co-autoria o legislador mais uma vez silenciou a respeito, no entanto a questão foi discutida inicialmente na Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro em 1943, onde foi formulada conclusão, por maioria de votos, nos seguintes termos: “Ao partícipe do crime de infanticídio, deve ser aplicada à pena cominada para esse crime, e não a aplicável no caso de homicídio”.⁸⁸

Essa conclusão a que chegaram os Desembargadores teve fundamento no fato da co-autoria ser regida pelo artigo 25 do CP de 1940 (atual Art. 29 CP) que diz que “*quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a estes cominadas*”; fundamentavam ainda que se aplica na espécie o artigo 26 do CP de 1940 o qual as “*circunstâncias de caráter pessoal se comunicam de uns a outros co-autores quando elementares do crime*”.

Sustentou-se, porém na mesma Conferência que, sendo a influência do estado puerperal personalíssima, não poderia ser responsabilizada por infanticídio a pessoa que colaborasse no infanticídio, ou seja, no ato delituoso praticado pela mãe, mas levou-se em conta ainda que a lei penal nas regras

⁸⁸ Revista dos Tribunais. Volume Nº 453, pág. 314.

relativas a co-autoria não distingue entre circunstância de caráter pessoal e circunstância personalíssima.

Devido a essas conclusões a princípio duas correntes então se formaram a cerca da comunicabilidade ao partícipe da circunstância de caráter pessoal relativa à influência do estado puerperal e conseqüentemente com relação à aplicação da pena. Basileu Garcia aceitou a tese da comunicabilidade com reservas, com outra opinião, eis que assinala que o terceiro responderia por infanticídio se a morte do filho fosse causada pela própria mãe, mas se outra pessoa realizasse a conduta principal, o caso seria de homicídio, formulando assim um outro posicionamento.⁸⁹

Assim é o crime de infanticídio, um crime definido pelo legislador como sendo praticado sob a influência do estado puerperal e que causa divergências de interpretação da doutrina e da jurisprudência devido ao omissivo texto de lei que não tipifica em separado a conduta do co-autor que ao meu ver erroneamente responde por infanticídio.

Enfim, o problema do nosso trabalho, objeto de controvérsia dos doutrinadores é saber se comunica ou não comunica ao co-autor as circunstâncias de caráter pessoal? Conseqüentemente saber ainda se responde por infanticídio ou homicídio àquele que colabora para a prática do infanticídio para podermos chegar a uma conclusão de qual seria a melhor pena a ser aplicada à conduta da autora e do co-autor ou partícipe que participa da conduta infanticida da mãe que se encontra sob efeitos do estado puerperal.

Antes de se iniciar a pesquisa para entender bem os diversos posicionamentos dos doutrinadores, se faz necessário transcrever os artigos em que os doutrinadores citam para fundamentar e defenderem suas teses, são os artigos 29 e 30 do código penal. Diz o art. 29: *“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”*. E o art.

⁸⁹ Revista dos Tribunais. Volume Nº 453, pág. 315.

30: “*Não se comunicam às circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”.

Depois de citados tais artigos, podemos iniciar o trabalho discorrendo primeiramente as posições existentes e posteriormente as posições que os principais autores adotam e ainda defender a minha posição a respeito do assunto assim como demonstrar as soluções possíveis para o problema. Sem mais discrições vamos ao assunto mais importante do trabalho começando como já dito pelas posições existentes.

Como dito há na doutrina três posicionamentos diferentes que dissertam a respeito do assunto.

A primeira corrente fundada no art. 30 2º parte, que faz estender ao co-autor ou partícipe circunstância pessoal do agente, quando elementar no crime (no caso, a qualidade de mãe e o estado puerperal), opinam pela responsabilidade por 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 2º parte do CP, respondendo o co-autor ou partícipe por homicídio.

Em uma solução mista, preconizando a punição por homicídio se o agente pratica ato executório consumativo, e por infanticídio se apenas é partícipe (participação *acessória* na antiga denominação), pronuncia-se uma terceira corrente. Hungria, que se manifestara pela incomunicabilidade, voltou atrás na última edição de sua obra, adotando a primeira posição, opinando pela comunicabilidade.

Defendem a primeira posição citada a pouco em que o co-autor responde por infanticídio os seguintes autores: Roberto Lyra, Olavo de Oliveira, Júlio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Damásio E. de Jesus, E. Magalhães Noronha, Nelson Hungria mudando a posição em sua última obra entre outros.

Damásio ao defender esta corrente diz que: “(...) trata-se de crime próprio. Somente a mãe pode ser a autora da conduta criminosa descrita no tipo, assim como só o nascente ou o neonato pode ser sujeito passivo”.⁹⁰

Damásio cita a norma de extensão do art. 29 que reza: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas*”. Assim, quem concorre para a prática do infanticídio deve submeter-se à sanção imposta: detenção, de 2 a 6 anos.

Ao defender sua posição, como já assinalai antes, o ilustre professor fundamenta sua posição citando a conferência dos Desembargadores em 1943, sendo a conclusão dos debates, tomada por maioria de votos, foi promulgada em termos de comunicabilidade e opina dizendo que: “Em face das normas penais reguladoras da matéria, entendemos que o terceiro deve responder por infanticídio”.⁹¹

Como outro defensor desta idéia Fernando Capez também diz que há o crime de infanticídio veja:

(...) “É o crime em que a mãe mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal. Esta é a descrição contida no art. 123 do CP. Excluído algum dos dados constantes do infanticídio, a figura típica deixará de existir como tal, passando a ser outro crime (atipicidade relativa). Portanto, os componentes do tipo, inclusive o estado puerperal, são elementares desse crime. Sendo elementares, comunicam-se ao co-autor ou partícipe (art. 30). (...) Temos as condições de caráter pessoal (que se comunicam, quando elementares do crime – art. 30 do CP) e as de caráter não pessoal (objetivas), que, sejam elementares, sejam circunstâncias, podem sempre se comunicar. A condição de mãe e a influência do estado puerperal são elementares do tipo, razão porque se comunicam aos co-autores ou partícipes”.⁹²

E por último destaca-se a posição de E. Magalhães Noronha sobre a responsabilidade do co-autor, seguindo a lição dos doutrinadores anteriores. Diz Noronha em sua tese:

⁹⁰ JESUS, *Direito penal parte especial*. SÃO PAULO: Saraiva, 1979. V.2. Pág. 105.

⁹¹ *Ibid*, pág. 106.

⁹² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 106.

“Não há dúvida alguma de que o *estado puerperal é circunstância* (isto é, estado, condição, particularidade etc.) *peçoal* e que, sendo *elementar* do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos co-partícipes”. E continua: “A não comunicação ao co-réu seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de *atenuação do homicídio* e não um *tipo* inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei”.⁹³

A primeira posição defendida acima por Damásio E. de Jesus, Fernando Capez e E. Magalhães Noronha entende que tanto a mãe que comete o crime de infanticídio em estado puerperal como o co-autor que participa devem responder pelo mesmo crime, ou seja, a este terceiro que colabora com a conduta da mãe deve ser aplicada à mesma pena privilegiada que é a do infanticídio.

Uma segunda corrente fundada na incomunicabilidade do crime em que o co-autor responderia por homicídio e não por infanticídio é defendida por: Heleno Cláudio Fragoso, Álvaro Mayrink da Costa, Adriano Marrey, Bruno Aníbal, Gianpaolo Poggio entre outros.

Defendem essa segunda posição entre os doutrinadores citados acima, Heleno Cláudio Fragoso, quando assim diz:

“O infanticídio constitui homicídio privilegiado porque a ação de matar o próprio filho é praticada pela mãe sob a influência do estado puerperal. (...) Entendemos que deve ser adotada a lição de *Hungria (antiga lição de Hungria)*, fundada no direito suíço, segundo a qual o concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de co-autoria (realização de atos de execução por parte do terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio”.⁹⁴

Em igual posição doutrinária, nesse sentido está também Álvaro Mayrink da Costa quando afirma:

“Como vimos, o tipo de infanticídio é privilegiado em relação ao tipo de homicídio porque se constitui na conduta da mãe que destrói a vida de seu próprio filho sob a influência do estado puerperal. (...) sendo incontestável que um tipo privilegiado não pode ser adequado ao sujeito que não apresenta requisito personalíssimo. O *extraneus* que participa do infanticídio

⁹³ NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2. Pág. 52.

⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983. Pág. 78.

comete o crime de homicídio; é a posição normatizada no Projeto de 1984. A posição dominante defende que, diante do art. 30, CP, não se pode olvidar a comunicabilidade das circunstâncias ou condições elementares pertencentes ao próprio tipo, mesmo quando o estado puerperal é condição personalíssima incomunicável”.⁹⁵

Por último adota esta mesma posição Gianpaolo Poggio, ensina o autor: (...) “não se aplica o art. 30 do CP porque o estado puerperal é condição pessoalíssima, incomunicável”.⁹⁶

Segundo a posição defendida por Gianpaolo Paolo Poggio, Heleno Cláudio Fragoso e Álvaro Mayrink da Costa a mãe que mata o próprio filho durante o parto ou logo após sob a influência do estado puerperal deverá responder por infanticídio artigo 123 do Código Penal, já o terceiro que participa da ação ou omissão deverá responder por homicídio de acordo com o artigo 121 do mesmo estatuto.

Adotam uma terceira e última posição preconizando a punição por homicídio se o agente pratica ato executório consumativo, e por infanticídio se apenas é partícipe, é a chamada de teoria mista defendida por: José Frederico Marques, Bento de Faria, Euclides Custódio da Silveira e Basileu Garcia em segunda opinião defendem esta posição doutrinária.

Antes de fazer um breve estudo sobre a corrente denominada de mista, cumpre analisar as três situações diferentes existentes na doutrina a respeito da responsabilidade da mãe e do co-autor ou partícipe, para segundo a qual entendermos melhor o assunto.

Segundo Fernando Capez a primeira situação é a da mãe que mata o próprio filho, contando com auxílio de terceiro, vejamos o que diz o autor: “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

⁹⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003. Pág. 157 e 158.

⁹⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Fundamentos jurídicos de Direito penal parte especial*. 5º ed. SÃO PAULO: Atlas, 2002. Pág. 30.

puerperal), na verdade, não é circunstância, mas elementar; logo, comunica-se ao partícipe”.⁹⁷

Na primeira situação, por exemplo, se a mãe mata o próprio filho, contando com auxílio de terceiro, na opinião de Fernando Capez tanto a mãe como o co-autor ou partícipe cometem o crime de infanticídio devido à comunicabilidade.

Na segunda situação, Fernando Capez expõe a conduta do terceiro que mata o recém nascido, contando com a participação da mãe, vejamos o que diz o autor: “o terceiro realiza a conduta principal, ou seja, *mata alguém*. Como tal comportamento se subsume no 121 do CP, ele será autor de homicídio. A mãe, que praticou uma conduta acessória, é partícipe do mesmo crime, pois o acessório segue o principal. Com efeito, a mãe não realizou o núcleo do tipo (não matou, apenas ajudou a matar), devendo responder por homicídio”.⁹⁸

A segunda situação só não é igual a primeira porque há outro crime, vejamos, Fernando Capez explica que se o terceiro pratica atos executórios contando com a participação da mãe, os dois deverão responder novamente pelo mesmo crime, só que o crime aqui será o de homicídio, prestando bem atenção, os papéis foram invertidos em comparação com a situação anterior, e como é lógico nessa situação como diz o código quem mata alguém comete homicídio, assim a mãe nessa situação comete também o crime de homicídio e não o infanticídio.

E por fim uma terceira e última situação, o mesmo autor acima comenta sobre a hipótese da mãe e de terceiro executar em co-autoria a conduta principal, matando a vítima, cita o autor que: “a mãe que será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária ou monista, responderá pelo mesmo crime, nos expressos termos do art. 129, *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”.⁹⁹

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 104.

⁹⁸ Ibid, pág. 105.

⁹⁹ Ibid.

Essa terceira situação que nos ensina Fernando Capez é mais complicada, pois, o crime aqui não será o mesmo apesar das condutas da mãe e do terceiro serem iguais, se o crime for cometido em co-autoria, à mãe responderá por infanticídio e o terceiro por homicídio, porque não pode haver co-autoria de crimes diferentes.

Através destas situações descritas acima podemos observar que pode haver várias formas diferentes de participação da mãe e do terceiro para cometer um ou outro crime de acordo com os atos a serem praticados, uma conduta diferente por exemplo, configurará crime diferente ao co-autor e à mãe.

Depois de estudarmos as hipóteses existentes passemos a estudar a lição de José Frederico Marques a qual defende essa teoria a mista.

Segundo a lição de José Frederico Marques,

“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. (...) Mas é preciso que o co-autor tenha, como é obvio, participação exclusivamente acessória. Se for ele o autor da morte, isto é, a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou o recém-nascido, será enquadrada no art. 121”.¹⁰⁰

Encontramos na jurisprudência uma opinião igual adotada por Basileu Garcia ao qual aceitou a tese da comunicabilidade com reservas, opinando assim também pela teoria mista, assim diz o autor: “...mas se outra pessoa realizar a conduta principal, o caso seria de homicídio”.¹⁰¹

A jurisprudência portanto tem entendido que não há razões para que o infanticídio perca o seu caráter autônomo e muito menos que a co-autoria em suas

¹⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4. Pág. 141.

¹⁰¹ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Infanticídio no novo código*. TACrim-SP Vol. 453, pág. 315. Pág. 315.

formas, seja caracterizada em parágrafos do artigo 122,¹⁰² mas faz uma ressalva de que se deve observar a situação do co-partícipe que não participa da conduta principal, ou seja, a conduta que causa o resultado morte do recém-nascido.

Entretanto propõe com ousadia a inclusão de apenas um parágrafo único ao artigo 122 do código penal de 1969 (atual 123), com a seguinte redação: “A circunstância da ocultação da desonra própria não se comunica ao co-autor, salvo se este pretendeu ocultar a desonra da gestante e sua cooperação no crime foi somenos importância”.¹⁰³

No entanto a jurisprudência com essa colocação não visou a descaracterização do delito em relação ao co-autor, mas justifica-se porque só a ocorrência conjunta de ambas é que implicará o afastamento da responsabilidade por homicídio, entendendo assim que só o co-partícipe de cooperação mínima, a critério do juiz, e que agisse impelido pelos mesmos motivos que moveram a gestante, poderia beneficiar-se com a punição atenuada concedida à gestante.¹⁰⁴

4.3 Soluções propostas;

Enfim, depois de estudadas as posições e situações existentes na jurisprudência e na doutrina, vejamos qual seria a melhor para o nosso direito penal e para a sociedade conseqüentemente.

É possível observar que a mais correta e mais inteligente é a então última posição que adota o critério misto, devido à ausência de texto de lei expressa que disciplina a matéria, ou seja, que disciplina a responsabilidade do co-autor a teoria mista seria a mais justa possível a ser aplicada nesses casos.

Como o direito é vivido não só de lei, mas de bom senso da analogia, do uso e dos costumes, e como não há texto expresso sobre a responsabilidade do

¹⁰² BARBOSA, Marcelo Fortes. *Infanticídio no novo código*. TACrim-SP Vol. 453, pág. 315. Pág. 315.

¹⁰³ Ibid, pág. 317.

¹⁰⁴ Idem, pág. 317 e 318.

co-autor, o mais correto é que se o co-autor é apenas partícipe, que auxilia, induz ou instiga a mãe a matar o próprio filho deveria responder por infanticídio de uma forma mais dura sem privilégio, para esse tipo de ato haveria de ter uma pena mais severa para o co-autor do que a que é aplicada à mãe e; de outro lado se o co-autor participa do crime, mas praticando atos executórios deverá ele responder por homicídio doloso, ficando à mãe responsável pela co-autoria.

Ao analisar o assunto, alguns autores que adotam a primeira posição, ou seja, a de que o co-autor responde por infanticídio dentre eles Damásio, afirmam que deveria haver previsão expressa da lei sobre a responsabilidade do co-autor. Vejam o que diz o autor:

“É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio. De acordo com o que dispõe o art. 26 do CP, não se comunicam às circunstâncias 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 acobertar-se sob o privilégio do infanticídio. Sua conduta muitas vezes representa homicídio caracterizado. Mas, tem-se de estudar a questão sob a ótica de nossa legislação, que cuidou de elaborar norma específica a respeito da hipótese. (...) Não obstante o silêncio da lei, responde pelo delito do autor principal”.¹⁰⁵

Os doutrinadores têm fundamentado suas opiniões tendo em vista que o código penal adotou a teoria monista, em que todos os que colaboram para o cometimento de um crime incide nas penas a eles cominadas, sob esta ótica, os co-autores e partícipes respondem igualmente por infanticídio. Essa é a orientação do nosso código penal, seguida pelos autores que defendem a primeira posição, a de que o co-autor e o partícipe respondem por infanticídio e não por homicídio.

Porém há quem discorde, pois como o próprio Damásio afirma sobre a elementar do crime e o silêncio da lei, de maneira alguma é aceitável a posição de que o co-autor responde por infanticídio quando na verdade não se encontra sob a influência do estado puerperal elementar do crime, condição pessoalíssima da mãe inaceitável é que as circunstâncias de caráter pessoal se comuniquem ao co-autor só porque não existe texto expresso; quanto ao silêncio da lei, aí está mais um

¹⁰⁵ JESUS, *Direito penal parte especial*. SÃO PAULO: Saraiva, 1979. V.2. Pág. 106.

motivo para não ser aplicada à mesma pena da mãe ao co-autor, pois não há lei disciplinando de forma expressa a responsabilidade do co-autor.

A mesma orientação seria quanto aos que defendem a idéia de que o co-autor responderia por homicídio e não por infanticídio o crime praticado quando sendo cometido por ação do partícipe. Da mesma forma que não tem um texto de lei dizendo que deverá responder por infanticídio aquele que pratica tanto atos de execução como atos de participação, também não há uma lei expressa dizendo que deverá ser aplicado a pena homicídio nesses mesmos casos.

Então para haver um equilíbrio de sanção no crime a melhor solução para o problema é a adoção do critério misto com uns pequenos ajustes, por exemplo, com o aumento da pena ao co-autor que participa do crime, pois não é justo que o co-autor seja privilegiado com a pena da mãe que comete o crime em estado puerperal, esse privilégio é somente da mãe e não pode ser estendido ao co-autor, porque se for estendido não estará havendo nenhuma justiça na aplicação da pena, não havendo justiça conseqüentemente não estará havendo direito, ou seja, o direito não está realizando a sua função de fazer justiça. Estaríamos diante de dois pesos e duas medidas e isso é inconcebível no direito.

Assim sendo a mãe que pratica o infanticídio sob a influência do estado puerperal pratica o crime de infanticídio e incide nas penas a ele cominadas, já o co-autor que tem participação do crime com meros atos acessórios deveria responder por infanticídio, mas com uma pena maior que a aplicada à mãe, por fim o co-autor que participa do crime com atos de execução, ou seja, participa da conduta núcleo do tipo de matar o recém-nascido, deverá responder pelo crime de homicídio e receber uma pena justa e compatível com sua conduta.

Finalmente sob a ótica da doutrina e da jurisprudência os legisladores não têm solucionado essa pendência que é muito antiga e que devido ao estado puerperal e o motivo de honra, o infanticídio tem tomado novos rumos sempre prejudicando a segurança e certeza que deve ter o nosso Direito Penal.

4.4 Concurso de Crimes e Ação Penal;

Se um sujeito, mediante uma ou mais ações ou omissões, praticar dois ou mais delitos, haverá o concurso de crimes ou de penas, é o que pode ocorrer no crime de infanticídio. Sobre o concurso de crimes vemos o que diz Fernando Capez: “Haverá concurso material com o delito de infanticídio se a genitora também ocultar o cadáver do infante (CP. Art. 211)”.¹⁰⁶

Vejamos o que diz a jurisprudência: *Delitos contra a pessoa – Reconhecimento inadmissível – Caso de concurso material – Revisão criminal indeferida (RT, Vol. 472 pág. 384).*

Segundo a maioria dos doutrinadores e farta jurisprudência dá-se, em regra, o concurso material, por exemplo, e não crime continuado, quando o agente lesa mortalmente duas ou mais pessoas.

Neste caso se a mãe, o co-autor ou participe após matar o filho ocultarem o cadáver da vítima, haverá o concurso material com o crime definido no artigo 211. Neste caso as penas serão cumuladas nos termos do artigo 69 do código Penal.

Vejam como se pronuncia a jurisprudência a respeito do concurso de crimes com relação à ocultação do cadáver da vítima pela mãe e pelo co-autor que cometem o crime de infanticídio.

Celso Delmanto cita em sua obra a jurisprudência sobre a ocultação de cadáver, nesse sentido a jurisprudência tem sido pacífica veja: *“Pode haver concurso material com o crime de ocultação de cadáver (TJSP, RT 531/318)”*.¹⁰⁷

Encontra-se também na obra de Paulo Sérgio uma jurisprudência a respeito da ocultação de cadáver, vejamos: *“A infração do artigo 134 do Código*

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 106;

¹⁰⁷ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6º ed. RIO DE JANEIRO: Renovar, 2002. Pág. 267.

Penal pressupõe a ocultação da desonra própria como móvel de abandono do recém-nascido. Esse elemento, contudo, não pode ser invocado pela mulher que houve o filho do próprio marido (RT, Vol. nº 306 pág. 121)".¹⁰⁸

Como se vê nas jurisprudências acima, se a mãe e o co-autor depois de praticarem o crime de infanticídio ocultarem o cadáver da vítima haverá concurso de crimes com o infanticídio.

Em outra hipótese, a de concurso formal se dá quando não há interrupção de tempo e de lugar e os atos do agente se seguem constituindo uma mesma ação, embora diversas as vítimas, dá-se o concurso formal e não o crime continuado.

Sobre o concurso formal, pronuncia-se a jurisprudência, vejamos: *Afastamento da hipótese de crime continuado ou delito único – Acusados que, mediante grave ameaça, subtraem, de várias vítimas, no mesmo momento e local, quantias diversas de dinheiro – Apelação Improvida (RT, Vol. nº 476 pág. 376).* Mas não interessa para o nosso trabalho o concurso formal e sim o concurso material que é uma hipótese que ocorre no crime de infanticídio.

A Ação Penal no crime de infanticídio segundo Fernando Capez é pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público tem a atribuição exclusiva para sua propositura, independentemente de representação do ofendido.¹⁰⁹

Através de lei, foi conferido ao Ministério Público a autorização para exercer privativamente as ações, tirando do Juiz de Direito o poder de propor ações *ex-officio* transferindo ao Ministério Público a titularidade da ação penal.

O procedimento no crime de infanticídio insere-se na competência do Tribunal do Júri por se tratar de crime doloso contra vida, desse modo os processos de sua competência seguem o rito escalonado no artigo 406 e seguintes úteis do

¹⁰⁸ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2. Pág. 106.

Código de Processo Penal. Cumpre observar que no direito o acessório segue o principal, não é diferente nos crimes de competência do júri, mais precisamente no crime de infanticídio os crimes de co-autoria e de participação serão julgados conjuntamente com o da autoria no Tribunal do Júri, por estarem conexos deverão ser julgados no mesmo tribunal, no caso, o Júri.

CONCLUSÃO

Diante da nossa humilde pesquisa, podemos concluir que o infanticídio é sem dúvida um delito muito polêmico devido seus sujeitos ativos e também as condições em que tem que ser praticado, condição esta descrita pela lei como sendo durante o parto ou logo após e sob os efeitos do estado puerperal. Entretanto, podemos afirmar que apesar de ser um assunto muito divergente o Brasil tem uma doutrina muito rica e muito farta de belos e ótimos doutrinadores que dissertam sobre o assunto de maneiras e modos diferentes, mas com fundamentos plausíveis.

Uma parte da doutrina defende a comunicabilidade devido o código penal ter adotado a teoria monista dizendo que quem colabora com a prática de algum crime incide nas penas a ele cominadas, sendo assim essa posição doutrinária entende que o terceiro deverá assim como a mãe responder por infanticídio; a outra parte da doutrina defende a não comunicabilidade devido o artigo 29 e 30 2º parte do código penal onde as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam afirmando ser condição personalíssima da mãe e que o terceiro que comete o crime de infanticídio deverá responder por homicídio e outra não menos importante a chamada de teoria mista defende a comunicabilidade se o terceiro pratica atos acessórios, onde responde conseqüentemente por infanticídio e a incomunicabilidade se praticar atos executórios, onde responderá por homicídio.

Devido a ausência de texto de lei expresso disciplinando sobre a matéria, nós entendemos ser a mais justa e correta a teoria mista, pois o legislador deveria ter previsto em parágrafos a conduta do terceiro que pratica a conduta principal e a conduta do terceiro que pratica atos acessórios, pois o terceiro que pratica atos executórios não pode se beneficiar com a pena do crime de infanticídio, pois estaríamos claramente diante de um crime de homicídio, porque o terceiro não estaria concorrendo com o crime e sim praticando uma conduta típica e diante de tal negligência entendemos ser a medida de maior justiça a teoria mista como disse a pouco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Ferreira de. *Bíblia sagrada*. RIO DE JANEIRO: King's Cross, 2004.
- AMARO, Raul Marino Palomino. *La crisis del infanticídio*. Universidade Peruana. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/aj/dp0014.htm> Acesso em 24 fev. 2005.
- ARAÚJO, João. *Breve Histórico sobre Aborto*. Disponível em: <http://www.formuladafamilia.com/educação/historia.html> Acesso em 24 fev.2005.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Infanticídio no novo código*. TACrim/SP Vol. 453/314.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. SÃO PAULO: Martin Claret, 2000.
- BRASIL. *Vade Mecum*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 1º ed. SÃO PAULO: Rideel, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 2003. V.2.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal parte especial*. 5º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2003.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6º ed. RIO DE JANEIRO: Renovar, 2002.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e Infanticídio*. 2º e. SÃO PAULO: Saraiva, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1983.
- GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7º ed. SÃO PAULO: RT, 1900. V.2.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 4º ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 1958. V.5.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal parte geral*. 22ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 1999. V.1.
- _____. *Direito penal parte especial*. SÃO PAULO: Saraiva, 1979. V.2.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1961. V.4.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Atlas, 2002. V.2.

NORONHA, E. Magalhães. *Manual de direito penal*. SÃO PAULO: Saraiva, 1996. V.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3º ed. SÃO PAULO: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. SÃO PAULO: RT, 2000. V.2.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Fundamentos jurídicos de Direito penal parte especial*. 5º ed. SÃO PAULO: Atlas, 2002.