



**Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Penal e Processual Penal**

**Paula Cristina Lima Bellaguarda**

**A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E O CONCURSO DE PESSOAS NO**  
**CRIME DE INFANTICÍDIO**

**Brasília - DF**  
**2015**

**PAULA CRISTINA LIMA BELLAGUARDA**

**A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E O CONCURSO DE PESSOAS NO  
CRIME DE INFANTICÍDIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* de Direito Penal e Processo Penal do Instituto de Direito Público – IDP  
Orientador: Prof.

**Brasília - DF**

**2015**

**PAULA CRISTINA LIMA BELLAGUARDA**

**A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E O CONCURSO DE PESSOAS NO  
CRIME DE INFANTICÍDIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* de Direito Penal e Processo Penal do Instituto de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_\_\_, com a menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

*Presidente: Professor*

---

*Integrante: Professor*

---

*Integrante: Professor*

*“Os que acham que a MORTE é o maior de todos os males é porque não refletiram sobre os males que a INJUSTIÇA pode causar.”*

Sócrates

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo precípua contextualizar o estado puerperal no crime de infanticídio descrito no art. 123 do Código Penal Brasileiro, bem como analisar a conduta daquele que contribui de algum modo para que o resultado finalístico descrito no tipo penal ocorra. O concurso de pessoas, nesse cenário, será estudado sob a ótica doutrinária e jurisprudencial. Destarte, para o êxito da proposta deste trabalho, abordar-se-á aspectos conceituais e doutrinários, tanto jurídicos quanto psicológicos, psiquiátricos e médico-legal, de maneira não apenas a situar a compreensão do estado emocional da mulher e o comprometimento da parturiente na conduta tipificada como crime, mas também fomentar a discussão e controvérsia mais relevantes acerca do assunto. Este trabalho, portanto, se propõe a falar sobre o crime de infanticídio desde a sua acepção mais elementar e histórica, em uma tentativa de trazer à baila conceitos médicos e jurídicos, cujas questões controvertidas se comunicam necessariamente umas com as outras para a efetiva tipificação penal tanto da mãe quanto daquele que atua em coautoria ou participação na execução do crime. Não se pretendeu neste trabalho buscar quaisquer teorias inovadoras sobre o infanticídio, mas somente estudar analiticamente os fatores que o ensejam.

**Palavras-chave:** Infanticídio. Estado Puerperal. Puerpério. Coautoria. Concurso de Pessoas.

## ABSTRACT

The present work has the main objective contextualize the puerperal state the crime of infanticide described in art. 123 of the Brazilian Penal Code and analyze the conduct that contributes in some way to the finalistic result described by the offense occurs. The concurrence of people, in this scenario, will be studied under the doctrine and jurisprudence perspective. Thus, for the success of the proposal of this work, approach will be conceptual and doctrinal aspects, both legal and psychological, psychiatric and medical-legal, so not only to place the understanding of the emotional state of the woman and the commitment of the woman in labor conduct criminalized, but also encourage discussion and relevant controversy on the subject. This paper therefore proposes to talk about the crime of infanticide since its most basic and historical meaning, in an attempt to bring up medical and legal concepts, whose controversial issues necessarily communicate with each other for the effective criminalization both the mother and one who acts in co-authorship or participation in the implementation of the crime. It was not intended in this paper seek any innovative theories about infanticide, but only analytically study the factors that produces.

**Keywords:** Infanticide. Puerperal state. Puerperium. Co-authoring. People Contest..

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 O INFANTICÍDIO</b> .....	9
1.1 Brevíssima Contextualização Histórica .....	9
1.2 Estudo sobre o tipo criminal .....	10
1.2.1.1 Infanticídio e Homicídio – Sucinta análise dos dois tipos .....	12
1.2.1.2 Infanticídio e Aborto.....	13
1.3 Elemento subjetivo do tipo .....	17
1.3.1 Teoria do Erro e o Infanticídio .....	18
1.4 Aplicação da Pena e Ação Penal no Infanticídio .....	19
<b>2 A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL NA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO</b> .....	21
2.1 Puerpério e Estado Puerperal .....	22
2.2 Conceitos Médico e Psicológico .....	24
2.4 Início e Fim do Puerpério e Estado Puerperal.....	28
2.5 Perícia Médico-legal na Mãe e no Infante .....	29
2.6 Infanticídio com vida intrauterina.....	31
2.6.1 O Parto.....	31
2.6.2 Infanticídio praticado ao nascente intraútero.....	32
<b>3 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO</b> .....	35
3.1 Teorias Acerca do Concurso de Pessoas .....	35
3.2 Distinção entre coautoria e participação .....	37
3.3 Requisitos do Concurso de Pessoas.....	39
3.4 Concurso de Pessoas no Crime de Infanticídio.....	39
<b>Conclusão</b> .....	44
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	45

## INTRODUÇÃO

O estudo do estado puerperal no infanticídio, assim como o que lhe caracteriza psicológica e fisiologicamente, está diretamente ligado ao entendimento necessário para determinação legal do referido crime.

É *mister* observar que a condição da parturiente não fora tratada de maneira diferenciada pelo legislador à toa, uma vez que o mesmo núcleo do tipo penal do infanticídio está no homicídio comum, ou seja: “matar”. Entretanto, é a análise complexa de compreensão da influência do estado puerperal na condição que especializa o tipo incriminador o que realmente interessa, eis que o torna um tipo penal autônomo, diferenciando-se do crime de homicídio, descrito no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

Para o melhor desenvolvimento deste trabalho, buscou-se dividi-lo de forma didática em 3 capítulos.

O primeiro capítulo se subdividirá para tratar, em um primeiro momento, e de forma brevíssima, a questão histórica do Infanticídio, enquanto em momento imediatamente posterior, estudar-se-á o conceito jurídico do crime, sua aplicação ao caso concreto, bem como a diferenciação entre os tipos penais que tutelam a vida mas que não se pode confundir com o Infanticídio. Nesse momento, inclusive, aprofunda-se o estudo médico-legal, de modo a explicar de forma criteriosa o momento exato necessário para determinar quem efetivamente é o sujeito passivo do crime e, conseqüentemente, o próprio crime.

Ainda no primeiro capítulo, traz-se a aplicação da pena cominada ao tipo e a ação penal. O objetivo desta observação está em demonstrar que, mesmo como tipo penal autônomo, o infanticídio é uma espécie de homicídio privilegiado, tema abordado pela minoria doutrinária.

O segundo capítulo será destinado ao estudo do crime através do estado psíquico da mãe. Nesse momento o estudo será através de análises médico-legal, demonstrando-se a necessidade da medicina e da psicologia para a efetiva contextualização do delito.

O terceiro e último capítulo tratará da problemática oriunda do concurso de pessoas na prática delituosa ora estudada, bem como a análise do posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca do crime de infanticídio.

Procurou-se nesse capítulo um estudo com um pouco mais de critério a respeito dos conceitos doutrinários a respeito do concurso de pessoas, de modo que antes de se abordar efetivamente o papel de cada agente no crime objeto de estudo desse trabalho, falou-se a respeito das teorias sobre concurso de pessoas e a definição de autoria, coautoria e participação.

Entendeu-se necessário aprofundar o debate acerca de tal tema porque apesar de a doutrina adotar posicionamento sedimentado a respeito de cada um que concorre para o crime de infanticídio, é a parte geral da teoria penal que explica com mais minúcia o objetivo do legislador em determinar a conduta de cada indivíduo que participa da ação criminosa e puni-lo adequadamente na medida de sua conduta.

De modo buscar atender ao caráter didático que se pretende com este trabalho, ao final do terceiro capítulo apresentar-se-á algumas jurisprudências que sedimenta todo tema abordado.

Por fim, o cerne da questão que se abordará neste trabalho está em demonstrar, mais especificamente, como o estado puerperal influencia na consciência da parturiente, a fim de que a autora do infanticídio seja mais bem adequada às sanções legais, bem como contextualizar criminalmente o coautor ou partícipe no Infanticídio, de modo a aplicar-lhe a sanção efetivamente adequada.

# 1 O INFANTICÍDIO

## 1.1 Brevíssima contextualização histórica

Antes de 1940 o infanticídio era caracterizado como assassinato do infante nos primeiros sete dias de vida.<sup>1</sup>

Os médicos, no fim do século XIX e, principalmente nas primeiras décadas do século XX, passaram a observar o estado depressivo pelo qual algumas mulheres passavam logo após o parto.

Este estado depressivo poderia traduzir-se em perda total ou parcial dos sentidos, provocando uma espécie de loucura puerperal e essa seria a condição para ser caracterizado juridicamente o infanticídio.<sup>2</sup>

Somente a falta de discernimento poderia esclarecer o crime e a sanção menor, comparando com o homicídio.

Este foi o argumento utilizado para compor o Código Penal de 1940, de modo que, a partir de então, todos os casos judiciais sobre infanticídio deveriam demonstrar através de laudos, exame de sanidade mental da mulher autora do crime.<sup>3</sup>

Juntava-se, portanto, em primeiros passos, o Direito e a Medicina, no fiel propósito de tentar compreender e vigiar os atos femininos concernentes à gravidez e à maternidade<sup>4</sup>.

Até 1940 o infanticídio era determinado como ilícito penal praticado pela mulher grávida com o objetivo de resguardar a sua honra feminina.

Uma criança, a essa altura, demonstrava à sociedade que a mulher poderia ter praticado o adultério e o fruto da relação clandestina era a criança indesejada. A ausência de honradez da mulher era vista simbolicamente como um atentado à moral e bons costumes, devendo ser preservada, independentemente da classe social a que pertencesse à família dessa mulher.

O Código Penal de 1890 apresentava ao infanticídio o preceito secundário da norma, qual seja: ocultar a desonra da mãe. E impunha a mulher “adúltera” à

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 105

<sup>2</sup> WOELFERT, Alberto Jorge Testa. *Introdução à Medicina Legal*. Canoas: Ed. ULBRA, 2003

<sup>3</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. Bauru, SP; Edipro, 2001.p.37.

<sup>4</sup> WOELFERT, Alberto Jorge Testa. *Introdução à Medicina Legal*. Canoas: Ed. ULBRA

pena de prisão de uma forma mais abrandada. Era, portanto, uma forma “privilegiada” da prática de homicídio<sup>5</sup>.

No Código Penal de 1940, aceitando a natureza psicofisiológica de influência do estado puerperal, tipificou-se a conduta no que se traduz o tipo penal descrito no artigo 123, de modo que o infanticídio passa ser delito autônomo com denominação própria, nos termos atuais.

## 1.2 Estudo sobre o tipo criminal

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 123, tipifica a conduta como “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”

Doutrinariamente e de acordo com Guilherme de Souza Nucci<sup>6</sup> “trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém nascido, sob a influência do estado puerperal”.

Nucci diz que o infanticídio é uma conjectura em relação ao homicídio privilegiado, onde, por circunstâncias particulares e especiais, entendeu o legislador que seria adequado conferir uma penalização mais flexível à mulher autora do crime, diminuindo o parâmetro de fixação da pena, ou seja, o mínimo e o máximo legal permitidos.

Mais que isso, ensina o autor que, ainda que legislador de maneira formal tenha determinado a figura do infanticídio como autônomo, em sua essência, este nada mais é que um homicídio privilegiado.

### 1.2.1 Sujeitos Ativo e Passivo

A mãe sempre como sujeito ativo, uma vez que o crime é próprio. E o sujeito passivo é o filho, nascente ou recém-nascido.

Verifica-se que, diferente do que ocorre nos crimes comuns, o infanticídio é um crime de autoria restrita o que limita o cometimento deste crime à determinada pessoa cuja particular condição seja a condição *sine quanon* à sua prática, restringindo-se, portanto, a capacidade delitiva à mulher e mãe que esteja em

---

<sup>5</sup> JESUS, Damásio. *Direito penal: parte especial*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 105.

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 7ª ed. Editora. Revista dos Tribunais 2011. p. 651

condição de parturiente e sob a influência do puerpério, tema este que será abordado *a posteriori*.

O sujeito passivo, segundo o legislador, é o filho neonato (o que acabara de nascer) ou nascente (ser que está nascendo).

Quando a lei define que “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após<sup>7</sup>”, quer dizer o momento consumativo está no instante imediatamente em que o feto esteja sendo expulso do ventre materno, ainda que no canal de parto, despontando a genitália da mãe.

Mesmo que nesse caso (de feto nascente) haja bastante raridade na consumação do delito, é passível que este ocorra como quando, por exemplo, a mãe intente violência por trauma ou obstrua as vias respiratórias do feto.

Observa-se que o legislador buscou tutelar a vida desde o mínimo sinal de sua existência fora do útero materno, tendo sido este o motivo de incluir no tipo penal a expressão “durante o parto”.

O infanticídio ocorrido logo após o parto diz respeito ao recém-nascido. Aquele feto que nasceu e é tido como ser humano viável quando desvincilhado da dependência materna e possui plena vida extrauterina. O legislador não se importou com a hipótese de o feto nascer disforme ou com quaisquer doenças preexistentes. O que tem relevância para a caracterização do crime quando se fala do recém-nascido é o seu nascimento com vida.

Ainda pela ótica doutrinária, o infanticídio é crime próprio, material, de dano, plurissubsistente, comissivo e omissivo, instantâneo e doloso. Como todo crime material, é possível a tentativa.

Para Damásio de Jesus, a tentativa só será admitida caso a morte não ocorra por circunstâncias diversas à vontade da mãe. Então, se a criança nasce morta e a mãe, supondo que esta esteja viva, executa atos de mata-la, trata-se obviamente de crime impossível, segundo o disposto no artigo 17 do Código Penal.

O artigo 5º da Constituição Federal de 88 em consonância com o Direito Internacional protege e regulamenta o direito fundamental à vida quando prevê de forma expressa na Convenção Americana dos Direitos Humanos<sup>8</sup> em seu artigo 4º: “Direto à vida: toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve

---

<sup>7</sup> Art. 123 do Código Penal

<sup>8</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Pacto de São José da Costa Rica, Art. 4º.

ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim, o bem tutelado no infanticídio é a vida humana como bem jurídico de máximo valor, e nos moldes do que preconiza o texto do tipo penal (Artigo 123 do Código Penal), trata-se de crime cometido pela mãe durante o parto ou logo após, o que determina que tanto se protege a vida do neonato quanto a vida do nascente.

Em sendo a vida o bem máximo tutelado e o sujeito passivo no crime de infanticídio o filho recém-nascido (neonato) e o nascente (aquele que morreu durante o parto), traz-se à baila a diferenciação entre infanticídio e homicídio e infanticídio e aborto.

#### 1.2.1.1 Infanticídio e Homicídio – Sucinta análise dos dois tipos

Determina o artigo 121 do Código Penal<sup>9</sup>: “Matar alguém. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

Observa-se que tanto o crime de homicídio quanto o crime de infanticídio (cujo teor do tipo penal incriminador encontra-se descrito anteriormente) têm como núcleo do tipo a ação de matar. Assim, analisando de maneira formal os dois crimes, a mãe também pratica a conduta de matar conforme preconiza o artigo 121.

O artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal descreve a conduta praticada como causa de diminuição de pena. Nesses termos, tem-se: “Parágrafo 1º: Se o agente comete crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”.

Luiz Régis Prado<sup>10</sup> observa que o homicídio é o extermínio da vida humana alheia por outra pessoa. No infanticídio há também o fim de uma vida humana, cuja destruição, do mesmo modo, é ocasionada por outra pessoa.

Para Prado, tal coincidência dos tipos penais é meramente uma aparência e nada além. Por esse motivo recebe a denominação de conflito aparente de leis ou, ainda, especificamente, conflito aparente de tipos.

---

<sup>9</sup> DECRETO-LEI n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V.2. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011

O que irá, portanto, determinar a diferenciação de “matar alguém” entre os crimes de homicídio ou infanticídio, segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>11</sup> é que a norma que se insurge do artigo 123 do Código Penal é oriunda de lei especial, que, necessariamente, exige a presença de outros elementos estruturantes do tipo. Nesse sentido, a conduta típica que determina o crime de infanticídio, consiste em “matar sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

Para o referido autor, há particularidades que distinguem um crime de outro e nesse sentido, Bitencourt leciona:

“Pode-se destacar, para um exame analítico, as seguintes particularidades dessa forma peculiar de matar alguém, que a distinguem do homicídio convencional:

a) qualidade ou condição dos sujeitos ativo e passivo da ação delituosa; b) influência biopsíquica ou fisiopatológica do estado puerperal; c) circunstância temporal contida no tipo: durante o parto ou logo após.”

Destes ensinamentos é bastante perceber que o núcleo “matar” tanto no homicídio quanto no infanticídio, está no liame que especifica cada um dos dois tipos. Matar alguém será sempre um homicídio, mas quando há especialidades no tipo, como, por exemplo, o sujeito ativo e passivo, o estado puerperal, e o durante ou logo após o parto, evidencia-se o infanticídio.

A ausência de um dos elementos que caracterizam o tipo acarretaria a atipicidade da conduta, deixando, assim, de ser o crime de infanticídio e passando a ser o crime de homicídio.

#### 1.2.1.2 Infanticídio e Aborto

Assim como no que se refere ao homicídio, há especialidades que não se confundem nos tipos penais descritos no artigo 123 e o artigo 124 do Código Penal.

Nos termos do artigo 124: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

Noutro giro, Damásio<sup>12</sup> entende que, nos moldes do art. 123 do Código Penal que qualifica o infanticídio, o fato, para que assim seja tipificado, deve ser

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal Parte Especial 2 – Dos Crimes Contra a Pessoa*. 13ª Ed. São Paulo Editora Saraiva 2013

<sup>12</sup> JESUS, Damásio. *Direito penal: parte especial*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 108

praticado durante ou logo após o parto. Assim, existe o infanticídio quando a ação é executada pela mãe no curso desse lapso temporal.

Nas palavras do referido autor, tem-se que:

“Antes de iniciado o parto existe aborto e não infanticídio. É necessário precisar em que momento tem início o parto, uma vez que o fato se classifica como um ou outro crime de acordo com a ocasião da prática delituosa: antes do início do parto existe aborto; a partir de seu início, infanticídio”.

Nesse sentido, Bitencourt traz que o elemento normativo do tipo infanticídio é claro em delimitar a circunstância do tempo: durante o parto ou logo após. Foi desta forma que o Código Penal de 1940 delimitou a influência do puerpério.

Bitencourt, através das palavras de Roberto Lyra<sup>13</sup>, ensina que é incontroverso o estado puerperal existente durante ou logo após o parto, não importando se começa antes ou vai além, uma vez que o que realmente interessa ao tipo é que o lapso temporal de *durante* e *após* o parto, período mencionado pelo Código Penal, seja inequívoco.

Bitencourt questiona qual é o verdadeiro sentido e a real importância da elementar *durante o parto ou logo após*, e responde a esse questionamento através das palavras de Heleno Fragoso<sup>14</sup> que afirmava que “esta expressão significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo”.

O objetivo da análise das elementares do tipo, portanto, está em demonstrar a imediatidade observada pela vontade do legislador, o que, inequivocamente, faz com que os tipos penais em análise neste tópico não se confundam, uma vez que, conforme já explanado, o aborto só se dá quando ainda há vida intrauterina. Fora disso, não se fala em aborto, mas sim em infanticídio.

A prova da vida do infante, portanto, é essencial para que a parturiente responda pelo crime de infanticídio, uma vez que, em sendo diferente, não há se falar em infanticídio, mas sim em crime impossível por razão de impropriedade do objeto.

<sup>13</sup> LYRA, Roberto. *Noções de Direito Criminal*, 1994, v. 1.

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Especial*. 11, por Fernando Fragoso. Editora Forense, 2005.

Sobre a comprovação de vida, a medicina legal dispõe de diversos exames que provam se existiu vida no nascente ou no neonato.

De acordo com os ensinamentos de Odon Ramos Maranhão<sup>15</sup>, duas provas cruciais são diretamente relacionadas à vida do nascente, quais sejam: o tumor de parto e a reação vital. Em suas próprias palavras, Maranhão leciona:

“a) Tumor de parto – as compressões sofridas pela porção do organismo fetal que primeiro alcança as aberturas genitais da parturiente provocam edema local, que constitui tumor de parto. Geralmente se situa na cabeça, que chega a assumir aspecto assimétrico. Essa saliência se deve ao fato de haver circulação no organismo fetal.

No feto morto antes do nascimento não há tumor de parto.

b) Reação vital – se a morte do feto nascente foi provocada, é claro que no início da parturiação este estava vivo. Logo, as lesões encontradas no feto terão sido produzidas *intra vitam*. O perito, ao examinar o cadáver do feto, deverá colher material para fazer uma reação vital, pelas técnicas usuais.”

Sobre o recém-nascido, geralmente se busca provar ter havido respiração por meio de provas chamadas “docimias respiratórias”.

Odon Maranhão ensina que docimias respiratórias podem ser classificadas como diretas ou indiretas.

Sobre as *diretas*, e também em suas próprias palavras, o autor leciona que:

“Diretas: radiográficas (Bordas). Radiografa-se o pulmão depois de extraído do organismo (durante a necropsia). Pode-se também radiografar antes de abrir o tórax. Serve para documentar. Estuda-se a transparência do parênquima pulmonar, que se estabelece no que respirou e está ausente na hipótese contrária.

Diafragmática (Casper). Estuda-se a relação entre a curva diafragmática e a arcada costal. Se houver respiração, o diafragma se movimentou e a inspiração o fez subir ao 5º. Espaço intercostal; isto não ocorrendo, inexistiu respiração.

Hidrostática (Galeno). Possivelmente é a mais conhecida e praticada. O pulmão fetal não se expandiu, mostra-se compacto e tem uma densidade de 1,09, enquanto que o que recebeu ar e se inflou mostra-se com cavidades pneumáticas e conseqüente densidade mais baixa

---

<sup>15</sup> MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 7ª Ed.. São Paulo. Editora Malheiros, 1995

(0,9). Por isso se colocarmos um fragmento ou mesmo o pulmão todo em vasilha com água (densidade = 1,0) poderemos observar que o primeiro vai ao fundo e o segundo flutua. Epimicroscopia (Veiga de Carvalho). São duas provas: epimicroscopia pneumo-arquitetônica histológica. São exatamente feitos por visualização estereoscópica para verificar se os alvéolos pulmonares distenderam-se ou não.”

E continua sobre as *docimasia*s indiretas:

“Indiretas: Gastrointestinal (Breslav). Consiste em verificar presença de ar no aparelho digestivo. Quando se dá a inspiração inicial, passa ar para o aparelho digestivo, o que serve de base para essa prova. O método de realização é semelhante ao galênico. É prova indireta. Auricular (Wreden-Wendt). Após o início da respiração passa ar no ouvido médio. Por isso, se for feita trepanação na membrana do tímpano dentro de recipiente com água, o aparecimento de bolha gasosa indicará presença de ar e conseqüente respiração. É a prova delicada e difícil. Tem interesse quando se dispõe somente da cabeça do recém-nascido para exame.”

Há outros exames que comprovem a vida do infante e, obviamente, determinam o cometimento do crime ora estudado. Nelson Hungria<sup>16</sup> também trata desta questão quando explica que além das docimasia s respiratórias, há as docimasia s não respiratórias, que compreendem pesquisa microscópica, macroscópica ou química de traços alimentares absorvidos pelo neonato, exames de alterações sofridas pelo coto umbilical até o momento de sua queda, constatação de bactérias no tubo gastroentérico, dentre outros.

Diante de tamanho leque de meios comprobatórios da vida disponíveis pela medicina legal, ainda há possibilidade de que nenhum deles tenha sido realizado e a parturiente responda pelo crime de infanticídio. Rogério Greco<sup>17</sup> ensina que embora seja necessário o exame médico para definir o delito em questão, a ausência de provas periciais não implica, necessariamente, a descaracterização do crime, uma vez que o processo penal autoriza a utilização da prova testemunhal, nos termos do artigo 167 que esclarece que: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

<sup>16</sup> HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

<sup>17</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II. 10 ed. Niterói, Editora Ímpetus, 2013.

### 1.3 Elemento subjetivo do tipo

Nos termos do artigo 18, inciso I do Código Penal, tem-se por crime doloso aquele em que o agente, movido por sua própria vontade, quis determinado resultado finalístico ou, ao menos, assumiu o risco de produzi-lo.

Assim, conforme já mencionado, o dolo direito e por excelência é o elemento subjetivo do tipo penal ora estudado. A doutrina tem posicionamento unânime nesse sentido, uma vez que não se discute a vontade livre e inequívoca da mãe parturiente de praticar um fato descrito como crime na legislação vigente.

Entretanto, há certo debate sobre o tema no sentido de que em estando a mulher sob influência de estado puerperal, estaria impossibilitada de entender o real sentido de sua conduta.

No caso, não se deixa de tratar a conduta e o resultado finalístico isentos de dolo, sendo que para a maioria da doutrina àquela que comete o ilícito tendo sido admitido a existência de fatores psíquicos que lhe altere o real discernimento dos fatos, poderá ter reconhecida a inimputabilidade ou semi-inimputabilidade.

Sobre a modalidade culposa, ao infanticídio não se aplica por simples falta de previsão legal. Todavia, há divergência doutrinária sobre a aceitação da culpa como elemento subjetivo do tipo.

Desta forma, distinguem-se duas correntes doutrinárias, onde figura-se na primeira corrente Damásio de Jesus cuja tese defensiva está em que havendo a influência do estado puerperal na ação da mãe que, de forma culposa, tira a vida do próprio filho durante ou logo após o parto, considerar-se-á atípica a conduta, exatamente porque, como já abordado, não há previsão legal para a modalidade culposa do tipo.

Embora se vislumbre na conduta da mãe qualquer elemento formador da culpa durante o estado puerperal, não se fala em crime descrito no artigo 123 do Código Penal, mas tão somente em homicídio culposo, tipo diverso que em nada se confunde com infanticídio. Nelson Hungria está à frente da segunda corrente doutrinária defendendo a supracitada tese, eis que a influência do estado puerperal não se iguala a qualquer incapacidade psíquica, devendo a parturiente responder pela conduta culposa, independente de qual seja.

### 1.3.1 Teoria do erro e o infanticídio

Para melhor compreensão da abordagem proposta, necessário a transcrição do artigo 20, com ênfase no parágrafo 3º, que é o que interessa ao estudo e cuja a disposição legal é a seguinte:

“Art. 20 – O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

(...)

**§ 3º O erro quanto à pessoa contra qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, nesse caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.**  
(grifou-se).

Apesar de a redação do artigo em questão definir, de pronto, o que já se sabe: não é possível inferir a modalidade culposa ao infanticídio por falta de previsão legal, o parágrafo terceiro possibilita a discussão da questão do erro sobre a pessoa, perfeitamente cabível em qualquer caso concreto.

Sobre a matéria, Rogério Greco tece em sua obra considerável observação acerca do assunto, tendo em vista a possibilidade de que a parturiente, sob influência do estado puerperal, não mate seu filho, mas sim filho alheio.

Assim se delínea o exemplo trazido pelo nobre doutrinador:

“Imagine-se a hipótese em que a parturiente, influenciada pelo estado puerperal, vá até o berçário, logo após o parto, e, querendo causar a morte do próprio filho, por erro, acabe estrangulando o filho de sua colega de enfermaria causando-lhe a morte.

A parturiente, portanto, matou o filho de terceira pessoa, supondo-o seu.

Pergunta-se: no caso em questão, deverá a parturiente responder pelo delito de homicídio ou pelo infanticídio?”.

A resposta para o questionamento está exatamente na aplicação do parágrafo terceiro do artigo 20 do Código Penal.

Greco ensina que nessa situação deve ser considerado o desejo da parturiente de causar a morte de seu filho. Ou seja, o desejo primitivo era de cometer o crime de infanticídio e, por erro, matou o filho de outrem, de modo que a parturiente deverá responder pelo crime de infanticídio.

## 1.4 Aplicação da pena e ação penal no infanticídio

A pena descrita no tipo é a de detenção de dois a seis anos.

Segundo o entendimento doutrinário majoritário é incabível a suspensão condicional do processo, porém não é incomum o oferecimento do sursis processual por parte do Ministério Público à parturiente que cometeu o delito.

Sobre tal questão, Greco explica que o entendimento majoritário da doutrina sobre a impossibilidade de suspensão do processo respalda-se na concepção de que a alteração legislativa que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera Federal, ainda que tenha ampliado a conceituação de infração penal de menor potencial ofensivo, dilatando para dois anos o tempo de pena máxima cominada abstratamente aos crimes (revogação parcial do artigo 61 da Lei 9.999/95), não aumentou também os dois anos o tempo de pena mínima cominada para fins de confecção de proposta de suspensão condicional do processo.

Noutro giro, Bitencourt<sup>18</sup> entende que não há previsão de qualificadoras, causas de aumento ou causas de diminuição de pena e também, como já tratado, não há modalidade culposa.

Sendo a ação penal pública incondicionada, admite a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública, conforme determina a Constituição Federal, uma vez que inerte o Ministério Público, nos termos do que dispõe o texto Constitucional em seu artigo 5º. Inciso LIX.

O infanticídio é crime doloso contra a vida e, também por disposição do texto Constitucional, a competência para seu julgamento é adstrita ao Tribunal do Júri, consoante o que dispõe o artigo 5º. Inciso XXXVIII.

Interessante é observar o posicionamento de Rogério Greco<sup>19</sup> a respeito da aplicação da circunstância agravante do artigo 61, inciso II alínea e do Código Penal.

Greco questiona:

“Tratando-se de crime de infanticídio, como o fato narrado no tipo penal diz respeito à conduta da mãe que, influenciada pelo estado puerperal, causa a morte do próprio filho, durante o parto ou

---

<sup>18</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal Parte Especial 2 – Dos Crimes Contra a Pessoa*. 13ª Ed. São Paulo Editora Saraiva 2013

<sup>19</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, v. II*. 10 ed. Niterói, Editora Ímpetus, 2013

logo após, caberia a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, II, e, segunda figura (ter cometido o crime contra descendente)?”

Tal questionamento também é por Greco respondido, momento em que o referido autor explica que não há se falar em aplicação dessa agravante por se tratar de bis in idem.

Nas palavras de Greco:

“Não, pois, caso contrário, estaríamos fazendo uso do chamado bis in idem, uma vez que a própria redação contida no caput do artigo 61 do Código Penal diz serem ‘circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime’”.

O autor supracitado leciona, nesse caso, que o tipo penal em comento, o infanticídio, tem por elementar constituinte do crime a figura do “filho”. Este é o motivo pelo qual a pena não poderá ser agravada no segundo momento do critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal.

## 2 A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL NA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Para que seja possível e didático à apresentação deste trabalho o estudo do estado puerperal como elemento normativo, necessário mais uma vez determinar a redação aferida pelo legislador ao tipo penal: “Matar, *sob a influência do estado puerperal* o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

No entendimento de Damásio de Jesus, há três critérios de conceituação legislativa do infanticídio, quais sejam:

a) o *psicológico*, que foi revogado pelo Código Penal de 1969

b) o *fisiopsicológico*, que foi adotado pelo Código Penal de 1940 e vige até os dias atuais.

c) o *misto*, critério proposto por Nelson Hungria no anteprojeto do CP em 1963.

O critério *psicológico* já inexistente tem a ver com a questão da honra. Conforme breve abordagem anterior, o infanticídio decorria da gravidez ilegítima, onde, segundo esse critério, se encontrava em estado puerperal àquela mãe que matava o filho motivada pelo impulso de resguardar-se, proteger-se da inevitável reprovação social.

Então, baseada na própria angústia e o imenso conflito íntimo entre a sociedade exterior e a sua ética, moral e honra, a mulher, que em um momento de insensatez, mata o próprio filho estaria diagnosticada por influência do estado puerperal.

No que se refere ao estado *fisiopsicológico* adotado nos dias atuais, a questão da honra da mulher não é considerada. Ou seja: o motivo impulsionador do infanticídio deixa de ser o estado puerperal para preservação da própria honra, mas sim somente a influência do estado puerperal.

E, por fim, embora não tenha sido adotado, vale estudar que em se tratando do conceito misto, também chamado de composto, considera-se somente por um determinado tempo a influência do puerpério e o motivo da honra.

O Código Penal vigente aduz no corpo de sua exposição de motivos que o infanticídio é considerado um “*delictum exceptum*” quando for cometido pela parturiente que está sob a influência do estado puerperal. Nos termos exatos

trazidos pelo item 40 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, extrai-se:

“O infanticídio é considerado um delictum exceptum quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a honoris causa (considerada pela lei vigente como razão especial de abrandamento da pena), a pena aplicável e a de homicídio.”

Compreende-se, portanto que imprescindível a caracterização da influência do estado puerperal para que se fale em crime de infanticídio, de modo que o crime só se define ante a existência comprovada da alteração psíquica da mãe recém-parida, fato este já presumido pelo legislador no texto legal.

## 2.1 Puerpério e estado puerperal

Ao que interessa, primeiramente, há de se distinguir puerpério e o estado puerperal, uma vez que, de forma simplória, este é a condição temporária da parturiente anteriormente sã, com surtos de amoralidade e mínima condição de discernimento de ações instintivas, que culminam com a agressão ao próprio filho, enquanto àquele é o período de tempo entre os procedimentos pós-parto, expulsão da placenta e a volta do organismo da mãe às condições de nova gravidez.

O puerpério, etimologicamente falando, origina-se pelo latim e representa a união do que significa “*puer*” e “*parere*”<sup>20</sup> (criança e parir, respectivamente), identificando exatamente o período pós-parto e o retorno das condições fisiológicas da mãe ao período anterior ao estado gravídico.

Nas palavras de Nucci<sup>21</sup>, o puerpério conceitua-se nos seguintes termos:

“É aquele que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Neste momento, há intensas alterações psíquicas e físicas, que chegam a transformar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo, razão pela qual se trata de situação de semi-imputabilidade. Note-se que o

<sup>20</sup> Dicionário Etimológico Online. <http://www.dicionarioetimologico.com.br/puerperio>

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mãe às condições pré-gravidez. O estado puerperal consiste em elemento objetivo do tipo penal do crime de infanticídio”.

O puerpério traduz-se em fenômenos físicos, uma vez que a mulher grávida apresenta várias sintomatologias clínicas próprias que caracterizam o pós-parto, como, por exemplo, modificação significativa na pressão arterial, palidez, exaustão física e mental, dentre outros.

Todas as características de alteração da condição pós-gravidez acarreta considerável desconforto à mulher que, quando agravados pelos sintomas psicológicos levam à parturiente ao stress físico e emocional necessários ao cometimento do crime.

Além do conceito jurídico, tem-se também o conceito obstétrico<sup>22</sup> oriundo das palavras de Rezende e aqui colacionado:

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

Para a medicina, período de duração do puerpério é compreendido no período de 6 a 8 semanas e aliados aos fenômenos físicos estão os fenômenos psicológicos que podem perdurar também até este período.

A doutrina não tem entendimento pacificado a respeito do tema, no entanto, todavia a legislação não quis contemplar o lapso temporal descrito na ciência médica, determinando que a influência do estado puerperal é de ser observada durante o parto ou logo após, sugerindo que tal período esteja compreendido num lapso de tempo limitado a “logo após o parto”.

Noutro passo, o que se tem a respeito do conceito e significado de estado puerperal vai além do que já foi abordado sobre o puerpério.

---

<sup>22</sup> REZENDE, Jorge de. *O puerpério* in: REZENDE, Jorge de et al. (Coord.) *Obstetrícia*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

Como já dito, um não se confunde com outro. Segundo a psicologia, o estado puerperal, tal como a gravidez, é um período de vulnerabilidade da mulher, onde esta está mais susceptível à ocorrência de crises.

A respeito, Álvaro Mayrink<sup>23</sup> leciona que:

“Não se pode confundir puerpério com estado puerperal. O primeiro é um estado fisiológico comum a todas as mulheres que dão a luz, com início, meio e término pré-determinado, podendo em alguns casos causar alterações psíquicas de intensidade variável, entretanto, de fácil diagnóstico”.

De modo geral, a parturiente sente-se debilitada e desprotegida, uma vez que as sensações pós-parto não só são de desconforto físico, mas de extrema intensidade emocional, eis que a euforia e a depressão poderão se alternar facilmente e onde todos esses fatores concorrem para a súbita queda dos níveis hormonais, influenciando o caos emocional.

Assim sendo, pode-se concluir que puerpério é um acontecimento comum que abrange todas as mulheres no lapso temporal entre o parto e a volta do organismo as condições anteriores a gravidez. Enquanto o estado puerperal está relacionado a condição psicológica em que encontra a mulher no momento do puerpério, muitas vezes externadas por perturbações mentais ou até mesmo transtornos psíquicos.

## 2.2 Conceitos médico e psicológico

O conceito médico de estado puerperal insere-se na psiquiatria e na psicologia de forma praticamente integrada.

Estudos de psiquiatria clínica<sup>24</sup> ensinam que transtornos psiquiátricos puerperais são classificados conforme suas características, que se apresentam como: disforia pós-parto, depressão pós-parto e psicose puerperal.

A disforia pós-parto, também pode ser chamada de puerperal blues e, consoante o que diz os estudos médicos, costuma acometer a mulher nos primeiros dias após o nascimento do bebê e acaba de forma espontânea em até, no máximo, duas semanas.

---

<sup>23</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003

<sup>24</sup> *Transtornos Psiquiátricos na Gestação e no Puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento*. Revista de Psiquiatria Clínica Volume 33, n. 2 – São Paulo, 2006

Sintomas característicos da puerperal blue incluem choro fácil, inconstância de humor e irritabilidade. Outros sintomas também são visíveis, mas não exigem tratamento por meio de medicamentos. O aconselhável é prestar à parturiente o conforto e segurança emocional da qual ela precisa. Estudos apontam que a depressão pós-parto pode ser parto ou continuidade de uma depressão iniciada na gestação.

A depressão perinatal apresenta sintomatologia diferente e, apesar de se assemelharem aos sintomas do estado depressivo capaz de atingir qualquer pessoa em qualquer fase da vida, as pacientes normalmente se mostram com maior grau de irritabilidade, humor deprimido, sentimento de culpa, perda de interesse em tarefas cotidianas e capacidade de concentração prejudicada. Há sintomatologia clínica nesse estágio depressivo, uma vez que há relatos e queixas de insônia, perda de apetite.

Os sintomas habitualmente relatados podem ser facilmente confundidos com os sintomas próprios do período pós-parto, de modo que queixas de cansaço fácil, diminuição da libido, dor e desconfortos em diferentes sistemas são de pouca utilidade para o diagnóstico de depressão nessa fase.

Todavia, a este momento também se inclui a depressão pós-parto, que traz algumas particularidades clínicas interessantes para a análise: na depressão pós-parto há possibilidade de haver um componente de ansiedade mais elevado, além de pensamentos recorrentes de machucar o bebê.

Já a psicose puerperal, ainda considerando o que dizem estudos psiquiátricos, inicia-se de forma mais inesperada. Estudos verificaram que algumas mulheres diagnosticadas com psicose puerperal apresentavam a sintomatologia clínica nas duas primeiras semanas logo após o nascimento de seus filhos. Esta conduta psicótica caracteriza-se pela presença de delírios, alucinações e estado confusional. As parturientes sintomáticas de psicose puerperal apresentam comportamento desorganizado, delírios envolvendo seus filhos, com pensamentos de lhes provocar algum tipo de dano.

Observou-se no estudo clínico que o suicídio nesse período é quase inexistente, entretanto, o risco de infanticídio é considerável, o que torna necessária intervenção médica e hospitalar.

Mais recentemente, alguns estudos neurocientíficos defenderam a hipótese de que a parturiente portadora de psicose puerperal que comete infanticídio necessita mais de tratamento e reabilitação do que punição do Estado, uma vez que deste modo há a possibilidade de se evitar que o mesmo comportamento seja repetido futuramente em outras situações.

### 2.3 Determinação dos aspectos fisiopsicológicos na perícia médica

O critério fisiopsicológico adotado pelo atual ordenamento jurídico é o que determina que a puérpera apresente não só os sinais físicos de puerpério, mas todos os sintomas de incapacidade momentânea oriundo do trauma gravídico e pós gravídico para que lhe seja efetivamente imputada a conduta típica descrita no infanticídio.

Veja-se no, no entanto, como se posiciona a medicina legal, conforme ensina Paulo Ênio Garcia<sup>25</sup>:

“O puerpério é um estado fisiológico, que tem início com a eliminação da placenta e termina com o retorno dos ciclos menstruais, que pode levar até oito meses. Geralmente, quando o parto é desassistido e acompanhado de angústia, abandono, aflição, privações, dores e sangramentos, podem ocorrer alterações biopsicossociais na mulher, o chamado estado puerperal, entidade patológica que pode leva-la à confusão mental e a um ato criminoso, como matar o próprio filho”.

De acordo com o autor supramencionado, caracterizar exatamente a prática do infanticídio é um dos grandes desafios na práxis da Medicina Legal, sendo, inclusive, a perícia médico-legal nos casos de infanticídio chamada de *crucis peritorum* – a cruz dos peritos. Isso se dá porque há uma complexidade na execução e uma dificuldade para a tipificação do crime.

A linha que separa a lucidez da puérpera em estado depressivo e a puérpera que não se encontra lúcida na depressão, com estágio quase beirando à psicose é bastante tênue. Há que se analisar todo um contexto, incluindo não só o pós-parto, mas o período gravídico da mulher.

Isto porque várias pesquisas psiquiátricas acerca do cometimento do infanticídio apontavam que muitas das mulheres quando matavam seus filhos

---

<sup>25</sup> COSTA, Paulo Ênio – *Medicina Legal e Criminalística*. Ed. Vesticon, Brasília 2012

apresentavam sintomas que variavam desde a negação da gravidez, sintomas dissociativos e, muitas vezes, psicoses.

Em situações especiais, como nas gestações conduzidas em segredo, não assistidas e com parto em condições extremas, uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade e com desintegração temporária do ego poderiam ocorrer.

Alguns critérios de diagnóstico são estabelecidos pela Associação Americana de Psiquiatria e apontam para classificação médica denominada *Transtorno de Stress Agudo*, cuja característica fundamental é o desenvolvimento de uma ansiedade própria, sintomas dissociativos dentre outros, cujo período de ocorrência é em até um mês após inferência de agente estressor externo. O evento causador do trauma (agente estressor) provoca no indivíduo, quer seja no momento de stress ou logo após, alguns sintomas dissociativos importantes, inclusive ausência de resposta emocional, redução da consciência sobre o que está ocorrendo ao seu redor e até amnésia dissociativa.

Sobre o tema, Roberson Guimarães<sup>26</sup> criteriosamente explica:

“o sintoma característico desse transtorno é uma alteração súbita e geralmente temporária nas funções normalmente integradas de consciência, identidade e comportamento motor, de modo que uma ou duas dessas deixa de ocorrer em harmonia com as outras. Os relatos de MENDLOWICZ e SPINELLI<sup>27</sup> supracitados demonstram de forma taxativa a presença de alguns destes sintomas nas autoras de infanticídio. A amnésia, as alucinações auditivas e o transtorno de despersonalização são quase que regra. No transtorno de despersonalização ocorre uma alteração na percepção de si mesmo, a um grau em que o senso da própria realidade é temporariamente perdido. Os pacientes com transtorno de despersonalização podem sentir-se mecânicos, autômatos, que estão em um sonho, ou distanciados do próprio corpo. Diante dessa evidente superposição de características epidemiológicas e clínicas, poder-se-ia admitir que o chamado "*estado puerperal*" oriundo de nosso Código Penal, trata-se de uma modalidade do "*Transtorno de Estresse Agudo*"

<sup>26</sup> GUIMARÃES, Roberson. *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003

<sup>27</sup> Mendlowicz, MV : *Neonaticide in the city of Rio de Janeiro: forensic and psycholegal perspectives*. J Forensic Sci 1999 Jul; 44(4): 741-745.

Spinelli MG: *A systematic investigation of 16 cases of neonaticide*. Am J Psychiatry 2001; 158:811-813.

estabelecido na DSM-IV da Academia Americana de Psiquiatria. Em decorrência desse fato a perícia médico-legal disporia de elementos para a comprovação material do estado puerperal. Contudo, a curta duração dos sintomas, o caráter transitório dessa perturbação, e a ausência de distúrbio mental prévio, fazem desse diagnóstico pericial um verdadeiro desafio, pois muitas vezes, ao realizar o exame, os sintomas já desvaneceram. Ao examinar uma puérpera o legista nem sempre disporá de elementos para concluir pela realidade de um estado puerperal.”

A psiquiatria e psicologia estão em consonância quando explicam que sintomas fisiopsicológicos estão presentes no estado puerperal. A maior dificuldade para efetivamente imputar à mãe a conduta criminosa contra seu filho está em determinar quando tais patologias acometeram a puérpera e associa-las ao estado puerperal, de modo que tal estado patológico influencie diretamente no infanticídio.

Concernente à perícia médico-legal, cujo objetivo *mister* é diagnosticar o estado psíquico da parturiente, norteia-se a princípio pela a comprovação de parto anterior, atual ou antigo, ao que de fato determinou a morte do infante, buscando o limiar entre os sintomas físicos e psíquicos da mãe, porque o nexo de causalidade entre gravidez, parto, puerpério e estado puerperal são essenciais.

A relevância para o diagnóstico fechado de patologia fisiopsíquica está diretamente ligada na inserção do fato à elementar do tipo penal: “sob influência do estado puerperal”, uma vez que, como exaustivamente mencionado no decorrer deste trabalho, não há se falar em infanticídio sem que a mulher esteja influenciada por estado psíquico oriundo das condições gravídicas e de parto.

Sendo presumido pela lei a existência de um estado psíquico emocional abalado pela mulher recém-parida, admite-se a prova ao contrário para se afastar o infanticídio. Se afastado, pune-se o autor da conduta nos moldes do artigo 121 do Código Penal.

## 2.4 Início e fim do puerpério e estado puerperal

Ainda se diverge a respeito do período de duração do puerpério. A medicina se posiciona no sentido de que, enquanto estado fisiológico, o puerpério se inicia com a expulsão e eliminação da placenta e finda com o retorno dos ciclos

menstruais, o que pode durar até oito meses. Em semelhante posicionamento estão Noronha<sup>28</sup> e Mirabete<sup>29</sup>.

Noronha, entretanto, de forma mais criteriosa entende que existe o puerpério a partir do início de parto:

"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 fase. Está, então, o parto terminado"

O início do puerpério e estado puerperal, verifica-se, é mais fácil de ser precisado, todavia, de modo geral não há precisão sobre o fim da alteração psíquica da mãe no pós-parto, motivo pelo qual cabe ao julgador analisar o caso concreto quando do juízo de prelibação. A decisão de pronúncia, portanto, será orientada por laudos psiquiátricos e peritos-legistas, os legitimamente capazes de identificar o estado psicótico da parturiente no momento de morte do filho.

## 2.5 Perícia médico-legal na mãe e no infante

Consoante o que já foi demonstrado ao longo deste trabalho, para que a mãe responda pelo infanticídio deve haver prova de vida do nascente ou neonato, bem como a prova da influência do estado puerperal na mãe. Embora haja incontroversa dificuldade em se determinar a condição psíquica da mãe com o cometimento do crime, e apesar de a perícia médica nem sempre ser realizada logo após a conduta criminosa em si, alguns aspectos poderão ser abordados clinicamente, de forma que o exame médico-legal do estado mental da puérpera deverá necessariamente averiguar:

- a) se houve parto e se é recente;
- b) se não aconteceu nenhuma intercorrência durante o parto, se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
- c) se a puérpera tinha entendia ser o bebê seu filho, se escondeu ou não o cadáver após o crime;

<sup>28</sup> NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, v. 2

<sup>29</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 4ª. Ed., São Paulo: Atlas, p. 842

d) se há a puérpera tem condições de lembrar do crime ou se finge não lembrar.

e) se há histórico de antecedentes psicopáticos ou se suas consequências surgiram no decorrer da gestação, do parto e do puerpério;

f) se observa-se indícios de outra perturbação mental capaz de direcioná-la à prática criminosa, quer tenha sido durante ou logo após o parto.

Sobre a vítima, o limite temporal descrito no tipo penal traz a relevância de precisão na determinação do momento da morte, devendo ser especificado, principalmente, os seguintes detalhes<sup>30</sup>:

i) condição de natimorto: onde a morte ocorre ainda dentro do útero.

ii) feto nascente: onde o óbito ocorre no período entre o início da expulsão do feto e o momento imediatamente anterior ao estabelecimento da vida autônoma, ou seja, antes de se estabelecer o processo respiratório no organismo.

iii) infante nascido: a morte ocorre logo após o estabelecimento do processo respiratório, onde a morte ocorre, em geral, por descuidados e falta de tratamento necessário. Nesse caso, o exame pericial detecta geralmente que há tumor do parto, estado sanguinolento, cordão umbilical não tratado, presença de mecônio e sinais de respiração autônoma.

iv) recém-nascido: o óbito ocorre no período entre o estabelecimento do processo respiratório e o sétimo dia após o nascimento. Porém, sob a ótica pediátrica, em análise clínico-terapêutica, considera-se até o trigésimo dia.

Cabe ressaltar que o bebê apresenta todas as características de normalidade, como também ocorre ao infante nascido. Entretanto, ao exame pericial interessa não encontrar o estado sanguinolento e o não tratamento do cordão umbilical.

Mais ainda, a respeito dos objetivos periciais já narrados em relação ao crime, à autora e à vítima, Veloso França<sup>31</sup> leciona no sentido de que cabe também ao exame pericial a identificação dos elementos constituintes do delito, não só em relação ao infante, mas sim a causa jurídica de morte, ou seja, o diagnóstico do mecanismo que levou o infante à morte.

---

<sup>30</sup> COSTA, Paulo Ênio – *Medicina Legal e Criminalística*. Ed. Vesticon, Brasília 2012

<sup>31</sup> FRANÇA, Genival Veloso - *Medicina Legal 7ª*. Edição. Ed. Guanabara Koogan, 2004

## 2.6 Infanticídio com vida intrauterina

Rogério Greco destaca este tópico em sua obra e entende-se que é tema de especial relevância, haja vista a necessária atenção aos elementos que constituem o tipo penal ora estudado e os elementos constitutivos do tipo contido no artigo 124 do Código Penal.

O posicionamento doutrinário a respeito do aborto está no sentido de que este ocorre quando há o interrompimento fisiológico da gravidez cuja consequência é a morte do feto.

A medicina legal infere ao abortamento a seguinte definição: "é a interrupção da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja o seu estado evolutivo, desde a concepção até o parto<sup>32</sup>".

Traça-se, portanto, um paralelo entre um delito e outro. Não se fala em estado puerperal e muito menos em influência deste no cometimento do aborto, mas se fala em vida intrauterina em ambos.

### 2.6.1 O parto

Determinar o momento de início de parto é fundamental.

Se ao infanticídio importa que a mãe esteja sob a influência do estado puerperal para causar a morte do filho determinando que esta ocorra *durante o parto ou logo após*, o início do parto necessariamente precisa ser delimitado, porquanto a morte do filho ocorrida antes do início do parto a conduta da mãe passa ser atípica para o infanticídio e típica para o crime de aborto.

A ciência médica leciona determinadas formas do chamado início de parto. Primeiramente, considera-se o parto natural (ou normal) para o estudo em questão.

O Professor Jorge Rezende<sup>33</sup> explica que o parto normal ocorre em três fases principais:

"cl clinicamente, o estudo do parto compreende três fases principais (dilatação, expulsão, secundamento), precedidas de estágio preliminar, o período premunitório. (...)

<sup>32</sup> COELHO, Carlos Alberto de S., JUNIOR, José Jarjura Jorge, *Manual técnico-operacional para os Médicos-Legistas do Estado de São Paulo*, São Paulo: CREMESP, 2008

<sup>33</sup> REZENDE, Jorge de. O parto. *Revista de Obstetrícia*. 8ª. ed. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 1998

- a) Dilatação, ou 1º. Período.
- b) Expulsão, ou 2º. Período.
- c) Secundamento, ou 3º. Período.

Inicia-se a fase de dilatação ou primeiro período, no prevalente conceito dos tratadistas, e, ostensivamente com as primeiras contrações uterinas dolorosas, que começam a modificar a cervice, e termina quando a sua dilatação está completa”.

Portanto, nos termos do Professor Rezende, é com a contração uterina e a dilatação do colo do útero que se pode determinar o início do parto natural.

Em segundo momento, considera-se para o estudo o parto por intervenção cirúrgica, a cesariana, parto cesáreo ou tomotocia, que se define por: “intervenção cirúrgica que consiste em retirar o feto através da incisão da parede abdominal e do útero<sup>34</sup>”

À vista do exposto, o entendimento firmado pela doutrina está no sentido de que o início do parto poderá acontecer em três momentos consecutivos e distintos, quais sejam: a) no parto normal: a dilatação do colo uterino, o rompimento da membrana amniótica (bolsa), e b) no parto cesáreo: com o movimento incisivo às camadas abdominais para a retirada do feto.

Todo o raciocínio e exposição a respeito do início do parto trazido ao presente, tem por objetivo demonstrar que não há se falar mais no crime de aborto a partir de iniciado todas as etapas de parto. No caso, e a partir de então, só se pode falar em duas condutas típicas aplicadas à mãe: homicídio ou infanticídio.

#### 2.6.2 Infanticídio praticado ao nascente intraútero

Se o termo inicial para a caracterização da elementar trazida ao tipo infanticídio está em “durante o parto”, é possível que uma vez iniciado o procedimento de parto com a dilatação do colo uterino e rompimento da bolsa amniótica, a parturiente, sob influência do estado puerperal consiga praticar qualquer artifício bastante eficaz para produzir o resultado morte do nascente ainda que este esteja em seu próprio útero.

Greco ensina que não é relevante se a vida é intra ou extrauterina. O que vai definir efetivamente o infanticídio e descartar o aborto é a caracterização do início do parto.

---

<sup>34</sup> Dicionários Portos Online - Termos Médicos . <http://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/cesariana>. Acesso em 21/01/2015

Coleciona-se, na oportunidade, jurisprudência bastante didática a respeito do tópico estudado<sup>35</sup>, *verbis*:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - RECURSO MINISTERIAL - PRELIMINAR: CONTRARRAZÕES - CONHECIMENTO - MÉRITO: FETO - MORTE - ERRO MÉDICO - HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO.

I - Embora o Juiz tenha rejeitado a denúncia por atipicidade do fato e, assim, não se tenha formado a relação processual, deve ser oportunizado aos acusados o oferecimento de contrarrazões ao recurso ministerial em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real.

**II - A legislação penal pátria alberga a vida humana desde a sua concepção. Todavia, a sua lesão pode tipificar crimes diversos a depender da fase em que aquela se deu. Na etapa inicial, ou seja, da concepção até o início do parto, a interrupção da gravidez com a morte do embrião qualifica o aborto. Se o óbito do feto ocorrer durante o parto ou logo após, pode-se configurar ou o infanticídio, se a morte é causada pela própria mãe sob influência do estado puerperal, não se descartando aqui a possibilidade de concurso de agentes, ou então, o homicídio, se ausentes as elementares do infanticídio.** Sendo este o caso dos autos, impõe-se o provimento do recurso para que seja recebida a denúncia.

(Acórdão n.148281, 20010110539405RSE, Relator: NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/11/2001, Publicado no DJU SECAO 3: 20/02/2002. Pág.: 114) (grifou-se)

Assim como na obra de Rogério Greco que pertinentemente destaca o tema estudado neste tópico, acrescenta-se a este trabalho as palavras de Nelson Hungria<sup>36</sup>:

“O Código atual ampliou o conceito do infanticídio: o sujeito passivo deste já não é apenas o recém-nascido, mas também o feto nascente. Ficou, assim, dirimida a dúvida que se apresentava no regime do Código anterior, quando o crime se realizava *in ipso partu*, isto é, na parte de transição da vida uterina para a vida extrauterina. Já não há mais identificar-se, em tal hipótese, o simples aborto – solução que, em face do Código de 90, era aconselhada pelo princípio *in dubio pro reo*: o crime é infanticídio. Deixou de ser condição necessária do infanticídio a vida autônoma do fruto

<sup>35</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. <http://tjdft.jus.br>. Acesso em 25/01/2015

<sup>36</sup> HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. V.

da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de total desligamento do corpo materno, uma vida humana. Sob o prisma jurídico penal, é, assim, antecipado o início da personalidade. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero. Já então o feto passa a ser uma unidade social. Não se pode negar que o feto nascente seja um ser vivo, embora não possua todas as atividades vitais.”

### 3 CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO

Um crime poderá ser cometido por uma ou mais pessoas em concurso. O agente pode sozinho, agir de forma delituosa, mas também pode agir conjuntamente com outro indivíduo, cuja ação concorra efetivamente para o resultado discriminado no tipo penal, momento em que se está diante de um concurso de pessoas.

Em sentido lato, a esta cooperação para o cometimento de ato criminoso também se denomina coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes e cumplicidade<sup>37</sup>.

Ensina Mirabete<sup>38</sup>:

“O Código Penal de 1940 resolveu em termos simples a questão do concurso de pessoas, partindo da teoria da equivalência dos antecedentes adotada quanto à relação de causalidade, igualando os vários antecedentes causais do crime, não distinguindo entre os vários participantes da empresa criminosa e reunindo-os sob a denominação de “coautoria”. É inquestionável, porém, que a cooperação de várias pessoas pode verificar-se na fase de ideação ou execução do crime, variando também a importância maior ou menor, bem como as espécies de contribuição para o resultado final, o que tornava por demais estreita a denominação e a disciplina legal acolhidas pelo legislador quanto ao concurso de pessoas.”

Destarte, toda construção conceitual sobre o tema é oriundo da doutrina, uma vez que do texto legal consagrado no Código Penal não se extrai qualquer definição sobre o que efetivamente é o concurso de pessoas, entretanto o caput do artigo 29 determina que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, referendando todos os conceitos doutrinários apresentados pelos penalistas.

#### 3.1 Teorias acerca do concurso de pessoas

A doutrina explica que há varias teorias sobre o concurso de pessoas quando pretende estabelecer chances acerca da possibilidade de haver apenas um ou mais delito em concurso de pessoas.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2011.

<sup>38</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, V. 1 parte geral. arts 1º ao 120 do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 24 ed. rev e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

Nos moldes da *teoria Monista*, ainda que o crime tenha sido praticado por várias pessoas em colaboração não perde seu caráter de único e indivisível, de forma que todos aqueles que contribuem para a realização do ilícito o produzem em sua totalidade e por ele responde integralmente, de modo que não há, por conseguinte, distinção entre quaisquer daqueles que contribuíram para o crime, quer tenha sido autor, coautor, partícipe. Todos serão imputados como autores ou coautores do crime.

Segundo Mirabete:

“A crítica a essa posição deriva não só da dificuldade de se estabelecer a realidade da ‘equivalência das condições’, bastante discutível, como das próprias exceções da lei, que estabelece, apesar da adoção do princípio unitário, algumas causas de agravação e atenuação da pena”.

Esta é, portanto, a teoria adotada como regra pelo Código Penal de 1940. No item 25 da Exposição de Motivos, explica-se que o concurso de pessoas é a forma mais abrangente para a aplicação da reprimenda àquele que pratica o crime, já que a coautoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*.

Há outras teorias acerca do concurso de pessoas.

Para a *teoria dualística* no concurso de pessoas existe um crime para o autor e outro para os partícipes. Há uma ação principal, cujo papel é do autor, aquele que executa diretamente a ação contida no núcleo do tipo penal. E há outros agentes que praticam diversas ações acessórias, mas que levam o autor à execução do crime. Em qualquer das hipóteses, o crime é fato único e, por vezes, a ação do executor é menos importante que a do partícipe, como nos casos de crime de mando, por exemplo.

A *teoria pluralista*, por seu turno, entende que havendo diversos agentes (pluralidade de agentes) e diversidade de condutas que provoquem um só resultado, cada um dos agentes responde por um crime autônomo. A crítica a esta teoria está em que existe o liame subjetivo (vontade convergente de todos em alcançar determinado resultado) na ação de todos os agentes. A participação de cada um não ocorre de forma autônoma, já que todas as condutas se dirigem a uma ação única e o resultado único é oriundo de causas diversas.

Nucci tece o seguinte comentário sobre a teoria pluralista e suas exceções no Código Penal:

“O Código Penal adota essa teoria ao disciplinar o aborto (art. 124 – “Provocar aborto com o consentimento da gestante”), fazendo com que a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incurso no artigo 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em lugar de ser coautor dessa infração, responda como incurso no art. 126 do mesmo Código. O mesmo se aplica no contexto da corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP) e da bigamia (art. 235, caput e par. 1º. CP).”

Apesar de se adotar a teoria monista como a regra de se punir todos aqueles que concorrerem para o crime na medida de sua culpabilidade, diante de algumas críticas acerca da possibilidade de injustiças neste trato, o legislador cuidou de precisar regras específicas para distinguir a autoria e participação.

Nas palavras de Mirabete, tem-se:

“Enquanto a manutenção da teoria monista se impõe como exigência de certeza de justiça e de segurança, a referência à culpabilidade é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica cláusula salvatória contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante do disposto no antigo art. 29 do Código Penal. Embora a lei não distinga expressamente a coautora da participação, essa divisa é revelada, por exemplo, no art. 62., IV, do CP, que se refere à execução, portanto (à autoria ou coautoria) e à participação no crime mercenário.

A ressalva legal de que se atenderá na aplicação da pena à culpabilidade de cada um dos agentes (como fazem o Código Penal Português, o Código da República Federal da Alemanha e o Código Penal Tipo para América Latina) e o disposto no parágrafo 2º do art. 29, que determina a punição pelo crime menos grave do concorrente que quis participar desse delito e não do realmente praticado, reduzem de muito a aplicação do princípio da unidade do crime no que diz respeito à fixação da pena em concreto no concurso de agentes. No art. 29, caput, determina-se que todos os que deram causa ao resultado respondem por este, mas as ressalvas desse dispositivo e do parágrafo 2º impõem a verificação de cada um dos concorrentes do elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e da censurabilidade da conduta. Nessas exceções a lei aproxima-se da teoria dualista, distinguindo a coautoria da participação.”

### 3.2 Distinção entre coautoria e participação

Positivou-se apenas dois tipos de concurso de pessoas: a) coautoria e b) participação, porém sem que se conceituasse este ou aquele, cabendo à doutrina separar cada figura jurídica de forma diversa a fim de que as decisões proferidas pelos juízes tivessem caráter mais justo na aplicação da reprimenda a cada agente envolvido no crime.

Mais tarde, a Reforma Penal de 1984 sedimentou o entendimento doutrinário reconhecendo como correta a distinção entre coautoria e participação, acolhendo-a.

Quando se fala sobre a conceituação dos agentes participantes do concurso de pessoas, três teorias vêm à baila:

A primeira teoria, teoria subjetiva ou subjetivo-causal, oriunda do Código Penal de 1940 antes da Reforma de 1984, que não distingue coautor e partícipe, porque entende que todos que contribuem para o resultado injusto são igualmente coautores. Esse posicionamento, entretanto, já foi rechaçado e não é mais utilizado.

A *teoria formal-objetiva* é onde a doutrina majoritária se firma. É a teoria formal-objetiva que delimita o papel do autor, coautor e partícipe, onde autor é aquele que pratica a conduta típica descrita na lei. É aquele que executa a ação principal.

Quando o agente colabora diretamente para a execução da ação típica, diz-se autoria direta. Se realiza ação através de outro que não é imputável ou não age com culpabilidade, diz-se autoria mediata. São coautores os que de forma conjunta realizam a conduta típica. Os partícipes são os que contribuem de alguma forma para a realização do crime, quer seja auxiliando, induzindo ou instigando. São todos aqueles que não são autores mediatos.

Há de se falar também sobre uma terceira corrente, mais precisamente oriunda da doutrina alemã, onde conceitua-se o autor como aquele que tem o *domínio final do fato*. Esta, chamada de *teoria normativa*, tem aceitação na doutrina quando da Reforma de 1984, diante a aquisição da teoria finalista da ação. Nesta teoria autor é aquele realiza a figura descrita no tipo, mas também quem tem o controle da ação típica dos outros agentes participantes, aquele que tem o poder de decisão (o domínio) sobre a realização do fato.

Mirabete cita Wagner Brússolo<sup>39</sup>, que diz que: “

A teoria do domínio do fato identifica quem seja autor ou quem seja partícipe pela relação de domínio exercida sobre a ação típica, isto é, será autor aquele que dominar a realização da ação típica, exercendo controle sobre a continuidade ou paralização da ação; e será partícipe aquele que, embora colaborando dolosamente para a realização da ação, não a domina.”

### 3.3 Requisitos do concurso de pessoas

Nas palavras de Nucci<sup>40</sup>, do conceito doutrinário de concurso de pessoas é possível identificar cinco elementos basilares, quais sejam:

- “a) Existência de dois ou mais agentes;
- b) relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas e o resultado;
- c) vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si. Não há necessidade de ajuntamento prévio entre os coautores.  
(...)
- d) reconhecimento da prática da mesma infração para todos;
- e) existência de fato punível. Se o crime não mais é punível, por atipicidade reconhecida, por exemplo, para um dos coautores, é lógico que abrange todos eles”

A cognição faz parte do elemento volitivo: dolo. A consciência de cooperação de qualquer forma ou em maior ou menor grau para que haja sucesso da ação de outrem na prática de um fato punível é bastante para se falar em concurso de pessoas. De mesmo modo, faz-se necessário a reciprocidade do elemento subjetivo, uma vez que se um dos envolvidos não tiver ciência do outro no mesmo contexto, não haverá, para este, o concurso.

### 3.4 Concurso de pessoas no crime de infanticídio

Como amplamente estabelecido ao longo deste trabalho, o infanticídio é crime autônomo que assume características de homicídio privilegiado por vários motivos, sendo um dos principais a influência do estado puerperal em que se encontra a mãe recém-parida.

<sup>39</sup> Concurso de pessoas: notas e comentários, Revista dos Tribunais 720.

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 7ª ed. Editora. Revista dos Tribunais 2011. p 397

Por sua qualidade de injusto especializado e sendo um crime punível menos severamente que o homicídio, seria possível admitir o concurso de pessoas no infanticídio?

Bitencourt inicia a discussão propondo que o pressuposto para que se assevere acerca do concurso no crime em debate está em que o terceiro participante da ação delituosa necessariamente deve saber que a mãe esteja agindo sob a influência do estado puerperal, posto que, se assim não for, não há se falar em infanticídio, mas sempre em homicídio pela participação ou coautoria.

Por seu turno, Damásio de Jesus, aduz que é possível que outro concorra para a prática do crime, devendo, nesse caso, analisar em que contexto insere-se o participante no delito; se coautor ou partícipe, que pena será aplicada e em que conduta este terceiro estará adequado.

Como sabido, trata-se de crime próprio. Somente a mãe poderá praticar a conduta criminosa descrita no tipo penal. De mesmo modo, somente o nascente ou neonato pode ser sujeito passivo do crime.

Todavia, para Damásio, essa conceituação doutrinária não ilide a possibilidade do concurso de agentes.

Assevera o referido autor que a norma de extensão do artigo 29, caput do Código Penal está em que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Desse modo, não há discussão a ser inferida. Quem concorre para o crime de infanticídio, deverá ser penalizado de acordo com o que reza o artigo 123 do mesmo diploma legal.

Noutro giro, Greco<sup>41</sup> apresenta hipóteses de estudo a serem consideradas para a possibilidade de responsabilização penal ao terceiro que atua no crime. Em suas palavras, tem-se:

- “a) a parturiente e o terceiro executam a conduta núcleo do tipo art. 123, ou seja, ambos praticam comportamentos no sentido de causar a morte do recém nascido;
- b) somente a parturiente executa a conduta de matar o próprio filho, com a participação do terceiro;
- c) somente o terceiro executa a conduta de matar o filho da parturiente, contando com o auxílio desta.”

---

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II. 10 ed. Niterói, Editora Ímpetus, 2013.

Explica Greco que imprescindível a análise contida nos artigos 29 e 30 do Código Penal. O primeiro, exhaustivamente reescrito neste trabalho, determina que aquele que concorre para o crime deverá ser responsabilizado na pena descrita no tipo, na medida da sua culpabilidade.

O artigo 30 reza que “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

No caso do infanticídio, a partir da leitura do supracitado artigo, extrai-se que em sendo a condição da mãe e o seu estado especial (influência do estado puerperal) elementos subjetivos de caráter pessoal para o cometimento do crime, não há se falar em circunstâncias que se comuniquem entre a autora e o terceiro participante, razão pela qual, nos termos do artigo 30 o terceiro que contribui para o crime não responderá pelo infanticídio.

Duas correntes se posicionam a respeito da comunicabilidade ou incomunicabilidade das elementares do tipo penal no crime de infanticídio.

Uma, já descrita neste trabalho, é a defendida por Damásio.

Neste mesmo tópico demonstrou-se que o referido autor defender a tese da comunicabilidade. O terceiro que participa do infanticídio deverá, assim como a puérpera, responder por infanticídio.

Também se filiam a essa corrente autores tais como: Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Frederico Marques e outros.

A segunda corrente, de penalistas mais antigos, seguida por Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno, dentre outros, no entanto, não aceitam a tese de comunicabilidade do estado puerperal e, por este motivo, entendem que o participante no crime deve responder por homicídio.

Esta controvérsia adquiriu um argumento peculiar apoiada por Nélon Hungria que nas palavras de Bitencourt, explica-se.

“(…) Nelson Hungria “criou” uma circunstância elementar inexistente no ordenamento jurídico brasileiro: o estado puerperal seria uma circunstância “personalíssima” e, por isso, sustentava Hungria, não se comunicaria a outros participantes da infração penal. Com essa afirmação Hungria pretendia afastar a aplicação do disposto no artigo 26 do Código Penal (atual artigo 30), que estabelecia o seguinte: ‘Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime’”.

Bitencourt segue explicando que, de acordo com os ensinamentos de Hungria, não há o que ser discutido a respeito de que a elementar “influência do estado puerperal” é típica do crime de infanticídio e é exatamente por não haver dúvidas sobre a natureza dessa circunstância pessoal que se torna infrutífera a discussão sobre sua comunicabilidade.

Fragoso<sup>42</sup> defende que é inconcebível haver concurso no infanticídio e sustenta seu posicionamento argumentando que o crime privilegia a mãe que agiu sob influência de um estado próprio de sua condição de recém-parida, o que lhe diminui a imputabilidade penal. Tal imputabilidade, entretanto, não se estende a terceiros. Na hipótese de coautoria é indiscutível que o crime a ser imputado a este é o crime de homicídio.

Porém, Bitencourt se posiciona no sentido de que uma discussão sobre se é justo ou injusto o abrandamento da pena do terceiro participante no infanticídio não é consistente para rechaçar a orientação adotada pelo Ordenamento vigente que sancionou a teoria monista da ação em seu artigo 29, uma vez que a letra do artigo 30 trata da comunicabilidade das “elementares do crime”, pouco importando se essas elementares serão meras circunstâncias ou elementar de caráter pessoal.

Deste modo, diz, Bitencourt:

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

Rogério Greco, no entanto, se posiciona no sentido da comunicabilidade, ensinando que o infanticídio é delito autônomo e tudo que contem seu tipo é elementar, não circunstância. De modo que, nos termos do artigo 30 do Código Penal, ser comunicado ao coparticipante desde que todos os elementos sejam de seu conhecimento.

A relevância discussão sobre a comunicabilidade ou não das elementares do tipo ao partícipe ou coautor não se contesta.

---

<sup>42</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal – Parte Especial.

A doutrina se divide em dois posicionamentos distintos, mas bem fundamentados por nobres juristas. Porém, os doutrinadores atuais, ao se debruçarem sobre o tema convergem no sentido de que a teoria da incomunicabilidade é uma teoria superada, uma vez que o Código Penal expressa-se demonstrando a comunicabilidade das circunstâncias elementares àqueles que concorrem para o injusto penal.

Embora alguns juristas acreditem ser uma aberração jurídica admitir a extensão da subjetividade da elementar própria do tipo a terceiros tal posicionamento ainda não está totalmente pacificado. Não se olvida, no entanto, a concordância de que a Lei Penal admite a coautoria e participação no infanticídio, devendo, estes, responderem igualmente como a puérpera.

## Conclusão

Através desse trabalho foi possível constatar que o estado puerperal, não apenas como elemento própria para caracterizar o crime de infanticídio, é uma patologia e deve ser tratada como tal, uma vez que as alterações físicas e psíquicas da parturiente são o que lhe move ao cometimento do crime.

O legislador, exprimindo sua vontade através da letra do ilícito penal contido na legislação vigente, adotou o entendimento de que o sistema fisiopsicológico é determinante para a contextualização do infanticídio. O tratamento diferenciado do homicídio, portanto, não é à toa. Apesar da dificuldade em comprovar o distúrbio puerperal apenas no âmbito jurídico, a Medicina Legal, a Psicologia e a Psiquiatria estão inseridas em um fundamental papel de diagnosticar o lapso temporal deste distúrbio, a fim de que sejam minimizados os riscos de a parturiente não tenha seu enquadramento penal descrito em diferente conduta.

Há, indubitavelmente, várias questões a serem dirimidas acerca da punibilidade da mulher que comete o infanticídio, entretanto, há de se ter cuidado na observação da relação patológica-jurídica, uma vez que o assunto não se esgota na tipicidade ou culpabilidade do delito, mas, também, na saúde psíquica de quem o comete.

Sobre o concurso de pessoas, há divergências doutrinárias a respeito da imputação penal ao terceiro que concorre para o resultado ilícito.

Adequa-se a tese defensiva ao caso concreto, de modo a possibilitar o julgador a exercer seu papel ante ao caso concreto.

## Referências Bibliográficas

\_\_\_\_. Código de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.  
Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/dircrta.htm>. Acesso em 07/10/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Parte Especial 2. Dos Crimes Contra a Pessoa. 13 Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

COELHO, Carlos Alberto de S., JUNIOR, José Jarjura Jorge, Manual técnico-operacional para os Médicos-Legistas do Estado de São Paulo, São Paulo: CREMESP, 2008.

Concurso de pessoas: notas e comentários, Revista dos Tribunais 720.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal: parte especial. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

COSTA, Paulo Ênio. Medicina Legal e Criminalística. Ed. Vesticon, Brasília, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Pacto de São José da Costa Rica, Art. 4.

DECRETO-LEI n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. <http://www.dicionarioetimologico.com.br/puerperio/>. Acesso em 17/01/2015.

DICIONÁRIOS PORTOS ONLINE - TERMOS MÉDICOS. <http://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/cesariana>. Acesso em 21/01/2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Especial. 11, por Fernando Fragoso. Editora Forense, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Processo Civil. Módulo 3: Execução. São Paulo: 2006. Disponível em <http://www.audiujus.com.br>. Acesso em 21/11/2014.

GRECO, Rogério. Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, v. II. 10 ed. Niterói, Editora Impetus, 2013.

GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e a perícia médico-legal. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4066>. Acesso em 22/02/2015.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 3ª. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Disponível em: <http://www.mp.sp.br/pls/portal/url>. Acesso em 07/10/2014.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. v. V.

JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

JUNIOR, A. Almeida e J.B. de Oliveira e Costa Jr. "Lições de Medicina Legal". São Paulo: Nacional, 1996.

LYRA, Roberto. Noções de Direito Criminal, 1994, v. 1.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio. Bauru, SP; Edipro, 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio e a Morte Culposa do recém nascido. São Paulo: Millennium, 2004. Disponível em: <http://www.direito penalcombr/leitura.php>. Acesso em: 07/10/2014.

MARANHÃO, Odon Ramos. Curso Básico de Medicina Legal. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDLOWICZ, MV. Neonaticide in the city of Rio de Janeiro: forensic and psycholegal perspectives. J Forensic Sci 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado, 4 Ed., São Paulo: Atlas.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de direito penal, V. 1 parte geral. arts 1º ao 120 do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 24 ed. rev e atual. até 31 de dezembro de 2006. – 2 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

MUAKAD, Irene Batista. O infanticídio: Análise da Doutrina Médico-Legal e da Prática Judiciária. São Paulo: Mackenzie, 2002. Disponível em <http://www.direito penal.com.br/leitura.php>. Acesso em 07/10/2014.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial. 7 ed. Editora. Revista dos Tribunais 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REVISTA MÉDICA ELETRÔNICA. <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/>. Acesso em 17/01/2015.

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

REZENDE, Jorge de. O parto. Revista de Obstetrícia. 8 ed. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 1998.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. Infanticídio: Crime típico, figura autônoma, concurso de agentes. 1ª ed. São Paulo: Pillares, 2004. Disponível em: <http://www.aspectosdoutrinariosobreocrimedefanticidio.com.br>. Acesso em 02/10/07.

RUDÁ, Antônio Sólon. Limites temporais do estado puerperal nos crimes de infanticídio. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2635, 18/09/2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17433>. Acesso em 24/02/2015.

SPINELLI MG. A systematic investigation of 16 cases of neonaticide. Am J Psychiatry 2001.

Transtornos Psiquiátricos na Gestação e no Puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento. Revista de Psiquiatria Clínica Volume 33, n. 2. São Paulo, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. <http://tjdft.jus.br>. Acesso em 25/01/2015

WOELFERT, Alberto Jorge Testa. Introdução à Medicina Legal. Canoas: Ed. ULBRA, 2003.