

PAULO CÉSAR BUSATO

# Direito Penal

## Parte Especial 1

Artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

e, portanto, não se deve aplicar a pena ao suposto autor, do que a afirmação de que houve, sim, crime, porém, não se vai aplicar qualquer consequência sancionatória.

Com a adoção do modelo significativo, termina a discussão sobre se as lesões corporais graves ou a morte devem ser consideradas condições objetivas de punibilidade ou resultado típico, conforme recentemente vem levantando a doutrina.<sup>131</sup> O problema passa a ser minimizado, pois a própria configuração do crime engloba a condição de punibilidade. Nesse caso, a discussão se reduziria a uma questão tópica, relativa à afirmação de ausência de tipo de ação ou de pretensão de punibilidade.

A opção mais correta, a nosso sentir, é entender que o resultado morte ou lesão grave corresponde à pretensão de punibilidade, porque o tipo de ação é uma pretensão conceitual de relevância que se refere à descrição da norma primária. A norma secundária não interfere na identificação de se a ação ou omissão em questão é uma daquelas que pode corresponder ao tipo, sob o prisma do princípio de legalidade.

### Infanticídio

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

Pena – detenção, de dois a seis anos.

## 1 INTRODUÇÃO

Refere Fragoso<sup>132</sup> que, para o antigo Direito Romano, a morte do próprio filho, pela mãe, era tão grave quanto o parricídio, que era considerado o crime mais grave entre todos, enquanto que houve relutância em admitir-se a criminalização da morte do filho pelo próprio pai, por força do *jus vitae et necis*. Além disso, a legislação era tolerante para com a morte do recém-nascido disforme ou monstruoso.

<sup>131</sup> Veja-se um extrato da discussão em BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 97-98. Aliás, Cezar Bitencourt, que defende que o resultado descrito na norma secundária é parte do tipo penal (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 98), acaba contraditoriamente admitindo que o resultado lesão grave não se presta à consumação da participação em suicídio, por não fazer parte do preceito primário (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 104). Eis aí uma clara dificuldade no deslinde da matéria, partindo-se de uma concepção de teoria do delito que exclui a pretensão de punibilidade como condição de afirmação da existência do crime.

<sup>132</sup> FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I. p. 53.

O Direito Germânico, do mesmo modo, punia apenas o infanticídio quando praticado pela mãe.<sup>133</sup>

Na conformação do Direito medieval, o infanticídio passou a figurar como crime tão grave quanto o próprio homicídio.<sup>134</sup>

O movimento de atenuação da pena em face do homicídio somente teve lugar com o movimento humanista do século XVIII. No entanto, aí, associando a situação à morte do recém-nascido à perturbação psicológica eventualmente causada na mãe pela infâmia derivada da gestação de eventuais filhos bastardos como foi o caso do Código austríaco de 1803,<sup>135</sup> modelo este também assumido pela legislação brasileira. Os Códigos Penais do Império (1830) e da República (1890) apresentavam tipificações voltadas para a mãe que matava o filho durante o parto, ou logo após, para ocultar a própria desonra, assim considerada a gestação clandestina ou o nascimento fora do casamento.

Somente a partir dos projetos *Galdino Siqueira* e *Sá Pereira* que o infanticídio assumiu o perfil hoje conhecido, centrando a diferenciação privilegiada em face do homicídio, para a mãe que sofre a influência do estado puerperal. No primeiro, se tratava de uma atenuante do homicídio, no segundo, crime autônomo.

## 2 DO BEM JURÍDICO

A proteção aqui se dirige à vida humana, seja ela dependente ou não da mãe, sim, pois durante as etapas iniciais do parto, momento em que pode ocorrer o crime, o feto ainda é dependente da mãe.<sup>136</sup>

Quando o tipo admite incidência quer seja a vítima atacada *durante*, quer seja *logo após* o parto, temos que a incriminação pretende referir-se tanto à vida *dependente*, posto que ainda não separada da mãe pelo corte do cordão umbilical, ainda que em vias de tornar-se independente, quanto da vida já *independente*, do recém-nascido.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> A informação também é de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal*. Parte Especial, cit., v. I. p. 53.

<sup>134</sup> FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal*. Parte Especial, cit., v. I. p. 53.

<sup>135</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>136</sup> No sentido contrário, de que se limita a responsabilidade por esse delito às situações de vida independente, GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 103.

<sup>137</sup> Em sentido contrário, Fernando Galvão aponta apenas para a *vida independente* como bem jurídico (GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 101). Não parece correto, pois é sabido que, durante o início do trabalho de parto, a vida do nascituro ainda depende da mãe durante algum tempo, o que é justamente o que faz com que, por vezes, no processo de nascimento algumas vidas se percam.

Dessa forma, com os olhos postos no bem jurídico protegido, não é possível delimitar o tipo penal do infanticídio em face do homicídio e do aborto.

Algo, porém, pode ser dito quanto ao bem jurídico vida: já não se adota, para sua verificação, uma ideia de determinação da vida por critérios médicos, como o fluxo sanguíneo ou a respiração. Modernamente, a legislação relativa aos transplantes de órgãos consagrou a interpretação de que a existência de atividade encefálica é o que determina a vida.

Sendo assim, esse será o critério para determinação da existência do crime de infanticídio. Mesmo ainda limitado pela rudimentar técnica médica de sua época, Hungria já intuía a questão da necessidade da demonstração de um mínimo de atividades funcionais para reconhecer a ofensa à vida.<sup>138</sup>

É o que leva Hungria a admitir o exemplo de Impallomeni, por ele citado, como um caso de atipicidade. Note-se: “um feto imaturo vivo, mas absolutamente inviável por sua própria imaturidade, é expulso e espontaneamente e, em seguida, sua morte inevitável é abreviada por ato violento da mãe. Não se trata de infanticídio, pois o sujeito passivo deste não é jamais o feto abortado, cuja excepcional sobrevivência não pode ser equiparada à vida extrauterina. Também não se trata de aborto, pois a expulsão do feto se deu espontaneamente. A solução, portanto, não poderá ser outra senão a de excluir, no caso, qualquer crime”.<sup>139</sup>

Assim, considerada a moderna medicina que identifica como absolutamente inviável o anencéfalo, por exemplo, caso uma mãe, sob influência do estado puerperal, atente contra o produto de sua concepção, imediatamente após o parto, abreviando o parco tempo de exercício das funções automáticas do corpo de que é capaz o anencéfalo, será o caso de fato atípico.

### 3 DOS COMPONENTES DO TIPO DE AÇÃO. DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DO TIPO DE AÇÃO

Trata-se, na verdade, de uma forma especial de tipo penal de homicídio privilegiado.

O núcleo do tipo é idêntico ao do homicídio, consistente em *matar*. A forma de realização, portanto, é comissiva. Nesse caso, porém, se trata de uma circunstância especial determinada pelos sujeitos ativo e passivo, na medida em que apenas a mãe pode ser autora e apenas seu filho pode ser vítima.

No fundo, a pretensão do legislador é minimizar a consequência jurídica em desfavor da mãe que mata o filho, influenciada pelo distúrbio hormonal provocado pelo estado puerperal, que lhe turva a consciência.

<sup>138</sup> Assim aparece a referência em HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 258.

<sup>139</sup> In HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 265.

Ademais, o tipo exige a presença do estado puerperal comprovado e que este tenha efetivamente afetado a autora do delito, impelindo-a à prática criminosa.

A descarga hormonal que a mulher sofre durante o parto determina a ocorrência do chamado *estado puerperal*.<sup>140</sup> Sob tal influência, que é sentida por todas as parturientes, algumas delas podem sofrer perturbações emocionais que conduzam ao ato violento de ceifar a vida de seu próprio filho. Essa especial condição é o que reconhece o tipo. Claro está que a prova deve ir além da mera demonstração de que a mulher sofreu efetiva e forte descarga hormonal, pois isso ocorre em todos os casos. O essencial é a demonstração de que essa disfunção química tenha conduzido a um estado de consciência diferente daquele encontrado nas pessoas comuns.<sup>141</sup>

Claro que a demonstração do estado puerperal depende de laudo pericial. Não obstante, como este estado é passageiro, podem existir, nos casos concretos, graves problemas probatórios.<sup>142</sup>

Caso a morte do filho tenha sido cometida pela mãe, porém sem estar sob influência do estado puerperal, a hipótese é de homicídio. Também há que se perceber que a influência do estado puerperal não deve significar a inimputabilidade, pois não constitui doença mental, nem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que são os elementos essenciais da afirmação da exclusão de inimputabilidade na forma do art. 26 do Código Penal. Tampouco se trata de semi-imputabilidade, pois esta, na verdade, é uma estrutura jurídica de duvidosa sustentação.<sup>143</sup>

Caso decorra efetivamente do parto – quer seja pela influência da descarga hormonal, ou não – uma doença mental, esta difere da atuação específica da mãe sob *influência* do estado puerperal e poderá levar à inimputabilidade.<sup>144</sup> Parte da

<sup>140</sup> Existe comentário doutrinário no sentido da falta de uniformidade entre os médicos a respeito de um conceito específico de *estado puerperal*, conquanto haja coincidência de que se trata de um estado fisiológico em que se encontra a parturiente durante a gestação, o parto e logo após este (Cf. GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 103-104).

<sup>141</sup> Essa advertência consta inclusive do item 40 da Exposição de motivos da parte especial do Código Penal quando refere a que “não quer significar que 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”.

<sup>142</sup> Nesse sentido, GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Crimes contra a pessoa, cit., p. 105.

<sup>143</sup> Veja-se, a respeito, comentário em BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 10. Item 5.1.4. De modo semelhante, sustentando que o estado puerperal é diferente da semi-imputabilidade, mas também não chega a ser consciência completa, FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 659.

<sup>144</sup> Relata-se que em decorrência do parto algumas mulheres têm uma alteração no psiquismo, desenvolvendo uma psicose puerperal, assemelhando-se às psicoses de curta duração. Nesse sentido, já concorria o comentário de Hungria: “É claro que, se o parto desencadeia acessos de preexistente doença mental, ou acarreta, por si mesmo, ainda que em mulheres mentalmente sãs,

doutrina refere que a hipótese infanticídio é similar a semi-imputabilidade, referida no parágrafo único do art. 26 do Código Penal,<sup>145</sup> o que não parece correto. A razão é que não é possível conhecimento parcial sobre a ilicitude do fato ou na existência de apenas parcial possibilidade de ajustar o comportamento a tal compreensão. A compreensão é uma dimensão de sentido que ou está presente ou está ausente e não contempla meios-termos. No caso do infanticídio, parece que o legislador quis atender à peculiar fragilidade da parturiente, sem afastar-lhe a responsabilidade penal, oferecendo, isto sim, uma espécie de privilégio para o homicídio.

A ciência médica discute a própria existência do chamado “estado puerperal”, havendo quem entenda que ele é uma mera ficção jurídica,<sup>146</sup> enquanto outros o situam como uma perturbação dos sentidos que não chega a ter o caráter de alienação, mas tampouco é normal.<sup>147</sup> O que, sim, é fato biológico bem estabelecido é que o parto desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central, que promove estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional. Relata-se, também, que em casos de gestações conduzidas em segredo, não assistidas, em partos em condições extremas, a elevação do *stress* associada à descarga química pode proporcionar uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade com desintegração temporária do ego.

---

uma perturbação psíquica patológica (delírios, psicoses alucinatórias agudas), de modo a anular, de todo, o entendimento e a vontade da parturiente, será esta uma irresponsável, nos termos do artigo 22, *caput*. Não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da influência do estado puerperal e, a seguir, o da irresponsabilidade ou da responsabilidade diminuída, segundo a regra geral” (HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 252).

<sup>145</sup> Nesse sentido, por exemplo, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 117 e também GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 104-105, quem, no entanto, não admite a aplicação da diminuição de pena, sob o argumento de que a pena do infanticídio já é diminuída em face do homicídio, pelo que, a aplicação da diminuição da parte geral seria um *bis in idem*. No entanto, de modo curioso, refere expressamente a possibilidade da ré ser declarada inimputável ou semi-imputável por outros motivos.

<sup>146</sup> Nesse sentido, o comentário de Genival Veloso de França: “nada mais fantasioso que o chamado estado puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido [...] o que acontece no infanticídio é que numa gravidez ilegítima, mantida em sobressaltos e cuidadosa reserva, pensa a mulher dia e noite em como se livrar do fruto de suas relações clandestinas [...] e como maneira de solucionarem seu problema praticam o crime devidamente premeditado em todas as suas linhas, tendo o cuidado, entre outras coisas, de esconder o filho morto, dissimular o parto, tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade” (FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 240).

<sup>147</sup> Para Odon Ramos Maranhão, seria “um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente senso-percepção e que confunde o objetivo com o subjetivo” (MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 202). No mesmo sentido, ALMEIDA JÚNIOR, Antonio Ferreira de. *Lições de medicina legal*. São Paulo: Nacional, 1956. p. 407. Admitindo ainda uma dimensão patogênica para o fenômeno, ALCÂNTARA, Hermes R. de. *Perícia médica judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2006. p. 115-116.

De todo modo, o certo é que nos casos concretos, a perícia realizada a posteriori pouco poderá afirmar sobre o que houve no momento do fato.

Como conclusão, cabe afirmar que há um fenômeno biológico associado ao estado puerperal, cuja dimensão é extremamente incerta e variável.

Mas não basta que a afetação ocorra. O tipo exige, ainda, uma dimensão temporal, pois o crime somente pode ser perpetrado durante o parto ou logo após. Logo após constitui um elemento normativo do tipo, pois exige um juízo de valor.<sup>148</sup> O uso da expressão *logo após* deixa aberto o que se considera o período no qual ainda se pode falar de infanticídio, criando enormes dificuldades de ordem prática. A maior parte da doutrina vem sustentando que tal lapso temporal corresponde, tanto quanto possível, ao período que possa durar o estado puerperal.<sup>149</sup> Isso está correto. Tal prazo, porém, é variável, e as informações clínicas são desencontradas. Há quem diga que dura somente algumas horas; há quem defenda que a duração é de 3 a 7 dias após o parto, mas também há quem entenda que poderia perdurar por até um mês. Do ponto de vista médico, o puerpério – que não é a mesma coisa que o estado puerperal, mas está relacionado a ele – é o período de tempo entre a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas.

Essa dimensão temporal ajuda na delimitação do tipo frente ao aborto, porque, enquanto este é identificado com a situação de pré-natalidade, o início do trabalho de parto define a passagem para o âmbito do infanticídio de qualquer atitude que possa ter a mãe contra a vida do nascente. Ou seja: antes do parto, a morte do feto é aborto; iniciado o parto, é infanticídio, desde que atue a mãe guiada pela influência do estado puerperal. Também determina que uma atuação de terceiro contra a vida daquele que nasce seja tratada como homicídio.

De outro lado, completa-se a delimitação do tipo com as exigências frente ao sujeito ativo, que deve ser sempre a mãe, e à influência do estado puerperal. A falta de qualquer destes elementos converte o infanticídio em homicídio.

<sup>148</sup> Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 659. De maneira um pouco diferente e, ao mesmo tempo, original, Heleno Fragoso referia que este elemento “logo após” constitui um *tertium genus* entre os elementos subjetivos, porque mescla aspectos normativos com aspectos descritivos, já que não pode ser identificado unicamente pela verificação sensorial, embora dela dependa. Confira-se em FRAGOSO, Heleno. Aspectos da teoria do tipo. *Revista de Direito penal*, Rio de Janeiro: Borsoi, nº 2, p. 67, 1971.

<sup>149</sup> Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 118; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 55; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 265; e NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, cit., v. 2, p. 54. Em sentido contrário, entendendo que, podendo ser o estado puerperal mais ou menos distendido, o tipo não abrangeria prazos mais longevos, GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 107.

4 DA PRETE...  
sem qualquer...  
incapaz que...  
do estado puerperal...  
a ser considerado...  
5 PERMISSÃO...  
Entendimentos...  
permissão sobre...  
para não durante...  
do estado puerperal...  
Por outro lado...  
à percepção de...  
caso o distúrbio...  
que existe, co...  
de ilicitude por...  
6 CONSUMA...  
O momento...  
de quem...  
Nesse sentid...  
e cronológico e...  
materna...  
7 QUESTÃO...  
ALCANÇ...  
O delito é...  
um crime prop...

#### 4 DA PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE

A carga da ilicitude subjetiva reside unicamente no dolo, direto ou eventual, sem qualquer forma culposa. A eventual quebra do dever de cuidado para com o neonato, que resulte em abandono mortal, configura a hipótese de homicídio culposo em comissão por omissão ou omissão imprópria.<sup>150</sup> A eventual interferência a ser considerado na fixação da pena, na circunstância judicial da culpabilidade.

#### 5 PERMISSÕES FORTES E FRACAS

Evidentemente, é possível a situação de exclusão da pretensão de ilicitude por permissão forte, caso a parturiente se identifique em situação de risco para a própria vida durante o parto. Observe-se que, nesse caso, a despeito da interferência do estado puerperal, a existência da situação justificante é objetiva.

Por outro lado, pode ser que a situação de estado puerperal induza a parturiente à percepção de um risco para a própria vida que, na verdade, não existe. Nesse caso, o distúrbio hormonal poderá ter provocado um erro sobre situação de fato que, existente, conduziria a causa de justificação, restando afastada a pretensão de ilicitude por falta de dolo, à vista da aplicação do art. 20, § 1º, do Código Penal.

#### 6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O momento consumativo é o mesmo do homicídio, afinal, trata-se da morte de alguém.

Nesse sentido, o crime é material, com possibilidade de deslocamento lógico e cronológico entre ação e resultado, admitindo assim, claramente, a figura da tentativa.

#### 7 QUESTÕES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. LIMITES DO ALCANCE DO TIPO

O delito é completamente especializado no que se refere aos seus sujeitos. É um crime próprio, porquanto somente pode ser praticado pela mãe. Do mesmo

<sup>150</sup> Nesse mesmo sentido, NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 57; e BITEN-COURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 121. Contra, advogando a ideia de impunidade por atipicidade MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4, p. 144; e JESUS, Damásio E. *Direito penal. Parte especial*, cit., v. 2, p. 104.

modo, é especial quanto ao sujeito passivo, pois a vítima somente pode ser o nascente ou o recém-nascido.

Ainda que se trate de crime próprio<sup>151</sup> e, inclusive de mão própria<sup>152</sup> – a autora só pode ser a mãe –, resulta possível que alguém responda como partícipe em face da regra do concurso de agentes.

As questões mais debatidas na doutrina a respeito do infanticídio dizem respeito exatamente às hipóteses de concurso de pessoas.

Opondo-se à ideia de comunicabilidade das elementares do infanticídio aos partícipes, Nélson Hungria<sup>153</sup> sustenta que o estado puerperal seria uma condição personalíssima e incomunicável, que exclui a aplicação da regra geral do Código Penal a respeito da comunicabilidade das circunstâncias.

No entanto, parece óbvio que a questão não pode fugir da aplicação da regra geral do art. 30 do Código Penal, até porque, a questão aqui não diz respeito à pretensão de aproximação de uma realidade concreta empírica, mas sim a uma relação jurídica, baseada na justiça da pena aplicada. É bastante óbvio que o terceiro não age sob influência de qualquer estado hormonal perturbador. No entanto, quem colabora com o autor de peculato tampouco se converte, por isso, em funcionário público! O caso é que não se pode afastar da regra geral, sob pena de violação grave do princípio de igualdade. O direito pretende antes o resultado justo que o equivalente da verdade empírica. Quiçá os autores mais clássicos preservem uma postura no sentido da criação de uma exceção, por demasiada vinculação a uma perspectiva de base ontológica para a teoria do delito.

Há um bom volume de respeitados autores que defendem o posicionamento de aplicabilidade do art. 30 do Código Penal para a solução do concurso de pessoas.<sup>154</sup> No entanto, mesmo assim, a tarefa não parece simples.

<sup>151</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 658. Fernando Galvão refere, penso que de modo equivocado, que o crime de infanticídio é de mão própria e de pequeno potencial ofensivo (GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 101). Não é crime de mão própria porque admite coautoria e participação. Não é de pequeno potencial ofensivo, porque estes são os crimes cuja pena máxima não suplanta dois anos.

<sup>152</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 101.

<sup>153</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 266; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 57 e o posicionamento mais contundente nesse sentido, não por acaso, advém de um médico, o Prof. Dr. Aníbal Bruno, conforme se verifica em BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Especial*, cit., t. IV, p. 151.

<sup>154</sup> Assim, por exemplo, NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 47-48; BITEN-Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 661; GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 219-220.

Há três distintas situações possíveis que merecem atenção: (a) a mãe e o terceiro realizam o crime concomitantemente, com domínio funcional do fato; (b) a mãe mata a criança contando com participação acessória de terceiro; (c) o terceiro mata a criança com participação acessória da mãe.

Caso seja a mãe quem promove o ato de matar, sendo auxiliada por terceiro, parece lógico que o elemento subjetivo que compõe o tipo se transfira ao partícipe, na forma do art. 30 do Código Penal. Essa transferência ocorrerá sempre que a mãe seja a autora e o terceiro partícipe.<sup>155</sup> Cezar Bitencourt<sup>156</sup> defende que isso depende do dolo que move o partícipe, pois pode haver um desvio subjetivo de condutas que reclame incidência do art. 29, § 2º, do Código Penal. A interpretação, porém, parece não ser a melhor. É que a regra mencionada da parte geral prevê o desvio subjetivo na hipótese em que o agente quis participar de crime menos grave, e não seria o caso. Isso porque, caso o partícipe quisesse participar de crime diverso, estaria participando de homicídio, que é mais grave e não menos grave que o infanticídio. Portanto, a regra não se aplica. A hipótese deve ser sempre de infanticídio. Ou seja, combina-se aqui o disposto nos arts. 126, 29, *caput*, e 30 do Código Penal.

Caso o domínio da vontade seja de um terceiro, simplesmente auxiliado pela mãe, que se encontra em estado puerperal, a hipótese parece amoldar-se ao desvio subjetivo na participação previsto pelo art. 29, § 2º, do Código Penal.<sup>157</sup>

Rogério Greco<sup>158</sup> apresenta solução diferente, pugnando pela aplicação do infanticídio a ambos, afirmando que com esta solução evita um resultado injusto, porque o caso originalmente seria de homicídio – posto que realizado pelo terceiro – o que levaria a mãe a uma pena maior na condição de partícipe (como homicida) do que se fosse ela quem propriamente realizasse a conduta delitativa. Há, no entanto, um grave equívoco na interpretação. É que não há nada a comunicar-se de parte do autor à partícipe que é mãe. Vale dizer, não há nenhuma característica especial do autor. O que pode existir, isto sim, é o desvio subjetivo, caso a mãe atue sob influência do estado puerperal e queira, nesta condição, praticar crime menos grave. Parece óbvio.

Por outra, tampouco seria o caso de fazer com que houvesse a transmissão da característica especial da mãe – como partícipe – para o autor. Isso porque o caráter de subordinação da participação em face da autoria deve ser um limitador

<sup>155</sup> Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 219.

<sup>156</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 124.

<sup>157</sup> De acordo com a posição aqui sustentada BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 124-125. Hungria (HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. V, p. 266) aqui também invoca o seu conceito de elementar personalíssima para fins de resolver o problema, o que é absolutamente desnecessário diante das normas contidas na atual parte geral do Código Penal.

<sup>158</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 219-220.

do alcance da regra do art. 30 do Código Penal.<sup>159</sup> Do contrário, se um funcionário público convencesse o caixa de um estacionamento a receber valores para permitir que um cliente saia sem pagar, converteria o ato em corrupção passiva.

Ademais, é evidente que se deve preservar a possibilidade de reconhecer que a mãe eventualmente, como partícipe, atue sem estar sob influência do estado puerperal, o que levaria à inexistência do elemento subjetivo e à resposta como homicídio.

Portanto, a solução mais lógica é a admissão apenas da fórmula da participação dolosamente distinta.

Caso haja domínio funcional do fato, vale dizer, uma divisão de tarefas entre coautores, a regra geral da comunicabilidade do art. 30 deve prevalecer, respondendo ambos por infanticídio.<sup>160</sup>

## 8 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE

Por questões de proporcionalidade, a pena é de privação de liberdade de dois a seis anos.

Vale destacar que a pena máxima é igual à pena mínima do homicídio, o que realmente demonstra a opção do legislador, que foi por reconhecer no infanticídio um *minus* em relação àquele.

Porém, também cobrando coerência para com o elemento subjetivo do ilícito de infanticídio, que é o dolo, estabeleceu-se um *plus* em face do homicídio culposo.

### Aborto

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

### Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

<sup>159</sup> De modo similar, opina GALVÃO, Fernando. *Direito penal. Crimes contra a pessoa*, cit., p. 102.

<sup>160</sup> De acordo com a posição BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 127.

Pena – reclusão  
Parágrafo único  
doze anos, ou  
fraude, grave  
Forma qualificada  
Art. 127. As penas  
se, em consequência  
sofre lesão corporal  
lho sobrevém  
Art. 128. Não  
Aborto necessário  
I – se não há  
Aborto no caso  
II – se a gravidez  
ou, quando

1 INTRODUÇÃO

O tema  
revela uma  
não tratava  
abrindo ass  
do por terc  
fornecimen  
gadas.<sup>161</sup> E  
preparatóri  
autoaborto  
propósito  
por exemp

<sup>161</sup> O art.  
por qualqu  
da". Dobra  
castigava e  
de causa p  
Dobrava-m  
cante de r