

CONCURSO DE PESSOAS NO INFANTICÍDIO: POR UMA MELHOR COMPREENSÃO A PARTIR DO CONCEITO FINALISTA DE AÇÃO DE HANS WELZEL

JORGE PATRÍCIO DE MEDEIROS ALMEIDA FILHO
Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional
pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RESUMO: É notória e declarada a lacuna doutrinária atual em face do estranhamento teórico/dogmático no concurso de pessoas, decorrente mais especificamente da aplicação/compreensão meramente textual do artigo 30 do Código Penal brasileiro. O adormecimento da doutrina penal, no que tange uma melhor compreensão da comunicabilidade de circunstâncias pessoais elementares do tipo, foi avaliado dentro de uma digressão sobre o delito de infanticídio e sobre o conceito finalista de ação, fornecendo tanto uma resposta ao concurso de pessoas no delito de infanticídio quanto, ao fundo, uma nova compreensão do artigo 30 do Código Penal (CP).

PALAVRAS-CHAVE: Infanticídio; concurso de agente; comunicabilidade de circunstâncias pessoais; conceito finalístico de ação.

ABSTRACT: The current doctrinary gap concerning the theoretical/dogmatic approaches in concerted action is notorious. It is due to the merely textual enforcement/understanding of the article 30 of the Brazilian Penal Code. This gap of the criminal doctrine regarding a better understanding of the community of elementary personal circumstances of the type of offense was evaluated in a digression about infanticide and about the final concept of action, thus providing an answer to both concerted action in infanticide and to the new understanding of the article 30 of the Penal Code.

KEY WORDS: Infanticide; concerted action; community of personal circumstances; final concept of action.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O infanticídio por uma perspectiva dogmática. 3. Homicídio e infanticídio: uma questão de tipicidade. 4. Autoria, co-autoria e participação. 5. Concurso de pessoas e infanticídio. 6. O artigo 30 do Código Penal brasileiro e o

infanticídio: a proposta de Cezar Roberto Bitencort como incompreensão do próprio conceito de concurso de pessoas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2000, p. 492).

O texto a seguir desenvolve-se por meio de um discurso digressivo básico para que possa chegar tranquilamente ao entendimento de acadêmicos avançados, profissionais do Judiciário e também de alunos que iniciam o estudo do Direito Penal. Escrevo para estudantes, o que não diz respeito a um vínculo institucional, mas, muito antes, a uma postura de abrir-se ao entendimento. A estética do escrito fornecerá, contudo, opinião inovadora no quadro doutrinário pátrio, servindo de provocação a futuros estudos em um nível mais avançado. Dedico estes escritos aos meus bons alunos da Fundação Novos Horizontes, porque demonstram ser boas pessoas e, assim, potencialmente bons profissionais do Direito, defensores responsáveis de um projeto inacabado de liberdade, igualdade e fraternidade, ainda que tardia, que rumo à mira da igual consideração e respeito por todos no marco de um Estado Democrático de Direito.

1. O infanticídio por uma perspectiva dogmática

Dentro da disposição positiva penal brasileira, o infanticídio é tipificado como “Matar, sob a influência de estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. (BRASIL, 2007, p.53).

Dentre os elementos que integram o referido tipo penal, um assume posição de destaque e centralidade dentro da sistemática da dogmática do Direito Penal: o *estado puerperal*. Assim o é pelo fato de que o legislador de 1940 elegeu o referido estado como distintivo entre infanticídio e homicídio, que se nota expresso na exposição dos motivos do código de 1940:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência de 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 sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio. (BRASIL, 2007, p.17)

Como visto, o que distingue o infanticídio do homicídio é basicamente, mas não simplesmente, o estado puerperal.

Sem ainda adentrar muito nas variações, lingüísticas apenas, do estado puerperal, vale ressaltar que, como elementar do delito de infanticídio *este estado* que afeta a parturiente, em regra, pode ser visto segundo dois critérios: *psicológico* ou *fisiopsíquico*.

O primeiro, historicamente ligado às gestações ilegítimas recebe também o nome auto-explicativo de *causa honoris*, ou seja, *causa de honra*. Assim, encontrava-se em estado puerperal, segundo este critério psicológico, a parturiente que se motivava pelo ímpeto de resguardar o pudor ante a inevitável reprovação social que seria a ela endereçada por causa do nascituro. Tendo como resultado de tal circunstância angústia e extremo conflito íntimo sobre ética, moral e honra, a parturiente que, em ato descompensado, desse cabo à vida do próprio filho, estaria sob o diagnóstico de estado puerperal (PRADO, 2002a, p. 79).

A seguir, temos a definição de Beccaria como precedente contextualizado no séc. XVII:

O infanticídio é, ainda, o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra uma desgraçada, que apenas cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. De um lado a infâmia, de outro a morte de um ente incapaz de avaliar a perda da existência: como não haveria de preferir essa última alternativa, que a subtrai à vergonha, à miséria, juntamente com o infeliz filhinho. (BECCARIA, 2002, p. 92).

O segundo critério, *fisiopsíquico*, abandona a *causa honoris* e firma-se na instabilidade fisiopsíquica da parturiente. Ou seja, as questões referentes à ilegitimidade da gestação não mais são determinantes, ou nem sequer relevantes, na tipificação do *infanticídio* como *delictum exceptum*¹.

Analizando a referida instabilidade (puerpério), agora *fisiopsíquica*, Roberson Guimarães chega à seguinte conclusão:

¹ *Delictum exceptum*: trata-se de delito autônomo; delito privilegiado (em relação ao delito de homicídio).

A Associação Americana de Psiquiatria, em seu manual DSM-IV (13), estabelece os critérios diagnósticos para uma entidade nosológica denominada Transtorno de Estresse Agudo (TEA). A característica essencial do TEA é o desenvolvimento de uma ansiedade característica, sintomas dissociativos e outros, que ocorrem dentro de até um mês após a exposição a um agente estressor externo. Enquanto vivencia o evento traumático ou logo após, o indivíduo tem pelo menos três dos seguintes sintomas dissociativos: um sentimento subjetivo de anestesia; distanciamento ou ausência de resposta emocional; redução da consciência sobre aquilo que o cerca; desrealização; despersonalização ou amnésia dissociativa. A perturbação dura pelo menos dois dias e não persiste além de quatro semanas após o evento traumático. (GUIMARÃES, 2008, p. 2).

Uma questão merece toda atenção: não configurado o referido estado puerperal, não haverá que se falar em infanticídio e sim homicídio, como se nota da exposição de motivos do Código Penal de 1940: “Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a honóris causa (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio”. (BRASIL, 2007, p. 17).

O legislador pátrio adotou como elementar do delito de infanticídio o critério *fisiopsíquico*, mas não de forma absoluta e ilimitada. “Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente”.

Assim segue a jurisprudência do STJ: Homicídio e não infanticídio – TJSP: “Se não se verificar que a mãe tirou a vida do filho nascente ou recém-nascido sob a influência do estado puerperal, a morte praticada se enquadrará na figura típica de homicídio” (RT 491/293).

Em última instância, pode-se dizer que o estado puerperal tipificará o *delictum exceptum* de infanticídio quando gerar um quadro de perturbação fisiopsicológico capaz de justificar um menor juízo de reprovabilidade da conduta do sujeito ativo do delito, ficando a *causa honoris* entendida como apenas uma possível peculiaridade do estado puerperal.²

Em decorrência da adoção do critério fisiopsicológico, a doutrina nacional vai acabar por classificar o crime de infanticídio como crime próprio por apenas poder ser praticado pela mãe contra o próprio filho. “Sujeito ativo do delito de infanticídio é a mãe, que mata o próprio filho durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal. Trata-se, portanto, de crime próprio”. (PRADO, 2002b, p. 80).

² Seria o caso em que a parturiente, em decorrência do estado puerperal, crie aversão de cunho social à própria cria.

Quanto ao tempo do delito, cumpre ainda ressaltar que sua determinação é fundamental na configuração do delito em tela.

Quando falamos, em regra, de morte, falamos de morte *intra-uterina*, *nascente* (imediatamente e imediatamente após o nascimento) ou *extra-uterina*.

Nesse sentido vai a dogmática penal determinando que, quando se tratar de morte provocada de vida intra-uterina, estaremos diante das possibilidades do delito de aborto (artigos 124 a 128 do CP); quando se tratar de morte provocada de vida extra-uterina, estaremos diante das possibilidades do delito de homicídio (artigo 121, ou até mesmo, excepcionalmente, lesão corporal seguida de morte – art. 129, §3º, CP) e quando se tratar de morte provocada de vida nascente – iniciado o trabalho de parto e logo após sua realização – vamos ter 1º) se houver estado puerperal: *infanticídio* e 2º) se não houver estado puerperal: *homicídio*, ou, como já referido, lesão corporal seguida de morte, a depender da reconstrução probatória dos elementos subjetivos necessários e indispensáveis ao juízo de tipicidade.

Portanto, o delito de infanticídio poderá ocorrer desde o início do trabalho de parto. Com efeito, como salienta a melhor doutrina “[...] o nascimento normal começa, medicamente, com o chamado período da dilatação (*Eröffnungsperiode*), continua com o período de expulsão e, finalmente, termina com período pós-parto”. (PRADO, 2002b, p. 84).

Se o início do nascimento começa pelo período de dilatação, como exposto acima, o término se dará com os atos pós-parto de separação da cria e aquietação da parturiente.

Assim, podemos notar que o estado puerperal poderá em tese durar mais tempo que o período de nascimento de sua cria, mas, segundo a legislação brasileira, apenas justificará o *delictum exceptum* o atentado contra vida nascente, ou seja, *durante ou logo após o parto*. Como consequência poderá haver a possibilidade, em tese de, mesmo sob o efeito de estado puerperal, uma mãe matar seu filho e responder por homicídio, desde que o tenha praticado tempos depois do parto realizado e as circunstâncias objetivas da situação aquietadas.

Mais uma vez, recorreremos às lições de Luiz Régis Prado (2002b, p. 84):

É possível que o fenômeno do parto – com suas dores, com a perda de sangue e o esforço muscular que o acompanha – produza na parturiente um estado de perturbação da consciência. De conformidade com a orientação adotada pela legislação penal brasileira, é esse estado puerperal que fundamenta o infanticídio enquanto homicídio privilegiado.

Assim, concluímos que o núcleo do tipo é matar; o sujeito ativo é a parturiente em estado puerperal; o sujeito passivo é o próprio filho e o tempo do delito é aquele durante ou logo após o parto.

Nesse sentido, não parece mais nebulosa a interpretação do tipo do artigo 123 do Código Penal brasileiro quando descreve a conduta de infanticídio: “Infanticídio: Art. 123. Matar, sob a influência de estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos” (BRASIL, 2007, p. 53).

2. Homicídio e infanticídio: uma questão de tipicidade

“Art. 121. Matar alguém. Pena seis a vinte anos – Tipo simples.”

Algumas condutas aparentemente são objeto de mais de um tipo penal. Um típico exemplo é a semelhança entre as condutas descritas nos artigos 121 e 123 do Código Penal brasileiro que têm como núcleo de tipo a conduta matar. Assim, formalmente, a mãe infanticida também pratica o disposto no artigo 121, ou seja, ela mata alguém.

Mas tal coincidência de tipos é meramente aparente e, por isso mesmo, recebe tratamento teórico-penal sob o título de *conflito aparente de leis* ou, no caso específico, *conflito aparente de tipos* (PRADO, 2002a, p. 185). Antes da objetiva distinção entre os referidos tipos, cabem algumas considerações sobre o tipo de homicídio.

Como observa Luiz Regis Prado (2002b, p. 43) “[...] o homicídio consiste na destruição da vida humana alheia por outrem”.

Dispõe o Texto Constitucional que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 2007, p. 9), e assim sendo não há nem poderá haver nenhum tipo de valoração em relação a tipos de vida, o que implica uma co-significação indiferente a qualquer diferença. Assim, o mesmo desvalor que existe na morte de uma pessoa da zona sul existe na morte de uma pessoa *moribunda, paciente final ou monstruosa* (PRADO, 2002b, p. 44).

O que delimita a capacidade de ser sujeito passivo do delito de homicídio é o fato de a vida em questão não mais estar dentro do útero, ou seja, ser pessoa nascente ou nascida. Isso porque, se tratando de vida intra-uterina, em regra teremos o delito de aborto, ao passo que, iniciadas as contrações que marcam o nascimento de uma pessoa, iniciado será também o tempo do crime de homicídio.

O fim do tempo do delito de homicídio é, por conseguinte, a morte, tendo em vista que não se mata alguém que já está morto, o que ensejaria a hipótese de crime impossível não punível pelo Direito Penal. Isso porque o próprio Código disse que “[...] não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime” (BRASIL, 2007, p. 37).

Quanto aos demais elementos do tipo de homicídio, cumprem ressaltar os subjetivos. Os objetivos “matar” e “alguém” já foram, para o presente, suficientemente vistos. Matar: destruir vida alheia; alguém: qualquer pessoa nascente ou nascida. O principal elemento subjetivo do delito de homicídio é o dolo.

Luiz Regis Prado (2002b, p. 46) assim observa:

O tipo subjetivo é composto pelo dolo (direto ou eventual), entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo de objetivo). [...] o dolo é a vontade de realização e neste caso, vontade de realização da morte de outrem, com base no conhecimento dos elementos do tipo concorrentes no momento da prática da ação e na previsão da realização dos demais elementos do tipo, entre eles a relação de causalidade entre ação e resultado.

O dolo, enquanto elemento subjetivo do tipo de homicídio, representa o desejo final de realização, e aqui a redundância é necessária, do tipo desejado, ou seja, homicídio e não lesão, dano, infanticídio ou qualquer outro tipo penal.

Voltando ao início deste capítulo, existem condutas que podem se adequar a mais de um tipo, o que enseja o conflito aparente de normas. Assim sendo, quando é que matar alguém será homicídio e quando é que matar alguém será infanticídio? Antes, algumas considerações sobre o conflito aparente de leis, ou no caso, de tipos penais.

O concurso de leis ou tipo se dá quando mais de uma norma tem incidência sobre uma conduta, contudo, não se trata verdadeiramente de um conflito de normas, tendo em vista que apenas uma delas será aplicável, o que quer dizer que o concurso ou conflito é meramente aparente, porque na realidade apenas uma norma será aplicada ao caso concreto posto em tela.

Existem alguns critérios para a resolução do problema. São eles: “[...] especialidade, subsidiariedade e consunção” (PRADO, 2002a, p. 187). O presente trabalho utilizar-se-á apenas do primeiro critério.

O referido doutrinador explana sobre o primeiro dos critérios no sentido de que haverá uma derrogação no caso concreto da regra geral pela especial, isso graças às “*especializantes*” (PRADO, 2002a, p. 188), que descrevem de forma mais detalhada a conduta concreta que se pretende tipificar.

Todo elemento agregado à normatividade básica ensejará uma especialidade na tipificação, isso se dá, por exemplo, nos delitos qualificados ou privilegiados ou mesmo entre tipos distintos como homicídio e infanticídio (PRADO, 2002a, p. 188).

Acima foi feita a seguinte indagação: “Assim sendo, quando é que matar alguém será homicídio e quando é que matar alguém será infanticídio?”

Muito embora tanto o homicídio quanto o infanticídio tenham como núcleo matar (matar alguém), resta a averiguação das já referidas “especializantes”. Aí estará a diferença na prática de cada um destes delitos. Pode-se então concluir que, no caso em tela, matar alguém será sempre homicídio, salvo quando forem constatadas as seguintes especializantes: sujeito ativo mãe, influência de estado puerperal, durante ou logo após o parto. Se estas especificantes forem detectadas na conduta do sujeito que mata alguém, estar-se-á, portanto, diante da incidência do tipo do artigo 123 e não 121 do Código Penal brasileiro. Do mesmo modo, a falta de qualquer uma das especificantes acarretaria falta de tipicidade em relação ao tipo do artigo 123 e provavelmente a tipificação do artigo 121, no caso, tipo geral da prática de matar alguém.

Nesse sentido, cola-se discussão, de caso concreto, exemplificativa de tentativa de desqualificação (troca de tipificação da conduta praticada) do crime de homicídio para infanticídio.

O próprio Relator esclarece em seu minucioso voto: que Ângela Maria de Miranda, grávida, e prestes a dar a luz, no dia 05 de junho de 2.003, na comunidade denominada Vieiras, Município de Candeias, encontrava-se trabalhando na colheita de café, naquela localidade, atividade que exercia junto com a sua mãe, quando começou a sentir cólicas, dizendo ser cólicas nos rins, sendo levada para casa e permanecendo lá sozinha até às 16:00 horas, quando a sua mãe chegou. Neste momento, a denunciada disse à mãe que iria à casinha do quintal alimentar os coelhos, local em que deu a luz a uma criança do sexo masculino. Em seguida, cortou o cordão umbilical da criança, com uma faca colocando-a em uma pequena caixa ali existente, e arremessando o corpo da criança em um talude de mais ou menos cinco (05) metros de altura, que serve como depósito de lixo.

Mais adiante, define o culto Relator: Lado outro, a tese da desclassificação para o delito do artigo 123, do Código Penal, não se apresenta de modo convincente nos autos, isto porque a conduta da agente embora tenha ocorrido logo após o parto, não há prova de que tenha agido sob perturbação psíquica, cujos sintomas se manifestassem a ponto de diminuir a capacidade de entendimento ou de auto- inibição da parturiente, circunstância também exigida no tipo de infanticídio.

Assim o eminente Relator não reconhece o infanticídio tão-somente porque, apesar de reconhecer ter o fato ocorrido logo após o parto, ou seja, durante o estado puerperal, não visualiza

prova de ter a recorrente agido sob perturbação psíquica, cujos sintomas se manifestam a ponto de diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente.³

Não é objeto desta reprodução analisar a questão de prova, e sim constatar, também pela jurisprudência, que, não sendo verificados os elementos especializantes do delito de infanticídio tipificado, estará o delito de homicídio, tendo em vista que são exatamente estes elementos especializantes objetivos e subjetivos que determinam e resolvem o aparente conflito de normas penais incriminadoras.

3. Autoria, co-autoria e participação

“Dono do fato é quem o executa em forma finalista, sobre a base de sua decisão de vontade” (Hans Welzel).

No que tange à autoria do delito, o Código Penal brasileiro de 1940, quando tratou do concurso de pessoas⁴, adotou a teoria unitária nos termos da qual “[...] autor é todo aquele que contribui de modo causal para a realização do fato punível” (PRADO, 2002A, p. 1395).

Ou seja, todo aquele que atua na relação causal é autor. Contudo, este critério não parece perceber que pode haver graduações na realização de um delito que é praticado por mais de uma pessoa. Não necessariamente todos que atuam em um delito têm o mesmo grau de culpabilidade e não merecem o mesmo grau de reprovação pela conduta realizada. Por isso mesmo o legislador ateu-se às críticas doutrinárias e, mesmo optando pela teoria unitária, fez um tempero graduando a responsabilidade penal pelo delito segundo a medida de culpabilidade.

Assim, muito embora haja um único delito em tela, a valoração negativa recairá de forma individualizada, seguindo os preceitos constitucionais de individualização da pena e também de proporcionalidade penal *lato sensu*.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0120.03.900021-7/002(1). Relator: Paulo César Dias. Data do Julgamento: 17/05/2005. Data da Publicação: 02/08/2005.

⁴ TÍTULO IV

DO CONCURSO DE PESSOAS

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

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

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Circunstâncias incomunicáveis

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

Casos de impunibilidade.

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. BRASIL. *Código e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38 - 39.

Vale transcrever o discurso do legislador penal de 1940, quando diz:

Ao reformular o título IV, adotou-se a denominação 'Do concurso de Pessoas' decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do concursus delinquentium. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código penal italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas [...]. Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas. (BRASIL, 2007, p. 7).

Cabe conceituar agora, precisamente, a figura do autor.

Seguindo a doutrina de Luiz Régis Prado, “Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto. Co-autor aquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente, essencial à prática do delito - não obrigatoriamente em sua execução. Na co-autoria, o domínio do fato é comum a várias pessoas. Assim, todo co-autor (que é também autor) deve possuir o co-domínio do fato – princípio da divisão do trabalho”. (PRADO, 2002a, p. 397).

Determinada a autoria⁵ e a co-autoria (enquanto autoria comum a mais de uma pessoa), a participação pode ser então concebida como uma contribuição na prática do delito sem que o participante tenha domínio final sobre a realização do delito. “Entende-se por participação *stricto sensu* colaboração dolosa em um fato alheio. É a contribuição dolosa – sem domínio do fato – em fato punível doloso de outrem” (PRADO, 2002a, p. 399).

No que tange ao concurso de pessoas, tem-se identificado, em regra, os seguintes requisitos entre os concorrentes: a) pluralidade de pessoas e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo ou psicológico; d) identidade do ilícito penal.

Maior relevância merece, neste exato momento, o conceito de conduta, já que o concurso pressupõe uma pluralidade de condutas praticadas por uma pluralidade de pessoas; neste momento será, por opção teórica, tomada como base a concepção finalista de ação.

Hans Welzel parte do pressuposto de que toda a vida social é estruturada pelo

⁵ Aqui vale lembrar as lições de Hans Welzel: “A característica geral de autor: o domínio finalista do fato. Dono do fato é quem o executa em forma finalista, sobre a base de sua decisão de vontade”. (WELZEL, 2003, p.158).

comportamento dos integrantes de uma dada comunidade (WELZEL, 2003, p. 76). Esses entes poderiam então estipular *fins* e direcionar seu comportamento rumo ao *sucesso* de sua *ação finalisticamente orientada*. O ato de colocar em movimento uma relação causal segundo uma finalidade (WELZEL, 2003, p. 76) não apenas é o que promove a funcionabilidade social como também é o primeiro elemento de uma ação penalmente reprimida (WELZEL, 2003, p. 76).

Da mesma forma que as ações finalísticas movem positivamente as relações sociais elas – ações finalísticas – lesam os valores ou os bens da comunidade. Mas o homem não é apenas um ser que se dirige finalisticamente segundo sua possibilidade de imaginar o futuro e desejá-lo. O homem também é, em segundo sentido, um ser moral, ou seja, “[...] um ente moralmente responsável por suas ações” (WELZEL, 2003, p. 77).

Assim dirá Welzel: “O homem é pessoa no duplo sentido quando é um ser que atua com finalidade, e quando é moralmente responsável por suas ações” (WELZEL, 2003, p. 77).

O resultado naturalístico de um dado comportamento é cego se não se presta à investigação do elemento final. Assim, quando “A” mata “B”, não podemos, pelo simples fato de aquele ter causado a morte deste, atribuir a “A” o delito de homicídio. Isso porque uma ação penalmente relevante não é apenas uma ação causal e sim uma exteriorização de finalidades e meios eleitos pelo homem para obtenção de um resultado causado pelo seu agir exterior.

Vale muito ler as lições de Welzel:

A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer ‘finalista’ e não somente ‘causal’. ‘A finalidade’ ou atividade finalística da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as conseqüências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos. Sobre a base de seu conhecimento causal prévio está em condições de administrar os distintos atos de sua atividade, de tal forma que dirige o acontecer causal exterior até o objetivo, portanto, uma sobredeterminação de modo finalista. A finalidade é um atuar dirigido conscientemente desde o objetivo, mas que é a resultante dos componentes causais circunstancialmente concorrentes. Por isso, graficamente falando, a finalidade é ‘vidente’; a causalidade é ‘cega’. (WELZEL, 2003, p. 79).

Dessa concepção finalista de Welzel, advêm algumas conseqüências fundamentais (PRADO, 2002a, p. 252):

- a) A inclusão do dolo (sem a consciência da ilicitude) e da culpa nos tipos de injusto (doloso/culposos). Ou seja, dolo e culpa são elementos subjetivos do tipo penal.
- b) O conceito pessoal de injusto. O juízo de reprovação da conduta é tomado na perspectiva da intenção do sujeito ativo do delito e em um segundo momento na valoração do resultado alcançado.
- c) A culpabilidade em sentido meramente normativo. Ou seja, restrita à exigibilidade de conduta adversa e potencial conhecimento da ilicitude do fato.

Interessa neste momento tratar o dolo e a culpa como elementos do tipo penal.

Se alguém tem a intenção de matar outrem (finalidade), seja lá qual for o resultado alcançado estaremos a falar do delito de homicídio, porque o dolo de matar do agente é elementar do tipo de homicídio e não de outro delito. Assim, nessa mesma hipótese, se este sujeito ativo apenas causa um corte na região do tórax da vítima, por exemplo, não há que se falar em lesão corporal, porque faltaria à configuração desta o elemento subjetivo do tipo, dolo de ofender a integridade física de outrem.

Outro exemplo se dará com o sujeito que, com o dolo de lesar, acaba por causar a morte de outrem. Neste caso não responderá por homicídio, tendo em vista que este *não* tinha o dolo de matar e sim o dolo específico de lesar a integridade física de outrem, fato este que determina qual tipo de delito lhe será imputado. No caso, pela especificidade do dolo pertencente ao tipo de lesão corporal, o sujeito ativo responderia por lesão corporal seguida de morte.

Com estes exemplos, pretende-se mostrar que o dolo enquanto elemento do tipo penal determina, em regra, qual será a tipificação da conduta em análise.

Volta-se então aos requisitos do concurso de pessoas: a) Pluralidade de pessoas e de condutas (logicamente só há concurso se há mais de uma pessoa, tanto em co-autoria ou participação); b) Relevância causal de cada conduta (toda conduta deve influir ou contribuir na relação causal ou para o seu sucesso); c) Liame subjetivo ou psicológico (consciência da pluralidade de sujeitos que concorrem para uma mesma execução de delito); d) Identidade do ilícito penal (todos os participantes do delito têm que seguir o mesmo *iter criminis*, ou seja, têm de caminhar para o mesmo delito, seguindo seus elementos objetivos e subjetivos). (PRADO, 2002a, p. 394).

4. Concurso de agentes e infanticídio

Como já fora visto na exposição dogmática do tipo de infanticídio, o sujeito ativo do delito referido é a mãe parturiente em estado puerperal, e este especializante funciona como divisor de águas entre o infanticídio e o homicídio; questão que poderá ficar um pouco complicada ao se tratar de concurso de pessoas. Mas isso será visto um pouco mais à frente.

Este capítulo tem o intuito de indagar sobre as possíveis formas de concurso de pessoas na prática do delito de infanticídio. Serão examinadas três hipóteses:⁶

- a) a mãe e o terceiro realizam dolosamente o núcleo do tipo – matar;
- b) a mãe mata o nascente ou recém-nascido e é ajudada pelo terceiro – partícipe;
- c) o terceiro mata a criança, com a participação da mãe.

Questão “a” – primeiro caso

Numa pacata cidade do interior de Minas Gerais, Brenda e seu namorado Peter, insatisfeitos com a gravidez daquela, planejam dar cabo à vida do nascente logo após o parto. O casal da pequena cidade do interior de Minas Gerais pretendia com isso poder continuar a vida sem o peso que a responsabilidade de criação de uma criança acarretaria.

Questão “a” – segundo caso

Numa pacata cidade do interior de Minas Gerais, Peter, indignado com o nascimento de seu filho, desabafa com um amigo que irá matar a referida cria assim que esta nascer. Peter não só confessa suas intenções como a reafirma várias vezes dizendo estar determinado a colocar sua finalidade em prática. Ao chegar em casa de noite, percebe que sua esposa acabara de dar à luz e também que esta se encontra insana e descompensada afogando o recém-nascido na banheira. De imediato Peter aproveita-se da situação e empreende na realização de seu plano apertando o pescoço do próprio filho que vem rapidamente a falecer.

Como pode ser observado, em ambos os exemplos é praticada a hipótese “a”: a mãe e o terceiro realizam dolosamente o núcleo do tipo – matar.

Contudo, há de se observar que o primeiro e o segundo casos são distintos no que se refere aos elementos subjetivos da conduta punível.

No primeiro caso, a conduta objetiva realizada foi “matar alguém”. Não havia os elementos especializantes capazes de tipificar o delito de infanticídio, ou seja, em momento nenhum foi cogitada ou provada a ocorrência do estado puerperal, o que indica a tipificação do delito de homicídio. Não bastasse a tipificação do delito de homicídio, ambos agentes – Brenda e Peter – atuaram diretamente na causa do resultado morte.

Para as conclusões, vale lembrar o conceito de autor que fora adotado neste trabalho:

Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto. Co-autor aquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente,

⁶ Estas mesmas hipóteses foram levantadas por Luiz Regis Prado (2002b, p. 81).

essencial à prática do delito - não obrigatoriamente em sua execução. Na co-autoria, o domínio do fato é comum a várias pessoas. Assim, todo co-autor (que é também autor) deve possuir o co-domínio do fato – princípio da divisão do trabalho. (PRADO, 2002a, p. 394).

Dessa maneira, na questão “a” – primeiro caso –, como ambos os sujeitos foram autores do delito, há co-autoria no delito de homicídio. A conduta praticada é matar alguém, os sujeitos ativos são Brenda e Peter e, por fim, o sujeito passivo é o filho do casal.

No segundo caso, parece claro que Brenda estava sob a influência do estado puerperal⁷, enquanto Peter aproveitou-se da situação para realizar o plano pessoal⁸ de não ter filhos. Nesse difícil caso, há um resultado objetivo comum, mas existem especializantes e elementos objetivos diversos.

Levando em conta que dolo e culpa são elementos do tipo penal, resta perguntar: Quem mata dolosamente, com a finalidade de manter a vida sem muitas responsabilidades, realiza qual delito? Quem mata sob a influência de estado puerperal realiza qual delito?

A primeira pergunta tem a lógica resposta homicídio e a segunda pergunta a lógica resposta infanticídio, repisando conclusão alcançada em capítulo anterior deste mesmo trabalho:

Pode-se então concluir que, no caso em tela, matar alguém será sempre homicídio, salvo quando forem constatadas as seguintes especializantes: sujeito ativo mãe, influência de estado puerperal, durante ou logo após o parto. Se estas especificantes forem detectadas na conduta do sujeito que mata alguém estar-se-á, portanto, diante da incidência do tipo do artigo 123 e não 121 do Código Penal brasileiro. Do mesmo modo a falta de qualquer uma das especificantes acarretaria falta de tipicidade em relação ao tipo do artigo 123 e provavelmente a tipificação do artigo 121, no caso tipo geral da prática de matar alguém.

Neste sentido, não parece haver dificuldade em concluir que na Questão “a” – segundo caso, Brenda pratica infanticídio e Peter pratica homicídio.

Contudo, neste ponto incide a questão mais problemática do tema: a comunicabilidade das circunstâncias pessoais elementares do tipo. Assim diz o Código Penal brasileiro:

⁷ “[...] Brenda, durante e logo após o próprio parto, em decorrência da perda de sangue, da força realizada e do abalo psicológico que a totalidade da circunstância lhe causara [...]”.

⁸ “[...] realizando a pretensão de continuar sem filhos, acaba por junto com aquela colocar o recém-nascido em um saco plástico e joga-lo em um riacho [...]”.

“Circunstâncias incommunicáveis

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

Tal dispositivo penal levaria a uma resposta diversa da previamente indicada.

O estado puerperal indiscutivelmente é elementar do tipo de infanticídio,⁹ já que integra a estrutura objetiva do tipo. Assim sendo, haveria comunicação entre as condutas dos co-autores da questão “a” – segundo caso.

Neste caso, os terceiros que praticassem infanticídio ou dele participassem indiretamente responderiam por este tipo de delito se comprovada a condição necessária em relação à mãe. Se ela responder por infanticídio, os demais responderão por co-autoria ou participação em infanticídio. Caso não fique comprovada a instabilidade puerperal em relação à mãe e esta responder por homicídio, os demais responderão por co-autoria ou participação em homicídio. Esta é a resposta dada à questão pela legislação penal, especificamente nos artigos 29, 30 e 31 do Código Penal brasileiro.

É forçoso reconhecer, tomando em conta os dispositivos penais acima referidos, e junto com Luiz Régis Prado (2002a, p. 81) que, “[...] em face da legislação penal pátria, responde pelo delito de infanticídio - e não pelo delito de homicídio – o terceiro que executa o crime atendendo a pedido da mãe ou a ajuda a matar o próprio filho”.

Neste prisma, no caso, questão “a” - segundo caso, a doutrina tem-se limitado à literalidade do disposto no artigo 30 do Código Penal.

Assim, a doutrina tomada como referência daria à questão “a” – segundo caso, resposta diversa da que será aqui prescrita.

Cada sujeito é indivíduo e, por isso, pratica delitos separados, salvo quando há liame psicológico objetivo e subjetivo. Ou seja, têm os agentes em concurso de cumprirem os elementos objetivos e subjetivos do delito em tela (matar, filho próprio, estado puerperal, durante ou logo após o parto, dolo de praticar infanticídio¹⁰). Além disso, deverá haver os requisitos do concurso de pessoas (requisitos entre os concorrentes: a) pluralidade de pessoas e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo ou psicológico; d) identidade do ilícito penal).

Ora, só pode haver liame subjetivo (uma perfeita ligação psicológica) entre os agentes e, sobretudo, uma identidade do delito praticado, se houver identidade material nos

⁹ “Matar, sob a influência de estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

¹⁰ Poderia ser alegado que não existe dolo de praticar infanticídio e sim de matar. Contudo, no infanticídio, o dolo, que é de matar, é formatado pela incidência do estado puerperal. Essa formatação faz toda a diferença, tanto que justificou uma tipificação própria.

elementos objetivos e subjetivos da conduta praticada. Só o cumprimento dessas duas questões configurará a unidade de delito.

Assim, quando duas pessoas subtraem para si ou para outrem coisa alheia móvel com o dolo específico do delito, poderá se falar que houve uma sincronia psicológica e conseqüentemente, por aderirem (a)os mesmos elementos objetivos e subjetivos, uma identidade no delito praticado.¹¹

Na questão “a” – segundo caso, não há que se falar em identidade de delito, porque não há identidade dos elementos objetivos e subjetivos do delito, portanto, também não há um perfeito liame psicológico direcionado ao mesmo tipo penal. Brenda queria praticar infanticídio (dolo viciado pelo estado puerperal), Peter queria realizar homicídio (plano particular, preexistente, autônomo de não ter filho e apenas se aproveitou da situação). Não se visualiza, nesse caso, uma co-autoria perfeita, e sim uma espécie de autoria colateral imprópria.¹²

Atente-se para o fato de que caso diferente seria se o segundo autor, digamos, comprasse a idéia do primeiro autor e atuasse movido pelos interesses subjetivos do primeiro autor, ou seja, tomasse como próprio o estado do co-autor. Seria o caso de Brenda pedir apoio a Peter que, ao participar da execução delitiva, assim o fizesse com o interesse exclusivo de consumir a pretensão de Brenda e não a pretensão própria (o que configuraria elemento subjetivo de delito distinto).

Depois de tanto falar sobre as hipóteses em que a mãe e o terceiro executam o delito, cabe averiguar a segunda questão levantada: “A mãe mata o nascente ou recém-nascido e é ajudada pelo terceiro – participe”.

Questão “b” – primeiro caso:

Brenda, sob a influência de estado puerperal, mata o próprio filho. Para a garantia de tal ato precisou que Peter, seu namorado, após a prática, jogasse o produto do crime em um riacho que passava naquelas imediações.

Questão “b” – segundo caso:

Brenda, movida por vaidades fúteis e questões de honra, mata o próprio filho. Para a garantia de tal ato, precisou que Peter, seu namorado, após a prática, jogasse o produto do crime em um riacho que passava naquelas imediações.

Na questão “b”, primeiro caso, as considerações são um pouco diferentes. O sujeito contribui para a prática delitiva de um autor principal e sua conduta, mesmo que

¹¹ O artigo 29, §2º, do Código Penal, comporta lógica idêntica.

¹² Diz-se que na autoria colateral haveria contribuição para a prática de mesmo delito, contudo, sem haver liame psicológico. Tratar-se-ia de falta de atuação conjunta; não há nessa hipótese atuação conjunta consciente. Não é exatamente a possibilidade defendida no texto. O texto defende uma espécie de falso consentimento, ou consentimento irreal.

preencha os requisitos do concurso, é acessória. Não há poder final sobre a ocorrência e resultado do delito. Assim, Peter responderá pela participação em infanticídio por dois motivos. Primeiro, porque não executa o delito e, segundo, porque a imputação de sua conduta segue a principal (art. 30, CP).

E se Peter tivesse dolo de homicídio? Peter nem sequer iniciou a execução de sua intimidade delinqüente. Abstém-se o Direito Penal.

Na questão “b”, segundo caso, Brenda não pratica infanticídio, e sim homicídio. Como a participação de Peter é entendida como acessória, esta seguirá a imputação principal de Brenda, e, portanto, responderá por participação no delito de homicídio e Brenda responderá por homicídio.

Por último, cabe avaliar a seguinte questão: “O terceiro mata a criança, com a participação da mãe”.

Questão “c”:

Brenda, sob a influência do estado puerperal, pede ao seu namorado, Peter, que mate o próprio filho que acabara de nascer e Peter atende a tal pedido enquanto Brenda apenas o assessora sem realizar a conduta típica.

Nesse caso, quem está em estado puerperal e possui a circunstância que gera toda a dificuldade de análise na matéria (estado puerperal), não a executa nem tem domínio final sobre a conduta típica, ou seja, não é autora. Já é entendimento firmado neste caso que a conduta acessória segue a principal, não sendo admissível o contrário. Assim, a conduta principal é a do autor que, nesse caso, pratica o homicídio, não podendo ser beneficiado pela comunicação das circunstâncias pessoais do seu mero partícipe, sob pena de inverter a ordem de determinação da unidade do acontecer delitivo. Quer dizer então que, neste caso, pelo princípio da unidade do delito, a partícipe que se encontra em estado puerperal será partícipe no delito de homicídio? De modo nenhum. Para esta circunstância acredita-se ser adequado o disposto no artigo 29, §2º, do CP quando diz: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

Contudo, é importante ressaltar que estamos falando de gestante partícipe, possibilidade difícilíssima de ocorrer. Em regra, acredita-se mais provável a configuração de autoria mediata, ou seja, situações onde a puérpera, mesmo sem executar a ação delitiva, continua tendo domínio final sobre o fato, o que permitiria a comunicação da elementar do infanticídio.

5. O artigo 30 do Código Penal brasileiro e o infanticídio: a proposta de Cezar Roberto Bitencourt como incompreensão do próprio conceito de concurso de pessoas

Duas respeitáveis correntes marcam a discussão sobre a aplicação do art. 30 do CP ao infanticídio.

De um lado, Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Basileu Garcia, Bento de Faria e Damásio de Jesus defendem a comunicabilidade da influência do estado puerperal. De outro lado, Nélson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira, Aníbal Bruno e Salgado Martins defendem a não comunicabilidade da referida influência. Esta última corrente “liderada” por Hungria baseou-se a classificação do estado puerperal como sendo “personalíssima”, pretendendo assim afastar a incidência do art. 30 do CP (à época, artigo 26).

Competente proposta veio oferecer o Professor Doutor Cezar Roberto Bitencourt, trazendo novo fôlego aos debates.

O professor inicia dizendo que a comunicabilidade não é algo que possa estar em questão, tendo em vista a clara e taxativa redação do art. 30: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando *elementares do crime*.” Acrescenta Bitencourt ainda que o estado puerperal é elemento do tipo e seria *estéril defender o contrário*, ou seja, sua não comunicabilidade (BITENCOURT, 2008, p.127).

Bitencourt diz que a justiça ou injustiça do tratamento jurídico correto não justifica a negação da posição tomada e firmada pelo Código penal ao determinar a teoria monística da ação prescrita no art. 29 do CP: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas [...]”.

Assim o nobre professor conclui pela comunicabilidade do estado puerperal, abrindo, contudo, uma luminosa ressalva: “Isso não quer dizer, contudo, que o terceiro interveniente no ato da mãe de matar o próprio filho não possa concorrer, eventualmente, para o crime de homicídio”. (BITENCOURT, 2008, p. 127).

De modo parecido com o que foi defendido neste texto, o professor conseguiu identificar a hipótese em que um terceiro realiza, ainda que juntamente com a infanticida, um plano próprio, ou seja, move-se por elementos anímicos próprios do delito de homicídio não aderindo ou motivando-se pelos interesses ou estado da infanticida, *o que acarretaria a este sujeito uma imputação adequada aos seus próprios e particulares desígnios*, não compartilhados pela infanticida, ou seja, a tipificação, para este terceiro, do delito de homicídio.

Ora, nesse caso, o terceiro age com dolo de matar alguém, age com dolo de homicídio, que diríamos, é um dolo qualificado, pois tinha a finalidade adicional de utilizar a puerpera como

instrumento para a obtenção do resultado efetivamente pretendido, que era dar a morte ao nascente ou recém-nascido. (BITENCOURT, 2008, p.128).

Em consequência desta acertada constatação, Bitencourt vai concluir que, para manutenção da teoria monística da ação, a mãe teria sua conduta tipificada como homicídio. Contudo, o estado puerperal no qual encontrava-se a mãe valeria como “[...] causa especialíssima de redução de pena” firmada pelo parágrafo único do art. 26 do CP: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Essa redução de pena (de um a dois terços) que a mãe receberia por ter praticado homicídio sob a influência de estado puerperal seria uma medida de justiça no trato dado à questão, aplicando, para fechamento dessa, o art. 29, §2º, primeira parte, do CP, por reconhecer na hipótese um desvio subjetivo de conduta.

A doutrina do eminente professor Bitencourt representa um avanço, entretanto acredita-se ter passado despercebida de questão fundamental capaz de fornecer uma melhor compreensão e tratamento da matéria.

Primeiramente, insta ressaltar que a proposta oferecida pelo professor só consegue êxito à custa de um manejo inconcebível na dogmática penal: o *vêu da “justiça”*, que falseia o juízo de tipicidade.

O juízo de tipicidade não pode ser manipulado à inspiração de respostas estranhas à dogmática penal. No caso em tela, em que a mãe mata o próprio filho sob a influência de estado puerperal durante ou logo após o parto, nunca poderá tipificar-se o homicídio, porque a conduta já se adequou ao tipo de infanticídio em seus elementos objetivos e subjetivos. Essa discussão é estéril. A alteração de tipicidade é fraude contra a separação dos poderes. A legislação criou os elementos para o tratamento da hipótese fática delitiva determinando sua classificação e trato como infanticídio; isso não é negociável.

Quer dizer, então, que não poderá haver a possibilidade de duas pessoas que matam alguém nascente ou recém-nascido responderem uma por homicídio e outra por infanticídio? Isso não violaria a tão citada teoria da unidade da ação insculpida no artigo 29 do CP? Sim para a primeira pergunta e não para a segunda, contudo a discussão passa ao largo da manipulação do juízo de tipicidade.

Defende-se um tratamento capaz de respeitar o adequado juízo de tipicidade bem como a proporcionalidade no trato penal individualizado dos sujeitos do delito e o princípio da unidade da ação.

Onde estaria a resposta? Ora, na própria compreensão do que efetivamente é o concurso de pessoas. Observe-se o seguinte caso:

Numa pacata cidade do interior de Minas Gerais, Peter, indignado com o nascimento de seu filho, desabafa com um amigo que irá matar a referida cria assim que esta nascer. Peter não só confessa suas intenções como a reafirma várias vezes dizendo estar determinado a colocar sua finalidade em prática. Ao chegar em casa de noite, percebe que sua esposa acabara de dar à luz e também que esta encontra-se insana e descompensada afogando o recém-nascido na banheira. De imediato Peter aproveita-se da situação e empreende na realização de seu plano, apertando o pescoço do próprio filho que vem rapidamente a falecer.

Fica claro que Peter tem designios próprios, típicos do homicídio. Fica também claro que sua esposa mata filho próprio logo após o parto, movida pela influência do estado puerperal justificante da tipificação infanticídio.

Neste caso, ela (mãe) responderá por infanticídio e ele por homicídio sem violar a unidade da ação justamente porque não há a incidência de concurso de pessoas na hipótese, não havendo, portanto, que se falar na incidência do princípio da unidade da ação. Unidade da ação é regra aplicável ao concurso de pessoas em sua forma pura.

Tal princípio só obstou a avaliação do professor Bitencourt porque este despercebeu, certamente por um piscar de olhos tendo em vista sua notória competência, que o concurso de pessoas é formado também por elementos subjetivos indispensáveis a sua configuração.

Para falarmos em concurso de pessoas, deveremos ter: a) pluralidade de pessoas e de condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) liame subjetivo ou psicológico; d) identidade do ilícito penal.

As letras “c” e “d” levam à consequência de que a pluralidade de agentes deve ter uma comunhão de finalidade delitiva (identidade entre os elementos subjetivos do tipo praticado). A ausência de tal compartilhamento de subjetividade impede em definitivo a configuração do concurso.

Há um concurso perfeito, mesmo com partícipes, quando autores e partícipes querem furtar um banco e repartir o dinheiro depois. Independente da posição que ocupam, todos têm os elementos subjetivos do mesmo tipo penal. Todos trabalham para subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel (o elemento subjetivo do mesmo tipo está presente em todos os participantes). Isso é concurso de pessoas. A teoria unitária da ação refere-se a casos como estes onde, efetivamente, mesmo com a pluralidade de pessoas e ações diferentes, a soma das relações causais e dos elementos subjetivos forma ação única fragmentada apenas por questões pragmáticas.

Havendo diversidade de elementos subjetivos, haverá diversidade delitiva, não havendo que se falar em concurso ou em princípio da unidade da ação. Como diria o mestre alemão Welzel, causalidade sem finalidade é causalidade cega.

O professor Bitencourt (2008) sabe da importância dos elementos subjetivos do fato e que eles determinam a tipificação da conduta, e assevera ser fundamental, no entanto, a análise do elemento subjetivo que orientou a conduta do terceiro.

O professor também viu em exemplo de mesma ordem a divergência entre os elementos subjetivos dos agentes. Nesse caso, o terceiro age com dolo de matar alguém, age com dolo de homicídio, que diríamos, é um dolo qualificado, pois tinha a finalidade adicional de utilizar a puerpera como instrumento para a obtenção do resultado efetivamente pretendido, que era dar a morte ao nascente ou recém-nascido (BITENCOURT, 2008).

Contudo, não fora notado que tal fator excluiria a incidência do concurso de pessoas e, conseqüentemente, das regras a ele referentes.

Assim, parece completamente adequada à dogmática penal a possibilidade de, no caso em tela, aceitar a responsabilização de Peter por homicídio e de sua esposa por infanticídio, tendo em vista a desconfiguração do concurso de pessoas, evitando, assim, toda indevida manipulação típica sugerida pelo nobre professor Bitencourt.

Neste caso parece mais adequada a configuração de autoria colateral que, pela peculiaridade da questão poderia ser entendida como uma autoria colateral imprópria.

6. Conclusão

Temos como dogma do Direito Penal brasileiro a comunicabilidade de circunstâncias pessoais quando elementares do tipo, como expresso no art. 30 do CP: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” Trata-se de regra inerente ao concurso de pessoas e só neste caso aplicável.

Algumas situações geram uma estranheza típica (de justiça?), como ocorre com o pai ou terceiro que, juntamente com a infanticida, mata alguém. Este terceiro mesmo não estando sob a influência do estado puerperal poderia se beneficiar das disposições do art. 30 do CP? Sim, quando houver concurso de pessoas e não, quando não houver concurso de pessoas.

Havendo autoria colateral, ou seja, tratando-se de situação onde há pluralidade de agentes, mas não há a configuração de um concurso perfeito não haverá a incidência do art. 30 do CP. Isso se aplica não só ao infanticídio, mas a todas as potenciais incidências do referido art. 30.

Não havendo unidade subjetiva na prática do delito (identidade entre os elementos subjetivos da conduta dos agentes em relação à figura típica desejada), não haverá concurso e, conseqüentemente, não haverá aplicação do art. 30 do CP, sendo, então, possível a responsabilização individualizada de agentes atuantes em um mesmo fato sem que isso viole o princípio da unidade da ação.

O art. 30 só incide quando houver uma adesão do(s) terceiro(s) ao plano e nos termos do plano psicológico do sujeito portador das condições pessoais previstas no tipo penal a ser aplicado.

7. Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: dos crimes contra a pessoa*. Parte especial. v.2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUIMARÃES, Roberson. *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 02 set. 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002a.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002b.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.