



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE ROBALINHO CAVALCANTI BARBOSA

**DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES
DE INFANTICÍDIO**

**CAMPINA GRANDE – PB
2013**

FELIPE ROBALINHO CAVALCANTI BARBOSA

**DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES
DE INFANTICÍDIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

**Orientadora: Prof. Me. IANA KARINE
CORDEIRO DE CARVALHO.**

**CAMPINA GRANDE - PB
2013**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

B238i Barbosa, Felipe Robalinho Cavalcanti.
Da incompetência do tribunal do júri para julgar os crimes de infanticídio [manuscrito] / Felipe Robalinho Cavalcanti Barbosa.– 2013.
26 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.
“Orientação: Profa. Me. Iana Karine Cordeiro de Carvalho, Departamento de Direito Público”.

1. Infanticídio. 2. Tribunal do Júri. 3. Inimputabilidade.
I. Título.

21. ed. CDD 618.920 12

FELIPE ROBALINHO CAVALCANTI BARBOSA

DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES
DE INFANTICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: 27/08/2013

Nota: 7,0

Iana Karine Cordeiro de Carvalho

Profa. Me. Iana Karine Cordeiro de Carvalho / UEPB

Orientadora

Ana Rosa de Lima Furtado

Profa. Me. Ana Rosa de Lima Furtado / UEPB

Examinadora

Guthemberg Cardoso Agra de Castro

Prof. Me. Guthemberg Cardoso Agra de Castro / UFPB

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente o ordenamento jurídico pátrio, especialmente a competência do tribunal do júri para julgar os crimes de infanticídio. Defende-se que diante da influência do estado puerperal, a genitora se encontra inimputável e que não age com dolo. Assim, o tribunal do júri é incompetente para julgar os crimes e infanticídio. Trata-se de um tema atual e relevante, tendo em vista a importância e a influência que a legislação exerce na sociedade. Para a análise do tema foi realizada pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, além de reflexões teóricas sobre a matéria.

Palavras-chave: Infanticídio; Tribunal do Júri; Incompetência; Inimputabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DO INFANTICÍDIO	6
A) Aspectos históricos	6
B) Elementos do tipo	8
i) Sujeito ativo	8
ii) Sujeito passivo	8
iii) Temporal	9
iv) Núcleo	9
v) Estado puerperal	10
C) Consumação e tentativa	10
D) Concurso de crimes	11
E) Concurso de pessoas	11
F) Bem jurídico tutelado	13
G) Ação penal	13
H) Pena	14
I) Classificação doutrinária	14
2. DO TRIBUNAL DO JÚRI	14
A) Aspectos históricos	15
B) Principiologia	15
C) Competência	17
D) O tribunal do júri como órgão do poder judiciário	18
3. IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE	19
4. DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR OS CRIMES DE INFANTICÍDIO	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
ABSTRACT	22
REFERÊNCIAS	23

INTRODUÇÃO

Historicamente o delito de infanticídio e o tribunal do júri são institutos jurídicos relevantes, existindo há vários anos e em diversas legislações no mundo.

Este trabalho tem início com a análise do crime de infanticídio, no qual se busca detalhar os seus atributos. Em seguida, ocorre a apreciação acerca das características do tribunal do júri, principalmente a respeito da competência do tribunal do júri. Posteriormente, há uma análise sobre os institutos jurídicos da imputabilidade e inimputabilidade.

Finalmente, é realizada a construção de um raciocínio para demonstrar que o atual ordenamento jurídico está equivocado, em atribuir ao tribunal do júri a competência para julgar os crimes de infanticídio.

Deste modo, este trabalho tem como objetivo propagar reflexões sobre o delito de infanticídio e o tribunal do júri, assim como criticar a atual competência do tribunal do júri para julgar os crimes de infanticídio.

Para a consolidação deste trabalho foram utilizados diversos livros dos vários doutrinadores brasileiros, além de efetuar consultas à legislação e a jurisprudência nacional.

1. DO INFANTICÍDIO

O crime de infanticídio encontra-se tipificado no artigo 123 do Código Penal Brasileiro, tendo como bem jurídico tutelado à vida, *in verbis*:

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.

É possível observar quatro elementos normativos ao analisar este artigo, sendo o verbo *matar* o núcleo do dispositivo. Tais elementos normativos devem existir concomitantemente para a incidência deste delito.

São justamente os elementos normativos do crime de infanticídio que o divergem do delito de homicídio. Para existência do infanticídio é necessário analisar o período em que o crime é cometido, os sujeitos e a influência do puerpério. Enquanto que o tipo penal do homicídio é aberto, apenas descrevendo a ação, a conduta, *matar*.

a. Aspectos históricos

Historicamente existiram diversos conceitos, enquadramentos e penas para o crime de infanticídio.

No período Romano, Rogério Greco cita a doutrina de Noronha ao discorrer que o infanticídio era castigado com penas cruéis, sendo o condenado cosido em um saco com um galo, uma víbora, um cão e uma macaca, além de ser lançado no mar ou em um rio. Tal pena encontrava respaldo nas Institutas de Justiniano.

Na Idade Média, Fernando Capez utiliza as palavras de Nelson Hungria e explana que não havia diferença entre o crime de infanticídio e o delito de homicídio, deste modo o infanticídio era severamente punido e, com base na Ordenação Penal de Carlos V, as genitoras deveriam ser enterradas vivas, empaladas ou dilaceradas com tenazes ardentes.

Continuando nos ensinamentos de Nelson Hungria, apenas no século XVIII através dos ideais filosóficos dos partidários ao Direito Natural, ocorreu uma diminuição na pena do crime de infanticídio, nos casos em que a mãe ou os familiares cometiam o crime para preservar honra da família, sendo uma espécie de homicídio privilegiado. Temos como marco histórico legislativo a criação do Código Penal Austríaco de 1803 pelo jurista italiano Cesare Beccaria e pelo jurista alemão Feuerbach.

No Brasil, assevera Cezar Roberto Bitencourt que a tipificação do delito de infanticídio surgiu com Código Criminal de 1830. No artigo 198 constava que se a genitora matasse o filho que acabara de nascer para esconder a desonra, sofreria pena de prisão com trabalho pelo período de um a três anos.

Ademais, com fundamento no artigo 197 que se encontra na seção do crime infanticídio do diploma acima mencionado, se um terceiro matasse um recém-nascido teria pena de três a doze anos de prisão, além de multa. Destarte pode-se observar que a morte de um recém-nascido por um terceiro não era vista como um homicídio e, sim, como um caso de infanticídio.

Seguindo nos ensinamentos de Bitencourt, o Código Penal Brasileiro de 1890 tipificava o crime de infanticídio no artigo 298 como:

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando a vítima os cuidados necessários á manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena – de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único. Se o crime for perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria:

Pena – de prisão celular por três a nove anos.

Bitencourt ressalta que o legislador aplicou ao crime de infanticídio pena semelhante ao do delito de homicídio, de seis a vinte e quatro anos, assim não faria sentido a distinção entre tais tipos penais, exceto no caso do parágrafo único, na qual a pena sofre uma redução, incidindo quando a genitora comete o crime para esconder sua desonra.

Finalmente, o atual Código Penal Brasileiro de 1940 cominou o crime de infanticídio no artigo 123, sob a seguinte previsão:

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.

b. Elementos do tipo

I) Sujeito ativo

O infanticídio é um delito próprio, isto é, um crime que o próprio artigo dispõe e delimita a pessoa que pode praticar o ato, como retrata Fernando Capez:

Trata-se de crime próprio. Somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que se encontra sob a influência do estado puerperal, pode praticar o crime em tela. Nada impede, contudo, que terceiro responda por esse delito na modalidade de concurso de pessoas.

Assim, apenas a genitora poderá ser sujeito ativo neste crime. Ademais, há a possibilidade de responsabilização de um terceiro, na espécie de concurso de pessoas.

II) Sujeito passivo

O sujeito passivo está exposto claramente no tipo do artigo 123 do Código Penal, nele consta que apenas o filho da parturiente pode ser vítima deste delito. Nas palavras de Fernando Capez:

Sujeito passivo que já se encontrava morto. Crime impossível. Com base nesses dados é possível afirmar que a morte do ser nascente pela mãe sem que se logre constatar que ele se encontra biologicamente vivo quando prática do ato, constituirá crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto.

Importante ressaltar a possibilidade de crime impossível que acontece quando a genitora tenta matar o recém-nascido, porém este já nasceu morto.

III) Temporal

A respeito do aspecto temporal que é o momento no qual o crime deve ocorrer, o artigo 123 do Código Penal dispõe de forma aberta que o delito deve ocorrer *durante o parto ou logo após*, deste modo podemos analisar que há claramente dois períodos distintos.

O primeiro período é *durante o parto*, lapso temporal que começa com a dilatação do colo do útero e que termina com a desocupação do útero. O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt explana com maestria todo o procedimento do parto:

Inicia-se o parto com a dilatação, ampliando-se o colo do útero; a seguir o nascente é impelido para o exterior, caracterizando a fase de expulsão. Por fim, a placenta destaca-se e também é expulsa pelo organismo, sendo esvaziado o útero. Com isso, está encerrado o parto, mesmo que o cordão umbilical não tenha sido cortado.

O segundo período é caracterizado pelo *logo após*, neste caso o termo é vago, sendo subjetivo o marco inicial e final, destarte sigo o entendimento de Fernando Capez que acredita que há a necessidade de análise de cada caso concreto, sendo o fato mais importante para esta delimitação deste momento a incidência do estado puerperal sobre a mulher.

A melhor orientação é aquela que leva em consideração a duração do estado puerperal, exigindo-se uma análise concreta de cada caso. Assim, o delito de infanticídio deve ser cometido enquanto durar o estado puerperal, não importando avaliar o número de horas ou dias após o nascimento, e, se aquele não mais subsistir, não mais poderemos falar em delito de infanticídio, mas em delito de homicídio.

Portanto, como já demonstrado anteriormente o artigo 123 do Código Penal delimita o período que deve ocorrer crime.

IV) Núcleo

O núcleo etimologicamente é a parte central, essencial, o principal. No caso do artigo 123 do Código Penal, o núcleo é o verbo *matar* que retrata especificamente qual tipo de conduta delituosa que leva ao enquadramento com tal norma penal.

V) Estado puerperal

O tipo do crime de infanticídio especifica que para a incidência deste delito a mulher deve cometer o ato sobre a influência do estado puerperal, que são transtornos de ordem física e mental, que pode acometer a mulher, durante ou após o parto, produzindo sentimentos perversos, como retrata Fernando Capez:

Trata-se o estado puerperal de perturbações, que acometem as mulheres de ordem física e psicológica decorrentes do parto. Ocorre, por vezes, que a ação física deste pode vir a acarretar transtornos de ordem mental na mulher, produzindo sentimentos de angústia, ódio, desespero, vindo ela a eliminar seu próprio filho.

Para Cezar Roberto Bitencourt o estado puerperal pode se apresentar de quatro formas, que se distinguem pelo grau de influência de ordem psicofisiológica na mulher.

O indigitado estado puerperal pode apresentar quatro hipóteses, a saber: a) o puerpério não produz nenhuma alteração na mulher; b) acarreta-lhe perturbações psicossomáticas que são a causa da violência contra o próprio filho; c) provoca-lhe doença mental; d) produz-lhe perturbações da saúde mental diminuindo-lhe a capacidade de entendimento ou de determinação.

Assim, é possível observar que o nível de influência do estado puerperal sob a genitora é variável e que o puerpério causa perturbações mentais e físicas, então, obviamente, há uma redução da capacidade de discernimento da mulher.

c. Consumação e tentativa

O delito de infanticídio é um crime material, tendo em vista que o tipo penal do artigo 123 descreve a conduta e o resultado para que exista a

consumação. Neste caso, a consumação se dará com o advento da morte do recém-nascido por uma ação ou omissão da genitora.

Assevera Fernando Capez que o momento da consumação acontece com o falecimento do recém-nascido, não importando o lapso temporal existente entre a conduta da mãe e a morte do seu filho, “A ação física do delito deve ocorrer no período a que a lei se refere, “durante ou logo após o parto”, diferentemente da consumação, ou seja, a morte do recém-nascido ou neonato, que pode ocorrer tempos depois” (2005, p. 105).

Este tipo penal também pode existir na modalidade tentada, quando a mãe não consegue tirar a vida do seu filho por condições alheias a sua vontade, como traz Fernando Capez “a tentativa é perfeitamente possível, e ocorrerá na hipótese em que a genitora, por circunstâncias alheias a sua vontade, não logra eliminar a vida do ser nascente ou neonato” (2005, p.106).

d. Concurso de crimes

O concurso de crimes ocorre quando uma só pessoa pratica uma pluralidade de delitos. Diante do crime de infanticídio, o concurso de crimes mais comum é o de ocultação de cadáver que se encontra positivado no artigo 211 do Código Penal, *in literis*:

Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

e. Concurso de pessoas

Concurso de pessoas de acordo com o ordenamento jurídico pátrio é quando vários agentes concorrem para a realização do mesmo crime. Este instituto está previsto nos artigos 29, 30 e 31 do Código Penal, *in verbis*:

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.

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

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.

A aplicação do concurso de pessoas no crime de infanticídio poderá ocorrer de três maneiras.

A primeira hipótese é quando a genitora e terceiro executam conjuntamente o recém-nascido. Neste caso corroboro com o entendimento de Fernando Capez, Damásio E. de Jesus, Celso Delmanto, entre outros doutrinadores que acreditam que a mãe e o terceiro devem responder pelo crime de infanticídio, mesmo que o terceiro não se enquadre nos elementos normativos do crime de infanticídio, pois conforme o artigo 30 acima exposto não deve ocorrer a comunicação das circunstâncias e condições de natureza pessoal para a enquadramento em um delito.

admite-se o concurso de pessoas no infanticídio: para essa posição, adotada por Damásio E. de Jesus, Custódio da Silveira, Magalhães Noronha, Celso Delmanto e outros (que também passou a ser adotada por Nelson Hungria), admite-se co-autoria ou participação em infanticídio, vez que a lei não fala, em qualquer momento, em condições personalíssimas. Temos as condições de caráter pessoal (que se comunicam, quando elementares), que, sejam elementares, sejam circunstâncias, podem sempre se comunicar. A condição de mãe e a influência do estado puerperal são elementares do tipo, razão por que se comunicam aos co-autores ou partícipes.

A segunda hipótese ocorre no momento em que a parturiente mata o próprio filho com o auxílio de terceiro, seguindo o raciocínio anterior, os dois responderão pelo infanticídio, porém o partícipe poderá ter sua pena diminuída de um sexto a um terço, com fundamento no parágrafo primeiro do artigo 29 do Código Penal.

A terceira hipótese ocorre com a execução do recém-nascido por um terceiro, contando apenas com o auxílio da genitora. Nesta situação o terceiro responderá também pelo delito de infanticídio, por conta da comunicação das circunstâncias e condições de natureza pessoal do artigo 30 do Código Penal, nessa mesma linha de raciocínio segue Rogério Greco:

O terceiro acede à vontade da parturiente que, influenciada pelo estado puerperal, dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar, durante o parto ou logo após, a morte do recém-nascido ou nascente, em qualquer das modalidades de concurso de pessoas, de acordo com a regra contida no art. 30 do Código Penal, deverá ser responsabilizado pelo delito de infanticídio.

Portanto, como já apresentado acima existe a possibilidade de concurso de pessoas no crime de infanticídio.

f. Bem jurídico tutelado

O Estado preocupa-se em resguardar a vida do indivíduo desde a sua concepção, garantindo direitos a estes, como: indenização por dano moral (STJ RESP. 399028 – SP), indenização por DPVAT (noticiário do STJ de 15 de maio de 2011), direito a imagem e a sepultura (enunciado um, da primeira jornada de direito civil) e, por exemplo, tipificando como crime a prática do aborto.

Deste modo, no delito do artigo 123 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a vida humana.

g. Ação penal

Em regra, no crime de infanticídio a ação penal é pública incondicionada, sendo atribuição específica do promotor de justiça, porém em caso de inércia do Ministério Público e conforme o artigo 5º, inciso LIX da Constituição Federal, à vítima ou seu representante legal poderá ingressar, diretamente, com a ação penal privada subsidiária da pública, por meio do oferecimento de queixa crime.

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Vale ressaltar que nos casos de ação penal privada subsidiária da pública a titularidade da ação penal permanece com o promotor de justiça, podendo o *parquet* aditar, repudiar ou oferecer denúncia substitutiva sobre a queixa crime, além de exercer todos os direitos e prerrogativas que o Ministério Público tem em um processo.

h. Pena

De acordo com o Código Penal Brasileiro, a pena em abstrato para o delito de infanticídio é de detenção de dois a seis anos. Ademais, inexistente a previsão de minorantes, majorantes ou qualificadoras neste delito, como retrata Cezar Roberto Bitencourt “A pena é a detenção de dois a seis anos, para o crime consumado. Não há previsão de qualificadoras, majorantes ou minorantes especiais” (2010, p.156).

i. Classificação doutrinária

O crime de infanticídio é classificado doutrinariamente como um delito próprio, por que delimita no tipo penal quem poderá ser sujeito ativo. Enquadra-se como um crime material, pois exige necessariamente o resultado, no caso a morte do recém-nascido. Comissivo ou omissivo, uma vez que pode vir a existir por ação ou omissão da genitora, tendo em vista que a mãe tem status de garantidora da vida do filho. De forma livre, por que há várias formas da mãe cometer o crime de matar o recém-nascido. Entre outras classificações.

2. Do tribunal do júri

O tribunal do júri é uma modalidade julgamento, onde, atualmente, cidadãos previamente alistados decidem, independentemente de conhecimento jurídico,

se valendo exclusivamente do livre convencimento, sobre a existência de um crime, a culpabilidade do réu, além de outros quesitos.

a. Aspectos históricos

A doutrina especializada, dentre os quais Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, assentam como marco inicial para o instituto do tribunal do júri a Carta Magna da Inglaterra de 1215, porém há relatos de tribunais populares na Grécia e na Roma antiga.

Guilherme de Souza Nucci assevera que o tribunal júri ganhou força na França depois da Revolução Francesa de 1789, tendo em vista que o Poder Judiciário não possuía independência, razão na qual tornava o Júri uma modalidade de julgamento imparcial e justo, pois era a população que julgava seus pares, sem a participação de juízes corruptos e com interesses atrelados ao do soberano.

No Brasil, Eugênio Pacelli de Oliveira cita os ensinamentos de Greco Filho ao afirmar que o Tribunal do Júri foi criado em 28 de junho de 1822, por uma lei que visava coibir os delitos de abuso da liberdade de imprensa. Neste período o tribunal era composto por 24 juízes.

Em 1824, informa Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar que o tribunal do júri tornasse instituto constitucional, previsto na Constituição Imperial daquele ano, nesse período também ocorreu à mudança de competência, passando o tribunal do júri a julgar outros bens jurídicos, entre eles os crimes contra a vida.

O tribunal do júri também esteve presente nas constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969. Por fim, a atual Constituição Cidadã de 1988 consagrou o dispositivo do tribunal do júri no título dos direitos e das garantias fundamentais.

b. Princiologia

O artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, estabelece os princípios que regem a instituição do tribunal do júri, são eles: plenitude de defesa, sigilo

das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, *in literis*:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a plenitude de defesa se refere ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal, além de englobar o direito a uma defesa técnica, realizada obrigatoriamente por um advogado ou defensor público ou, ainda, pode aludir à autodefesa, no tocante ao acusado explicitar suas versões sobre os fatos ou se valer do direito de ficar calado.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Seguindo nos ensinamentos de Távora e Alencar, o sigilo das votações possui duas facetas, a primeira acerca do local de votação que deve ser em uma sala especial ou, na falta desta, o público e o acusado devem ser retirados do tribunal para que possa ocorrer a votação. A segunda faceta aborda o voto, que deve ser secreto, garantindo a segurança do jurado e resguardando o direito do livre convencimento do votante.

A soberania dos veredictos atinge os julgamentos dos fatos, assim o juiz togado não pode ir de encontro ao entendimento dos jurados. Ademais, o tribunal justiça estadual também não pode realizar julgamentos de fatos, este se encontra limitado para apreciar os recursos acerca da validade do julgamento, não podendo inocentar ou condenar o acusado. Conduto, para Távora e Alencar, este princípio não é absoluto, pois o tribunal pode absolver o réu no âmbito da ação de revisão criminal.

Por fim, o tribunal do júri possui competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, estes se encontram previstos nos artigos 121 ao 127, do título I, capítulo I do Código Penal Brasileiro.

c. Competência

A competência para o tribunal do júri é estabelecida no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d* da Constituição Federal, onde está positivado que ao tribunal do júri caberá julgar os crimes dolosos contra a vida, *in verbis*:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Primeiramente é importante observar que pelo fato do artigo acima está inserido no título II, dos direitos e garantias fundamentais, da Constituição Federal e em respeito ao artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna, tal dispositivo legal não poderá ser alvo de emenda constitucional, sendo assim uma clausula pétrea.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Outro Ponto interessante é o fato da Carta Magna não especificar quais são os crimes dolosos contra a vida, assim ficou a cargo da lei ordinária, no caso o Código Penal, estabelecer quais são os crimes dolosos contra a vida.

Os crimes dolosos contra a vida estão inseridos no Capítulo I (Crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, os tipos penais que se encontram fincados nos crimes contra a vida são:

homicídio simples (art. 121, *caput*); privilegiado (art. 121, §1º), qualificado (art. 121, §2º), induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (art. 124, 125, 126 e 127).

Além disso, a competência do tribunal do júri também pode ser vista no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Existe a possibilidade da competência do tribunal do júri ser ampliada e serem julgados crimes além destes acima expostos. São as hipóteses em que existe conexão, havendo um elo entre um crime doloso contra a vida e um delito de outra natureza, podendo até mesmo haver um julgamento de um crime de menor potencial ofensivo, como retrata Távora e Alencar:

outros crimes comuns que não os dolosos contra a vida podem ser apreciados pelos jurados, desde que exista conexão (ou continência), e mesmo que a infração conexa seja de menor potencial ofensivo, será atraída ao procedimento escalonado do tribunal popular

Vale ressaltar que existiram vários debates doutrinários acerca da legitimidade do crime de latrocínio ser julgado pelo tribunal do júri, entretanto a súmula 603 do Supremo Tribunal de Federal afastou esta possibilidade e colocou fim a esta celeuma.

Súmula 603. A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.

d. O tribunal do júri como órgão do poder judiciário

No passado ocorreram diferentes posicionamentos doutrinários acerca da inserção do tribunal do júri como órgão do poder judiciário, entre eles o retratado por Guilherme de Souza Nucci quando menciona James Tubenchlak que acreditava que o júri seria um órgão político, aonde os jurados exerciam o seu direito ao sufrágio e assim desempenhavam seu papel como cidadão.

Entretanto, continuando nos ensinamentos de Nucci, a maioria da doutrina não acompanhou o pensamento de Tubenchlak, entendendo que o tribunal do júri faz parte do Poder Judiciário.

3. Imputabilidade e Inimputabilidade

A imputabilidade é um dos elementos normativos da culpabilidade e deve ser verificada no momento da prática do crime. De acordo com o dicionário de Aurélio, imputar é atribuir a uma pessoa a responsabilidade de algo. O Código Penal não dispõe sobre imputabilidade, apenas sobre inimputabilidade, porém por exceção conseguimos definir os dois institutos.

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Então, é imputável a pessoa acima de dezoito anos, tendo em vista que o artigo 27 dispõe que o menor de dezoito anos é inimputável, mentalmente desenvolvido e sadio, capaz de compreender a atitude ilícita de um evento e de determinar-se com base nesse juízo.

Já a inimputabilidade nas palavras de Damásio de Jesus é a pessoa que “por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possui, ao tempo da prática do fato, capacidade de entender o seu caráter ilícito ou de

determina-se de acordo com esse entendimento”. Além disso, são enquadrados como inimputáveis os menores de dezoito anos, por conta do artigo 27 acima exposto.

Vale ressaltar que por força do artigo 28 do Código Penal brasileiro não ocorre à exclusão dos crimes passionais ou cometidos em razão de forte emoção, além dos delitos realizados em decorrência de embriaguez voluntária.

4. Da incompetência do tribunal do júri para julgar o crime de infanticídio

Diante do exposto, em regra, o tribunal do júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, entre eles o crime de infanticídio, esta competência está positivada no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal e no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

O crime de infanticídio acontece quando genitora mata seu filho, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal. O estado puerperal é um transtorno de ordem física e mental causado em decorrência do parto.

Então, se para ocorrer o infanticídio existe a necessidade da mãe está sob a influência do estado puerperal e tendo em vista que o puerpério gera transtornos físicos e mentais na genitora, não há possibilidade do crime ser cometido na modalidade dolosa, além disso, claramente a mãe se encontra inimputável, pois ela não está na plenitude das faculdades mentais.

Deste modo, a competência do tribunal do júri para julgar esse tipo de crime deveria ser afastada, sendo o tribunal do júri incompetente para apreciar o delito de infanticídio, por que quando a genitora mata ou tenta matar seu próprio filho ela age sem intenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se pelo presente trabalho que há um equívoco no ordenamento jurídico brasileiro, por que o crime de infanticídio não ocorre com dolo e que conseqüentemente não deveria ser julgado pelo tribunal do júri. Então, existe a necessidade de uma mudança legislativa.

É importante lembrar que a competência do tribunal do júri está prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal e no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro. Ademais, vale ressaltar que pelo fato do artigo constitucional acima descrito está inserido no título II, dos direitos e garantias fundamentais ele é cláusula pétrea.

Entretanto, foi exposto neste trabalho que a Constituição atribuiu a competência de forma subjetiva, simplesmente positivando que cabe ao tribunal do júri julgar os crimes dolosos contra a vida e que deixou a cargo da lei ordinária, no caso o Código Penal, tipificar objetivamente sobre quais são os crimes contra a vida.

Diante disso, a melhor forma de suprir este erro legislativo seria alterando o posicionamento do crime de infanticídio no Código Penal e retirar do artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal Brasileiro o artigo 123.

ABSTRACT

This study aims to analyze critically the national legal system, in particular the jury trial to judge the crimes of infanticide. It is argued that given the influence of the puerperal state, the progenitor is untouchable and does not act with malice. So the jury is incompetent to judge crimes and infanticide. This is a current topic and relevant in view of the importance and influence that the law plays in society. To analyze the issue bibliographical research, legislative and jurisprudential, and theoretical reflections on the matter.

Key-words: Infanticide; Jury trial; Incompetence; Unimputability.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial - Volume 2**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Volume 2**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÓDIGO CRIMINAL DE 1830. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 05 de agosto de 2013.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 07 de agosto de 2013.

CÓDIGO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 06 de agosto de 2013.

CÓDIGO PENAL DE 1890. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s> Acesso em 05 de agosto de 2013.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 06 de agosto de 2013.

ENUNCIADO UM, DA PRIMEIRA JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 08 de agosto de 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Volume II**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Volume I**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal - Parte Geral - Volume 1**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTICIÁRIO DO STJ DE 15 DE MAIO DE 2011, SOBRE DECISÃO DA TERCEIRA TURMA. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=101830> Acesso em 08 de agosto de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - Volume I**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RECURSO ESPECIAL PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÚMERO 399.028 DE SÃO PAULO. Disponível em

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em 09 de agosto de 2013.

SÚMULA 603 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0603.htm> Acesso em 07 de agosto de 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª ed. Salvador: JusPOVIM, 2011.