



Universidades Lusíada

Rodrigues, Pedro Filipe Gomes, 1975-

Discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio : tipo de crime ou tipo de culpa?

<http://hdl.handle.net/11067/7549>

<https://doi.org/10.34628/BT5H-2609>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

Pretende-se, no presente artigo, proceder à análise do artigo 136.º do CP em todos os seus elementos, procedendo à necessária comparação e confrontação com o homicídio simples e, primordialmente, com o homicídio privilegiado, bem como apreciar a utilidade da existência de tal artigo e, principalmente, quanto à sua coerência perante os bens jurídicos e valores protegidos pelo nosso sistema jurídico. Estamos aqui perante um tipo de crime ou perante um tipo de culpa?...

The aim of this article is to analyze article 136 of the CP in all its elements, making the necessary comparison and confrontation with simple homicide and, primarily, with privileged homicide, as well as appreciating the usefulness of the existence of such article and, mainly, regarding its coherence in relation to the legal interests and values protected by our legal system. Are we facing a type of crime or a type of guilt here?...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Infanticídio - Direito e legislação - Portugal

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T13:30:53Z com informação proveniente do Repositório

DISCUTINDO O PARADIGMA DA INCRIMINAÇÃO DO INFANTICÍDIO. TIPO DE CRIME OU TIPO DE CULPA?

DISCUSSING THE PARADIGM OF THE INCRIMINATION OF INFANTICIDE. TYPE OF CRIME OR A TYPE OF GUILT?

Pedro Gomes Rodrigues¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/BT5H-2609>

Resumo: Pretende-se, no presente artigo, proceder à análise do artigo 136.º do CP em todos os seus elementos, procedendo à necessária comparação e confrontação com o homicídio simples e, primordialmente, com o homicídio privilegiado, bem como apreciar a utilidade da existência de tal artigo e, principalmente, quanto à sua coerência perante os bens jurídicos e valores protegidos pelo nosso sistema jurídico. Estamos aqui perante um tipo de crime ou perante um tipo de culpa?

Palavras-chave: Infanticídio; homicídio; homicídio privilegiado; bem jurídico; início da vida; dignidade da pessoa humana; direito penal simbólico; igualdade; cláusula de honra; desespero; efeito perturbador do parto.

Abstract: The aim of this article is to analyze article 136 of the CP in all its elements, making the necessary comparison and confrontation with simple homicide and, primarily, with privileged homicide, as well as appreciating the usefulness of the existence of such article and, mainly, regarding its coherence in relation to the legal interests and values protected by our legal system. Are we facing a type of crime or a type of guilt here?

Keywords: Infanticide; murder; manslaughter; beginning of life; dignity of human person; symbolic criminal law; equality; honor clause; despair; disruptive delivery effect.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Penais. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Evolução histórica da incriminação do infanticídio. **2. Discutindo o início da vida.** **3. Dos crimes de homicídio e homicídio privilegiado.** 3.1. O crime de homicídio. 3.1.1. O bem jurídico protegido. 3.1.2. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo objectivo. 3.1.3. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo subjectivo. 3.2. O crime de homicídio privilegiado. 3.2.1. Fundamento do privilégio. **4. O Crime de Infanticídio.** 4.1. A questão da autoria. 4.2. O objecto da acção. 4.3. A conduta típica. 4.4. O dolo. 4.5. A questão da culpa. 4.6. Reencontrando a «Cláusula de honra». **5. Infanticídio: tipo de ilícito ou tipo de culpa? 6. A liberdade de acção no comportamento da mulher infanticida.** **7. Conclusão.** **8. Bibliografia.**

1. Introdução

Ao abordar o crime de infanticídio no contexto do sistema penal português, pretende-se perceber sobre a existência ou não da necessidade de manutenção do crime de infanticídio como tipo autónomo de crime relativamente ao crime de homicídio, em particular ao homicídio privilegiado.

O tipo de ilícito constante no artigo 136º do Código Penal apresenta-nos um tipo de culpa, como se indicará mais adiante, e não de um tipo de ilícito.

Trata-se, é certo, de uma norma fundamental, em termos dogmáticos, no contexto dos crimes contra a vida e contra a integridade física na medida em que é a partir dela e através dela que se estabelece a fronteira entre a incriminação por aborto ou por homicídio, ou seja, é o ponto de partida para a definição da protecção legal à pessoa humana ou ao feto.

Contudo, se é verdade que se trata de uma norma fundamental para essa delimitação entre vida intra-uterina e vida extra-uterina, não é menos verdade que essa delimitação não autoriza, por si só, a autonomização relativamente ao homicídio, dado ser de um homicídio que se trata.

Muito menos se afigura como verdade que essa delimitação implique, necessariamente, a autonomização do infanticídio enquanto tipo de crime.

Importa, por isso, analisar qual a finalidade da existência desta norma no nosso ordenamento jurídico, e avaliar da sua necessidade.

1.1. Evolução histórica da incriminação do Infanticídio no Direito Português²
A primeira referência ao infanticídio no Direito Português surge consta da

² Sobre a evolução histórica apenas se fará uma breve referência a alguns pontos de maior relevância, sendo que essa evolução se encontra bastante desenvolvida por NUNO GONÇALVES DA COSTA no artigo “*Infanticídio privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal)*”, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Viseu, 1987

Lex Visigothorum, que terá vigorado em Portugal durante o século XII, na qual a mulher que matasse o filho antes ou depois do parto era condenada à morte ou à desorbitação, sendo essa pena extensível ao marido.

Nenhuma outra referência ao infanticídio é conhecida, nem mesmo nas Ordenações, sendo que quem cometia infanticídio era tratado como quem cometia parricídio.³

À semelhança do que aconteceu no resto da Europa, também em Portugal o pensamento europeu sobre o infanticídio *honoris causa* marcou a sua presença. No entanto, essa presença foi gradual.

O Projecto de reforma do Direito Penal apresentado por Pascoal de Mello Freire configurava o infanticídio cometido pelos ascendentes como parricídio, configurando-o como homicídio qualificado, entendendo que matar um filho é muito mais grave que um qualquer homicídio simples.

Mas abria uma excepção, atenuando a pena relativa à mãe que matasse o filho recém-nascido para “encobrir a natural fragilidade” e para “salvar a fama e reputação”.⁴ Esta era sempre punida com pena de prisão em casas de correcção.

A questão de a *causa honoris* funcionar como atenuante no crime de infanticídio não foi pacífica na doutrina portuguesa de então, tendo tido objecções fortes, como Pereira de Sousa que afirmava que ocultar a desonra fruto de uma gravidez ilegítima não é nem deve ser causa de atenuação da culpa da mulher, mas sim de agravação dessa culpa.

O infanticídio *honoris causa* foi consagrado no Código Penal de 1852, passando a integrar o pensamento juspenalista português.

Prova disso é o Projecto de Levy Maria Jordão, que consagra a *causa honoris* como uma causa de atenuação especial do homicídio. Este Código, no que se refere ao infanticídio, consagra uma dualidade de factores, tendo como fontes o Código Penal francês de 1810 ao qual se foi buscar a agravação (em função da qualidade das pessoas), e o Código Penal Espanhol de 1848 ao qual foi buscar a atenuação especial em função da *causa honoris*.⁵

Para esta atenuação da pena quando o crime é cometido pela mãe para defesa da sua honra, LEVY MARIA JORDÃO apresenta uma imagem da mulher que o infanticídio ainda hoje perpetua. Refere este autor que “no trabalho doloroso do parto persegue-a de um lado a idéia da ingratidão e da perfídia do seductor, vê-o cobrindo-a de ignomínia, arrebatando-lhe a felicidade presente, e fazendo-lhe desaparecer suas esperanças futuras; considera por outro lado a sociedade prestes a estampar-lhe na frente o labeo da ignomínia e da prostituição, e no meio desta

³ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal)*, in revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Visei, 1987, página 144

⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 145

⁵ Idem, página 149-151

agitação, deste combate de sentimentos, que admira vê-la recorrer ao crime?”⁶

Também SILVA FERRÃO, na sua análise do crime de infanticídio e das causas de atenuação especial relativamente à mulher, confere à mulher uma imagem de quase loucura derivada, necessariamente do parto. Refere o autor que “Muitas circunstâncias concorrem para justificar uma grande atenuação da penalidade a favor das mães infanticidas. Além das causas as mais habituaes d’este crime, deve ter-se em contemplação o estado physico e moral da mulher parida.”⁷

E acrescenta que “Ella não fica num estado normal, affectada por uma especie de exaltação ou excitação febril que acompanha quasi sempre o parto, e que de per si diminui a *imputabilidade*,”⁸

O Código Penal de 1886 não alterou a descrição típica, tendo alterado as molduras penais atribuí a atenuação, aplicando a qualificação jurídica de homicídio privilegiado apenas à mãe e aos avós maternos da criança.

Para que fosse possível aplicar a atenuação, ou seja, o tipo privilegiado em razão da *causa honoris* era necessário que se tratasse de filho ilegítimo, de modo a que a mãe tivesse praticado o crime para defender a própria honra, que “é afectada pelo facto de se mostrar pelo nascimento do filho que teve relações sexuais fora do casamento.”⁹

A *causa honoris* manteve-se, no Código Penal português, tendo estado previsto no artigo 137º, sob a epígrafe de «infanticídio privilegiado», que estabelecia que “a mãe que matar o seu filho durante ou logo após o parto, estando ainda sob a sua influência perturbadora ou para ocultar a desonra (...)”.

Esta cláusula foi eliminada na revisão de 1995, que deu origem à actual previsão legal constante do artigo 136º, sob a epígrafe «infanticídio».

Como bem sintetiza MARGARIDA SILVA PEREIRA, “em todos os Códigos Portugueses, apesar das clivagens ideológicas que os marcam e da indefectível expressão normativa que tiveram, perpassa uma ideia: que a mãe puérpera é em princípio menos capaz de se motivar pelo valor que tem a vida do seu filho recém-nascido. As razões dessa menor capacidade de determinação pelo Direito não foram sempre perspectivadas nos mesmos termos. As leis liberais compreendem-na no pressuposto da menor capacidade de, em geral, superar a mãe as emoções e o Direito mais recente entendeu que tal motivação se deve a factores pontuais.”¹⁰

A incriminação do infanticídio conheceu, ao longo da história, diversas formulações, que variaram entre a qualificação do homicídio e o privilegiamento especial, como é a situação actual. Esta evolução foi fruto das várias correntes de

⁶ Idem, página 56

⁷ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, op. cit., página 77

⁸ *Ibidem*

⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 154

¹⁰ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., páginas 293-294

pensamento que foram surgindo, sendo, no entanto, mais lenta, e nem sempre a par dessa evolução.

A forma como a doutrina, a jurisprudência e a sociedade olham para este crime tem evoluído e variado ao longo dos tempos.

Nos últimos anos, nas últimas décadas a sociedade tem sofrido alterações a uma velocidade muito mais acelerada, acompanhadas de mudanças acentuadas das mentalidades e da forma como encaram a vida, bem como o seu início e o seu fim.

Por um lado, vivemos uma época em que a sociedade é cada vez mais individualista, que vive o «eu», e que luta pelos direitos que «eu» tenho, em detrimento dos direitos do outro; em que se apregoa a ideia de que tudo é permitido. Por outro lado, a sociedade continua tão igual a si mesma no modo como «promove» a censura e a discriminação.

2. Discutindo o início da vida

Uma das questões primordiais para o estudo do crime previsto no artigo 136.º C.P. é a do momento a partir do qual se considera que existe vida humana, ou seja, o momento a partir do qual o crime praticado deixa de ser o crime de aborto e passa a ser o crime de homicídio. Dito de outro modo, do que se trata aqui de definir é o ponto a partir do qual se inicia a vida humana considerada em termos restritos, considerando, por isso, a existência bio-fisiológica do ser humano.

Sendo certo que, como refere MARGARIDA SILVA PEREIRA, “a vida relevante para efeitos de homicídio, ou de crimes de perigo para a vida (...) é a vida extra-uterina.”¹¹

Esta não é, contudo, uma questão consensual da doutrina portuguesa, existindo diversas posições em confronto, não sendo “fácil determinar o que por vida extra-uterina compete entender.”¹²

GOMES CANOTILHO afirma mesmo que “os problemas constitucionais mais controvertidos na actualidade dizem respeito ao começo e fim da vida humana. Ao afirmar-se que a vida humana é inviolável, pretende-se aludir seguramente à existência física e psíquica entre o princípio e o fim da vida. Os critérios normativos definidores da vida e da morte, embora alicerçados em conhecimentos científicos permanentemente renovados, devem estar em conformidade com os parâmetros materiais da Constituição. Quanto ao início da vida, a Constituição pressupõe um âmbito normativo garantidor de todos os momentos do acto de nascer.”¹³

¹¹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 109

¹² *Ibidem*

¹³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume 1, 4ª edição

Como refere FIGUEIREDO DIAS, “(...) a verdade – e nisto reside o essencial e decisivo – é que o fim de protecção da norma de homicídio impõe que a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opera, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um aborto.”¹⁴

E, para sustentar e reforçar essa ideia, FIGUEIRO DIAS acrescenta que “nesse sentido fala a necessidade de correspondência entre a especial força de tutela jurídico-penal e os especiais perigos que podem verificar-se no decurso do processo de nascimento; o que é tanto mais assim quanto a tutela jurídico-penal em caso de aborto é (...) restrita a comportamentos dolosos, pelo que a criança a nascer ficaria, no decurso do parto, completamente desprotegida face a ofensas (à vida, ao corpo ou à saúde) não dolosas.”¹⁵

Se um feto apenas tem protecção quando as agressões são perpetradas de forma dolosa, já no que se refere à pessoa esta tem protecção mais abrangente, encontrando-se protegida quer quando as agressões têm a natureza dolosa quer quando estas têm a natureza negligente.

Importa, pois, estabelecer o momento a partir do qual, ao considerarmos um determinado caso concreto, podemos determinar que a morte de um nascituro pode configurar um crime de homicídio, por se considerar já estarmos perante uma pessoa humana, ou, em vez disso, ainda configura um crime de aborto por se considerar estarmos, ainda, perante um feto.

Ambos os suportes físicos – feto e pessoa humana – são objecto de protecção jurídico-penal, mas a cada uma delas é dada uma graduação (ou nível de protecção) diferente, como facilmente se percebe ao olharmos para os tipos constantes dos artigos 131º a 138º do CP e, depois, para os tipos constantes dos artigos 140º a 142º do mesmo diploma legal.

O infanticídio estabelece uma primeira fronteira para que esse momento seja definido, ao antecipar a protecção, enquanto vida humana, para um momento situado *durante o parto*. No entanto, a doutrina tem divergido exactamente no que se refere a estabelecer em que momento se situa essa fronteira.

Efectivamente, ao lermos a letra do artigo 136º, podemos ver que a mãe que mata o filho durante ou após o parto (sublinhado nosso) é punida pelo crime de homicídio e não de aborto.

Mas o legislador não nos resolve o problema com a letra da lei, mantendo-se, assim, a dúvida. A questão é, como se disse acima, a de definir, em termos concretos, em que momento de inicia o acto de nascimento, o que, como FIGUEI-

revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, páginas 448

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 8

¹⁵ *Ibidem*

REDO DIAS escreve, pode conduzir a dificuldades.¹⁶

O legislador quis ir mais longe para a protecção da vida em termos jurídico-penais, preocupando com o “desvalor material de um comportamento que, mesmo antes desse gesto (de cortar o cordão umbilical), possa já aniquilar um ser que representamos como ser humano.”¹⁷ Ou seja, o legislador penalista entendeu ser preferível atribuir a protecção dispensada pelo crime de homicídio não quando o nascimento já se encontra concluído, mas antes quando o acto de nascimento tem início.¹⁸

Antecipar a atribuição de tal protecção será, obviamente, uma decisão de política criminal. Mas ela resulta, ou deve resultar, de algo muito mais importante e duradouro do que mera política criminal: é uma decorrência evidente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Há quem defenda que os riscos acrescidos não se iniciam com as dores de dilatação, invocando que existem mulheres que não sentem estas dores, e que, de acordo com a *legis artis*, a chamada fase activa do parto apenas se inicia quando o canal cervical atingiu três centímetros de dilatação, afastando, por isso, o critério das dores de dilatação como critério aferidor do momento em que se inicia a protecção do novo ser através do crime de homicídio por se entender que é apenas a partir deste ponto que tem início a actividade médica e paramédica.

Por outro lado, e como que do «outro lado do ponto essencial», tem vindo a ser recusada por uma parte da doutrina, o critério segundo o qual o início da protecção da vida do novo ser através do crime de homicídio se dá com as chamadas dores de expulsão, ou seja, de acordo com a *legis artis*, após o canal cervical ter atingido uma dilatação entre oito a dez centímetros.

Neste ponto acompanhamos esta posição na medida em que se efectivamente a acção médica e paramédica tendente ao nascimento do novo ser já se iniciou, então já existem riscos exteriores ao ventre materno aos quais a criança (o novo ser) se encontra sujeita.

Assim, e por maioria de razão, não consideramos os critérios que situam o início da protecção da vida humana enquanto pessoa e não enquanto feto para além das contracções conducentes à expulsão do ser humano para fora do ventre materno.

No nosso entender atrevemo-nos a dizer que, mais do que considerar se o parto é ou não irreversível para que o novo ser possa beneficiar de uma protecção jurídico-penal mais abrangente, importa ter em consideração exactamente o ponto a partir do qual os riscos para esse novo ser passam a ser acrescidos, ou

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 9

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Esta ideia, que resulta evidente da letra da lei e da doutrina penalista, encontra-se plasmada na obra que temos vindo a citar de MARGARIDA SILVA PEREIRA.

seja, o ponto a partir do qual exista qualquer tipo de manipulação do feto/novo ser, manipulação essa que não implica, obviamente, contacto físico com o feto.

Parece-nos, pois, defensável como sendo a melhor opção, que se situe o início da vida para efeitos do crime de homicídio (e, logo, também de infanticídio), naquele momento em que se iniciam as contracções ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão. E defendemos esta posição também porque qualquer manipulação que possa ocorrer sobre o novo ser a partir deste momento já ocorre sobre um ser cujo nascimento é já naturalmente previsível.

3. Dos crimes de homicídio e homicídio privilegiado

3.1 O crime de homicídio

O crime de homicídio (simples) encontra-se previsto no artigo 131º do C. P., que estabelece que “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.”

O homicídio pode “ser considerado o crime mais grave da Ordem Jurídica portuguesa. Tal consideração não tem por base apenas uma hierarquia das penas abstractas (...), mas sim uma hierarquia dos bens jurídicos fundada numa análise (designadamente sistemática) da Constituição, do Código Penal e dos princípios basilares dos sistemas jurídicos ocidentais, cuja «consciência jurídica» afirma como princípio fundamental o princípio da igual consideração e respeito por toda a pessoa humana.”¹⁹

Como nos refere FIGUEIREDO DIAS, “o crime de homicídio descrito neste preceito constitui o tipo fundamental dos crimes contra a vida”²⁰.

Também neste sentido nos diz FERNANDA PALMA que “a norma incriminadora básica entre as normas que preveem os crimes contra a vida é a norma que incrimina o chamado homicídio simples (art.º 131º). Em relação a ela todas as outras normas se configuram como normas especiais, como casos especiais de homicídio doloso.

A referida relação de especialidade não tem um fundamento estritamente lógico, mas corresponde ao interesse político-criminal de dar somente a certos casos de homicídio uma pena agravada ou atenuada. Não seria assim se, por exemplo, o artigo que prevê o homicídio qualificado (art.º 132º) fosse visto como o caso geral de homicídio, sendo a incriminação do homicídio baseada sempre na especial «perversidade» que a intencional morte de outrem tenderia a revelar e os casos em que uma tal perversidade não se revelasse casos especiais.

¹⁹ RAUL SOARES DA VEIGA, *Sobre o homicídio no novo código penal, do concurso aparente entre homicídio qualificado e homicídio privilegiado*, in Revista Jurídica - nova série, nº 4 Out/Dez. 1985, AAFDL, Lisboa 1986

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 4

Mas essa opção alargaria imenso os casos em que é considerada a especial perversidade do agente, a ponto de tornar irreconhecível o que é que caracterizaria uma circunstância reveladora de «especial perversidade», no homicídio.

O que se faz, então, no Código, é partir de um caso «normal» ou «médio» de homicídio e depois autonomizar-se casos específicos, por razões éticas ou ético-psicológicas.”²¹

Ora, o crime previsto no artigo 136.º C.P. é um desses casos especiais que tentaremos perceber se a sua autonomização se justifica nos moldes em que se encontra actualmente previsto, ou se, pelo contrário, embora concordando que se trata de uma situação que deverá ter uma relação de especialidade relativamente ao homicídio simples, a sua especialidade se subsume já a outra norma, concretamente ao homicídio privilegiado.

3.1.1. O bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido é, então, em todos os crimes contra a vida, a vida humana enquanto vida de outra pessoa já nascida.

E a referência a ser a vida de outra pessoa já nascida é relevante na medida em que apenas a vida extra-uterina – como já foi referido – pode ser objecto do crime de homicídio.

Caso se trate de uma vida intra-uterina, ou seja, de pessoa ainda não nascida, então já não estaremos perante um homicídio mas sim, eventualmente, perante um crime de aborto, verificados os respectivos pressupostos.

3.1.2. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo objectivo

Estamos aqui perante um crime de dano na medida que existe, necessariamente, uma lesão ao bem jurídico protegido.

Quanto o objecto de acção – que é a pessoa, outra pessoa – o homicídio constitui um crime de resultado, atendendo a que se verifica “um efeito sobre da acção que se distingue espácio-temporalmente da própria acção.”²²

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS, “importa concluir que o tipo objectivo de ilícito do homicídio simples se consuma com a morte de outra pessoa (...)”.²³

Continua, ainda, FIGUEIREDO DIAS, esclarecendo que são absolutamente irrelevantes “os meios e o modo através dos quais a morte é provocada (crime de

²¹ FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as pessoas*, AAFDL, Lisboa, 1983, páginas 40-41

²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, página 76

²³ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 35

execução livre): directa ou indirectamente, por conduta activa ou omissiva, sejam utilizados meios físicos ou psíquicos, resulte a morte do encurtamento do período de vida de uma pessoa sã ou do apressamento do momento da morte de um moribundo, ocorra ela imediatamente ou após um período longo relativamente à acção ou omissão (...).”²⁴

Com relevância para o presente tema, importa, igualmente, citar FIGUEIREDO DIAS, quando escreve que “porque (...) o tipo objectivo de ilícito leva pressuposta a incidência da conduta sobre pessoa já nascida, não cairão na sua esfera, mas tão-só, eventualmente, na do crime de aborto, as acções pré-natais cujos efeitos se produzam antes de iniciado o processo de nascimento, mesmo que contribuam para que o mesmo se desencadeie (...).”²⁵

3.1.3. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo subjectivo

O tipo subjectivo do crime de homicídio simples é constituído pelo dolo, sendo que o mesmo pode revestir todas as formas que se encontra previstas no artigo 14º do C.P., ou seja, dolo directo, dolo necessário ou dolo eventual.

Recorrendo, uma vez mais, aos sábios ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS para concretizar um pouco mais as situações de admissibilidade de qualquer uma das formas de dolo legalmente previstas, acompanhamo-lo quando afirma que “trata-se por isso (por admitir o dolo em qualquer umas das suas formas) de um tipo relativamente ao qual se verifica aquilo que a doutrina chama de total congruência entre a sua parte objectiva e a parte subjectiva.”²⁶

Sendo que, em situações de condutas que revelem uma gravidade extrema não basta que o agente se conforme com o perigo da realização do resultado, mas antes que preveja o próprio resultado e se conforme com ele.

Com relevância para o crime infanticídio importa o que FIGUEIREDO DIAS escreve, ainda quanto à verificação do dolo, quando o agente actua em estado de afecto, afirmando que também nesta situação o agente tem de prever a verificação do resultado e conformar-se com ele, e acrescenta que “mesmo em casos deste teor, uma comprovação cuidadosa do elemento intelectual e do momento volitivo do dolo – para a qual a análise da motivação constituirá, em muitas hipóteses, um passo decisivo da convicção judicial – torna-se sempre indispensável, sobretudo tendo em atenção os casos mais difíceis e questionáveis de distinção, como é o da distinção entre homicídio doloso e ofensa à integridade física grave com provocação de um perigo para a vida (art. 144º d).”²⁷ E acrescenta que “[N]

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 35

²⁵ Idem, página 36

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 36

²⁷ Idem, página 37

os referidos casos difíceis e questionáveis exige a suprema jurisprudência alemã (NStZ 99 507 s.), não sem razão, uma consideração global dos elementos típicos objectivos e subjectivos, nomeadamente da situação concreta do facto e da forma de agressão, da condição e das possibilidades de defesa da vítima, da constituição psíquica do agente e da sua motivação.”²⁸

Ora, como veremos a seguir, ao analisarmos concretamente o crime de infanticídio, é de grande importância a questão da constituição psíquica do agente e, bem assim, a sua motivação, pois, enquanto elementos que terão de ser analisados ao verificarmos o elemento subjectivo do tipo de crime, e não restando dúvida – no caso concreto – do enquadramento no tipo de homicídio, estes aspectos relevarão, isso sim, ao nível da determinação da culpa do agente e da sua, eventual, punibilidade.

Assim, do exposto resulta claro – e é aspecto unânime na doutrina – que a conduta de matar outra pessoa, a verificação do nexo de imputação objectiva entre a conduta e a verificação do resultado (dado estarmos perante crimes que, pela sua própria natureza implicam a verificação do resultado), e a verificação do elemento subjectivo dolo são aspectos comuns entre, nomeadamente, e no que importa *in casu*, o homicídio simples, o homicídio privilegiado e o infanticídio, nada existindo de claramente distintivo nestes pontos.

3.2. O crime de homicídio privilegiado²⁹

A norma constante do artigo 133º do C.P. tem como fonte mais próxima “os arts. 139º e 140º do Anteprojecto do Professor Eduardo Correia que foram reunidos num só, o art. 136º, pelo Projecto de Proposta de lei de 11/7/1979.”³⁰

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS “o art.º 133º assume-se como uma forma atenuada do homicídio tipificado no art.º 131º, partilhando ambos o mesmo tipo de ilícito: do ponto de vista das exigências de tutela do bem jurídico não intercede qualquer diferença entre homicídio e homicídio privilegiado (assim também AE-BT Person 19). À semelhança do que sucede com o homicídio qualificado, também aqui a especialidade deriva de razões ligadas à culpa, como logo se percebe pela cláusula geral cunhada na letra do preceito e que constitui o denominador comum às quatro circunstâncias privilegiadoras, a sensível diminuição da culpa. A emoção violenta compreensível, a compaixão, o desespero ou

²⁸ *Ibidem*

²⁹ Para a referência breve que faremos relativamente ao homicídio privilegiado, dada a relevância que o mesmo reveste para o tema em estudo, acompanharemos de perto o estudo elaborado pelo Dr. Amadeu Ferreira, *Homicídio Privilegiado* (Reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982), 4ª reimpressão da edição de 1991, Almedina, Coimbra, 2004, uma vez que o detalhe da obra dispensa outras considerações.

³⁰ AMADEU FERREIRA, *Homicídio Privilegiado* (Reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982), 4ª reimpressão da edição de 1991, Almedina, Coimbra, 2004, página 55

um motivo de relevante valor social ou moral privilegiam o homicídio quando e apenas quando “diminuam sensivelmente” a culpa do agente”.³¹

Percebemos facilmente, pelas palavras acima transcritas, que apenas quando falamos do homicídio previsto no artigo 131º do C.P. é que estamos perante um verdadeiro tipo de crime. Todos os outros tipos de homicídio previstos do nosso C.P. são, na verdade, tipos de culpa, que pode ser agravada, enquadrando-se no artigo 132º, ou pode ser diminuída, sendo, nesse caso, enquadrada numa das várias formas de homicídio privilegiado, de acordo com a actual estrutura do nosso C.P.

Neste sentido afirma, ainda, FIGUEIREDO DIAS que “ainda um pouco à semelhança do que ocorre no homicídio qualificado, é também pela relação de interdependência entre a cláusula geral de privilegiamento e os respectivos elementos concretizadores que se abre caminho à compreensão do fundamento que, em sede de culpa, motiva a atenuação da responsabilidade do agente.”³²

3.2.1. Fundamento do privilégio

De acordo com AUGUSTO SILVA DIAS o “o privilegiamento assenta aqui, tanto *prima facie* como tudo ponderado, num especial tipo de culpa: estados de afecto ou motivações socialmente atendíveis e não censuráveis que provoquem, em concreto, uma diminuição sensível da culpa do agente.”³³ Ou seja, o acento tónico é sempre, indiscutivelmente, colocado no elemento culpa.

Esta ideia é, ainda, reforçada, pelo mesmo autor quando, a seguir, continua dizendo que “o art.º 133º possibilita a aplicação de uma pena cujo limite máximo fica aquém da aplicação à moldura penal do homicídio simples das regras da atenuação modificativa da pena do art.º 73º. Isto tem duas implicações. À uma, a diminuição da culpa no homicídio privilegiado tem de ser mais acentuada do que no âmbito da atenuação especial do art.º 72º. À outra, a mesma motivação compreensível não pode ser ponderada simultaneamente no quadro do homicídio privilegiado e no da atenuação especial devendo funcionar aqui a proibição da dupla valorização prevista no art.º 72º n.º 3.”³⁴

Podemos dizer, com segurança, como ficou, aliás, já patente acima, que o privilégio do artigo 133º do C.P. tem como fundamento “uma menor ilicitude do facto praticado ou assentar num menor grau de culpa do autor.”³⁵

A ilicitude e a culpa são, assim, elementos que poderão estar na base do possível privilegiamento do comportamento do agente, importando distinguir uma da outra.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 81

³² *Ibidem*

³³ AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª edição, revista e actualizada, AAFDL, Lisboa, 2007, página 37

³⁴ *Ibidem*

³⁵ AMADEU FERREIRA, *op. cit.*, página 61

Pela clareza das suas palavras acompanhamos AMADEU FERREIRA quando nos diz que “as normas penais incriminadoras são, primariamente, normas de valoração, mas também normas de determinação: proíbem condutas enquanto lhes subjaz uma consideração de bens jurídicos valiosos. Assim, será ilícita a conduta que é contrária à norma jurídica, enquanto põe em perigo de lesão ou lesa bens jurídicos protegidos pela norma. No *tipo de ilícito* incluem-se quer a espécie e os modos de execução do facto (desvalor da acção) quer o grau de lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico protegido (desvalor do resultado). É este conteúdo material da ilicitude, que nos permitirá graduá-la entre um máximo e um mínimo, que se repercutirá necessariamente na medida da pena.”³⁶

Relativamente ao tipo de culpa, com especial importância para o presente estudo, refere AMADEU FERREIRA que “o tipo de culpa integra os elementos «que contribuem para caracterizar de forma mais precisa a atitude interna do autor perante o Direito, actualizado no facto». Trata-se de elementos autónomos da culpa que não são mero reflexo, na culpabilidade, dos elementos da ilicitude – de que depende a graduação. Trata-se de elementos típicos de determinada espécie de crimes, no caso que nos ocupa, um tipo de culpa limitador da medida da pena. Quanto ao conteúdo material da culpa, entendemos, em síntese, que ela deve ser sempre uma culpa pelo facto, documentando este uma posição do autor contrária à ordem jurídica.”³⁷

E conclui, ainda, o mesmo autor, dizendo que “a própria letra do artigo 133º refere que a razão de ser do privilégio é a diminuição sensível da culpa do agente.”³⁸ Ou seja, é a própria letra da lei que nos mostra o caminho para o enquadramento do comportamento do agente no tipo previsto no artigo 133º, através da verificação de uma «diminuição sensível» da culpa.

Atento o que tem vindo a ser a prática na nossa jurisprudência, importa ter presente especialmente o que se refere ao desespero enquanto fundamento para privilégio do comportamento do agente, ou seja, enquanto causa de uma sensível diminuição da culpa do agente.

O desespero coincide, de um modo geral, “com situações que se arrastam no tempo, fruto de pequenos ou grandes conflitos que acabam por levar o agente a considerar-se numa situação sem saída, deixando de acreditar, de ter esperança.”³⁹

Tal resulta evidente da leitura da jurisprudência que se tem debruçado sobre situações em que o infanticídio é ponderado. Normalmente a situação em

³⁶ AMADEU FERREIRA, *Homicídio Privilegiado* (Reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982), 4ª reimpressão da edição de 1991, Almedina, Coimbra, 2004, página 61-62

³⁷ Idem, página 62

³⁸ Idem, página 63

³⁹ AMADEU FERREIRA, op. cit., página 68-69

causa tem na sua origem uma relação íntima da mulher com um homem casado, fruto da qual resulta uma gravidez indesejada. A mulher vê-se, assim, na sua cabeça, numa situação sem saída, em que o medo do escândalo, da reacção social, da rejeição, a vergonha a levam, de acordo com o entendimento que tem vindo a ser seguido pela jurisprudência, a agir em desespero eliminando o que, no seu entender, seria a causa de toda a sua vergonha: a criança.

Muitas vezes as mulheres negam a própria gravidez, uma negação que chega a fazer sentido apenas para si próprias. Essa negação dura, muitas vezes, todo o período de gestação, levando, na nossa opinião, a uma necessária ponderação no sentido de encontrar o que, para essas mulheres, é a solução para o seu problema.

Ora, como refere AMADEU FERREIRA, nada impede que o acto desesperado seja longamente reflectido, mas trata-se de uma reflexão viciada, transtornada devido à pressão intolerável que a situação exerce sobre ele e ao estado em que se encontra.⁴⁰

O texto do artigo 133º do C.P. é claro ao estabelecer que não basta que o agente se encontre desesperado, resultando da letra da lei a exigência de que esse estado de desespero em que o agente se encontra “diminua sensivelmente” a sua culpa.⁴¹

Ou seja, fica evidente que o fundamento do privilégio previsto no artigo 133º se prende directamente com a menor culpa do agente, exigida pela própria norma.

Pelo contrário, não resulta da lei, nem a doutrina o entende, que exista qualquer diferença em termos de tipo objectivo e de tipo subjectivo quando compararmos o crime de homicídio, previsto no artigo 131º, com o crime de homicídio privilegiado, previsto no artigo 133º.

Não existe alteração quanto à verificação do dolo, tratando-se, obviamente, o artigo 133º do um crime doloso. Existe sim uma alteração quanto à motivação do agente, estando diminuída a motivação do agente para conformar o seu comportamento com a lei. Ora, “o dolo do agente não tem que abranger os elementos do tipo de culpa. Não faz qualquer sentido, como decorre da natureza do fundamento do privilégio, que o dolo se refira à emoção violenta ou ao desespero, por ex.”⁴²

Contudo, verificados que estejam os elementos subjectivos da culpa, tal não implica uma presunção da verificação de uma sensível diminuição da culpa do agente. Ou seja, essa diminuição da culpa do agente tem de ser sempre comprovada para a situação concreta.

No Acórdão 1052/07-2, de 19-11-2007, proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, afirma o Tribunal que a arguida actuou do modo descrito nos autos “essencialmente por temer a reprovação familiar e social por ter engravidado de um homem casado, o que nos padrões pelos quais se rege a sua consciência

⁴⁰ Idem, página 69

⁴¹ Neste sentido AMADEU FERREIRA, op. cit., página 69

⁴² Idem, página 83

poderia trazer-lhe a censura do meio onde reside, não sentindo a arguida capaz de enfrentar essa situação⁴³, condenando-a por homicídio privilegiado, enquadrando o seu comportamento como tendo sido motivado por desespero.

Este tem sido, aliás, o entendimento que a jurisprudência portuguesa tem tido sempre que é confrontada com situações que a mãe mata a criança recém-nascida. Na prática o que se aplica, tentando enquadrar como desespero, é a cláusula de honra que já não consta da letra da lei, mas que continua a vigorar, agora envolvida sob o manto do desespero, cabendo, deste modo, no âmbito do artigo 133º.

Citando, uma vez mais, AMADEU FERREIRA, “nos casos de compaixão, desespero ou outro motivo de relevante valor social – 2ª parte do artigo – a diminuição sensível da culpa do agente exige: a existência de um motivo objectivamente considerado como de relevante valor social ou moral; a comprovação de que tal motivo exerceu uma forte pressão sobre o agente, isto é, que foi por ele assumido como seu e como valioso; uma relação de causalidade entre o motivo e o crime, mesmo quando concorram outros motivos.”⁴⁴

Voltando ao acórdão cujo excerto acima se transcreveu, e tomando-o como exemplo, não podemos deixar de concordar que, nas situações possivelmente subsumíveis ao tipo de infanticídio, cuja prova do efeito perturbador do parto é de extrema dificuldade, como adiante se verá, a mulher, ao matar o seu filho recém-nascido, actua, quase invariavelmente, por desespero, por medo.

Mesmo que seja um comportamento pensado e amadurecido ao longo do tempo, essa ponderação é sempre condicionada pelo estado de perturbação em que aquela se encontra.

“Em regra, as situações de desespero têm a ver com estados de profunda solidão, de progressivo fechamento de portas para a resolução de um determinado problema, com situações de repetida humilhação ou sofrimento. O desespero tem uma natureza intimista, coincidindo com um longo período de reflexão por parte do agente.”⁴⁵

O homicídio privilegiado previsto no artigo 133º contém, assim, em si o mesmo tipo de ilícito base que está previsto no artigo 131º – quem matar outra pessoa – com a definição de condições ou circunstâncias que poderão funcionar como privilegiantes do comportamento do agente, desde que tais circunstâncias conduzam necessariamente a uma redução sensível da culpa do agente.

Ao estabelecer as circunstâncias privilegiantes do crime de homicídio o legislador optou por uma metodologia diversa daquela de que se socorreu para a

⁴³ <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

⁴⁴ AMADEU FERREIRA, op. cit., página 82

⁴⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 233

qualificação do homicídio, uma vez que nestas recorreu ao método dos exemplos padrão, estando todas elencadas – mas não taxativamente – no artigo 132º, já naquelas optou por dispersar por diversos «tipos».

Contudo, o assento tónico está sempre colocado ao nível da culpa do agente, e não ao nível da tipicidade.

4. O crime de infanticídio

O crime de infanticídio encontra-se previsto, actualmente, no artigo 136º do C. P., estabelecendo que “a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora é punida com pena de prisão de um a cinco anos.”

Como ficou referido atrás, estamos aqui perante um tipo privilegiado de homicídio, sendo esse privilégio fundamentado “numa culpa acentuadamente diminuída do agente”⁴⁶

Trata-se, assim, como facilmente se compreende, de um tipo cuja incriminação tem por finalidade a protecção do bem jurídico vida. Mais concretamente a protecção do bem jurídico vida no seu início.

Neste sentido escreve NUNO GONÇALVES DA COSTA o seguinte: “A inserção sistemática indicia, desde logo, o bem jurídico por ele protegido. Foi, aliás, sobre o critério do bem jurídico protegido que recaiu a escolha do legislador de 1982 quando se defrontou com a questão de saber qual a sistematização a adotar para a Parte Especial do Código Penal.”⁴⁷

Acha-se o art. 137.^{o48} (...), incluído no capítulo I («dos crimes contra a vida») do título I («dos crimes contra as pessoas») da Parte Especial do Código Penal. O bem jurídico nele protegido é, por conseguinte, a vida humana formada.”⁴⁹

4.1. A questão da autoria

Ao contrário do que sucede com a maioria dos tipos existentes, que podem ter como agente qualquer sujeito, sendo o agente do tipo designado pela expressão «quem»⁵⁰, o tipo do infanticídio tem, na sua estatuição, a indicação expressa de que apenas a mãe pode cometer o crime de infanticídio, ou seja, apenas a mãe pode ser agente deste tipo de crime. Ou, como refere MARGARIDA SILVA PE-

⁴⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, página 420

⁴⁷ Critério que se mantém na sistematização da versão actual do Código.

⁴⁸ Actualmente o então artigo 137º – infanticídio privilegiado – correspondendo ao artigo 136º – infanticídio.

⁴⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 182

⁵⁰ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 195

REIRA, “o infanticídio só será praticado por quem sofre de influência puerperal. Porque esta não se transmite, o crime tem um destinatário definido. Caso a mãe, por medo ou repulsa de tirar a vida a um ser, peça a terceiro que o faça, este não recebe na sua ordem jurídica o estado puerperal... não é Infanticída.”⁵¹

Aqui chegados temos de discordar do defendido por NUNO GONÇALVES DA COSTA quando, na obra que temos vindo a citar, escreve, referindo-se ao agente do crime, que “este elemento da autoria não pertence (...) ao tipo em sentido sistemático.”⁵²

Continua, ainda, o mesmo autor referindo que “mãe, para efeitos de aplicação do tipo privilegiado, é a mulher que dá à luz a criança. Só ela se pode achar sujeita a reprovação social em virtude do nascimento de um filho, só ela pode sofrer a influência perturbadora do parto.”⁵³

Ora, se é verdade que apenas a mulher que dá à luz a criança pode estar sujeita a reprovação social e à influência perturbadora do parto, aqui não discordando do autor acima citado, já não podemos aceitar como sendo verdade que a autoria não seja um elemento constitutivo do tipo penal.

A este respeito lembramos a palavras de FIGUEIREDO DIAS quando diz que “elemento constitutivo de todo o tipo objectivo de ilícito nos delitos dolosos de acção é – apesar da natureza “subjectiva” ou “intersubjectiva” deste elemento – o autor da acção.”⁵⁴

Aqui seguimos o entendimento defendido por FIGUEIREDO DIAS, considerando que o autor e as qualidades ou características desse mesmo autor fazem parte integrante do tipo de crime.

Podemos olhar para o homicídio qualificado e verificamos que a qualidade de descendente ou ascendente do autor relativamente ao objecto da acção constitui o factor para que o crime seja subsumível ao tipo de homicídio qualificado e já não o tipo de homicídio simples, sendo, todavia, um crime comum, como adiante se explica.

A exigência de determinada característica ou qualidade importa para a caracterização de um determinado tipo de crime como sendo um crime comum ou um crime específico.

FIGUEIREDO DIAS explica que “[P]or vezes [...] a lei leva a cabo nesta matéria uma especialização, no sentido de que certos crimes só podem ser cometidos por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um dever especial. Deparamos aí com os chamados crime específicos,

⁵¹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 150

⁵² NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 195

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 295

de que são exemplos os arts. 227º (“O devedor que...”), 284º (“O médico que...”) ou 375º (“O funcionário que...”). Fala-se a este respeito, com propriedade, em elementos típicos do autor.”⁵⁵

Continua, depois, o mesmo autor, concretizando os conceitos apresentados, dizendo que “no âmbito dos crimes específicos distingue-se entre crimes específicos próprios ou puros e impróprios ou impuros. Nos primeiros, a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende fundamentam a responsabilidade [...]. Nos segundos, a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade mas unicamente para agravar [...]. Cremos que em todos estes crimes específicos decisivo é, em último termo, o dever especial que recai sobre o autor, não a posição do autor de onde este dever resulta.”⁵⁶

Podemos concluir desta explicação de FIGUEIREDO DIAS, que os crimes específicos – próprios ou impróprios – são exclusivamente aqueles em que é atribuída a responsabilidade a quem tem determinadas qualidades ou sobre quem recai determinado dever, ou então aqueles em que essa qualidade ou especial dever tem como finalidade única o agravamento dessa mesma responsabilidade.

Sobre o conceito e finalidade dos crimes específicos TERESA PIZARRO BELEZA diz que “É costume chamar em geral aos crimes de que não pode ser agente uma qualquer pessoa, mas dos quais só pode ser agente uma pessoa com certas características e *maxime* com qualidades que consistam na titularidade de uma situação juridicamente definida – crimes específicos.

São específicos de certas pessoas numa certa situação jurídica.

Dentro destes crimes específicos é vulgar também fazer uma distinção entre crimes específicos próprios, no sentido de propriamente ditos, que será por exemplo o caso da prevaricação; e por outro lado, falar-se de crimes específicos impróprios ou impropriamente ditos, que são crimes que existem como um tipo geral para qualquer pessoa, e que depois, se forem praticados por pessoas com uma certa qualidade especial, passam a ser punidos de forma diferente. Isto é, nos crimes específicos próprios, não existe um crime paralelo (por exemplo, prevaricação) por parte dos cidadãos comuns (que não são juízes), ao passo que nos crimes específicos ditos impróprios, há tipos paralelos que se aplicam aos cidadãos comuns ou às pessoas nessas qualidades especiais”.⁵⁷

Resulta claro do que ficou transcrito que um crime específico – próprio ou impróprio – implica sempre a criação de uma responsabilidade criminal que, de outra forma, não existiria, ou, quando já existe, o agravamento dessa mesma responsabilidade criminal decorrente das especiais qualidades do agente, ou seja,

⁵⁵ Idem, páginas 303-304

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., página 304

⁵⁷ Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 2.º Volume, AAFDL, Lisboa, 2010, páginas 109 e 110

a qualificação e não o privilegiamento da responsabilidade criminal do agente.

Ou seja, não têm nunca como objectivo a diminuição da responsabilidade do autor, não servem para privilegiar o comportamento do autor.

Relacionando com o crime de infanticídio leva-nos a concluir que não podemos estar perante um crime específico, uma vez que a finalidade com que o legislador autonomizou este comportamento por parte da mulher foi, exactamente, o de transformar este comportamento de matar o filho durante ou após o parto num tipo de homicídio especialmente privilegiado.

Não concordamos, por isso, com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE quando este autor refere que o infanticídio se trata de um crime específico impróprio.⁵⁸

Ou seja, de acordo com as definições apresentadas por FIGUEIREDO DIAS, e que são aceites pela doutrina, o infanticídio não se enquadra em nenhuma delas, devendo, apesar da forma *sui generis* como se encontra descrito, ser considerado um crime comum, uma vez que a qualidade especial do autor – a mãe, sob efeito perturbador do parto – não fundamenta nem a responsabilidade, nem o agravamento dessa mesma responsabilidade, mas sim, o seu inverso, ou seja, fundamenta o desagravamento da sua responsabilidade.

Mais à frente voltaremos a abordar esta questão, por se revelar importante para a aferição quanto a tratar-se de um tipo de crime ou de um tipo de culpa.

Continuando a seguir de perto os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, importa referir que “a distinção entre crimes comuns e crimes específicos, próprios e impróprios, assume relevo prático significativo sobretudo em matéria de comparticipação (...), nomeadamente em sede de distinção entre autoria e cumplicidade (...), bem como de comunicabilidade entre os comparticipantes de «certas qualidades ou relações especiais do agente» (...). Logo no presente contexto tem algum interesse uma referência aos chamados crimes de mão própria, isto é, aos tipos de ilícito em que o preceito legal quer abranger como autores apenas aqueles que levam a cabo a acção através da sua própria pessoa, não através de outrem; quer abranger apenas, pois, segundo o entendimento dominante, os autores imediatos, ficando excluída a possibilidade de autoria mediata; e mesmo a co-autoria relativamente àqueles comparticipantes que não tenham chegado a executar por mãos próprias a conduta típica.”⁵⁹

Refere, ainda, o mesmo autor que, os chamados crimes de mão própria “(...) só existirão onde tenha sido intenção da lei construir um tipo de ilícito por forma tal que autor só possa ser aquele que realiza, ele próprio, a acção (...) e em que, por conseguinte, o facto só possa ser cometido em autoria imediata. Quando a

⁵⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, página 420

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 304-305

função do direito penal era vista como tutela de uma ordem moral e se não ligava exclusivamente à protecção de bens jurídico-penais (...), não seria difícil encontrar tipos deste teor, máxime, no âmbito dos crimes sexuais ou da relevância jurídico-penal de certas formas de vida ou da própria personalidade do agente; como o não será se e na medida em que, no âmbito da «sociedade do risco», se der lugar a um puro «direito penal do comportamento» cindido da protecção de bens jurídicos concretos, individuais ou colectivos (...) Num direito penal do facto e do bem jurídico, porém, não é fácil compreender a eventual intenção legislativa de considerar autor unicamente quem realiza corporalmente a acção típica, diminuindo com isto drasticamente o âmbito de protecção da norma.”⁶⁰

E acrescenta, ainda, que “certo e relevante (...) é que onde um crime de mão própria deva ser reconhecido, autor não será todo aquele que detiver o domínio do facto, mas aquele que, detendo-o, realize, ele próprio, a acção típica (autor imediato).”^{61 62}

Toda esta construção que faz FIGUEIREDO DIAS relativamente aos tipos de crime tem alguma relevância no presente estudo uma vez que, olhando para o texto do artigo 136º, dir-se-ia que estamos perante um crime de mão própria, atendendo a que, disso não há dúvida, o legislador apenas quis considerar como possível autor de infanticídio a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto.

Ou seja, apenas a mãe pode ser punida pelo crime de infanticídio, não sendo possível qualquer outro agente ser punido por este tipo penal, o que nos faz regressar ao que dissemos atrás sobre o não enquadramento, na nossa opinião, do infanticídio como crime específico.

Se, por um lado, não existe qualquer dúvida de que o comportamento previsto no artigo 136º do C. P. constitui, conceptualmente, um crime de mão própria, no estrito sentido em que apenas o comportamento da mãe que mata o filho pode ser subsumível a este tipo legal. Por outro lado, vemos que a intenção do legislador não foi a de considerar a culpa do único autor imediato possível – a mãe – como uma culpa mais grave, mas, ao contrário, a de atenuar especialmente essa mesma culpa, o que pode levar a que eventuais participantes na acção vejam o seu comportamento subsumir-se a um tipo penal com uma moldura penal consideravelmente mais gravosa, como seja a de homicídio, ou mesmo homicídio qualificado.

Tal não faz, no nosso entendimento, e com o devido respeito, muito sentido.

Como refere FIGUEIREDO DIAS, na passagem acima transcrita, a distinção entre crimes específicos e crimes comuns tem relevância no aspecto que se

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., página 771-772

⁶¹ Idem, página 772

⁶² Sobre o entendimento da doutrina relativamente ao conceito de crimes de mão própria ver, nomeadamente AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, páginas 283 a 288, e páginas 294 e 295).

relaciona com a eventual comunicabilidade entre possíveis participantes na acção das especiais qualidades que o tipo legal – que atribui ou agrava a responsabilidade do autor, recorde-se – exige que o agente possua.

Ou seja, se existisse a comunicabilidade dessas especiais qualidades ou relações do agente para com os eventuais participantes ou cúmplices, e uma vez que essas qualidades ou relações têm por finalidade, como vimos, criar ou agravar a responsabilidade do agente, a responsabilidade dos eventuais participantes ou cúmplices seria, também ela, criada ou agravada por essa mesma comunicabilidade, o que colocaria, ou poderia colocar, em causa o preceituado no artigo 29º do C. P., que estabelece que, no caso de participação criminosa, “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.”

Daqui podemos concluir que os crimes de mão própria, de acordo com a construção acima apresentada, apenas existirão, também eles, para circunscrever ao autor imediato, a quem o legislador quis atribuir a exclusividade da possibilidade de autoria daquele tipo penal, a responsabilidade – criada ou agravada – por crimes específicos.

Assim, dificilmente se compreenderá a razão de ser de um crime que em tudo aparenta ser um crime de mão própria, como o infanticídio, não fosse o caso de não criar nem agravar a responsabilidade do agente, mas sim diminuir substancialmente essa responsabilidade.

4.2. O objecto da acção⁶³

Escrevia Luís de Oliveira Batista, ao iniciar as suas notas relativamente ao então artigo 356º do Código Penal Português, que definia o crime de infanticídio, que “este artigo protege a vida de um infante contra a destruição intencionalmente causada por outrem”.⁶⁴

Tal como falámos relativamente à questão da autoria, também no que diz respeito ao objecto da acção importa ter em conta o texto do artigo. O artigo 136º, depois de se referir ao autor refere qual o objecto de acção, que é o filho.

Esta expressão «filho» refere-se, obviamente, a outra pessoa, constituindo uma forma especial da «outra pessoa» que consta do texto do artigo 131º, constituindo, desse modo, um elemento objectivo da culpa⁶⁵.

No sentido de estarmos perante um elemento da culpa e não um elemento constitutivo do tipo nos conduz uma simples análise do artigo 132º que, logo na

⁶³ Ver a este respeito o que se disse atrás, no capítulo II (Discutindo o início da vida)

⁶⁴ LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BATISTA, *Notas ao Código Penal Português*, França & Arménio Editores, Arco de Almedina, Coimbra, 1917, página 661

⁶⁵ Neste mesmo sentido se refere Nuno Gonçalves Costa (NUNO GONÇALVES DA COSTA, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal, in revista da Faculdade de Direita da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Visei, 1987, página 196)*

alínea a) do seu número 2 identifica como uma forma especialmente agravada de homicídio, pela especial censurabilidade, se o objecto da acção for um descendente, ou seja se o objecto da acção for um filho, desde que a acção não seja cometida pela mãe durante ou após o parto.

Ou seja, para efeitos de agravar a culpa do agente o legislador recorreu a exemplos padrão e incluiu a morte de um filho por parte do seu progenitor no crime previsto e punido no artigo 132º do CP.

Já para efeitos de privilegiamento dessa mesma culpa, se a morte do filho for causada pela mãe durante ou após o parto já o legislador não se socorreu da mesma técnica legislativa, entendendo haver uma especial propensão por parte da mulher que dá à luz para matar o seu filho no acto de nascimento.⁶⁶

Como vimos, o objecto da acção é sempre o mesmo, seja no artigo 131º, seja em qualquer outro tipo que tenha como fim a protecção do bem jurídico vida: outra pessoa.

Não existindo, por isso, nenhuma especificidade do infanticídio quanto ao objecto da acção. O que constitui um elemento diferenciador do infanticídio quando comparado com os demais tipos de homicídio é o momento da prática do acto, constituindo como que uma antecipação da aquisição de personalidade jurídica, antecipando o momento a partir do qual se está perante uma «outra pessoa».⁶⁷

Podemos concluir, do referido, que o objecto da acção do crime de infanticídio não constitui elemento diferenciador, estando tão só perante a morte de uma pessoa causada por outrem.

⁶⁶ Como escreve MARGARIDA SILVA PEREIRA: "(...) em todos os Códigos portugueses, apesar das clivagens ideológicas que os marcam e da indefectível expressão normativa que tiveram, perpassa uma ideia: que a mulher puérpera é em princípio menos capaz de se motivar pelo valor que tem a vida do seu filho recém-nascido. As razões dessa menor capacidade de determinação pelo Direito não foram sempre perspectivadas nos mesmos termos. As leis liberais compreenderam-na no pressuposto da menor capacidade de, em geral, superar a mãe as emoções e o Direito mais recente entendeu que tal incapacidade de motivação se deve a factores pontuais. Mas o certo é que (...) a ideia de menor capacidade de motivação da mãe pelo Direito à vida do filho marca presença em todas as construções típicas, e em todos os entendimentos doutrinários." (MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Os homicídios*, Edição Pedro Ferreira - Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 293 - 294)

⁶⁷ Acompanhamos, assim, NUNO GONÇALVES DA COSTA quando diz que «O que importa é a qualidade do objecto no momento da acção e não no momento da produção do evento. Não é concebível um homicídio sem que exista uma pessoa sobre a qual recaia a acção de matar.» NUNO GONÇALVES DA COSTA, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal*, in revista da Faculdade de Direita da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Visei, 1987, página 202

4.3. A conduta típica

O infanticídio, enquanto forma de homicídio, é um crime de resultado⁶⁸, uma vez que o tipo não se basta com a mera realização da acção proibida, mas exige a verificação do resultado, ou seja, exige que ocorra a morte de outra pessoa, da criança, do infante.

Assim, a conduta típica consiste no acto de a mãe matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora deste.⁶⁹

Como escreve FIGUEIREDO DIAS: “Matar assume, no presente contexto (ou seja, no contexto da mãe que mata o filho durante ou após o parto), precisamente o mesmo significado que igual elemento típico no crime de homicídio (art. 131º § 1). Apenas se salientará que a *conduta* deve ter lugar durante ou logo após o parto, enquanto que o *resultado* (a morte) pode ter lugar em momento posterior. Mas também não exclui a tipicidade a circunstância de a mãe ter posto antecipadamente em funcionamento as condições que conduzirão à morte do nascituro (não do feto, porque então o crime só poderá ser o de aborto) (...), desde que tais condições tenham sido *mantidas* ou *não tenham sido alteradas* durante ou logo após o parto.”⁷⁰

A acção típica é, assim, exactamente a mesma que a estabelecida como conduta típica do crime de homicídio previsto no artigo 131º, “causar, por acção ou por omissão, a morte de pessoa diferente do agente”⁷¹. Sendo que, como refere, igualmente, FIGUEIREDO DIAS, convém “acentuar que ‘causar a morte’ implica a necessidade de se estabelecer o nexo de imputação objectiva (e subjectiva) do resultado à conduta.”⁷²

O único elemento adicional constante do artigo 136º é o elemento temporal, ou seja, o quando essa conduta tem de ter lugar, e não a conduta propriamente dita.

A conduta típica pode, também aqui, ser cometida por omissão. Situação que ocorre quando a mãe não desenvolva todas as acções e comportamentos necessários para proteger a vida do filho e, por via dessa omissão de comportamentos, venha a ocorrer o resultado morte.⁷³

⁶⁸ Quanto ao conceito de crimes de resultado FIGUEIREDO DIAS diz-nos que “Nos crimes de resultado sob a forma de comissão por acção o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente. Nestes tipos de crime só se dá a consumação quando se verifica uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta.” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 306)

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., página 170

⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., página 171

⁷¹ Idem, página 35

⁷² *Ibidem*

⁷³ Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*,

Como escreve NUNO GONÇALVES DA COSTA: “(...) não só o art. 10.º/1 procede a uma genérica equiparação da omissão à acção, em princípio válida para todos os tipos de resultado, como não pode duvidar-se do facto de a mãe ser sempre garante da vida do filho, o que permite dispensar complexas indagações em torno da questão de saber quando e em que condições se pode afirmar a existência de um dever jurídico que obrigue pessoalmente o omitente a evitar o resultado (art. 10.º/2). Estando em jogo uma conduta omissiva invertem-se as exigências da imputação objectiva. É a não evitação do resultado que a vai fundamentar: «a acção, cuja *não* realização se deve reprovar ao autor, terá que se definir, portanto, como a acção que teria eliminado ou reduzido o perigo concretizado no resultado.»⁷⁴

Este, como qualquer outro crime de resultado, por maioria de razão o homicídio, pode ser cometido por omissão, se, por exemplo, o agente omitir comportamentos que, se os tivesse tido, eliminariam ou reduziriam o perigo de se verificar o resultado.

Aqui acresce o facto de, como ficou referido, a mãe ter, sem margem para dúvidas, um especial dever de garante para com a vida do filho, agindo por forma a protegê-la.

Ora, depois de afirmado pela doutrina – e também seria estranho qualquer afirmação em sentido contrário – que a mãe possui um especial dever de garante para com a vida do filho, esta presunção de culpa especialmente reduzida por uma perturbação inerente à condição de parturiente contradiz esse dever de garante.

Através deste mesmo artigo o legislador afirma, sem margem para dúvidas, o dever de garante da mãe para com o filho, e diz que a mulher, por o ser, durante o parto presume-se deixar de ter o discernimento para se guiar por esse natural dever de garante e manifesta uma tendência para não agir em conformidade com natural e forte sentimento maternal.

Na afirmação de um comportamento omissivo por parte da mulher que culmine na não evitação do resultado afirma-se um especial dever de garante da mulher para com a vida do seu filho.

Por fim, e como último elemento da conduta típica, este sim, na nossa opinião, exclusivo, diferenciador e limitador do âmbito de aplicação de um privilegiamento especial da mulher que mata o filho num presumido estado de perturbação é o elemento temporal.

Estabelece o artigo que a morte do filho tem de ocorrer durante ou logo após

Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 171, e NUNO GONÇALVES DA COSTA, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal*, in revista da Faculdade de Direita da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Viseu, 1987, página 205.

⁷⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 206

o parto. Não sendo exigível “que o evento se produza durante tal período; bem pode a morte da criança ocorrer algum tempo depois, que não será por isso que o facto escapará à norma atenuante.”⁷⁵

FIGUEIREDO DIAS coloca em questão se tal elemento tem uma conotação temporal ou, antes, uma conotação psicológica, por referência ao que entende a doutrina alemã, acabando por concluir que, no nosso ordenamento jurídico, se trata de um elemento especificamente temporal, atendendo a que o próprio normativo, logo de seguida, estabelece como critério essencial que a mãe se encontre ainda sob a influência perturbadora do parto, para que seja possível este especial privilegiamento do facto.⁷⁶

4.4. O dolo

A este respeito não existem grandes dúvidas quanto a afirmarmos que, estando perante um crime doloso, nos termos definidos no artigo 13º do CP, que o elemento subjectivo do tipo se basta com o preenchimento de qualquer um dos tipos de dolo identificados no artigo 14º do mesmo diploma legal.

Também é unânime a doutrina ao defender que, faltando este elemento – o dolo – o comportamento da mulher pode ser punido como homicídio por negligência, uma vez que a existência do artigo 136º não afasta ou exclui a possibilidade de aplicação do artigo 137º.⁷⁷

⁷⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 206

⁷⁶ Escreve FIGUEIREDO DIAS o seguinte: “Que a conduta possa ter lugar logo após o parto é elemento relativamente ao qual se torna duvidoso se deve conferir-se-lhe uma conotação especificamente *temporal* ou antes *psicológica* assim também na doutrina alemã anterior a 1998: no primeiro sentido GÖSSEL, *Strafrecht BT I* 1987 103, no segundo S / S ESER 1991 § 217 5). Face à lei portuguesa parece que a primeira interpretação se impõe (neste sentido também o Ac. do STJ de 27-5-92, *CJ XVII-3* 35), uma vez que, *além deste requisito*, se torna necessário (diferentemente do que sucedia na lei alemã) que a mãe se encontre ainda sob a influência perturbadora do parto; de outro modo a lei não teria referido as exigências de que o facto ocorra durante ou logo após o parto e a mãe se encontre ainda sob a sua influência perturbadora, mas apenas esta última. A conduta tem por isso de ter lugar durante o período que temporalmente se segue ao parto e durante o qual é razoável supor, segundo os pontos de vista *objectivos* dos conhecimentos da medicina, que a influência perturbadora deste pode ainda subsistir (sublinhando também a impossibilidade de delimitar rigorosamente a duração deste período, LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS II 174, SILVA DIAS, *cit.* §6 1, e STRATENWERTH / JENNY I § 1 30; mais restritivo, limitando a aplicação do preceito aos momentos imediatamente subsequentes ao final do parto, PINTO DE ALBUQUERQUE art, 136º 5). Não obstante, atento literal do preceito (“logo após o parto”), não parece que possam ser por ele abrangidos factos praticados semanas ou meses após o parto, mesmo que comprovadamente influenciados por transtornos mentais pós-parto (...).” FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 171-172

⁷⁷ Neste sentido se pronunciam, nomeadamente, FIGUEIREDO DIAS (FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 173); e NUNO GONÇALVES DA COSTA (NUNO GONÇALVES DA COSTA, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal*, in *Revista da Faculdade de*

4.5. A questão da culpa

A culpa consiste, de uma forma muito genérica, numa “censura jurídica dirigida ao agente pela prática do facto.”⁷⁸

O infanticídio pressupõe, na óptica do legislador – quer na redacção anterior quer na redacção actual – “um «aspecto de imputabilidade diminuída para que a medicina chama a atenção, a influência perturbadora do estado puerperal»”.⁷⁹

A imputabilidade diminuída da mulher em estado puerperal que importa para a subsunção do comportamento da mulher que mata o filho durante ou após o parto é a que resulta directamente do estado de perturbação directamente resultante do parto, e não de quaisquer outros factores, também eles psicológicos e/ou sociais que podem afectar a capacidade de entender e querer da mulher. Alguns desses factores – enumerados por Nuno Gonçalves da Costa – podem provir de ansiedade quanto ao futuro do filho ou das suas capacidades, de ciúmes relativamente ao progenitor, ou mesmo de medo de censura social.⁸⁰

Todos estes factores, embora tidos como relevantes e eventuais condicionantes do comportamento e da vontade da mulher, não podem funcionar para preencherem a perturbação prevista, por não decorrerem directamente do parto.

Escreve, assim, NUNO GONÇALVES DA COSTA: “Fenómenos como os descritos não podem considerar-se abrangidos pelo art. 137.º na parte em que se refere à influência perturbadora do parto. O teor literal do preceito reporta-se, somente, a perturbações resultantes do parto, à influência perturbadora que o facto de dar à luz pode ter sobre a mulher. É esse, e não outro, o módulo de culpa típico.”⁸¹

Refere, para suportar esta posição – com a qual desde já afirmamos concordar – que os efeitos e pressões externas, como as referidas atrás, que podem afectar psicologicamente a mulher, também podem produzir esse efeito no homem que está prestes a ser pai. Também ele pode sofrer de ansiedade, por exemplo, pela precariedade de condições ou pelas suas capacidades de prover devidamente às necessidades do filho.

Invoca, assim, que considerar tais aspectos para efeitos de aplicação do 137.º – actual 136.º que estamos a estudar – implicaria uma violação do princípio constitucional da igualdade.

Mas, com o devido respeito, concordando, parcialmente, com o defendido por Nuno Gonçalves da Costa, não podemos, ainda assim, concordar na íntegra.

Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Viseu, 1987, página 209)

⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 510

⁷⁹ Ver NUNO GONÇALVES DA COSTA, referindo-se à justificação apresentada por Eduardo Correia no Anteprojecto que deu origem à versão então vigente do Código Penal – (op. cit., página 211)

⁸⁰ Neste sentido, Nuno Gonçalves da Costa, na obra que temos vindo a citar e a seguir.

⁸¹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 212

Concordamos que não faz qualquer sentido abranger toda e qualquer perturbação adveniente da proximidade do parto – e não somente do parto – para efeitos de especial privilegiamento do comportamento da mulher. Mas parece-nos que a descrição feita e o elenco apresentado coloca todos os futuros pais, que, legitimamente, receiam das suas capacidades para prover a todas as necessidades do filho como potenciais homicidas.

O mesmo se aplicando – no nosso entender, como temos vindo a expor – a considerar que, pela verificação deste especial privilegiamento do comportamento da mãe que mata o filho durante ou logo após o parto como potenciais homicidas, como que afastando o proclamado instinto maternal que, como diz o povo, faz a mulher esquecer todas as dores quando o filho lhe é colocado sobre o peito.

Com o que acabámos de dizer não se afasta que existam situações em que o parto possa ter efeitos perturbadores, “perturbações psico-somáticas decorrentes do fenómeno do parto, que só a mulher pode experimentar”⁸², mas serão a excepção, sendo a mulher conduzida por um acto de desespero.

Não seriam, á semelhança do que acontece com as pressões psicológicas, ansiedades, angústia opressiva, perturbações psíquicas decorrentes do medo de rejeição social, também estas perturbações decorrentes do parto, muitas vezes decorrentes do medo que a mulher sente de uma eventual rejeição por parte da família, ou de uma censura social, subsumíveis, também elas, ao tipo do homicídio privilegiado, enquadrando como um comportamento de desespero? Afastando, assim, o selo de homicida em potência que recai sobre as mulheres puérras?...

Continua NUNO GONÇALVES DA COSTA afirmando que “a influência perturbadora do parto deve ser entendida em termos essencialmente psicológicos. São diversos os fenómenos associados ao parto capazes de provocar, na mãe, um estado de perturbação psíquica.”⁸³

E, especificando, escreve: “Cumpre referir, para começar, as dores físicas causadas pelo parto e a sua representação psicológica pela mulher, bem como o estado de exaustão daí resultante. Assinala-se, por outro lado, a possibilidade de o puerpério produzir efeitos cerebrais tóxicos. Alude-se, ainda, a propósito do estado puerperal, a um transtorno transitório e incompleto, caracterizado por deficiente atenção e senso-percepção, escassa memória e confusão do objectivo com o subjectivo, assemelhando-se, por isso, aos denominados estados crepusculares. Menciona-se, igualmente, a comissão do facto num estado de semi-confusão mental ou de depressão patológica.”⁸⁴

Ora, atenta toda esta cuidada descrição de uma quase insanidade temporá-

⁸² NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 212

⁸³ Idem, página 213

⁸⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 213

ria, quase que nos inclinaríamos para uma inimputabilidade, verificando-se uma tal situação.

Ainda assim, o mesmo autor refere, em seguida, que esta base médico-psicológica na qual se sustenta o especial privilégio do infanticídio em função do transtorno puerperal tem sido colocada em causa por parte da doutrina de diversos países, afirmando os críticos de tal privilégio que o “critério privilegiante (...) «torna o crime de configuração difícilíssima e, praticamente, uma **figura decorativa**».” (negrito e sublinhado nossos)⁸⁵

Conclui o autor que “mesmo em países que fundam o privilegiamento do infanticídio unicamente na influência do estado puerperal, o acto da mãe é normalmente associado a uma gravidez oculta e reprimida.”⁸⁶

Mas, na verdade, também o mesmo se pode concluir – como adiante se verá – da situação concreta que entre nós se verifica.

Apesar de ao se estudar e se tratar, actualmente no nosso ordenamento jurídico, de um tipo de crime, quando analisado o comportamento da mulher, a doutrina – bem como a jurisprudência – refere-se, sistematicamente, ao tipo de culpa, e que para que se aplicar o tipo de culpa previsto no artigo 136º é preciso que se demonstre que o parto exerceu sobre a mulher uma influência perturbadora.

Não obriga, contudo, a que essa perturbação seja tal que condicione a capacidade de entendimento e discernimento da mulher.

Deve aqui referir-se que se trata de uma prova quase inalcançável, como aliás alguma doutrina já referiu.

Mas, provado que esteja que a mulher estava psicologicamente perturbada devido ao “influxo do processo do parto”, no momento em que teve o comportamento típico, “deve reputar-se integralmente preenchido o **tipo de culpa**, independentemente da intensidade assumida por tal perturbação.” (negrito nosso).⁸⁷

Hoje, tal como antes no art. 137º, a lei não exige mais provas para além de que a mulher se encontrava psicologicamente perturbada e que essa perturbação decorria do parto para que se aplique o privilegiamento do comportamento. Trata-se, pois, de uma presunção legal de que o comportamento se deveu directamente de tal perturbação.

A questão aqui também deve ser analisada á luz de saber se, estando sob efeito perturbador, a mulher estava capaz de controlar o «facto», pois, como refere ALMEIDA COSTA, “(...) no tocante ao nosso *ilícito doloso*, importa desde logo sublinhar que, no contexto de um direito penal do «facto» centrado na protecção de bens jurídicos, para a sua verificação não basta o mero *animus delinquendi*, nem a realização intencional de um simples contributo causal da ocorrência do crime,

⁸⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 213

⁸⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 214

⁸⁷ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 215

exigindo-se que o comportamento integre o efectivo elemento desencadeador (= *causa efficiens, causa sufficiens*) da infracção. Só quando o agente pratique, de modo voluntário, uma conduta que (à luz do padrão do homem médio, *i.e.*, sem a interferência de considerações de culpa individual) lhe confira o controlo sobre o «se» e o «como» da situação descrita no tipo, esta se converte num *dolo-em-acto*, deparando-se com a unidade subjectivo-objectiva em que se analisa o conteúdo de antinormatividade específico do ilícito doloso.”⁸⁸

Demonstrando-se que o estado de perturbação em que a mulher se encontrava a impedia de ter o controlo do «se» e do «como», como refere ALMEIDA COSTA, a imputação objectiva dolosa fica prejudicada, afectando tal facto a censura que lhe deve ser feita, a censurabilidade do seu acto, logo a sua culpa.

Um outro elemento contante da letra do actual artigo 136º, e que já antes constava do artigo 137º (o então infanticídio privilegiado), e que constitui uma delimitação da eventual aplicação deste artigo, é o elemento temporal, uma vez que o artigo refere que o facto típico tem de ocorrer durante ou logo após o parto.

Se o «durante» o parto é facilmente identificável e perceptível, já o mesmo não acontece com a locução «logo após o parto», uma vez que se trata de um conceito indeterminado.

Ao lermos a letra do artigo não nos restam quaisquer dúvidas de que uma eventual subsunção do comportamento da mulher a este tipo especialmente privilegiado de homicídio “quando o facto cometido pela mulher sob a influência perturbadora do parto (...), o tenha sido em momento que não ultrapasse aquilo que resultar ser o limite máximo do período «logo após o parto».”⁸⁹

Tratando-se, como referimos, a expressão «logo após o parto», de um conceito indeterminado, importa, antes de mais, e por forma a tentar estabelecer uma definição ou compreensão da sua abrangência, tentar perceber o alcance desta expressão.

Como refere NUNO GONÇALVES DA COSTA, “importa averiguar, antes de mais, qual a finalidade que levou o ordenamento a prever a indeterminação. Com efeito, à semelhança do sucedido em sistemas estrangeiros, passou-se de um limite temporal fixado com precisão pelo art. 356º do Código de 1852/1886 para a actual indeterminação. Dos trabalhos preparatórios do novo Código não conseguem retirar-se elementos úteis para a discussão da matéria. É possível, não obstante, estabelecer com alguma segurança que, ao prever-se a indeterminação, se quis conferir ao julgador uma margem de discricionariedade na apreciação dos casos concretos, fugindo-se à arbitrariedade dos prazos fixos.”⁹⁰

⁸⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Edições Almedina, Coimbra, 2014, página 659

⁸⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 224

⁹⁰ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 227

O mesmo autor continua dizendo que “o art. 137º atenua a moldura penal em função de um estado de perturbação da mulher associado ao puerpério, reconhecendo a anormalidade da situação em que ocorre o processo de motivação no sentido da conduta homicida. A outorga do privilégio justifica-se, por conseguinte, enquanto subsistir a influência perturbadora do parto, tendo o período «logo após o parto» a duração desta.”⁹¹

Não deixa de ser curioso que o autor considere o parto, o acto através do qual todos os seres humanos nascem, como uma situação de anormalidade ao ponto de motivar a conduta homicida da mulher.

Depois, estabelecer que o período «logo após o parto» tem exactamente a mesma duração que tem a influência perturbadora do parto nada ajuda a esclarecer ou concretizar o alcance do conceito indeterminado a que o legislador recorreu como limite temporal do privilégio atribuído ao comportamento da mulher quando praticado dentro desse limite temporal e sob essa influência perturbadora. Alias, o próprio autor reconhece isso mesmo, referindo tratar-se de uma “tautologia”⁹²

Mas, mais à frente, NUNO GONÇALVES DA COSTA “ao estabelecer um limite cronológico para a acção típica, revela a lei que não é suficiente, para que possa presumir-se a menor culpa do agente, a actuação sob a influência perturbadora do puerpério (...). Algo mais é necessário. Este algo só pode ser a ainda incipiente estruturação dos laços afectivos entre a mãe e o filho, cuja consequência é a menor intensidade das contra-motivações inerentes à filiação no momento da comissão do facto.”⁹³

O mesmo autor esclarece, depois, que “ao socorrer-se de um conceito indeterminado para limitar o âmbito temporal máximo da atenuação, o legislador pretendeu certamente evitar que o juiz ficasse, perante o caso concreto, espartilhado pela presunção de uma culpa diminuída formulada pelo art. 137º.”⁹⁴

Refere o autor que, através da concretização do conceito «logo após o parto» através da ainda incipiente estruturação de laços afectivos entre a mãe e o filho, se dá cumprimento à pretensão de evitar que o julgador ficasse «espartilhado» pela presunção de culpa diminuída, dizendo que “não fica assim o julgador sujeito a aplicar a moldura penal atenuada a casos cujas circunstâncias indicam não se justificar, perante eles, a presunção de um **menor grau de culpa**.”⁹⁵ (negrito nosso)

E conclui o autor dizendo que “quando se apure, em concreto, que se acha

⁹¹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 228

⁹² NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 229

⁹³ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 230

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 230

já suficientemente desenvolvida uma relação afectiva entre mãe e filho, baseada na convivência, não pode considerar-se preenchido o **tipo de culpa** do art. 137º: o facto não terá sido cometido «logo após o parto», mas em momento posterior.”⁹⁶ (negrito nosso).

Ou seja, no entendimento do autor que temos vindo a seguir, o conceito temporal indeterminado «logo após o parto» define-se, não através de decurso de tempo, mas antes, através de estabelecimento, ou não, de uma relação afectiva entre mãe e filho.

Fica, assim, sem concretizar o conceito indeterminado, uma vez que recorre a outro conceito indeterminado – relação afectiva suficientemente desenvolvida – para tentar estabelecer o seu âmbito de aplicação.⁹⁷

Contudo, embora não resulte da letra da lei nenhuma definição concreta do que deve ser entendido como «logo após o parto», parece-nos correcto concluir que, através desta expressão, o legislador pretendeu limitar o âmbito de aplicação aos momentos subsequentes, e não a um período indefinido avaliado através da existência ou inexistência de um «relação afectiva suficientemente desenvolvida».

4.6. Reencontrando a «Cláusula de honra»

Até à revisão de 1995 do Código Penal o então artigo 137º continha a chamada cláusula de honra, estabelecendo que “a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto, estando ainda sob a sua influência perturbadora ou para ocultar a desonra será punida com prisão de 1 a 5 anos.”⁹⁸

Ou seja, até à revisão de 1995, a subsunção do comportamento da mulher que mata o filho durante ou logo após o parto poderia decorrer de um factor com origem interna – a perturbação decorrente do próprio parto –, ou de um factor com origem externa à mulher – a desonra, com base na censura social de que poderia ser objecto.⁹⁹

A desonra era, assim, um factor que era socialmente relevante e, desse modo, a sua protecção por parte da mulher, que conduzisse á morte do filho, era tido como causadora de uma menor exigibilidade para com a mulher.

Afirmava FRANCESCO CARRARA, ao analisar o crime de infanticídio no

⁹⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 231

⁹⁷ Relativamente à utilização de conceitos indeterminados por parte do legislador na construção de tipos penais ver TERESA QUINTELA DE BRITO, *O homicídio qualificado (art. 132º)*, in «Direito penal – parte especial: lições, estudos e casos», Coimbra Editora, Coimbra, 2007, páginas 171-172. Em sentido contrário, Nuno Gonçalves da Costa, op. cit.

⁹⁸ Versão de acordo com o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro

⁹⁹ Neste ponto seguimos, em alguns aspectos, os apontamentos de direito penal da Dra. Conceição Valdágua.

ordenamento jurídico italiano, e partindo da definição legal desse crime, o seguinte: “Aggiungo nella definizione – *pel fine di alvare l'onore, o evitare sovrastantii* – perchè in questa idea ed in questo fine sta tutto il fondamento della teorica che si descrive. Nè questo radicale concetto si esprime bastantemente limitandosi (...) a designarei il fatto dell'illeciti concepimento. La causa che impropria il titolo do omicidio e lo converte im infanticidio, secondo la moderna dottrina è il pericolo dell'onore.”^{100 101}

A propósito do, então, infanticídio privilegiado, previsto e punido pelo artigo 137º do anterior C.P., NUNO GONÇALVES DA COSTA escrevia, referindo-se à “conduta da mulher que mata o próprio filho” para «ocultar a desonra», o seguinte: “Está em causa, nela, a consideração social da mulher relacionada com o comportamento sexual. É sabido que este, quando desenvolvido à margem das convenções dominantes na sociedade, acarreta, por vezes, forte censura social e/ou familiar, dirigida contra a mulher, susceptível de se traduzir em formas mais ou menos subteis de estigmatização. Perante o perigo de a sua conduta sexual desviada se tornar manifesta com o nascimento de uma criança, a mãe mata o filho. É este o fenómeno social que subjaz à atenuação.”¹⁰²

E acrescentava o mesmo autor que “é usual referir-se como base da motivação psicológica do agente, nestes casos, o medo da censura social ou da reacção familiar, bem como sentimentos de culpa e de vergonha. Achar-se-á a mãe, normalmente, numa situação em que as suas «resistências contra a decisão criminosa» se encontram diminuídas, «na medida em que as dolorosas vivências psicológicas da sua marginalização social são adivinháveis»¹⁰³. Actuando a mulher com

¹⁰⁰ Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato Nella R. Università di Pisa – Parte Speciale ossia Esposizione dei Dilitti in Specie*, Vol. I, Nona Edizione, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1912, página 369

¹⁰¹ A definição de infanticídio a que Carrara se refere, de acordo com o Código Penal Italiano de então, era “la uccisione di un bambino nascente, o nato di fresco, commessa con atti positivi o negativi dalla madre illegittimamente fecondata, per il fine di salvare l proprio onore, o di evitare sovrastanti (Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato Nella R. Università di Pisa – Parte Speciale ossia Esposizione dei Dilitti in Specie*, Vol. I, Nona Edizione, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1912, página 345)

¹⁰² NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 218

¹⁰³ Aqui Nuno Costa Gonçalves cita Fernanda Palma quando esta escreve: “Numa sociedade em que os conceitos de honra tendem a tornar-se cada vez mais individuais e, sobretudo, tende a esvaziar-se de sentido qualquer conceito de honra familiar, a ocultação da desonra social da mulher que deu à luz uma criança, por exemplo fora do matrimónio, se ainda é compreensível que propulsione o comportamento da mulher directamente afectada, diminuindo-lhe as resistências contra a decisão criminosa, na medida em que as dolorosas vivências psicológicas da sua marginalização social são adivinháveis, já não permite reconhecer facilmente a menor exigibilidade do comportamento de outra pessoa que não sofra directamente essas vivências. A ocultação da desonra desencadearia uma atenuação especial da culpa, não na medida da relevância social do motivo, como o art.º 133º in fine prevê, mas, somente, na medida em que à sociedade que ainda marginaliza certas mães, deve

intenção de evitar a desonra social, a lei presume que ela o fez numa situação de **insuficiente domínio da vontade**. As excepcionais circunstâncias em que se encontra permitem presumir uma menor capacidade de motivação pelo respeito da norma e, logo, uma culpa diminuída. (negrito nosso)¹⁰⁴

Relativamente à afirmação de que a lei presume um insuficiente domínio da vontade importa ter presente o conceito de acção penalmente relevante, sendo que, nas palavras de EDUARDO CORREIA, “o conceito jurídico-penal de acção deve, desde logo, ter virtualidades para servir de fundamento a toda a construção do crime, isto é, portanto, para servir de suporte a todos os elementos constitutivos de qualquer infracção, da mesma forma que terá de valer para todas as incriminações da parte especial do direito criminal, seja qual for a forma do seu aparecimento.

“A estas exigências procuram responder a acção estruturada nos moldes que ficam expostos. Pois, da forma descrita, não só o conceito se torna compreensivo da acção, da omissão e do resultado que estas porventura tragam consigo, como abrange tanto as hipóteses em que a vontade do agente se dirige ao resultado que ele antecipou mentalmente e na realidade produziu (factos intencionais), como aquelas em que a vontade do agente se dirige a um resultado diverso daquele que vem efectivamente a ter lugar (factos por negligência).”¹⁰⁵

Um pouco mais à frente no texto EDUARDO CORREIA acrescenta o seguinte: “Depois também, para que possa falar-se de acção positiva, é necessário que por via dela tenha lugar uma modificação do mundo externo, muito embora ela se reduza a um mero *movimento corpóreo do agente*. Pensamentos, simples resoluções de vontade quando não exteriorizadas, não são acção no sentido da negação activa de valores: «cogitationis poenam nemo patitur».

“Simplesmente, dentre todos os possíveis movimentos corpóreos (ou omissões), só interessam ao direito criminal aqueles que, de qualquer forma, são diri-

caber uma maior compreensão pelas decisões criminosas determinadas pela própria rejeição social.” (MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal Parte Especial, crimes contra as pessoas*, AAFDL, Lisboa, 1983, página 88).

A questão que fica da leitura destas palavras de Fernanda Palma prende-se, primeiro, com o facto de a autora referir que o mesmo facto praticado por outros agentes que não a mãe poderá constituir um motivo de relevância social e, como tal, enquadrado na parte final do artigo 133º, mas se for praticado pela mãe já assim não será, por dever «caber uma especial compreensão». Mas será que o motivo deixa de ser de relevância social? E, atendendo à finalidade de prevenção geral atribuída à criminalização de um comportamento, socialmente esta mãe que, tendo agido «contra as convenções dominantes na sociedade», mata o filho para ocultar esse seu comportamento «desviante», é merecedora de uma especial compreensão ou, deve antes ser tida em consideração a situação concreta de desespero ou motivo de relevo social para, dentro da previsão do artigo 133º, enquadrar o comportamento? Será mesmo esta mulher objecto de especial compreensão, ou estará o direito penal a afastar-se de finalidade de prevenção geral e a passar uma mensagem errada ao resto da sociedade?

¹⁰⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 218 - 219

¹⁰⁵ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010, páginas 232

gidos ou ao menos presididos por uma *vontade*. Os comportamentos em absoluto independentes da vontade devem excluir-se do conceito de acção. O que não significa que a vontade de acção tenha de referir-se a mais que o movimento corpóreo externo: o que o agente verdadeiramente quis já não deve pertencer à acção. Ou, dito de outro modo, *o movimento corpóreo do agente apenas precisa de ser uma manifestação da sua vontade.*¹⁰⁶

Ou seja, se, nas palavras de Nuno Gonçalves da Costa, “actuando a mulher com intenção de evitar a desonra social, a lei presume que ela o fez numa situação de insuficiente domínio da vontade”, tal implica, seguindo o conceito de acção jurídico-penal que referimos, e que é seguido pela doutrina penalista, que, nessas circunstâncias não existe acção relevante em termos penais pois não se verifica, de acordo com o defendido pelo autor, uma manifestação da vontade, atendendo que a mulher se encontra diminuída no domínio da sua vontade. No limiar falar-se-ia de uma inimputabilidade ou quase inimputabilidade.

Sendo que, na verdade, e como o próprio autor refere, a mulher age por medo, desespero, angústia das consequências sociais do seu comportamento desviante relativamente à moral social dominante. Ora, tal insere-se no tipo privilegiado previsto no artigo 133º.

Afirma, igualmente, NUNO GONÇALVES DA COSTA que “o entendimento segundo o qual a desonra mencionada no tipo se circunscreve à reputação social da mulher relacionada com a conduta sexual é, desde há muito, quase unânime entre os penalistas.¹⁰⁷

E conclui dizendo que “a *ratio* do privilegiamento não radica em o direito valorar positivamente o móbil da honra. O ordenamento limita-se a *constatar* que o temor do estigma social é capaz de provocar, na mãe, estados psicológicos de angústia e de desespero que podem desembocar na acção homicida. A anormalidade das circunstâncias em que decorre o processo de motivação da mulher permite ao direito presumir uma sensível diminuição da sua culpa, pelo que privilegia o crime.”¹⁰⁸

Contudo, o legislador de 1995 entendeu que não se justificava a manutenção do privilegiamento do comportamento da mulher originado pela defesa ou protecção da sua honra.

Como defendeu FIGUEIREDO DIAS na Comissão de Revisão, hoje em dia não é motivo de desonra para ninguém ter um filho.¹⁰⁹

Refere FIGUEIREDO DIAS que, “a revisão de 1995 modificou uma vez mais

¹⁰⁶ EDUARDO CORREIA, op. cit., páginas 236

¹⁰⁷ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 219

¹⁰⁸ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 221

¹⁰⁹ Actas da Comissão de Revisão, página 201

o tipo, eliminando a ocultação da desonra da mãe como fundamento do privilégio. Considerou pois que uma tal situação, segundo as concepções já prevalentes no momento na comunidade portuguesa, não mais seria suficiente para fundar, de per si, o privilegiamento típico.”¹¹⁰

Logo na altura diversos penalistas, como COSTA PINTO ou TERESA SERA, se pronunciaram contra esta alteração da norma, eliminando a cláusula de honra como causa de privilegiamento, referindo que, apesar da evolução que a sociedade conheceu, têm dúvidas de que tenha deixado de existir uma séria e forte pressão social relativamente á mulher que engravida sendo solteira, ou á mulher que engravida de uma relação extra-conjugal ou de um homem casado, e que o estigma que resulta na exclusão social dessa mulher, tenha deixado de existir e, desse modo, de ser causa bastante para a mulher optar por matar o filho no acto do nascimento ou nos momentos que o seguem, por esta se encontrar com a sua capacidade de discernimento diminuída.

Não podemos deixar de concordar com as posições que entendem que esta pressão social sobre a mulher que se encontre numa das situações acima mencionadas continua, ainda nos dias de hoje, a ser forte e a condicionar os comportamentos e reacções por parte da mulher que se vê perante situações que a moral social continua a condenar, ainda que tenham sido elas próprias a colocar-se, em momento anterior, perante a possibilidade de tal situação, através do seu comportamento contrário aos valores, ainda, dominantes, á moral ainda hoje tida como socialmente dominante.

A este respeito importa trazer à colacção algumas situações com as quais os Tribunais superiores se viram confrontados (que serão objecto de análise mais à frente), e que ilustram bem a motivação que continua a estar na origem do comportamento das mulheres que matam os filhos no momento do seu nascimento.

Em 2007 o Tribunal da Relação de Guimarães decidiu um recurso que vinha interposto de uma decisão do Tribunal Judicial de Ponte de Lima que havia condenado por homicídio simples uma mulher que havia morto a sua filha por omissão da prestação de cuidados essenciais.

Na origem deste comportamento da mulher, estava, como o Tribunal deu como provado, o facto de a mulher ter engravidado na sequência de relacionamento sexual com dois homens casados, não sabendo qual era “o pai da criança que gerava uma vez que, durante o período em que ocorreu a fecundação, deixou de se relacionar sexualmente com C e começou a relacionar-se sexualmente com M.

Por força desta circunstância, temendo também quais fossem as reacções dos seus familiares e mesmo dos seus dois referidos parceiros, a arguida procurou manter segredo da sua gravidez, continuando, inclusivamente, durante

¹¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 168

ela, os relacionamentos sexuais supra referidos, sem que os parceiros dela se apercebessem.”¹¹¹

Em 2012 o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se relativamente a um recurso interposto do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa que havia já revisto a pena aplicada pelo 1º juízo do Tribunal Judicial do Montijo, o qual havia condenado a arguida pelo crime de homicídio simples por ter morto o seu filho com o soutien, após ter tentado com as mãos, não o tendo conseguido por se encontrar com as forças debilitadas devido ao esforço do parto.

A gravidez era fruto de um relacionamento com um homem casado, e, ao longo de toda a gestação, a mulher escondeu, por todos os meios que soube, a gravidez, uma vez que após o falecimento da mãe a recorrente desorganizou-se emocionalmente, e iniciou uma relação conflituosa com o seu agregado familiar nuclear, que perdurou até à descoberta do corpo do recém-nascido dentro do saco de plástico.”¹¹²

Lê-se, igualmente, no referido acórdão do STJ que “durante a gravidez a recorrente, por medo e por vergonha do impacto da sua situação junto da família e amigos, adoptou um mecanismo intelectual segundo o qual negava a si própria que estava grávida agindo em estado mental condicionado pelo mecanismo da denegação, não tendo no acto de tirar a vida ao bebé uma completude do seu estado de consciência, no sentido em que agiu em estado de consciência mas sem flexibilidade sobre o mesmo.”¹¹³

Também neste caso os sentimentos de medo e de vergonha foram o factor determinante para o comportamento da mulher.

Em 2013 o Tribunal da Relação do Porto foi chamado a decidir um recurso interposto da sentença proferida pelo colectivo do Tribunal Judicial de Resende, que havia condenado a arguida como autora material em concurso efectivo pelo crime de homicídio (previsto e punido nos termos do artigo 131º), e pelo crime de profanação de cadáver (previsto e punido nos termos do artigo 254º, n.º 1, alínea a)).

A mulher havia engravidado de um homem com o qual manteve uma relação de cariz sexual, tendo, após ter sabido que estava grávida, omitido o seu estado.

Lê-se no acórdão da Relação do Porto que “a arguida não queria que os seus pais e, especialmente a sua mãe, que era muito conservadora e crítica face aos comportamentos sexuais fora do casamento, nomeadamente, por perfilhar princípios religiosos cristãos (segundo os quais a arguida também foi educada),

¹¹¹<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

¹¹² Acórdão do STS de 11-10-2012, em que é relator o Conselheiro Manuel Braz

¹¹³ Acórdão do STS de 11-10-2012, em que é relator o Conselheiro Manuel Braz

tomassem conhecimento de que, sendo solteira e não tendo sequer relação de namoro assumida com alguém, engravidara e tivera uma filha, não querendo a arguida desiludir a mãe e pretendendo evitar que sofresse o desgosto de saber desses factos, sobretudo numa situação em que estava na fase final da sua vida.”¹¹⁴

Resulta evidente, na nossa opinião, dos exemplos que acima apresentámos, e que ilustram bem a quase totalidade de situações em que a questão do infanticídio foi colocada aos nossos tribunais, que, na verdade, ainda hoje, a mulher age por medo, desespero, angústia das consequências sociais do seu comportamento desviante relativamente à moral social dominante. Age por medo de repúdio e estigmatização.

Resulta, por isso, claro que, apesar de ter sido eliminada da letra do artigo, a cláusula de honra continua a ser, essa sim, o elemento comprovado e comprovável que condiciona o comportamento da mulher: ela continua, nos dias de hoje, a (re)agir em desespero para defesa da honra, tentando evitar o repúdio da sociedade em que se insere e, bem assim, da sua família.

Ora, tal insere-se no tipo privilegiado previsto no artigo 133º.

5. Infanticídio: tipo de ilícito ou tipo de culpa?

esta é a grande questão a que importa dar resposta, de modo a perceber se se justifica, ou não, a manutenção da autonomização do infanticídio como tipo autónomo de crime, nomeadamente face ao homicídio privilegiado.

Como bem refere FREDERICO COSTA PINTO, “nos estados de Direito em sentido material (fundados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais¹¹⁵) o crime é necessariamente mais do que a violação culposa da proibição: é a realização de um facto especialmente desvalioso que só pode ser preventivamente evitado através da proibição penal da conduta e da ameaça com a pena estatal.”¹¹⁶

Não existem quaisquer dúvidas, quanto a isso a doutrina é unânime, que o acto de matar um filho, tratando-se de matar outra pessoa, é um facto especialmente desvalioso e que só pode, na medida em que a defesa da vida constitui um dever de toda a sociedade especialmente incumbido ao Estado, ser evitado

¹¹⁴ <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1704629a681d380b80257c1a00508ddc?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

¹¹⁵ Como refere o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...), e no artigo 2º é afirmado que “A república Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais (...)”

¹¹⁶ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 983

através da ameaça de uma pena.

Contudo, a mensagem que, salvo melhor opinião, é passada para a sociedade através do especial privilegiamento do acto de a mãe matar o filho nas circunstâncias previstas na letra do artigo 136º, é a de que a mulher, naquele momento, e por um estado de perturbação decorrente do acto de parir um filho, está presumivelmente diminuída na sua capacidade de atribuir valor à vida do filho. Está a passar a mensagem de que todas as mulheres são, pela invocada influência perturbadora decorrente do parto, presumíveis homicidas e, naquele momento (ainda que temporariamente) emocionalmente diminuídas.

A vida da criança nascida ou em processo de nascimento já se encontra devidamente protegida através da incriminação do homicídio nas suas diversas formas possíveis – simples, qualificado e privilegiado – estando, por isso, estabelecida a proibição penal da conduta especialmente desvaliosa, visando evitar preventivamente a prática do facto.

Também a situação em que a mãe – ou qualquer outra pessoa – mata o filho – ou outra pessoa – numa situação que lhe diminuiria a culpa se encontra devidamente prevista, nos termos do artigo 133º, sem que esta mulher tenha de ser vista, de uma forma generalizada, como potencial homicida.

Mas FREDERICO COSTA PINTO continua dizendo que “o recurso à proibição penal só é legítimo (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição) se for acompanhado da necessidade da pena (em sentido amplo). O crime não é apenas um facto desvalioso previsto na lei, mas sim um facto em relação ao qual a ameaça penal se revela necessária, adequada e proporcional. Facto e pena não podem ser vistos isoladamente e sem articulação entre si. Num direito penal do facto, os fins das penas não se prosseguem sem o facto que a fundamenta e, por isso, as finalidades das penas estão primariamente associadas ao facto punível. A adequação da pena estatal não pode ser desligada do facto e a desaprovação penal do facto só pode ser feita com recurso à ameaça penal.”¹¹⁷

Se as finalidades das penas estão, como refere FREDERICO COSTA PINTO, e bem, associadas ao facto, sendo, no caso em estudo, o facto a morte do filho, a morte de outra pessoa, portanto, e sendo a finalidade primordial das penas estatais a “tutela necessária de bens jurídico-penais no caso concreto (...) com significado prospectivo, correctamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança (...) e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada (...)”¹¹⁸, fica-nos a dúvida se, com a atenuação especial presumida que o legislador consagrou na letra do artigo 136º a confiança da comunidade em que o direito penal e as penas estatais visam proteger os bens jurídico-penais,

¹¹⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 984

¹¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 285

sendo a vida o principal deles, como ficou atrás exposto, se encontra verdadeiramente tutelada.

Explicando a realização de um tipo, escreve FREDERICO COSTA PINTO o seguinte: “A plena realização de um tipo desencadeia assim três quadros distintos de valorações, através dos quais se analisa o facto punível em aspectos que transcendem a simples violação da proibição penal: a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade. A conformidade dos factos ao tipo legal é controlada pela sua sujeição no plano sistemático aos crivos axiológicos do *tipo de ilicitude*, do *tipo de culpa*, e do *tipo de punibilidade*, de forma a decidir sobre a atribuição da responsabilidade penal. Cada um destes momentos de análise e valoração do facto integra aspectos materiais relativos ao acontecimento típico e juízos de valor relativos a esses aspectos, teleologicamente orientados pelas finalidades da pena estatal. Esses aspectos materiais podem surgir com uma formulação positiva ou com uma formulação negativa, isto é, respectivamente, como uma condição adicional (à proibição) para a realização do tipo de ilicitude, do tipo de culpabilidade ou do tipo de punibilidade ou, diversamente, como circunstâncias que a verificarem-se neutralizam os juízos de valor que se formulam em cada um destes momentos de valoração do facto típico. Condições de valoração destes aspectos em cada uma destas categorias são, por um lado, a relação de congruência entre o objecto da valoração e os juízos de valor que nessa categoria se formulam e, por outro lado, o respeito pelas características mínimas do sistema: completude, não contradição e independência.”¹¹⁹

Atento o que se acabou de transcreever, diremos que o artigo 136º integra aspectos materiais relativos ao acontecimento típico – o acto de matar outra pessoa –, apresentados numa formulação negativa, uma vez que estamos perante circunstâncias – o facto ser praticado sob o efeito perturbador do parto e temporalmente circunscrito – que “a verificarem-se neutralizam juízos de valor que se formularam” em cada um dos momentos de valoração do facto típico.

Por outro lado, é nosso entendimento que essas condições identificadas no artigo 136.º constituem uma contradição com o próprio sistema, contrariando o que FREDERICO COSTA PINTO refere de que essas condições em formulação negativa não poderão estar em contradição com as características do sistema.

Ora, se o nosso direito penal protege bens jurídico-penais através da ameaça de aplicação de uma pena cuja finalidade de prevenção geral visa, primordialmente, tutelar a confiança da comunidade nessa mesma protecção desses bens jurídicos tidos como essenciais atendendo os valores e circunstancialismos históricos verificados em cada momento, sendo o bem jurídico vida o primeiro e mais importante de todos os bens jurídicos, não existirá uma contradição de uma

¹¹⁹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 986-987

norma que presume uma menor responsabilidade penal pelo acto de matar outra pessoa, um ser particularmente indefeso como o é uma criança no acto de nascimento, pela simples verificação das circunstâncias nela identificadas, com as características mínimas do sistema?

Estamos em crer que esta norma ofende os bens jurídicos tutelados e contraria a necessária tutela da confiança da comunidade na protecção que o sistema jurídico-penal tem por missão defender e assegurar.

Pela descrição que a doutrina tem feito do efeito perturbador do parto, a mulher, naquele momento, não se encontrará no domínio da sua vontade, sendo que “apenas realizam o tipo os factos (condutas perigosas e domináveis pelo agente) que, à luz dos valores e fins do sistema penal, sejam merecedores de pena e para os quais a pena estatal se revele necessária (adequada, proporcional e necessária). Correspondem a crivos desta natureza a determinação da «esfera de protecção da norma», as cláusulas de «adequação social», as situações de «risco permitido» e de «diminuição do risco», a eliminação do tipo de comportamentos socialmente insignificantes (à luz do princípio da danosidade social dos factos) (...).”¹²⁰

Para que se encontre preenchido o tipo de ilícito é, assim, necessário – sendo tal unânime na doutrina e na jurisprudência –, que a violação da proibição constante da norma penal seja fruto de acto de vontade do destinatário da norma. Ou seja, é necessário que o agente actue com liberdade de acção e de decisão.

Partindo do texto do artigo 136.º do CP, e se atentarmos às descrições que têm sido avançadas para definir o estado de perturbação em que a mulher se encontrará decorrente da influência perturbadora do parto, sendo este o elemento central da especial atenuação prevista para o infanticídio, percebemos que a mulher não age com liberdade de acção nem de conformação do seu comportamento com a norma e com o direito, isto é, a mulher não decide livremente, quando afectada pelo influência perturbadora do parto, o que leva a concluir que, neste estado de perturbação, a mulher não se decide pelo desvalor da sua acção nem antevê o resultado com cujo desvalor se conformaria se actuasse em liberdade de decisão, podendo não haver, assim, ilicitude do comportamento do agente.

Na anotação que faz ao artigo 136º do C.P., diz-nos o FIGUEIREDO DIAS que o crime aí previsto constitui um tipo privilegiado tipicamente autónomo relativamente ao tipo base de homicídio, afirmando que “a doutrina portuguesa maioritária não partilha desta nossa perspectiva que filia no ilícito-típico a sede do privilegiamento próprio do infanticídio, preferindo radicá-la no âmbito da culpa, por apelo a uma menor exigibilidade.”¹²¹ Continuando a sustentar que “se

¹²⁰ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 987-988

¹²¹ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 169

assim fosse, porém, em termos sistemáticos seria difícil explicar a previsão autónoma do infanticídio em face do homicídio privilegiado.”¹²²

Ou seja, a razão pela qual FIGUEIREDO DIAS defende que a razão de ser do privilegiamento do infanticídio se radica no ilícito-típico e não no âmbito da culpa, prende-se com a necessidade de conseguir explicar a previsão autónoma do infanticídio face ao homicídio privilegiado.

Compreende-se a não existência de outro fundamento, uma vez que, como ficou atrás referido, o infanticídio não se pode enquadrar nos chamados crimes específicos, tal como o próprio FIGUEIREDO DIAS os definiu.

Assim, de acordo com as definições apresentadas por FIGUEIREDO DIAS relativamente aos crimes específicos, e que são aceites pela doutrina, o infanticídio não se enquadra em nenhuma delas, tendo, necessariamente, apesar da forma *sui generis* como se encontra descrito, ser considerado um crime comum, uma vez que a qualidade especial do autor – a mãe, sob efeito perturbador do parto – não fundamenta nem a responsabilidade, nem o agravamento dessa mesma responsabilidade, mas sim, o seu inverso, ou seja, fundamenta o desagravamento da sua responsabilidade.

É exactamente por entendermos que estamos perante um tipo de culpa e não de um tipo de crime que defendemos a não manutenção da previsão autónoma do infanticídio, mas sim o seu enquadramento no âmbito do homicídio privilegiado, tendo o seu privilegiamento como causa e fundamento uma culpa eventualmente diminuída por parte da mulher que, na maioria das vezes, actua em desespero, e não por uma qualquer tendência homicida com causas biológicas.

Para melhor se entender a nossa posição importa ainda, necessariamente, delimitar o conceito de tipo de ilícito, bem como de culpa jurídico-criminalmente relevante.

Relativamente ao tipo de ilícito falta-nos apenas circunscrever, dentro do que a doutrina nos permite, o respectivo conceito, atendendo a que o referimos e detalhámos quando abordámos os tipos de homicídio tipificados nos artigos 131º, 133º e 136º, todos do CP.

Assim, relativamente ao tipo de ilícito diz-nos FIGUEIREDO DIAS que “o tipo de ilícito é a figura sistemática – por isso chamado às vezes, mas sem que o designativo traduza suficientemente a essência do conceito, ‘tipo sistemático’ – de que a doutrina penal se serve para exprimir um sentido de ilicitude, individualizando uma espécie de delito e cumprindo, deste modo, a função de dar a conhecer ao destinatário que tal espécie de comportamento é proibida pelo ordenamento jurídico. Sem prejuízo de (...) na questão (também metodologicamente essencial) do relacionamento entre tipicidade e ilicitude o «primado» caber à categoria da ilicitude, constituindo a tipicidade apenas a mostraçã, concretizaçã

¹²² Idem, página 170

ou individualização de um sentido de ilicitude em uma espécie do delito.”¹²³

Sendo o tipo legal de crime composto por elementos objectivos – o tipo objectivo – e por elementos subjectos – o tipo subjectivo – fomos apresentando e identificando cada um destes elementos para cada um dos «tipos» de homicídio referidos.

O tipo objectivo é composto pelos elementos do tipo legal de crime que são externos ao agente, nomeadamente o objecto da acção, sendo que verificámos nos pontos anteriores que o objecto da acção é o mesmo quando nos referimos aos diferentes tipos de homicídios constantes do nosso CP. Ou seja, em todos os tipos de homicídio, seja qual for o meio empregue pelo agente, o objecto da acção é sempre outra pessoa autonomamente considerada e, por isso, objecto de protecção penal.

Também, como ficou expresso atrás, o bem jurídico protegido é, em todos os tipos referidos, o mesmo: a vida humana, não sendo este um elemento diferenciador.

Ou seja, não encontramos, analisando detalhadamente, qualquer elemento diferenciador que, ao nível do tipo de ilícito, permita autonomizar o infanticídio dos demais tipos, mais concretamente do homicídio privilegiado, por estarmos a falar de comportamentos privilegiados (no âmbito do art.º 136.º).

Como refere NUNO GONÇALVES DA COSTA, o artigo 136º (então 137º) do C.P. “privilegia o homicídio cometido pela mãe sobre o próprio filho, verificadas que sejam determinadas circunstâncias. Importa fixar desde já, de forma a permitir uma correcta interpretação do tipo, se o fundamento do privilégio outorgado há-de buscar-se num menor grau de culpa do agente ou, pelo contrário, numa menor ilicitude do facto.”¹²⁴ Esta é, pois, uma questão que tem sido colocada pela doutrina, embora nem sempre da forma evidente como a relevância da questão requereria.

NUNO GONÇALVES DA COSTA começa por defender que o entendimento maioritariamente difundido coloca o fundamento do privilegiamento do infanticídio num menor grau de ilicitude do facto, para depois, um pouco mais à frente no desenvolvimento da sua análise, referir “qualquer estratégia argumentativa dirigida ao ancorar do privilegiamento estabelecido no art. 137º num menor grau de ilicitude do facto acha-se, de antemão, votada ao fracasso, atentos os dados do ordenamento e os vectores fornecidos pela Ciência do Direito.”¹²⁵

Para melhor explicar a razão porque seria um fracasso ancorar o privilegio numa menor ilicitude, o autor afirma que “na verdade, fundar a norma privile-

¹²³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 285

¹²⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 185

¹²⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 186

giantes numa ponderação legal de bens, entre a vida do filho e a honra da mãe, e na conseqüente diminuição do grau de ilicitude do facto, implicaria, no ordenamento juscriminal português, uma quebra na unidade do art. 137.º. Isto porque se não divisa, quando esteja em causa, não o móbil de ocultar a desonra, mas a influência perturbadora do parto, qual o interesse que entraria em conflito com a vida do filho, de forma a justificar o privilégio. A defesa, em tais casos, de uma diminuição do ilícito, só poderia assentar na afirmação do menor valor da vida do filho, o que se afigura, por razões óbvias, inaceitável.”¹²⁶

Quando NUNO GONÇALVES DA COSTA escreveu o que se acabou de citar estava em vigor a versão do C.P. anterior à reforma de 1995, que punia o crime em estudo através do artigo 137.º, sob a epígrafe de infanticídio privilegiado. A grande diferença da letra da lei consistia em que o então artigo 137.º previa a chamada cláusula de honra (o artigo incluía na sua letra a expressão “... ou para ocultar a desonra”), cláusula essa que desapareceu com a reforma penal de 1995.

Tendo caído a cláusula de honra, a protecção da honra da mulher como fundamentação da menor censurabilidade do comportamento da mulher, ficamos com a afirmação final do autor.

Se o móbil não é a defesa da honra da mulher mas a influência perturbadora do parto a justificar o privilégio tal corresponde a uma afirmação de um menor valor da vida do filho, dado não existir conflito algum entre bens jurídicos a defender para que seja necessário optar por um deles.

Se é certo que a vida humana é o bem jurídico mais importante em todo o nosso ordenamento jurídico, ocupando uma posição primordial na ordem constitucional de bens jurídicos, a sua secundarização perante uma possível influência perturbadora do parto – cuja realidade não se nega – consubstancia uma contradição e uma quebra do nosso ordenamento jurídico.

Para que exista um crime “(...) não basta, na verdade, que uma conduta seja tipicamente antijurídica; é preciso também que ela possa ser reprovada ao seu agente, isto é, que seja culposa. E, assim, ao lado daquele juízo de valor que refere o comportamento humano a bens ou valores jurídicos, outro juízo de valor se requer como elemento do crime – a culpa, a qual se analisa na censura dum certo facto típico à pessoa do seu agente.”

“Entendida assim a culpa como censura ético-jurídica dirigida a um sujeito por não ter agido de modo diverso, está tal pensamento ligado à aceitação da liberdade do agente, à aceitação do seu poder de agir doutra forma.”¹²⁷

É, pois, condição fundamental para que possa existir esse juízo de censura ético-jurídica dirigida ao sujeito, que esse mesmo sujeito tivesse actuado com

¹²⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 187

¹²⁷ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010, páginas 315-316

plena liberdade de decisão no momento em que se decidiu pela prática do facto, podendo ter actuado de outra forma, não o tendo feito por decisão livre.

Ou seja, “(...) para se lhe referir a culpa não bastará averiguar-se que a prática do facto foi levada a cabo por *dolo ou negligência*. É preciso verificar se o seu autor é *imputável*, como importa ainda, por outro lado, investigar se a situação exterior, no quadro da qual foi tomada a resolução de o levar a cabo, não foi tal que tivesse furtado ao agente a liberdade de actuar de outra maneira. A culpa não se esgotará na simples relação psicológica entre a vontade e um certo facto – v. g. dolo – mas exigirá, ao seu lado, além da imputabilidade do agente, que, dadas as circunstâncias sob que actuou, se pudesse exigir de outro comportamento.”¹²⁸

Importa ter presente a descrição da influência perturbadora do parto de que NUNO GONÇALVES DA COSTA se socorre, e à qual nos referimos já, quando refere que “(...) as dores físicas causadas pelo parto e a sua representação psicológica pela mulher, bem como o estado de exaustão daí resultante (...)”, e, mais à frente, “(...) a possibilidade de o puerpério produzir efeitos cerebrais tóxicos (...)”, e, “(...) Alude-se, ainda, a propósito do estado puerperal, a um transtorno transitório e incompleto, caracterizado por deficiente atenção e senso-percepção, escassa memória e confusão do objectivo com o subjectivo, assemelhando-se, por isso, aos denominados estados crepusculares. Menciona-se, igualmente, a comissão do facto num estado de semi-confusão mental ou de depressão patológica (...)”¹²⁹.

Se tivermos presente este estado de perturbação em que a mulher se encontra no momento da prática do facto, que é descrito mesmo como um “transtorno transitório e incompleto”, ou um “um estado de semi-confusão mental ou de depressão patológica”, tal implicaria não a diminuição da culpa com um especial privilegiamento do seu comportamento em função dessa culpa especialmente diminuída, mas antes a aplicação do n.º 1 do artigo 20.º do C.P., afirmando a inimputabilidade da mulher por esta, no momento da prática do facto se encontrar incapaz de avaliar da ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Isto porque a influência perturbadora do parto, tal como apresentada, traduz uma inimputabilidade temporária da mulher.

Como escreve CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “falar de inimputabilidade é falar de culpa. E falar de culpa é falar de liberdade. A definição dos contornos da inimputabilidade questiona as concepções sobre a viabilidade da liberdade humana e sobre o fundamento do direito de punir, ou seja, é fulcral a todo o direito penal.”¹³⁰

¹²⁸ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, páginas 318

¹²⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, *op. cit.*, página 213

¹³⁰ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *Modelos de inimputabilidade, da teoria à prática*, Reimpressão da 1ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2004, página 15

A mesma autora escreve ainda, ao analisar o modelo de inimputabilidade constante do artigo 20.^o do C.P., que “(...) a figura da anomalia psíquica, consagrada no artigo 20.^o/1, engloba muitas situações que não são reconduzíveis ao conceito médico de doença mental, e deixa ao juiz uma vasta margem de apreciação das situações concretas, tendo em conta, mais do que a causa (de contornos pouco definidos), o efeito produzido sobre a capacidade de o indivíduo avaliar a ilicitude e se autodeterminar.”¹³¹

Relacionando liberdade com o princípio da culpa, ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO escreve que “o princípio da culpa pressupõe a liberdade, mas a liberdade enquanto realidade ontológica – i. é., como poder de agir de outra maneira –, pois, por um lado, a discussão sobre a existência ou não de culpa é insuficiente para o reconhecimento da liberdade enquanto facto ontológico, e, por outro lado, a liberdade é condição necessária de se poder entrar na discussão acerca e da existência, ou não, de culpa.”¹³²

E continua, um pouco mais à frente, dizendo que o princípio da culpa “(...) obsta à punição sem culpa bem como a toda a punição que exceda a medida da culpa. Na realidade, decorre da consagração constitucional do princípio da culpa que não se pode punir quem agiu sem culpa – porque, por exemplo, se verifica uma causa de exclusão da culpa em sentido amplo, nomeadamente a inimputabilidade (artigos 19.^o e 20.^o do Código Penal) ou o erro não censurável sobre a ilicitude (artigo 17.^o do Código Penal) –, bem como que a medida da pena não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da culpa, no sentido de que o limite máximo da pena adequada à culpa não pode ser ultrapassado em nome das mais instantes exigências preventivas (artigo 72.^o do Código Penal) (...)”¹³³

Referindo-se à inimputabilidade por perturbações profundas da consciência, FIGUEIREDO DIAS refere que “trata-se aqui de estados anómalos, sejam de longa ou de curta duração, durante os quais se encontram profundamente perturbadas as relações entre a consciência de si mesmo e a do mundo exterior ou, em todo o caso, a «estrutura psíquica» do agente. Na medida em que tais perturbações possam considerar-se de natureza *patológica*, elas cabem inteiramente (...) na categoria das psicoses, como acontecerá com as intoxicações completas de toda a espécie ou com os delírios febris. Para uma categoria autónoma restam assim os casos de perturbações não patológicas – que não implicam qualquer doença ou enfermidade –, mas são de natureza *fisiológica* ou *psicológica* (p. ex., casos extremos de fadiga, de esgotamento ou de sono, hipnose e estados intensos

¹³¹ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, op. cit., página 84

¹³² ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO, *Sobre o lugar do princípio da culpa na Constituição portuguesa*, in “*Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*”, Edições Almedina, Coimbra, 2009

¹³³ ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO, op. cit.

de afecto)”.¹³⁴

É, sabemos-lo, um facto que do parto resulta para a mulher um estado de fadiga extrema. Tal foi, aliás, e como temos referido, indicado como um dos elementos constitutivos da influência perturbadora do parto, e que suportam a especial atenuação da culpa da mulher que mata o filho alegadamente sob esse efeito perturbador.

Mas, socorrendo-nos da doutrina apresentada por FIGUEIREDO DIAS relativamente às categorias de inimputabilidade, verificamos – como defendemos acima – que esse cansaço extremo, essa fadiga, e mesmo o esgotamento a que poderá conduzir, consubstanciadores da influência perturbadora do parto, fundamentam a inimputabilidade da mulher que se encontre nessas circunstâncias, cuja prova é necessária, e não uma culpa diminuída.

Para esta conclusão também nos conduz FREDERICO COSTA PINTO quando, abordando a temática do ‘tipo de culpa e desculpa’, afirma o seguinte: “A realização de um tipo legal incriminador implica uma decisão do agente pela conduta penalmente proibida. Nessa infracção à norma de conduta jurídico-penal está já integrado o conteúdo mínimo da relação entre o agente e o facto típico que permite formular um juízo indiciário de culpa. Numa concepção pessoal da ilicitude o princípio da culpa começa a ser cumprido no momento da imputação do facto ao agente. Nesse sentido, o facto típico é condição de acesso ao tipo de culpa e a culpabilidade será a que se manifesta nesse facto. Este juízo sobre a culpabilidade do agente depende adicionalmente da verificação de pressupostos específicos que garantam a capacidade do agente se motivar pelas normas de conduta jurídico-penais. Para poder ser atribuída responsabilidade criminal o agente tem de ser capaz de culpa (arts. 19º e 20º do Código Penal), tem de poder conhecer a norma e de actuar em conformidade com a exigência de comportamento que a mesma comporta. Faltando algum destes pressupostos não pode ser formulado o juízo de censura jurídico-penal.”¹³⁵

E continua um pouco mais à frente afirmando que “existem pressupostos mínimos para o exercício da liberdade de cada cidadão em sociedade que o Direito reconhece serem limitações próprias de cada um e que não podem ser avaliadas senão em si mesmas, isto é, sem comparação com os demais. Esses aspectos individuais são «as limitações corporais, as deficiências mentais e as deficiências de uma experiência de vida» não controláveis pelo agente. Cada um desses aspectos pode valer por si sem qualquer comparação com o padrão médio do cidadão destinatário das normas penais. Integram este conjunto de circunstâncias as causas de inimputabilidade em razão da idade (art. 19º do Código Penal) e a

¹³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 577-578

¹³⁵ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 991-992

anomalia psíquica (art. 20º, n.º 1, do Código Penal). A exclusão da culpa nestas situações está em sintonia com as finalidades de prevenção geral e especial do sistema penal, pois a vigência das normas de conduta não é posta em causa de uma forma geral pelo agente que actua nestas circunstâncias. Perante as limitações concretas que o afectam é desnecessária e inútil e reconfirmação contrafáctica das normas violadas.”¹³⁶

Na letra actual da incriminação do infanticídio, o privilegiamento implica, como se disse, além do elemento temporal, o elemento subjectivo da influência perturbadora do parto. Perturbação essa que provoca um «transtorno transitório incompleto», retirando a liberdade de escolha e de acção à mulher que se encontra sob esse efeito perturbador, não se preenchendo pois, nas palavras de FREDERICO COSTA PINTO, os pressupostos mínimos de liberdade para que lhe possa ser imputada uma qualquer responsabilidade criminal.

Caindo, deste modo, a influência perturbadora do parto como factor privilegiante, por se tratar, na verdade, de um elemento conducente à inimputabilidade do agente pela prática do facto que ocorra sob o seu efeito, o comportamento da mulher subsume-se – como aliás a jurisprudência tem entendido – ao homicídio privilegiado, actuando por desespero, ou no homicídio simples, ou mesmo qualificado, conforme a situação concreta.

Parece-nos, pois, evidente que do que verdadeiramente se trata na especial atenuação e privilegiamento do comportamento da mulher previsto no artigo 136º é de um tipo de culpa, e não de um tipo de ilícito.

Como refere NUNO GONÇALVES DA COSTA, “ao tipo de ilícito pertencem os elementos do crime em que se expressa o sentido de proibição da correspondente norma penal. No seu âmbito se compreendem todos aqueles elementos cujo papel é esclarecer qual o bem jurídico protegido, quais os objectos da acção relevantes, qual o grau de realização do facto que há-de ter lugar e quais as modalidades de ataque a abranger. Ao tipo de culpa pertencem, em contrapartida, os elementos que desempenham a função de caracterizar com maior precisão a atitude interna do autor face ao Direito actualizada no facto.”¹³⁷

Conclui, tal como nós aqui, o mesmo autor que o tipo privilegiado constante no artigo 136º do C.P. (na altura Nuno Gonçalves da Costa referia-se ao artigo 137.º, que punia o infanticídio privilegiado), em nada se difere, quanto ao tipo de ilícito, do homicídio simples, previsto no artigo 131º do C.P..

Afirma-o dizendo que “equacionados desta forma os termos da questão, logo se verifica que o ilícito do homicídio doloso é o *mesmo* no âmbito dos arts. 137º e 131º. Na verdade, não descreve o tipo privilegiado uma lesão menos intensa do bem jurídico, nem um diferente objecto da acção, nem um grau menos

¹³⁶ Idem, página 996

¹³⁷ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 189

grave de realização do facto, nem uma especial modalidade de ataque. A medida do desvio do comportamento em relação à norma é exactamente igual à que se verifica no homicídio simples.”¹³⁸

E, ainda de modo mais contundente, afirma que “o tipo de ilícito do art. 137.º é idêntico ao do art. 131.º, tanto no seu aspecto objectivo como na sua vertente subjectiva. As circunstâncias atenuantes qualificativas que especializam o infanticídio privilegiado perante o simples homicídio são, todas elas, elementos da culpa e não da ilicitude. Por isso pode dizer-se que o art. 137.º é, antes de mais, um tipo de culpa.”¹³⁹

Acompanhamos, pois, neste ponto, NUNO GONÇALVES DA COSTA no entendimento de que, por tudo o que ficou exposto, estamos perante o tipo de culpa e não perante um tipo de crime.

6. A liberdade de acção no comportamento da mulher infanticida

“É um facto indiscutível que, quando se aceita a liberdade como pressuposto necessário de toda a culpa, toma-se geralmente aquela, num seu sentido especializado, como «*liberum arbitrium indifferentiae*», como «liberdade (psicológica) da vontade».¹⁴⁰

Uma questão importante no que se refere à forma como deve ser punida a mulher que mata o seu filho durante ou após o parto, e a que já nos referimos com alguma profundidade nos pontos anteriores, nomeadamente quando fomos abordando os aspectos relativos à culpa, prende-se com o facto de saber se, no momento que agiu daquela forma (ou omitiu o comportamento que evitaria ou impediria a desfecho morte do filho) poderia ter agido de outra forma.

Ou seja, se, no momento em mata o seu filho, por acção ou por omissão, se a mulher actuou de livre vontade, sendo a sua responsabilidade medida de acordo com a liberdade com que actuou.¹⁴¹

Refere FIGUEIREDO DIAS que “(...) se a culpa jurídico-penal se encontra inevitavelmente *funcionalizada ao sistema*, na medida em que quer cumprir uma função político-criminal primária de limitação do intervencionismo estatal em nome de uma defesa consistente da eminente dignidade da pessoa, justamente por esta via ela tem de participar, segundo o seu conteúdo, de uma *culpa ética*, como violação pela pessoa do dever originário e essencial de realização e desen-

¹³⁸ NUNO GONÇALVES DA COSTA, op. cit., página 190

¹³⁹ Idem, página 192

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, Coleção Coimbra Editora, Coimbra Editora, Lda, Coimbra, 1976, página 21

¹⁴¹ A questão da liberdade de vontade e da responsabilidade que pode ser, por esse facto, atribuída a alguém, foi também colocada por filósofos como Kant na sua obra *The Metaphysics of Ethics*, (Trad. J. W. Semple, Edinburg, T. & T. Clark, 1886, 3ª edição

volvimento do ser-livre (do dela e do de todos os outros).¹⁴²

Acrescenta, ainda, o mesmo autor que “a liberdade da pessoa – por mais duvidosa que ela seja no seu **se** e no seu **como** – é o íntimo pressuposto comum de toda a consideração da culpa em sentido moderno; é este pressuposto, pois, que importa antes de mais perseguir e esclarecer para que se determine *o que é materialmente a culpa de que se trata em direito penal*.”¹⁴³

Assim, a ideia de liberdade (de acção) é um aspecto de grande importância para a atribuição de responsabilidade pelos comportamentos que cada pessoa tem, sendo contraposta por uma ideia, defendida por uma corrente filosófica, de determinismo, em que a pessoa (neste caso a mulher) está previamente destinada a agir de uma determinada forma, não tendo, desse modo, «opção de escolha».

Para que o agente seja responsável por determinado comportamento ou acção esta tem de estar sob o seu controlo, isto é, tem de ser o agente a dar-lhe origem estando no pleno uso da sua liberdade de decisão e de acção, e considerando que a forma como actuou era exactamente aquela que pretendia, sabendo que existiam outros comportamentos alternativos.

A ideia que perpassa do artigo 136º é a de que a mulher puérpera se encontra com a liberdade de vontade limitada, sendo as suas acções meras consequências de eventos anteriores, ou seja, que o facto de a mulher se encontrar puérpera e, como tal, em trabalho de parto, o seu comportamento será quase instintivo e não racional.

Pensar que toda a mulher puérpera, pelo simples facto de se encontrar em tal condição, fica com a sua liberdade de vontade limitada, traz-nos ao pensamento as teorias de índole bioantropológica, que, “na explicação do crime, privilegiam, de forma mais ou menos exclusiva, os «processos e condições que, de forma típica, se consideram como pertencentes a ou característicos do organismo e não do seu ambiente actual». As teorias bioantropológicas caracterizam-se, desde logo, por procurarem a explicação do crime naquilo que no homem delincente surge, de forma mais radical, como um dado da sua estrutura orgânica. É aí, e não no que é produto da sua interacção, da sua experiência ou do seu processo de socialização que radicam as causas do crime. Isto no postulado geral de que há uma correspondência de fundo e uma relação de pré-determinação entre a constituição do homem e as suas funções, mais especificamente, o seu comportamento.”¹⁴⁴

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 515

¹⁴³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 516

¹⁴⁴ JORGE DE FIGUEIRO DO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia: o Homem Delincente e a Sociedade Criminológica*, 2ª, 3ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, páginas 169-170

Ao estabelecer uma presunção de culpa diminuída pelo simples facto de a mulher matar o filho durante o parto, estabelecendo uma ligação entre este facto e o acto de matar o filho, com a necessária, e tida como normal, perturbação causada pelo parto, o legislador recorreu, como base para a tipificação do infanticídio e a respectiva moldura penal, às teorias de índole bioantropológica, afirmando uma tendência genética da mulher, durante o parto, para o homicídio do filho.

Estabelecer uma presunção de culpa diminuída decorrente, directamente, da menor capacidade de conformação com o direito e de controlo da vontade atribuída a uma «normal» perturbação do parto, é estabelecer uma causa genética para uma tendência criminógena da mulher durante o parto.

Ora, toda a questão do crime do infanticídio se prende, exactamente, com este mesmo aspecto: até que ponto a mulher fica com a sua vontade limitada e, por esse facto, com a sua culpabilidade diminuída pelo simples facto de se encontrar em trabalho de parto? Até que ponto o parto, por si só, exerce uma influência perturbadora sobre a mulher?

Ao contrário do que se depreende pela existência, autónoma, do infanticídio enquanto tipo de crime, o comportamento normal e geral da mulher ao dar à luz é ter instinto maternal, de protecção do seu filho recém-nascido, sendo a excepção a mulher que mata esse filho durante ou logo após o parto.

MARGARIDA SILVA PEREIRA refere que “se procurarmos o que determina a subsistência deste art. 136º, havemos de concluir que só pode ser, ainda, a menor culpa típica da mãe a quem o parto perturbou e mata o filho por isso. E porquê uma culpa menor? Porque a lei atende aqui à diminuída susceptibilidade de motivação pelo valor da vida do filho recém-nascido.”¹⁴⁵

A mulher pode ter a sua capacidade de discernimento diminuída, tal como acontece com qualquer pessoa, por diversas causas, como seja, no que ao infanticídio diz respeito, por desespero, como referem os vários acórdãos que se referem a esta norma, mas não existe um determinismo ou um condicionalismo biológico que determine que a mulher puérpera, pelo simples facto de o ser, tenha necessariamente a sua liberdade de decisão e de vontade limitada.

Se assim fosse a mulher não veria a sua culpa diminuída, mas eliminada.

Existirá, pois, um condicionalismo social bastante forte que pode levar a que a mulher, em situações extremas, actue de forma contrária à sua natureza (maternal), matando o seu filho durante ou após o parto com receio de uma qualquer crítica, censura ou discriminação.

O infanticídio opera, assim, uma discriminação na lei, pelo género, para tentar proteger a mulher que mata o seu filho com o intuito de, assim, «fugir» de uma discriminação social.

¹⁴⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 309

7. Conclusão

A figura jurídica do Infanticídio consiste, de acordo com a letra actual do artigo 136.º do C.P., na morte do filho pela mãe durante ou após o parto e sob o efeito perturbador do parto.

Existe alguma confusão na doutrina, pois esta defende que se trata de uma culpa especialmente diminuída, mas depois afirma tratar-se de um tipo de crime.

Comparando o Infanticídio com os demais homicídios verificamos que o bem jurídico protegido é sempre o mesmo: a vida humana. Embora autores defendam que no caso do Infanticídio o bem jurídico protegido é a vida do filho. Mas não podemos concluir de outra forma que não seja a de que a vida do filho é a vida de outra pessoa. Isto resulta, aliás, claro da leitura da alínea a) do n.º 2 do artigo 132º do C.P. que agrava o facto de matar outra pessoa se for praticada sobre a pessoa de, entre outros, descendentes.

Também no que diz respeito ao objecto de acção o raciocínio não pode ser diferente daquele que tivemos quanto ao bem jurídico. Um homicídio corresponde ao acto de matar outra pessoa. Se essa pessoa é familiar, filho, pai, tio, tal não altera o facto de tratar-se de outra pessoa.

Assim, não podemos deixar de concluir que também o objecto de acção é exactamente o mesmo do de qualquer outro homicídio previsto e punido no C.P..

Não é, pois, aqui que podemos radicar qualquer especificidade do Infanticídio relativamente aos demais homicídios.

A questão poderá colocar-se relativamente à autoria, tendo a doutrina vindo a defender tratar-se o Infanticídio de um crime específico.

Não podemos concordar com os autores que, analisando o crime previsto no artigo 136º, afirmam tratar-se de um crime específico.

O que verdadeiramente distingue o Infanticídio dos demais homicídios é aquilo que não se consegue definir nem provar: a influência perturbadora do parto.

Não se trata de negar a existência de uma influência perturbadora decorrente do parto, e do esforço hercúleo que implica, mas antes afirmar que essa influência perturbadora extrema não é a regra para todas as mulheres em estado puerperal, mas sim a excepção cuja verificação, no momento da prática do facto, carece de prova, prova essa que a jurisprudência tem verificado ser difícil, se não mesmo impossível.

O artigo 136º estabelece, para além do elemento temporal – durante ou após o parto – o elemento pessoal, subjectivo da influência perturbadora do parto. Essa influência perturbadora tem sido descrita em termos tais que, a verificar-se desse modo, levaria não a uma culpa especialmente privilegiada, mas antes à inimputabilidade da mulher por esta, no momento da prática do facto, se encontrar incapaz de avaliar a ilicitude do seu comportamento ou de se determinar de

acordo com essa avaliação, enquadrando-se assim o seu comportamento no n.º 1 do artigo 20.º do C.P., o que conduziria, também, à desnecessidade da manutenção do artigo 136.º.

A defesa da honra, desaparecida como fundamento do privilégio na revisão de 1995, permanece como o verdadeiro móbil para o comportamento da mulher que mata o filho durante ou após o parto, conduzindo-a a um acto de desespero. Tal, por se encontrar já previsto no artigo 133º do C.P., torna desnecessário a manutenção do artigo 136º.

Mas o artigo 136.º revela uma discriminação da mulher, mostrando-a como um ser frágil, mentalmente enfraquecida e psicologicamente perturbado por razões biológicas.

Não se percebe, assim, a razão de ser da manutenção do infanticídio enquanto crime autónomo, quando não preenche os elementos para o ser, mantendo o C.P. a concepção da mulher puérpera que tem, necessariamente, instintos de praticar ofensas corporais sobre o seu filho acabado de nascer ou em processo de nascimento, e mesmo homicidas.

Uma resposta, possível e perfeitamente plausível, dá-nos MARGARIDA SILVA PEREIRA, referindo que “Sousa e Brito temia efeitos perversos da supressão do Infanticídio”¹⁴⁶, quando da discussão na Comissão Revisora do Código Penal.

Mas a probabilidade (ou possibilidade) de a mulher ter uma menor percepção da alteridade da vida do filho em relação à sua, por razões decorrentes da situação puerperal, de toda a situação, e não por uma qualquer suposta fragilidade psicológica ínsita, não significa que tal seja uma inevitabilidade.¹⁴⁷

Entendemos, assim, que a manutenção do artigo 136º no elenco dos crimes do nosso C.P. mais não é que uma manifestação de direito penal simbólico, tendo como única finalidade evitar a presunção de especial censurabilidade do comportamento da mulher que mata o filho durante ou após o parto. E, para evitar uma presunção, o legislador socorre-se de outra, que sabe não ter aplicação prática, como, aliás, ficou demonstrado.

8. Bibliografia

“Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial”, Lisboa, 1979

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994

¹⁴⁶ MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 312

¹⁴⁷ Neste sentido MARGARIDA SILVA PEREIRA, op. cit., página 313

- Alexandrino, José de Melo, *Diretos fundamentais: Introdução Geral*, Principia Editora, Lda, Estoril, 2007
- Almeida, Carlota Pizarro de, *Modelos de Inimputabilidade: da Teoria à Prática*, Reimpressão da 1.ª edição de 2000, Livraria Almedina, Coimbra, 2004
- Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Edições Almedina, SA, 2007
- Azara, Antonio; Eula Ernesto (Directores), *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XI, Unione Tipografica - Editrice Torinese, Torino, Itália, 1962, Lisboa, 1854
- Batista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, França & Arménio Editores, Arco de Almedina, Coimbra, 1917
- Batista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, Segunda Edição, Volume Terceiro, Coimbra Editora, Limitada (antiga livraria França & Arménio), Arco de Almedina, Coimbra, 1924
- Beccaria, Cesare Bonesana, marquês de, *An Essay on Crimes and Punishments*, (Trad. Edward D. Ingraham), Philip H. Nicklin, Philadelphia, 1819 [1764]
- Beleza, Teresa Pizarro, *A mulher no código penal de 1982*, in «Colectânea de textos de parte especial do direito penal», AAFDL, Lisboa, 2008
- Beleza, Teresa Pizarro, *Direito das mulheres e da igualdade social - A construção Jurídica ds Relações de Género*, Almedina, Coimbra, 2010
- Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º Volume, Reimpressão, AAFDL, Lisboa, 2010
- Brito, Ana Bárbara de Sousa e, *Sobre o lugar do princípio da culpa na Constituição portuguesa*, in “*Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*”, Edições Almedina, Coimbra, 2009, páginas 751 a 762
- Brito, José de Sousa, *Um Caso de Homicídio Privilegiado*, Colectânea de Textos de parte Especial do Direito Penal, AAFDL, Lisboa, 2008
- Brito, Teresa Quintela de, *Direito Penal - parte especial: lições, estudos e casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Brito, Teresa Quintela de, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- Código Penal - *Actas e projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1993
- Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Carrara, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato Nella R. Università di Pisa - Parte Speciale ossia Esposizione dei Dilitti in Specie*, Vol. I, Nona Edizione, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1912
- Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais*, Teoria Geral do Crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- Conde, Francisco Muñoz, *Derecho Penal Parte Especial*, Decimocuarta edición, completamente revisada y puesta al día, Tirant lo Branch ed., Valencia, 2002
- Conde, Francisco Muñoz, *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología - Estudios penales en memoria de la Professora Dra. María del Mar*

- Díaz Pita, Tirant lo Branch Ed., Valencia, 2008
- Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010
- Costa, António Manuel de Almeida, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Edições Almedina, Coimbra, 2014
- Costa, José de Faria, *O fim da vida e o direito penal*, in “*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- Costa, José de Faria, *Beccaria e o Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- Costa, Nuno Gonçalves da, *Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal*, in revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Viseu, 1987
- Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, «*Constituição e crime*» *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Estudos e monografias, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995, página111-112
- Devesa, Jose Maria Rodriguez, *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Séptima edición, Graficas Carasa, Madrid, 1977
- Dias, Augusto Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª edição, revista e actualizada, AAFDL, Lisboa, 2007
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I – Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131º a 201º, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Colecção Coimbra Editora, Coimbra Editora, Lda, Coimbra, 1976
- Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa, *Criminologia*, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, Lda, Coimbra, 1997
- Ferrão, Francisco António Fernandes da Silva, *Theoria do direito penal aplicada ao código penal portuguez comparado com o código do Brazil, leis pátrias e leis criminaes dos povos antigos e modernos*, Volume 7-8, Imprensa nacional, Lisboa, 1857
- Ferreira, Amadeu José, *Homicídio Privilegiado (Reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 4ª reimpressão da edição de 1991, Almedina, Coimbra, 2004
- Ferreira, Manuel Gonçalves Cavaleiro de, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, 2ª edição, Editorial Verbo, Lisboa / São Paulo, 1982
- Ferreira, Manuel Gonçalves Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, 4ª edição, Editorial Verbo, Lisboa, 1992
- Ferri, Henrique, *Princípios de Direito Criminal*, FDL, Lisboa, 1931
- García, M. Miguez, *O risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal*, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2011
- Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 6ª Edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1992
- Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 8ª Edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1995
- Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 17ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2005

- Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português Anotado*, 13ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007
- Hassemer, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, tradução de Elena Larrauri, VVAA, *Pena y Estado*, Barcelona, fasc 1, nº1, sep./dic., 1991
- Hassemer, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995
- Henriques, Leal / Santos, Simas, *Código Penal Anotado*, 2º volume, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1998
- Jakobs, Gunther, (Traducción de Joaquin Cuelle Contreras; José Luis Serano Gonzalez de Murillo), *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, SA, Madrid, 1995
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, (Trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª edição, Editorial Comares, Granada, 2002
- João Paulo II, Carta Encíclica *Eoangelium Vitae*, Vaticano, 1995 http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html
- Jordão, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Tomo IV, Tipografia de José Baptista Morgado, Lisboa, 1854
- Kelsen, Hans, *A Justiça e o Direito Natural*, tradução de João Baptista Machado, Almedina, Coimbra, 2009
- Machado, Jonatas Mendes, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, 2002
- Melo, Helena Pereira de, *O genoma humano e o direito: determinismo vs. Liberdade in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- Moura, Bruno de Oliveira, *Ilicitude Penal e Justificação. Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- Mortati, Constantino; Pugliatti, Salvatore (dir.), *Enciclopedia Del Diritto*, Tomo XXI – Inch-Interd, Giuffrè Editore, Itália, 1971
- Neves, João Curado, *Indícios de culpa ou tipos de ilícitos?*, in “Direito Penal, parte especial: lições, estudos e casos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal, parte especial. Crimes contra as pessoas*, AAFDL, Lisboa, 1983
- Palma, Maria Fernanda (Coord.), et. al., *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2013
- Pereira, Margarida Silva, *Os homicídios*, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda., Lisboa, 2012
- Pinto, Eduardo Vera-Cruz, *Curso livre de ética e filosofia do Direito*, Príncipe Editora, Cascais, 2010
- Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Crime de Homicídio Privilegiado*, Acórdão da Relação de Évora de 4 de Fevereiro de 1997, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, Fasc. 2º, Abril-Junho 1998, Coimbra Editora, Coimbra, 1998
- Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013
- Prata, Ana / Veiga, Catarina / Vilalonga, José Manuel, *Dicionário Jurídico* – volume II, direito penal, direito processual penal, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

Rodrigues, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

Roxin, Claus, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Coleção Veja Universidade, Edições Veja, Lisboa, 2004

Roxin, Claus, (Tradução da 2ª edição de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal), *Derecho Penal – parte General – Tomo I – Fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1997

Serra, Teresa, *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*, 4ª Edição – reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003

Silva, Fernando, *Direito Penal Especial, crimes contra as pessoas*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2011

Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

Veiga, Raul Soares da, *Sobre o homicídio no novo código penal, do concurso aparente entre homicídio qualificado e homicídio privilegiado*, in *Revista Jurídica – nova série*, nº 4 Out/Dez. 1985, AAFDL, Lisboa 1986

www.dgsi.pt