

Universidades Lusíada

Rodrigues, Pedro Filipe Gomes, 1975-

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico : mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio

<http://hdl.handle.net/11067/4399>

Metadados

Data de Publicação

2018

Resumo

A presente dissertação e o inerente interesse pelo estudo do crime de infanticídio têm a sua origem no quarto ano da licenciatura quando, na unidade curricular de Crimes em Especial a Professora Doutora Margarida Silva Pereira nos deu para ler, estudar e debater o Acórdão 1795/07.6GISNT.L1-9 do Tribunal da Relação de Lisboa, do qual foi relatora a Desembargadora Fátima Mata-Mouros. No referido Acórdão é suscitada a questão da eventual subsunção da situação em causa ao tipo previsto e punido pel...

This work and the inherent interest in the crime of infanticide study have its origin in the fourth year of law degree when, in the course of Crimes em Especial Professor Margarida Silva Pereira gave us to read, study and discuss the Judgment 1795 / 07.6 GISNT.L1-9 the Court of Appeal of Lisbon, which was rapporteur Court judge Fatima Mata-Mouros. On that Judgment is raised the question of the eventual subsumption of the situation concerned the type provided for and punishable under Article 136...

Palavras Chave

Infanticídio - Direito e legislação - Portugal, Infanticídio - Aspectos sociais, Processos (Infanticídio) - Portugal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-17T09:36:24Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
Mestrado em Direito

**O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal
simbólico: mitos e sombras de um crime contra a vida
- discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio**

Realizado por:
Pedro Filipe Gomes Rodrigues

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof. Doutor Rui Filipe Soares Pereira

Dissertação aprovada em: 23 de Novembro de 2018

Lisboa
2018



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico: mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio

Pedro Filipe Gomes Rodrigues

Lisboa

Março 2018



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico: mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio

Pedro Filipe Gomes Rodrigues

Lisboa

Março 2018

Pedro Filipe Gomes Rodrigues

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico: mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Lisboa

Março 2018

Ficha Técnica

Autor Pedro Filipe Gomes Rodrigues
Orientadora Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Título O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico: mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio
Local Lisboa
Ano 2018

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

RODRIGUES, Pedro Filipe Gomes, 1975-

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do direito penal simbólico : mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio / Pedro Filipe Gomes Rodrigues ; orientado por Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa. - Lisboa : [s.n.], 2018. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - SOUSA, Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Tavares, 1957-

LCSH

1. Infanticídio - Direito e legislação - Portugal
2. Infanticídio - Aspectos sociais
3. Processos (Infanticídio) - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Infanticide - Law and legislation - Portugal

2. Infanticide - Social aspects

3. Trials (Infanticide) - Portugal

4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations

5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4064.R63 2018

Aos meus pais, minha à minha irmã, ao meu
cunhado e às minhas sobrinhas, o meu porto
de abrigo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas a quem, neste momento, gostaria de poder agradecer, pois sem elas e sem o contributo que, de algum modo, deram, este projecto nunca teria sido possível, pois elaborar uma dissertação de mestrado é um caminho que se percorre, com altos e baixos. Um caminho, uma viagem que se faz sozinho, mas no qual a companhia e o apoio insubstituível de todos os que fazem parte da vida de um mestrando são elementos essenciais, sem os quais jamais seria possível levar a bom porto esta aventura.

Assim, antes de mais quero e tenho de agradecer à minha orientadora, a Professora Doutora Margarida Silva Pereira, pela dedicação e atenção, pelo seu brilhantismo, pela partilha de conhecimentos, pelo incentivo, pelo constante contributo com ideias para o desenvolvimento do tema a que me propus. Mas acima de tudo pela crítica construtiva que tão bem sabe fazer. Todo o agradecimento que aqui escreva é pouco perante a honra que foi poder contar com tão ilustre contributo para o humilde projecto a que me propus.

Agradeço aos meus professores, que ao longo dos quatro anos de licenciatura transmitiram, para além do saber, e mais do que o saber, a paixão por querer ir mais além, o rigor e a exigência. Não pretendo deixar alguém de fora pois, cada um na sua medida, foram importantes. Mas não posso deixar de referir os nomes do Prof. Dr. Ricardo Leite Pinto, da Dra. Teresa Leal Coelho, do Dr. João Raposo e da Professora Doutora Rita Calçada Pires, a quem deixo um agradecimento especial.

Um agradecimento igualmente especial à Dra. Bárbara Cancela, pela amizade, pelo carinho e pelo incentivo que sempre me deu e continua a dar para ir mais além.

À minha colega e grande amiga Susana Pita Soares, companheira nestas aventuras, que me dá alento em todos os momentos. É muito graças ao seu apoio que este projecto viu a luz do dia.

Ao Hugo Duque Silvestre um agradecimento especial, pela paciência com que me ouviu, quase até ao limite do aceitável, expor as minhas dúvidas e questões sobre a tese, e também por sempre me incentivar a seguir esta paixão.

À Susana Tomé, da Biblioteca da Universidade Lusíada de Lisboa, pela atenção, dedicação e disponibilidade incansável.

À minha família, em especial aos meus pais, à minha irmã, ao meu cunhado e às minhas sobrinhas, por sempre acreditarem que é possível ir mais longe, e por me incentivarem sempre a lutar pelos meus sonhos, e por, tantas vezes, terem abdicado da minha companhia. Sem eles esta dissertação não existiria.

Aos meus Amigos, e eles sabem bem quem são, pela sua amizade e compreensão.

A todos e a cada um em especial o meu MUITO OBRIGADO!.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

(Declaração Universal dos Direitos do Homem)

APRESENTAÇÃO

O arquétipo do homicídio por desonra e a rota do Direito Penal simbólico: Mitos e sombras de um crime contra a vida - discutindo o paradigma da incriminação do infanticídio

Pedro Filipe Gomes Rodrigues

A presente dissertação e o inerente interesse pelo estudo do crime de infanticídio têm a sua origem no quarto ano da licenciatura quando, na unidade curricular de Crimes em Especial a Professora Doutora Margarida Silva Pereira nos deu para ler, estudar e debater o Acórdão 1795/07.6GISNT.L1-9 do Tribunal da Relação de Lisboa, do qual foi relatora a Desembargadora Fátima Mata-Mouros.

No referido Acórdão é suscitada a questão da eventual subsunção da situação em causa ao tipo previsto e punido pelo artigo 136.º do Código Penal (CP).

Logo no momento da análise do acórdão e do debate na aula diversas dúvidas me foram sendo suscitadas relativamente à utilidade da existência de tal artigo e, principalmente, quanto à sua coerência perante os bens jurídicos e valores protegidos pelo nosso sistema jurídico.

O objectivo deste trabalho é, assim, analisar o 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.

Trata-se de uma norma peculiar no nosso ordenamento jurídico, uma vez que é a partir dela que se estabelece o limite entre a incriminação por aborto ou por homicídio, ou seja, esta norma é o ponto de partida para se estabelecer o início da vida e da sua protecção enquanto pessoa humana e já não enquanto feto.

Importa, por isso, discutir e delimitar o início da vida, o momento a partir do qual podemos afirmar que, em termos jurídico-penais, estamos já perante uma pessoa e não perante um feto. É o que procuramos fazer no capítulo II do presente trabalho.

A morte do filho pela mãe no acto do seu nascimento ou após o seu nascimento tem tido tratamento legal variado que tem alternado e evoluído entre a qualificação e o privilegiamento desse comportamento, estando, nos tempos recentes, na ordem do dia a sua análise e, em muitas sociedades, a sua tipificação autónoma tem sido eliminada.

É, como facilmente se percebe, um tema que está longe de ser pacífico na sociedade actual, que, por um lado, defende o direito à vida como direito inalienável e supremo, mas que por outro se digladija na reivindicação de direitos que colocam em causa essa mesma vida.

A morte do filho pela própria mãe é vista pela sociedade como um acto contra natura, mas que carece, obviamente, do devido enquadramento legal e, protecção de todas as situações específicas, mas tal não implica, necessariamente, a tipificação autónoma de todos os comportamentos.

A relevância deste estudo prende-se, precisamente pela actualidade e necessidade de perceber o que está em causa no artigo 136.^o do Código Penal (CP), e se faz sentido a sua manutenção.

O infanticídio tem, na grande maioria dos casos, senão mesmo na sua totalidade, causa numa gravidez indesejada, geralmente fruto de uma relação extra-conjugal, uma gravidez «mal vista» e que a mulher oculta, ou tenta ocultar de todos.

É pois necessário perceber, no concreto da situação, o que levou a mulher a matar o seu filho no acto do nascimento. Perceber esse aspecto implica perceber a sociedade em que nos inserimos e perceber se essa sociedade evoluiu tanto quanto o nosso legislador entende ao afirmar que «ter um filho não é desonra para ninguém».

Mas, é também, e antes de mais, necessário perceber se, em termos dogmáticos, estamos perante um tipo autónomo de homicídio; se o âmbito de protecção da norma é diferente do que está previsto no homicídio simples ou no homicídio privilegiado, ou se, pelo contrário, o que o artigo 136.^o pretende proteger já se encontra inteiramente protegido pelos referidos artigos.

E é precisamente esses aspectos que dissecamos nos capítulos III e IV do presente trabalho, procurando apresentar os elementos nucleares identificadores de um tipo de crime e a respectiva análise crítica.

Apesar de ter sido eliminada a cláusula de honra da letra do tipo do infanticídio, percebemos pelas situações concretas com as quais os Tribunais são confrontados que a protecção da honra, esconder a vergonha, continua a ser a causa do comportamento da mulher.

A mulher que mata o filho durante ou após o parto encontra-se muitas vezes, por medo dessa censura social que ainda hoje é feita, limitada na sua liberdade de avaliação do seu comportamento, de percepção da ilicitude do mesmo e de, por esse motivo, adequar o seu comportamento com os padrões de legalidade positivados.

Isso mesmo se percebe no confronto da norma com a sua aplicação prática, analisando a jurisprudência dos nossos tribunais, sempre que chamados a decidir sobre tal temática. Percebemos que a cláusula de honra se mantém tão presente quanto antes, só que agora devidamente colocada e protegida pelo desespero que provoca na mulher o medo da vergonha, censura e exclusão social que lhe advirá.

Mas percebe-se, igualmente, que o artigo 136.º não é aplicado pelos nossos tribunais. Antes é ponderado, analisado e afastada a sua aplicação, não passando por isso, de mero direito penal simbólico, mantido e equacionado por medo que uma outra presunção recaia sobre a mulher: a prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 132.º do CP. E procura-se evitar uma presunção com outra, embutindo a lei penal de discriminação para com a mulher, que, assim, é representada como potencial homicida, quando puérpera e a dar á luz.

É este entendimento que nos conduziu a este trabalho, procurando, de forma crítica, mas construtiva, analisar o estado actual da arte, procurando, através das conclusões a que chegámos, apresentar alternativas e soluções.

Discordar da doutrina construída e do saber acumulado ao longo dos tempos por tão grandes figuras do direito, que nos habituámos a ter como referências e fundamentos de resoluções acabadas não foi tarefa fácil. Mas foi com todo o respeito e humildade que esse caminho foi trilhado.

É esse contributo que aqui se deixa.

Palavras-chave: Infanticídio, homicídio privilegiado, bem jurídico, direito penal simbólico, igualdade, cláusula de honra, efeito perturbador do parto.

PRESENTATION

The archetype of homicide for dishonor and the route of symbolic Penal Law: Myths and shadows of a crime against life - discussing the criminalization paradigm of infanticide

Pedro Filipe Gomes Rodrigues

This work and the inherent interest in the crime of infanticide study have its origin in the fourth year of law degree when, in the course of Crimes em Especial Professor Margarida Silva Pereira gave us to read, study and discuss the Judgment 1795 / 07.6 GISNT.L1-9 the Court of Appeal of Lisbon, which was rapporteur Court judge Fatima Mata-Mouros.

On that Judgment is raised the question of the eventual subsumption of the situation concerned the type provided for and punishable under Article 136 of the Penal Code.

Right at the time of the analysis of the judgment and debate various questions were being raised regarding the usefulness of such an article, and especially as to its consistency against the legal interests and values protected by our legal system.

The purpose of this work is therefore necessary to examine Article 136 of the Penal Code in its entirety, proceeding to the necessary comparison and confrontation with simple homicide and primarily with privileged assassination.

It is a peculiar standard in our legal system, since it is from there that sets the boundary between the prosecution for abortion or murder, and this standard is the starting point to establish the beginning of life and its protection as a human being and no longer as fetus.

It is therefore important to discuss and define the beginning of life, the moment from which we can say that, in legal and criminal terms, we are faced with a person and not to an unborn baby. That's what we try to do in Chapter II of this work.

The death of a child by his mother in the act of birth or after birth has had varied legal treatment that has alternated and evolved between qualifying and privileging this

behavior, being, in recent times on the agenda of its analysis and, in many societies, its autonomous classification has been eliminated.

It is, as is easily seen, an issue that is far from peaceful in today's society, which on the one hand, defends the right to life as an inalienable right and supreme, but on the other it wrestles on the rights of claim which call into question that same life.

The death of a child by the mother herself is seen by society as an act against nature, but it needs, of course, the proper legal framework and protection of all specific situations, but this does not necessarily imply the autonomous criminalization of all behaviors.

The relevance of this study relates precisely the timeliness and need to understand what is at stake in Article 136 of the Penal Code, and if it makes sense to be maintained.

Infanticide has, in most cases, if not in its entirety, its cause in an unwanted pregnancy, usually the result of an extra-marital relationship, a pregnancy "frowned upon" and that the hidden woman, or try to hide from everyone.

It is therefore necessary to understand, in this situation, which led the woman to kill her child at the act of birth. Notice this aspect implies to realize the society in which we insert ourselves and realize how much that society has evolved as much as our legislator understands by stating that "having a child is not dishonor to anyone."

But it is also, and above all, need to understand if, in dogmatic terms, this is a stand-alone type of murder; if the scope of protection of the standard is different from what is provided for simple murder or manslaughter, or, on the contrary, that Article 136 already want to protect is fully protected by these articles.

And it is precisely these aspects that dissected in Chapters III and IV of this work and tries to nuclear identifying elements of a type of crime and their critical analysis.

Despite being eliminated the clause honor from the letter of the type of infanticide as a crime, we realize the concrete situations with which the courts are faced the protection of honor, hide the shame, continues to be the cause of the woman's behavior.

The woman who kills her child during or after childbirth is often, for fear that social censorship that is still made, limited in their freedom for assessment of her behavior,

perception or awareness of it and, for that reason, adapt their behavior to the positivized legality standards.

This can be seen even in the confrontation of the standard with its practical application, analyzing the jurisprudence of our courts, when called upon to decide on this issue. We realize that the honor clause remains as present as before, only now properly placed and protected by the desperation that causes the woman fear of shame, censorship and social exclusion that will come to her.

But we can also see that Article 136 is not applied by our courts. It is considered, analyzed and rejected the application, not going through it, mere symbolic criminal law, maintained and equated for fear that another presumption lies with the woman, as provided for in paragraph a) of paragraph 2 of Article 132 o Penal Code. And it seeks to avoid a presumption with another, embedding the criminal law of discrimination against the woman, who thus is represented as a potential murderer when postpartum and give birth.

It is this understanding that led us to this work, looking, critically, but constructively, to analyze the current state of the art, looking through the conclusions we have reached, present alternatives and solutions.

Disagree with built doctrine and knowledge accumulated over the years by such great figures of the law, whom we are used to have as references and foundations of finished resolutions was no easy task. But it was with all respect and humility that this path was trodden.

It is this contribution that is allowed here.

Keywords: Infanticide, manslaughter, symbolic criminal law, equality, honor clause, disruptive delivery effect.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Ac. - Acórdão
- CC - Código Civil
- CP - Código Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- TC - Tribunal Constitucional
- TRG - Tribunal da Relação de Guimarães
- TRL - Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP - Tribunal da Relação do Porto

SUMÁRIO

1. Introdução	23
1.1. Objecto de estudo e a forma como vai ser tratado	23
1.2. Evolução histórica da incriminação do infanticídio	25
1.3. Evolução histórica do infanticídio no direito português.....	28
1.4. Actualidade e relevância do tema	35
1.5. Uma questão de princípios e direitos fundamentais: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana	39
1.6. O princípio da igualdade.....	46
1.7. Os fins do direito penal e da criminalização de um comportamento.....	48
1.8. Do direito penal simbólico	56
1.9. Breve incursão pelo direito comparado.....	57
2. Discutindo o início da vida	61
3. Dos crimes de homicídio e homicídio privilegiado	71
3.1. O crime de homicídio	72
3.1.1. O bem jurídico protegido	74
3.1.2. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo objectivo	74
3.1.3. Os elementos constitutivos do tipo: o tipo subjectivo	75
3.2. O crime de homicídio privilegiado	77
3.2.1. Fundamento do privilégio	78
4. Do crime de infanticídio	85
4.1. O crime de infanticídio	85
4.1.1. O tipo objectivo: a questão da autoria.....	85
4.1.2. O tipo objectivo: o objecto da acção	94
4.1.3. O tipo objectivo: a conduta típica	95
4.1.4. O tipo subjectivo: o dolo	98
4.1.5. A questão da culpa	99
4.1.6. Reencontrando a «cláusula de honra»	106
5. Infanticídio: tipo de ilícito ou tipo de culpa?	113
6. A liberdade de acção no comportamento da mulher infanticida.....	127
7. O infanticídio na jurisprudência portuguesa.....	133
7.1. O acórdão 1052/07-2, de 19-11-2007	135
7.2. O acórdão 1795/07.6GISNT.L1-9, de 11-03-2010	138
7.3. O acórdão 288/09.1GBMTJ.L1-5, de 29-03-2011	142

8. Conclusão	151
Referências.....	157

1. INTRODUÇÃO

1.1. OBJECTO DE ESTUDO E A FORMA COMO VAI SER TRATADO

Este trabalho pretende proceder a uma análise sobre o crime de infanticídio, presente no nosso Código Penal, no artigo 136º, a razão da respectiva incriminação, a sua aplicabilidade prática, bem como questionar da sua necessidade no seio do nosso ordenamento jurídico.

Ao abordar o crime de infanticídio no contexto do sistema penal português, fazendo a respectiva aproximação a outros sistemas penais, pretende-se concluir 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.

Importa, também, perceber quais as razões que fundamentam o especial privilegiamento do infanticídio e o modo como essas razões têm tido, ao longo dos tempos, uma real verificação.

O fundamento baseado na cláusula de honra foi eliminado na revisão penal de 1995, tendo o Professor FIGUEIREDO DIAS referido na altura que a gravidez não é nunca causa de desonra.

Mas será que a *causa honoris* desapareceu verdadeiramente da motivação da mulher para matar o seu filho “durante ou após o parto”?

Permanece, na versão actual do artigo 136º, como fundamento de privilegiamento a influência perturbadora do parto. Será esta uma realidade? E como fica a figura da mulher perante tal fundamento? Existem, igualmente questões de compatibilidade com a Constituição da República Portuguesa (CRP) que serão analisadas.

Este especial privilegiamento atribuído ao infanticídio por diversas legislações tem sido colocado em causa com alguma frequência, sendo que tal privilegiamento é, antes de mais, uma questão de política criminal, como exporemos adiante.

Quando falamos de infanticídio torna-se necessário, antes de mais, saber do que se trata, qual a sua origem e a respectiva evolução, bem como a relevância social de que se reveste, pelo que se inicia este trabalho com uma breve evolução histórica sobre a incriminação do infanticídio, seguida de algumas considerações sobre conceitos que se consideram elementares para o estudo do tema em questão, conceitos como dignidade da pessoa humana, igualdade e fins da criminalização de determinado comportamento.

Ainda na introdução é feita uma muito breve incursão sobre o infanticídio no direito comparado, com enfoque para os ordenamentos que foram fonte da norma portuguesa.

No segundo capítulo, ainda antes de entrar efectivamente na análise do infanticídio, far-se-á uma necessária aproximação a alguns pontos do homicídio (simples) e do homicídio privilegiado, cuja justificação é clara, atendendo ao tema em análise.

No terceiro e quarto capítulos é analisado o infanticídio, focando alguns pontos essenciais, que nos permitam perceber o que verdadeiramente pretende proteger o artigo 136º do nosso Código Penal.

Finalmente, e antes das conclusões, apresenta-se uma análise do infanticídio na nossa jurisprudência, sendo este um capítulo essencial, e, na verdade, foi este o ponto de partida para todo este singelo trabalho. É na jurisprudência que, não sendo fonte

directa de direito em Portugal, podemos encontrar muitas respostas em situações cuja necessidade normativa nem sempre é óbvia ou nem se verifica.

Ao analisarmos o infanticídio surgem algumas questões como: tem o bem jurídico vida menor valor num recém-nascido do que num adulto?, são todas as mulheres potenciais homicidas?, e, finalmente, tem a incriminação do infanticídio por finalidade a protecção de um bem jurídico-penal, ou antes visa defender valores morais dos «bons costumes»?.

É, essencialmente, a estas questões que se pretende dar resposta com este trabalho, tentando, deste modo, contribuir para o esclarecimento sobre este tema sobre o qual muito pouco se tem discutido na nossa doutrina.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INCRIMINAÇÃO DO INFANTICÍDIO¹

Desde o direito romano que a questão da morte dos filhos pelos pais teve uma atenção especial por parte dos legisladores, conhecendo várias formulações até aos nossos dias.

No direito romano o infanticídio começou por estar abrangido pelo *ius vitae et necis* sendo que, por este motivo o *paterfamilias* não poderia ser punido pela morte do filho, estando, contudo, este direito limitado à verificação de uma justa causa para tal morte.

Este direito do *paterfamilias* foi evoluindo até ter caído em desuso durante o século III. Já no século IV, uma constituição de Constantino incluiu, pela aplicação de uma pena pesada, o infanticídio no âmbito do *parricidium*.²

Já no que se refere à mãe que matasse o seu filho, era-lha aplicável a pena de *aqua et igni interdictio*³, ou seja, a pena relativa ao homicídio.⁴

Como refere SILVA FERRÃO, “Entre os romanos não era incriminado especialmente o infanticídio; mas o homicídio cometido pela mãe na pessoa de seu filho, sem

¹ 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

² 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, páginas 115 - 116

³ Em tradução literal significa a privação da água e do fogo. Esta pena era aplicada na Roma Antiga tendo por finalidade a punição daqueles que cometiam crimes graves, tornando-se, desse modo, indignos de continuar a fazer parte da comunidade, e que seria seguido de exílio, privando o indivíduo da cidadania.

⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “*Infanticídio Privilegiado ...*”, páginas 115 - 116

distinção de maior ou menor idade, era punido como *parricídio*. Este argumento porém não colhia a respeito do infanticídio cometido pelos pais, porque estes tinham o *jus vitae et necis* sobre os seus filhos, quando nascidos de legítimas nupcias; e, se lhes era permitido mata-los sem distinção de maiores ou menores, o argumento contrario excluía a incriminação especial.”⁵

Foi, no entanto, apenas no período cristão que surgiu uma incriminação especificamente dedicada ao infanticídio, através de uma constituição de Valentiniano, Valente e Graciano, de Fevereiro de 374, sendo que para tal incriminação terão contribuído a influência cristã, mas também motivos de ordem demográfica.⁶

Esta influência do pensamento cristão que levou à incriminação do infanticídio marcou todo o processo evolutivo de “tratamento juscriminal dispensado ao infanticídio ao longo da Idade Média”⁷.

O pensamento cristão partia do principio de que a vida de uma criança deve merecer igual protecção do que a vida de um adulto. Se esse crime fosse cometido pela mãe com a finalidade de ocultar a desonra tal comportamento era particularmente grave por juntar o *crimen sanguinis* ao *crimen carnis* o qual havia dado origem à gravidez ilícita.⁸

Este crime de infanticídio, que de início tinha uma finalidade de controlo do aumento populacional, passou a ser entendido como um crime particularmente grave se e quando cometido pela mãe, sendo punido, na generalidade dos ordenamentos, com pena de morte.

À medida que a influência da igreja foi aumentando, o infanticídio passou a ser encarado e punido como qualquer outro homicídio.

Entre os séculos XVI e XVIII a intensidade e dureza da punição do infanticídio foi o ponto central, sendo a mãe que mata o filho condenada à pena capital, que poderia ser executada por enterramento em vida seguido de empalamento ou, em certos casos, por afogamento da infanticida.

⁵ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “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, página 72

⁶ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “Theoria do direito penal aplicada ...”, página 118

⁷ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “Theoria do direito penal aplicada ...”, página 118

⁸ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “Theoria do direito penal aplicada ...”, página 119

Foi nesta altura que a causa de honra como possível fundamento de uma atenuação terá tido um primeiro surgimento, atendendo ao facto de que o número de casos em que as mulheres matam os filhos à nascença com o intuito de evitar a censura social ter conhecido um aumento significativo durante este período. Contudo, a severidade da punição das infanticidas permaneceu como característica de todo este período.

Já na segunda metade do século XVIII ocorre uma mudança de paradigma no que se refere ao infanticídio, passando a haver um “generalizado sentimento de compaixão pela mãe infanticida, que veio a cristalizar, mais tarde, na configuração do infanticídio como um homicídio privilegiado”.⁹

Esta mudança de paradigma poderá ter como origem na visão de que o infanticídio era visto, agora, como uma “consequência da exploração sexual da camada inferior da sociedade pela superior.”¹⁰

A vergonha sentida por uma maternidade ilegítima era a causa generalizada da prática de infanticídio, tentando, deste modo, fugir à censura social a que estariam expostas.

Foi a Beccaria que se ficou a dever a consagração e definição do infanticídio *honoris causa* como homicídio privilegiado. Como refere NUNO GONÇALVES DA COSTA, “afirmava Beccaria que a melhor maneira de prevenir o infanticídio consistiria em proteger com leis eficazes a debilidade contra a tirania, que exagera os vícios que não podem cobrir-se com o manto da virtude. Isto porque, recordava, não pode considerar-se justa ou necessária a pena de um crime enquanto a lei não haja adoptado os melhores meios possíveis para o prevenir.”¹¹

Diversos outros autores se debruçaram sobre a temática do infanticídio, tendo cabido a Paul Anselm Feuerbach o papel de elaborar uma definição de infanticídio na qual sintetizava todo o pensamento dos seus antecessores e no qual incluía os valores humanistas. Definiu infanticídio como “a morte do filho recém-nascido, ilegítimo e vital, causado pela mãe, após ocultação da gravidez.”¹²

Durante o século XIX surge o movimento codificador o qual recebeu, de forma que foi variando, os princípios humanitários presentes no infanticídio *honoris causa*.

⁹ 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 125

¹⁰ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 125

¹¹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 126

¹² *Apud.* NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 130

Como refere NUNO GONÇALVES DA COSTA, esta recepção no sentido do privilegiamento não ocorreu de uma forma directa e imediata, mas em duas fases. “Caracterizou-se o infanticídio como um homicídio qualificado, atendendo à sua vítima, e estabeleceu-se, em contrapartida, uma atenuação a favor da mãe que o cometesse sobre filho ilegítimo ou para ocultar a desonra. Num segundo momento desapareceu a incriminação genérica do infanticídio, enquanto crime distinto do homicídio, subsistindo apenas o tipo privilegiado baseado na «*causa honoris*»”.¹³

No decorrer do século XIX foram diversos os códigos penais que incluíram o infanticídio enquanto homicídio privilegiado, atendendo à *causa honoris*. Refere-se o Código Penal Austríaco de 1803 por ter sido pioneiro no tratamento do infanticídio *honoris causa*. Salienta-se, igualmente, os Códigos Suíços pelo facto de neles terem surgido as primeiras referências à influência perturbadora do parto enquanto fundamento de atenuação do infanticídio.

Diferentes de todos os restantes códigos que foram sendo elaborados, as legislações penais francesas não continham qualquer referência ao infanticídio, punindo-o como um qualquer homicídio, e condenando as mães infanticidas à morte. Essa punição severa foi objecto de atenuação tendo em consideração a constante indulgência de que essas mulheres eram alvo por parte dos tribunais. A legislação francesa manteve-se assim, diferente relativamente a todas as outras legislações europeias, não contendo qualquer alusão à *causa honoris*, ao contrário do que acontecia nos restantes ordenamentos europeus.

Foi já no século XX que, mais do que a *causa honoris*, a influência perturbadora do parto se instituiu como motivo do privilégio atribuído ao infanticídio.

1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INFANTICÍDIO NO DIREITO PORTUGUÊS

No que se refere ao Direito Português a primeira referência ao infanticídio que surge consta da *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.

¹³ 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, Viseu, 1987, página 130

Nenhuma outra referência ao infanticídio é conhecida, nem mesmo nas Ordenações, sendo que quem cometia infanticídio era tratado como quem cometia parricídio.¹⁴

Como refere MARGARIDA SILVA PEREIRA: “As Ordenações não previam um Infanticídio Privilegiado. Continham uma ténue referência à mulher grávida de quem se suspeitasse que poderia ocultar a criança matando-a. Os «quadrilheiros» estavam incumbidos de apurar da existência de mulheres infamadas, ou se, andando alguma prenhe, se suspeitasse mal do parto, não dando dele conta. Se isto acontecesse, devia o quadrilheiro comunica-lo ao juiz.”¹⁵

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”.¹⁶ Esta era sempre punida com pena de prisão em casas de correcção.

Dizia, assim, o §26 do título XXXI, correspondente ao homicídio qualificado, que “os que de propósito por interesse e malignidade matarem os seus ascendentes ou descendentes, depois de nascidos, em qualquer gráo e idade, ou sejão naturaes e legítimos, ou naturaes simplesmente, serão castigados como homicidas aleivosos, com todas as penas acima ditas.”

No §27 do mesmo título do Projeto de MELLO FREIRE estabelecia-se que “soffrerão as mesmas penas o pai ou mâi, que deliberadamente e por interesse, ou pura malignidade fizerem perecer o feto, que existir no ventre, depois de animado, e em duvida de o estar, se castigarão com galés ou degredo perpetuo para fóra do reino.”

¹⁴ 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 144

¹⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, páginas 293-294

¹⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 145

No entanto, como referido, o Projecto de MELLO FREIRE atenua, depois, a responsabilidade da mãe, ao estabelecer, no §31 do mesmo título, que “a mãe, que esquecendo-se de o ser, matar de propósito o seu filho infante, não por malignidade do coração, nem por outra paixão vil e baixa, mas com o fim de encobrir o seu delicto, e de salvar a sua fama e reputação, será para sempre presa e reclusa na casa da correcção.”

Referia MELLO FREIRE, justificando a atenuação que atribuía à mãe, que “não podia desconhecer-se «nem a fraqueza humana, nem a força e impressão, que faz no sexo frágil a opinião vulgar, e que é capaz de levar a mulher quasi involuntariamente não só ao infanticídio, e à exposição inconsiderada e perigosa do seu filho, mas mesmo ao suicídio»”.¹⁷

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*.¹⁸

Nas palavras de SILVA FERRÃO, referindo-se ao artigo 327.º do Código Penal Espanhol (de 1848), que “Foi este art. a fonte proxima d’este § un., quanto ao motivo da atenuação”¹⁹.

¹⁷ *Apud.* 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 146

¹⁸ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado...”, página 149-151

¹⁹ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “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, página 76

Mas acrescentava o meso autor que “quanto á atenuação da pena ficou mais severo, porque impoz uma pena mais forte em máximo, e consequentemente mais arbitraria.”

Entendia SILVA FERRÃO que “esta penalidade não ficou em harmonia com os principios de atenuação sobre duello adoptados no art. 385.^o. Se o legislador teve em vista que o *sentimento da honra* conduz a estes dois crimes, é enorme a desproporção da pena do infanticídio maternal que tem por causa de atenuação o mesmo sentimento.

E tanto mais que a *honra do sexo e das famílias* affectada pelo parto illicito, não assenta em uma opinião de mero facto, ou em uma idéa vã e erronea, como no duello, porém sim em principios de moralidade e de conveniencia social, de cuja infracção resulta necessariamente affronta e ignominia, indelevel, e tanto em opinião de facto como de direito.”²⁰

Estabelecia-se ali, no artigo 356^o, que “aquelle, que commetter o crime de infanticídio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro dos oito dias depois do seu nascimento, será punido com a pena de morte.”

Contudo, também aqui a excepção da cláusula de honra estava presente, ao regular, no § único, que “no caso de infanticídio commettido pela mãe para occultar a sua deshonor, ou pelos avós maternos para occultar a deshonor da mãe, a pena será a de prisão maior temporária.”

Refere LEVY MARIA JORDÃO, no comentário que faz a este artigo do Código Penal de então, que “o infanticídio tem sempre sido mais ou menos considerado como homicídio qualificado, para o que sobejam razões. Em primeiro lugar atendendo ás circunstancias especiaes da victima, é certo que se o homem tem na sociedade, além da força de que é dotado pela natureza, o auxílio que as leis, os amigos, e seus semelhantes lhe prestam, ao infante recém-nascido não sucede o mesmo; é um ente desamparado, sem força própria, e que não pode ser soccorrido pela sociedade, pois ainda nem sequer figura no registo civil como membro della. Em segundo lugar é um crime premeditado quasi sempre, pois o recém-nascido nunca póde provocar o matador; e só deixará de o ser quando a mãe natural cheia de remorsos, de vergonha e de desesperação procurar matar o seu filho para salvar a sua honra. Emfim se o

²⁰ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “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, páginas 76 - 77

infanticídio é cometido pelo pai ou mãe legítimos, ou pela mãe natural, fóra desse caso é um crime troz, e não inferior em gravidade ao parricídio.”²¹

Acrescentava, ainda, justificando ou fundamentando a verificação de uma pena mais branda para a situação em que o crime era cometido para defesa e protecção da honra da mãe, que o nosso legislador se baseou nos Códigos das Duas Sicílias, do Brasil e de Espanha que, tentando resolver um problema de uma inaplicabilidade e impunidade do crime de infanticídio pela aprovação do Código de França que punia este crime com pena de morte, tendo essa aprovação tido grande oposição, “argumentando-se contra ella, que quando o infanticídio é praticado pela mãe, não é movida em geral por maldade de coração, mas por desejo de salvar a reputação, ou por outras circumstancias imperiosas; e que se tal pena se impozesse na lei ver-se-hia o escandaloso resultado (dizia Berlier) de ficar impune o crime, pois no caso em questão nenhum tribunal sujeitaria a mãe a uma pena tão desproporcionada”²², estabeleceram “uma penalidade especial mais branda para o caso em que o infanticídio fosse executado por motivos de honra”.²³ Afirmava que “foi levado pela mesma ideia que o nosso Legislador no § un. deste art. determinou que, sendo o infanticídio cometido pela mãe para ocultar a sua deshonra, ou pelos avós maternos para ocultar a deshonra da mãe, a pena será somente a de prisão maior temporária.”²⁴

E acrescenta: “A lei julgou que no combate dos dous sentimentos, o da honra e o do amor maternal, podia prevalecer o primeiro; que a mãe abedeceu á violencia que a agitava no meio das paixões contrarias, que perturbavam o seu espírito, e por isso atenua-lhe a criminalidade.”²⁵

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 idéa 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

²¹ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, Tomo IV, Typographia de Jose’ Baptista Morgado, Lisboa, 1854, página 49-50

²² LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, página 54

²³ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, página 55

²⁴ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, página 55

²⁵ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, página 55

frontera o labeo da ignomínia e da prostituição, e no meio desta agitação, deste combate de sentimentos, que admira vê-la recorrer ao crime?”²⁶

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.”²⁷

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*,”²⁸

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

Estabelecia o artigo 346º do Código Penal Português de 1886 que “aquele que cometer o crime de infanticídio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento, será punido com a pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por vinte anos com prisão no lugar do degredo até dois anos, ou sem ela conforme parecer ao juiz, ou, em alternativa, com a pena fixa de degredo por vinte e oito anos com prisão no lugar do degredo por oito a dez ano.”

E acrescentava, igualmente um § único que dizia: “no caso de infanticídio, cometido pela mãe para ocultar a sua desonra, ou pelos avós maternos para ocultar a desonra da mãe, a pena será a de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária.”

No seu comentário a este artigo, OSÓRIO DA GAMA refere claramente que “este artigo protege a vida de um infante contra a destruição intencionalmente causada por outrem”, afirmando que “no caso do § un. deve tratar-se de um filho ilegítimo” e acrescenta que “não se compreende na verdade que o nascimento de um filho

²⁶ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, página 56

²⁷ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “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, página 77

²⁸ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, “Theoria do direito penal aplicada ao código penal portuguez ...”, página 77

legítimo possa constituir um motivo de desonra, mesmo quando este nascimento tenha lugar antes de decorrido os nove meses do casamento.”²⁹

Relativamente ao momento em que se inicia a protecção penal a título de homicídio, e já não de aborto, a nossa doutrina sempre considerou que tal era considerado o momento do início da expulsão, com as primeiras dores de parto.³⁰

Isso mesmo resulta da anotação que LEVY MARIA JORDÃO faz ao artigo 356.º, quando afirma que “o infanticídio também se commette no próprio acto do nascimento, antes de este se achar completo.”³¹

Também OSÓRIO DA GAMA, na sua anotação ao artigo 356.º do Código penal (de 1886), afirma que “não é preciso que o infante tenha já nascido, pois o infanticídio também se comete no próprio ato do nascimento [...]”.³²

E acrescenta: “não é preciso que a criança esteja completamente separada da mãe, mas também não basta o começo do trabalho do parto, o infanticídio pode dar-se desde que cesse a respiração placentária e desde que a respiração pelos pulmões é possível.”³³

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.”³⁴

A *causa honoris* manteve-se, no Código Penal português até aos nossos dias, estando 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 [...]”.

²⁹ LUIS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO E OLIVEIRA BATISTA, “Notas ao Código Penal Português”, Segunda Edição, Volume Terceiro, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1924, página 88

³⁰ 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 152

³¹ LEVY MARIA JORDÃO, “Commentario ao código Penal Portuguez”, Tomo IV, Typographia de Jose' Baptista Morgado, Lisboa, 1854, página 51

³² LUIS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO E OLIVEIRA BATISTA, “Notas ao Código Penal Português”, Segunda Edição, Volume Terceiro, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1924, página 88

³³ LUIS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO E OLIVEIRA BATISTA, “Notas ao Código Penal Português”, página 88

³⁴ 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 154

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.”³⁵

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

1.4. ACTUALIDADE E RELEVÂNCIA DO TEMA

A escolha do infanticídio como tema da presente dissertação teve como ponto de partida o interesse que o mesmo suscitou quando foi tratado nas aulas de Crimes em Especial.

Nessa altura, partindo de um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (que será objecto de análise mais à frente), surgiram diversas questões sobre o tema, tendo percebido que sobre o mesmo pouco havia sido escrito ou debatido na nossa doutrina, e mesmo na nossa jurisprudência.

É um facto que, ao longo dos tempos, a verificação de situações que, à partida, se poderiam considerar infanticídio tem vindo a diminuir, sendo escassas as situações em que os nossos tribunais se confrontam com a necessidade de decidir relativamente a uma situação concreta com o tipo de infanticídio presente no nosso C. P.. Mas essa é mais uma razão que deveria levar a um estudo mais aprofundado deste tipo.

³⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, páginas 293-294

Como resulta claro da evolução histórica pela qual a incriminação do infanticídio passou, acabada de apresentar, a forma como a doutrina, a jurisprudência e a sociedade olham para este crime tem evoluído e variado ao longo dos tempos.

Actualmente essa evolução continua e está, uma vez mais, na ordem do dia em diversos países. O infanticídio tem vindo a ser reequacionado em diversos ordenamentos como o espanhol e em diversos países da América Latina.

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.

Os grandes benefícios do conhecimento que nos trouxe a sociedade da “aldeia global” contrastam com a condenação em praça pública, também ela muitas vezes global, de que os indivíduos são alvo sempre que o seu comportamento se afasta – ou sequer se desconfie que se afasta – dos padrões ditos normais para o meio no qual se encontram inseridos.

“A pretensão de ser reconhecido pelos outros é inseparável do ser humano devido à natureza das suas condições existenciais. Por afectos, interesse ou necessidade – tantas vezes em obediência a imposições – acudimos ao lugar dos encontros, interagindo constantemente, no relacionamento com outras pessoas. É fácil perceber que uma vida ligada ao reconhecimento dos outros membros do mundo social se inscreva como parte interessada na construção ou na manutenção de uma ordem social – de uma vida ordenada.”³⁶

Esta necessidade de reconhecimento pelo outro, tão característica do ser humano e da vida em sociedade leva a que, quando se verifica uma situação que pode colocar em causa esse reconhecimento, a pessoa tente «remediar» a situação pelos próprios meios.

³⁶ M. MIGUEZ GARCIA, “O risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal”, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2011, página 5

É o que, eventualmente, se verifica quando uma mulher, que descobre estar grávida de uma gravidez considerada ilegítima, normalmente por o pai da criança ser um homem casado, ou simplesmente não ser seu marido, se «livra» do filho recém-nascido de modo a fugir do «falatório» e da censura a que seria condenada.

Esta censura e condenação pela sociedade tem sido, e continua a ser uma realidade marcante, principalmente se estamos perante um meio pequeno. Esta tem sido a razão repetidamente invocada pelas mulheres que se veem confrontadas com acusações de homicídio por terem matado os filhos à nascença, tentando esconder uma gravidez indesejada.

Esta é uma realidade actual a que não se pode virar a cara, mas que urge enfrentar e clarificar.

Fala-se repetidamente de discriminação contra as mulheres em diversas situações sociais, mas não se coloca a questão da discriminação de que a mulher, pelo simples facto de o ser, é alvo ao ser considerada uma potencial homicida.

Como refere M. MIGUEZ GARCIA, “nos modernos estados de Direito, o ordenamento jurídico [...] assenta num conjunto de valores, em que o melhor da sensibilidade humana geralmente se envolve.”³⁷

O nosso ordenamento jurídico-penal assenta em bens jurídicos, sendo esses os valores protegidos por cada norma.

Num momento em que é cada vez mais notória e evidente a falta de valores na sociedade, expressa a todos os níveis nem sempre é claro quais os valores jurídicos que se encontram protegidos, sendo essa uma essencialidade do Direito, principalmente do Direito Penal.

Nesta crise de valores, como lhe têm chamado, ou luta entre valores para ver qual sai vencedor, se há que impedir qualquer forma de discriminação – *in casu* pelo género – há que também defender o fundamental (porque dele depende a existência de todos os outros) direito à vida.

Isto reveste fulcral importância numa sociedade moderna, como aquela em que vivemos, em que o culto do «eu» e do corpo é levado ao extremo, e que o excessivo individualismo leva a que, muitas vezes, se diminua a noção de censurabilidade

³⁷ M. MIGUEZ GARCIA, “O risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal”, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2011, página 5

perante comportamentos desviantes, como é a decisão de matar um filho quando tomada antes do nascimento e tido este comportamento como se de um método conceptivo se tratasse.

É preciso ter presente, em cada caso, as circunstâncias que levam uma mulher a decidir matar o próprio filho, mas não se pode actuar como se de um incapaz se tratasse – excepto quando tal seja verdade.

O crime previsto no artigo 136º do C. P. é um crime contra a vida, e disso não restam quaisquer dúvidas. O bem jurídico que esta norma defende é a vida da criança. Nas palavras de MARGARIDA SILVA PEREIRA, “trata-se de uma vida viável, já identificável por terceiros, embora não seja pacífico o grau de autonomia que deva possuir.”³⁸

A divergência existente quanto ao grau de autonomia reveste relevância prática, na medida em que se prende com o momento em que o objecto do crime deixa de ser a vida intra-uterina e passa a ser a vida extra-uterina. Ou seja, o momento que determina o início da vida e que, por esse facto, determina o início de protecção do bem jurídico vida pelo crime de homicídio.

O estudo e compreensão deste artigo reveste, assim, grande importância e actualidade seja em que momento for, e pode mudar o entendimento que se tem da sua aplicabilidade com o correspondente avanço da medicina, o qual permita determinar que o início da vida se dá em momento anterior ao que actualmente é tido como determinante – e que mais à frente será referido -, bem como estabeleça maior determinabilidade no conceito vago que é a influência perturbadora do parto, e que constitui, no actual ordenamento, um conceito chave que consubstancia fundamento do especial privilegiamento do infanticídio.

É difícil, senão mesmo impossível, como adiante se tentará expor, fazer a prova de que, no momento em que a mãe mata o filho acabado de nascer (ou durante o nascimento), se encontrava sob a sua influência perturbadora.

Pretende-se, assim, apresentar (e, a final, defender) o entendimento de que a mulher mata o filho à nascença o faz por medo da censura e da exclusão social a que, acredita, será votada. Actua em desespero, acreditando que aquela é a sua única saída, que não existe outra. E é esse desespero que lhe diminui o discernimento. O

³⁸ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 15

infanticídio é, como aliás refere alguma doutrina, um tipo de culpa, devendo, por isso, este comportamento da mulher ser enquadrado no homicídio privilegiado, sendo a pena ajustada de acordo com a medida concreta da culpa, conforme estipula o artigo 40º, n.º 2 do C. P..

1.5. UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Existem direitos que são inerentes à própria natureza humana, que a pessoa humana possui pelo simples facto de o ser. Alguns desses direitos, enraizados em princípios básicos e basilares, relevam para o tema que aqui se encontra a ser tratado, pelo que iremos agora tratar desses direitos e dos princípios em que se fundamentam, uma vez que os direitos fundamentais assentam em princípios que são, em sim mesmos, universais, estando o direito à vida, como outros (à liberdade, à integridade física) intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo, por isso, uma sua concretização.

No nosso ordenamento jurídico os direitos fundamentais (no que aqui importa, referimo-nos aos direitos, liberdades e garantias) encontram-se positivados, maioritariamente, na CRP, sendo estes direitos fundamentais universais e (tendencialmente) absolutos por inerentes à própria natureza humana. É, também, na CRP que encontramos indicados os princípios estruturantes do nosso sistema – jurídico e político – desde logo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diz-nos JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE que “aquilo a que se chama ou que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas. De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista.»³⁹

³⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª edição, Edições Almedina, SA, 2007, página 15

Ora, o que temos aqui em presença são dois princípios e direitos fundamentais na sua mais pura essência, enquanto raiz ou ponto de suporte de todos os restantes direitos que se reportam à pessoa enquanto tal.

Ou seja, a pessoa para o ser tem de existir, tem de ser dotado de vida para que lhe sejam reconhecidos direitos (e deveres).⁴⁰

Uma outra questão, a que nos referiremos mais adiante, é a partir de quando se considera que tal vida existe, o que leva a tentar responder à questão de saber a partir de quando essa vida merece ser protegida pelo direito penal.

Diz-nos a história que os direitos fundamentais remontam aos estóicos em cujas obras já existiam referências a ideias de dignidade e de igualdade.⁴¹

Existe, assim, e isso parece ser pacífico (senão unânime) na doutrina, um núcleo restrito de direitos fundamentais aos quais é atribuída a qualidade de direitos naturais, sendo esse núcleo restrito aos “mais directamente ligados à dignidade da pessoa humana e de que são paradigma figuras como o direito à vida, à integridade pessoal ou à liberdade (física e de consciência).”⁴²

O direito à vida, aquele que é unanimemente aceite como o primeiro dos direitos, ou, nas palavras de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “es el mayor bien de la persona e sirve de soporte y base física a todos los demás”⁴³, encontra-se, entre nós, consagrado no artigo 24º da CRP, que estatui, no número 1, que “a vida humana é inviolável”, reforçando, no número 2 do mesmo artigo que “em caso algum haverá pena de morte”.

Ora, como refere GOMES CANOTILHO “o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais. Não se trata, porém, apenas de um prius lógico: o direito à vida é material e valorativamente o bem (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto. Precisamente por isso é que o direito à vida coloca problemas jurídicos de

⁴⁰ Ressalvam-se os direitos atribuídos aos nascituros, que em nada relevam para o presente estudo.

⁴¹ Idem, página 16

⁴² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª edição, Edições Almedina, SA, 2007, página 37

⁴³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal, parte especial”, decimocuarta edición, completamente revisada y puesta al día, tirant lo blanch ed., Valencia, 2002, pág. 31

decisiva relevância nas comunidades humanas. No plano da determinação do “bem protegido”, justifica e impõe o recorte do conceito constitucional de vida humana, a definição do começo e fim da vida humana e a delimitação do âmbito de protecção. Relativamente à estrutura e conteúdo jurídico da protecção, obriga à dilucidação de complexos problemas jurídico-dogmáticos relacionados com a natureza do direito à vida como um direito de defesa e consequentes problemas respeitantes às modalidades de violação, de lesão de bens jurídicos e restrições ao direito à vida (cfr. Cód. Penal, arts. 131º e ss).

O conteúdo jurídico objectivo da protecção do bem da vida humana implica, de forma incontornável, o reconhecimento do dever de protecção do direito à vida, quer quanto ao conteúdo e extensão, quer quanto às formas e meios de efectivação desse dever (medidas estaduais, defesa perante perigos e ameaças, conformação de protecção do bem vida nas várias normas desse direito). [...] ⁴⁴

Ora, como refere FRANCISCO MUÑOZ CONDE, o bem jurídico que se pretende proteger em todos os crimes contra a vida é a própria vida humana em si mesma, sendo que esta protecção se opera independentemente da vontade da pessoa. ⁴⁵

Diz MUÑOZ CONDE, na obra referida, que “el bien jurídico protegido en todos los delitos contra la vida es la vida humana misma. El Derecho penal contempla la vida humana como un fenómeno biosociológico inseparablemente unido. La vida se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede consentir validamente para que se le prive de ella.” ⁴⁶

Neste sentido GOMES CANOTILHO afirma, num aspecto que importa directamente ao tema do infanticídio, e que se prende com o sentido e significado da protecção da vida, que “o sentido geral da garantia e protecção do direito à vida no plano constitucional é, desde logo, a protecção da existência vivente, físico-biológica. Num sentido normativo, o direito à vida significa primeiro e acima de tudo, o direito de não ser morto, de não ser privado da vida.”

A protecção da vida humana encontra-se, em si mesma, bem delimitada no que se prende ao espaço temporal em que a mesma opera, uma vez que, como refere não se

⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, páginas 446-447

⁴⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, páginas 447

⁴⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal, parte especial”, decimocuarta edición, completamente revisada y puesta al día, tirant lo blanch ed., Valencia, 2002, página 31

pode proteger uma vida que ainda não existe ou que já deixou de existir⁴⁷. A questão que se coloca prende-se, invariavelmente, com o tipo de protecção que esta mesma vida vai conhecendo, que é, necessariamente, diferente quando ainda em formação dentro do ventre materno e quando se encontra já formada e com existência física independente da mãe. O ponto de divergência, a que nos referiremos a seguir, é o momento em que termina um tipo de protecção e começa outro.

É, aliás, este um dos pontos que envolve o crime em estudo nesta dissertação, pois é nesse preciso momento em que se dá a transição da protecção da vida intra-uterina para a protecção da vida extra-uterina que pode ocorrer o crime de infanticídio, tal como se encontra previsto no artigo 136º do CP.

Estaremos, então, aqui entre dois direitos que merecem dignidade penal e constitucional, na medida em que o que se protege com a tipificação do infanticídio enquanto crime autónomo é o bem jurídico vida da criança, protecção essa que coloca como potenciais homicidas as mulheres que, pelo simples facto de o serem e de se encontrarem grávidas, se poderão ver emocionalmente diminuídas a ponto de matar a criança a que estão a dar vida ou a que deram vida.

Ora, “a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica, que justifica a sua primaridade: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio e valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁸

Este princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio base e estruturante do qual decorrem e no qual se suportam os direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo, são consequência e dão consistência material a esse princípio basilar.

Embora se trate de um princípio de difícil definição e cujo conteúdo não é fácil de definir por não ser algo de estático, dir-se-á que a dignidade da pessoa humana “representa uma síntese, dotada de elevado grau de generalidade e abstracção, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas

⁴⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal, parte especial”, página 31

⁴⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª edição, Edições Almedina, SA, 2007, página 83

capacidades, exigências e objectivos espirituais, morais racionais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política”.⁴⁹

A dignidade da pessoa humana concretiza-se, pois, através dos direitos fundamentais, razão pela qual se encontram estes «à cabeça» da lei fundamental.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontra as suas raízes, ao nível do ordenamento jurídico interno, antes de mais, na CRP, sendo este um princípio estruturante de qualquer Estado dito civilizado.

Diz o artigo 1º da CRP que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...]”.

Esta afirmação logo no início da CRP tem, obviamente, implicações no modo de encarar a pessoa humana, devendo ter em conta o indivíduo enquanto tal, no modo como este se perspectiva a si próprio e à sua vida.⁵⁰

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental, conformador e orientador da República implica toda uma atenção no modo como se encara a pessoa humana, e atribui responsabilidades especiais quer por parte das entidades públicas quer das entidades privadas no sentido da conformação da vida de cada indivíduo e das prestações que sejam, em cada momento e em cada sociedade, exigidas para a realização física e espiritual dessas mesmas pessoas.⁵¹

Mas implica, igualmente, uma relação de duplo sentido, de reciprocidade dos próprios indivíduos entre si para, cada um na sua medida, ser respeitador e conformador dessa mesma dignidade, atribuindo a cada pessoa uma responsabilidade para o outro.

Implica, também, como se referiu acima, e no que ao infanticídio diz directamente respeito, uma especial atenção por parte do Estado, enquanto legislador, de modo a assegurar que na elaboração das leis não coloca em causa esta dignidade que se quer assegurar com essas mesmas leis. Tal implica que não sejam colocados em

⁴⁹ JONATAS MENDES MACHADO, “Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, Coimbra, 2002, páginas 358-359

⁵⁰ Neste sentido J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003 – “O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de dignitas-hominis (*Pico della Mirandola*) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plstes et factor).”

⁵¹ Neste sentido ver J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição da República...”

causa, na própria lei, os princípios e direitos através dos quais se dá conteúdo e forma a este princípio universal, seja pelo tão apregoado princípio da igualdade, seja pelos direitos fundamentais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, etc.

É este princípio compatível com a incriminação autónoma do infanticídio? Sendo o infanticídio um tipo de crime que apenas pode ser, na letra na nossa lei, cometido pela mulher que está a dar à luz, e aplicando as regras da generalidade e da abstração, não estará esta norma inquinada de inconstitucionalidade por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que coloca sobre todas as mulheres os espectro de serem, todas e cada uma, potenciais homicidas, dado se tratar de um verdadeira homicídio, e quanto a este aspecto – de se tratar de um homicídio, e de um homicídio privilegiado – a doutrina está de acordo.

Tendo em consideração que o direito penal tem um carácter e uma função subsidiária relativamente aos restantes ramos do direito, actuando onde os restantes se mostram desajustados para o efeito, e tendo em consideração que a violação de uma norma penal implica a possibilidade de limitação, pelo próprio direito penal, de um direito fundamental – o direito à liberdade – o direito penal tem a obrigação de ser rigoroso e criterioso nos comportamentos que, primeiro, considera como crime, e, depois, no modo como enquadra juridicamente esses mesmos comportamentos.

O direito penal tem por função a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais, entre os quais e antes de mais a dignidade da pessoas humana, sendo necessário que transmita às pessoas a segurança de que necessitam.

Não antecipando conclusões, mas apenas, para já, colocando questões, entendemos que este é um dos pontos sensíveis que funciona a favor da eliminação do infanticídio enquanto tipo autónomo de crime.

O crime previsto no artigo 136º do CP, “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”, é um crime específico impróprio na medida em que apenas a mãe o pode cometer. Não existe, contudo, aqui qualquer dúvida de que o bem jurídico que este tipo pretende proteger é a vida, mais concretamente a vida do filho, devendo, por isso ser, também, analisado sob essa perspectiva: a existência deste tipo de crime tal como se encontra configurado pode levar a perguntar se a vida de uma criança nascitura é menos valiosa que a vida de um adulto, atendendo à moldura penal em causa.

Não está em causa que o direito à vida de um nascituro é um direito tão absoluto como o de qualquer outra pessoa, tal como não está – ou não deve estar – em causa a dignidade da própria mulher, devendo ser analisados os motivos que concretamente a levaram a matar o seu filho de acordo com a sua culpa.

Pronunciando-se sobre a relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da culpa, ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO afirma que a relação entre ambos “é uma relação de implicação”⁵², e explica porquê, afirmando que “a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana implica o princípio da culpa. É que, por um lado, ser verdade que se reconhece ao homem o especial valor que cabe à pessoa humana, isto é, que se respeita a sua dignidade como pessoa, é condição suficiente de ser verdade que ele só pode ser censurado se agir com culpa. Por outras palavras, não pode ser verdade que se respeite a dignidade da pessoa humana se o homem for censurado sem ter agido com culpa.”⁵³

São estes dois aspectos que devem ser considerados, ambos reforçando no sentido de não estarmos perante um crime autónomo, perante um tipo de crime.

Estas mesmas dúvidas têm vindo a ser colocadas em vários ordenamentos jurídicos, tendo mesmo alguns, como é o caso de Espanha, eliminado o infanticídio enquanto tipo autónomo, passando a trata-lo como outro qualquer homicídio, consoante a culpa do agente.

Como se referiu atrás, na evolução histórica, a forma como a mulher foi sendo julgada e condenada por matar o seu filho foi variando ao longo dos tempos, mas foi-o sendo, tendencialmente, no sentido de defesa quer da vida da criança quer da dignidade da mulher, caminhando-se para a harmonização destes dois aspectos, sendo que, actualmente, ambos estão erradamente considerados e a transmitir uma mensagem errada para a comunidade.

Considerar que todas as mulheres ficam perturbadas e diminuídas na sua capacidade de discernimento não é compatível com a defesa da dignidade da pessoa humana, muito menos em termos de igualdade entre todas as pessoas.

⁵² 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

⁵³ ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO, “Sobre o lugar do princípio ...”

1.6. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Decorrência directa do princípio da dignidade da pessoa humana, a que nos referimos no ponto anterior, é o princípio da igualdade (que já aflorámos de certo modo acima), constitucionalmente consagrado, e cuja invocação tem sido frequente por parte do Tribunal Constitucional para fundamentação de muitas das suas decisões, afirmando-se, desse modo, a relevância social, jurídica, e mesmo política deste princípio.

Este princípio constitui o “principal eixo estruturante do sistema dos direitos. Talvez também por isso constitua um dos mais complexos problemas do direito constitucional.”⁵⁴

Trata-se, como referido, de um princípio constitucionalmente consagrado no artigo 13º da CRP, onde se diz, no número um que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Acrescenta, depois, no número dois os critérios a ter em conta e que constituem elemento identificador de discriminação proibida, entre os quais se refere que ninguém pode ser beneficiado ou prejudicado em razão do sexo.

Ora, de que se trata concretamente no artigo 136º do CP senão de um tratamento desigualmente prejudicial em função do sexo, ao considerar que todas as mulheres puérperas são tendencialmente menos propensas a comportamentos conformes com o direito?

Do número um desta norma constitucional se retira a conclusão de que os cidadãos têm o direito a tratamento igual na criação do direito e na sua aplicação, pelo que as leis devem defender todas as pessoas de igual modo, e o direito deve ser interpretado e aplicado de igual modo a todos, sem distinção.

Importa ter presente, principalmente no que à criação do direito diz respeito – por estar antes da interpretação e da aplicação do direito, mas também por ser da criação (ou eliminação) de direito que aqui estamos a tratar – a noção de igualdade que a evolução histórica nos veio trazer, no sentido de tratar de modo igual o que é intrinsecamente igual e de modo desigual o que é intrinsecamente desigual.

De modo certo escreveu TERESA PZARRO BELEZA que “Para além da verificação relativamente elementar de que a igualdade declarada e até promovida na lei encontra

⁵⁴ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Direitos fundamentais: Introdução Geral”, Principia Editora, Lda, Estoril, 2007, página 69

inúmeros obstáculos na sua aplicação prática, há no entanto todo um outro mundo de questões que só pode ser compreendido – em rigor: *pensado* – se o paradigma em que raciocinamos se alterar ao ponto de colocar as mulheres (ou a categoria socio-discursiva de *género*) no centro da indagação jurídica, por um lado. Mas também se formos capazes de ver que, se o Direito não controla definitiva ou isoladamente a vida social e os seus valores, também não se limita, ao contrário do que se afirma com frequência, a plasmar em letra de lei as concepções socialmente dominantes ou tidas como tal. O Direito – as leis, a jurisprudência, as práticas jurídicas de variados níveis – tem (teve, historicamente) um papel *constitutivo* importante na produção discursiva de uma hierarquia entre pessoas: homens/mulheres [...].⁵⁵

E este é um ponto importante para a norma a que nos estamos a referir, pois é um dado adquirido que homens e mulheres são intrinsecamente diferentes e, como tal, essas diferenças devem ser tidas em conta por se repercutirem, necessariamente, nos comportamentos sociais que cada um adopta.

Comportamentos esses que nos levam a ter presente a cláusula de honra, que foi eliminada da letra da lei na reforma de 1995 (como se verá mais à frente). Contudo, o facto de tal comportamento ter sido eliminado da letra da lei como sendo um dos elementos atenuantes para o crime de infanticídio, então previsto no artigo 137º sob a epígrafe de infanticídio privilegiado, não acompanhou a realidade, na medida em que era o próprio tipo que deveria ter sido eliminado, na medida em que é a defesa de honra, como veremos mais à frente, que continua a conduzir ao desespero, e é este desespero que conduz, em regra, a mulher a matar o filho.

Por esta razão o tratamento tem de ser desigual perante situações que são, naturalmente, desiguais, mas que devem ser tidas em consideração na análise de factos concretos, e não para uma generalização perigosa de discriminação desajustada e, desse modo, violação do princípio da igualdade.⁵⁶

Neste sentido, e em presença do princípio da igualdade, a norma constante do artigo 136º poderá, em si mesma padecer de inconstitucionalidade, uma vez que “o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma,

⁵⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, “Direito das mulheres e da igualdade social – A construção Jurídica das Relações de Género”, Almedina, Coimbra, 2010, página 70

⁵⁶ Neste sentido firma GOMES CANOTILHO, na “Constituição da República Portuguesa Anotada,...” que “o que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, de proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio.”

uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material.”⁵⁷.

Como refere GOMES CANOTILHO, citando o Ac. 132/91 do Tribunal Constitucional, “embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma ideia de igualdade: «direito a ser considerado como um igual» (Rawls), «direito a ser titular de igual respeito e consideração» (Dworkin), «direito a iguais atribuições na comunicação política» (Ackerman, Habermas), «direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei». A justiça fará, assim, parte da própria ideia de direito (Radbruch) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à protecção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade (cf. Ac. TC 132/91).»⁵⁸

Fica a questão de saber qual o *parâmetro de justiça que empresta fundamento material* a este tratamento desigual.

1.7. OS FINS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINALIZAÇÃO DE UM COMPORTAMENTO

A função do direito penal apreende-se atendendo aos factos a que se destina e que tem por objecto, ou seja, o comportamento criminoso, bem como atendendo às consequências jurídicas desses mesmos comportamentos, isto é, as penas e as medidas de segurança.⁵⁹

Aprendemos na faculdade que o direito penal funciona como a última *ratio*, possuindo, assim, uma natureza subsidiária face aos restantes ramos do direito.

Esta ideia de subsidiariedade é unânime na doutrina jurídica. Neste sentido ROXIN afirma que “o direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada.”^{60 61}

⁵⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição da República...”

⁵⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003, página 245

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 43

⁶⁰ CLAUS ROXIN, “Problemas fundamentais de Direito Penal”, 3ª edição, Coleção Veja Universidade, Edições Veja, Lisboa, 2004, página 28

ROXIN reforça esta ideia ao afirmar que “a função de um Direito Penal moderno consiste na realização de uma síntese entre o Estado de Direito e uma prevenção especial re-socializante, por um lado, e as exigências imprescindíveis da prevenção geral por outro.”⁶²

Importa, aqui, e de forma breve, indicar o que se entende por bem jurídico, de modo a que não subsistam dúvidas sobre a definição defendida. Diz-nos, então, FIGUEIREDO DIAS que “a noção de bem jurídico [...] não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há todavia hoje um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial”.⁶³

Contudo, FIGUEIREDO DIAS avança com uma possível definição, afirmando que “poderá definir-se bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”⁶⁴

Este conceito – de bem jurídico – é, contudo, um conceito evolutivo, sendo que hoje se exige que o conceito de bem jurídico “deve traduzir, em primeira linha, um qualquer conteúdo material, uma certa ‘corporização’ (deve ser, nesta acepção, ‘substanciável’),

⁶¹ Relativamente à função ou necessidade do bem jurídico, e à forma de apurar, em cada momento, os bens jurídicos relevantes, escreveu MARIA DA CONCEIÇÃO FERRERA DA CUNHA o seguinte: “É inquestionável que criminalizar ou descriminalizar implica juízos de valor. Ó que, todo o labor em torno de um conceito de bem jurídico com sentido crítico, teve sempre em vista reduzir o campo de arbítrio ou, talvez melhor, de subjectivismo do legislador, limitando-o por um critério simultaneamente legítimo e eficaz... No entanto, não podemos deixar de subscrever as palavras de Roxin quando afirma que «o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica com cuja ajuda se possa separar *sem mais* por meio da dedução e da subsunção, a conduta punível da que deve permanecer impune» ...

“Como fazer então derivar da construção abstracta de «bem jurídico» consequências práticas, vinculativas para o legislador? [...]

“Na verdade, ao referirmos a característica da essencialidade para a vida do homem em comunidade (para a sua realização enquanto ser individual-social), de que um valor se deve revestir, para poder ser considerado bem jurídico, salientámos sempre o facto da vida humana estar espácio-temporalmente situada e, assim, afirmámos a historicidade desses valores. Deste modo, não se podendo encontrar um conceito natural de crime, válido para todos os tempos e lugares, a determinação dos bens jurídico-penais terá de ser determinada pelo contexto histórico-social-cultural de cada comunidade. Terá sempre de se atender às reais condições da sociedade em causa, ao seu ambiente valorativo, à sua concepção de Estado... Terá, nas palavras de Taipa de Carvalho, de se «apelar» «à consciência ético-social da comunidade histórica». Este é um critério exigido pelo próprio conceito actual de bem jurídico.” (MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “«Constituição e crime» Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização”, Estudos e monografias, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995, página 111-112)

⁶² CLAUS ROXIN, “Problemas fundamentais de Direito Penal”, 3ª edição, Coleção Veja Universidade, Edições Veja, Lisboa, 2004, página 13

⁶³ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 114

⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 114

para que possa arvorar-se em indicador em indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir [...] como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização; nesta acepção, pois, ele só pode surgir, não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como noção transcendente – e neste sentido trans-sistemática – relativamente àquele. Ele deve finalmente ser político-criminalmente orientado e nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema constitucional.”⁶⁵

Termina o Autor dizendo que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa e implicitamente ligados aos direitos fundamentais e à ordenação social, política e económica.”⁶⁶

Não há dúvidas, portanto, quanto à função subsidiária do direito penal, bem como não há dúvidas sobre o facto de o nosso sistema penal se fundar na defesa de bens jurídicos⁶⁷.

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 116 e 117

⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 120

⁶⁷ Relativamente ao facto de o conceito de bem jurídico ser o elemento orientador para a incriminação de comportamentos lembramos as palavras de EDUARDO CORREIA que escreveu o seguinte: “Este considerar o conceito de bem jurídico-criminal como luz que ilumina o legislador ao delinear os diversos «Tatbestände», o que corresponde a considerar materialmente a ilicitude, o crime, como violação de bens jurídicos («Rechtsgutverletzung»), foi modernamente objecto de críticas provindas de vários lados.

Além de outras múltiplas objecções, avulta a de que a protecção de bens jurídicos de nenhuma maneira é o único critério directivo do legislador na descrição do «Tatbestand».

Aquele pensamento, diz-se, não explica a importância atribuída ao especial meio empregado, à modalidade que reveste a conduta, como elementos que distinguem certos tipos que aliás protegeriam o mesmo interesse, por exemplo, a propriedade no furto e na burla, a vida no homicídio e no envenenamento; como não aclara o valor dado de maneira geral no delinear dos tipos a um certo elemento subjectivo da antijuridicidade, a certos elementos ético-sociais, criminológicos do agente (por exemplo a qualidade de filho, a maldade revelada na actividade criminosa, etc.), que hoje, com a tendência para a eticização do direito criminal, adquirem um valor sempre crescente.

A verdade, porém, é que esta crítica esquece toda a elaboração que o conceito tem sofrido, desde BIRNBAUM, que pela primeira vez o formulou, até hoje, sobretudo pela influência de HONIG. Por «bem jurídico» não se entende hoje, de nenhuma maneira, um dado da realidade empírica colocado sob a protecção da ordem jurídica, como concebia BIRNBAUM. Tal concepção dava afinal lugar, no seu positivismo estreito, a confundir objecto de tutela jurídico-criminal com objecto da acção, ou seja, a pessoa ou coisa sobre que, no plano causal, a actividade criminosa se exerce.

Os conceitos de interesses, de bens jurídicos, compreendem-se antes modernamente, conforme já acentuámos, e como depois da penetrante exposição de HONIG parecia dever considerar-se património líquido da ciência do direito criminal, como aqueles valores que, num dado sistema jurídico, quando negados por um comportamento humano, colocam este na esfera das actividades criminosas. São, pois, conceitos do plano normativo, que de modo algum se podem confundir com interesses ou bens dos indivíduos singulares, materiais ou morais, que daqueles são apenas um possível abstracto, apenas seus possíveis portadores noutra plano.

Não só a situação eudonística de cada homem relativamente a um bem, em virtude da qual lhe seja possível, fácil ou seguro poder empregar-lo para satisfazer necessidades, mas ainda toda e qualquer

Nas palavras de FERNANDO SILVA, “identificados os bens jurídicos a proteger pelo direito penal, o legislador deve proceder à escolha dos comportamentos que, pela sua gravidade e grau de ameaça, se consideram intoleráveis e, por isso, merecedores de incriminação, bem como à selecção da técnica de tipificação adequada.”⁶⁸

Acrescenta o mesmo autor que “esta tarefa é exercida de acordo com critérios de ponderação de interesses, procurando aferir até que ponto a afectação do bem jurídico foi de tal modo grave que justifica a punição.”⁶⁹

Sendo que, “quando estamos na presença do bem jurídico vida todas as lesões se consideram merecedoras de punição [...]”⁷⁰

Daqui ressalta que, sendo, como já se afirmou, a vida o bem jurídico protegido pelo crime previsto no artigo 136º do C.P., e sendo este um direito fundamental constitucionalmente consagrado – à cabeça dos direitos fundamentais – existe, obviamente legitimidade, necessidade e, mesmo, imprescindibilidade de defesa desse bem jurídico, o primeiro entre todos, por parte do Estado, através da tipificação dos comportamentos que atentem contra ele.

Contudo, o bem jurídico vida já se encontra protegido, com a consagração da dignidade jurídico-penal, através dos crimes previstos e punidos, principalmente, pelos artigos 131º, 132 e 133º.

disposição ou revelação individual, ético-social ou criminológica da personalidade do agente, forma de conduta, etc., isoladas ou conjuntamente, podem respirar sentidos tutelados e protegidos pelo direito criminal e, nesta medida, ser substracto de valores ou interesses jurídico-criminais.

Mas, sendo assim, tudo aquilo que se pretendia ficar de fora do conceito de bem jurídico vem a caber lá, uma vez que este seja entendido normativamente. O erro de todos aqueles que criticaram o conceito de bem jurídico está em suporem que se pretende, fora deste plano normativo, determinar unitariamente o conteúdo do objecto da tutela criminal.

Mas demonstrar o vício desse caminho foi justamente o grande serviço de Honig. Para ele, o conceito de bem jurídico só deve entender-se como síntese categorial, através da qual o pensamento jurídico se esforça por compreender em fórmulas mais curtas o *sentido* e o *fim* dos diversos preceitos criminais. O conceito de bem jurídico exprime numa síntese todos os elementos que intervêm na modelação do tipo legal de crime. E não se diga, com SCHAFFSTEIN, que desta forma vem a transformar-se o conceito de «bem jurídico» numa abstracção exangue e inútil: ele adquire vida, dando conta da específica essência dos diversos tipos legais de crime, logo que o intérprete se debruça sobre a determinação do conteúdo de cada um deles, tornando-se consciente da natureza referencial-teleológica dos conceitos descritos nos preceitos.

[...] Se é certo que, excepcionalmente, pode o desvalor do acto – junto ao desvalor do resultado – ser chamado a decidir da licitude ou ilicitude de uma acção, não o é menos que o tipo legal contém sempre uma valoração fundamentalmente *objectiva*, pelo que não é em sede de tipicidade, mas de culpa, o lugar próprio dos elementos que determinam o desvalor do acto. De outra forma o direito penal deixaria de ser, como deve, um *direito penal do facto*, para se aproximar perigosamente da fórmula do direito penal de ânimo ou de vontade («Gesinnungs –, Willensstrafrecht».) (EDUARDO CORREIA, “Direito Criminal”, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010, páginas 277 a 280)

⁶⁸ FERNANDO SILVA, “Direito Penal Especial, crimes contra as pessoas”, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2011, página 25

⁶⁹ FERNANDO SILVA, “Direito Penal Especial ...”, página 25

⁷⁰ FERNANDO SILVA, “Direito Penal Especial ...”, página 25

HASSEMER, referindo-se à protecção de bens jurídicos, afirma que “o princípio da protecção do bem jurídico traz consigo para a discussão – pelo menos no contexto em que foi introduzido pela teoria do direito penal orientado para as consequências – um pressuposto tão crítico quanto de conteúdo para a aferição de uma correcta legislação penal. Ele enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa estribar-se na protecção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, o direito penal manifesta-se como instrumento de controlo social que só pode ser accionado para a protecção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis. Este princípio apresenta-se para a política criminal, campo onde ele mais almeja influir, tanto mais rico em consequências quanto mais ele consiga apontar e restringir como «bens jurídicos» penalmente relevantes somente obectos palpáveis, concretos e delimitáveis. [...] Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais.”⁷¹

A questão que se coloca relativamente ao infanticídio não é, tanto, de defender ou não o bem jurídico em causa – como se referiu – uma vez que não existe dúvida de que estamos em presença do mais relevante bem jurídico. Aliás, como escreve Kelsen, “o impulso do homem para conservar a sua vida apenas pode ser considerado como «natural» porque e na medida em que de facto existe.”⁷²

A questão é antes a de este mesmo bem jurídico se encontrar já protegido por outros tipos penais constantes do nosso CP, aos quais o comportamento da mulher é – ou não, conforme concluiremos – subsumível.

Resulta cada vez mais evidente que o que está em causa, na incriminação autónoma do infanticídio é, isso sim, um julgamento de censura de moralidade ou imoralidade de comportamentos praticados pela mulher anteriores ao parto, que originaram, normalmente, uma gravidez indesejada, ‘proibida’, socialmente condenável pelos ‘bons costumes’.

HASSEMER entende que a teoria da incriminação através da identificação do bem jurídico deveria servir como limite, como obstáculo a um direito penal moralista. Ora, é

⁷¹ WINFRIED HASSEMER, “História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995, páginas 42-43

⁷² HANS KELSEN, “A Justiça e o Direito Natural”, Tradução de João Baptista Machado, Almedina, Coimbra, 2009, página 110

precisamente a putativa defesa da moral social, e a respectiva censura adjacente, que está a ser objecto de julgamento com a manutenção do infanticídio.⁷³

Demonstra, por seu lado, a jurisprudência, como adiante se exporá, a inutilidade prática desta autonomização, optando sempre pelo não enquadramento de tais comportamentos no âmbito do artigo 136º, e qualificando-os como homicídio privilegiado ou homicídio simples.

Como referimos no início deste ponto, um dos aspectos pelo qual se apreende e estabelecem função do direito é pelas consequências jurídicas que advêm dos comportamentos criminosos, estando, por isso, associado um objectivo à aplicação de uma determinada pena a um determinado comportamento.

No ordenamento jurídico português tal finalidade encontra-se definida no artigo 40º do CP, onde se estabelece que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade.”

⁷³ Escreve HASSEMER que, “a teoria do bem jurídico como crítica ao sistema penal teve os seus êxitos mais notáveis num clima político-criminal e político-social que – como ela mesma – era adverso a uma tutela penal moralista e a uma criminalização abrangente, e mais voltado para a garantia da liberdade e da protecção do acusado. Serve de exemplo a plataforma do direito penal sexual, o qual, nas etapas anteriores, muito ilustrativamente, compreendia e se intitulava ‘crimes contra os bons costumes’. Cedo começou a ser formulada a indagação crítica acerca do bem jurídico legítimo de um tal direito penal, até que, em 1968, o 47º Congresso alemão de juristas, e em 1969, o legislador extraíram as consequências práticas: desconsideraram as ameaças de pena contra figuras como adultério, homossexualidade entre adultos, actos libidinosos com animais, indução à prostituição e restringiu os delitos sexuais aos dois únicos bens jurídicos aceitáveis: a autodeterminação sexual e protecção da juventude.

Estes episódios conferiram ao direito penal orientado para as consequências um contorno definido no campo da criminalização: podia agora afirmar que a sua bandeira era a protecção do ser humano – só dele e isto apenas nos limites da necessidade, da adequação e da proporcionalidade dos meios. O comprometimento da tutela penal com a protecção de bens jurídicos, teve como consequência que, por um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, por outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas: o direito penal passa a apresentar-se como meio de solução de problemas sociais (protecção de bens jurídicos através de instrumentos penais), mas subordina o emprego da sua utilidade – porque ela magoa e fere intensamente – a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só em campo quando nenhum outro meio adiantar.

E, quando ele entra em campo, decerto fica na necessária expectativa de êxito. Inegavelmente, as teorias do bem jurídico apresentaram-se no primeiro do cenário penal com inteligente prudência e sobretudo munidas do aspecto de negação e crítica do direito penal que conferiu vigor ao princípio (“sem bem jurídico idóneo, nenhuma ameaça de pena é justificável”). Quem, porém, entra em campo usando como escudo, não importa como, a protecção de bens jurídicos, deve prever a objecção que se traduz na pergunta: a pretendida protecção será efectivamente atingida com o emprego de tais instrumentos? Por conseguinte, o conceito de bem jurídico tem um potencial de crítica ao sistema e pode, ao mesmo tempo, combinar inteligentemente a vigência de princípios consagrados com as elaborações empíricas do direito penal. No entanto, daqui decorrerão novos e diversificados problemas de fundamentação.” (WINFRIED HASSEMER, “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-guerra”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995, páginas 43-45)

Está, assim, afastada a função retributiva do direito penal⁷⁴.

Ou seja, a aplicação de sanções penais tem, no nosso ordenamento jurídico a função de prevenção – prevenção geral e especial, positiva e negativa. Desse modo protege bens jurídicos tidos como fundamentais para a sociedade, procurando transmitir à sociedade a sensação de segurança, através da tutela da confiança. Procura dissuadir da prática de crimes, prevenindo a sua prática futura. Mas procura, também, dissuadir através da intimidação geral decorrente da aplicação de pena.

É a função de prevenção especial, enquanto função de ressocialização do agente do crime que vai, em última instância estabelecer a medida concreta da pena, em função da culpa do agente, conforme estabelece o artigo 71º do CP, ao estatuir que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.”.

Escreve CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA que “pode entender-se que o princípio da culpa tem um acolhimento constitucional, na medida em que será uma decorrência da dignidade da pessoa humana consagrada no artigo 1.º da Constituição.

“Igualmente, o Código Penal, no seu artigo 13.º, rejeita liminarmente a punição de qualquer facto não culposos.

Aquando da revisão de 1995, introduziu-se um novo artigo (artigo 40.º) que veio clarificar a posição da nossa lei quanto às finalidades das penas e medidas de segurança, equacionando o princípio da culpa e a prevenção geral ou especial.”⁷⁵

E continua, um pouco mais à frente, a mesma autora, clarificando que “ao dar resposta ao problema que esteve na sua origem, o artigo 40.º definiu também, como era inevitável, a posição do legislador quanto às finalidades do *jus puniendi*. E fê-lo consagrando, no n.º 1, a prevenção geral e a prevenção especial, de acordo com as orientações constitucionais (v.g. o artigo 18.º) e com as tradições correcionalistas que têm marcado o nosso direito penal desde há mais de um século.”⁷⁶

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, questionando qual o papel atribuído à culpa, afirma que “Parece claro que a nossa lei rejeita em absoluto as teorias retributivas.

⁷⁴ A função retributiva atribuiria à aplicação de penas e de medidas de segurança – logo ao direito penal – a função de expiar ou reparar o mal cometido, de compensar a sociedade pelo mal praticado pelo agente. Seria aplicar uma pena como paga pelo mal causado à sociedade.

⁷⁵ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de Inimputabilidade: da Teoria à Prática”, Reimpressão da 1.ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2004, página 31

⁷⁶ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de Inimputabilidade ...”, página 32

Mas não oferece também dúvidas que – como não podia deixar de ser num Estado de direito – vigora o princípio *nulla poena sine culpa*. O artigo 40.º/2 estipula que a pena não poderá ultrapassar a medida da culpa: esta funcionará como um limite que garante o indivíduo contra qualquer instrumentalização ou abuso atentatório dos seus direitos e dignidade.”⁷⁷

Conclui, então, a autora que, “se não há pena sem culpa, os inimputáveis não podem ser punidos, mesmo que imperativos de prevenção o exigissem. Esta solução decorre directamente do artigo 40.º/2, sem admitir qualquer tipo de derrogações. Uma vez que se estabelece que a pena terá a culpa como limite, onde esta inexistente totalmente não haverá lugar a punição. Dispensam-se, portanto, quaisquer considerações sobre a conveniência ou inutilidade da aplicação de penas a inimputáveis em função de prevenção geral ou especial. Aos inimputáveis serão aplicadas medidas de segurança, nomeadamente o internamento quando a sua perigosidade e as exigências e defesa social o imponham.”⁷⁸

E é, portanto, uma consideração de culpa diminuída – presunção ilidível, que mais adiante se desenvolverá – que está na base de um especial privilégio da mãe infanticida.

Na reforma de 1995, apesar de se ter eliminado a cláusula de honra – porventura a única razão plausível e ainda existente para o privilegiamento de tal comportamento – optou-se pela manutenção do infanticídio como tipo autónomo mais por razões de prevenção geral, por medo de passar para a sociedade uma mensagem errada de especial perversidade do comportamento pela norma constante na alínea a) do número 2 artigo 132ª.⁷⁹

Acompanhamos MARGARIDA SILVA PEREIRA quando afirma que a mãe puérpera não deve beneficiar de presunção legal de culpa atenuada nem da presunção legal de culpa agravada.⁸⁰

Deste modo, a razão que levou à manutenção do tipo legal do crime de infanticídio está, erradamente, a sustentar apenas a função de prevenção geral do direito penal, tendo, contudo sido retirado à norma todo o conteúdo, quer por não proteger um bem jurídico específico quer por não possuir utilidade prática.

⁷⁷ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de Inimputabilidade ...”, página 32

⁷⁸ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de Inimputabilidade ...”, página 34

⁷⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 312

⁸⁰ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 312

1.8. DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Neste ponto vamos abordar uma questão que decorre directamente do que ficou dito no ponto anterior, uma vez que a manutenção do crime constante do artigo 136º do C.P. se ficou a dever a uma função meramente simbólica.

Importa, antes de mais, apresentar o conceito de direito penal simbólico, e depois porque afirmamos que o artigo 136º se enquadra em tal definição.

Para HASSEMER, direito penal simbólico em sentido crítico corresponde a um direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as funções manifestas, do qual se pode esperar que se realizem através da norma e da sua aplicação outros objectivos que os descritos nessa mesma norma⁸¹.

Neste sentido, entende-se por funções manifestas as condições objectivas de aplicação da norma, as que a mesma alcança na sua formulação. Pelo contrário, por funções latentes entende-se as que têm funções como a satisfação da necessidade de o legislador actuar, o apaziguamento da população, ou mesmo a demonstração de um Estado forte⁸².

O direito penal simbólico surge da crise de um direito penal orientado para as consequências, no qual a intensa vontade preventiva não se produz com relação à protecção de um bem jurídico, mas sim em relação à imagem do legislador ou empresário moral⁸³.

A referida função simbólica do direito penal (em que não se trata de este simplesmente actuar sobre a consciência da população impondo determinadas valorações e exercendo um controlo social meramente ideológico, mas que exerce funções simbólicas de prevenção geral, as quais serão mais ou menos eficientes na exacta medida em que a intervenção penal seja mais ou menos efectiva) tende a prevalecer sobre a função instrumental e não efectua a protecção de bens jurídicos, sendo que essa ausência de protecção de bens jurídicos é compensada pela criação de ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento jurídico e nas instituições que possuem uma base real cada vez mais escassa.

⁸¹ WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", tradução de Elena Larrauri, VVAA, *Pena y Estado*, Barcelona, fasc 1, nº1, sep./dic., 1991, página 35.

⁸² WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico ...", página 30.

⁸³ WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico ...", página 30.

Seguindo o pensamento de HASSEMER, existem diversas formas de normas penais simbólicas que podem ser encontradas⁸⁴, como leis de declaração de valores, constituindo a penalização do aborto um exemplo dessas leis, estando entre a exigência moral da mulher na sua determinação e descendência por um lado e a confirmação da proibição de matar por outro. Também as leis com carácter de apelo moral, entre as quais Hassemer refere como exemplo o direito penal do ambiente, com o objectivo de dotar de consciência ecológica as pessoas que se encontram em posições relevantes. Uma outra forma de normas penais simbólicas apontada por Hassemer são as respostas alternativas do legislador, sendo estas constituídas por leis que servem como álibi ao legislador, lei de crises, indicando Hassemer como exemplo deste tipo de normas (na obra citada acima) as leis contra o terrorismo tendo como objectivo, pelo menos, tranquilizar o medo e os protestos públicos. Por fim, podem existir as leis de compromisso, das quais é dado como exemplo as cláusulas penais gerais, que servem para satisfazer as necessidades de actuar, sendo, porém, pouco decisórias.

No entanto, na construção de um direito penal simbólico existem diversos elementos que devem ser levados em consideração⁸⁵, uma vez que um direito penal simbólico tem sentido, somente, quando se tem em consideração um direito penal orientado para as consequências. Para além disso, e também como refere Hassemer, não deve depender de elementos de disposição como os objectivos ou as intenções do legislador, uma vez que estes elementos têm problemas de aplicação como o facto de, na maioria das vezes, o legislador não revelar quais as suas intenções, escondendo-as, e muitas vezes não são totalmente claras.

Mais à frente, ao procedermos à análise dos elementos concretos do crime de infanticídio, ficará claro porque entendemos estarmos aqui perante uma norma de direito penal simbólico.

1.9. BREVE INCURSÃO PELO DIREITO COMPARADO

O comportamento da mãe que mata o filho durante ou após o parto encontra-se previsto, igualmente, noutros ordenamentos jurídicos, qualificado, igualmente, como infanticídio.

⁸⁴ WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico ...", página 26.

⁸⁵ WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico ...", páginas 28-29.

Alguns desses ordenamentos serviram de base à norma que passou a constar do nosso ordenamento jurídico, com as sucessivas alterações de que foi sendo objecto, sendo esses ordenamentos que vamos referir aqui, ainda que de uma forma muito sintética e breve.

O ordenamento jurídico espanhol previa, até à reforma de 1994, o tipo específico de infanticídio, no artigo 410º do Código Penal Espanhol, sendo que, na altura, o ordenamento jurídico espanhol rejeitava a ideia de que o infanticídio se tratava de uma forma privilegiada de homicídio, concedendo o infanticídio um tratamento distinto, e atribuindo relevante autonomia formal.

Estabelecia o então artigo 410º do Código Penal Espanhol que “1 – La madre que para ocultar su deshonra matar al hijo recién nacido, será castigada com la pena de prisión menor. 2 – En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.”

O entendimento doutrinário generalizado acentuava o facto de o infanticídio ser motivado pela ocultação da desonra constituir o factor de diferenciação entre este crime e o homicídio, e ser este o factor atributivo de atribuição de privilégio.⁸⁶

Foi na reforma de 1994 que foi eliminado o tipo de crime de infanticídio, na medida em que havia caído em desuso o único argumento que servia de sustentação ao crime de infanticídio. Tal ocorreu com a normal evolução da sociedade em que o facto de ocorrer uma gravidez indesejada ou de mãe solteira não é mais motivo de desonra – como, aliás, sustentou o FIGEURIEDO DIAS na revisão do nosso Código Penal, embora o tipo se tenha mantido no nosso ordenamento, ao contrário do que aconteceu no ordenamento espanhol.

Também o ordenamento francês serviu de base para a presença do crime de infanticídio no nosso código penal.

Dizia o artigo 300º do Código Penal Francês anterior que “l’infanticide est le meurtre ou l’assassinat d’un enfant nouveau-né.” E o artigo 302º do mesmo código estabelecia que “tout coupable d’assassinat, de parricide et d’empoisonnement, sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité.”

⁸⁶ 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 158

Toutefois, la mère auteur principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né sera punie de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ses coauteurs ou complices.”

Este crime referia-se especificamente à morte de um recém-nascido a doutrina francesa era unânime em considerar que este tipo de esta disposição legal se aplicava, igualmente, quando a morte tivesse lugar durante o parto. A atenuação atribuída à mãe era-o pelo simples facto de ser ela a autora do crime, sendo esse um motivo suficiente à luz da legislação francesa. Não se encontra suporte legal, embora fosse considerado como fundamento criminológico, o facto de o infanticídio ser praticado, normalmente, pela mãe sob um efeito perturbador decorrente do parto.⁸⁷

Contudo, também este artigo e esta atenuação especial desapareceu do código penal francês, na versão actualmente em vigor e cuja última alteração data de 2006, não existindo, já, qualquer referência ao crime de infanticídio.

Existe, isso sim, uma consideração de qualificação quando o objecto do crime é um menor de 15 anos, nos termos do ponto 1º do artigo 221-4 do referido código penal.

⁸⁷ 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, Viseu, 1987, página 174-175

Façamos o homem à nossa imagem e semelhança.

Domine sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais domésticos, sobre os animais selvagens e sobre todos os répteis que rastejam pela terra».

Deus criou o ser humano à sua imagem, criou-o à imagem de Deus.

Ele o criou homem e mulher.

Deus abençoou-os, dizendo: «Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a terra. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem na terra».

(Livro do Genesis, Bíblia Sagrada)

2. DISCUTINDO O INÍCIO DA VIDA

“Tem-se como certo que o direito à vida é um direito absoluto da pessoa”, sendo que, desse modo, “a defesa intransigente da vida humana é o primeiro imperativo de uma ordem jurídica.”⁸⁸

Contudo, para que uma ordem jurídica possa defender, de forma intransigente, o direito à vida, como referem LEAL HENRIQUES E SIMAS SANTOS, é necessário, antes de mais, que se defina qual o momento a partir do qual passa a existir vida humana para efeitos de protecção jurídico-penal.

Assim, uma das questões primordiais para o estudo do crime objecto da presente dissertação 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.”⁸⁹

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.”⁹⁰

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

⁸⁸ LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, “Código Penal”, 2º volume, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, página 13

⁸⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 109

⁹⁰ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 109

materiais da Constituição. Quanto ao início da vida, a Constituição pressupõe um âmbito normativo garantidor de todos os momentos do acto de nascer.”⁹¹

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.”⁹²

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.”⁹³

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.

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

⁹¹ J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, volume 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, páginas 448

⁹² FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 8

⁹³ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 8

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 (que mais à frente analisaremos e detalhe), 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.

Referindo-se o conteúdo do artigo 136º do C.P., MARGARIDA SILVA PEREIRA diz que “aquele a quem o legislador aqui atribui valor é um ser não necessariamente pleno na sua existência humana, mas é alguém que se configura à imagem do ser humano: concebido e desenvolvido em direcção a ela, que por algum revés não almeja chegar a esse ponto. Agir sobre ele, eliminando-o, é já um atentado à vida, à vida projectada e quase lançada nos braços da existência.”⁹⁴

E acrescenta, mais à frente, a mesma autora, que se concluiu “já que a mãe que mata o filho durante o trabalho de parto mata um ser humano, ainda que não mate um ser cuja configuração reúna os requisitos do artigo 67º do Código Civil.”⁹⁵

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 FIGUEIREDO DIAS escreve, pode conduzir a dificuldades.⁹⁶

Ao longo dos tempos a doutrina tem apresentado posições distintas para a definição do momento em que se inicia a vida humana.⁹⁷

⁹⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 111

⁹⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 111

⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 9

⁹⁷ Nuno Gonçalves da Costa refere, relativamente a esta questão, o seguinte: «importa, agora, concretizar o conceito de começo do parto. Segundo a ciência médica, o nascimento normal inicia-se com o chamado período de dilatação, continua com o período de expulsão e termina com o período pós-parto. O período de dilatação tem uma duração muito superior à do período de expulsão, e caracteriza-se pela ocorrência, com intervalos curtos e regulares, de contracções de dilatação, que ampliam o orifício do útero. São mais fortes as contracções de expulsão e verificam-se a intervalos mais rápidos e com pequenas pausas. Pelo conceito jurídico de começo do parto devem ser abrangidas, não só as contracções de expulsão, mas também as contracções de dilatação. Deve assinalar-se esta amplitude ao conceito, antes de mais,

Uma das posições defende que a vida humana se inicia com o começo das dores de parto ou dores de dilatação uterina, sendo esta a posição dominante na doutrina penalista.

Existe uma outra parte da doutrina que defende que a vida humana, para fins de defesa jurídico-penal enquanto homicídio, apenas existe a partir do momento em que se iniciam as dores de expulsão, e não com as dores de dilatação.

Há, também, quem defenda que, para que exista vida humana, é necessário que exista respiração pulmonar, ou seja, que a criança comece a respirar de forma autónoma.

Existe, ainda, quem defenda que é necessário que uma parte do corpo da criança já se encontre fora do ventre materno.

Ora, é necessário esclarecer algumas das posições e defender a que nos parece ser a mais adequada de acordo com a finalidade que se pretende com esta solução jurídico-penal aliada aos conhecimentos que o actual estado da medicina nos fornece.

Das várias teorias que a doutrina tem apresentado é, hoje, claro, e tal resulta, no nosso entender, evidente da própria letra do artigo 136º do C.P. que “a vida humana não começa com o corte do cordão umbilical, por ocasião do nascimento completo e com vida de um ser vivente, como se diz e entende para efeitos cíveis.”⁹⁸

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.”⁹⁹

porque as contracções de dilatação realizam uma parte considerável do fenómeno total de expulsão do seio materno. Depois, só tal amplitude realiza integralmente os objectivos politico-criminais prosseguidos pelo Direito ao antecipar a tutela penal para o momento do começo do parto, pois já no período de dilatação se utilizam frequentemente técnicas médicas perigosas.» (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 198-199).

⁹⁸ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 112

⁹⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 112

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.¹⁰⁰

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. Este princípio, mais do que um princípio consagrado na nossa lei fundamental, ou além de um princípio tal a dignidade de tal consagração, é um princípio de direito natural – atrevemo-nos a dizer.

Os riscos a que se encontra sujeito o ser humano que se encontra em processo de entrada neste mundo são muito maiores do que aqueles a que estava sujeito enquanto se encontrava exclusivamente no seio materno, tornando-se, por esse motivo, necessária uma protecção penal mais abrangente deste ser que se encontra em processo de nascimento.

Há quem defenda que estes 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, e neste ponto acompanhamos esta posição, 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 cervica 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.

¹⁰⁰ 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.

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 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.

A reforçar esta nossa posição salientamos o facto de que, no que ao parto por cesariana diz respeito, é consensual na doutrina e na jurisprudência que a protecção para efeitos do crime de homicídio coincide com o início da intervenção cirúrgica, e não com o início da retirada da criança do ventre materno, ou seja, inicia-se no exacto momento em que começa a manipulação através de uma intervenção cirúrgica que pode acarretar consequências para o ser nascente.

O mesmo se diga quanto ao parto induzido, sendo entendimento generalizado que a vida humana se inicia com a intervenção médica sobre a mulher para provocar o parto. Ou seja, inicia-se com a manipulação.

Esta manipulação tendente a provocar o parto pode ocorrer quer na chamada fase latente do parto quer na chamada fase activa do parto, pelo que afastamos o critério do parto activo.

Uma outra questão que é debatida na doutrina prende-se com o início da vida humana em situação em que ocorre o chamado parto prematuro, ou seja, nas situações em que o feto nasce antes de se ter completado o tempo normal de gestação.

Sem grandes delongas afastamos qualquer teoria que faça depender o início da vida humana da viabilidade ou inviabilidade do novo ser.

Alias, defender que o início da vida humana depende desse factor estaria em total conflito e contradição com a letra do artigo 136º do CP que antecipa esse início para antes do nascimento, e faz depender o início da vida humana para um momento durante o parto – que antes defendemos ser o momento em que se iniciam as contracções intensas e ritmadas –, e não da viabilidade do feto.

Assim, estamos de acordo com a doutrina que entende que a vida humana existe já durante o parto, e não depende do tempo que essa vida durará após o seu nascimento.

Existe apenas um critério, que é inteiramente médico e não jurídico, que importa ter presente, e se prende com o facto de a ciência médica definir parto prematuro como aquele que ocorre a partir da vigésima segunda semana de gravidez e antes do termo da gestação, sendo que, e por critérios médico-científicos, antes da vigésima segunda semana de gestação não se coloca a questão de saber se existe crime de homicídio, pois até esse momento a expulsão do feto não constitui parto mas sim abortamento.

Ou seja, se o legislador penal estabeleceu que o início da vida humana ocorre durante o parto – como se retira do artigo 136º do C.P., tal implica que ocorra parto, logo implica que seja após a vigésima segunda semana de gestação.

Ainda de acordo com a ciência médica, o feto só adquire as condições mínimas para manter uma vida independente fora do ventre materno após a vigésima quarta semana de gestação, dado ser a partir desta altura que os pulmões já se encontram aptos a funcionar autonomamente, levando, por isso, a existir quem defenda que quem provocar parto prematuro, ainda que dolosamente, pratica o crime de aborto e não de homicídio.

Não podemos, contudo, concordar com esta posição uma vez que o nosso legislador estabeleceu que a vida humana se inicia durante o parto, e que, de acordo com os ensinamentos da ciência médica, existe parto a partir das vinte e duas semanas de gestação.

Ora, o objecto do crime de aborto é o feto, enquanto o do crime de homicídio é a pessoa humana. Se a vida humana se inicia durante o parto, e se ocorre parto a partir

das vinte e duas semanas de gestação, essa vida deve estar protegida também contra acções (ou omissões) dolosas.

Aliás, neste mesmo sentido tem havido jurisprudência que considera que existe a prática do crime de homicídio negligente e não de aborto quando ocorram, *inclusive*, condutas pré-natais dolosas que conduzam à morte do feto.¹⁰¹

¹⁰¹ Veja-se, neste sentido, nomeadamente, a decisão do Tribunal de Braga no Processo n.º 10332/02.8TABRG.

E falou Caim com o seu irmão Abel; e sucedeu que, estando eles no campo, se levantou Caim contra o seu irmão Abel e o matou.

E disse o SENHOR a Caim: Onde está Abel, teu irmão? E ele disse: Não sei; sou eu guardador do meu irmão?

E disse Deus: Que fizeste? A voz do sangue do teu irmão clama a mim desde a terra.

E agora maldito és tu desde a terra, que abriu a sua boca para receber da tua mão o sangue do teu irmão.

(Livro do Genesis, Bíblia Sagrada)

3. DOS CRIMES DE HOMICÍDIO E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Quando falamos de homicídio estamos a referir-nos a um facto que remonta ao Antigo Testamento, quando Caim matou Abel por desespero, por sentir ciúmes do seu irmão, por pensar que Deus demonstrava mais atenção às obras de Abel do que às suas, sendo que esse sentimento emocional agravou-se com o passar do tempo, tendo a irritação dado lugar ao desespero e, conseqüentemente, veio a cometer aquele que terá sido (tradicionalmente considerado) o primeiro homicídio da História.

“Este primeiro assassínio é apresentado, com singular eloquência, numa página paradigmática do Livro do Génesis: página transcrita cada dia, sem cessar e com degradante repetição, no livro da história dos povos.”¹⁰²

A punição imposta por Deus a Caim não tardou e este foi expulso do local onde habitava e condenado a deambular como um fugitivo (exílio) e ao cultivar a terra que não lhe daria os seus frutos.

O homicídio continuou sempre a ser punido, sendo a punição imposta aos homicidas pelas remotas civilizações, após o caso de Caim, inclusive nos relatos bíblicos, era, como refere a expressão popular, «olho por olho dente por dente», sendo a pena aplicada, invariavelmente, a morte do homicida.

Contudo, essa punição veio a sofrer uma alteração quando Jesus veio pregar o perdão aos ofensores, mas os resultados não foram tão abrangentes quanto seria a vontade de Jesus, uma vez que ainda hoje, em alguns países, a pena de morte continua a ser aplicada a quem comete o crime de homicídio.

Continuando este percurso histórico, no reinado de Numa Pompílio, sucessor de Rómulo, fundador de Roma, no ano de 753/754 AC, o homicídio era considerado um crime público, denominado *parricidium*, que constituía na morte de um cidadão *sui juris*.

Foi apenas com o fim da República Romana que a denominação de *parricidium* passou a ser utilizada para indicar a morte do pai ou descendente.

Mais tarde, no ano de 450/451 AC, a Lei das XII Tábuas estabelecia já a existência de juízes para os processos de homicídio, função atribuída aos *quaestores parricidii*.

¹⁰² JOÃO PAULO II, “Carta Encíclica *Evangelium Vitae*”, de 25 de Março de 1995

A Lei Cornélia, por sua vez, promulgada na época de Sila, no ano de 81 AC, tratava do homicídio em Roma e a pena, dependendo da condição do réu e das circunstâncias do facto, era o confisco, a decapitação ou a condenação à morte por animais ferozes¹⁰³.

No ano de 535 foi publicada a Lei de Justiniano na qual passou a ser aplicada a pena de morte, sem distinção, a todos os homicidas.

O movimento humanista do século XVIII trouxe consigo algumas modificações no que concerne à aplicação da pena de morte, substituindo-a pelo trabalho forçado, pela prisão celular, continuando a pena de morte a ser aplicada aos casos de homicídio qualificado.

A partir do Código Penal de 1890 passou a fazer-se a distinção entre homicídio simples e homicídio qualificado, sendo que o código penal português faz a distinção entre homicídio simples, homicídio qualificado e homicídio privilegiado, previstos nos artigos 131º e seguintes.

3.1. O CRIME DE HOMICÍDIO

O crime de homicídio, chamado 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.”¹⁰⁴

RAUL SOARES DA VEIGA reforça, deste modo, a ideia de que o bem jurídico vida é o mais valioso da nossa ordem jurídica, sendo as penas abstractas aplicáveis ao crime de homicídio não uma causa mas uma consequência dessa posição cimeira do bem jurídico vida. Ideia esta patente na nossa Constituição, constituindo o direito à vida,

¹⁰³ Já naquela altura eram considerados como os casos mais graves de homicídios o envenenamento, o parricídio e o latrocínio.

¹⁰⁴ 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

“logicamente, um direito prioritário, pois é a condição de todos os outros direitos das pessoas”.¹⁰⁵

Como nos refere FIGUEIREDO DIAS, “o crime de homicídio descrito neste preceito constitui o tipo fundamental dos crimes contra a vida”¹⁰⁶.

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.

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.”¹⁰⁷

Ora, o crime que é objecto de estudo no presente trabalho 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, embora já se tenha deixado algumas ideias sobre a posição que tendemos a adoptar.

¹⁰⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003, página 190

¹⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 4

¹⁰⁷ FERNANDA PALMA, “Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as pessoas”, AAFDL, Lisboa, 1983, páginas 40-41

3.1.1. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

De tudo o que ficou já escrito é já evidente qual o bem jurídico que se pretende proteger com as normas do código que constituem o capítulo do C.P. que tipifica os crimes contra a vida. Contudo, uma simples incursão pelo nosso C.P. dá-nos uma ideia imediata sobre qual o bem jurídico que aqui se pretende proteger.

Isto porque, obviamente, o crime de homicídio (simples) se insere, ou melhor, encabeça o capítulo dos crimes contra a vida, estando estes previstos nos artigos 131º a 139º do C. P.

Assim, “o bem jurídico protegido pela totalidade dos crimes contra a vida (arts. 131º a 139º) é a vida de outra pessoa e, por conseguinte a vida humana.”¹⁰⁸

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 espaço-temporalmente da própria acção.”¹⁰⁹

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS, “importa concluir que o tipo objectivo de ilícito do homicídio simples se consuma com a morte de outra pessoa, isto é, com o causar, por acção ou por omissão, a morte de pessoa diferente do agente; assim se pondo fim

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 5

¹⁰⁹ 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

a uma estéril e ultrapassada querela entre finalistas e causalistas acerca do sentido (necessariamente «final» ou antes simplesmente «causal») do elemento típico «matar».¹¹⁰

Continua, ainda, FIGUEIREDO DIAS, esclarecendo que são absolutamente irrelevantes “os meios e o modo através dos quais a morte é provocada (crime de 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 [...]”.¹¹¹

Com relevância para o tema da presente dissertação, 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 [...]”.¹¹²

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. Importa todavia sublinhar – por este ser um campo em que situações desta ordem são frequentes – que, para se verificar dolo eventual relativamente a condutas objectivamente e mesmo extremamente perigosas, não basta que o agente preveja o perigo de resultado e se conforme com ele [...], tornando-se antes sempre necessário que preveja e se conforme com o

¹¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 35

¹¹¹ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 35

¹¹² FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 36

próprio resultado, o que, todavia, em princípio acontecerá quando o agente tome a sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela realização do facto [...].”¹¹³

Ou seja, 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 objecto da presente dissertação 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, um 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).”¹¹⁴

E acrescenta que “nos referidos casos difíceis e questionáveis exige e 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.”¹¹⁵

Ora, como veremos 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 nexos 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

¹¹³ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 36

¹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 37

¹¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 37

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 PRIVILEGIADO¹¹⁶

Diz-nos o artigo 133º do C.P. que “quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

A norma constante deste artigo 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.”¹¹⁷

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS “o art. 133º assume-se como uma forma atenuada do homicídio tipificado no art. 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 um motivo de relevante valor social ou moral privilegiam o homicídio quando e apenas quando “diminuam sensivelmente” a culpa do agente”.¹¹⁸

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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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

¹¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 81

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.”¹¹⁹

Continua o mesmo autor dizendo que “embora, naturalmente, experienciados pelo agente sobretudo num plano endógeno, os estados de afecto a que a lei se refere têm, em regra, a sua génese ligada a razões de índole exógena, a situações ambiente que perturbam de modo significativo as normais inibições em dar a morte a outrem e que por essa via suavizam o desvalor de atitude do agente.”¹²⁰

E conclui afirmando que “assim se vê que o homicídio privilegiado se nutre essencialmente do pensamento de inexigibilidade [...], representando um caso de exigibilidade diminuída legalmente concretizado [...]”¹²¹

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.”¹²² 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. 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. 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. 72º. À outra, a mesma motivação compreensível não pode ser

¹¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 81

¹²⁰ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 81

¹²¹ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 81

¹²² AUGUSTO SILVA DIAS, “Crimes contra a vida e a integridade física”, 2ª edição, revista e actualizada, AAFDL, Lisboa, 2007, página 37

ponderada simultaneamente no quadro do homicídio privilegiado e no da atenuação especial devendo funcionar aqui a proibição da dupla valoração prevista no art. 72º n.º3.”¹²³

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.”¹²⁴

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.

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.”¹²⁵

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.”¹²⁶

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.”¹²⁷ Ou seja, é

¹²³ AUGUSTO SILVA DIAS, “Crimes contra a vida ...”, página 37

¹²⁴ 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

¹²⁵ AMADEU FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 61-62

¹²⁶ AMADEU FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 62

¹²⁷ AMADEU FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 63

a própria letra da lei que nos mostra o caminho para o enquadramento do comportamento do agente no tipo previsto no artigo 133^o, através da verificação de uma «diminuição sensível» da culpa.

Atento o que tem vindo a ser a prática na nossa jurisprudência, como adiante se verá, importa ter presente, para o âmbito do tema da presente dissertação, 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.”¹²⁸

Tal resulta evidente da leitura dos acórdãos que se têm debruçado sobre situações em que o infanticídio é ponderado. Normalmente a situação em 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 elas 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.”¹²⁹

¹²⁸ AMADEU FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 68-69

¹²⁹ FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 69

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.¹³⁰

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 comparamos o crime de homicídio, previsto no artigo 131º, omo 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.

Como bem refere AMADEU FERREIRA, “esta questão é importante para avaliarmos os casos em que o agente comete o crime com uma reflexão prévia. Ela não se identifica com o dolo. Se a reflexão ocorre sob influência da emoção (antes, durante ou após a prática do crime), essa reflexão não é serena mas transtornada pela emoção, mais ou menos afastada de uma clara consciência da realidade. Mas isso em nada afecta a existência e a própria intensidade do dolo de homicídio.”¹³¹

Continua o mesmo autor afirmando que “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.”¹³²

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, que mais à frente se analisará, afirma o colectivo que a arguida actuou do

¹³⁰ Neste sentido 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 69

¹³¹ FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 82

¹³² FERREIRA, “Homicídio Privilegiado”, página 83

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 poderia trazer-lhe a censura do meio onde reside, não sentindo a arguida capaz de enfrentar essa situação¹³³, 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.”¹³⁴

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.”¹³⁵

133

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

¹³⁴ 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 82

¹³⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 233

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 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.

Para concluir esta breve passagem pelos fundamentos do privilégio do artigo 133º, socorremos das palavras de FREDERICO DA COSTA PINTO que nos explica que “o art. 133º encontra-se estruturado com base em cláusulas autónomas de menor culpabilidade do agente e uma cláusula de natureza mista, igualmente autónoma, que assenta numa menor ilicitude do facto e uma menor culpabilidade do agente. A primeira cláusula é a da «compreensível emoção violenta»; segue-se uma cláusula de «compaixão» e uma outra de «desespero». Estas três cláusulas ganham o seu fundamento numa menor culpa do agente. Correspondem a situações de facto em que o agente se encontra numa situação de descontrolo emocional (emoção violenta), actua dominado por um sentimento de piedade para com a vítima (compaixão), que lhe inibe o normal controlo sobre os seus actos, ou numa situação de pressão psicológica (desespero) que lhe apresenta o crime como a única saída possível para a situação em que se encontra.”¹³⁶

Ora, não serão enquadráveis nestas cláusulas os comportamentos que academicamente se pondera subsumir ao tipo do artigo 136º?

¹³⁶ FREDERICO DA COSTA PINTO, “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, página 288

É por isso muito significativo, na verdade um elemento estrutural no domínio dos assuntos humanos, que os homens são incapazes de perdoar aquilo que não podem punir e de punir o que se mostrou ser imperdoável. É esta a verdadeira marca daquelas ofensas a que, desde Kant, chamamos 'mal radical' e sobre cuja natureza tão pouco é conhecido, mesmo para aqueles de entre nós que estiveram expostos a uma das suas raras explosões na cena pública. Tudo o que sabemos é que não podemos, nem punir, nem perdoar, essas ofensas e que por isso elas transcendem o domínio dos assuntos humanos e as potencialidades do poder humano, os quais são ambos radicalmente destruídos quando elas aparecem. Aqui, onde o próprio acto nos desapossa de todo o poder, podemos na verdade repetir com Jesus: 'Seria melhor para essa pessoa ser atirada ao mar com uma pedra de moinho amarrada ao pescoço'. (Arendt, 1958, p. 241).

4. DO CRIME DE INFANTICÍDIO

4.1. 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”¹³⁷

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 adoptar para a Parte Especial do Código Penal.”¹³⁸

Acha-se o art. 137.⁰¹³⁹ [...], 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.”¹⁴⁰

4.1.1. O TIPO OBJECTIVO: 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»¹⁴¹, 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 PEREIRA, “o infanticídio só

¹³⁷ 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

¹³⁸ Critério que se mantém na sistematização da versão actual do Código.

¹³⁹ Actualmente o então artigo 137º – infanticídio privilegiado – corresponde ao artigo 136.º - infanticídio.

¹⁴⁰ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado (contributo para ...”, página 182

¹⁴¹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado (contributo para ...”, página 195

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.”¹⁴²

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.”¹⁴³

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.”¹⁴⁴

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.”¹⁴⁵

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.

¹⁴² MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 150

¹⁴³ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado (contributo para ...”, página 195

¹⁴⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado (contributo para ...”, página 195

¹⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 295

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 “autor de um crime pode ser, em regra, qualquer pessoa (“quem...”, assim começa a generalidade dos tipos de ilícito): estamos neste caso perante os chamados crimes comuns, de que são exemplos o homicídio (art. 131º: “Quem matar outra pessoa...”) ou o furto (art. 203º: “Quem... subtrair coisa móvel alheia...”). Por vezes, porém, 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, 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.”¹⁴⁶

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: é o caso, por ex., do crime de prevaricação do art. 370º, cuja conduta, se não for levada a cabo por advogado ou solicitador, não constitui crime. Nos segundos, a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade mas unicamente para a agravar: é, p. ex., o caso do art. 378º, que comina uma pena mais grave para o crime de violação de domicílio, previsto no art. 190º, quando este for cometido por funcionário. 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. Por isso pode haver crimes específicos que não contenham, ao menos de forma expressa, elementos típicos do autor, antes se limitando a descrever a situação de onde resulta o dever especial (cf., v. g., o art. 200º que incrimina a omissão de auxílio) ou a descrever o próprio dever especial (v. g., o art. 224º onde se contém o crime de infidelidade patrimonial). De referir será que, no campo dos crimes específicos, se na maior parte dos casos a tipicização do autor é

¹⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais...”, 2007, páginas 303-304

feita pela atribuição a este de um relacionamento interpessoal (cf., v. g., o art. 247º relativo ao crime de bigamia: “Quem, sendo casado...”).¹⁴⁷

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; assim, por exemplo, a definição legal dos crimes dos art.ºs 313º e 314º - os crimes a que se chama tradicionalmente e numa terminologia um pouco antiquada, crimes de peculato e de concussão. Estes crimes têm uma definição que começa por: “todo o empregado público...”, isto é, os crimes de peculato e de concussão só podem ser praticados por funcionários públicos. Simplesmente, se uma pessoa que não é funcionário público praticar actos idênticos a estes tipos de crime, não é condenada,

¹⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 304

porque não pode ser, por peculato e concussão, mas pode ser condenada por crimes que são idênticos a estes, embora punidos com uma pena diferente, que em relação à concussão é o crime de extorsão (art.º 440º) e ao peculato é o abuso de confiança (453º). No primeiro caso, há um crime dito de extorsão, que é um crime não específico – qualquer pessoa o pode praticar e há depois uma autonomização da extorsão com o outro crime chamado aqui concussão para os empregados públicos. Daí que se diga que estes crimes (peculato e concussão) são crimes específicos impróprios. Impróprios porque não existem apenas para aquelas pessoas definidas naquele tipo de crime; são apenas variantes de um crime fundamental que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Embora não se trate aqui já de uma definição de um grande rigor jurídico, também comparamos por exemplo o crime de aborto praticado por qualquer pessoa, e o crime de aborto praticado por um médico – o art.º 358º distingue as 2 situações – também se poderá dizer num sentido geral da palavra que o aborto praticado por um médico é um crime específico impróprio. Isto é, o crime de aborto pode ser praticado por qualquer pessoa, mas se for praticado por um médico passa a ser um tipo legal diferente, passa a ser punido de maneira diferente.”¹⁴⁸

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, 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.

¹⁴⁸ Teresa Pizarro Beleza, “Direito Penal”, 2.º Volume, AAFDL, Lisboa, 2010, páginas 109 e 110

Não concordamos, por isso, com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE quando este autor refere que o infanticídio se trata de um crime específico impróprio.¹⁴⁹

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 participação [...], nomeadamente em sede de distinção entre autoria e cumplicidade [...], bem como de comunicabilidade entre os participantes 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 participantes que não tenham chegado a executar por mãos próprias a conduta típica.”¹⁵⁰

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 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

¹⁴⁹ 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

¹⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 304-305

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.”¹⁵¹

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).”^{152 153}

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 771-772

¹⁵² FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 772

¹⁵³ Importa, aqui, apresentar, ainda que de forma sucinta, o que a doutrina tem entendido e defendido relativamente ao conceito de crimes de mão própria. Para tal socorremo-nos das palavras de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO: “A designação ‘crimes de mão própria’ foi criada por Binding. E a problemática destes crimes tem sido tratada especialmente pela doutrina alemã, com destaque para Roxin, na sua importante obra *Täterschaft und tatherrschaft*.

Jakobs caracteriza os ‘crimes de mão própria’ como aqueles em que «o tipo de ilícito consiste na realização física de uma acção reprovável, e em que a essência do ilícito radica numa *atitude defeituosa do agente relativamente aos seus deveres pessoalíssimos*» (itálicos meus). E prossegue, dizendo que é esta natureza pessoalíssima que faz com que os ‘crimes de mão própria’ se aproximem dos ‘crimes de dever’.

Depois de mencionar vários dos crimes que têm sido considerados, por sectores da doutrina alemã, como ‘crimes de mão própria’ (o perjúrio, o incesto, a prevaricação, a deserção militar, a autocolocação em estado de inimputabilidade), observa que «o fundamento e a determinação da natureza dos crimes de mão própria são extremamente polémicos», e conclui, com toda a razão, que «é muito duvidosa a legitimidade para fazer dos chamados crimes de mão própria um grupo especial de crimes».

Com o objectivo de salientar a justeza das objecções de Jakobs (de que partilho) à figura dos ‘crimes de mão própria’, quer quanto ao critério (*rectius*: ausência de critério) de determinação-delimitação destes crimes quer quanto à legitimidade político-criminal das consequências jurídico-práticas da qualificação de um crime como ‘crime de mão própria’, é do interesse transcrevermos algumas passagens de R. Maurach e H. Zipf.

Escrevem estes Autores: «Há determinados tipos que são necessariamente concebidos, de acordo com o seu conteúdo de ilícito, de tal modo que só pode ser autor deles quem esteja em condições de levar a cabo, por si e imediatamente, a acção proibida. Os crimes de mão própria não são, em regra, de resultado mas simples crimes de actividade, nos quais o desvalor da acção se encontra em primeiro plano: *o resultado é, predominantemente, neutro face ao direito*; o desvalor é constituído, precisamente, pelo facto de ao autor estar proibida a acção.»

Esta definição e fundamentação demonstram, claramente, a *inaceitabilidade jurídico-penal desta categoria dos ‘crimes de mão própria’*. Com efeito, como pode aceitar-se uma categoria de crimes em que o desvalor de resultado (isto é, a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, cuja protecção é a *ratio* do próprio tipo de ilícito) seja considerado irrelevante para o direito? Por outro lado, dizer-se que os crimes de mão própria são aqueles que só podem ser praticados por quem esteja em condições de realizar, por si, a acção proibida, ou, por outras palavras, dizer-se que há ilícito (ou ilícito mais grave) porque aquele autor concreto estava proibido de praticar aquela acção típica, isto é o que se diz e o que caracteriza os ‘normais’ crimes específicos, próprios ou impróprios.

[...]

Na verdade, se se pretende centrar a essência e a gravidade destes ‘crimes de mão própria’ na atitude defeituosa ou desvaliosa do agente, em vez de a centrar no facto praticado e lesivo de determinados bens jurídico-penais, é caso para dizer que, nestes crimes, há uma *perigosa e rejeitável excepção ao princípio do ‘direito penal do facto’*, princípio que é uma das traves-mestras do direito penal moderno, que veio recusar, definitivamente, um direito penal do agente ou direito penal da atitude interior.

Na doutrina portuguesa, a questão dos ditos ‘crimes de mão própria’ não tem sido especialmente tratada, havendo, contudo, algumas referências e tomadas de posição.

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,

Teresa Beleza dá a seguinte definição dos 'crimes de mão própria': «são aqueles cuja definição legal torna impensáveis em qualquer forma de autoria que não seja directa, imediata, material, dado que a acção descrita só é susceptível de ser praticada por 'mão própria', isto é, com o próprio corpo». E, de seguida, trata alguns crimes usualmente considerados como 'crimes de mão própria' (perjúrio, bigamia e alguns crimes sexuais), parecendo-me que, embora em tom dubitativo, é da opinião de que, pelo menos no nosso Código Penal, não há crimes de mão própria. Com efeito, escreve Teresa Beleza: «É discutível que o nosso Código contenha definições susceptíveis de enquadrarem 'crimes de mão própria'».

Germano Marques da Silva define estes crimes como sendo «aqueles que só podem ser praticados pela própria pessoa que reúna as qualidades que a lei exige como elemento do próprio crime». E considera que nada impede a comunicabilidade das qualidades exigidas pelo tipo legal, como prevê a regra estabelecida na 1ª parte do n.º 1 do art. 28.º, excepto se a interpretação do tipo legal em causa se opuser à referida comunicabilidade.

Sobre esta posição, penso duas coisas. Em primeiro lugar, acho que a noção de 'crimes de mão própria' dada pelo Autor, não espelha aquilo que, tradicionalmente, se tem entendido por 'crimes de mão própria'; na verdade, a noção que dá, coincide com a de crimes específicos. Em segundo lugar, entendo, tal como Germano Marques da Silva que a figura dos ditos 'crimes de mão própria' não deve ter qualquer autonomia dogmática face aos crimes específicos, e penso que o regime que se pretende atribuir aos denominados 'crimes de mão própria' é político-criminalmente inaceitável. Que possa haver um ou outro tipo legal cuja constituição e *ratio* típicas impliquem a impossibilidade jurídico-penal de serem cometidos, a título de autor, por quem não possua determinada qualidade, ou que só possa ser praticado pelo autor directo, é possível. Só que, tal impossibilidade de comparticipação (a título de autoria mediata, coautoria ou instigação), tal incomunicabilidade das qualidades específicas, exigidas pelo tipo legal, há-de resultar, inequivocamente, do próprio tipo legal. Mas tais casos são raríssimos. E tanto se podem verificar nos tradicionalmente ditos 'crimes de mão própria' como nos normais crimes específicos. Até porque [...] *entendo que esta espécie de 'crença' tradicional na autonomia dogmática dos 'crimes de mão própria' não tem razão de ser e é político-criminalmente insustentável*. Estes ditos 'crimes de mão própria' integram-se nos crimes específicos e como tal devem ser tratados.

Figueiredo Dias definia, em 1976, os crimes de mão própria como «aqueles crimes que tipicamente exigiram a execução corporal do crime pela própria pessoa do agente (v. g., incesto, pederastia, vadiagem, e talvez a bigamia, uso de estupefacientes, etc.)». E, em 2004, escreveu: «os crimes de mão própria, isto é, os 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, em princípio, os *autores imediatos*, ficando excluída a possibilidade de *autoria mediata*; e mesmo da *co-autoria* relativamente àqueles comparticipantes que não tenham chegado a executar por próprias mãos a conduta típica, não podendo por isso, nestes casos, verificar-se a 'comunicabilidade' a que se refere o art. 28.º (cf. a parte final do n.º 1: "excepto se for outra a intenção da norma incriminadora")». E dá como exemplos de 'crimes de mão própria' que, porque tais, seriam, necessariamente, abrangidos pela 'proibição' da comunicabilidade das qualidades ou relações especiais do agente, constante da ressalva da parte final do n.º 1 do art. 28.º, os arts. 165º (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), 166º (abuso sexual de pessoa internada) e 295º (embriaguez e intoxicação). Ou seja, só poderá ser autor destes crimes aquele que possua a qualidade referida no tipo legal e/ou que execute ele próprio a respectiva acção típica. Diga-se que, na 2ª edição da sua obra *Direito Penal*, de 2007, p. 305, embora mantenha a definição que acabei de transcrever, já parece colocar certas reservas ao tal regime especial que, tradicionalmente, era atribuído aos chamados 'crimes de mão própria'. Com efeito escreve: «Todavia, a necessidade e a justificação político-criminais desta categoria dogmática encontra-se hoje, cada vez mais, em questão.» (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 conclui o mesmo autor, um pouco mais à frente, concluindo a sua posição sobre a questão dos crimes de mão própria, escrevendo o seguinte: "A conclusão final é a seguinte: os chamados 'crimes de mão própria' não constituem uma categoria autónoma de crimes; se, no passado, houve razões para autonomizar e atribuir um regime específico, em matéria de comparticipação, a determinados 'crimes de dever', hoje, a partir da centralização do direito penal no facto e na tutela de concretos bens jurídicos, deixa de haver razão para tratar esses tradicionais 'crimes de mão própria' com um regime diferente dos normais crimes específicos; assim, a comunicabilidade das «qualidades ou relações especiais do agente» referida no art. 28.º - 1, também é defensável e aplicável aos tradicionais crimes específicos; pode suceder, embora raramente, que a estrutura típica de determinado crime, que tanto pode ser comum como específico, não permita a comparticipação por autoria mediata ou coautoria; mas esta impossibilidade resultará da estrutura formal do tipo legal, e não da natureza material da própria acção ilícita." (AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, "Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime", 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, páginas 294 e 295).

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 comparticipantes 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 relaciona com a eventual comunicabilidade entre possíveis comparticipantes 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 comparticipantes 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 comparticipantes 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 comparticipação criminosa, “cada comparticipante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros comparticipantes.”

Daqui podemos concluir que os crimes de mão própria, de acordo com a construção acima apresentada, apenas existirão, também eles, para circunscrever ao autor

imediatamente, 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.

4.1.2. O TIPO OBJECTIVO: O OBJECTO DA ACÇÃO¹⁵⁴

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”.¹⁵⁵

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 culpa¹⁵⁶.

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 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.

¹⁵⁴ Ver a este respeito o que se disse atrás, no capítulo II (Discutindo o início da vida)

¹⁵⁵ LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BATISTA, “Notas ao Código Penal Português”, França & Arménio Editores, Arco de Almedina, Coimbra, 1917, página 661

¹⁵⁶ 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)

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.¹⁵⁷

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».¹⁵⁸

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.

4.1.3. O TIPO OBJECTIVO: A CONDUTA TÍPICA

O infanticídio, enquanto forma de homicídio, é um crime de resultado¹⁵⁹, uma vez que o tipo não se basta com a mera realização da acção proibida, mas exige a verificação

¹⁵⁷ 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)

¹⁵⁸ 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 recai 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

¹⁵⁹ 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)

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.¹⁶⁰

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.”¹⁶¹

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”¹⁶². 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.”¹⁶³

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.¹⁶⁴

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

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 170

¹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 171

¹⁶² FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 35

¹⁶³ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do ...”, página 35

¹⁶⁴ Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, 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.

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.»¹⁶⁵

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 protege-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.

¹⁶⁵ 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 206

Estabelece o artigo que a morte do filho tem de ocorrer durante ou logo após 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.”¹⁶⁶

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.¹⁶⁷

4.1.4. O TIPO SUBJECTIVO: 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

¹⁶⁶ 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 206

¹⁶⁷ 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

que a existência do artigo 136º não afasta ou exclui a possibilidade de aplicação do artigo 137º.¹⁶⁸

4.1.5. A QUESTÃO DA CULPA

A culpa consiste, de uma forma muito genérica, numa “censura jurídica dirigida ao agente pela prática do facto.”¹⁶⁹

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»”.¹⁷⁰

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.¹⁷¹

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

¹⁶⁸ 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 Direita da Universidade de Lisboa, Volume XXX, Tipografia Guerra, Viseu, 1987, página 209)

¹⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 510

¹⁷⁰ 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 – (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 211)

¹⁷¹ Neste sentido, Nuno Gonçalves da Costa, na obra que temos vindo a citar e a seguir.

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.”¹⁷²

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.

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”¹⁷³, mas serão a excepção, sendo a mulher conduzida por um acto de desespero.

¹⁷² 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 212

¹⁷³ 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 212

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 puérperas?...

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.”¹⁷⁴

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.”¹⁷⁵

Ora, atenta toda esta cuidada descrição de uma quase insanidade temporária, 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 difícilima e, praticamente, uma **figura decorativa**».” (negrito e sublinhado nossos)¹⁷⁶

¹⁷⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 213

¹⁷⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 213

¹⁷⁶ 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 213

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.”¹⁷⁷

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).¹⁷⁸

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, exigindo-se que o comportamento integre o efectivo elemento desencadeador (=

¹⁷⁷ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 214

¹⁷⁸ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 215

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.”¹⁷⁹

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».”¹⁸⁰

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

¹⁷⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, “Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal”, Edições Almedina, Coimbra, 2014, PÁGINA 659

¹⁸⁰ 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 224

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.”¹⁸¹

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.”¹⁸²

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”¹⁸³

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.”¹⁸⁴

O mesmo autor esclarece, depois, que “ao socorrer-se de um conceito indeterminado para limitar o âmbito temporal máximo da atenuação, o legislador pretendeu

¹⁸¹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 227

¹⁸² NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 228

¹⁸³ 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 229

¹⁸⁴ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 230

certamente evitar que o juiz ficasse, perante o caso concreto, espartilhado pela presunção de uma culpa diminuída formulada pelo art. 137º.¹⁸⁵

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**.”¹⁸⁶ (negrito nosso)

E conclui o autor dizendo que “quando se apure, em concreto, que se acha 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.”¹⁸⁷ (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.¹⁸⁸

¹⁸⁵ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 230

¹⁸⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 230

¹⁸⁷ 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 231

¹⁸⁸ Relativamente à utilização de conceitos indeterminados por parte do legislador na construção de tipos penais escreveu TERESA QUINTELA DE BRITO o seguinte:

“A lei penal deve ser o mais precisa possível, para que não desapareça o vínculo do juiz à lei e se não abra a porta do arbítrio judicial. *Só a clareza da lei permite o controlo das decisões judiciais e o respeito pelo princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.* A exigência de determinação da lei penal não respeita apenas às relações entre o legislador e o juiz. Prende-se também com o relacionamento entre o legislador e os cidadãos. *Quanto mais certa e precisa for a lei penal, melhor cumpre a sua função motivadora, pois dá a conhecer aos cidadãos, de modo inequívoco, o sentido da proibição.* O princípio da determinação penal também se alicerça na ideia de máxima previsibilidade das manifestações do poder punitivo. Ora, quanto menor for o grau de sujeição do juiz à lei penal, menor o grau de previsibilidade da reacção punitiva estatal.

Não obstante tudo isto, há que reconhecer a impossibilidade de o legislador redigir textos que permitam uma compreensão inequívoca. Essa impossibilidade prende-se com a natureza do texto. Nas palavras de Teresa Serra: «o texto é portador indefinido de sentidos, uma vez que existe sempre disponível para assumir sentidos múltiplos», consoante o contexto.” (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

Ora, ao contrário do que refere Teresa Quintela de Brito que acabámos de transcrever, Nuno Gonçalves da Costa defende que o recurso ao conceito indeterminado de «logo após o parto» tem por finalidade não

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».

4.1.6. 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 mão 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.”¹⁸⁹

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.¹⁹⁰

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 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 totolo do omicidio e lo converte im infanticidio, secondo la moderna dottrina è il pericolo dell'onore.”^{191 192}

«espartilhar» o juiz forçando-o a enquadrar numa culpa diminuída aquelas situações que nela não caberiam.

Também aqui Nuno Gonçalves da Costa se refere a uma «culpa diminuída». Mas se estamos a falar de um limite temporal, pois é disso que se trata quando o legislador limita a ocorrência do facto ao período «durante ou logo após o parto», não nos parece que essa “margem de manobra” seja necessária para não «espartilhar» a actuação do juiz, uma vez que, no âmbito da aplicação do artigo 136º existe ainda o elemento do efeito perturbador do parto, sendo esse que diminui a culpa, e não o efeito temporal da ocorrência do facto.

¹⁸⁹ Versão de acordo com o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro

¹⁹⁰ Neste ponto seguimos, em alguns aspectos, os apontamentos de direito penal da Dra. Conceição Valdágua.

¹⁹¹ 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

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 subtis 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.”¹⁹³

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»¹⁹⁴. Actuando a mulher com 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

¹⁹² 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 ilegitimamente 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 Dillitti in Specie”, Vol. I, Nona Edizione, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, Firenze, 1912, página 345)

¹⁹³ 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 218

¹⁹⁴ 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 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 obecto 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?

uma menor capacidade de motivação pelo respeito da norma e, logo, uma culpa diminuída. (negrito nosso)¹⁹⁵

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).”¹⁹⁶

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 dirigidos 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

¹⁹⁵ 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 218 - 219

¹⁹⁶ EDUARDO CORREIA, “Direito Criminal”, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010, página 232

*movimento corpóreo do agente apenas precisa de ser uma manifestação da sua vontade.*¹⁹⁷

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.”¹⁹⁸

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.”¹⁹⁹

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.

¹⁹⁷ EDUARDO CORREIA, “Direito Criminal”, página 236

¹⁹⁸ 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 219

¹⁹⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 221

Como defendeu FIGUEIREDO DIAS na Comissão de Revisão, hoje em dia não é motivo de desonra para ninguém ter um filho.²⁰⁰

Refere FIGUEIREDO DIAS que, “a revisão de 1995 modificou uma vez mais 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.”²⁰¹

Logo na altura diversos penalistas, como COSTA PINTO ou TERESA SERRA, 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, à 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

²⁰⁰ Actas da Comissão de Revisão, página 201

²⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 168

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 ela, os relacionamentos sexuais supra referidos, sem que os parceiros dela se apercebessem.”²⁰²

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.”²⁰³

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 reflexibilidade sobre o mesmo.”²⁰⁴

²⁰²<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

²⁰³ Acórdão do STS de 11-10-2012, em que é relator o Conselheiro Manuel Braz

²⁰⁴ Acórdão do STS de 11-10-2012, em que é relator o Conselheiro Manuel Braz

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), 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.”²⁰⁵

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.

²⁰⁵<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1704629a681d380b80257c1a00508ddc?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

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, previsto e punido pelo artigo 133º do CP.

Como bem refere FREDERICO COSTA PINTO, “nos estados de Direito em sentido material (fundados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais²⁰⁶) 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.”²⁰⁷

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 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.

²⁰⁶ 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 [...]”

²⁰⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade na teoria do crime”, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 983

Também a situação em que a mãe – ou qualquer outra pessoa – mata o filho – ou outra pessoa – numa situação que lhe diminuía 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.”²⁰⁸

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 [...]”²⁰⁹, ficamos 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, 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

²⁰⁸ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade na teoria do crime”, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 984

²⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 285

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.”²¹⁰

Atento o que se acabou de transcrever, 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 FREDERIDCO 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 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?

²¹⁰ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade na teoria do crime”, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 986-987

Estamos em crer que sim. 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) [...]”²¹¹

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, como já referimos, 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

²¹¹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade na teoria do crime”, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 987-988

exigibilidade.”²¹² Continuando a sustentar que “se assim fosse, porém, em termos sistemáticos seria difícil explicar a previsão autónoma do infanticídio em face do homicídio privilegiado.”²¹³

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.

²¹² FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 169

²¹³ FIGUEIREDO DIAS, “Comentário Conimbricense do Código Penal ...”, página 170

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 mostração, concretização ou individualização de um sentido de ilicitude em uma espécie do delito.”²¹⁴

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.

Sabemos que 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 capítulos anteriores que o objecto da acção é o mesmo quando nos referimos aos diferentes tipos de homicídios constantes do nosso CP, mais concretamente no homicídio simples, no homicídio privilegiado e no infanticídio. 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.

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

²¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 285

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.”²¹⁵

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.”²¹⁶

Para melhor explicar a razão porque seria um fracasso ancorar o privilegio numa menor ilicitude, o autor escreve o seguinte: “na verdade, fundar a norma privilegiante 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. 137º. 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.”²¹⁷

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, como se referiu acima, 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.

²¹⁵ 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 185

²¹⁶ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 186

²¹⁷ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 187

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.”²¹⁸

É, pois, condição fundamental para que possa existir esse juízo de censura ético-jurídica dirigida ao sujeito, que esse mesmo sujeito tivesse actuado com 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.”²¹⁹

²¹⁸ EDUARDO CORREIA, “Direito Criminal”, Volume I, Reimpressão, Edições Almedina, SA, Coimbra, 2010, páginas 315-316

²¹⁹ EDUARDO CORREIA, “Direito Criminal”, Volume I, página 318

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 [...]”²²⁰.

Se tivermos presente este estado de perturbação em que a mulher se encontre 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.”²²¹

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

²²⁰ 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 213

²²¹ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de inimputabilidade, da Teoria à prática”, Reimpressão da 1ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2004, página 15

efeito produzido sobre a capacidade de o indivíduo avaliar a ilicitude e se autodeterminar.”²²²

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.”²²³

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) [...]”.²²⁴

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 –,

²²² CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Modelos de inimputabilidade ...”, página 84

²²³ 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

²²⁴ ANA BÁRBARA DE SOUSA E BRITO, “Sobre o lugar do princípio da culpa ...”

mas são de natureza *fisiológica* ou *psicológica* (p. ex., casos extremos de fadiga, de esgotamento ou de sono, hipnose e estados intensos de afecto)".²²⁵

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.”²²⁶

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

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 577-578

²²⁶ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade na teoria do crime”, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, página 991-992

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 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.”²²⁷

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 encontre 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

²²⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A categoria da Punibilidade ...”, página 996

desempenham a função de caracterizar com maior precisão a atitude interna do autor face ao Direito actualizada no facto.”²²⁸

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 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.”²²⁹

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.”²³⁰

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.

²²⁸ 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 189

²²⁹ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 190

²³⁰ NUNO GONÇALVES DA COSTA, “Infanticídio Privilegiado ...”, página 192

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».²³¹

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 o 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.²³²

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 desenvolvimento do ser-livre (do dela e do de todos os outros).”²³³

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*.”²³⁴

²³¹ FIGUEIREDO DIAS, “Liberdade, culpa, direito penal, Colecção Coimbra Editora, Coimbra editora, Lda, Coimbra, 1976, página 21

²³² 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 Metaphysic of Ethics*”, (Trad. J. W. Semple, Edinburg, T. & T. Clark, 1886, 3ª edição

²³³ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 515

²³⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral...”, página 516

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».

A respeito do confronto entre liberdade e determinismo nos comportamentos humanos, escreveu HELENA PEREIRA DE MELO, apoiando-se, também, nas palavras de Ortega y Gasset, que “viver é achar-se frente ao mundo, com o mundo, dentro do mundo, submerso no seu tráfego, nos seus problemas. A vida embora nas suas linhas radicais seja sempre imprevisível deixa-nos uma margem de possibilidades dentro do mundo [...]. Se dispomos de uma certa margem, com um horizonte vital de possibilidades então a vida é a liberdade na fatalidade e a fatalidade na liberdade. [...] A minha vida é, sim, o meu ser, ser esse que não está pré-determinado, resolvido de antemão tendo nós que o decidir – viver é constantemente decidir o que vamos ser.”²³⁵

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.

Considerando que a acção relevante em termos jurídico-penais, maioritariamente aceite na doutrina portuguesa, na senda de Roxin, é entendida como todo o comportamento humano que seja dominado ou dominável pela vontade e que produza reflexos no mundo exterior, temos de concluir, necessariamente, que a liberdade de vontade de um autor de um qualquer facto típico – no caso concreto, de uma mulher que mata o filho durante ou após o parto – constitui um elemento determinante na aferição da responsabilidade ou do grau de censurabilidade do comportamento.

Ou seja, importa perceber, no caso concreto da mulher que mata o filho durante ou após o parto e sob o efeito perturbador do parto, como estabelece o preceito legal, se esta mulher, nestes precisos termos em que está definido, se encontra, ou não, no pleno uso da sua liberdade ou, se, pelo contrário, existe um certo determinismo, que rouba a liberdade da vontade, que controla essa mesma vontade e que condiciona a vontade da mulher não lhe deixando comportamentos alternativos.

²³⁵ HELENA PEREIRA DE MELO, “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, página 542

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 delinquente 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.”²³⁶

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.

Como referem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, na obra acima citada, as actuais teorias de índole bioantropológica alteraram-se, mudando “o conteúdo das hipóteses explicativas e das respectivas variáveis [...]. Hoje, é sobretudo disciplinas como a genética, a bioquímica, a endocrinologia, a psicofisiologia, que se pede a explicação do crime.”²³⁷

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.

²³⁶ JORGE DE FIGUEIRDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Criminologia: o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena”, 2.^a Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, páginas 169-170

²³⁷ JORGE DE FIGUEIRDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Criminologia: o Homem ...”, páginas 174

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?

E tem sido este aspecto que tem sido de difícil, senão mesmo impossível, prova, como se verá no capítulo seguinte, ao abordarmos a jurisprudência portuguesa sobre o crime de infanticídio.

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.”²³⁸

Acrescenta, mais à frente, a mesma autora que “é natural que a mulher em trabalho de parto ou logo a seguir a este, não tenha a perfeita capacidade de determinação pela norma que manda preservar a vida alheia, porque pode ainda não representar essa alteridade do filho.”²³⁹

Ou seja, se existe uma susceptibilidade diminuída da mulher em motivar os seus comportamentos, naqueles instantes, no sentido de preservação da vida do seu filho não é porque tenha uma capacidade de decisão ou uma liberdade de vontade diminuída, mas, e aqui seguimos a autora, porque ainda não tem a perfeita noção de que esse seu filho já é uma pessoa autónoma.

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

²³⁸ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 309

²³⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 313

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.

Como refere JOÃO CURADO NEVES, “o conceito de culpa como poder de agir de outra maneira, ou capacidade de motivação normativamente conforme (ou acessibilidade ao comando normativo [...], no conceito de NOLL retomado por ROXIN) – que, em rigor, não esgota a gama das concepções normativas da culpa – não admite a consideração de casos de culpa agravada. A capacidade de motivação existe ou não existe; não é concebível um «poder agir de outra maneira» agravado. A culpa definida por esta forma é graduável, mas apenas na medida em que é possível considerar situações de transição entre a capacidade de motivação e a sua total ausência, permitindo falar de culpa diminuída nas situações em que o agente veja o seu «poder de agir de outra maneira» sensivelmente reduzido, mas não totalmente suprimido [...].”²⁴⁰

Acrescenta, ainda, o mesmo autor que “a culpa como capacidade de motivação dá lugar apenas a um juízo sobre uma capacidade ou poder do agente: este é censurado por ter praticado o acto apesar de ter capacidade para não o fazer [...].”²⁴¹

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.

Ora, e como refere HELENA PEREIRA DE MELO, “o discurso jurídico, o regular as aplicações aos seres humanos dos progressos ocorridos nos domínios da biologia e da medicina, terá de encontrar o justo – e sempre provisório – meio entre aquilo que é involuntário e quase imutável na vida de cada um de nós (o que resulta da nossa constituição genética) e aquilo que resulta do nosso livre arbítrio.

²⁴⁰ JOÃO CURADO NEVES, “Indícios de culpa ou tipos de ilícitos?”, in “Direito Penal, parte especial: lições, estudos e casos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 233

²⁴¹ JOÃO CURADO NEVES, “Indícios de culpa ...”, página 233

O direito é a justiça e a verdade. O característico do direito é conservar-se perpetuamente puro e belo. [...] Esta luta do direito e do facto dura desde a origem das sociedades. Terminar o duelo, amalgamar a ideia pura com a realidade humana, fazer penetrar pacificamente o direito no facto e o facto no direito, eis o trabalho dos sábios. (Vitor Hugo, *in Os Miseráveis*)

7. O INFANTICÍDIO NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Se percorrermos as páginas de um qualquer dicionário jurídico encontramos que “por jurisprudência pode designar-se decisão irrecorrível de um tribunal, o conjunto de decisões dos tribunais ou, mais vulgarmente, a doutrina que resulta de um conjunto de decisões judiciais proferidas num mesmo sentido sobre um dada matéria e provinda de tribunais da mesma instância, do Supremo Tribunal de Justiça ou do Tribunal Constitucional”²⁴².

Apesar de a jurisprudência não constituir, “no sistema jurídico português, fonte imediata de direito”²⁴³, é verdadeiramente importante ter em consideração as decisões que vão sendo proferidas pelos tribunais portugueses, atendendo a que é aos tribunais que compete aplicar as normas gerais e abstractas ao caso concreto, administrando a justiça em nome do povo, como resulta do n.º 1 do artigo 202º da CRP.

Ora, se não se olhar para as decisões que vão sendo tomadas por quem administra a justiça em nome do povo, em nome de quem as normas se destinam, corre-se o sério risco de termos normas totalmente afastadas da realidade.

É o que acontece com normas que são sistematicamente desaplicadas ou afastadas, tornando-se, desse modo, inúteis.

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO afirma que “o Direito é sobretudo a regra que torna o homem pessoa e disciplina o relacionamento com o outro e ninguém constrói a felicidade pessoal sozinho. A relação com os outros é intrínseca à natureza do Homem e deve ser equilibrada e justa se desenvolvida de acordo com regras jurídicas. Os vícios e as virtudes das pessoas, bem como a construção do seu carácter, são importantes no cumprimento das regras de Direito, mas não são um problema específico do Direito.

O Direito constrói e faz cumprir regras de convivência na comunidade responsabilizando as pessoas pelos seus actos, hierarquizando os valores, estruturando os princípios, educando no respeito pela pessoa humana. Por isso, é necessário procurar a identidade entre a moral comum e a regra jurídica. Por isso,

²⁴² ANA PRATA, CATARINA VEIGA, JOSÉ MANUEL VILALONGA, “Dicionário Jurídico – volume II, direito penal, direito processual penal”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 290

²⁴³ ANA PRATA, CATARINA VEIGA, JOSÉ MANUEL VILALONGA, “Dicionário Jurídico – volume II...”, página 290

importa travar o radicalismo individualista expresso nas leis repersonalizando o Direito fora delas.”²⁴⁴

Continua, mais à frente, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO dizendo que “a vitória do Direito não está na proibição legal imposta pelo «aparelho coercitivo do Estado» (polícia e tribunais). Está na capacidade de os jurisperitos serem ouvidos pela comunidade, ao explicarem as vantagens da regra de Direito que reclama o respeito pela inviolabilidade da vida humana e a fundamentação das excepções admitidas a esta regra.

O respeito pelos jurisperitos, fundada na sua auctoritas e sapientia jurisprudencial e sem cedências aos critérios propagandísticos da comunicação de massas, é importante para a defesa da vida e da pessoa humana.”²⁴⁵

Assim, ensina EDUARDO VERA-CRUZ PINTO que os jurisperitos têm de ser ouvidos. Só ouvindo os jurisperitos, o que se consegue, também ou principalmente, através da análise, do estudo das decisões que, ao longo dos tempos, vão sendo proferidas por quem administra a justiça em nome do povo, no sentido de perceber a realidade da sociedade através de quem tem por missão e, acreditamos, por vocação lidar e decidir diariamente sobre os dramas humanos, as relações humanas.

Diz a citação que encabeça o presente capítulo que juntar o direito *puro e belo* na realidade humana é trabalho dos sábios.

Entendo, na minha humilde e modesta opinião, que esses sábios a que Vitor Hugo se refere são não só os jurisperitos, que fazem dessa junção promovendo a justiça, mas também, e, porventura, principalmente, os legisladores, que têm por missão, por função escutar a sociedade e criar as normas de que essa mesma sociedade carece. Se os legisladores não ouvirem os jurisperitos, como bem refere EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, teremos um direito que não é nem puro nem belo, e que dificilmente se conseguirá juntar na realidade humana.

O que nos propomos fazer aqui é, exactamente, «ouvir» os jurisperitos.

Ora, os tribunais superiores portugueses não têm sido chamados muitas vezes a pronunciar-se relativamente a processos que envolvem, directa ou indirectamente, a acusação da prática do crime de infanticídio, ou mesmo situações em que o tipo de

²⁴⁴ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “Curso livre de ética e filosofia do Direito”, Príncípia Editora, Cascais, 2010, página 94

²⁴⁵ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “Curso livre de ética ...”, página 218

infanticídio tem de ser ponderado na análise do caso concreto de modo a fundamentar a decisão do Tribunal, não sendo, por isso, abundante a jurisprudência nesta matéria.

Ao procedermos a uma análise da jurisprudência portuguesa encontramos, no entanto, alguns acórdãos essenciais dos tribunais superiores que abordam a questão do crime de infanticídio, e que são exemplificativos e paradigmáticos da posição existente.

7.1. O ACÓRDÃO 1052/07-2, DE 19-11-2007

O Tribunal da Relação de Guimarães foi chamado a decidir sobre uma situação em que a arguida, condenada por homicídio simples, vinha recorrer da decisão, alegando que os factos praticados seriam enquadráveis no crime de infanticídio.

Foi relatora a Desembargadora Estelita Mendonça, e a situação aqui em análise era a de uma arguida, solteira, que vivia com os pais e dois irmãos, e que manteve, desde tempo indeterminado, e de forma alternada, relacionamentos de cariz amoroso com dois homens casados, com eles “mantendo relações sexuais de cópula completa de forma esporádica”²⁴⁶, tendo ficado grávida de um deles contra a sua vontade. Tentou a todo o custo esconder a gravidez, mas esta acabou por ser do conhecimento generalizado na localidade onde vivia, sendo mesmo comentada.

Durante toda a gravidez a arguida nunca foi ao médico.

Quando chegou o momento do parto a arguida dirigiu-se para uma latrina localizada no andar superior da residência na qual se sentou e fez força para expelir a criança, o que aconteceu. A criança, ao nascer, caiu pela latrina abaixo até aos dejectos dos esgotos, tendo o cordão umbilical rasgado em consequência da queda. O resto do cordão umbilical a arguida cortou com uma faca da cozinha, onde se dirigiu depois do parto ocorrido como acima descrito.

A arguida voltou ao quarto e deitou-se a dormir depois de ter verificado que a criança neonata ainda se encontrava viva, tendo-a abandonado no meio dos dejectos. A criança neonata acabou por sucumbir em consequência da queda, da falta de cuidados e do acondicionamento impróprio e nocivo.

²⁴⁶<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

“Desde data não concretamente apurada, mas que se sabe ser em 2002, a arguida iniciou um relacionamento de cariz amoroso com um indivíduo, referenciado como sendo C, casado com uma colega de trabalho daquela, com ele mantendo relações sexuais de cópula completa de forma esporádica. Logo após uma zanga tida com o C, a arguida iniciou um outro relacionamento com um indivíduo referenciado como sendo M, também casado com uma (outra) colega de trabalho da arguida, e com o qual também foi mantendo relações sexuais de cópula completa de forma esporádica.”

Foi apenas de manhã que a arguida se dirigiu ao compartimento onde se encontrava a criança, já cadáver, tendo-a embrulhado numa camisa e numa toalha, indo abandoná-la num coreto localizado num local ermo e afastado.

Entendeu o Tribunal Judicial de Ponte de Lima, bem como o Tribunal da Relação de Guimarães, que a arguida agiu com o intuito de tirar a vida à criança neonata, sabendo que a sua conduta era idónea para tal resultado.

Entenderam, também, que a arguida actuou deste modo “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 poderia trazer-lhe a censura do meio onde reside, não sentindo a arguida capaz de enfrentar essa situação.”²⁴⁷

A arguida, no seu recurso para o Tribunal da Relação sustentou, no que ao enquadramento jurídico dos factos diz respeito, que os mesmos seriam subsumíveis ao tipo legal de infanticídio, previsto e punido pelo artigo 136º do C. P., tendo em consideração, principalmente, que se encontrava em estado de choque na altura em que os factos ocorreram, e tendo em consideração o modo como esses mesmos factos ocorreram.

Para além do medo relativamente à reacção dos pais, com quem residia, e da vergonha e censura a que se encontraria sujeita dado que havia engravidado de um homem casado, a defesa da arguida invocou a desonra que era, para um meio pequeno como aquele em que a arguida residia, o facto de ter engravidado de um homem casado – ainda a cláusula de honra a persistir.

Refere o douto acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães que “o tribunal *a quo*, no acórdão, ao efectuar a aplicação do direito aos factos não considerou, não equacionou sequer, a hipótese de verificação de um crime de infanticídio. Convolou o crime de homicídio qualificado para um crime de homicídio simples, sem contudo atentar no citado crime de infanticídio [...]”²⁴⁸.

Coube, portanto, ao Tribunal da Relação pronunciar-se sobre a eventual subsunção dos factos ao crime de infanticídio, o que o referido tribunal superior fez.

²⁴⁷<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

²⁴⁸<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

Foi, como já ficou referido, entendimento do tribunal *ad quem* que ficou provado que a arguida actuou com o firme propósito de tirar a vida à sua filha recém-nascida, e que actuou de forma completamente livre e consciente, afastando, assim, a hipótese de alterar a qualificação jurídica dos factos, considerando que a actuação da arguida não permite a subsunção dos factos ao crime de infanticídio.

Considerou que a arguida agiu para ocultar a desonra, sendo que, uma vez que a cláusula de honra foi eliminada com a alteração ocorrida em 1995, como ficou já referido, tal comportamento pode ser enquadrável no âmbito do homicídio privilegiado, previsto e punido pelo artigo 133º do C. P., dado que o desespero abrange estados de afecto asténicos, como a angústia e a depressão, e, nas palavras do acórdão em análise, tal “constitui a valoração da desonra”²⁴⁹.

O acórdão fundamenta a decisão, também, citando FIGUEIREDO DIAS quando este, citando Maia Gonçalves, refere que “a ocultação da desonra poderá ser sempre considerada pelo aplicador para efeito da medida da pena”²⁵⁰.

Aliás, a Desembargadora Estelita Mendonça refere mesmo que “cremos, por isso, que se representa uma circunstância que transforma o crime pela arguida praticado num crime de homicídio privilegiado: o desespero, o qual está bem enunciado no facto provado acima identificado: «não sentindo a arguida capaz de enfrentar essa situação»”²⁵¹, considerando que, “a arguida matou para se libertar do constrangimento que a cercou, pondo fim ao que autores chamam de «forte pressão psíquica». A sua culpa está, portanto, fortemente diminuída”.²⁵²

Nesse sentido, o tribunal da Relação decidiu-se pela alteração da decisão do tribunal recorrido, condenando a arguida pelo crime de homicídio privilegiado, nos termos do artigo 133º, reduzindo a pena para quatro anos de prisão, com suspensão por igual período, considerando que esta medida satisfaz plenamente as finalidades de prevenção geral e especial, e considerando que a censura a que a arguida está sujeita pelos factos praticados é, já por si, suficiente para prevenir a pratica de futuros crimes.

²⁴⁹<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

²⁵⁰<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

²⁵¹<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

²⁵²<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

7.2. O ACÓRDÃO 1795/07.6GISNT.L1-9, DE 11-03-2010

Também o Tribunal da Relação de Lisboa foi chamado a decidir sobre o recurso de uma decisão do Juízo de Grande Instância Criminal Lisboa-Noroeste em que a arguida havia sido condenada pela prática de homicídio qualificado, previsto e punido pelos artigos 131º e 132º, n.º 1 do C. P..

No recurso a arguida pretendia a anulação do julgamento e a respectiva repetição ou, em alternativa, a alteração da condenação que lhe foi aplicada, alterando a qualificação jurídica do crime de homicídio qualificado para o crime de infanticídio, previsto e punido pelo artigo 136º do C. P., com a consequente redução da pena concretamente aplicada.

O Tribunal a quo considerou provado, com relevância para o presente trabalho, nomeadamente o seguinte:

1. A Arguida e B..., mantiveram um relacionamento amoroso iniciado no ano de 2001, tendo vivido um com o outro em condições análogas às dos cônjuges entre o ano de 2006 e o ano de 2007, na habitação sita em Av..., Rinchoa.

1. Por cerca do mês de Maio de 2007 a Arguida suspeitou que estava grávida, o que confirmou nesse mês, através do resultado positivo de teste de gravidez.
2. Pensou em não contar a ninguém esse seu estado, passando a ocultá-lo, bem assim decidiu livrar-se do nascituro, matando-o após o parto.

[...]

4. Em consonância com tal resolução, nunca se dirigiu a um médico ginecologista ou obstetra, durante toda a gravidez.

5. Nem nunca comprou quaisquer artigos próprios para o seu estado de gravidez, para si ou para o nascituro.

6. Tendo-se esforçado durante os meses de gravidez para que a mesma não fosse visível ou perceptível a terceiros, nomeadamente ao seu companheiro, à sua mãe e demais familiares.

7. O que efectivamente conseguiu, inventando que estava com um problema de saúde de cariz ginecológico (tumor) e que carecia de ser submetida a tratamentos de quimioterapia, para o debelar.

8. Também convenceu o seu companheiro e familiares que esse problema de saúde tinha como consequência fazer inchar a zona abdominal e baixo-ventre, de modo a que não estranhassem o aumento do seu volume corporal.

9. Logrou, desse modo, dissimular a gravidez, durante todo o respectivo tempo.

10. No dia 15 de Novembro de 2007, a Arguida começou a sentir dores de barriga, pelo que, a fim de obter algum alívio, foi deitar-se, após tomar paracetamol.

11. Por cerca da meia-noite as dores intensificaram-se e a Arguida entrou em trabalho de parto.

12. Uma vez que estava deitada no quarto de dormir com o seu companheiro e não o querendo acordar e alertar, a mesma dirigiu-se para a casa de banho.

13. Fechou a respectiva porta e, constatando que estava a perder sangue e líquido amniótico, agachou-se dentro da zona do duche.

[...]

15. Imediatamente após o nascimento, a Arguida dirigiu-se à cozinha e, com o auxílio de uma tesoura, cortou o cordão umbilical que a unia à recém-nascida.

16. De seguida foi à dispensa buscar sacos de plástico, enfiou um saco de plástico na cabeça da recém-nascida, dando um nó no mesmo, na zona do pescoço desta, e colocou-a dentro de mais sacos de plástico.

17. Após escondeu-a num armário existente no outro quarto de dormir da casa que habitava, com o intuito de, posteriormente, a fazer desaparecer.

18. Terminada a tarefa de esconder a recém-nascida, a Arguida deslocou-se para o quarto onde o seu companheiro permanecia a dormir.

19. Contudo, porquanto a mesma começou com fortes hemorragias, teve de acordar o companheiro, que a ajudou a dirigir-se à casa de banho.

20. Já na casa de banho, sentou-se na sanita e permaneceu aí o tempo suficiente para que a placenta fosse expelida, o que veio a ocorrer.

21. Posteriormente a Arguida começou com hemorragias mais fortes, tendo desmaiado.

22. O seu companheiro transportou-a de volta para a cama e comunicou-lhe que ia chamar o «112», para a transportarem para o Hospital.

23. A Arguida ainda lhe disse para não chamar, contudo voltou a desmaiar e o seu companheiro solicitou o auxílio do INEM, que aí ocorreu e procedeu ao transporte dela para as urgências do Hospital Fernando Fonseca, na Amadora.

24. Aí chegada, os médicos que a assistiram detectaram que a Arguida acabara de ter um parto e perguntaram-lhe pela criança.

25. A Arguida respondeu que tinha deitado a criança num caixote de lixo existente na Rua da sua residência.

26. Após ter regressado do Hospital, no dia 16 de Novembro, o companheiro da Arguida encontrou o cadáver da recém-nascida, dentro dos sacos de plástico, no armário mencionado em 17., subseqüentemente ao que telefonou para a Polícia, tendo comparecido agentes no local, que, designadamente, providenciaram pela remoção do cadáver para o Instituto de Medicina Legal, onde foi autopsiado.

27. A criança que a Arguida deu à luz encontrava-se em termo de gestação, com ausência de malformações internas ou externas.

28. Nasceu com vida, tendo tido respiração extra-uterina.

29. A sua morte ficou a dever-se a asfixia por sufocação, por oclusão dos orifícios respiratórios, em consequência da acção da Arguida mencionada em 16.

30. Através de tal acção, designadamente ao enfiar um saco de plástico na cabeça da recém-nascida e atar o mesmo à volta do pescoço desta, a Arguida, sabendo que ela nascera com vida, igualmente sabia que desse modo lhe provocaria a morte, o que quis que sucedesse.

31. Nessa conduta agiu de forma deliberada, livre e consciente, bem sabendo que a mesma era proibida e criminalmente punível.

32. Ao esconder o cadáver da recém-nascida, embrulhado em sacos de plástico, dentro de um armário, com vista a, posteriormente, desfazer-se dele, fazendo-o desaparecer e não mais ser encontrado, a Arguida agiu igualmente de forma deliberada, livre e consciente, bem sabendo que não estava autorizada a tal procedimento e que essa conduta era proibida e criminalmente punível. (da determinação da sanção).²⁵³

A decisão do Tribunal *a quo* baseou-se, fundamentalmente, na prova produzida e nas declarações da própria arguida, atendendo ao facto de não existirem outras testemunhas para além da própria e do seu companheiro.

Contudo, o testemunho do companheiro serviu, nas palavras da decisão, e como reiterado pelo acórdão em análise, acima de tudo, para confirmar o que havia sido declarado pela arguida, dando-lhe consistência e suporte.

O Tribunal da Relação, no douto acórdão, considera, no entanto, frágil e desprovida de suporte a convicção que o Tribunal *a quo* formou quanto ao elemento temporal da tomada de decisão, por parte da arguida, de matar a sua filha logo após o nascimento. O Tribunal *a quo* ficou convicto de que tal decisão havia sido tomada logo que a arguida soube que estava grávida e o Tribunal da Relação entende, e bem (do que se pode ler do processo), que não existe suporte para esse elemento.

No acórdão é mesmo referido que “todavia, todo o referido quadro não permite afirmar que a ideia de se livrar do filho logo formada fosse ao ponto de decidir, a nove meses

²⁵³<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dbbc1f2afd5445a88025770b0035a160?OpenDocument>

de distância, que iria matar o nascituro logo após o parto.”²⁵⁴ Pelo que tal facto passou a integrar o elenco dos factos não provados.

Importa, ainda, chamar a atenção para um ponto importante deste acórdão, e que é o facto de afirmar que a decisão recorrida se apresenta como insuficiente para a boa decisão da causa e que se prende com a inexistência de qualquer referência aos sentimentos vivenciados pela arguida e á dor física e psíquica pela mesma suportada, sendo que os mesmos foram, de acordo com as gravações da audiência, alvo de fortes referências, quer por parte da arguida, quer por parte do seu companheiro.

Refere o douto acórdão que se trata de matéria relevante, nomeadamente para a fixação da medida da pena, e que a decisão recorrida padece, neste ponto, de omissão de pronúncia. Tal vício é, como refere o acórdão, de conhecimento officioso, procedendo, por isso, o tribunal superior á respectiva sanação.

No que ao tema do presente trabalho diz respeito, e a razão que levou à inserção deste acórdão, o mesmo considera que, mesmo com a inclusão dos elementos referentes aos sentimentos e à dor sofridos pela arguida, “manifesto é que deverá improceder também a pretensão de ver a sua condenação alterada para a prática do crime de infanticídio”²⁵⁵.

Como ficou referido atrás, o crime de infanticídio tem dois pressupostos essenciais e que são cumulativos: o crime acontecer durante ou logo após o parto e a mãe estar sob a influência perturbadora do parto.

Ora, o Tribunal da Relação conclui que, apesar de se encontrar verificado o elementos temporal – ocorreu após o parto -, ficou provado que a arguida já havia decidido, antes do parto, matar o seu filho logo que nascesse, pelo que afasta que se encontrasse sob o efeito perturbador do parto.

Considera o douto acórdão que a arguida agiu sob efeito de perturbação, mas não a perturbação decorrente do parto. A perturbação sob a qual a arguida agiu era decorrente de dores agonizantes que estava a sentir. Essa perturbação condicionou, na opinião do Tribunal da Relação, o raciocínio da arguida.

²⁵⁴<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dbbc1f2afd5445a88025770b0035a160?OpenDocument>

²⁵⁵<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dbbc1f2afd5445a88025770b0035a160?OpenDocument>

Ou seja, à semelhança do acórdão anterior, também aqui o tribunal superior dá como verificado o elemento temporal, mas não dá como verificado o elemento da perturbação, afastando, desse modo a possibilidade de subsumir a acção do agente – a mãe – ao crime de infanticídio.

Assim, embora afaste a especial censurabilidade, alterando a qualificação jurídica dos factos, afasta a hipótese de qualificação como infanticídio por não verificação de um dos seus elementos. Altera, assim, a qualificação jurídica, condenando a arguida por homicídio simples, com a respectiva redução de pena após ponderação das circunstâncias.

7.3. O ACÓRDÃO 288/09.1GBMTJ.L1-5, DE 29-03-2011

Apresentando, agora, uma decisão diferente das anteriores, apresenta-se o acórdão em referência, no qual o Tribunal da Relação de Lisboa, tendo como relator o Desembargador Jorge Gonçalves, foi chamado a decidir sobre o recurso interposto pela arguida e pelo Ministério Público, relativamente à decisão proferida pelo 1º Juízo do Tribunal Judicial do Montijo em que a arguida foi condenada pela prática de um crime de homicídio simples e absolvida do crime de profanação de cadáver de que vinha acusada.

De modo a apresentar e enquadrar os factos que relevam do caso em análise no presente acórdão, transcreve-se os factos que o tribunal recorrido deu como provados, e que, de algum modo, sustentaram a respectiva decisão.

Diz o acórdão:

- “1. No decurso do mês de Julho de 2008 a arguida teve um relacionamento sexual com um indivíduo, casado, cuja identidade não se apurou.
2. No mês seguinte a arguida apercebeu-se de que estava grávida, através de um teste que adquiriu numa farmácia do Montijo.
3. Durante os nove meses de gravidez a arguida nunca consultou qualquer médico da especialidade de obstetrícia ou outra no sentido de acompanhar o desenrolar da gestação, estado que ocultou, vestindo roupas largas.
4. Quando questionada pelas colegas do curso profissional que se encontrava a frequentar se estaria grávida, a arguida sempre respondeu negativamente, inventando encontrar-se com o útero inchado devido a problemas relacionados com a tiróide, ora referindo sofrer de um tumor na zona da barriga, ora alegando ter uma doença que lhe criava bolsas de água naquela zona.

5. Versão que manteve mesmo depois de lhe ter sido oferecida ajuda, no que respeita aos bens de que necessitaria durante a gravidez e após o nascimento da criança, e mesmo depois de uma colega lhe referir que caso fosse possível, gostaria de adoptar o filho da arguida após o seu nascimento.

6. Na semana anterior à Páscoa do ano de 2009 a arguida referiu às suas colegas que no dia seguinte, uma quarta-feira, não iria à escola, em virtude de necessitar deslocar-se a uma consulta médica.

7. De facto, nesse dia foi contactando com a colega M..., informando que estava no médico, em tratamento, e à noite referiu-lhe estar deitada, com algumas dores mas que o tratamento tinha corrido bem e que já não tinha barriga.

8. A arguida N..., na noite de 8 de Abril de 2009, entre as 04h00 e as 05h00 começou a sentir fortes dores nos rins, seguidas de fortes dores na barriga, assim se mantendo até depois do almoço, sempre fechada no seu quarto para que nenhum dos seus familiares se apercebesse.

9. A determinada altura sentiu dores mais fortes, pelo que se dirigiu ao quarto de banho, tendo o trabalho de parto seguido o seu curso normal, com o rebentamento do saco amniótico, tendo ocorrido o parto de um feto de termo, do sexo masculino, com 51 cm de comprimento, que caiu no interior da sanita, local de onde foi retirado pela arguida, após o que cortou o cordão umbilical através de força de tracção produzida pelas mãos.

10. De seguida, e ainda no interior do quarto de banho, a arguida N..., apesar de ter constatado que o recém-nascido estava vivo, fez força com as duas mãos no pescoço do recém-nascido, apertando-o, para que este desfalecesse, o que não conseguiu, já que se encontrava debilitada pelo esforço de parto e também porque o recém-nascido, cada vez que abrandava a força que produzia com as mãos, fazia força no sentido de inspirar.

11. Face a tal situação, a arguida N... puxou para junto de si um "soutien", usando uma das respectivas alças para estrangular o recém-nascido, rodeando o pescoço daquele com tal elástico, após o que deu, pelo menos, um nó cego, firmemente apertado, sempre fazendo força para que o elástico ficasse em pressão, tendo o recém-nascido acabado por desfalecer, assim vindo a ocorrer a sua morte.

12. Após, envolveu o recém-nascido numa toalha, que colocou dentro de um saco de plástico, colocando no seu interior um outro saco com a placenta e outros objectos que se encontravam embebidos em sangue.

13. Levou então o saco que continha o corpo do recém-nascido já sem vida, para o seu quarto, local onde o colocou ao lado de uma cómoda e onde permaneceu até ao dia 27 de Maio de 2009, altura em que foi encontrado pela sua irmã.

14. No dia seguinte aos acontecimentos atrás descritos, 9 de Abril de 2009, a arguida N... compareceu na escola que frequentava.

15. A conduta da arguida N... foi causa directa, adequada, necessária e exclusiva das lesões sofridas pelo recém-nascido, o qual nasceu de termo, apresentando, na data da autópsia, 1,938 Kg de peso e 51 cm de comprimento, sem malformações externas e internas aparentes, causando-lhe um sulco no pescoço, ao nível da laringe, único e

completo, horizontal, com 1 cm de largura, com sinal do nó na face lateral esquerda do pescoço.

16. Lesões que lhe vieram a provocar a morte, causada por asfixia por estrangulamento, por acção de natureza contundente no pescoço.

17. A arguida actuou deliberada, livre e conscientemente, com o propósito de tirar a vida ao seu filho.

18. Não obstante saber que o mesmo poderia ter outro destino, quer fosse consigo quer fosse com terceiros, através da adopção.

19. Mais sabia que o recém-nascido, naquelas circunstâncias, estava completamente indefeso, não podendo contar com a ajuda de ninguém para além da mãe, e sabendo que a sua conduta era adequada a causar-lhe a morte, como causou.

20. Contudo, tal facto não a coibiu de actuar da forma descrita, porque queria provocar a morte do recém-nascido, sabendo que a sua conduta era proibida por lei mas, nem por isso deixando de a concretizar.

21. A arguida agiu de forma livre, consciente e voluntária, sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei penal.

22. A arguida não praticou anteriormente qualquer facto pelo qual tenha sido criminalmente punida.

23. Depois de ter abandonado o sistema de ensino aos 18 anos a arguida iniciou um período de 4 anos de experiência laboral. Durante esse período a sua mãe faleceu com um AVC.

24. Com o falecimento da mãe a arguida 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.

25. Quando suspeitou que a arguida estava grávida o pai ameaçou-a que ou ela resolvia o problema ou punha-a fora de casa.

26. Durante a gravidez a arguida, 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.

27. Durante a pendência deste processo a arguida engravidou e teve uma filha.

28. Manifesta grande felicidade por esta maternidade, tendo agora apoio da família.²⁵⁶

O tribunal *a quo* considerou como não provados os seguintes factos, com interesse para a decisão:

“1. Durante a gravidez, em momento não concretamente apurado a arguida decidiu livrar-se da criança, matando-a após o seu nascimento.

256

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8128b9801996b3c18025788d003ad395?O=penDocument>

2. Ao esconder o cadáver da forma atrás descrita, a arguida pretendia posteriormente desfazer-se dele, fazendo-o desaparecer e não mais ser encontrado, o que bem sabia não estava autorizada a fazer.»²⁵⁷.

Ora, atendendo aos factos que o tribunal *a quo* considerou como provados e não provados, fundamentou a sua decisão, essencialmente na prova produzida em sede de audiência de julgamento, tendo considerado, acima de tudo, relevante e credível a confissão efectuada pela própria arguida, que confessou todos os factos apresentados, com excepção do momento da decisão de matar o seu filho logo que nascesse, que, de acordo com a arguida, não foi anterior ao parto.

O tribunal recorrido relevou, igualmente, o facto de a arguida ter afirmado que actuou da forma que ficou descrita por vergonha e por medo, atendendo ao meio social e familiar em se insere. Todo o comportamento da arguida durante todo o tempo de gestação foi confirmado pelas testemunhas.

No que se refere ao estado de espírito da arguida, o tribunal recorrido teve em consideração, além das declarações da própria arguida, o relatório psiquiátrico e o depoimento do médico psiquiatra que acompanhou a arguida na instituição em que esteve internada.

Com base nestes elementos, considerou que não houve premeditação, e para tal relevou o facto de a arguida não se ter livrado do cadáver do seu filho, embora tenha tido tempo e oportunidade para o fazer, sendo que “este facto, mais do que qualquer depoimento ou parecer, é uma janela para a mente da arguida. Mostra-nos que a sua atitude após o nascimento e após a consumação do facto voltou a obedecer aos mesmos padrões da fase anterior. Ou seja, denegação. Durante a gravidez a arguida comportou-se perante terceiros e perante ela própria como se não estivesse grávida. No momento do parto, por razões óbvias tal não foi possível, e ela foi confrontada com a esmagadora realidade do seu filho, vivo, nas suas mãos. Resolveu esse seu "problema", da forma que já vimos. E a partir daí, voltou a seguir a sua rotina diária normal, como se nada se tivesse passado, e com o saco de plástico contendo o cadáver do bebé, a cheirar mal, no chão do seu quarto, ao lado da cómoda.”²⁵⁸

O mesmo relatório refere, ainda, enquadrando cientificamente o estado psíquico em que a arguida se encontraria no momento em agiu da forma descrita, que a mesma se encontrava em estado de denegação, explicando que “«a notícia da gravidez constituiu para a N... um

²⁵⁷

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8128b9801996b3c18025788d003ad395?O=penDocument>

²⁵⁸ *idem*

choque emocional que funcionou como um factor de stress, uma vez que ela não queria nem se sentia preparada para engravidar, para além de ter ficado com muito medo das reacções do pai, nomeadamente que este a abandonasse, ainda que reconhecesse que aquele medo era excessivo e irracional. A reacção e o comportamento subsequentes (esconder a gravidez e agir como se não estivesse grávida) foram determinados pela actuação dum mecanismo de defesa que entra em acção perante factores de stress que são vivenciados com excessiva intensidade, como acontece quando algumas pessoas recebem a notícia duma doença grave ou da morte de alguém querido. Trata-se de um mecanismo designado por denegação. A denegação é portanto um mecanismo de defesa do Ego (que, por definição é inconsciente) que consiste na negação ou recusa em aceitar a existência de aspectos da realidade. Não é, bem entendido, uma decisão consciente que está em causa mas uma forma de pensar, sentir e agir como se aqueles aspectos de todo não existissem. Ao observarmos uma pessoa que esteja a usar esse mecanismo temos a sensação que está a mentir ou a fingir pois vemo-la negar o óbvio, mas do seu ponto de vista esses aspectos não existem mesmo». ²⁵⁹

Neste contexto, e concluindo o tribunal recorrido que a arguida se encontrava consciente dos seus actos, mas sem actividade reflexiva, ou seja, não tendo discernimento, no momento, para reflectir sobre o modo como estava a actuar, considerou o mesmo tribunal que não restavam dúvidas de que a arguida actuou com intenção de matar.

Considerou, ainda, e ao contrário do que havia sido indicado, que o facto de ter escondido o cadáver no quarto não demonstra que, após o parto, tenha voltado ao estado de denegação, mas sim que havia intenção de evitar que se descobrisse o que havia feito, escondendo o cadáver.

Dá, por isso, em parte, razão ao M. P. ao considerar que houve erro notório na consideração de dois factos como não provados, dado considerar que houve intencionalidade no escondimento do cadáver.

Quanto ao recurso da arguida, que invoca, principalmente, que houve erro na qualificação jurídica pois alega que os seus factos deveriam ter sido subsumidos ao crime de infanticídio, previsto e punido pelo artigo 136º do C.P., considera o Tribunal da Relação que, efectivamente, ocorreu omissão de pronúncia por parte do tribunal

259

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8128b9801996b3c18025788d003ad395?OpenDocument>

recorrido, na medida em que a arguida invocou em sua defesa que se encontrava sob influência perturbadora do parto, pelo que, estando confirmado, que estava, que o crime ocorreu após o parto, ou seja, o elemento temporal estava, assim, verificado, deveria ter sido averiguado, ainda que para o poder afastar, se a arguida se encontrava, ou não, sob tal influência perturbadora, averiguando, assim a possibilidade de subsunção ao crime de infanticídio.

Pelo que, e considerando que houve omissão de pronúncia por parte do tribunal recorrido, decidiu, no acórdão em análise, o reenvio do processo para novo julgamento “afim de se apurar se a arguida agiu sob a influência perturbadora do parto”²⁶⁰.

Para o tema do presente trabalho o que releva daqui não é o reenvio do processo para novo julgamento, que será analisado de seguida, mas sim o facto de o tribunal *a quo* não ter, sequer, considerado a hipótese de enquadramento no crime de infanticídio. O tribunal desconsiderou simplesmente a existência de tal crime no nosso ordenamento, o que é significativo da sua importância. Mas deixaremos as conclusões aqui afloradas para um momento mais à frente.

O processo, entretanto, correu os trâmites processuais subsequentes e, **em 11-10-2012, o Supremo Tribunal de Justiça** foi chamado a decidir sobre um recurso que foi interposto pela arguida, e **proferiu o Acórdão n.º 288/09.1GBMTJ.L2.S1**.

No recurso apresentado, a cuja interposição o STJ reconheceu o direito da arguida, esta, apesar de se conformar com o facto de os seus actos não se coadunarem com o crime de infanticídio, mas antes com o crime de homicídio simples, previsto e punido pelo artigo 131 do C. P., não se conformou com a pena concretamente aplicada dentro da moldura penal determinada pela atenuação especial, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 73º do C. P.. Considerava que o facto de ter a capacidade de autocensura diminuído devido aos sentimento de medo e de vergonha de que se soubesse que havia engravidado de um homem casado, e do impacto dessa situação na sua família e amigos.

Contudo, o STJ assim não entendeu e, através do acórdão acima referido, negou provimento ao recurso, confirmando a decisão do Tribunal da Relação, o qual lhe havia aplicado uma pena de seis anos de prisão, reduzindo a pena aplicada em sede de primeira instância, através da atenuação especial da pena.

²⁶⁰<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8128b9801996b3c18025788d003ad395?OpenDocument>

Refere o acórdão do STJ que “a finalidade primária da pena é a de tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, de reinserção do agente na comunidade. À culpa cabe a função de estabelecer um limite que não pode ser ultrapassado.”²⁶¹

Neste acórdão o mais interessante, contudo, é a declaração de voto que o Conselheiro Santos Carvalho faz, com voto vencido, e que é, do que foi possível apurar, a única vez que um juiz, neste caso um conselheiro do STJ, coloca a hipótese de se estar perante um crime de infanticídio. Esta declaração de voto é ainda mais inédita porquanto entende o Venerando Conselheiro que, apesar de a qualificação jurídica não ter sido colocada em causa em sede de recurso perante o STJ, uma vez que a arguida se conformou com a subsunção dos seus actos ao crime de homicídio simples, que, ainda assim, o STJ deveria ter-se pronunciado sobre esta questão dado ser “tribunal de revista e última instância, portanto, com dever acrescido de zelar pela boa aplicação do direito”²⁶².

O Conselheiro Santos Carvalho faz uma declaração de voto que é, na minha humilde opinião, uma excelente explicação e enquadramento do pensamento existente na nossa jurisprudência sobre o crime de infanticídio, com o respectivo enquadramento dentro no nosso ordenamento. Transporta, de um modo lógico e claro, a factualidade apresentada no âmbito do caso *sub judice*, tendo em conta os sentimentos vivenciados pela arguida e, principalmente, o seu estado emocional ao momento da prática dos factos, considerando que tais sentimentos não são um estado emocional causado pela influência perturbadora do parto, mas sim pelo desespero.

Diz o Conselheiro que “«embora a questão da qualificação jurídica dos factos não tenha sido colocada pela recorrente, fui de opinião que o STJ, na sua qualidade de tribunal de revista, de última instância, portanto, com o dever acrescido de zelar pela boa aplicação do direito, devia ter equacionado a hipótese de se estar, afinal, perante um crime de infanticídio (art. 136.º do CP) ou de homicídio privilegiado (art. 133.º do CP).

Na verdade, se a arguida, no momento do crime, atuou “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 reflexibilidade sobre o mesmo”, pode tê-lo concretizado ainda sob a influência perturbadora do parto.

²⁶¹<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06a9ac40c2b1161580257ad1005741a7?OpenDocument&Highlight=0,288%2F09>

²⁶²<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06a9ac40c2b1161580257ad1005741a7?OpenDocument&Highlight=0,288%2F09>

Não se contraponha que a arguida desde o início da gravidez elaborou esse desfecho como possível, pois o que os peritos médicos concluíram é que “adotou um mecanismo intelectual segundo o qual negava a si própria que estava grávida, agindo em estado mental condicionado pelo mecanismo de denegação”.

Por outro lado, a arguida vivia ainda em casa do pai, isto é, de algum modo sob a sua dependência moral e, em parte, material. Ora, existia uma “relação conflituosa com o seu agregado familiar nuclear, que perdurou até à descoberta do corpo do recém-nascido” e, “quando suspeitou que a arguida estava grávida o pai ameaçou-a que ou ela resolvia o problema ou punha-a fora de casa”.

Por isso, “durante a gravidez a arguida, por medo e por vergonha do impacto da sua situação junto da família e amigos”, desenvolveu um mecanismo psicológico de denegação da gravidez, que não é um processo voluntário e racional, mas inconsciente, que culminou, com a lógica própria desse quadro psíquico, com o homicídio, como forma de fazer desaparecer a principal prova de que poderia ter existido essa gravidez.

Isto é, a arguida agiu, de algum modo, dominada pelo desespero que a situação da sua gravidez acarretava, que era vivamente repudiada pela família próxima, tanto mais que fora originada por relações sexuais com homem casado.

Estas e outras considerações deviam ter sido equacionadas pelo STJ.

Mas também seria de considerar, agora em desfavor da arguida, que poderia ter-se socorrido, no devido tempo, do mecanismo da interrupção voluntária da gravidez, de forma legal, gratuita e sigilosa.

Não o tendo feito, por razões que não explicou, a sua ação não tem uma culpa tão diminuída que permita integrá-la, em rigor, no crime de infanticídio ou no de homicídio privilegiado, mas situa-se numa zona que se encontra no limiar dessas tipificações legais.

Daí que fosse mais ajustada uma pena que se fixasse entre os quatro e os cinco anos de prisão, pois enquadra-se no quadro da moldura abstrata da pena especialmente atenuada pelo crime de homicídio simples, mas também fica no patamar máximo da pena por aqueles crimes privilegiados.

A pena, porém, não seria suspensa na sua execução, por razões de prevenção geral, que se existem na maioria dos casos de crime de homicídio consumado, ainda que

com uma pena especialmente atenuada, para mais quando praticado na pessoa de um filho recém-nascido»)."263

Trata-se, sem dúvida, de uma declaração de voto que é uma lição de direito, e que, em poucas linhas, faz uma defesa do que pode ser um eficaz enquadramento de muitas das situações em que as arguidas invocam eventual perturbação para fundamentar a subsunção dos seus actos ao crime de infanticídio, beneficiando, desse modo, de uma moldura penal especialmente privilegiada.

Através desta simples, mas clara, apresentação, é fácil de ver como essas situações são, ou deverão ser, qualificadas juridicamente como homicídio privilegiado através do fundamento do desespero, que acima ficou sucintamente apresentada, dado ser esse o sentimento que tem sido manifestado pelas mães que matam os filhos à nascença, tentando evitar a censura.

A cláusula de honra, retirada na revisão do C. P. de 1995, continua, afinal, bem presente, através do desespero que estas mulheres vivenciam.

A nossa jurisprudência tem, como pudemos verificar pelo que ficou aqui apresentado, afastado, sistematicamente, a hipótese de aplicação do crime de infanticídio, e esse facto, como referi no início deste subcapítulo citando EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, deve ser tido em consideração pelo legislador.

O julgador, intérprete e aplicador das normas emanadas do legislador tem, nas situações perante as quais se vê confrontado em que pondera a aplicação do artigo 136.º, "a consciência de se mover entre uma possível qualificação homicida e pena leve do Infanticídio. Sabe que há uma solução salomónica e por vezes praticada: devolver o caso ao Homicídio Simples. Mas cada vez mais toma a decisão de projectar na decisão o problema que o Infanticídio coloca, o núcleo restrito, mas existente, de casos para o qual a lei foi pensada."264

²⁶³<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06a9ac40c2b1161580257ad1005741a7?OpenDocument&Highlight=0,288%2F09>

²⁶⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA, "Os homicídios", Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 319

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho consistiu na análise do artigo 136.º do CP, procedendo ao tratamento detalhado do tema do infanticídio, bem como ao respectivo enquadramento no âmbito dos crimes com ele relacionados.

Na concretização do presente trabalho procedeu-se à exposição do objecto de estudo considerando os conceitos relevantes, o respectivo enquadramento no quadro penal dos homicídios dentro do nosso ordenamento jurídico, bem como a referência aos princípios estruturantes desse mesmo ordenamento, com relevância directa para o tema em estudo.

Ao longo da investigação realizada fomos sendo confrontados com as dúvidas emergentes e com a necessidade de tomarmos posição relativamente a elas, procurando culminar na apresentação de soluções alternativas relativamente à realidade actual do nosso C.P., acreditando ser uma mais-valia da presente dissertação.

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.

Mas ensina-nos FIGUEIREDO DIAS 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 a agravar [...]”.²⁶⁵

Improcede, deste modo, qualquer possibilidade de classificar o Infanticídio como um crime específico, uma vez que aquele não fundamenta a responsabilidade do autor – que já se verifica pelo homicídio, simples, privilegiado ou qualificado –, nem serve para agravar essa responsabilidade já existente, uma vez que no caso do Infanticídio funciona precisamente no sentido inverso, para privilegiar de forma especial a responsabilidade da mãe que mata um filho nas circunstâncias definidas pelo legislador.

Não podemos, pois, 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

²⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 304

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 jurisprudência tem-se confrontado com essa dificuldade de prova. Mas tem, igualmente, percebido que os motivos que estão na origem do comportamento da mulher não se prendem com influência perturbadora do parto, mas com a representação da censura social, de exclusão social, quer relativamente ao meio social em que se inserem, quer mesmo relativamente ao núcleo familiar mais chegado, levando a mulher a entrar em desespero, sentindo-se num beco sem saída, sem opção.

O parto significa, como referiu o Acórdão de 19 de Novembro de 2007, do Tribunal da Relação de Guimarães (a que nos referimos acima), “o eclodir numa situação que foi lentamente – no decurso da gestação – cercado e aprisionando a arguida, tirando-lhe o necessário e imprescindível discernimento para uma adequada ponderação da situação por si vivida.”²⁶⁶

Condicionada pela pressão social de uma gravidez «mal vista» pela sociedade em que se insere, a mulher fica com um a percepção da sua liberdade de acção diminuída.

Nas situações em que os nossos tribunais se viram confrontados com a necessidade de ponderar a subsunção do comportamento da mulher ao tipo previsto no artigo 136.º acabaram, invariavelmente, por afastá-lo considerando como não provada a influência perturbadora do parto, mas antes que o comportamento da mulher continua, ainda hoje, apesar de a cláusula de honra ter sido eliminada com a reforma de 1995, a ser motivado por vergonha, por medo da censura e numa tentativa de defesa ou protecção da sua honra e da honra da família.

É o mesmo Acórdão que mencionámos antes, e que analisámos no presente trabalho, que o refere de forma clara ao referir que embora a ocultação da desonra tenha deixado de fazer parte do tipo privilegiado, ela “poderá ser sempre considerada pelo aplicador para efeito de medida da pena [...], e mesmo em circunstâncias excepcionais para efeito de atenuação especial, sem violação da dupla valoração”, encaminhando, depois o caso que estava em apreço, como os demais colocados perante decisão dos nossos tribunais, para o desespero, e punindo por homicídio privilegiado.

²⁶⁶<http://www.dgsi.pt/jtrq.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>

É, pois, este o entendimento que temos e que defendemos contrariando a doutrina dominante, uma vez que 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, uma vez mais, 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.

Como afirma TERESA PIZARRO BELEZA, “quanto à «influência perturbadora» do parto, a sua consagração como causa fortemente diminuidora da responsabilidade tem, quanto a mim, o perigo de reforçar a imagem da motivação biológica, e não racional, da mulher, por contraposição ao homem, também no que diz respeito a etiologia do acto de matar. A perturbação psicológica da mulher é vista apenas como fisiologicamente induzida, e não como realidade culturalmente construída.”²⁶⁷

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”²⁶⁸, quando da discussão na Comissão Revisora do Código Penal.

Diz-nos a autora que “o desaparecimento dele (do infanticídio), no actual sistema, poderia presumir uma maior censurabilidade ou perversidade da mãe infanticida, segundo a alínea a) do nº 2 do art. 132.º.”²⁶⁹

E conclui acreditar que “foi isto que principalmente se quis evitar. Se não deve a mãe puérpera (e não deve) beneficiar de presunção legal de culpa atenuada, não deverá igualmente onerá-la a presunção contrária, no outro extremo.”²⁷⁰

²⁶⁷ TERESA PIZARRO BELEZA, “A mulher no Código Penal de 1982”, in “Colectânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal”, Editora AAFDL, Lisboa, 2008, pág. 38

²⁶⁸ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 312

²⁶⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, página 312

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.²⁷¹

Temos pois, e como derradeira conclusão deste trabalho, 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.

Permito-nos, ainda, e para concluir, recorrer às palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, quando, «pensando» o papel do penalista, diz que “o penalista, como qualquer outro jurista, assume sempre o desempenho de um papel que, não poucas vezes, não é fácil de definir. Em primeiro lugar, a reflexão e o estudo de alguém que se dedica a uma disciplina do espírito impõe-lhe as regras do rigor, da seriedade e do respeito absoluto pelos cânones interpretativos e judicativos da sua disciplina dogmática. Mas, agora em segundo lugar, ao penalista, enquanto cultor do pensamento global do direito penal, também se lhe pede que reflecta sobre os temas novos que a realidade põe, que pondere sobre o sentido das soluções que a comunidade dos seus pares discute e que dê ou apresente soluções viáveis e credíveis ao legislador, dentro do quadro da legalidade e da correcta valoração dos bens ou valores em disputa. Por isso e em definitivo o penalista não pode ter um papel de passivo intérprete, por mais fulgurante que seja a sua interpretação, do direito positivo. Pede-se-lhe mais. Está na sua natureza, sem jamais abdicar daquilo que a dogmática solidificou, ir mais além: abrindo novas vias de reflexão; descobrindo sinais de novos sentidos, a partir dos dados do actual direito positivo; afirmando sempre, contudo, uma dose de ponderação, de equilíbrio e de adequação à realidade. O penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo mas antes o de o querer tornar mais humanamente vivível. Ao penalista deve-se-lhe, pois, exigir a virtude da contenção, da paciência e do estudo sem quebras.”²⁷²

²⁷⁰ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 312

²⁷¹ Neste sentido MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Os homicídios”, Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lda, Lisboa, 2012, página 313

²⁷² JOSÉ DE FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, in *“Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, páginas 799-800

Seguindo o ensinamento de FARIA COSTA, e com a humildade de um aprendiz de penalista, mas sempre coerente com o que neste trabalho ficou exposto, decorrente do estudo e ponderação do direito positivo e da necessidade da sua adequação à realidade, bem como da defesa, intransigente dos valores, parece-nos que o caminho a seguir será sempre o da eliminação do infanticídio enquanto tipo autónomo de crime, quer pelo facto de as reais motivações que levam a mulher a matar o filho no acto de nascimento se encontrarem previstas no artigo 133º, subsumindo-se à prática do homicídio por desespero, quer, ainda, pelo facto de, verificando-se a influência perturbadora do parto, nos termos que a doutrina tem apresentado, o comportamento da mulher não ser punível por inimputabilidade, dado se encontrar, no momento da prática do facto, incapaz de avaliar a ilicitude do seu comportamento ou de se determinar de acordo com essa avaliação, aplicando-se, necessariamente, o n.º 1 do artigo 20º do C.P..

Deste modo poderemos caminhar, lentamente, para um “mundo mais vivível”.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.^a ed. actualizada. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em direito penal. Coimbra : Livraria Almedina, 1994.

ALEXANDRINO, José de Melo - Diretos fundamentais : introdução geral. Estoril : Principia Editora, 2007.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de - Modelos de inimputabilidade : da teoria à prática. 1.^a ed., reimp.. Coimbra : Livraria Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 3.^a ed. Coimbra : Edições Almedina, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa - Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

AZARA, Antonio, dir. ; EULA, Ernesto, dir. - Novissimo digesto italiano. Torino : Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1962. V. 11.

BATISTA, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira - Notas ao código penal português. Coimbra : França & Arménio Editores, Arco de Almedina, 1917.

BATISTA, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira - Notas ao Código Penal Português. 2.^a ed.. Coimbra : França & Arménio, 1924. V. 3.

BECCARIA, Cesare Bonesana, marquês de - An Essay on Crimes and Punishments. Trad. Edward D. Ingraham. Philadelphia : Philip H. Nicklin, 1819.

BELEZA, Teresa Pizarro - A mulher no código penal de 1982. In DIAS, Augusto Silva [et al.] - Colectânea de textos de parte especial do direito penal. Lisboa : AAFDL, 2008. p. 29-54.

BELEZA, Teresa Pizarro - Direito das mulheres e da igualdade social – a construção Jurídica das Relações de Género. Coimbra : Almedina, 2010.

BELEZA, Teresa Pizarro - Direito Penal. Reimpressão. Lisboa : AAFDL, 2010. V. 2.

BRITO, Ana Bárbara de Sousa e - Sobre o lugar do princípio da culpa na Constituição portuguesa. In ALMEIDA, Luís Duarte d', org. [et al.] - Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário – estudos de direito e filosofia, Coimbra : Edições Almedina, 2009. p. 751-762.

BRITO, José de Sousa - Um caso de homicídio privilegiado. In DIAS, Augusto Silva [et al.] - Colectânea de textos de parte especial do direito penal. Lisboa : AAFDL, 2008. p. 7-27.

BRITO, Teresa Quintela de - Direito penal – parte especial : lições, estudos e casos. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

BRITO, Teresa Quintela de – Homicídio privilegiado: algumas notas. In ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, org. [et al.] - Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. p. 901-930.

CANOTILHO, J. J. Gomes ; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa anotada : Artigos 1º a 107º. 4.ª ed. revista. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. V. 1.

CARRARA, Francesco - Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa – parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie. 9.ª ed.. Firenze : Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1912. V. 1.

CARVALHO, Américo Taipa de - Direito Penal, parte geral - questões fundamentais, teoria geral do crime. 2.ª ed.. Coimbra : Coimbra Editora, 2008.

CORREIA, Eduardo - Direito Criminal. Reimpressão. Coimbra : Edições Almedina, 2010. V. 1.

COSTA, António Manuel de Almeida - Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal. Coimbra : Edições Almedina, 2014.

COSTA, José de Faria - Beccaria e o Direito Penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2015.

COSTA, José de Faria - O fim da vida e o direito penal. In ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, org. [et al.] - Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. p. 759-807.

COSTA, Nuno Gonçalves da - Infanticídio Privilegiado (contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal). Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. V. 30 (1987).

CUNHA, Maria da Conceição - "Constituição e crime" : uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto : Universidade Católica Portuguesa, 1995. ISBN 972-8069-06-5.

DIAS, Augusto Silva - Crimes contra a vida e a integridade física. 2.^a ed., revista e actualizada. Lisboa : AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Comentário Conimbricense do código penal, parte especial, artigos 131^o a 201^o. 2.^a ed.. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. T. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito penal, parte geral : questões fundamentais, a doutrina geral do crime. 2.^a ed.. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. T. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Liberdade, culpa, direito penal. Coimbra : Coimbra Editora, 1976. (Coimbra Editora ; 34).

DIAS, Jorge de Figueiredo ; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia. 2.^a reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva - Theoria do direito penal aplicada ao código penal português comparado com o código do Brazil, leis pátrias e leis criminaes dos povos antigos e modernos. Lisboa : Imprensa nacional, 1857. V. 7-8.

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. 4.^a reimpressão. Coimbra : Almedina, 2004.

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de - Direito penal português : parte geral. 2.^a ed.. Lisboa : Editorial Verbo, 1982. V. 1.

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de - Lições de direito penal, parte geral : a lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982. 4.^a ed.. Lisboa : Editorial Verbo, 1992. V. 1.

FERRI, Henrique - Princípios de direito criminal. Lisboa : FDL, 1931.

GARCIA, M. Miguez - O risco de comer uma sopa e outros casos de direito penal. Coimbra : Edições Almedina, 2011.

GONÇALVES, M. Maia - Código penal português anotado e comentado e legislação complementar. 6.^a ed. revista e actualizada. Coimbra : Almedina, 1992.

GONÇALVES, M. Maia - Código penal português anotado e comentado e legislação complementar. 8.^a ed. revista e actualizada. Coimbra : Almedina, 1995 .

GONÇALVES, M. Maia - Código penal português anotado e comentado. 17.^a ed. revista e actualizada. Coimbra : Almedina, 2005.

GONÇALVES, M. Maia - Código penal português anotado. 13.^a ed.. Coimbra : Almedina, 2007.

GUIMARÃES. Tribunal da Relação - Acórdão 1052/07-2, de 19-11-2007. Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães [Em linha]. Relator Estelita Mendonça. [Consult. 18 Jun. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument&Highlight=0,infanticidio>>.

HASSEMER, Winfried - Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. Penas y Estado. Barcelona. 1:1 (sep.-dic. 1991) 23-36.

HASSEMER, Winfried - História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. Lisboa : Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HENRIQUES, Leal ; SANTOS, Simas - Código Penal Anotado. 2.^a ed.. Lisboa : Editora Rei dos Livros, 1998. V. 2.

IGREJA CATÓLICA. Papa, 1978-2005 (João Paulo II) - Carta Encíclica Evangelium Vitae [Em linha]. Roma : Libreria Editrice Vaticana, 1995. [Consult. 18 Nov. 2017]. Disponível em WWW:<URL:http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>.

JAKOBS, Gunther - Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuelle Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich - Tratado de derecho penal : parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5.^a ed. Granada : Editorial Comares, 2002.

JORDÃO, Levy Maria - Commentario ao código penal português. Lisboa : Tipografia de José Baptista Morgado, 1854. T. 4.

KELSEN, Hans - A justiça e o direito natural. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra : Almedina, 2009.

LISBOA. Tribunal da Relação - Acórdão 1795/07.6GISNT.L1-9, de 11-03-2010. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa [Em linha]. Relator Fátima Mata-Mouros. [Consult. 25 Out. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dbbc1f2afd5445a88025770b0035a160?OpenDocument>>.

LISBOA. Tribunal da Relação - Acórdão 288/09.1GBMTJ.L1-5, de 29-03-2011. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa [Em linha]. Relator Jorge Gonçalves. [Consult. 25 Out. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8128b9801996b3c18025788d003ad395?OpenDocument>>.

MACHADO, Jonatas Mendes - Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra : Coimbra Editora, 2002.

MELO, Helena Pereira de - O genoma humano e o direito : determinismo vs. Liberdade. In CORREIA, Fernando Alves, coord. ; MACHADO, Jónatas M., coord. ; LOUREIRO, João Carlos, coord. - Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho : direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. V. 3, p. 515-544.

MORTATI, Constantino, dir. ; PUGLIATTI, Salvatore, dir. - Enciclopedia del diritto – inch-interd. Milano : Giuffrè Editore, 1971. T. 21.

MOURA, Bruno de Oliveira - Ilicitude penal e justificação : reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra : Coimbra Editora, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco - Derecho Penal Parte Especial. 14.^a ed. completamente revisada y puesta al día. Valencia : Tirant lo Branch, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco - Problemas actuales del derecho penal y de la criminología – estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Branch, 2008.

NEVES, João Curado - Indícios de culpa ou tipos de ilícitos?. In BRITO, Teresa Quintela de [et al.] - Direito Penal, parte especial : lições, estudos e casos. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

PALMA, Maria Fernanda - Direito penal, parte especial : crimes contra as pessoas. Lisboa : AAFDL, 1983.

PALMA, Maria Fernanda, coord. [et. al.] - Emoções e crime – filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra : Edições Almedina, 2013.

PEREIRA, Margarida Silva - Os homicídios. Lisboa : Edição Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 2012.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz - Curso livre de ética e filosofia do Direito. Cascais : Príncípa Editora, 2010.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - A categoria da Punibilidade na teoria do crime. Coimbra : Almedina, 2013. T. 2.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - Crime de Homicídio Privilegiado, Acórdão da Relação de Évora de 4 de Fevereiro de 1997. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 8:2 (Abril-Junho 1998) 279-300.

PORTUGAL. Ministério da Justiça - Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal : parte especial. Lisboa : Ministério da Justiça, 1979. Separata do Boletim do Ministério da Justiça.

PORTUGAL. Ministério da Justiça - Bases Jurídico-Documentais [Em linha]. Lisboa : IGFEJ. [Consult. 18 nov. 2013]. Disponível em WWW:<URL:www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Ministério da Justiça - Código Penal – actas e projecto da Comissão de Revisão. Lisboa : Ministério da Justiça, 1993.

PRATA, Ana ; VEIGA, Catarina ; VILALONGA, José Manuel - Dicionário Jurídico – direito penal, direito processual penal. 2.^a ed.. Coimbra : Almedina, 2010. V. 2.

RODRIGUES, Anabela Miranda - A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria - Derecho penal español – parte especial. 7.^a ed.. Madrid : Graficas Carasa, 1977.

ROXIN, Claus - Derecho penal – parte general : fundamentos, la estructura de la teoria del delicto. Tradução da 2.^a ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid : Editorial Civitas, 1997. T. 1.

ROXIN, Claus - Problemas fundamentais de Direito Penal. 3.^a ed.. Lisboa : Edições Veja, 2004. (Colecção Veja Universidade).

SERRA, Teresa - Homicídio qualificado – tipo de culpa e medida da pena. 4.^a ed. reimpressão. Coimbra : Almedina, 2003.

SILVA, Fernando - Direito Penal Especial, crimes contra as pessoas. Lisboa : Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

SILVA, Germano Marques da - Direito penal português : teoria do crime. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2012.

VEIGA, Raul Soares da - Sobre o homicídio no novo código penal, do concurso aparente entre homicídio qualificado e homicídio privilegiado. Revista Jurídica. Nova série, 4 (Out.-Dez. 1985) 15-56.