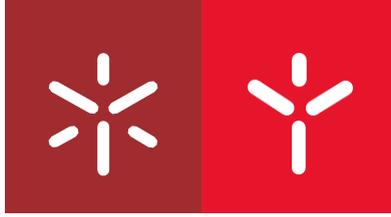


Universidade do Minho
Escola de Direito

Inês Maria Ferraz Viana

**A culpa no crime de infanticídio: o caso
especial de filho gerado através de ato
sexual não consentido**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Inês Maria Ferraz Viana

A culpa no crime de infanticídio: o caso especial de filho gerado através de ato sexual não consentido

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Mário Ferreira Monte

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelos sucessos, pelas conquistas e pela vida!

Aos meus avós, pelos ensinamentos!

Ao João e à Lu, por me ajudarem a crescer.

À Cátia, pelo exemplo de resiliência.

Ao Matias e à Mariana, por me lembrarem a importância de sermos genuínos.

Aos meus padrinhos, por acompanharem o meu percurso.

Ao Vasco, por nunca me largar a mão.

Ao João e ao Carlitos, por serem como irmãos.

Aos meus amigos, por sempre percorrerem o caminho comigo.

Ao Prof. Doutor Mário Ferreira Monte, pelos conhecimentos, disponibilidade e atenção.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

*“Na realidade, é o homem como ser
sensível que aparece sempre como
objeto de tutela penal e, por isso, de
todo o crime.”*

Kessler

*“A justiça não consiste em ser
neutro entre o certo e o errado,
mas em descobrir o certo e
sustentá-lo, onde quer que ele se
encontre, contra o errado.”*

Theodore Roosevelt

RESUMO

Na presente dissertação pretende-se analisar, de forma rigorosa e extensiva, no que consiste, juridicamente, o crime de infanticídio. Neste sentido, far-se-á uma abordagem histórica da sua criminalização e bem assim o estudo do seu atual enquadramento no Ordenamento Jurídico Português.

Através de uma investigação sempre pautada pelos princípios da culpa no Direito Penal Português, concretizar-se-á ainda o que seja a “Influência Perturbadora do Parto” consagrada pelo legislador. Em parte, a investigação consistirá no estudo das perturbações psicológicas gestacionais e pós-parto, por forma a compreender os motivos que levam à prática do ilícito.

Colocar-se-á ainda em discussão a circunstância especial desta mulher ter sido vítima de violação da qual resultou a sua gravidez, pretendendo-se com isto determinar os moldes em que decorrerá o julgamento e quais os meios probatórios utilizados para o efeito, sendo esta a verdadeira problemática a ser respondida.

Para tal efeito, far-se-á um estudo constantemente pautado pela interdisciplina entre as Ciências Sociais e as Ciências Humanas, com o que se pretende dar uma resposta mais abrangente e completa a esta problemática.

Palavras-chave: infanticídio, influência perturbadora do parto, perturbações pré e pós-parto, prova pericial, violação.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to analyze, in a rigorous and extensive way, what the crime of infanticide legally consists of. In this sense, a historical approach to its criminalization will be made, as well as a study of its current framework in the Portuguese Legal System.

Through a study always guided by the principles of guilt in Portuguese Criminal Law, a study of what is the "Disruptive Influence of Childbirth" enshrined by the legislator will also be carried out. In part, the investigation will consist of the study of gestational and postpartum psychological disorders in order to understand the reasons that lead to the practice of the illicit.

The special circumstance of this woman having been the victim of the rape that resulted in her pregnancy will also be discussed, with the intention of determining the manner in which the trial will take place and which evidence will be used for this purpose, this being the real problem to be answered.

For this purpose, a constant study will be carried out based on the interdisciplinary between the Social Sciences and the Human Sciences to giving a more complete answer to the problem presented.

Keywords: disturbing influence of childbirth, expert evidence, infanticide, pre and postpartum disorders, rape.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO I – O CRIME DE INFANTICÍDIO NA HISTÓRIA	18
1.1. Evolução histórica	18
1.1.1. Período greco-romano.....	18
1.1.2. Período intermédio	19
1.1.3. Período moderno	20
1.2. O crime de infanticídio no direito penal português	21
1.2.1. O anteprojeto de Eduardo Correia	22
1.2.2. A reforma de 1995 e a retirada da “cláusula de honra”	23
CAPÍTULO II – O CRIME DE INFANTICÍDIO COMO TIPO LEGAL	25
2.1. O infanticídio e os demais crimes contra a vida	30
2.1.1. Homicídio simples (art.131.º do CP)	30
2.1.2. Homicídio qualificado (art.132.º do CP)	31
2.1.3. Homicídio negligente (art.137.º do CP)	33
2.1.4. Homicídio privilegiado (art.133.º do CP).....	34
Capítulo III – A CULPA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS	37
3.1. Evolução e pressupostos do conceito de culpa jurídico-penal	37
3.2. Demonstração da culpa em sede judicial	41
3.2.1. Prova pericial.....	42
CAPÍTULO IV – A CULPA NO CRIME DE INFANTICÍDIO	45
4.1. A influência perturbadora do parto	45
4.1.2. As perturbações pré e pós-parto.....	48
4.1.3. A prova da “influência perturbadora do parto”	58
CAPÍTULO V – ATO SEXUAL NÃO CONSENTIDO	61
5.1. Violação	62

5.1.1. Evolução histórica.....	62
5.1.2. Análise do art.164.º do CP.....	64
5.1.3. A vertente psicoemocional da vítima.....	67
CAPÍTULO VI – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROBLEMÁTICA	69
6.1. Jurisprudência internacional.....	69
6.1.1. O caso de Andrea Yates	69
6.2. Jurisprudência nacional.....	70
6.2.1. Acórdão do TRP proferido a 23.10.2013 no processo 423/10.7JAPRT.P1	70
6.2.2. Acórdão do TRP proferido a 10.01.2018 no processo 150/11.8JA AVR.P1	71
6.2.3. Acórdão do TRG proferido a 19.11.2007 no processo 1052/07-2	73
6.2.4. Acórdão do STJ proferido a 11.10.2012 no processo 288/09.1GBMTJ.L2.S1	74
6.3. Conclusões da análise jurisprudencial.....	76
CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA	83

ABREVIATURAS

CP	Código Penal
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
Et. al.	<i>Et alii</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
N.º	Número
Op. cit.	<i>opus citatum</i>
P. e P.	Previsto e Punido
P.	Página
PP.	Páginas
PTSD	Post Traumatic Stress Disorder (Perturbação de Stress Pós-Traumático)
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

Com a elaboração da presente dissertação pretende-se expor e analisar criticamente, no seio do sistema jurídico português e segundo as posições doutrinárias e jurisprudenciais, o conceito e os pressupostos do crime de infanticídio consagrado no art.136.º do CP. No essencial, proceder-se-á a uma elucidação do que seja a culpa no Direito Penal no geral e a culpa aludida na previsão legal do infanticídio em especial.

Neste sentido, e numa tentativa de compreender o contexto em que o crime de infanticídio surge e se insere, far-se-á, antes de mais, um estudo da sua evolução histórica, penalização e razão de ser, pretendendo-se com isto enquadrar o crime nos valores da sociedade atual, justificando assim a necessidade da sua autonomização.

Como não poderia deixar de ser, em sede própria, proceder-se-á, igualmente, à análise do tipo legal do crime de infanticídio e à respetiva distinção face aos restantes crimes de homicídio, expondo, neste sentido, as suas diferenças e semelhanças e clarificando os pressupostos da sua atuação. Em consonância com o referido estudo, tentaremos dar resposta ao que seja a culpa no crime de infanticídio, expondo-se os meios de prova a utilizar em sede processual, tendo sempre presente a indispensável aplicação, na resposta a esta problemática, das Ciências Humanas, como a Medicina e a Psicologia.

Introduzido e analisado extensivamente o crime de Infanticídio, cumprirá, de imediato, proceder para a exposição da evolução histórica do crime de violação, seja através da distinção face ao crime de coação sexual p. e p. no art.163.º do CP, seja através da determinação da culpa que lhe está associada. Colocar-se-á ainda em discussão o caso especial de mulher vítima de violação da qual resulte uma gravidez, com o intuito de avaliar o seu estado psíquico e a possibilidade de desenvolvimento de *stress* pós-traumático, bem como das perturbações associadas a esse seu estado gravídico.

Pretender-se-á, assim, avaliar as necessárias consequências que a violação poderá ter no comportamento criminoso da mulher para com o seu filho e na possibilidade de diminuição da sua culpa por “influência perturbadora do parto”.

Como facilmente se depreende, mesmo a mulher que mata o filho durante ou logo após o parto e que, por isso, atua necessariamente segundo uma forte influência de fatores biológicos e sociais negativos, deve ser punida pelo seu comportamento. Não obstante, esta punição pressupõe a consideração de uma série de circunstâncias que rodeiam o crime, configurando-se especialmente complexo o entendimento da “influência perturbadora do parto” consagrada pelo legislador.

Destarte, o verdadeiro desafio da presente dissertação será a junção da problemática da gravidez fruto da violação com a prática do crime de Infanticídio, pretendendo-se, no essencial, determinar as circunstâncias em que esta mulher deverá ser julgada e quais os meios processuais utilizados para o efeito.

CAPÍTULO I – O CRIME DE INFANTICÍDIO NA HISTÓRIA

O crime de infanticídio, consagrado expressamente nos dias de hoje no art.136.º do CP português, sempre ocorreu ao longo da história, mesmo antes de se punir juridicamente o comportamento. Desde a pré-história que este se encontra documentado, seja para a mulher omitir uma gravidez alheia ao casamento, seja por carência monetária, seja por malformações do bebé.

Não obstante, qualquer que seja a motivação prévia à prática do crime, não será possível ficar indiferente à crueldade do ato, o mais que não seja porque atenta contra as regras próprias da natureza e da moral.

Esta disparidade entre o comportamento praticado pela mulher e as motivações que lhe são prévias implicaram fortes alterações na sua análise jurídica ao longo da história, ora considerando-o como um crime brutal e colocando-o no patamar de um homicídio qualificado, ora julgando-o compreensível, privilegiando-o.

Na realidade, o que se denotará *infra* com o estudo da figura do infanticídio na história prende-se com a alteração do mesmo de sociedade para sociedade e de época para época, existindo sempre na base motivos de índole económica, social e cultural.

Dito isto, facilmente se conclui que a análise deste crime nunca poderia ser concretizada sem que previamente se fizesse uma reflexão jurídico-moral do pensamento histórico nos três principais períodos: o período Greco-Romano, o período Intermédio e o período Moderno.

1.1. Evolução histórica

1.1.1. Período greco-romano

Na Grécia Antiga, o pai representava a figura *major* do ambiente doméstico, sendo-lhe permitida a tomada unilateral das decisões fundamentais e corriqueiras da vida familiar. Como figura soberana, não se lhe conhecia superioridade hierárquica, devendo a família subjugar-se às suas ordens¹.

Este poder sobre a família permitia-lhe, aliás, dispor da vida dos próprios descendentes, fosse por razões de índole médica, como má formações congénitas, fosse por motivos de desonra familiar. O

¹ SOUZA, Elis Christina Alves de, “*A impertinência da manutenção do crime de infanticídio na configuração atual*”, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, Dissertação de Mestrado, p.14.

pai de família possuía, portanto, o designado “*ius vitae et necis*”, ou seja, o direito da vida e da morte daqueles que dele fossem dependentes.

No entanto, este seu poder ilimitado veio, mais tarde, a ser condicionado, porquanto a licitude deste comportamento passou a sujeitar-se à validação do designado “*consilium domesticum*”².

Verificou-se, pois, um primeiro momento de absoluto poder do pai de família em relação aos filhos, detendo este a capacidade de decidir, segundo os seus próprios julgamentos, o destino dos mesmos, sem que o homicídio por si executado pudesse ser punido. Num segundo momento, já fortemente influenciado pela religião cristã, o poder absoluto do pai de família esvaneceu-se, ficando dependente da validação do referido núcleo familiar.

Com o surgimento do cristianismo e com a sua forte influência no Direito Romano, o conceito de parricídio já existente – crime de homicídio cometido contra o próprio pai – veio mesmo a estender-se ao homicídio contra filhos e demais descendentes na linha reta - muito embora não fosse ainda aplicável ao *pater familias*³ - submetendo-se este comportamento à pena de *cuello*.⁴ Não obstante, este crime não era isoladamente considerado, acrescentando Levy Maria Jordão que “o direito romano (...) fazia-o entrar na regra geral da lei *Cornelia de sicariis*, e mais tarde na da lei Pompeia de parricidiis^{5/6}

1.1.2. Período intermédio

No decurso da Idade Média, a influência cristã reforçou-se, em especial no tratamento dado ao crime e ao criminoso. Os ideais da Igreja Católica vieram vincar a ideia de que a criança é dotada de alma e que, nesses termos, a sua vida deveria ser digna da mesma proteção.

No seguimento deste pensamento, o ato pelo qual se matasse um recém-nascido era severamente censurado e punido, em especial se se tratasse de criança não batizada, já que tal facto, no seio religioso que tanto impacto detinha na organização da sociedade da época, implicava que a vítima não pudesse usufruir de uma vida eterna.

²O *Consilium Domesticum* apresentava-se como um conselho consultivo da Era Romana composto por parentes do *paterfamilias* a que este recorria antes de exercer o seu poder absoluto sobre os membros da sua família (“*ius vitae et necis*”).

³ JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, tomo IV, Lisboa, 1854, pp. 53 e 54.

⁴ Nesta questão, RIBEIRO, Fernando José Martins Barbosa, “*O crime de infanticídio: análise forense sobre a influência perturbadora do parto*”, Lisboa, Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2015, Dissertação de Mestrado, pp. 15 e 16.

⁵ Segundo a *Lex Pompeia de Parricidiis* “aquele que estava convencido do crime de parricídio era açoutado com varas até à efusão de sangue, e depois colocado num saco de couro com um cão, um macaco, um galo, e uma víbora, e neste estado lançado no mar, ou no rio mais próximo (...), a fim de que o parricida, que ofendeu a natureza pelo seu crime, seja privado do uso de todos os elementos; a saber, da respiração do ar, estando aí vivo; da água estando no meio do mar, ou de um rio; e da terra, que não podia ter por sepultura”.

⁶ JORDÃO, Levy Maria, *op. cit.*, pp. 53 e 54.

Não obstante a maior atenção dada e a mais grave punição associada ao ato⁷, a partir de meados do séc. XV a prática deste crime por parte da mãe biológica cresceu exponencialmente, concluindo-se mais tarde que o motivo que as levava a omitir a gestação e posteriormente o nascimento da criança prendia-se com a desonra social associada a um filho bastardo.

A impunidade, acrescida da dificuldade de prova do crime, culminando uma grande maioria das vezes numa absolvição da mulher, impulsionou Henrique II a estatuir que a mera omissão da gestação e do parto eram já indícios suficientes para presumir que a morte do recém-nascido se deveu a ação dolosa da mãe. Denotava-se ainda, no entanto, uma manifesta falta de clareza na distinção do infanticídio dos restantes crimes, o que provocava uma frequente confusão deste com os restantes homicídios e com o aborto⁸.

Ao contrário das legislações portuguesa, inglesa e francesa que continham ainda uma grande falta de rigor na comprovação e condenação da mulher acusada de infanticídio, a alemã detinha orientações técnicas e objetivas para a condenação, fosse a necessidade de uma legal constatação do que havia sucedido ao bebé, nomeadamente se havia ou não nascido vivo, fosse a exigência de que a acusada confessasse o seu ato ilícito.

1.1.3. Período moderno

O período moderno, fortemente influenciado pelas ideologias do Direito Natural e do Iluminismo, implicou uma grande alteração na caracterização do crime de Infanticídio, passando a considerar-se relevante o estado psíquico da mulher, introduzindo nomeadamente o privilégio na avaliação da sua culpa.

Na época, o reforço no estudo do infanticídio tinha forte ligação político-social, drasticamente influenciado pela vontade de combater as regalias, as luxúrias e a impunidade da nobreza⁹. A partir deste período, a argumentação utilizada para a justificação, ou, pelo menos, para a diminuição da crueldade

⁷ As sanções aplicadas às mulheres infanticidas podiam mesmo concluir-se na pena de morte. Com Carlos V, ao infanticídio foi aplicada especial sanção com a *Constitutio Criminalis Carolina*: “As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam a vida e membros, são enterradas vivas e empaladas segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitoria seja dilacerada com tenares ardentes”.

⁸ SOUZA, Elis Christina Alves de, *op. cit.*, p.17.

⁹ Note-se que no período moderno tornou-se público que a grande maioria dos crimes de infanticídio coincidiam com gravidezes indesejadas fruto de abusos sexuais de membros da nobreza para com mulheres de classes sociais inferiores. Temendo os maus tratos dos familiares e a perda do trabalho com a descoberta da gravidez, as mulheres optavam por matar o recém-nascido.

do ato, assentava em questões de honra, de más formações do bebé e, ainda, do baixo poder económico que o nascimento de uma criança só viria agravar.

A sensibilidade aos motivos da mãe infanticida era de tal ordem que, muito embora a pena de morte estivesse prevista neste crime no primeiro Código Penal francês, os tribunais, na grande maioria, não a aplicavam. Tanto assim se verificava que em 1824, a pena de morte para a infanticida foi substituída por trabalhos forçados perpétuos com possibilidade, a partir de 1832, do júri francês considerar fatores atenuantes na determinação final da pena.

De notar, no entanto, que este período moderno não provocou, em algumas legislações, quaisquer alterações, com especial enfoque para o Ordenamento Jurídico Inglês onde permaneceu a pena de morte como pena capital¹⁰.

1.2. O crime de infanticídio no direito penal português

A codificação das normas penais em Portugal veio a sofrer fortes alterações desde a aprovação do primeiro CP português em 1852. De facto, foi com a elaboração deste que a justiça portuguesa viu serem estabelecidos os crimes e penalizados os seus agentes, de forma clara e objetiva.

Evidentemente, o crime de infanticídio não foi exceção, encontrando a sua consagração no art.356.º com a seguinte redação: *“Aquelle, que commetter o crime de infanticidio, matando voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro em oito dias depois do seu nascimento, ser punido com a pena de morte.*

& único. No caso de infanticidio commettido pela mãe, para occultar a sua deshonra, ou pelos avós maternos para occultar a deshonra da mae, a pena será a de prisão maior temporária”.

Como se denota de imediato, o primeiro legislador penal português foi já sensível aos fatores atenuantes da culpa na prática deste crime, fundados na importância social que a honra assumia na época, apresentando-se de tal ordem que o temor do escrutínio público impulsionava as mulheres a ultrapassar o vínculo materno-fetal para ocultar a existência do próprio filho.

Partindo precisamente desta realidade e não ficando alheia a ela, a lei, como bem afirma Levy Maria Jordão¹¹, “julgo que no combate dos dois sentimentos, o da honra e do amor maternal, podia prevalecer o primeiro; que a mãe obedeceu à violência que a agitava no meio das paixões contrárias que perturbavam o seu espirito, e que por isso atenua-lhe a criminalidade. E em verdade uma donzela

¹⁰ SOUZA, Elis Christina Alves de, *op. cit.*, p.18-19.

¹¹ JORDÃO, Levy Maria, *op. cit.*, p.55.

honestas que por sua fraqueza não souberam evitar os escolhos da sedução, conhecem a nódoa que o mundo há-de lançar na sua falta; quanto mais virtuosa, mais a atormentará o remorso, e quanto mais influírem nela os costumes públicos, tanto mais se disporá a sacrificar tudo para conservar a sua reputação”.

Destarte, o fundamento da menor culpa da mãe assentava na época em questões de honra e reputação que culminavam num “estado de semi-inimputabilidade, causando uma reação instintiva”¹².

Esta tendência manteve-se no CP de 1886 sofrendo apenas algumas modificações fruto das sucessivas reformas do anterior Código, assumindo o antigo art.356.º a seguinte redação: “*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 de vinte a vinte e quatro anos*”, consagrando ainda no parágrafo único que “*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 de dois a oito anos*”.

As reformas neste CP no que concerne ao crime de infanticídio importaram, essencialmente, uma alteração na medida da pena, substituindo-se “*a pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos*” por “*pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degrêdo por vinte anos com prisão no lugar do degrêdo até dois anos, ou sem ela, conforme parecer ao juiz, ou, em alternativa, com a pena fixa de degrêdo por vinte e oito anos com prisão no lugar do degrêdo por oito a dez anos*”. No parágrafo único, as reformas implicaram, igualmente, uma alteração da pena prevista passando esta a concluir-se em “*prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária*”.

Uma menção interessante referente à época prende-se com um acórdão do STJ, de 30 de novembro de 1960, proferido no âmbito do processo n.º 30493, onde se surpreendia já uma evolução do pensamento jurídico através da consideração do crime de infanticídio praticado por omissão. Neste acórdão afirmava-se, então, perentoriamente que “*é subsumível a um crime de infanticídio, cometido por omissão, a conduta daqueles que, com o fim de darem a morte a um recém-nascido, omitem os deveres de assistência elementares em tais circunstâncias, e que a todos incumbem, mas especialmente aos pais, nos termos do art.º 137.º do Código Civil*”.

1.2.1. O anteprojeto de Eduardo Correia

Nos anos 60, aquando da elaboração do seu Anteprojeto, Eduardo Correia debruçou-se sobre a norma do infanticídio que vinha já sofrendo algumas alterações fundadas em questões jurídico-sociais.

¹² SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial – Crimes contra as pessoas*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2008, p. 132.

Por um lado, a maior proteção da vida colocava de parte “a legitimidade de retirar efeitos do carácter precário da vida de um recém-nascido, punindo menos por esse facto quem atente contra ela”¹³. Por outro, o distanciamento social dos ideais liberais implicava um desajuste da “cláusula de honra”, porquanto o julgamento social da mãe pela circunstância de ser solteira já não se manifestava com o mesmo relevo no final dos anos 60.

Não obstante, Eduardo Correia não deixou cair na totalidade a “cláusula de honra”¹⁴, acrescentando apenas à letra da lei outra circunstância diminuidora da culpa: a perturbação do parto. A verdadeira alteração prendeu-se com este fator inovador, pese embora mantendo-se a presunção da culpa menor fundada na honra¹⁵. Eduardo Correia veio exigir a prova dessa culpa diminuída se o critério base se fundasse na influência perturbadora do parto.

Outra questão igualmente inovadora teve que ver com a retirada da extensão do privilégio a outros familiares, ainda que o fizessem para proteção da honra da própria mãe.

Destarte, o Anteprojeto de Eduardo Correia, tornado lei em 1982, manteve ainda algumas semelhanças com os Códigos anteriores, conservando a cláusula de honra e a presunção a si associada, o que justifica a referência jurisprudencial do Código Liberal na década de 80, em especial no que se reporta ao prazo objetivo para aplicação do tipo – “*oito dias após o parto*”.

A verdadeira diferença, como *supra* se constatou, prende-se, pois, com a ideia de que a mãe puérpera não é, na verdade, débil de raiz, mas antes circunstancialmente débil. Nos anteriores Códigos, a mãe era tida como alguém com menor capacidade de controlo estrutural “que o parto mais não faz do que trazer à superfície”¹⁶. Com o Código de 1982, a mãe apresenta-se somente como momentaneamente frágil, à qual se aplicam os princípios gerais da culpa, mesmo que esta se apresente diminuída.

1.2.2. A reforma de 1995 e a retirada da “cláusula de honra”

A reforma de 1995 veio alterar profundamente as ideologias associadas ao crime de infanticídio, surgindo, uma vez mais, Figueiredo Dias a exigir a prova da menor culpa da mãe, impondo a queda da

¹³ PEREIRA, Maria Margarida Siva, *Direito Penal II – Os Homicídios*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007, p. 167.

¹⁴ Embora seja certo que questões de honra social não tinham já o mesmo peso nos anos 60 face ao período liberal do séc. XIX, o julgamento da mãe solteira em “praça pública” não tinha desaparecido. No entanto, a mudança gradual de mentalidades e o Anteprojeto de Eduardo Correia impulsionaram uma verdadeira discussão doutrinária sobre a relevância da “cláusula de honra” que viria a culminar com a sua retirada na reforma de 1995.

¹⁵ Figueiredo Dias, na sua proposta, veio defender a prova da culpa no privilegiamento fundado na honra, pretendendo fazer desaparecer a presunção existente.

¹⁶ PEREIRA, Maria Margarida Siva, *op. cit.*, p. 170.

presunção associada à cláusula de honra e defendendo, o que veio efetivamente a verificar-se, a retirada da “Cláusula de Honra”, porquanto esta já não se enquadra no pensamento jurídico-social.

De facto, por consequência de um conjunto de revoluções histórico-culturais, seja ao nível da mentalidade, seja da relevância social, a afirmação da mulher na década de 90 permitiu a sua emancipação e a sua liberdade sexual, não mais subsistindo, como nas épocas anteriores, um julgamento da mulher que mantivesse relações sexuais fora do casamento¹⁷.

Por conseguinte, a ausência da pressão social sobre a mulher como até então sucedia, impulsionou um conjunto de considerações acerca da manutenção da honra como causa diminuidora da culpa, assim se concluindo que a sua permanência era já desproporcional e desajustada, não podendo mais considerar-se tal desculpabilização a não ser por razões de alteração psíquica do parto, as quais se exige que sejam demonstradas e provadas, que dificultem a correta avaliação da mulher no momento do homicídio, que imponham a consideração de que a mulher não se encontrava capaz de reconhecer o recém-nascido como seu filho, associando-o “ao estado de perturbação em que se encontra”¹⁸.

De notar que a retirada da “cláusula de honra” não importa a desconsideração em absoluto da possibilidade da mulher puérpera poder matar o filho sob perturbação psicológica para ocultar a desonra, no entanto, esta ponderação deve ser efetivada em sede do art.133.º, nomeadamente, em sede de interpretação do “motivo de relevante valor social ou moral” aí expressamente consagrado.

¹⁷ Cf. SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 134.

¹⁸ *Ibid.*, p. 135.

CAPÍTULO II – O CRIME DE INFANTICÍDIO COMO TIPO LEGAL

O crime de homicídio constitui a base de todos os crimes contra a vida previstos no Capítulo I, do Título I do Livro II do CP, tendo sido a partir deste que o legislador construiu os demais. De resto, “o tipo de ilícito objetivo constante do art.131.º basta para caracterizar o conteúdo essencial do ilícito de todos os crimes contra a vida de pessoa já nascida, sendo o mesmo em qualquer deles (...) o bem jurídico protegido: **a vida de outra pessoa já nascida**”¹⁹.

Partindo deste pressuposto, torna-se verdadeiramente imprescindível, para assegurar o preenchimento do tipo legal, determinar o momento em que a pessoa adquire a qualidade de pessoa já nascida, bem assim como o momento em que se verifica o termo da vida.

A determinação do início da vida revela-se especialmente fulcral, não apenas porque a fixação deste marco permite determinar o momento a partir do qual passa a existir vida humana e, por conseguinte, quando ocorre o seu fim para efeitos de enquadramento no crime de homicídio, mas igualmente porque este marco possibilita fixar o fim da vida intrauterina e a passagem para a vida formada.²⁰ No âmbito do que se acha previsto no CC, em especial no art.66.º, n.º 1, a vida inicia-se com o “nascimento completo e com vida”, ou seja, considera-se existir vida humana, para efeitos legais, desde o momento em que o parto origina o nascimento com vida.

Pese embora o previsto no Direito Civil substantivo, a tese defendida e mais fortemente sustentada em matéria jurídico-penal assenta na teoria de que a vida não se inicia com o “nascimento completo”, mas com o início deste²¹. “Ora a verdade (...) é que o fim da proteção da norma do homicídio impõe que a morte seja dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um aborto”²². Subsiste, aliás, um argumento textual neste sentido, explícito na disposição legal do art.136.º do CP, que prevê que a mãe que matar o seu filho durante o parto, embora o processo de nascimento não esteja ainda completo, preenche, pelo seu comportamento, o tipo legal do crime de *infanticídio*. Acresce ainda que o crime de aborto, previsto no art.140.º do CP, é

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2012, p. 4.

²⁰ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 34.

²¹ Aliás, o acolhimento da doutrina civilista em matéria de início da personalidade jurídica implicaria uma total desproteção da criança, porquanto o momento do parto constitui um período especialmente perigoso e delicado em que mãe e filho se encontram sujeitos à intervenção de terceiros. A possibilidade de ocorrerem lesões na criança em virtude da atuação desses terceiros, por exemplo médicos, é acrescida, justificando-se uma tutela legal mais alargada. De facto, se não se considerasse o início da vida no momento em que o parto se inicia, a criança seria tida ao longo deste procedimento como vida intrauterina, estando protegida única e exclusivamente pelo crime de aborto que nem sequer permite a punição do agente a título negligente, ficando impune qualquer ato negligente de terceiro que implique a morte da criança no decurso do parto.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 8.

expressamente considerado contra a vida intrauterina o que importa que o crime se efetiva antes do processo de nascimento, querendo e logrando conseguir o legislador distinguir crime cometido contra a vida antes do início do processo de nascimento e crime cometido contra a vida após o seu começo²³.

Ora, se para efeitos do preenchimento do tipo objetivo do homicídio, a vida humana tem início com o começo do procedimento de parto, o seu fim verifica-se com a morte²⁴ definida para o efeito, no art.2.º da Lei 141/99, de 28 de agosto, ou seja, com a verificação da “cessação irreversível das funções do tronco cerebral”²⁵.

A adoção do critério da morte cerebral, em detrimento do da cessação das funções vitais e do critério utilitarista²⁶, tem sido acolhido por médicos e juristas, sendo aquele que permite que a recolha de órgãos seja feita sem que se cometa qualquer crime de homicídio ou ofensa à integridade física sobre a vítima e sempre salvaguardando a viabilidade e qualidade da recolha e dos órgãos recolhidos. Acresce ainda que havendo uma falência irreversível do tronco cerebral, ao médico é permitido, sem consequências legais, a interrupção de qualquer tratamento – não havendo mais vida, deixa de existir a obrigação que lhe é imposta de a salvar - bem assim como a cessação do funcionamento de máquina a que a vítima esteja ligada e através da qual mantenha apenas as funções vitais.

Destarte, a doutrina estabelece, *ab initio*, os limites temporais de duração da vida humana, definindo que todos os crimes contra a vida consagrados no CP, como tal considerados, apenas podem ser praticados contra outra pessoa desde o momento em que o processo de nascimento se inicia até àquele em que medicamente se verifica e constata a morte irrecuperável do tronco cerebral.

Dito isto, assente fica a ideia de que todos os crimes contra a vida consagrados nos arts. 131.º a 137.º do CP se concretizam “com a morte de outra pessoa, isto é, com o causar, por ação ou por omissão, da morte de pessoa diferente do agente”²⁷, importando, no entanto, distingui-los no tipo objetivo e subjetivo do ilícito.

²³ O processo considera-se iniciado quando se verificam “contrações ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão do feto (DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 9).

²⁴ Questão de especial relevo na doutrina jurídico-penal com a evolução médico-científica na obtenção de órgãos para transplantação, porquanto os efeitos legais da colheita de órgãos em vivos e em cadáveres é distinta.

²⁵ A perda irreversível do tronco cerebral desempenha o marco primordial na definição de morte na medida em que é neste órgão que se verifica a “recepção, descodificação e integração de aferências internas e externas” sem as quais o correto funcionamento e coordenação dos restantes órgãos se revela inviável (Parecer 10/CNEV/95).

²⁶ O critério da cessação das funções vitais, embora medicamente inequívoca da cessação da vida, importa consequência na recolha útil de órgãos, porquanto a ocorrência da mesma somente após a cessação das funções vitais inviabiliza a sua eficácia; Já o critério utilitarista caiu face ao da morte cerebral pela incerteza que lhe está associada, uma vez que defende que a morte deve ser declarada consoante o que seja mais adequado para a eficaz recolha de órgãos, num meio termo entre a doutrina da cessação das funções vitais e a doutrina da morte cerebral, impondo que a vida da pessoa que se pretende salvar com a recolha dos órgãos prevaleça sobre a vida da vítima, mesmo não havendo certezas da irreversibilidade do seu estado de saúde.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 35.

O atual Código Penal português, distinto do alemão e do francês que assentam a sua construção num sistema dualista, defende a existência de uma única conduta idónea a provocar a morte de alguém: o homicídio. Não obstante, este não se encontra, evidentemente, isento de motivações e circunstâncias relevantes na classificação e avaliação do comportamento, “que ora agravam, ora atenuam a responsabilidade do agente”²⁸.

O crime de infanticídio em particular, previsto e punido no art.136.º do CP - que se apresentou no passado como “uma figura típica plúrima e complexa, que ora se traduzia em uma subespécie do homicídio qualificado, justificada por razões relacionadas com o particular caráter indefeso e vulnerável da vítima e particularmente censurável do facto; ora em uma subespécie do homicídio privilegiado tratado no art.133.º”²⁹ – enquadra-se atualmente numa subespécie do homicídio privilegiado punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, tratando-se de um crime em que a mãe biológica mata o seu filho durante ou logo após o parto e sob a sua influência perturbadora. Nestes termos, para o preenchimento do tipo legal do crime, não bastará que a mãe mate o seu filho, devendo este comportamento ser determinado por um estado de perturbação puerperal.

Assim, o crime de infanticídio encontra o seu privilegiamento fundamentado num estado psicológico da mãe que, influenciada pelo parto, vê diminuída a sua capacidade de avaliar a situação com total e completo discernimento³⁰. Não existem dúvidas de que o parto constitui para a mulher um momento doloroso e violento que nela provoca alterações físicas e emocionais; no entanto, nesta circunstância em concreto, tais alterações atingem uma dimensão tal que a mãe se encontra verdadeiramente incapaz de prosseguir com uma correta perceção da realidade.

Este estado de perturbação, sobre o qual me debruçarei *infra* mais pormenorizadamente, pode advir de fatores endógenos ou exógenos, dependendo se provêm de conflitos internos (v. g., estado depressivo da mulher) ou de situações sociais e externas (v. g., circunstâncias de desonra ou de fraco poder económico). Como defendia NÉLSON HUNGRIA, o estado psíquico da mulher assenta num conjunto de fatores “consequente às dores do parto ou de excitação e angústia por este produzidas, aliado ao psiquismo particular (...) da parturiente”.

O fundamento do privilegiamento é, pois, a menor culpa da mulher assente num quase estado de inimputabilidade desencadeado pelo parto. Nestes termos, e segundo FERNANDO SILVA³¹, não pode concorrer para o comportamento da mãe qualquer outro fator desencadeante, porquanto considera que

²⁸ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 44.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 168.

³⁰ Cfr. SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 131.

³¹ *Ibid.*, p. 132.

será de afastar a aplicação do art.136.º do CP se esta tinha já vontade anterior de matar³². Para o autor, nenhuma outra circunstância poderia concorrer para a sua intenção, já que no tipo legal apenas se consagra o caso concreto da mãe matar por causa e na sequência da experiência negativa do parto. Acrescenta ainda, como fator determinante desta sua posição doutrinal, que a retirada da “cláusula de honra” do art.136.º veio reforçar a intenção do legislador de delimitar a aplicação deste preceito legal às perturbações exclusivas do parto.

Pelo contrário, FIGUEIREDO DIAS defende “não ser absolutamente incompatível concluir-se ter a morte ocorrido sob influência perturbadora do parto, apesar de simultaneamente se ter provado que a mãe atuou de modo consciente ou mesmo premeditado (...) Não deve ignorar-se que frequentemente a morte é precedida por sentimentos de negação ou rejeição da gravidez (...) potenciada pelo parto (...) levando a mãe a matar o recém-nascido”³³. O tipo objetivo do art.136.º caracteriza-se, portanto, pela sua especificidade face à pessoa do autor que nunca poderá ser diferente da mãe biológica e face à pessoa da vítima que não poderá ser distinta do filho recém-nascido.

Relativamente à conduta típica, a mesma coincide com a de qualquer crime de homicídio, consistindo em matar outra pessoa, por ação ou omissão, considerando verificar-se o crime, quer quando a mãe atue diretamente para provocar a morte do filho, quer quando omita, como garante da vida do mesmo, os comportamentos adequados a salvaguardar a sua subsistência.

De notar que a conduta poderá verificar-se, quer durante o parto – a partir do momento em que se iniciam as contrações ritmadas aptas à expulsão, como *supra* se mencionou – quer após este. Neste último caso, não existe critério objetivo e delineador do período temporal quanto ao momento em que é razoável supor-se que persista a influência perturbadora do parto. Sendo assim, por muito que a mulher padeça de distúrbios pós-parto – que poderão formar-se durante os primeiros 60 dias após³⁴ - a conduta deverá tomar lugar num curto espaço de tempo para que o estado psíquico da mãe possa ser de tal forma influenciado pelo evento doloroso que seja suscetível de justificar o seu comportamento. Termos em que toda a conduta da mãe que aja no sentido de matar o próprio filho deverá, para aplicação do preceito do art.136.º do CP, pressupor um nexos causal com o momento do parto, o qual já não se poderá verificar, por muita perturbação psíquica que subsista, se sobre este já tiver decorrido um período de tempo razoável.

³² Esta circunstância poder-se-á denotar quando a mulher adotava durante a gravidez comportamentos aptos a provocar o aborto.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, pgs. 172 e 173.

³⁴ WISNER, KATHERINE, *et. al.*, *Postpartum Disorders*, in: *Infanticide. Psychosocial and Legal Perspectives on Mother Who Kill*, 2003, p. 35 e ss.

Este limite temporal será, evidentemente, avaliado pelo juiz, casuisticamente e atendendo aos critérios da lógica, tendo sempre presente que o privilegiamento só se poderá aceitar se a mãe ainda se encontra afetada pelo parto e se estabeleceu pouco ou nenhum contacto com o filho, o que exige que a ligação com este não se tenha desenvolvido e que “os fatores que deveriam impedir o seu comportamento são menos intensos”³⁵.

Este estado psíquico da mãe, fundamental para que se possa considerar a aplicação do art.136.º, é suscetível de prova que se fará em sede judicial com auxílio de um parecer pericial que ateste a alteração psíquica da mulher. No entanto, será sempre de vincar que, por força do princípio do *in dubio pro reo*, se subsistir dúvida insanável sobre o estado psíquico da mulher no momento do crime, o juiz deverá optar, provada que esteja que a conduta se verificou durante ou logo após o parto³⁶, pela aplicação do art.136.º e não pela aplicação dos arts. 131.º e 132.º do CP.

Nestes termos, dúvidas não restam que o tipo subjetivo de ilícito é o dolo que se apresenta com a particularidade da mulher assentar a sua intenção de matar o filho num estado de perturbação mental provocado pelo parto. Este facto implica uma análise pormenorizada do julgador em sede judicial, porquanto a linha que separa o dolo da negligência neste preceito legal é muito ténue.

Não raras vezes a mãe encontra-se de tal forma perturbada que a sua capacidade de identificar o recém-nascido como seu filho esvanece-se, deixando de atuar com a real intenção de o matar. Não se verificando o dolo, a aplicação do preceito do art.136.º revela-se inviável, sendo o facto apenas suscetível de integrar o crime de homicídio negligente (art.137.º do CP)³⁷.

De facto, como bem defende FERNANDO SILVA, o fundamento do crime de infanticídio não poderá nunca assentar em algo diferente do “ato da mãe que é motivado pelo impulso da perturbação que a afeta. O dolo de matar advém da perturbação, mas é indispensável à concretização do tipo”. De mencionar que a tentativa é punível, nos termos previstos no art.23.º do CP, desde que se verifique o dolo e a concretização, influenciada pelo parto, dos atos de execução aptos a produzir a morte do recém-nascido durante ou logo após o mesmo.

Uma nota final referente ao crime de infanticídio prende-se com a comparticipação, cumprindo aqui esclarecer que o preceito do art.136.º apenas se poderá aplicar à mãe que atue sob a influência

³⁵ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 137.

³⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 171; muito embora a conduta tenha ocorrido durante ou logo após o parto, o resultado morte poderá sempre verificar-se em momento posterior sem que isso implique a não aplicação do art.136.º do CP. Nestes termos, sempre será de aplicar o art.136.º se as condições que levaram à morte se mantiveram em todo o período temporal desde o comportamento até à verificação do resultado.

³⁷ A aplicação do homicídio negligente não poderá ser afastada pela existência do art.136.º do CP. De facto, se a mãe, julgando o filho morto, omite cuidados essenciais à sua sobrevivência acabando este por falecer, a aplicação do preceito do art.137.º revela-se viável.

perturbadora do parto, não sendo suscetível de aplicação a qualquer outra pessoa que a tenha auxiliado ou instigado³⁸. Esta conclusão não é difícil de compreender, desde logo porque *supra* já se concluiu que o crime em análise se caracteriza por uma especial atenuação da culpa da autora pelo estado psíquico em que se encontra e que apenas à mesma afeta e se aplica. Independentemente do tipo de participação, provando-se a influência perturbadora do parto a mãe sempre será julgada em sede do art.136.º e o participante sempre o será à luz de um outro tipo de homicídio.

2.1. O infanticídio e os demais crimes contra a vida

2.1.1. Homicídio simples (art.131.º do CP)

O capítulo dos crimes contra a vida inicia-se com a definição de homicídio simples consagrada no art.131.º do CP, como a conduta pela qual alguém mata outra pessoa, funcionando esta definição como base de todas as restantes formas previstas de homicídio.

No entanto, muito embora o crime de homicídio simples se manifeste como incriminação base sobre a qual todas as restantes incriminações surgem numa relação de especificidade, tal não importa que o art.131.º assuma um carácter subsidiário que apenas se aplica em circunstâncias residuais³⁹. Aliás, a aplicação do art.131.º surge precisamente ao contrário: toda a conduta de matar insere-se num homicídio simples, exceto se for possível, de forma segura e objetiva, enquadrar a conduta do agente num outro tipo de homicídio com diferentes especificidades.

Ora, para que a conduta do agente se enquadre no crime de homicídio simples revela-se necessário que se verifique o tipo objetivo do ilícito, o que seja “a incidência da conduta sobre pessoa já nascida”, não se englobando, nestes termos, qualquer comportamento danoso da vida intrauterina ou qualquer conduta sobre pessoa já morta⁴⁰.

Já o tipo subjetivo de ilícito exige o dolo em todas as suas formas, jamais sendo possível a condenação de agente nos termos previstos no art.131.º a título negligente⁴¹. Esta exigência assume

³⁸ A instigação deverá ser analisada com especial cuidado, porquanto a vontade da mãe na prática do crime de infanticídio deverá sempre ser influenciada pelo parto. Se a vontade da mãe tiver sido determinada exclusivamente pela influência de outrem, a prova de que atuou por perturbação psíquica do parto torna-se inviável e, conseqüentemente, a aplicação do art.136.º do CP também.

³⁹ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p.48

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹ O dolo exigido no art.131.º poderá apresentar-se na forma de dolo direto, necessário ou eventual. De reforçar que o dolo eventual no âmbito do art.131.º do CP, como bem afirma Jorge de Figueiredo Dias no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, não se basta com condutas em que o agente preveja o resultado e adote, de qualquer das formas, o comportamento que lhe poderá dar origem; para que se verifique, neste contexto, o dolo eventual é ainda necessário que o agente preveja o

particular importância na distinção teórico-prática do homicídio face à ofensa à integridade física grave, porquanto o que os distingue nem sempre é o resultado (pode não se verificar a morte da vítima, enquadrando-se o crime, no entanto, no homicídio na forma tentada por força do previsto no art.23.º, n.º 1 do CP), mas a análise da intenção do agente⁴². Esta intenção somente ao juiz cabe apurar, seja em que circunstância for e segundo as provas apresentadas em sede de julgamento, e nunca, como em várias circunstâncias se tem vindo a defender, a um perito. A este, em especial a um perito médico, apenas lhe caberá determinar a causa dos ferimentos, não a intenção com que os mesmos foram provocados, sendo certo que esta ponderação será feita pelo juiz sempre segundo a sua convicção assente nas regras da experiência comum.

Posto isto, dúvidas não restam acerca da premissa sobre a qual se estriba o art.131.º do CP: *o direito à vida é inviolável*. Todo o capítulo dos crimes contra a vida parte deste pressuposto e a partir dele se desenvolve, sendo nesta sua evolução e especificação à luz dos contornos especiais que cada homicídio pode revelar, que o legislador penal consagrou, com relevância para o presente estudo, o Homicídio Qualificado (art.132.º), o Homicídio Negligente (art.137.º) e o Homicídio Privilegiado (133.º), que *infra* se analisarão.

2.1.2. Homicídio qualificado (art.132.º do CP)

O art.132.º do CP português define o homicídio qualificado como aquele em que a circunstância de alguém matar outra pessoa ocorre em condições de “*especial censurabilidade ou perversidade*”, “funcionando a qualificação assente na combinação de um critério de culpa com a técnica dos exemplos-padrão”⁴³.

Muito embora a qualificação do comportamento do agente tenha por fundamento o mesmo tipo de ilícito objetivo do homicídio simples – “quem matar outra pessoa” - tal pressupõe um especial agravamento nos meios empregues para causar a morte ou especial censurabilidade pela pessoa da

resultado e se conforme com o mesmo. Veja-se, neste sentido, o Acórdão do STJ de 28.07.1987 no qual se considera que o agente que dispara com uma arma de fogo de um automóvel em movimento sobre outro automóvel igualmente em movimento, atingindo o outro condutor, atua com dolo eventual.

⁴² Em matéria de concurso de crimes, veja-se ainda Jorge de Figueiredo Dias no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, no qual menciona que o crime de homicídio simples cede sempre perante um homicídio privilegiado (art.133.º) ou um homicídio qualificado (art.132.º), não havendo nesses casos, por isso, qualquer concurso de crimes. Na verdade, aplica-se ao caso uma única lei por consequência de uma relação de especialidade.

⁴³ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁴ Cf. SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 58 e ss.

vítima, encontrando-se este agravamento minuciosamente exposto no art.132.º num método particular e inovador denominado de *exemplos-padrão*⁴⁵.

Esta técnica de tipificação constitui uma evidente alteração face ao CP português de 1886, porquanto neste as situações previstas que culminavam na qualificação do crime de homicídio implicavam sempre uma culpa agravada do agente, qualquer que fosse o fundamento do seu comportamento⁴⁶.

A questão da natureza jurídica do homicídio qualificado tem gerado grandes discussões doutrinárias, perdurando até hoje a seguinte questão: os exemplos-padrão configuram um tipo de ilícito ou um tipo de culpa agravado? FIGUEIREDO DIAS, no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, defende que “o homicídio qualificado não é senão uma forma agravada do homicídio simples”, afastando desde logo qualquer doutrina que defenda que o homicídio qualificado e o homicídio simples constituem tipos legais autónomos, embora protetores do mesmo bem jurídico. Neste sentido afirma que “a qualificação deriva da verificação de um tipo de culpa agravado, assente numa cláusula geral extensiva e descrito com recurso a conceitos relativamente indeterminados (...). Elementos estes assim, por um lado, cuja verificação não implica sem mais a realização do tipo de culpa e a conseqüente qualificação; e cuja não verificação, por outro lado, não impede que se verifiquem outros elementos substancial e teleologicamente análogos aos descritos e que integrem o tipo de culpa qualificador”⁴⁷.

Destarte, com a vigência do atual CP, o legislador, inspirado no modelo já utilizado no CP alemão, optou por consagrar *ab initio* um conjunto de conceitos amplos de “*especial censurabilidade ou perversidade*”, permitindo ao juiz, através da análise de cada caso concreto, decidir se o agente agiu ou não com culpa agravada.

Ora, a menção da *especial censurabilidade* reporta-se a “uma conduta que revela uma profunda distância em relação a determinado quadro valorativo, afastando-se dum padrão normal”⁴⁸, pelo que não importa aqui apenas que o agente tenha praticado o ato de matar, mas também e principalmente que esse ato de matar tenha sido praticado sob circunstâncias tais que deveriam ter feito o agente distanciar-se ainda mais daquele comportamento criminoso. Já a questão da *especial perversidade* assenta num comportamento do agente motivado por emoções desproporcionais e injustificadas que revelam um claro desprezo pelos valores sociais, merecendo, por isso, uma maior censura.

⁴⁵ Neste sentido, SERRA, Teresa, *op. cit.*

⁴⁶ Exemplo típico constitui o crime de parricídio que no anterior CP implicava sempre a qualificação do crime de homicídio, quer o filho matasse o pai sem fundamento de maior, quer o fizesse para proteger a mãe que era vítima de maus tratos.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁸ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 52.

Neste sentido, conclui-se que o tipo objetivo de ilícito do crime de homicídio qualificado é, globalmente, o mesmo do crime de homicídio simples, a que acresce, no entanto, a *especial censurabilidade ou perversidade*. Assim, muito embora o ilícito seja o mesmo em termos gerais e se viole o mesmo bem jurídico, sempre se terá de verificar, na qualificação do homicídio, a circunstância suscetível do agravamento da culpa do agente na sua atuação⁴⁹.

No que se refere, por fim, ao tipo subjetivo de ilícito, nenhuma alteração se vislumbra face ao homicídio simples, porquanto o crime de homicídio qualificado é, em qualquer circunstância, um crime doloso, admitindo-se o dolo em todas as suas formas⁵⁰. Evidentemente, a negligência, que assume no CP português um lugar próprio, nunca poderia ser admitida no crime de homicídio qualificado, especialmente porque se configura como um crime em que a culpa, por si só, deverá ser especialmente relevante.

Em concurso de crimes, levanta-se a questão de o homicídio qualificado poder concorrer com o homicídio privilegiado, sendo esta questão discutida *infra* em sede própria.

2.1.3. Homicídio negligente (art.137.º do CP)

O legislador penal quis, na sua maioria, penalizar o agente que age com dolo e que, nesse estado de consciência e ponderação, viola bens jurídicos. Dúvidas não restam que a regra é, de facto, a da responsabilização dos comportamentos dolosos.

Não obstante, existem situações excepcionais em que, pela necessidade de salvaguarda do bem jurídico, se pune aquele que, mesmo a título negligente, provocou dano num determinado bem jurídico. Para efeitos do crime de homicídio, o legislador, pela relevância do bem jurídico a proteger e dado o acréscimo de violação do direito à vida em consequência de condutas imprudentes, optou, no ano de 1995, por agravar a moldura penal aplicável a este crime.

Ora, partindo do pressuposto conhecido que o crime negligente assenta sempre num dever de cuidado ou de vigilância que não foi cumprido pelo agente, o art.137.º do CP veio em especial estabelecer a responsabilidade criminal de quem, em consequência de violação das regras de cuidado, cause a

⁴⁹ De notar que se numa mesma circunstância se verificar a concorrência de mais de um exemplo-padrão (ou mais de um comportamento suscetível de configurar especial censurabilidade ou perversidade), este excesso apenas poderá ser considerado pelo juiz para efeitos de decisão da medida da pena.

⁵⁰ A circunstância do agente atuar com dolo eventual não impede a qualificação do crime de homicídio, bastando, neste sentido, que o simples facto do agente conhecer e conformar-se com o resultado morte advindo do seu comportamento já implique especial censurabilidade ou perversidade. Neste sentido, Acórdão do STJ de 02.12.1992.

morte de outrem. O fundamental é que se consiga provar o nexó causal entre o dano na vida de outra pessoa e o desrespeito no cumprimento do dever de vigilância.

Sendo assim, nos mesmos termos do que sucede nos restantes homicídios, o tipo objetivo de ilícito no crime de homicídio negligente não deixa de ser “quem matar outra pessoa”. A distinção centra-se no tipo subjetivo de ilícito que não assenta já numa intenção do agente, mas antes numa negligência que aumenta em razão da seriedade do dever de cuidado que lhe cabia e que violou.

O legislador distingue, aliás, a negligência dita normal da grosseira, definindo, para este último caso, uma moldura penal mais pesada em proporção com a agravação da própria culpa do agente. Este conceito de negligência grosseira pressupõe um maior dever adstrito ao agente, tendo já sido defendido pelo STJ, no Acórdão de 19.05.1994, que esta se situa num meio termo face à normal negligência e ao dolo eventual.

Note-se ainda que o CP tipifica “duas modalidades da mesma negligência: aquela que o agente representa como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime, mas atua sem se conformar com essa realização (...); e aquela outra em que ele nem sequer representa tal possibilidade de realização (...). São, respetivamente, os casos de negligência consciente e de negligência inconsciente”⁵¹.

De qualquer das formas, cumpre clarificar que este tipo de homicídio consiste sempre “no incumprimento de um cuidado devido, e a observância desse dever de cuidado constitui um elemento do tipo”⁵², circunscrevendo-se os factos pelos quais o agente deva ser responsabilizado a título negligente àqueles em que se verificou uma atuação imprudente que implicou o desrespeito pelo dever de cuidado ou vigilância⁵³.

2.1.4. Homicídio privilegiado (art.133.º do CP)

O homicídio privilegiado manifesta-se como uma forma atenuada do homicídio simples, assentando ambos no mesmo tipo objetivo de ilícito – “quem matar outra pessoa”. À semelhança do que *supra* já se constatou com o homicídio qualificado, o que verdadeiramente diverge prende-se com a culpa.

⁵¹ PEREIRA, Maria Margarida Siva, *op. cit.*, p. 185.

⁵² SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 141.

⁵³ Ressalva-se que o homicídio negligente não admite a tentativa, porquanto a natureza destes não é compatível. A tentativa pressupõe a intenção do agente, ao contrário do homicídio negligente.

Se no caso do homicídio qualificado há um agravamento da culpa e, conseqüentemente, um agravamento da pena pela *especial censurabilidade ou perversidade* com que o agente atua, no homicídio privilegiado sucede o contrário. O legislador prevê uma atenuação da culpa e, evidentemente, da pena, pela circunstância de o ato de matar ter ocorrido por *emoção violenta compreensível, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral*.

Posto isto, do ponto de vista das exigências de tutela do bem jurídico não subsiste diferença alguma entre homicídio e homicídio privilegiado⁵⁴; pois que, em qualquer um dos comportamentos, o agente viola objetivamente o bem jurídico vida. Não obstante, a justificação do homicídio privilegiado difere do homicídio nos fundamentos, “onde o motivo é uma culpa diminuída determinada por circunstâncias que tornam o facto menos exigível ao agente”⁵⁵. A menor exigibilidade prende-se com uma perturbação psicológica do agente resultante de um conjunto de “fatores de perturbação distintos”⁵⁶ que o impulsionam a cometer o crime.

Assim, o legislador fez depender a atenuação da culpa de “estados de afeto” que têm “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 da atitude do agente”⁵⁷.

No entanto, importa notar que o privilegiamento não pode dever-se a inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, nem a uma baixa compreensão do ilícito praticado. A atenuação da culpa apenas poderá estar relacionada com a questão da exigibilidade, na medida em que não se esperaria de um homem médio, nas mesmas circunstâncias do agente, um comportamento diferente. De facto, “o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação, também o agente normalmente ‘fiel ao direito’ (...) teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão”⁵⁸. De realçar, no entanto, que para que o estado em que se encontra o agente seja bastante para a atenuação da culpa, não pode este ter contribuído para o mesmo por meio de comportamentos juridicamente desajustados.

Ora, a *compreensível emoção violenta* a que alude o art.133.º prende-se com a existência de uma emoção dominante do agente que ocorreu no momento em que este praticou o crime, que o influenciou e o impulsionou à prática do mesmo. Somente uma emoção desta dimensão que tenha um impacto tal no comportamento do agente poderá tornar compreensível o crime e diminuída a culpa.

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁵ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

O legislador atribuiu ainda culpa diminuída ao agente que aja segundo um sentimento de compaixão ou desespero, atuando no primeiro caso influenciado e envolvido no sofrimento de outra pessoa⁵⁹ e no segundo sob um forte sentimento de angústia, depressão ou revolta⁶⁰.

Nestes termos, muito embora o crime de homicídio privilegiado seja, evidentemente, um crime doloso, já que o agente quis praticar o ato e logrou o seu resultado, apresenta-se com uma culpa diminuída, porquanto a emoção e a circunstância em que o agente agiu permite, não obstante a ilicitude do ato, compreender o seu comportamento.

⁵⁹ Observam-se, neste contexto, casos de ajuda à morte com o intuito de término do sofrimento da vítima, sempre que o tipo de ilícito do homicídio se encontre preenchido.

⁶⁰ Deparamo-nos aqui com comportamentos influenciados por longos períodos de sofrimento em que o agente vê na morte da vítima uma libertação.

Capítulo III – A CULPA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

A culpa jurídico-penal apresenta-se como um dos principais pressupostos de punibilidade, sendo esta “fundamento da pena e limite da sua medida, ou seja, não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa”⁶¹.

O princípio da culpa em direito penal deduz-se dos princípios constitucionais reconhecedores da vida, da dignidade da pessoa humana, da integridade moral e física e do direito à liberdade. É nestes direitos constitucionais que assenta todo o sistema jurídico-penal, sendo certo que o respeito por estes preceitos é pressuposto fundamental de uma sociedade justa e democrática.

Nestes termos, toda e qualquer pena aplicada tem de assentar no desrespeito por estes pressupostos, associando-lhe um juízo de censura do comportamento do agente. De facto, em caso algum poderá existir uma pena que não pressuponha uma culpa, ou seja, que não seja posterior a “um juízo de censura dirigido ao agente que, tendo podido atuar segundo o dever, optou por agir ilicitamente, evidenciando uma atitude contrária ao direito”⁶². Destarte, a culpa sempre se encontrará diretamente relacionada com a possibilidade de agir com respeito pelos deveres, muito embora o agente opte por não o fazer⁶³.

3.1. Evolução e pressupostos do conceito de culpa jurídico-penal

A culpa jurídico-penal tem vindo a sofrer fortes alterações na sua classificação e delimitação, evoluindo desde a escola clássica até à doutrina finalista.

No seguimento da doutrina defendida por REINHARD FRANK⁶⁴, que veio afastar do conceito de culpa uma avaliação exclusivamente psicológica segundo a qual a culpa englobava essencialmente uma compreensão psicológica do comportamento⁶⁵, “a culpa é um conceito legal de conjunto, de que, entre outras coisas, fazem parte o dolo ou a negligência”⁶⁶, acrescentando que “pode imputar-se uma conduta proibida a alguém do ponto de vista da culpa, quando pode censurar-se-lhe o tê-la adotado”⁶⁷.

⁶¹ SERRA, Teresa, *op. cit.*, p. 34.

⁶² *Ibid.*, p. 35.

⁶³ Distintamente, a ilicitude, que se apresenta igualmente como um pressuposto em matéria de punibilidade, relaciona-se com a violação de deveres propriamente ditos, não importando ainda se o agente poderia ou não ter agido de forma distinta.

⁶⁴ FRANK, Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907.

⁶⁵ Neste sentido, BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906 - “A culpa reside na relação psicológica do agente com o facto no seu significado objetivo, no reflexo espiritual da realidade”.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 11.

Estabeleceu-se, assim, a *conceção normativa da culpa* segundo a qual esta se encontra intimamente relacionada com a motivação do autor que, num estado de imputabilidade e pela existência de uma proximidade psíquica com o facto, agiu, em circunstâncias normais, com violação dos direitos legalmente consagrados⁶⁸.

Embora a visão puramente psicológica da culpa tenha sido já afastada com FRANK que além do elemento psicológico frisou a importância da censurabilidade, apenas com a afirmação da doutrina finalista de HANS WELZEL⁶⁹ é que a culpa se transformou num conceito puramente normativo. Neste, a culpa deixa de conter em si mesma qualquer elemento subjetivo, prendendo-se a sua definição com questões inerentes à própria censurabilidade do comportamento, ou seja, sempre será de classificar a conduta do agente como culposa quando, mesmo havendo possibilidade de orientar a sua vontade e agir “segundo critérios de dever-ser obrigatórios”, este não o faça.

Aqui chegados, não se poderá deixar de frisar a relevância da liberdade na culpa, “concebida não apenas como característica do atuar no âmbito político, mas como autodeterminação da pessoa na sociedade, e, assim, como expressão da autonomia e da inviolabilidade na regência da sua conduta pessoal”⁷⁰.

Quando a liberdade é vista como pressuposto da culpa jurídico-penal, a sua caracterização prende-se com a liberdade da vontade – *liberum arbitrium indifferentiae* -, com a capacidade de agir de acordo com as regras de conduta, sem que nesse processo exista qualquer influência de fatores externos e/ou internos suscetíveis de perturbação na análise do comportamento correto a adotar.

Nestes termos, apenas se poderá verdadeiramente falar de culpa quando o agente detenha a possibilidade de adotar comportamento diferente, muito embora, conhecendo e analisando o desvalor da sua atitude, opte pela sua concretização prática. É, igualmente, nesta sede que nos vemos obrigados a questionar a dimensão da capacidade de adotar comportamento diferente, porquanto é nesta medida que reside a distinção de ações culposas/não culposas e de ações mais culposas/menos culposas⁷¹.

Não obstante, a principal crítica à tese da culpa como “poder de agir de outra maneira” prende-se com a impossibilidade de uma resposta garantidamente correta à questão do livre arbítrio, porquanto nenhuma área médica, social ou filosófica conseguiu até hoje afirmar em que circunstâncias este poder de escolha surge e se insere. Além de que a afirmação deste pressuposto da culpa importaria uma grave consequência social: se o agente do crime alegasse a sua incapacidade de agir de outra forma, não

⁶⁸ Sobre esta matéria, SERRA, Teresa, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2ª ed. – 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra editora, 2012, p. 514.

⁷¹ *Ibid.*, p. 516.

conseguindo judicialmente fazer-se prova do contrário, a sua absolvição seria a consequência lógica e imediata.

É precisamente com base nos factos *supra* expostos que se tem abandonado a doutrina da culpa assente nestes pressupostos, concluindo FIGUEIREDO DIAS que “o conteúdo material da culpa não pode encontrar-se na má utilização (...) de um qualquer poder de agir de outra maneira, mas diretamente na violação de um dever de conformação da pessoa, no seu atuar, às exigências do Direito”.

Como solução, FIGUEIREDO DIAS veio introduzir a **tese da culpa da pessoa** afirmando que, antes de qualquer questão atinente ao livre arbítrio, a culpa assenta na decisão – juridicamente censurável, é certo – “através da qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência”. O que poderia, à primeira vista, assemelhar-se com a possibilidade do agente adotar comportamento diferente, apresenta-se aqui como uma verdadeira impossibilidade. O autor não pode fugir da sua própria essência e personalidade, agindo em qualquer circunstância fiel aos seus ideais e àquilo em que acredita, descrevendo-se como “a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é”⁷².

No seguimento desta linha de pensamento importa sublinhar que a grande maioria da doutrina alemã vem considerando que a questão da culpa nada mais é do que a análise da motivação interna do agente, um encontro com a sua própria essência, que está na origem do comportamento contrário ao direito. Estabeleceu-se, nestes termos, um critério material importante no que concerne à culpa, onde reside a verdadeira distinção com a ilicitude: “o maior ou menor desvalor da atitude atualizada no facto dá lugar a um conceito de culpa suscetível de graduação”⁷³. Se, por um lado, a ilicitude se concretiza no desvalor da própria conduta, num verdadeiro sentido subjetivo da ação, no caso da culpa valoriza-se o desvalor da atitude do agente. FIGUEIREDO DIAS vem, aliás, esclarecer que “a distinção entre ilícito-típico e culpa só pode ser a que medeia entre censurabilidade (desvalor) do facto e censurabilidade (desvalor) da atitude pessoal nele manifestada”⁷⁴.

De facto, o tipo de culpa doloso apenas se verifica quando o comportamento do agente assenta numa atitude íntima contrária ao Direito, pressupondo sempre uma sobreposição consciente dos “seus interesses ao desvalor do ilícito”⁷⁵.

Somente com base neste conceito de culpa se poderá justificar e compreender “a utilização de elementos da culpa fundamentadores ou excludentes da pena, delimitando desta forma o âmbito da

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 524.

⁷³ SERRA, Teresa, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Relatório*, Coimbra, 1976, p. 123.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, 2012, p. 530.

punibilidade”⁷⁶, atuando estes como diferentes graduadores da culpa – ora qualificando a ação através da verificação de elementos egoístas e traiçoeiros, ora privilegiando-a com base numa culpa sensivelmente diminuída. Precisamente neste contexto surgem os crimes de homicídio qualificado e homicídio privilegiado, cujas molduras penais se agravam ou atenuam, respetivamente, face à moldura penal do homicídio simples do art.131.º do CP.

Não obstante a evolução do conceito de culpa, com o conseqüente afastamento de qualquer elemento subjetivo na sua caracterização, o tipo de culpa doloso poderá exigir, para a sua verificação, um conjunto de exigências adicionais.

Nesta matéria, cumpre esclarecer que qualquer elemento subjetivo que englobe motivos e sentimentos insere-se no tipo de culpa desde que sirva “para caracterizar a atitude interna do agente perante o dever-ser jurídico penal que se exprime no facto e o fundamenta”⁷⁷. Mesmo que assim não seja, sempre serão de considerar elementos pertencentes ao tipo de culpa aqueles que “servem para codeterminar a atitude interna do agente plasmada no facto”⁷⁸.

Em contraponto, sempre que tais elementos auxiliem na determinação da espécie de delito e na caracterização do tipo do ilícito, não pertencerão já ao tipo de culpa, antes ao tipo de ilícito. “A distinção não radica por isso (...) no carácter interno ou externo (...) do elemento em causa, mas antes no seu relacionamento com a espécie de delito, relevante para o tipo de ilícito, ou antes com a atitude interna pessoal do agente, relevante para o tipo de culpa”⁷⁹.

Na verdade, se analisarmos atentamente, facilmente se concluirá que a generalidade dos comportamentos motivados por intenções ilegítimas de apropriação, de lucro ou de benefício não radicam na questão da graduação da culpa, antes na caracterização do próprio tipo de ilícito. Ao invés, quando em causa estão emoções como a malvadez, a frieza, a crueldade, o ódio, a raiva ou a compaixão, deparamo-nos com a temática da graduação de culpa - enquadra-se aqui o crime de infanticídio em estudo, porquanto o crime praticado sob a “influência perturbadora do parto” no art.136.º insere-se numa clara situação de diminuição da culpa.

⁷⁶ SERRA, Teresa, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, 2012, p. 558.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 558.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 558.

3.2. Demonstração da culpa em sede judicial

Como facilmente se depreende, por que a culpa se apresenta como pressuposto da punibilidade, para que se verifique a prática de um crime e se aplique judicialmente a respetiva pena ao agente, é fundamental fazer prova da culpa que motivou e serviu de base ao comportamento criminoso.

Mas, afinal, como se define e em que consiste essa prova?

Segundo Paulo de Sousa Mendes⁸⁰, a prova poderá assumir conceitos distintos, variando de acordo com a função que exerce em determinada circunstância. Por conseguinte, a prova tanto poderá ser analisada na perspetiva de “atividade probatória”, de “meio de prova” ou ainda na de “prova material”.

A prova como atividade probatória “é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis (art.124º, nº 1)”⁸¹.

A prova como meio de prova assenta naquilo que a parte interessada faz valer para sustentar os factos que pretende demonstrar.

Por fim, a prova numa perspetiva material refere-se concretamente aos objetos utilizados na preparação e prática efetiva do crime.

Ora, materializadas as várias definições que a prova pode assumir, uma outra distinção urge de imediato concretizar: a de saber qual a diferença entre meios de prova e meios de obtenção da prova.

Os primeiros são elementos de que o julgador se serve para concluir pela existência ou inexistência de determinado facto. Os segundos reportam-se aos mecanismos de que as autoridades e os órgãos de polícia criminal dispõem para investigar e recolher os meios de prova.

A prova assume um papel preponderante no âmbito do processo penal, visto que, em caso algum, poderá o arguido ser condenado por um crime sem que seja feita prova da sua culpabilidade.

No entanto, a admissibilidade das provas rege-se por um conjunto de normas legais.

Assim, enquanto o art.125.º do CPP estabelece o princípio geral de que são admissíveis as provas que não forem, por lei, proibidas, consagrando deste modo a liberdade processual na sua apresentação, o Título II do Livro III do diploma enuncia já um conjunto específico de meios de prova e regras para a sua aplicação.

⁸⁰ MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Lisboa, Almedina, 2017, p. 173.

⁸¹ *Ibid.*, p. 173.

Como refere Paulo de Sousa Mendes, “(...) a não taxatividade dos meios de prova que o art.125.º estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados (...)”⁸².

O legislador, como forma de garantir uma boa gestão processual, optou assim por tipificar e regular o regime de alguns especiais meios de prova considerados fundamentais.

Não olvidar, no entanto, que mesmo as provas já especificamente previstas e reguladas devem respeitar, na sua aplicação, os Direitos Fundamentais e os princípios provatórios estabelecidos.

Nesta linha, o art.32º, n.º 8 da CRP consagra, que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, consignando que qualquer violação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito à integridade física (art.25.º) e à reserva da vida privada (art.26.º, n.º1), que ocorra na obtenção de meios de prova, importará a nulidade das mesmas e a sua consequente inadmissibilidade processual.

No conjunto dos meios de prova e de obtenção da prova, já consagrados no CPP, adquire especial relevância a prova pericial, na medida em que é através deste meio que se torna especialmente viável a demonstração da “influência perturbadora do parto”, que *infra* melhor se concretizará.

3.2.1. Prova pericial

A prova pericial encontra-se consagrada no capítulo VI do livro III do CPP, aí se estipulando o regime da sua realização, o local onde deve ter lugar e quem tem competência para a sua realização, nada se dizendo, no entanto, acerca do conceito de perícia, muito embora a sua definição esteja há muito consagrada na doutrina.

Nas palavras de Germano Marques da Silva, que se apresentam como as mais ilustrativas da realidade do conceito, “a perícia é a actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”⁸³. Ora, é precisamente neste ponto que urge clarificar a diferença entre perícia e exame.

Para compreender o desenrolar do processo penal, em especial no que concerne à prova do estado psíquico da infanticida, a distinção entre aqueles dois conceitos é fundamental.

⁸² *Ibid.*, p. 174.

⁸³ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição, Lisboa, Editorial VERBO, 2008, p.215.

No que respeita ao exame, o atual CPP não fornece qualquer definição, bastando-se com a enunciação dos seus pressupostos.

A doutrina, por isso, tem-se encarregado de estabelecer a distinção nos seguintes termos: “A perícia distingue-se do exame (...), por se traduzir num meio de prova, diferentemente dos demais que são meios de obtenção de prova. Tal significa que a perícia, enquanto juízo técnico, científico ou artístico sobre factos é elemento susceptível, por si só, de permitir elucidar a verdade histórica dos factos sob investigação, diferentemente das demais figuras, que constituem instrumentos para recolha de prova”⁸⁴.

Acrescenta ainda Paulo Pinto de Albuquerque que o exame se apresenta como um “meio de obtenção de prova enquanto perícia é meio de prova. O exame visa a detecção de vestígios, a perícia visa a avaliação desses vestígios. O exame não supõe a existência de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, a perícia supõe necessariamente a exigência desses conhecimentos”⁸⁵.

Ora, não restando dúvidas quanto à verdadeira distinção entre exames e perícias, a dificuldade surge quando a simples obtenção de vestígios pressupõe conhecimentos técnicos ou científicos que apenas um perito detém.

Sobre esta questão em concreto, o Professor Germano Marques da Silva⁸⁶ esclarece que a nomeação de um perito importa, em quaisquer circunstâncias, que estejamos perante uma perícia, independentemente deste atuar para auxiliar na procura de indícios de crime ou visando exclusivamente estudar e analisar os indícios já recolhidos.

Esta é prova de valor reforçado face ao princípio consagrado no artigo 163º do CPP, o qual presume que a prova assim obtida seja subtraída à livre apreciação do julgador.

Ora, a justificação que levou o legislador a optar por esta solução prende-se com as competências técnicas exigidas ao julgador para analisar a prova o que, não se verificando, exige que os juízos e conclusões sejam auxiliados por interpretações e estudos intermédios dos peritos. Evidentemente, estando perante áreas de conhecimento que o julgador não conhece e não domina, é lógico que o juízo técnico elaborado e emitido pelo perito tenha um valor reforçado, não podendo o julgador dele divergir sem fundamentação.

⁸⁴ REAL, Rui Miguel dos Santos, *Apreensão, exame ou perícia, e utilização processual de meios de prova existentes em material informático (documentos, correio electrónico, memorandos pessoais, fotografias, registos, áudio, etc.. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, 2019.

Consultado a 21/09/2020, disponível http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MeiosProva.pdf

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p.420.

⁸⁶ SILVA, GERMANO MARQUES, *op. cit.*, p.234.

É justamente o que sucede com as perícias psiquiátricas⁸⁷ ocorridas em sede de julgamento – e que aqui importam analisar -, sendo nomeado um médico especializado na área em análise para elaborar, com recurso ao seu conhecimento teórico e prático na área da psiquiatria, um relatório resultado da análise do estado psíquico da pessoa que a este foi submetido. É uma perícia que pode relevar para a decisão sobre a culpa do agente e, conseqüentemente, influenciar a determinação da sanção, sendo precisamente através desta que se torna viável avaliar o estado psíquico da mãe e a influência que o parto teve nesse estado psíquico. Somente com base em perícia médica poderá o julgador concluir pela aplicação ou não do crime de infanticídio à mãe que matar o filho durante ou logo após o parto

A perícia, nos termos do art.154.º do CPP, é “ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia.”. Quanto às perícias médico-legais e forenses, previstas na Lei n.º 45/2004 de 19 de agosto, que estabelece o seu regime jurídico, cumpre frisar que a sua realização cabe às delegações do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses e aos gabinetes médico-legais, devendo estes, a título excepcional e em caso de impossibilidade dos serviços, indicar para o efeito entidades terceiras, públicas ou privadas. A perícia psiquiátrica é concretizada, igualmente, pelas entidades que realizam as perícias médico-legais, existindo, no entanto, a possibilidade de atuação de psicólogos e criminologistas que, *in casu*, revelar-se-ão fulcrais na avaliação e apuramento da “influência perturbadora do parto”, mais pormenorizadamente considerada *infra*⁸⁸.

⁸⁷ Conforme os critérios por que se regem e consoante as características que se pretende analisar, as perícias poderão dividir-se em Perícias em geral (art.152.º do CPP), Perícias médico-legais (art.159.º, n.º 1 do CPP), nas quais se inserem as perícias psiquiátricas aqui em estudo e Perícias sobre a personalidade (art.160.º do CPP).

⁸⁸ Sobre esta questão, OLIVEIRA, José Carlos de, *Exames e Perícias: (des)construir conceitos*, 2016.

Consultado a 24/09/2020, disponível <https://portal.oa.pt/media/117975/e47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece.pdf>

CAPÍTULO IV – A CULPA NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Como se vem expondo, a culpa e a sua demonstração em sede judicial apresentam-se no Processo Penal como figuras centrais na prova do crime e na decisão e aplicação da medida da sua pena.

Após a análise da culpa e da sua prova, importa agora determo-nos especificamente na culpa no crime de infanticídio, em especial no que concerne à influência perturbadora do parto, visto ser este o elemento fulcral e decisivo na sua aplicação.

A sua análise implicará, de ora em diante, uma resposta para o seja, afinal, a influência perturbadora do parto, quanto tempo poderá durar e em que medida afeta a parturiente.

Nestes termos, abordaremos as várias patologias psíquicas que afetam a mãe durante ou logo após o parto, assim como a visão destas nas várias áreas do saber, numa tentativa de dar resposta à questão da diminuição da culpa através, não só do estudo em geral do Direito Penal e Processual Penal, mas também através das Ciências Humanas como a Medicina e a Psicologia.

4.1. A influência perturbadora do parto

Com referimos em sede própria, o crime de Infanticídio encontra-se tipificado desde o primeiro Código Penal português, em 1852 e, desde então, não deixou nunca de constar prevenido no nosso ordenamento jurídico-penal. O seu surgimento e consagração assenta na crescente sensibilidade do legislador à existência de fatores atenuantes da culpa que o levaram a ponderar e optar pela autonomização deste tipo legal.

Contudo, a referência à “influência perturbadora do parto” surge mais hodiernamente, porquanto a perceção e o conhecimento da influência que as patologias psiquiátricas poderiam ter na prática de determinados crimes era ainda bastante incipiente ou escassa. O verdadeiro fator tido em conta na diminuição da culpa assentava então, como dissemos, na questão da desonra da mãe, dada a importância que a posição e o estatuto social então assumiam⁸⁹.

Por isso que o aludido conceito de “Influência Perturbadora do Parto” surge apenas com o CP de 1982.

Mas, afinal, o que significa este conceito e o que cabe nele?

⁸⁹ Recorde-se que o artigo 356.º dos Códigos Penais de 1852 e de 1886 estabeleciam que “*No caso de infanticídio cometido pela mãe, para occultar a sua deshonra, ou pelos avós maternos para occultar a deshonra da mãe, a pena será a de prisão maior temporária*”.

Antes de mais, diremos que o conceito de “Influência Perturbadora do Parto” encontra-se intimamente relacionado com perturbações psicológicas de carácter elevado, provocadas por alterações físicas e hormonais da mulher resultantes do parto. O conceito está, pois, inerentemente associado a estados depressivos e perturbações neurológicas, originadas ou ampliadas pelo sofrimento do momento do parto.

Para Figueiredo Dias, como *supra* se expôs, as perturbações ocorridas pelo parto podem revelar-se tanto por influência de fatores endógenos como exógenos. Os primeiros, que se prendem com questões inerentes ao íntimo da mulher, têm origem num qualquer estado depressivo preexistente. Os segundos estão relacionados com uma circunstância social ou moral que afeta psicologicamente a mulher – *v.g.* questões económicas ou acontecimentos traumatizantes⁹⁰.

Em sentido diferente, Fernando Silva, remete-nos apenas para fatores endógenos, como sejam as dores físicas ou as alterações psíquicas causadas pelo parto, defendendo que a mãe mata o filho por sério estado de debilidade e por “uma reacção física, própria da sua natureza animal”⁹¹.

Para Augusto Silva Dias, o conceito engloba estados psíquicos causados pela designada “melancolia do parto”, referindo que “dados da ciência médica apontam para a frequência nas parturientes de um estado de ansiedade, irritabilidade ou preocupação excessiva, (...), que pode demorar horas ou dias e pode mesmo degenerar – embora seja raro – numa profunda depressão pós-parto, que se exterioriza na falta de interesse pelo recém-nascido, tendências suicidas, alucinações, comportamento violento”⁹².

Assim se depreende que não existe uma (única) definição do que seja a “Influência Perturbadora do Parto”, apesar dos avanços doutrinários no sentido de alcançar o conceito mais objetivo e científico possível. Porém, tem sido consensual a ideia de que a “Influência Perturbadora do Parto” engloba quer circunstâncias psíquicas associadas a fatores intrínsecos à mulher, quer vicissitudes sociais por si experimentadas, suscetíveis de alterar a sua perceção da realidade no momento do parto e por causa deste.

A aplicação deste tipo legal tornar-se-á, no entanto, absolutamente impossível se tiver ocorrido premeditação da parturiente, visto que a prévia intenção de matar pressupõe necessariamente uma ponderação que é incompatível com o privilegio aí previsto. Assim, necessária será sempre a

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 170.

⁹¹ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p. 136.

⁹² DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal Parte Especial: Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2007, p. 46.

verificação de uma perturbação proveniente do parto enquanto motivadora da prática do crime, cuja prova, como *supra* se denotou, só poderá extrair-se de perícias e pareceres médicos.

Subsiste, no entanto, a dúvida quanto à delimitação temporal da expressão “Influência Perturbadora do Parto”, havendo quem a considere estritamente cingida ao momento do parto ou imediatamente posterior a este, e quem defenda que esse período temporal é superior.

O Infanticídio, como resulta da lei, sempre terá de ocorrer no momento em que o parto decorre ou logo após o seu término, reforçando-se assim que qualquer conduta criminosa contra a vida da criança antes de iniciado o parto enquadrar-se-á unicamente no crime de aborto. Destarte, muito embora o resultado morte se possa verificar em momento posterior⁹³, o crime de Infanticídio apenas se verificará para efeitos de tutela jurídico-penal quando a conduta se verifique “durante ou logo após o parto”.

O STJ considerou, em Ac. proferido a 27.05.1992 no âmbito do processo n.º 042754, que a expressão “logo após o parto” deveria ser interpretada no sentido de que o crime foi praticado “de seguida, imediatamente após, portanto, sem intervalo” relativamente ao momento do parto.

Esta interpretação, pese embora encontre apoio na letra lei, olvida a influência que o parto poderá ter na mulher para além daquele específico momento, pelo que defendemos ser necessário delimitá-lo temporalmente para efeitos de atenuação e conseqüente preenchimento do tipo do crime de infanticídio.

Nesta linha, encontramos a posição adotada por Fernando Silva⁹⁴, que considera que a delimitação imposta pela lei pretende apenas deixar de fora do tipo legal a atuação da mãe após muitos meses face ao parto, pressupondo que “devemos atender ao facto de o elemento determinante no tipo dever ser o da actuação sob a influência perturbadora do parto” e, assim, atender sempre ao estado psíquico da mulher no momento da prática do crime. A lógica é, pois, a de afastar aquelas circunstâncias em que a mãe mate o filho sob uma qualquer perturbação psíquica pós-parto que apenas desencadeia o comportamento muito depois do nascimento da criança, caso em que o crime nunca poderá ser o Infanticídio.

Em sentido idêntico, Figueiredo Dias defende que a conduta infanticida deverá sempre ocorrer durante ou imediatamente após o parto, dentro daquilo que se enquadra num período razoável da mãe se encontrar influenciada negativamente pelo parto, tudo com respeito pelas regras da Ciência Médica. Significa isto que “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

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p. 171.

⁹⁴ SILVA, Fernando, *op. cit.*, p.140-141.

medicina, que a influência perturbadora deste pode ainda subsistir”⁹⁵, concluindo-se que a sua duração pode ser variável, embora enquadrada sempre num curto lapso temporal.

Leal Henriques e Simas Santos, entendem, por sua vez, que a “Influência Perturbadora do Parto” se mantém enquanto a mãe não volta a um estado mental de estabilidade, no qual consiga já atuar segundo um normal e expectável instinto maternal e não alterado pelos efeitos nefastos do parto. Nestes termos, apenas após o desaparecimento desta influência negativa do parto será possível considerar que a mãe que mate o filho atua segundo uma intenção real e ponderada e, portanto, enquadrada na geral previsão do crime de homicídio⁹⁶.

Na mesma linha manifesta-se Augusto Silva Dias, para quem não parece ser suscetível de balizamento o período legalmente consagrado “após o parto”, devendo considerar-se a sua permanência enquanto os efeitos negativos por si provocados não cessarem⁹⁷.

4.1.2. As perturbações pré e pós-parto

A análise da “Influência Perturbadora do Parto” no âmbito do art.136.º do CP implica, necessariamente, o estudo e a compreensão das Perturbações Pré e Pós-Parto que afetam psicologicamente a mulher e que estarão certamente na base do comportamento criminoso aí tipificado. De facto, “a maternidade (...) constitui a experiência mais transcendente do desenvolvimento psicosexual da mulher” acarretando “profundas mudanças psicológicas e somáticas” que poderão conduzir a significativas “perturbações no equilíbrio da personalidade”⁹⁸.

Quer o período pré-natal, quer o período pós-parto têm sido considerados de “alto risco para o desenvolvimento de perturbações psiquiátricas para todas as mulheres, e em particular, para aquelas com doença psiquiátrica pré-existente. Entre 5% a 20% de todas as mulheres desenvolvem uma perturbação depressiva no pós-parto nos primeiros seis meses, e entre 0,1% a 0,2% uma psicose pós-parto”⁹⁹.

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁹⁶ LEAL-HENRIQUES, M., SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado - Parte especial: arts 131º a 386º*, vol. II, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000, p. 174.

⁹⁷ DIAS, Augusto Silva, *op. cit.*, p. 46.

⁹⁸ CORDEIRO, J. C. Dias, *A Saúde Mental e a Vida: Pessoas e Populações em Risco Psiquiátrico*, Lisboa, Moraes Editores, 1982, p. 54-56.

⁹⁹ COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *Perturbações psiquiátricas do pós parto: implicações na amamentação*, 2011. Consultado a 28.09.2020 e disponível em [http://www.spp.pt/Userfiles/File/App/Artigos/29/20120105115925_Actualizacao_Costa%20C_42\(4\).pdf](http://www.spp.pt/Userfiles/File/App/Artigos/29/20120105115925_Actualizacao_Costa%20C_42(4).pdf)

4.1.2.1. Ansiedade pré-parto

A ansiedade é classificada na psicologia e na psiquiatria como um distúrbio emocional caracterizado pelo medo e perigo iminente que colocam o doente num estado de alerta constante. Globalmente, a ansiedade encontra-se associada a elevados níveis de atividade do sistema nervoso simpático, provocando, regra geral, um aumento do batimento cardíaco, da pressão arterial e da frequência respiratória.

A existência de ansiedade no quotidiano é fundamental, porquanto nos permite manter um determinado nível de atenção face aos perigos que nos rodeiam, garantindo a nossa sobrevivência. Porém, “a reação do medo, também chamada de “luta ou fuga”, está no centro de vários transtornos do comportamento (ou mentais), conhecidos como transtornos de ansiedade. As sensações envolvidas na reação do medo normal (como instinto de defesa) ou no ataque de pânico (sensação de medo intenso, súbito e anormal) são exatamente as mesmas: taquicardia, sudorese, aceleração da respiração, tremores, boca seca, formigamentos, calafrios etc. A única diferença – e esta é a grande diferença – é que” na ansiedade dita normal “nós sabemos exatamente por que reagimos daquela maneira. Já no pânico, por exemplo, nós não conseguimos identificar um fator desencadeante ou um estímulo óbvio para causar sentimentos tão fortes”¹⁰⁰.

Naturalmente, os níveis de ansiedade na gravidez encontram-se particularmente elevados, em especial pela expectativa, medo do desconhecido e insegurança associados ao nascimento de um novo ser¹⁰¹.

Na gestação, é possível dividir os sintomas da ansiedade em 3 dimensões distintas: a dimensão fisiológica, a qual se manifesta na ocorrência dos sintomas físicos *supra* descritos (frequência cardíaca, alterações na pressão arterial, relaxamento de músculos da bexiga e intestinos, calafrios, cefaleia, inquietação motora e náuseas); a dimensão emocional, exteriorizada através de sentimentos de impotência, choro, nervosismo, irritabilidade e impaciência; e, por fim, a dimensão cognitiva, traduzida numa incapacidade de concentração¹⁰².

¹⁰⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa, *Mentes Ansiosas – Medo e Ansiedade Além dos Limites*, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2011, p.25.

¹⁰¹ Os níveis de ansiedade não se mantêm inalterados no decurso de toda a gravidez. O 1º e 3º trimestres são, em regra, os que geram mais ansiedade, contrariamente ao 2º que se revela mais tranquilo.

¹⁰² BAPTISTA, Makilim Nunes, BAPTISTA, Adriana Said Daher, e TORRES, Erika Cristina Rodrigues, *Associação entre suporte social, depressão e ansiedade em gestantes*, Revista de Psicologia da Vetor Editora, 7(1), 39-48, 2006, p.41. Consultado a 28.09.2020 e disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psic/v7n1/v7n1a06.pdf>

Como facilmente se depreende, os fatores que mais impulsionam o surgimento da ansiedade na fase da gestação prendem-se com o medo do parto, a angústia associada às alterações físicas e o receio das mudanças que se avizinham. Esta ansiedade é, pois, natural e até mesmo expectável. Contudo, pode suceder que a ansiedade ultrapasse níveis considerados normais e saudáveis, implicando uma possível diminuição do investimento da mulher na maternidade.

O diagnóstico de ansiedade pressupõe, por isso, que a grávida apresente sintomas típicos de forma frequente e duradoura, suscetíveis de afetar a sua capacidade de socialização e bem-estar. Por regra, a ansiedade diminui após o parto, uma vez que a gestão de expectativas se ameniza. Se assim não suceder, existe um fator acrescido da mulher desenvolver posteriormente depressão pós-parto.

4.1.2.2. Depressão pré-parto

As perturbações depressivas, de forma geral, “são caracterizadas por tristeza, perda de interesse ou prazer, sentimentos de culpa ou de autoestima baixa, perturbações do sono ou do apetite, sensação de cansaço e baixo nível de concentração. A depressão pode ser duradoura ou recorrente, prejudicando substancialmente a capacidade de uma pessoa funcionar no trabalho ou na escola ou lidar com a vida diária. Na sua forma mais grave, (...) pode levar ao suicídio”¹⁰³.

Na circunstância de uma depressão pré-parto, os sintomas assemelham-se aos de uma depressão dita normal, caracterizando-se apenas por se encontrarem associados a sentimentos de culpa e de incapacidade materna. As vítimas desta patologia apresentam, igualmente, sintomas típicos de ansiedade – *v.g.* taquicardia, sudorese, dificuldade respiratória, dor no peito - comumente associadas a gravidezes não desejadas. O surgimento destes sintomas pode ocorrer em qualquer momento da gravidez sendo mais frequente, contudo, no 3º trimestre pela proximidade com o parto.

O grande desafio prende-se com o seu diagnóstico, uma vez que os sintomas regularmente apresentados são comuns quer à depressão, quer à própria gravidez. Este fator acrescido da vergonha experimentada pela mulher por não corresponder aos sentimentos socialmente expectáveis numa mulher grávida, reduzem a procura por acompanhamento médico. Na realidade, estas mulheres tendem mesmo a não comparecer às consultas médicas agendadas e a incumprir qualquer terapêutica prescrita.

Evidentemente, as mulheres com maior propensão ao desenvolvimento de depressão pré-natal são, geralmente, aquelas que apresentam maiores dificuldades económicas, uma relação conturbada

¹⁰³CARVALHO, Álvaro, *Depressão e outras perturbações mentais comuns: Enquadramento global e nacional e referência de recurso em casos emergentes*, p.5. Consultado a 29.09.2020 e disponível em <https://www.dgs.pt/ficheiros-de-upload-2013/dms2017-depressao-e-outras-perturbacoes-mentais-comuns-pdf.aspx>

com o companheiro, dependência de álcool e/ou estupefacientes ou histórico de abusos sexuais. A gravidez não desejada é, em igual medida, um fator de risco no surgimento da depressão na gestação.

Logicamente, a depressão pré-natal assume-se como um dos principais fatores de risco da depressão pós-parto, afetando drasticamente a interação da mãe com o feto logo no decorrer da gravidez.

Não há conhecimento de casos de infanticídio impulsionados por estas perturbações, e mesmo que os houvesse, nunca seriam o bastante para aplicar o art.136.º, porquanto a depressão pré-parto, e igualmente a ansiedade pré-parto *supra* exposta, não alteram a capacidade de percepção, de entendimento e de consciência da gestante. É certo que apresentará alterações de comportamento e poderá até negligenciar o cuidado ao filho, mas nunca ao ponto de provocar a sua morte nas circunstâncias previstas naquele normativo.

4.1.2.3. Negação não psicótica da gravidez

A negação não psicótica da gravidez pressupõe, em qualquer circunstância, que a mulher grávida demonstre uma total ausência de consciência da sua gravidez. Esta pode resultar de duas circunstâncias distintas: “affective denial (negação afetiva) e pervasive denial (negação invasiva), (...)”; Na primeira circunstância, muito embora a mulher reconheça a gravidez, há uma falta de envolvimento emocional da gestante, o que conduz a uma não alteração emocional ou comportamental; Na ‘negação invasiva’ ocorre “uma forma mais extrema de negação em que a gestação permanece afastada da consciência”, podendo mesmo suceder que a mulher só tome conhecimento da gravidez no momento do parto – “As mudanças corporais são quase ausentes e quando, todavia, ocorrem, são comumente interpretadas ou atribuídas a outras questões”¹⁰⁴.

De frisar que a negação da gravidez aqui perspectivada em nada se relaciona com um estado psicótico em que ocorre transfiguração da realidade. O que surge é uma falta de consciência dessa mesma realidade através da negação involuntária dos sintomas da gravidez, seja pelo facto de estes não surgirem, seja porque lhes associa causas diversas¹⁰⁵.

¹⁰⁴GONÇALVES, Thomás Gomes, *Negação não psicótica da gravidez: definições, especificidades e explicações*, in Estudos e Pesquisas em Psicologia, Vol. 14, n.º3, Periódicos Eletrónicos em Psicologia, Rio de Janeiro, 2014, p. 1009. Consultado a 29.09.2020 e disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v14n3/v14n3a17.pdf>

¹⁰⁵Por vezes, verifica-se uma manutenção do ciclo menstrual habitual, ocorrendo as hemorragias menstruais. Muito embora subsistam inúmeras causas, acredita-se que esta circunstância se deve a um fenómeno inverso ao que ocorre na gravidez psicológica. Aqui, pelo facto da mulher não crer na gestação, ocorre uma negação que, globalmente, impede que os sintomas gestacionais surjam naturalmente.

Este fenómeno encontra-se associado a traumas e conflitos internos da gestante que a impulsionam numa espiral de negação, quer sejam a ausência de uma relação maternal, o medo do abandono ou o abuso sexual. Nos casos em que o feto seja resultado de um abuso sexual, pelo trauma e dor psicológica que provoca, a negação da gravidez apresenta-se como um mecanismo de autoproteção, pretendendo-se apagar da memória o crime de violação ocorrido.

Na verdade, o parto é mesmo visto como uma experiência extracorporal, na qual as parturientes perdem toda a sua sensatez, entrando num completo estado de dissociação. Por este motivo, não raras vezes, as grávidas vítimas deste distúrbio acabam por cometer o crime de Infanticídio - em variadíssimas circunstâncias e pelo estado de desespero que sentem, através da omissão de comportamentos a que estavam obrigadas (cuidados e proteção neonatais).

Em termos globais, a negação não psicótica da gravidez pode manifestar-se na ausência completa de sintomas gestacionais, acreditando a mulher que a possibilidade de uma gravidez é inviável, ou na presença de sintomas erradamente interpretados pela gestante que os associa a causas físicas distintas da gravidez.

“Em ambas as situações estamos perante uma negação da gravidez, e os motivos que podem levar à ocorrência de uma situação ou de outra são os mesmos, diferenciando na forma como o cérebro atua com essa negação. Nuns casos a barreira é tão grande que não emite sinais ao corpo, para que esta não chegue a ter a consciência e, nos outros, emite sinais, mas não deixa que aquilo que a mulher veja seja por ela percecionado”¹⁰⁶.

4.1.2.4. Negação psicótica da gravidez

Na negação psicótica da gravidez, contrariamente ao exposto *supra* quanto à negação não psicótica, os sintomas gestacionais encontram-se presentes e visíveis, nomeadamente no que concerne à ausência de menstruação e ao aumento do ventre. Não obstante, resultado do “estado debilitado em que se encontra a gestante, os sintomas são interpretados a partir de algum componente delirante”¹⁰⁷.

Este tipo de negação caracteriza-se pela individualidade da crença, porquanto a gestante é a única a não reconhecer a própria gravidez, embora esta seja absolutamente evidente para os demais, resultando frequentemente no homicídio ativo do nascituro provocado por afogamento ou estrangulamento. O afogamento muitas vezes surge pelo facto de a grávida dar à luz numa casa de

¹⁰⁶ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, “*O crime de infanticídio e as perturbações psicológicas pré e pós-parto*”, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, Dissertação de Mestrado, p.72 e 73.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Thomás Gomes, *op. cit.*, p.1009.

banho, escondendo o recém-nascido na sanita na tentativa de o silenciar, não sendo em momento algum uma morte premeditada e ponderada.

O que caracteriza, de facto, esta perturbação é a circunstância delirante que se lhe está associada e que culmina na forma como a mulher encara o seu estado gravídico. Desenvolve-se, essencialmente, em mulheres que sofrem de esquizofrenia e bipolaridade, manifestando-se uma absoluta “rutura com a realidade”¹⁰⁸ e um genuíno desconhecimento da gravidez. O estado emocional não é, pois, fingido, havendo mesmo uma incapacidade da mulher perceber os factos de forma ponderada e sem interpretações delirantes.

Muito embora as patologias psiquiátricas sejam o maior fator de risco no surgimento da negação psicótica da gravidez, muitas outras circunstâncias contribuem para o seu desenvolvimento, nomeadamente dificuldades económicas, diminuído apoio social e relações pessoais conflituosas marcadas por abusos sexuais e violência.

Em ambas as situações – quer na negação não psicótica da gravidez, quer na negação psicótica -, a mulher apresenta-se em negação da sua gravidez, caracterizando-se esta como um estado de dissociação da realidade. A capacidade de análise e de interpretação dos factos é feita erradamente pela parturiente, sempre sob o pressuposto de ausência de uma gravidez.

Esta incapacidade contínua de avaliação da realidade impede a mulher de agir em conformidade com as suas circunstâncias, havendo “uma rutura com a consciência, memória, identidade, emoção, representação do corpo, controlo motor e comportamentos”¹⁰⁹. Este comportamento dissociativo é, na realidade, um mecanismo de autoproteção, porquanto a capacidade de sentir emoções encontra-se consideravelmente diminuída. Se a mulher tiver sido vítima de abuso sexual, e sendo este um evento traumático que a gravidez daí resultante só vem avivar, o estado de dissociação surge como uma forma de resposta à ansiedade e medo provocados por esse evento.

De notar que o art.136.º do CP pressupõe a existência de uma anomalia psíquica originada ou agravada pelo parto, verificando-se uma clara diminuição das faculdades cognitivas do agente com a consequente culpa diminuída. A mãe que mata o filho não é, de todo, inimputável, porém, no momento da prática do facto típico encontra-se num estado intelectualmente diminuído pelos efeitos de uma anomalia psíquica com relação estreita com o momento do parto.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.1008.

¹⁰⁹ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, *op. cit.*, p.109.

4.1.2.5. Ocultação da gravidez

A ocultação da gravidez, contrariamente à sua negação, não se define como um fenómeno em que a mulher desconhece a própria gravidez. Aqui a gestante conhece a sua circunstância e associa os sintomas a essa sua condição. A ocultação da gravidez a terceiros é, por isso, uma decisão consciente e ponderada que encontra justificação, maioritariamente, em gravidezes indesejadas resultantes de abusos sexuais ou de relações marcadas pela violência. Nestas circunstâncias, o desaparecimento e/ou morte do filho após o parto é vista pela parturiente como a solução para colmatar os seus traumas e receios.

“O processo da ocultação é efetuado através do uso de roupas largas, corpetes ou ligaduras que escondam a barriga (...)”, pelo que, “quando os sintomas começam a ser visíveis para terceiros”, as mulheres “dão justificações racionais e plausíveis”¹¹⁰.

Muito embora a gestante tenha, nesta fase, pleno conhecimento da gravidez, esta condição é muitas vezes precedida da negação da mesma, o que culmina frequentemente numa fraca vinculação maternal, no abandono do filho e, nos casos mais drásticos, no homicídio do bebé durante ou após o parto.

De notar, porém, que este comportamento não se encontra associado a qualquer psicopatologia, nem se trata de um ato inconsciente. É certo que a mulher se encontra emocionalmente perturbada e debilitada, mas esta circunstância não importa por si só a incapacidade de uma decisão plena e consciente, pelo que o homicídio do recém-nascido provocado pela mãe neste caso não compreende, por regra, a “Influência Perturbadora do Parto” prevista no art.136.º do CP.

Não é possível fundamentar, no entanto, que estes casos de ocultação pressuponham uma premeditação do homicídio do recém-nascido. Muito embora não haja aqui qualquer dissociação da realidade, uma vez que a mulher sabe e conhece a sua condição, há sempre que ponderar a aplicação do homicídio privilegiado do art.133.º do CP. De facto, desde que a mulher atue dominada por emoções de desespero e raiva, o seu comportamento, embora evidentemente censurável, é suscetível de privilégio.

O caso em estudo na presente dissertação é um exemplo claro desta circunstância, porquanto a ocultação da gravidez seguida do homicídio do nascituro fruto de uma violação poderá culminar na expressão dos sentimentos *supra* descritos. O nascimento do bebé é aqui visto como um evento

¹¹⁰ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, *op. cit.*, p.78.

insuportável de amplificação da violação, levando a mãe a matá-lo como forma de apagar da sua memória o crime de que foi vítima.

4.1.2.6. *Maternity blues*

A “melancolia pós-parto”, ou *Maternity Blues*, é considerada a mais leve e frequente das alterações psicológicas do pós-parto. Verifica-se em 26% a 85% das mulheres¹¹¹, definido doutrinamente como um “síndrome de hipersensibilidade emocional da mulher”.

Surge, habitualmente, nos dias após o nascimento do bebé - frequentemente entre o 2º e o 5º dia após o parto-, desaparecendo por volta do décimo dia. Classifica-se como “uma perturbação do humor, breve e moderada, que em número muito elevado ocorre nas mulheres após o nascimento do bebé, em consequência das alterações hormonais”¹¹². Manifesta-se, por regra, por episódios de choro, instabilidade emocional e sintomas de ansiedade físicos e cognitivos aliados a uma sensação de incapacidade de cuidado do recém-nascido.

Maioritariamente, estes quadros de alteração hormonal não necessitam de intervenção médica e tratamento farmacológico, bastando a atenção e o cuidado redobrado dos familiares próximos no decurso do período que corresponde ao primeiro mês pós-parto.

A grande maioria dos autores considera que esta perturbação de humor pós-parto é até essencial na adaptação da puérpera ao nascimento do recém-nascido, permitindo-lhe uma descompressão da expectativa vivida durante a gravidez e o parto, afirmando-se como um ponto de partida para uma nova fase de aprendizagem e compreensão das necessidades do recém-nascido. É, portanto, uma manifestação normal das alterações hormonais ocorridas nos meses transatos.

Deste modo, a melancolia aqui em análise não importa uma consciência diminuída da mulher, não preenchendo de forma alguma o tipo legal de crime de infanticídio.

De reforçar, no entanto, que em cerca de 20% dos casos, esta condição leve e passageira poderá evoluir para um quadro de depressão pós-parto, bastante mais sério e de complexo tratamento.

¹¹¹ COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *op. cit.*, p.178.

¹¹² PINTO, Maria Teresa Mascarenhas, “*A solidão na gravidez: determinantes da solidão e seu impacto na ligação materno-fetal*”, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, 2011, Protocolo de projeto, p. 19-20.

4.1.2.7. Depressão pós-parto

A ocorrência da depressão no pós-parto tem sido verificada, nos países desenvolvidos, em 10% a 15% das parturientes¹¹³, tendo esta início, em 50% destes casos, na primeira semana após o parto. A grande maioria das depressões ocorridas acabam por se resolver nos primeiros seis meses após o parto, variando estas percentagens em função da idade, anteriores perturbações psiquiátricas, conflitos conjugais e suporte familiar.

Além destes fatores, as alterações hormonais verificadas nas parturientes têm sido associadas ao aumento da possibilidade de surgimento da depressão puerperal. “Na gestação, os níveis de estrógeno e progesterona são superiores àqueles vistos nas mulheres fora do período gestacional e esse fator pode estar envolvido nas alterações do humor que ocorrem nessa fase”¹¹⁴.

A depressão pós-parto revela-se através da presença de sintomas somáticos tais como fadiga, diminuição do desejo sexual, desconforto generalizado, dor física, infeções e dificuldades na lactação, acrescidos de sintomas intensos de ansiedade, irritabilidade, choro frequente, perturbações no sono, desconcentração, falta de interesse e pensamentos suicidas. A presença destes sintomas leva a mulher a negligenciar os cuidados do nascituro, acabando as suas responsabilidades por serem delegadas a terceiros.

Os fatores que promovem o surgimento da depressão pós-parto prendem-se com questões biológicas, psicológicas e socioculturais, associadas a acontecimentos traumatizantes como abusos sexuais e violência doméstica, dificuldades no parto, carências económicas ou divórcio.

“Alguns autores entendem que na depressão pós-parto algumas mulheres têm pensamentos infanticidas devido à falta de vinculação que têm com o recém-nascido (...), consideram-se más mães, não achando justo para a criança nascer com uma mãe assim (...), por isso, o infanticídio seguido de suicídio afigura-se-lhes a melhor opção”¹¹⁵.

A ausência de tratamento, além das consequências imediatas provocadas na mulher, no recém-nascido e na relação conjugal, poderão ter reflexos tardios no filho, verificando-se inúmeras vezes casos de maus-tratos infantis, comportamentos agressivos e até mesmo perturbações psicológicas na adolescência e fase adulta.

¹¹³ COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *op. cit.*, p.178.

¹¹⁴ CAMACHO, R. S., et. al., “*Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento*” in Revista Psiquiatria Clínica, 2006, p.94. Consultada a 01.10.2020 e disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rpc/v33n2/a09v33n2.pdf>

¹¹⁵ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, *op. cit.*, p.90.

A depressão pós-parto poderá, em determinadas circunstâncias, evoluir para uma psicose puerperal, transformando-se os sintomas típicos de ansiedade e depressão como a irritabilidade, o choro e a exaustão em irracionalidade, delírios e alucinações. Assim verificado, encontra-se instalado na mulher o quadro mais grave das perturbações psíquicas pós-parto.

4.1.2.8. Psicose puerperal

Os quadros de psicose pós-parto apresentam uma incidência bastante reduzida - estima-se que uma a cada mil mulheres apresenta sintomas psicóticos após o parto¹¹⁶ - e manifestam-se, regra geral, nos primeiros dias após o parto. Expressam-se através de episódios depressivos ou maníacos abruptos, com sintomas psicóticos, labilidade emocional, despersonalização, confusão mental, alterações graves do sono e atividade alucinatória. Nesta perturbação delirante há um repúdio total da mãe face ao bebé, associado a uma perda de contacto com a realidade, mostrando-se as mulheres incapazes de cumprir as suas obrigações maternas e tornando-se verdadeiramente perigosas na abordagem comportamental. Não reconhecem, muitas vezes, a diferença entre a realidade e o delírio, marcada inúmeras vezes por uma variação entre estados de euforia e estados depressivos num curto espaço de tempo. Esta transição abrupta e sem pré-aviso dificulta a abordagem dos familiares e dos profissionais de saúde, atrasando em diversas circunstâncias o controlo dos surtos.

Esta realidade é muito próxima dos surtos manifestados em doentes esquizofrénicos, os delírios e alucinações apresentados são do tipo paranoide e “podem ser dirigidos em relação a si próprias - acreditam que alguém as vem roubar, matar, ou envenenar – ou em relação ao recém-nascido - ouvem vozes que lhes dizem para matar o bebé, que o mesmo está possuído pelo demónio, ou simplesmente que pode vir a morrer”¹¹⁷. O recém-nascido é mesmo visto pela mãe como um inimigo, sentindo estas ameaçadas pela sua presença. Aqui encontra-se, geralmente, a base do desejo de o matar que culmina, se a mulher não for submetida aos devidos cuidados médicos- incluindo, por diversas vezes, o internamento hospitalar- na prática do crime de infanticídio. O risco de infanticídio nestas circunstâncias é, de facto, bastante elevado “e está geralmente associado a atividade alucinatório-auditivo verbal de comando”¹¹⁸.

¹¹⁶ COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *op. cit.*, p.178.

¹¹⁷ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, *op. cit.*, p.93.

¹¹⁸ COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *op. cit.*, p.179.

Num estado psicótico a parturiente deve ser tida como imputável, embora de forma diminuída, uma vez que a sua perturbação se dirige exclusivamente ao filho. Este é “o alvo dos delírios e alucinações, sendo, portanto, o alvo da perturbação”¹¹⁹.

Parece assim evidente que a psicose puerperal é a única perturbação pós-parto suscetível de enquadrar o tipo legal do crime de infanticídio, sendo apenas necessária a prova de que no momento da prática do crime a mulher padecia da dita perturbação e que, por causa desta, agiu ilicitamente.

O surgimento desta patologia, além das alterações biológicas associadas à diminuição do estrogénio e da progesterona, encontra-se associado a uma tendência psicótica da mulher, existindo, por norma, um histórico de perturbações psíquicas como bipolaridade e esquizofrenia.

De igual forma concorrem no risco de surgimento desta patologia a existência de uma relação conjugal inconstante e marcada por violência doméstica, uma gravidez indesejada, instabilidade financeira ou abuso sexual prévio.

Sendo a psicose puerperal uma alteração psíquica transitória, a sua recuperação, se devidamente controlada por profissionais de saúde, afigura-se breve. Contudo, o facto de a mulher padecer, a certo momento, desta patologia, será sempre um fator de risco do seu ressurgimento numa gravidez futura.

4.1.3. A prova da “influência perturbadora do parto”

A prova da “influência perturbadora do parto” como pressuposto da prática do crime de Infanticídio só pode obter-se através da prova pericial. Esta prova, realizada por detentor de conhecimento científico na área em discussão – *in casu* a psiquiatra - deverá emitir, no seu relatório pericial, opinião cientificamente fundamentada no que respeita a determinar se a mulher detinha, no momento da prática do facto, o discernimento para compreender o seu comportamento. Ao perito caberá, pois, certificar a existência ou inexistência de patologia psiquiátrica na arguida, devendo ainda, em caso afirmativo, analisar a extensão da mesma na capacidade de entendimento e compreensão da realidade. Objetivamente, a perícia judicial servirá, portanto, para constatação do estado psicológico da mãe no momento em que matou o seu filho.

Note-se que “a explicação psicológica de um ato através de um estado afetivo, inclusivamente um estado emocional, não pode justificar automaticamente a inimputabilidade; afinal, a maioria dos atos humanos, delituosos ou não, tem um componente afetivo ou emocional que pode explicá-los, mas que

¹¹⁹ ARRÔBE, Rute Isabel Barão, *op. cit.*, p.138.

é insuficiente para argumentar que os mesmos terão sido realizados pelo facto de o indivíduo estar psicologicamente desorganizado, pois podem até representar o oposto. Assim sendo, o objetivo principal da perícia psiquiátrica em Direito Penal é a determinação do estado mental do indivíduo no momento da prática dos factos. A avaliação pericial não exige que se alcance um diagnóstico concreto, mas sim que se avalie e determine em que medida estão afetadas as bases psicobiológicas da imputabilidade — a inteligência e a vontade — isto é, a capacidade de compreender o facto ilícito e de se autodeterminar perante essa avaliação”¹²⁰.

Pinto da Costa acrescenta ainda que “por vezes, a mãe que mata o infante, não o faz para ocultar a sua desonra, mas porque tem perturbações de tipo psicológico inerentes ao puerpério e que podem atingir um nível psicótico”, pelo que “estas doentes podem ter morto o filho, atuando em curto-circuito, por ato impulsivo, resultante da transformação direta dos impulsos (...), sem que haja análise da consciência”¹²¹. Acrescenta ainda que “a influência perturbadora que leva a mulher a matar um filho não atinge o nível psicótico porque neste caso a mãe seria inimputável”¹²².

Embora aparentemente simples, a análise da imputabilidade envolve rigor e complexidade, porquanto ter-se-á de equacionar inúmeras vertentes e facetas da psique da arguida, seja no que concerne às patologias de que poderá padecer, seja face à sua própria personalidade. Por este facto, não raras vezes, o perito não adquire elevado grau de certeza quanto à dita existência ou inexistência da perturbação. A circunstância da perícia decorrer com grande lapso de tempo face ao momento da prática do crime prejudica, evidentemente, a análise rigorosa pretendida, visto que, mesmo atuando criminalmente sob influência de uma qualquer patologia, esta poderá já não se manifestar na data em que a perícia é efetuada. Nestes termos, haverá sempre alguma subjetividade associada à perícia psicológica, em grande parte dependendo das impressões e conclusões sentidas pelo médico.

Analisada que esteja a vertente psíquica da mulher como fator fundamental da demonstração da “Influência Perturbadora do Parto”, cumpre ainda, para a prova da prática do crime de Infanticídio, proceder à autópsia do recém-nascido, por forma a determinar a causa da sua morte. Aqui revela-se fundamental o papel do médico-legista na realização da autópsia médico-legal que auxiliará na reconstituição da ordem cronológica dos factos. Como pressuposto fundamental de qualquer crime de homicídio, cumpre ainda determinar se a vítima estava viva no momento em que os comportamentos aptos a provocar a sua morte se verificaram.

¹²⁰ VIEIRA, Fernando, BRISSOS, Sofia, “*Direito e Psiquiatria – um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria*”, in *Julgar*, nº3, Set-Dez., Coimbra, Coimbra editora, 2007, págs. 49.

¹²¹ COSTA, Pinto da, “Problemas Médico-Legais do Artigo 356.º do Código Penal: Infanticídio”, *Separata de «O Médico»* 779, N.º 1451, Vol. XCI, 1979, p. 2.

¹²² COSTA, J. Pinto da, “*Curso Básico de Medicina Legal*”, Euedito, 2009, p.184.

Segundo PINTO DA COSTA, o diagnóstico médico-legal do infanticídio pressupõe ainda a reflexão sobre diversos pontos fundamentais, tais como o exame do local do crime, a determinação da idade do feto, as docimasias conjugadas por forma a averiguar a possibilidade de asfixia, as lesões congénitas e a análise da possibilidade da morte do recém-nascido se ter dado por consequência de causas naturais.

CAPÍTULO V – ATO SEXUAL NÃO CONSENTIDO

Os crimes contra a liberdade sexual encontram-se plasmados no Capítulo V da Secção I do CP, sofrendo fortes alterações ao nível da sua conceção social e proteção jurídica, como facilmente se denota do estudo da sua evolução histórica.

Não pretendendo nesta investigação aprofundar cada um dos crimes sexuais, importando somente, no essencial, o estudo do crime de violação p. e p. no art.164.º, revela-se sempre pertinente a análise dos fatores comuns que caracterizam este tipo de crimes.

Desde logo, em todos eles subsiste uma realidade intimista, assente na privacidade necessariamente associada ao ato sexual como “o que de mais íntimo tem o ser humano”¹²³. Pela esfera extremamente reservada da sexualidade, as vítimas deste crime tendem, maioritariamente, a omitir a sua ocorrência, por medo ou vergonha, pretendendo o mais rapidamente possível esquecer o sucedido. A discricção associada ao ato sexual permite, em igual medida, uma maior dificuldade na identificação do criminoso, porquanto a prática do crime ocorre geralmente em local solitário e, por isso, distante de qualquer testemunha.

Pode-se igualmente denotar uma dimensão dualista, na medida em que o ato sexual não consentido envolve, maioritariamente, relações sexuais entre duas pessoas, o agressor e a vítima, as quais, por regra, detêm mesmo uma relação anterior entre si, como se tem denotado pela elevada percentagem de atos sexuais não consentidos praticados por cônjuges e ex-cônjuges¹²⁴. Esta anterior relação entre ambos permite, muitas vezes, aumentar o domínio que o agressor detém sobre a vítima, seja na dimensão física seja na psicológica, permitindo-lhe “condicionar todo o percurso que vai do momento da prática do ato sexual (...) até ao julgamento dos factos”, conseguindo ainda provocar na vítima um completo condicionamento, em especial ao nível “da paralisação pelo medo («*frozen fright*») que ocorre em situações em que a vítima, perante a confrontação do agressor, paralisa”¹²⁵.

A ausência de evidências físicas é, na mesma linha de raciocínio, uma relevante característica dos crimes sexuais, porquanto o autor do crime apresenta uma lógica preocupação em esconder qualquer prova da prática do crime. Nos crimes sexuais em que não se verifica contacto físico entre agressor e vítima, como seja a “importunação sexual”, a ausência concreta de provas torna-se simples.

¹²³ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, Coimbra, Almedina, 2019, p.32.

¹²⁴ A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), no seu Relatório 2013-2016 sobre Crimes Sexuais, concluiu que 52% destes crimes são, de facto, cometidos por cônjuges e ex-cônjuges. Consultado a 03.10.2020 e disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_CrimesSexuais_2013-2016.pdf

¹²⁵ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.34-35.

Nos crimes em que ocorre contacto direto com a vítima, as evidências físicas sempre ocorrerão, embora camufladas pelo agressor. Na verdade, a própria vítima, querendo esconder e esquecer o sucedido, disfarçará, ela mesma, qualquer sinal da agressão.

Por último, e com elevada relevância no presente estudo, a ocorrência de ato sexual não consentido implica para a vítima uma óbvia dimensão traumática. “Uma agressão sexual, seja ou não acompanhada de um ato de violência física ou psicológica, comporta sempre uma fratura na personalidade da vítima. As consequências de um traumatismo desta natureza, ainda que diversificados, compreendem um conjunto de efeitos físicos, psicológicos e sociais absolutamente desgastantes que se prolongam no tempo”¹²⁶.

Muito embora a dimensão do trauma dependa da gravidade do crime sofrido, da personalidade da vítima e do meio social em que se insere, dúvidas não há que esta ocorrência terá necessariamente reflexo nas presentes e futuras relações pessoais da vítima, em especial naquelas que envolvem especial intimidade, provocando, além de dúvidas e complexos no desenvolvimento da própria sexualidade, “perturbações de stress pós traumático complexo, identificados sobretudo em casos extremos, fenómenos de desenvolvimento de personalidades múltiplas que, funcionando como vários “eus” permitem-lhes (...) sair da situação de abuso”¹²⁷.

Esta dimensão psicológica associada ao trauma provocado pelo crime sexual assumirá especial relevo *infra* no que concerne ao crime de violação aqui explorado, em especial quando dele resulte uma gravidez, na medida em que muitas das perturbações pré e pós-parto acima analisadas desenvolvem-se pela incapacidade compreensível da mulher vítima deste crime gerir uma gravidez que constantemente a relembra do crime que naturalmente pretende esquecer.

5.1. Violação

5.1.1. Evolução histórica

O crime de violação, desde o seu surgimento até aos dias de hoje, veio sofrendo alguma evolução. Na versão do CP de 1852, os crimes sexuais encontravam-se plasmados no Capítulo IV, integrando os crimes contra a honestidade, prescrevendo os artigos 392º e 393º da versão de 1852, que “*Aquella, que estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de doze annos, e menor de dezeseite*

¹²⁶ *Ibid.*, p.36.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 37.

annos, terá a pena de degredo temporário” e “Aquelle, que, por meios fraudulentos de seducção, estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de dezeseite annos, e menor de vinte e cinco annos, terá a pena de prisão correccional de um até tres annos”.

O artigo 394º acrescentava ainda, que *“Aquelle, que tiver copula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra a sua vontade, por meios de violência, ou por meios fraudulentos, tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação”.*

Mais tarde, na versão de 1886, o crime de violação encontrou maior amplitude, punindo *“Aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos”.*

Na versão de 1982, o artº 201º passou a prever o crime de violação com novos contornos, punindo com pena de prisão de 2 a 8 anos aquele que tivesse *“cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro”.*

Apenas com a reforma de 1995 se veio alcançar “plenamente a mudança almejada, passando os crimes sexuais a ser verdadeiros crimes contra as pessoas, mais propriamente, contra o valor da liberdade e autodeterminação sexual. Este parece ser um ponto de chegada há muito esperado, pois, na verdade, só com a inserção dos crimes sexuais no âmbito dos crimes contra as pessoas e não no de quaisquer outros bens supra individuais – como a moralidade sexual – é que o Código Penal passou a assumir coerentemente a sua posição em relação ao bem jurídico a proteger – a liberdade e a autodeterminação sexual de cada pessoa, e já não um padrão rígido de comportamento sexual”¹²⁸.

Ainda assim, até à reforma do CP de 1998, o crime de violação previa e punia somente a ocorrência da “cópula” contra a vontade da mulher, excluindo por completo o “coito anal”, o “coito oral” ou a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”. A redação do então crime de violação consistia no seguinte: *“Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos”.*

Com a reforma de 1998, o crime de violação passou a englobar como ato típico, além da cópula, o “coito anal” e o “coito oral”, introduzindo ainda um sujeito passivo mais amplo com a retira da

¹²⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *“Breve reflexão acerca do tratamento juridicopenal do incesto”*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 3, julho-setembro de 2002, Coimbra Editora, 2002, pág. 350-351.

exclusividade feminina no papel de vítima. A vítima deixou de ser apenas a mulher, podendo também ser o agente agressor.

Por sua vez, no ano de 2007 a norma passou a prever também a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” como elemento típico, equiparando-o à cópula, coito anal e coito oral.

Mais recentemente, no ano de 2019 e por proposta dos grupos parlamentares do PS, BE e PAN, foi introduzida nova alteração ao preceito no sentido de alargar o conceito de “não consentimento” subjacente ao crime de violação, fazendo surgir o conceito de “*vontade cognoscível*” como a “falta de consentimento da vítima, expressa de forma verbal ou não verbal, presumindo-se que o silêncio, acompanhado de passividade, medo e de falta de participação positiva ou ativa nos atos, são suficientes para, de acordo com regras de experiência, se presumir que a falta de vontade foi perceptível para o agente do crime, tendo-se em conta o contexto das circunstâncias envolventes”¹²⁹. “Todas as propostas tinham subjacente a vontade de ampliar a tutela da vítima, clarificando e precisando a lei de molde a acatar cabalmente a Convenção de Istambul, evidenciando o *não consentimento* como elemento constitutivo ‘central’ do crime e estabelecendo agravantes em modalidades de ação mais gravosas e/ou quando a vítima tem uma especial proximidade ou vulnerabilidade”¹³⁰.

5.1.2. Análise do art.164.º do CP

Nos crimes que integram o capítulo “contra a liberdade e autodeterminação sexual”, o bem jurídico protegido é o da liberdade sexual, o que desde logo suscita a questão de saber por que razão o legislador quis especializar o crime de violação (art.164.º do CP) face ao da coação sexual (art.163.º do CP).

A explicação está em que o crime de violação tem sido considerado, maioritariamente, como uma forma agravada do crime de coação sexual, na medida em que a própria coação sexual já engloba e pressupõe a determinação do comportamento igualmente censurável no crime de violação (“*Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo*”).

¹²⁹ SOTTOMAYOR, Clara, “*Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*”, 2020, p.38. Consultado 03/10/2020 e disponível http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarPGenero.pdf

¹³⁰ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.83.

O que verdadeiramente distingue e fundamenta a consagração do crime de violação enquanto crime autónomo prende-se com os atos sexuais concretamente praticados, considerados mais grosseiros e atentatórios da liberdade sexual. A violação não é, assim, mais do que, objetivamente, um caso especial de coação sexual, já que esta última sempre implicará a prática de atos sexuais não consentidos, através de uma projeção de domínio sobre a vítima. A única distinção assenta, portanto, no tipo de atos sexuais praticados.

Embora a fronteira entre os atos sexuais de relevo consagrados nos arts.163.º e 164.º seja ténue, a verdade é que no crime de violação a lei é explícita, indicando concretamente que os atos sexuais aqui considerados teriam, em qualquer circunstância, de envolver penetração – cópula, coito anal, coito oral e/ou introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos. Por isso que, todo o comportamento de relevo sexual que não se enquadre no crime de violação, caberá no de coação sexual.

Na determinação da gravidade dos atos sexuais não consentidos e por forma a atingir uma melhor delimitação, é possível encaixá-los em três grandes categorias. Na base da pirâmide da gravidade encontram-se os atos exibicionistas e os atos sexuais sem contacto físico; num patamar intermédio estão os atos sexuais de relevo previstos no art.163.º; Por fim, num âmbito mais grave, estabelecem-se a cópula, o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos, que integram o crime de violação¹³¹.

Feita que está a distinção entre o crime de violação e o de coação sexual que lhe serve de base, vamos abordar o crime de violação e a sua punição.

A expressão violar pressupõe o ato de forçar, de infringir, de atentar contra. No caso, trata-se de coagir a liberdade sexual de outrem da forma mais grave e atentatória possível. Consequentemente, o tipo objetivo de ilícito consiste “em o agente constringer outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral¹³², por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”¹³³, prevendo-se ainda a eventualidade de ocorrer a ação de introduzir partes do corpo ou objetos¹³⁴.

¹³¹ Neste sentido, DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “*Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, in Revista do Ministério Público, outubro-dezembro 2013, pág.75.

¹³² No sentido de LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.87, “Cópula é o resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos”, implicando a introdução do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino; Já “o coito anal ou oral implica a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino no ânus ou boca da vítima, homem ou mulher”.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*, p.471.

¹³⁴ Ainda LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, pags.88 e 90, “no que respeita à introdução de objetos, (...) hoje qualquer objeto, no sentido de coisa material que pode ser percebida pelos sentidos, pode consubstanciar uma forma típica do crime”; Adotou-se ainda a noção conferida pelo legislador penal português para ‘partes do corpo’, abrangendo, nesse sentido, “inequivocamente os braços, pernas, pés, mãos, punhos, dedos, língua e, (...) o nariz”.

Assim, a violência aqui prevista abrange qualquer meio ou comportamento dirigido à vida com o intuito de a afetar de forma grosseira, física, psicológica e emocionalmente para, posteriormente, lhe reduzir a liberdade sexual e, a partir daí praticar ato sexual de relevo, *in casu* penetração, sem o consentimento da vítima. Em igual medida e com o mesmo intuito, a utilização de ameaças graves com que se pretende intimidar a vítima, retirando-lhe a sua capacidade de decisão. “O que importa salientar é que a violência ou ameaça abrange uma panóplia de situações que envolvem a utilização de força física ou de pressão psicológica, mas cujo elemento comum é a aptidão para, naquele caso concreto, atento as suas especificidades, lograrem a concretização de um ato sexual de penetração contra a vontade da vítima ou cujo consentimento não foi livre e espontâneo”¹³⁵.

O crime de violação é, assim, um crime de execução vinculada, visto que, para existir crime, é necessário que o comportamento do agressor seja o tipificado no art.164.º. Significa isto que, independentemente dos meios empregues para violentar ou intimidar, que englobam uma vasta gama de comportamentos agressivos, os atos de execução têm obrigatoriamente de resultar em penetração, legalmente tipificada. Se tal não se verificar, então o agente incorrerá, comprovando-se a existência de ato sexual de relevo, em outro crime: o de coação sexual previsto no art.163.º.

O crime de violação encontra-se, portanto, numa relação de especialidade com o crime de coação sexual, pelo que frequentemente se depara com um típico concurso aparente de crimes. Assim, em qualquer circunstância em que o agressor pratique atos sexuais não consentidos suscetíveis de enquadrar o crime de coação sexual e o crime de violação, sempre será de aplicar o crime de violação como resultado dessa relação de especialidade¹³⁶.

Importa ainda notar, a possibilidade de agravação da moldura penal do crime de violação (um a seis anos no caso do art.164.º, n.º 1 e três a dez anos de pena de prisão no caso do art.164.º, n.º 2 do CP), quando verificadas alguma das situações previstas no art.177.º do CP, com especial relevo para a presente dissertação para a circunstância prevista no n.º 5 que prevê a gravidez da vítima.

O crime de violação assume-se, assim, como o mais grotesco e violento dos crimes sexuais, afetando drasticamente a liberdade de decisão da vítima sobre o seu próprio íntimo. As repercussões que a longo prazo nela se projetam são inúmeras, ultrapassando mesmo a vertente puramente física. Evidentemente, será sempre de associar os danos físicos ao crime de violação, mas estes extravasam

¹³⁵ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.92.

¹³⁶ Uma pequena nota quanto ao total afastamento do crime de violação como um crime continuado, mesmo nos casos em que o mesmo agressor pratica o crime contra a mesma vítima inúmeras vezes. De facto, no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, pela gravidade que os caracteriza, “difícilmente se poderia conceber que a repetição dos atos permitiria concluir por um menor juízo de censura. Pelo contrário, agrava-o” (LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.96).

em larga escala essa dimensão. As sequelas a nível psicoemocional importam sérias limitações na vida pessoal e profissional das vítimas, impedindo-as de desenvolver relações pessoais profundas e íntimas, provocando mesmo “consequências atinentes à própria procriação e à consequente valorização da maternidade”¹³⁷ que culminam no desenvolvimento das perturbações pré e pós-parto *supra* explanadas.

5.1.3. A vertente psicoemocional da vítima

Vivenciar na primeira pessoa um crime de violação implica, para a vítima, confrontar-se com uma das experiências mais traumáticas. A dimensão que este crime comporta, quanto ao grau de intromissão grosseira na intimidade e na liberdade do outro, importa, na grande maioria das vezes, que o momento vivenciado se repita, recorrentemente, na memória da vítima, com particular e negativo impacto na sua rentabilidade profissional e relacionamento social.

De resto, experimentar este tipo de recordações após uma situação traumática como o crime de violação é absolutamente normal. Todas as vítimas necessitam de um período de adaptação, geralmente inferior a um mês, para que esta dolorosa experiência seja processada.

No entanto, o alerta deverá surgir quando as vítimas “são capazes, não somente de recordar as imagens do ocorrido, como também reviver e remoer, de forma intensa, persistente e sofrível, toda a dor que as abateu”¹³⁸. Neste estágio, designado de Perturbação de Stresse Pós-Traumático (PTSD), a vítima apresenta uma série de sintomas físicos e psíquicos que demonstram que as vivências traumáticas ainda condicionam o seu quotidiano. “O agente estressor (evento traumático) perpetua-se de forma intensa, provocando sequelas psíquicas em suas vítimas e mostrando sinais evidentes de que ele continua vivo na memória e com o dedo no gatilho”¹³⁹.

Para o surgimento da PTSD concorrem inúmeras circunstâncias, em especial a gravidade do trauma e a existência de uma predisposição para o desenvolvimento da perturbação. Por conseguinte, aqui sempre estará em causa a personalidade da vítima, a sua sensibilidade, o círculo social que a rodeia e até mesmo a existência prévia de outros transtornos psíquicos, como o Transtorno do Pânico e o Transtorno de Ansiedade Generalizada.

No processo de diagnóstico da PTSD, deve-se ter a certeza, antes de mais, de que ocorreu realmente um evento traumático com expressão e absolutamente marginal às experiências desafiantes

¹³⁷ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *op. cit.*, p.85.

¹³⁸ SILVA, Ana Beatriz Barbosa, *op. cit.*, p.112.

¹³⁹ *Ibid.*, p.114.

com que nos deparamos. Confirmada a existência desse evento, cumprirá imediatamente proceder à análise dos sintomas físicos e psíquicos apresentados, como o pânico, a sensação de impotência, a taquicardia, a sudorese intensa, a falta de ar, a irritabilidade, a raiva, a dificuldade de concentração, o sentimento de culpa e a hipervigilância. Averiguam-se, portanto, os danos que este trauma vem provocando na vítima ao nível social, afetivo e profissional.

Outra característica relevante presente neste transtorno são as recordações nítidas do acontecimento traumático que surgem abrupta, intrusiva e persistentemente sob a forma de pensamentos, pesadelos ou *flashbacks*. Na tentativa de afastar estas memórias, muitas vítimas desenvolvem amnésia, apagando o evento ou determinadas frações do mesmo, porquanto relembrar os acontecimentos em causa revela-se uma verdadeira tortura impossível de suportar. Em casos limite, a vítima apresenta quadros dissociativos e alucinatórios que se verificam em mulheres que mais tarde experimentam negações não psicóticas e psicóticas da gravidez e até mesmo psicoses puerperais.

No que concerne ao surgimento dos sintomas, nem sempre aparecem imediatamente após o evento traumático, podendo apenas manifestar-se meses após a sua ocorrência. Regra geral, uma vítima de violação que não desenvolva PTSD apresenta sintomas agudos no primeiro mês, conseguindo gradualmente retomar o seu dia-a-dia de forma equilibrada. Quando os sintomas se mantêm por período superior a um mês considera-se que a vítima desenvolveu PTSD agudo. “Depois do primeiro mês, o transtorno de estresse pós-traumático é considerado agudo se a duração dos sintomas for inferior a três meses, e crônico, se for superior a esse período. Quanto às manifestações dos sintomas, o DSM-IV-TR especifica com início tardio se pelo menos seis meses decorreram entre o evento traumático e o início dos sintomas”¹⁴⁰.

De forma a amenizar os efeitos nefastos da violação, a vítima deverá procurar ajuda imediata, uma vez que a rapidez na intervenção psicológica aumenta a eficácia dos tratamentos e uma mais rápida retoma à vida normal. O tratamento precoce ajuda ainda na redução da incidência de depressão, do pânico e do abuso de drogas na vítima. O tratamento medicamentoso importa a estabilização dos níveis de serotonina, pelo que o uso de antidepressivos e ansiolíticos têm sido os que apresentam resultados mais satisfatórios. A utilização destes medicamentos apresenta melhores resultados quando conjugada com terapia cognitivo-comportamental, onde a vítima é submetida a técnicas de relaxamento e de reformulação de padrões cognitivos por forma a enfrentar e ultrapassar o evento stressante. Evidentemente, a compreensão e o suporte familiar são igualmente fundamentais para que a vítima não se sinta desprotegida.

¹⁴⁰ SILVA, Ana Beatriz Barbosa, *op. cit.*, p.121-122.

CAPÍTULO VI – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PROBLEMÁTICA

6.1. Jurisprudência internacional

6.1.1. O caso de Andrea Yates

Andrea Yates, americana, deu à luz o seu 4.º filho em fevereiro de 1999, apresentando um quadro depressivo a partir de junho desse mesmo ano, na sequência do qual tentou suicidar-se.

Pelos comportamentos apresentados, foi encaminhada para um hospital psiquiátrico, onde confessou que ouvia vozes e tinha visões desde o nascimento do seu primeiro filho.

Num cenário aparentemente mais estável, Andrea abandonou o hospital, tendo sido aí aconselhada a não engravidar novamente por forma a evitar o desenvolvimento de novos episódios psicóticos.

Não obstante, voltou a engravidar, tendo dado à luz um bebé saudável em novembro de 2000. Desde então, voltou a apresentar comportamentos disfuncionais, desenvolvendo novamente um quadro depressivo.

Embora transferida novamente para o hospital, pelo estado delirante em que se encontrava, Andrea regressou a casa a pedido da própria família que foi aconselhada a nunca a deixar sozinha. Entre diversos ajustes de medicação e alguns episódios alucinatorios que a faziam alternar entre o tratamento domiciliar e o hospitalar, Andrea afogou os 4 filhos mais novos na banheira, deitando-os na cama já sem vida. O filho mais velho do casal tentou fugir, embora sem sucesso.

O marido de Andrea confessou que esta se encontrava mentalmente desorientada desde o nascimento do 5º filho de ambos, demonstrando um quadro ansioso e psicótico mais agravado.

No julgamento foi produzida prova pericial por vários psiquiatras e psicólogos, alguns afirmando que Andrea não se encontrava capaz de distinguir o correto do incorreto. Embora condenada em 1ª instância por homicídio em 1º grau, uma vez que este Tribunal a considerou capaz de distinguir o bem do mal já que foi a própria que contactou a polícia e os informou do sucedido imediatamente após cometer os crimes, recorreu da decisão, sendo considerada inimputável em Tribunal superior. Após condenação, continuou com delírios e alucinações derivados da Psicose Puerperal desenvolvida após o nascimento do seu último filho.

6.2. Jurisprudência nacional

6.2.1. Acórdão do TRP proferido a 23.10.2013 no processo 423/10.7JAPRT.P1

A 4 de abril de 2009, A. manteve relacionamento sexual com E., vindo dias depois a suspeitar de uma gravidez que se confirmou através de um teste de gravidez positivo. Não pretendendo que se descobrisse o seu estado gravídico, fosse porque não mantinha uma relação séria com E., fosse pela mentalidade conservadora da sua família, A. decidiu omitir a gravidez, utilizando para o efeito uma cinta abdominal, nunca tendo procurado acompanhamento médico.

No dia 03 de janeiro de 2010, quando se encontrava deitada no quarto, A. começou a sentir contrações, prevendo aí que se aproximava o momento do parto. Imediatamente após o nascimento, durante o qual a arguida se sentiu ansiosa e perdida, especialmente por temer desiludir a família, A. matou a filha por asfixia e escondeu o cadáver debaixo da sua cama até ao dia 20 de março de 2010.

Na sequência da descoberta do cadáver, compareceram no local inspetores da Polícia Judiciária que ordenaram a remoção do mesmo e o seu respetivo encaminhamento para o Gabinete Médico-Legal de Vila Real.

Realizada a autópsia, concluiu-se que a recém-nascida não apresentava malformações, tendo morrido pela consequência direta e necessária da conduta de A..

A arguida agiu de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que a sua filha nascera com vida e que o seu comportamento criminoso provocar-lhe-ia a morte por asfixia, resultado que A. quis e logrou conseguir, consciente da ilicitude da sua conduta. A. atuou sob intensa perturbação emocional, despersonalização e desrealização associada ao puerpério, com clara alteração da consciência sem, no entanto, perder a noção da ilicitude.

Foi nestes termos que o Tribunal Judicial de Resende, atuando em coletivo, decidiu condenar A. pela prática, em autoria material e em concurso efetivo, de um crime de homicídio p. e p. no artº. 131º do C.P. e de um crime de profanação de cadáver p. e p. pelo artº. 254º, nº. 1, al. a).

A arguida recorreu para o TRP, alegando, em suma, que o Tribunal *a quo* se limitou a ter em consideração na formulação da sua decisão o parecer técnico que, entre dois realizados e apresentados perante o tribunal, parecia “estar mais próximo de retirar à arguida o elemento da compreensível emoção violenta da compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social”. Concluiu, assim, que a conduta de A. não se deveu a perturbação puerperal, razão pela qual a sua conduta não se enquadrava no crime de infanticídio.

É certo que A. atuou com emoção violenta, tendo matado a filha num estado claramente perturbado. No entanto, cumpria averiguar, para efeitos de diminuição da culpa, se essa emoção violenta é ou não compreensível.

Citando o Acórdão: “o Direito não pode deixar de censurar a conduta da arguida pelo crime de homicídio p. e p. no art. 131º do CP, desde logo porque as circunstâncias em que matou a filha recém-nascida, tal como resultam dos factos apurados, ainda que dominada por aquela forte emoção violenta (e, mesmo que se considerasse compreensível essa emoção violenta) não diminuem sensivelmente a sua culpa”.

6.2.2. Acórdão do TRP proferido a 10.01.2018 no processo 150/11.8JAAVR.P1

B., professora do 1.º ciclo do ensino básico, teve conhecimento de que se encontrava grávida em janeiro de 2011, mantendo esta situação omissa de terceiros, em especial dos seus colegas de trabalho.

No dia 11 de maio de 2011, B., que apresentava uma gravidez de 37 semanas de feto sem quaisquer malformações orgânicas, entrou em trabalho de parto nas instalações sanitária do estabelecimento de ensino onde lecionava.

Não obstante perceber que entrara em trabalho de parto, a arguida não pediu auxílio às colegas e assistentes operacionais que se encontravam de serviço, mantendo-se nas ditas instalações sanitárias com a preocupação de não fazer qualquer barulho que revelasse o que sucedia. Naquele local, a arguida acabou por dar à luz um bebé com vida, do sexo masculino.

De imediato cortou-lhe o cordão umbilical com uma tesoura metálica que trouxera consigo da sala onde esteve a fazer vigilância de exames. Colocou o recém-nascido num saco de plástico transparente, que encontrou na casa de banho, juntamente com aquela tesoura e com vários papéis ensanguentados.

Ao sair das instalações sanitárias, B. apresentava-se pálida, ensanguentada e aflita. Ao local chegaram, de imediato, os bombeiros, cujos serviços foram solicitados pelas colegas de B. que se aperceberam que existiam poças de sangue no chão da casa de banho. Em momento algum B. relevou o nascimento do filho, tendo colocado o saco plástico na bagagem do seu automóvel.

Chegada ao hospital, B. apresentava fortes hemorragias, embora se encontrasse sem sinais de qualquer estado de ansiedade ou agitação. Limitou-se a comunicar ao pessoal médico que a assistiu que se encontrava grávida de 15 semanas e que tinha sofrido um aborto espontâneo. Embora confrontada

com dados médicos que indicavam que teria sofrido um parto recente, B. negou-o, mantendo a sua versão dos acontecimentos. Não localizou o recém-nascido, mesmo questionada nesse sentido por familiares.

O bebé morreu, por asfixia, em consequência de a arguida o ter colocado dentro do saco plástico, ficando provado que a intenção de o matar havia já sido formulada dias antes do parto.

B. agiu de forma livre e consciente, com o propósito de causar a morte do seu filho e de o manter oculto para depois o fazer desaparecer, bem sabendo que o mesmo nascera com vida e que, ao fechá-lo dentro do saco de plástico, iria impedi-lo de respirar, asfixiando-o. B. sabia o resultado que adviria da sua conduta e bem assim que era proibida e punida por lei.

B. foi constituída arguida e interrogada como tal pela Polícia Judiciária no dia 13 de maio de 2011. Foi, igualmente, assistida psicologicamente, onde lhe foi prescrita medicação para depressão nervosa e baixa médica.

Desde então, apresentou-se, profundamente abatida, ansiosa, deprimida, desmotivada e com dores de cabeça, declarando que havia perdido o filho por aborto de uma gravidez de 35-36 semanas.

Em 1ª instância, foi condenada pelo Juízo Central Criminal de Aveiro a 13 anos de pena de prisão pela prática de um crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea j), do CP e pela prática de um crime de profanação de cadáver, p. e p. pelo artigo 254.º, n.º 1, a), do mesmo Código.

Recorreu desta decisão para o TRP, alegando que não poderia ser condenada pela prática de um crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos artigos 131.º e 132.º do Código Penal, devendo a sua pena ser reduzida em virtude do quadro depressivo grave que assolou a arguida no momento da sua decisão da prática do crime.

A dúvida fundada sobre o facto de a conduta de B. ter sido influenciada pelo dito quadro depressivo foi valorada em seu favor, ao abrigo do princípio *in dubio pro reo*, afastando-se, assim, a qualificação do crime de homicídio.

Os juizes do TRP acordaram em convolar o crime de homicídio qualificado, p. e p. pelos artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, j), do Código Penal, condenando B. pelo crime de homicídio p. e p. apenas pelo art.131.º.

6.2.3. Acórdão do TRG proferido a 19.11.2007 no processo 1052/07-2

C., solteira, mantinha relações sexuais esporádicas com diferentes parceiros sexuais, tendo engravidado acidentalmente em 2005, desconhecendo a identidade do pai da criança. Por força desta circunstância, e temendo as reações dos seus familiares, C. omitiu a sua gravidez de terceiros, utilizando roupas largas para esconder o volume do seu ventre que, natural e progressivamente, ia aumentando e não recorrendo, inclusivamente, a quaisquer serviços médicos.

Não obstante, a gravidez era de conhecimento geral, sendo assumida e comentada pelos seus familiares, vizinhos e colegas de trabalho.

Na noite de 5 de dezembro de 2005, sentindo fortes contrações, C. entrou em trabalho de parto e deu à luz uma criança do sexo feminino. Embora se encontrasse na mesma casa onde pernoitavam, nos quartos respetivos, os seus pais e o seu irmão, C. não solicitou qualquer ajuda, dirigindo-se antes para uma pequena divisão da casa onde tão-somente existia uma latrina.

No local, sentou-se na dita latrina com o intuito da bebé cair pela mesma aquando da sua expulsão. Destarte, a recém-nascida “foi precipitada desde a identificada latrina onde a arguida se encontrava sentada, localizada no 1º andar da casa, até ao chão onde desagua o esgoto da mesma, na pequena divisão supra descrita, sita no rés-do-chão do prédio”. De imediato, C. dirigiu-se ao dito rés-do-chão, verificando que a recém-nascida ainda se encontrava com vida, nada fazendo para a auxiliar. Em consequência direta e necessária da sua conduta, a criança recém-nascida perdeu a vida.

Na manhã seguinte, entre as 7 e as 8 horas, C. embrulhou o cadáver numa peça de roupa e depositou-o nas imediações.

A arguida, ao praticar os factos descritos, agiu com o propósito de tirar a vida à sua filha, sabendo que a sua conduta era idónea a produzir tal resultado, seja pela queda inicial a que foi sujeita, seja pela posterior falta dos cuidados elementares e necessários. Agiu livre e conscientemente, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei.

Em 1.ª instância, no Tribunal Judicial de Ponte de Lima, C. foi condenada pela prática de um crime de homicídio p. e p. pelo art.131.º do CP, na pena de 10 anos de prisão. Desta decisão recorreu para o TRG alegando, entre outras questões que para o presente estudo não relevam, 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. Mais precisamente, planta-se uma considerável diminuição da sua culpa”.

Não obstante, o TRG considerou que, embora preenchido o primeiro requisito do crime de Infanticídio - o facto foi consumado durante ou logo após o parto, o segundo não se encontra provado (Influência Perturbadora do Parto).

De facto, não se deu como provado que a arguida tivesse morto a criança influenciada por estado puerperal. Na realidade, C. matou a descendente, por temor, por receio do futuro e, manifestamente, por incapacidade de reação a esta situação. Por conseguinte, o tribunal não considerou que os factos fossem subsumíveis ao crime de infanticídio.

Consideraram, no entanto, que a culpa diminuída de C. integrava o homicídio privilegiado, p. e p. pelo art.133.º do CP, condenando-a nesses termos.

6.2.4. Acórdão do STJ proferido a 11.10.2012 no processo 288/09.1GBMTJ.L2.S1

No decurso do mês de julho de 2008, D., após relacionamento sexual com um indivíduo casado, engravidou, o que veio a confirmar através de teste de gravidez positivo. Em nenhum momento da sua gestação D. solicitou acompanhamento médico.

Na noite de 8 de abril de 2009, D. começou a sentir fortes dores, mantendo-se fechada no seu quarto para que os seus familiares, que se encontravam em casa, não se apercebessem da situação.

Com o aumento das contrações, dirigiu-se à casa de banho, onde o trabalho de parto seguiu o seu curso normal, tendo nascido com vida um bebé do sexo masculino. Pela posição em que D. se encontrava no momento da expulsão, o recém-nascido caiu no interior da sanita. Constatando que este ainda se encontrava vivo, D. estrangulou-o, causando-lhe a morte por asfixia. De imediato, colocou o recém-nascido num saco plástico com o intuito de o fazer desaparecer.

D. atuou deliberada, livre e conscientemente, com o propósito de tirar a vida ao seu filho, embora sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei.

No decurso da gravidez, D., por medo e por vergonha do impacto da sua situação, desenvolveu um mecanismo intelectual de negação da gravidez, não tendo morto o seu filho num estado de plena reflexão de consciência.

D. foi condenada, pelo Tribunal Judicial do Montijo, pela prática de um crime de homicídio p. e p. pelo art.131.º do CP, na pena de 8 anos de prisão. Pela referida condenação, interpôs recurso para o TRL que, por acórdão de 9 de maio de 2012, julgou o recurso parcialmente procedente, alterando a matéria de facto dada como provada em 1ª instância e fixou, pela via da atenuação especial, a pena em 6 anos de prisão.

Inconformada, recorreu para o STJ invocando que, embora aceitasse que os factos provados integravam o crime de homicídio do art.131.º do CP, tendo-se conformado com o acórdão da Relação na parte em que decidiu não se estar perante o crime de infanticídio do art.136.º, a determinação da medida concreta da pena dentro da moldura penal não se encontrava ajustada e proporcional às circunstâncias do caso concreto e às finalidades da pena, apresentando-se como excessiva.

O STJ considerou, no entanto, que “o ato de causar a morte do recém-nascido levado a cabo por quem tinha o especial dever de o proteger, por razões de tão pouca valia, configura uma das mais desvaliosas condutas violadoras do bem vida que podem conceber-se no quadro da atenuação especial, convocando exigências de prevenção geral também muito elevadas, de tal modo que o mínimo de pena imprescindível à manutenção da confiança coletiva na ordem jurídica se situa na zona intermédia da moldura penal aplicável”.

Por consequência, o STJ negou provimento ao recurso, tendo mantido a decisão do TRL de condenar D. na pena de 6 anos de prisão pelo crime de homicídio simples.

De notar, no entanto, o voto de vencido do Juiz Conselheiro Santos Carvalho, que, pela pertinência que revela para este estudo, *infra* se transcreve:

«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 ato 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.

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.

Dai 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».

6.3. Conclusões da análise jurisprudencial

Após análise das decisões jurisprudências *supra* referenciadas, e até mesmo de outras similares, foi possível retirar algumas conclusões, nomeadamente quanto à perturbação pré e pós-parto que acomete as mulheres e à forma como os Tribunais Portugueses têm vindo a aplicar a lei nestas situações.

Concluimos, assim, que a grande maioria das condutas de mulheres que matam os seus filhos durante ou logo após o parto ocorre sobre a forma de ação, atuando ativamente na produção do resultado morte, seja por asfixia, afogamento ou por estrangulamento. Verificam-se também, embora em número mais reduzido e quase sempre associadas ao comportamento por ação antes referido, a não prestação de cuidados e o abandono do nascituro aquando do parto. É igualmente comum verificar-se o homicídio

seguido de ocultação de cadáver, porquanto estas mulheres têm o intuito de omitir, desde logo, com a sua conduta, a existência do recém-nascido.

Constatou-se ainda um padrão na omissão da gravidez perante terceiros, geralmente por questões associadas a vergonha e reprovação sociais, apresentando-se como mulheres solteiras e sem filhos, sem antecedentes criminais, de baixa escolaridade e rendimentos e que engravidaram fruto de relacionamentos instáveis ou ocasionais. Esta omissão da gravidez fá-las apresentar justificações perante terceiros no que concerne aos sintomas e evidências apresentados.

Das decisões apresentadas constata-se ainda que os Tribunais de 1ª instância, geralmente, punem estas condutas à luz do crime de homicídio simples ou qualificado e do crime de profanação de cadáver. Estas condenações assentam, por regra, na questão da consciência da mulher no momento da prática do crime, qualificando a sua conduta como repugnante, censurável e punida por lei. Realça-se ainda nas decisões que o vínculo afetivo-familiar torna a conduta da mulher drasticamente censurável.

Já os tribunais superiores, em sede de recurso das condenações, tendem a apresentar maior sensibilidade aos fatores psíquicos, antes imputando ao arguido a prática do crime de homicídio simples com uma pena concretamente aplicável especialmente atenuada. Têm vindo a considerar que a aplicação da especial censurabilidade pelo grau de parentesco não deverá ocorrer de forma imediata, porquanto o facto de a mulher não ter assumido a gravidez e não ter convivência com o filho, afasta qualquer presumida ligação afetiva. Verifica-se, assim, mais comumente a aplicação a estes casos do regime do homicídio simples pelos Tribunais superiores.

Denota-se, igualmente, uma escassa aplicação do crime de infanticídio, frequentemente associada ao não preenchimento do segundo pressuposto da norma – “influência perturbadora do parto”. Mesmo nos casos em que ocorre uma anterior negação da gravidez, como se constatou *supra* no acórdão do STJ proferido no processo 288/09.1GBMTJ.L2.S1, os Tribunais não se apresentaram sensíveis à diminuída capacidade de autoavaliação da conduta da mulher. Consideram que estas se encontram, mesmo que alteradas psicologicamente, no uso das suas completas capacidades, devendo por isso ser condenadas por homicídio simples.

Constata-se, portanto, um certo desconhecimento da influência que a negação da gravidez poderá ter no comportamento da mulher, não se equacionando sequer, na maioria das situações, que tenha havido efetiva influência perturbadora do parto. Na mesma linha de pensamento, o homicídio privilegiado não assume especial relevo nestes casos, já que se considera que a emoção que assola estas mulheres antes e no momento do parto não são suscetíveis de diminuir a sua culpa. O voto de vencido do juiz conselheiro Santos Carvalho, no douto acórdão do STJ acima analisado, vem demonstrar,

no entanto, uma evolução, pela consideração que demonstra das circunstâncias psíquicas das mulheres que cometem este crime influenciadas pelo medo da crítica de familiares, pelo medo do julgamento social, pelo pânico associado ao parto e, como por analogia se pode considerar, pela perturbação causada por um trauma como a violação de que resulte a gravidez, aqui em apreço.

CONCLUSÃO

O tipo legal do crime de infanticídio, consagrado no art.136.º do CP, prevê que a mulher que matar o filho durante ou logo após o parto deva ser punida com pena de prisão de 1 a 5 anos, provando-se que a sua conduta resultou de uma perturbadora influência do parto.

Por força deste último requisito, exige-se que a mulher apresente um estado de consciência diminuído, muito embora permaneça imputável e capaz de distinguir o correto do incorreto. Por conseguinte, nestes casos, não se exige da mulher uma total ausência de compreensão do comportamento e da reprovação social e legal associada, mas antes uma diminuição dessa percepção pela perturbação psíquica sob domínio da qual praticou o ato criminoso. Esta perturbação inibe a capacidade de reflexão e exige, pela própria definição de culpa como o ‘poder agir de outra maneira’, a consideração desta culpa como sensivelmente diminuída. Pressupõe-se aqui, de facto, que a mulher se encontra entre um estado de total consciência e um estado de ausência desta, assentando numa linha ténue entre a imputabilidade e a inimputabilidade. Como *supra* dissemos, as perturbações aqui consideradas caracterizam-se por alterações psicológicas transitórias que, por regra, já nem se verificam no momento da condenação. Não se apresentam como estados permanentes, antes somente manifestados ou aumentados pela experiência que o parto representou para a mulher.

Estas perturbações psíquicas podem manifestar-se em dois momentos distintos, desenvolvendo-se no decurso da própria gravidez ou apenas no momento do parto. Após análise exaustiva da temática, concluímos que apenas a negação da gravidez na mulher, estado em que esta acredita verdadeiramente que não se encontra grávida, se apresenta suscetível de preencher o crime de infanticídio. Qualquer outro estado de perturbação psíquico, como a ansiedade, a depressão e a ocultação da gravidez, não pressupõe uma qualquer culpa diminuída já que em qualquer destes a mulher, embora emocionalmente abalada, conhece a sua condição, pois que, ao contrário do que sucede nas negações da gravidez, não se verifica aqui um estado dissociativo no processo de interpretação das informações e sinais exteriores.

Ao invés, nas situações de negação surgem relatos de mulheres que, embora compreendam o processo de nascimento que ocorre, não o vivem como se fosse seu. É neste âmbito, e somente neste âmbito, que se verifica a imputabilidade diminuída. É certo que este estado já se encontra latente na gravidez, mas a sua maior expressão ocorre por influência do processo de nascimento do bebé, circunstância em que se encontra preenchido o conceito de “influência perturbadora do parto”.

No que concerne às perturbações pós-parto, como *supra* se explicou e concluiu, apenas a psicose puerperal encontra expressão no crime de infanticídio, ficando de fora qualquer alteração

psíquica associada a quadros depressivos já que estes não implicam, em momento algum, uma incapacidade na correta avaliação da situação. A psicose puerperal, embora extremamente rara e geralmente associada a uma pré-disposição da mulher no desenvolvimento de episódios psicóticos, caracteriza-se por estados delirantes, durante os quais o recém-nascido é tido como uma ameaça que deverá eliminar. Aqui a linha é ainda mais ténue entre a imputabilidade e a inimputabilidade, devendo a decisão ser tomada à luz das circunstâncias do caso concreto e dos comportamentos adotados pela mulher antes e após o homicídio.

Em termos gerais, e tal como ressalta da análise jurisprudencial, a aplicação do crime de infanticídio é bastante escassa. Os tribunais têm vindo a considerar que as mulheres que matam o filho durante ou logo após o parto apresentam plena consciência da sua conduta, optando livremente por adotá-la. Excluem, de imediato, a ocorrência da influência perturbadora do parto como o motor impulsionador do seu comportamento. Defendem, pelo contrário, que estes comportamentos se devem a uma escolha de omissão do filho, em detrimento da conduta ética de respeito pelo vínculo afetivo-maternal.

No entanto, embora aplicável em determinadas circunstâncias de anterior ponderação, preparação e malícia na conduta criminosa, em inúmeras situações, as mulheres não adotam esse comportamento de forma ponderada ou sequer determinada. Fazem-no porque as suas circunstâncias, os seus traumas e os seus medos não lhes permitem enfrentar a gravidez e a responsabilidade da maternidade, fazem-no porque, em estado de menor capacidade de decisão, não desenvolvem como suposto o referido vínculo afetivo-maternal e fazem-no, ainda, porque o recém-nascido representa, em determinadas circunstâncias, o confronto com os seus maiores temores.

Não se pretende com tais considerações, de modo algum, desculpabilizar a conduta criminosa. Evidentemente, o ato de matar o próprio filho durante ou logo após o parto é um ato cruel, grosseiro e atentatório de um dos vínculos afetivos mais relevantes da nossa estrutura social. É, de facto, contranatura e, por isso, deve ser devidamente punido em circunstâncias ditas normais.

No entanto, em determinados contextos, a mulher pode desenvolver patologias que a impeçam de percecionar este vínculo como esperado, impossibilitando que o seu julgamento, se feito à luz dos valores da justiça, seja concretizado segundo parâmetros idênticos.

De facto, nos casos em que a mulher não reconhece biologicamente a sua gravidez ou nos casos em que esta é vista como uma ameaça provocada por um estado de transe e delírio, torna-se difícil que não ocorra aqui uma avaliação psicológica no sentido de determinar a capacidade de decisão e compreensão da mulher.

Não raras vezes, tem sido levantada a questão da inimputabilidade da agente do crime, havendo quem defenda que, pelos sintomas que apresenta e pelo seu comportamento, esta não se encontra capaz de distinguir o certo do errado. Por regra, quem adota esta posição defende igualmente a inutilidade prática da consagração deste crime, porquanto os crimes de homicídio já consagrados são capazes de englobar todas as circunstâncias em que o crime ocorre. No entanto, não considero defensável esta posição.

Com efeito, um inimputável apresenta-se como alguém incapaz de distinguir o certo do errado, alguém que não reconhece os valores da sociedade onde se insere como corretos e adotáveis. Não é o que sucede nestas circunstâncias. A mulher encontra-se capaz de distinguir o certo do errado, a mulher reconhece que o seu comportamento não se coaduna com os bons valores. No entanto, pela força interior causada pela incapacidade da correta interpretação dos sinais externos, encontra-se impossibilitada de agir, naquela situação em concreto e não em qualquer outra, consoante os valores da sociedade onde se insere. Se assim não fosse, qualquer agente de crime que agisse segundo uma qualquer força interior, como o caso dos assassinos em série ou dos predadores sexuais, teria de ser considerado inimputável.

De facto, embora dominada por um impulso interior resultante do não reconhecimento da gravidez ou de estados de delírio resultantes do parto, a mulher que mata o filho nestas circunstâncias não é, por regra, inimputável¹⁴¹.

Com especial relevo no presente estudo, focamo-nos na especial circunstância da mulher infanticida ter sido vítima de uma violação da qual resulte a dita gravidez. Como bem se compreende, a ocorrência de uma violação, neste caso específico na vida de uma mulher, tem repercussões drásticas ao nível físico, emocional e social.

A violação apresenta-se como a mais violenta intromissão na intimidade, naquilo que de mais reservado tem o ser humano. A exposição a esta circunstância provoca na mulher um profundo estado de nojo, raiva, depressão, apatia, vergonha. Absolutamente capaz de alterar o comportamento da mulher e a sua capacidade de confiar nas relações humanas, empurra-a, frequentemente, para estados graves de stress pós-traumático. Embora na grande maioria das circunstâncias provoque lembranças sucessivas dos acontecimentos acompanhadas de pânico e ansiedade, algumas mulheres desenvolvem uma amnésia emocional, eliminando por completo essa circunstância. Este mecanismo, presente nas vítimas das mais variadas experiências traumáticas, apresenta-se como uma ferramenta de proteção do

¹⁴¹ Poder-se-á, no entanto, colocar esta questão quando o quadro delirante da mulher se apresenta como recorrente e não relacionado diretamente com o parto, mas antes derivante de outra patologia como a esquizofrenia.

indivíduo, como uma válvula de escape ao seu sofrimento, ocultando-o inconscientemente para que a mulher não tenha de se deparar com esses sentimentos.

Nestas circunstâncias, e quando existe uma gravidez fruto dessa violação, o que representa aliás uma agravante na moldura penal abstratamente aplicada ao agente do crime de violação, a mulher, num estado contínuo de omissão inconsciente do trauma, nega a existência dessa gravidez. Esta encontra-se efetivamente convencida de que não está grávida, procurando justificações para os sintomas gestacionais que surgem em determinados casos. A gravidez fruto de uma violação pode estar, assim, na base de determinadas negações da gravidez que culminam na prática do homicídio do próprio filho no momento do parto. Uma vez mais, reforça-se que esta mulher não atua de forma ponderada, antes segundo um estado de desrealização e de tentativa involuntária de omissão do evento traumático de que foi vítima.

Isto posto, ponderamos em que medida esta problemática poderá importar a aplicação do crime de infanticídio. Pois bem, não parece ser de aplicar o crime de infanticídio, sem mais, à mulher, que após sofrer crime de violação do qual resulte a gravidez, mate o filho durante ou logo após o parto. De facto, o crime de violação de que foi vítima não poderá importar a imediata subsunção do comportamento ao crime em análise, porquanto este pressupõe a verificação da perturbação psíquica da mulher resultante do parto.

Evidentemente, o crime de violação poderá ser o motivo do desenvolvimento da perturbação que ganhará proporções drásticas no momento do parto, mas não tem o valor direto e imediato de diminuir consideravelmente a culpa da agente do crime. Assim, sempre será de condenar esta mulher pelo crime de homicídio simples ou privilegiado, dependendo das circunstâncias apresentadas no caso concreto, podendo a circunstância do crime de que foi anteriormente vítima e que encontra aqui evidente expressão servir de base à diminuição da pena concretamente aplicável.

O crime de violação só importará a aplicação do crime de infanticídio se, por causa deste, se desenvolverem perturbações psíquicas de negação da gravidez que importem uma rejeição do filho por parte da mulher. Na verdade, não é necessária a prova da ocorrência do crime de violação, bastando o relatório pericial que comprove que a vítima padece de perturbação do parto e que tal transtorno induziu o seu comportamento. O crime de violação pode estar na base da conduta criminosa, mas não é, *de per se* e sem mais, a causa e o pressuposto do crime de infanticídio.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

ARRÔBE, Rute Isabel Barão, “O crime de infanticídio e as perturbações psicológicas pré e pós-parto”, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, Dissertação de Mestrado.

BAPTISTA, Makilim Nunes, BAPTISTA, Adriana Said Daher, e TORRES, Erika Cristina Rodrigues, *Associação entre suporte social, depressão e ansiedade em gestantes*, Revista de Psicologia da Vetor Editora, 7(1), 39-48, 2006, p.41. Consultado a 28.09.2020 e disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psic/v7n1/v7n1a06.pdf>

BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906

CAMACHO, R. S., et. al., “*Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento*” in Revista Psiquiatria Clínica, 2006, p.94. Consultada a 01.10.2020 e disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rpc/v33n2/a09v33n2.pdf>

CARVALHO, Álvaro, *Depressão e outras perturbações mentais comuns: Enquadramento global e nacional e referência de recurso em casos emergentes*, p.5. Consultado a 29.09.2020 e disponível em <https://www.dgs.pt/ficheiros-de-upload-2013/dms2017-depressao-e-outras-perturbacoes-mentais-comuns-pdf.aspx>

CORDEIRO, J. C. Dias, *A Saúde Mental e a Vida: Pessoas e Populações em Risco Psiquiátrico*, Lisboa, Moraes Editores, 1982.

COSTA, Cassilda Costa e REIS, Constança Hipólito, *Perturbações psiquiátricas do pós parto: implicações na amamentação*, 2011. Consultado a 28.09.2020 e disponível em [http://www.spp.pt/Userfiles/File/App/Artigos/29/20120105115925_Actualizacao_Costa%20C_42\(4\).pdf](http://www.spp.pt/Userfiles/File/App/Artigos/29/20120105115925_Actualizacao_Costa%20C_42(4).pdf)

COSTA, J. Pinto da, “*Curso Básico de Medicina Legal*”, Euedito, 2009.

COSTA, Pinto da, “Problemas Médico-Legais do Artigo 356.º do Código Penal: Infanticídio”, Separata de «O Médico» 779, N.º 1451, Vol. XCI, 1979.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “*Breve reflexão acerca do tratamento juridicopenal do incesto*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 3, julho-setembro de 2002, Coimbra Editora, 2002.

DIAS, Augusto Silva, *Direito Penal Parte Especial: Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2ª ed. – 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Relatório*, Coimbra, 1976.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “*Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, in *Revista do Ministério Público*, outubro-dezembro 2013.

FRANK, Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907.

GONÇALVES, Thomás Gomes, *Negação não psicótica da gravidez: definições, especificidades e explicações*, in *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Vol. 14, nº3, Periódicos Eletrônicos em Psicologia, Rio de Janeiro, 2014, p. 1009. Consultado a 29.09.2020 e disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v14n3/v14n3a17.pdf>

JORDÃO, Levy Maria – *Commentario ao Código Penal Portuguez*, tomo IV, Lisboa, 1854.

LEAL-HENRIQUES, M., SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado - Parte especial: arts 131º a 386º*, vol. II, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000.

LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, Coimbra, Almedina, 2019.

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Lisboa, Almedina, 2017.

OLIVEIRA, José Carlos de, *Exames e Perícias: (des)construir conceitos*, 2016.

PEREIRA, Maria Margarida Siva, *Direito Penal II – Os Homicídios*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007.

PINTO, Maria Teresa Mascarenhas, “*A solidão na gravidez: determinantes da solidão e seu impacto na ligação materno-fetal*”, Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, 2011, Protocolo de projeto.

REAL, Rui Miguel dos Santos, *Apreensão, exame ou perícia, e utilização processual de meios de prova existentes em material informático (documentos, correio electrónico, memorandos pessoais, fotografias, registos, áudio, etc.. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, 2019. Consultado a 21/09/2020, disponível http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MeiosProva.pdf

RIBEIRO, Fernando José Martins Barbosa, “*O crime de infanticídio: análise forense sobre a influência perturbadora do parto*”, Lisboa, Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2015, Dissertação de Mestrado.

SERRA, Teresa, *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa, *Mentes Ansiosas – Medo e Ansiedade Além dos Limites*, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2011.

SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial – Crimes contra as pessoas*, 2.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2008.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4.^a Edição, Lisboa, Editorial VERBO, 2008.

SOTTOMAYOR, Clara, “*Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*”, 2020. Consultado em 03/10/2020 e disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarPGenero.pdf

SOUZA, Elis Christina Alves de, “*A impertinência da manutenção do crime de infanticídio na configuração atual*”, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, Dissertação de Mestrado

VIEIRA, Fernando, BRISSOS, Sofia, “*Direito e Psiquiatria – um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria*”, in *Julgar*, n.º3, Set-Dez., Coimbra, Coimbra editora, 2007.

WELZEL, Hans, *Das deutsche strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969.

WISNER, KATHERINE, *et. al.*, *Postpartum Disorders*, in: *Infanticide. Psychosocial and Legal Perspectives on Mother Who Kill*, 2003.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do STJ proferido a 11.10.2012 no âmbito do processo 288/09.1GBMTJ.L2.S1

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06a9ac40c2b1161580257ad1005741a7?OpenDocument>

Acórdão do TRG proferido a 19.11.2007 no âmbito do processo 1052/07-2

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/69f4d03c33a85c52802573bd004158c1?OpenDocument>

Acórdão do TRP proferido a 10.01.2018 no âmbito do processo 150/11.8JAAVR.P1

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fd2dcc1cde223b028025822000564993?OpenDocument>

Acórdão do TRP proferido a 23.10.2013 no âmbito do processo 423/10.7JAPRT.P1

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/1704629a681d380b80257c1a00508ddc?OpenDocument>