



Elis Christina Alves de Souza

# **A IMPERTINÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO NA CONFIGURAÇÃO ATUAL**

Orientadora: Dra. Cristina Líbano Monteiro

Dissertação de Mestrado, na Área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Elis Christina Alves de Souza

## **A IMPERTINÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO NA CONFIGURAÇÃO ATUAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora: Dra. Cristina Líbano Monteiro

Coimbra  
2014

Elis Christina Alves de Souza

# **A IMPERTINÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO NA CONFIGURAÇÃO ATUAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),  
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-  
Criminais.

Data da defesa: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

## **Banca Examinadora**

---

Dra. Cristina Líbano Monteiro  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

Examinador 1  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

Examinador 2  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra  
2014

*A Deus.*

*Dedico aos meus pais, que se privaram do meu convívio durante a realização deste trabalho, mas que, mesmo assim, me ofereceram apoio incondicional em todos os momentos, principalmente nos de incertezas. Sem vocês nenhuma conquista valeria a pena. E aos meus avós, que dignamente me apresentaram a importância da família e o caminho da honestidade e persistência.*

## AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus pela companhia fiel durante esses anos; por estar sempre ao meu lado, me encorajando nos momentos mais difíceis, me carregando em seus braços no meio deste trabalho quando achava que já estava no meu limite e pensava em desistir. À minha mãe (Aparecida) e ao meu pai (Jucimar) quero agradecer pela compreensão que tiveram pelas minhas ausências constantes durante esses anos, quero agradecer-lhes ainda por serem meus pais, e principalmente por serem exemplos em minha vida, porque sem Deus e sem vocês eu não seria nada. Meu muito obrigada pelo olhar, carinho, atenção, pelos abraços e pelos beijos que mesmo distante eu podia sentir em minha face, e pelos dizeres de todos os dias. Aos meus familiares que são a razão da minha emoção, e ao meu namorado Roney de modo muito especial, que foi mais que um companheiro e amigo no desenvolver deste ofício, todos sempre com uma palavra amiga, carinhos, elogios, respeito, confiança, admiração e muito apoio. À minha orientadora Cristina Líbano Monteiro, por ter me apoiado neste estudo quando todos desacreditavam, sempre de forma muito atenciosa, ao ponto de fazer despertar em mim um enorme interesse pelo tema abordado nesta tese. A Joana, que se mostrou amiga, companheira e um exemplo de pessoa a seguir. A todos os amigos que Coimbra me proporcionou e que fui constituindo ao longo desta caminhada. De modo muito especial, a Raquel, a Gabriela, a Aninha, a Natália e Madeira, que sempre me deram força em todos os momentos, e a todos os demais amigos de convivência, que sempre me receberam de forma acolhedora com um sorriso meigo e carinhos, principalmente Dona Rosa Maria. Enfim, agradeço a todos que contribuíram de forma direta e indiretamente para a minha vitória em finalizar este ofício.

*“O Evangelho diz-nos que foi Maria e não Marta quem teve a melhor parte, isto é que foi Maria quem respondeu mais inteiramente à sua vocação.*

*No entanto, as civilizações sempre têm tratado a mulher como se fundamentalmente ela fosse Marta.”*

SOPHIA DE MELLO BREYNER  
ANDRESEN

*“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer as injustiças, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.”*

RUI BARBOSA

## RESUMO

Para o ordenamento jurídico hodierno, o crime de infanticídio possui natureza privilegiada em função da influência perturbadora do parto. Nesse delito, a própria genitora, contradizendo os ímpetus naturais, direciona sua conduta delinquente contra seu próprio filho. Por este ângulo, sopesaremos todo o inventário histórico da conceituação jurídica do infanticídio em três momentos distintos, que vão desde a concessão do delito em tela, passando por um período de reação em benefício do recém-nascido, até chegar à era atual, de reação a favor da infanticida. Ponderando, juridicamente que em tal caso, o delito de infanticídio pode ter andado na contramão da história, buscamos, sobretudo, desvendar as diversas subvenções que os legisladores localizaram, no transcorrer desta trajetória, para que continuassem transformando o tratamento jurídico do crime, principalmente quanto à sua punibilidade que variou da impunidade absoluta até à pena de morte. Indubitavelmente, a causa clássica do tratamento privilegiado do crime de infanticídio esteve amparada, durante muito tempo, no critério psicológico, ou seja, no motivo de honra. Entretanto, como incontestavelmente se apresenta atualmente este critério como injusto, pelo fato de proteger a moral pelo aspecto unicamente sexual, também já o era desde 1995, quando o seu monopólio foi desamparado, passando a acolher o critério biopsicológico, conectando o tipo penal ao estado puerperal, como circunstância deliberativa para o consentimento do privilégio. Ocorre que ao incluir a influência perturbadora do parto como uma elementar do tipo, o legislador português pecou em partes, pois além de a mesma se apresentar como uma autêntica causa de diminuição da responsabilidade penal, não possui uma definição clínica exata de seus sintomas. Posteriormente, discutiremos toda a polêmica que está em torno do crime em litígio, desde as controvérsias quanto às elementares até às divergências sobre os alicerces privilegiantes, para além da demonstração que a redação atual é praticamente uma letra morta, enquanto figura autônoma, por ausência de elementos técnicos. Por fim, tentaremos contribuir para o aperfeiçoamento da legislação, congregando pela supressão e a subsecutiva modificação do crime de infanticídio em homicídio privilegiado, expondo subsidiariamente algumas alterações para que o tipo funcione concretamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recém-nascido. Influência perturbadora do parto. Estado puerperal. Critério psicológico e bio-psicológico.

## ABSTRACT

For today's law, the crime of infanticide has privileged nature due to the disturbing influence of childbirth. In this offense, the mothers' own, contradicting the natural impulses, directs its delinquent conduct against his own son. For this angle, we will counterweigh the entire historical inventory of the legal concept of infanticide, at three different times, ranging from the granting of the offense on screen, going through a period of reaction in favor of the newborn, until the current era of reaction in favor of infanticide. Pondering, legally, in such case, the crime of infanticide may have been against the grain of history, we seek above all to unravel the various grants that legislators located in the course of this trajectory to continue turning to the legal treatment of crime, especially as their punishment ranging from absolute impunity to the death penalty. Undoubtedly, the classic cause of the preferential treatment to the crime of infanticide has been supported for a long time, the psychological criterion, ie, the subject of honor. However, as unquestionably currently presents this criterion as unfair, because protect morals solely by sexual aspect that has already existed since 1995, when its monopoly was helpless, going to welcome the bio-psychological criteria, connecting the kind criminal to the puerperal state, as deliberative condition for the consent of the privilege. That occurs by including the disturbing influence of childbirth as an elementary type, the Portuguese legislator sinned in parts, because besides the same present as authentic because of decreased criminal liability, it has no exact definition of their clinical symptoms. Later, we discuss all the controversy is about the crime in dispute since the controversy regarding the elementary to differences over the privileged foundations, and demonstrating that the current language is practically a dead letter, while autonomous figure, by the absence of technical elements. Finally, We'll try to contribute to the improvement of legislation, bringing the suppression and a consecutive modification from crime of infanticide in manslaughter, alternatively exposing some changes to the type which works concretely.

**KEYWORDS:** Newborn. The disturbing influence. Puerperal state. Psychological and bio-psychological criteria.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AAFDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa

art. – Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CJCEP – Comissão de Juristas com a finalidade de Elaborar o Anteprojeto do Código Penal

DOU – Diário Oficial da União

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais

Séc – Século

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação de Porto

UCL – Universidade Católica de Lisboa

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1. INVENTÁRIO HISTÓRICO DO INFANTICÍDIO.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1. Período Greco-Romano .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 Período Intermediário .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3 Período Moderno .....</b>	<b>18</b>
<b>1.4 Breve Evolução do Crime em Portugal.....</b>	<b>22</b>
<b>2. CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS HOMICÍDIOS PRIVILEGIADOS.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1 Homicídio Privilegiado .....</b>	<b>32</b>
2.1.1 Os Fundamentos do Privilégio e o critério da Proporcionalidade.....	41
2.1.2 Os Alicerces do Privilegiamento se baseiam numa menor exigibilidade ou numa imputabilidade diminuída?.....	50
<b>2.2 Conceito Doutrinário do Crime de Infanticídio .....</b>	<b>56</b>
2.2.1. Puerpério é sinônimo da existência de um Estado Puerperal? .....	68
2.2.2. A dificuldade na realização do Exame Pericial.....	74
<b>3. BREVE DISTINÇÃO PENAL ENTRE O TIPO DE CULPA E TIPO DE ÍLICITO. ....</b>	<b>78</b>
<b>4. INFANTICIDIO: JÁ NASCE PRIVILEGIADO NO PLANO DO ÍLICITO OU NO PLANO DA CULPA?.....</b>	<b>92</b>
<b>4.1. O sufrágio pelo desaparecimento de uma norma sem pertinência .....</b>	<b>101</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>111</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>116</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desígnio realizar um estudo do desempenho desenvolvido pelo crime de infanticídio, ao longo da história, observando as suas diversas configurações em determinadas épocas, através da relativização dos distintos tratamentos jurídicos recebidos pelo mesmo, que em uma determinada época vai se apresentar como uma conduta irrelevante ou mais abrandada e em outra altura frequentará ser considerado de forma mais severa. Em verdade, teremos a oportunidade de verificar que praticamente nenhum outro tipo penal sofreu tamanhas variações como o delito de infanticídio.

Primeiramente, devemos considerar juridicamente, que o delito de infanticídio pode ter seguido um norte em sentido contrário à sua história, motivo pelo qual nos desdobraremos a desvendar quais os assinalados elementos que os emanadores das leis foram localizando ao longo dos tempos, para fundamentar as transformações da alimentação jurídica do crime, cuja penalidade variou da impunidade irrestrita até a pena de morte.

O motivo de honra é um pressuposto clássico para a incidência do crime de infanticídio, pois este critério psicológico para a concessão do privilégio esteve presente em praticamente todo o inventário histórico daquele. Somente em 1995 é que o legislador português desamparou o motivo de honra, que resguardava a moral por um aspecto sexual, na codificação do crime de infanticídio, sobrevivendo a acolher o critério biopsicológico, atrelado à influência do estado puerperal, como circunstância determinante para a outorga do privilégio.

Para o atual ordenamento jurídico em vigor, a codificação do crime de infanticídio possui uma natureza privilegiada em razão da elementar influência perturbadora do parto, sofrida pela mãe que mata seu próprio filho, durante ou logo após aquele, conforme artigo 136.º do Código Penal português. Desta maneira, sucederemos a perceber com facilidade a vivência de um contrassenso entre as figuras do crime de homicídio e do infanticídio, ou seja, poderemos apreender a benignidade de tratamento que o ordenamento jurídico português conferiu ao infanticídio, ao proscrever-lhe sanção sensivelmente mais atenuada e amenizada, tanto na quantidade como na qualidade, em relação àquele.

Sabemos que esta pena prevista para o delito de infanticídio, de um a cinco anos de prisão, é coberta de maior suavidade, e sendo a sanção penal um dos mais importantes temas de interesse no campo do Direito Penal, especialmente, quanto ao caráter de proporcionalidade da mesma, o delito em apreço se torna alvo de uma exaustiva contradição em relação à sua punição. Pois o Direito Criminal é modificável, em conformidade com as indigências e pretensões da sociedade de uma determinada época, que conduz a uma constante evolução de uma verificada punição, entretanto esta sanção penal deveria ser variável conforme a gravidade da conduta cometida.

Na realidade o delito em tela trata-se de uma forma privilegiada de homicídio, embora esteja previsto em preceito próprio como figura autônoma, razão pela qual nos sobreleva importante apostilar previamente o homicídio privilegiado, previsto no artigo 133.º do mesmo Diploma Legal, para que possamos alcançar um melhor entrosamento com o crime de infanticídio.

Aparentemente, nos toa que não há nenhuma irregularidade ou anormalidade sistemática no delito em questão. Entretanto, a própria adoção do critério biopsicológico é uma das principais originadoras das mais variadas inconsistências técnicas, contidas no *caput* transcrito. Razão pela qual, o presente estudo se propõe à apreciação crítica por meio de investigações e rastreamentos, dentro da ciência jurídica e da ciência médica legal, para além das doutrinas e jurisprudências jurídicas, com a finalidade de um melhor esclarecimento da questão.

Deste modo, as elementares temporais garantidoras “*durante ou logo após o parto*”, proporcionam, também, uma extensa fronteira de irresolutas, subsequentes da falta de definição de um termo identificador que o tipo engloba. Efetivamente, tanto o “*durante o parto*” quanto o “*logo após o parto*”, apresentam os mesmos problemas interpretativos, pois no que tange ao primeiro critério assombra a falta de pacificidade da doutrina jurídica, quanto à definição exata do momento em que se inicia o parto, e no que se refere ao segundo, as esfinges percebidas são as mesmas. Pois o legislador português não clarificou o verdadeiro lapso temporal compreendido pelo pós-parto, o que irá nos ajuizar a invocar o princípio da razoabilidade, para compreendermos um período que se administre admissível.

O estado puerperal se trata de um tópico extremamente discutível, comparecendo como merecedor de rígidas censuras, por não possuir sequer uma definição clínica exata, para além de uma confusão doutrinária estrelada por este transtorno, que o apresenta como sinônimo de puerpério. Todavia, governaremos a evidenciar que o puerpério e o

estado puerperal são institutos distintos, apesar de este poder ser uma variação daquele, tendo em vista que o puerpério sempre vai existir, ao passo que o estado puerperal nem sempre terá lugar, ou seja, o infanticídio pode ser estimado como um *delictum exceptum*.<sup>1</sup>

Dito isto, devemos ter em conta que quando se fizer presente uma perturbação psíquica, far-se-á necessária uma averiguação por meio de perícia técnica, da constatação real de que a mesma sobreveio em consequência do puerpério, de modo que lhe retire totalmente ou diminua a capacidade de autodeterminação da genitora, caso contrário não permanecerá razão para se falar em infanticídio, mas sim em homicídio. Ocorre que a responsabilidade de evidenciar materialmente por meio de prova pericial a presença da elementar do tipo é algo extremamente difícil, para não dizer impossível, em decorrência da complexidade que a circunstância apresenta. De fato, o que prevalecerá na maioria das vezes é uma presunção de ocorrência daquela, pela invocação do brocardo *in dubio pro reo*, agraciando juridicamente um indeterminado número de agentes, aparentemente homicidas. Todavia de qualquer forma, será oportuno demonstrar sempre a existência de um nexo de causalidade entre o estado puerperal e o crime, para além da constante de tempo, isto é, para se caracterizar o crime de infanticídio, a conduta deve ocorrer durante ou logo após o parto, e sob a influência do estado puerperal, de acordo com Código Penal.

A questão central e mais importante que iremos discutir neste trabalho está em torno de uma “falha legislativa”. Pois quando o legislador português incluiu entre as conjunturas elementares do crime a *influência perturbadora do parto*, nos legitimou a ultimar que ele estava, no fundo, incluindo uma verdadeira causa de diminuição de responsabilidade penal. Como consequência, surgiram inúmeros problemas de ordem axiológica, sobretudo uma demanda doutrinária, entre a hodierna codificação do crime de infanticídio, que encosta a base de privilegiamento no campo do ilícito típico próprio, e a doutrina majoritária, que nomeia confirmá-lo, no âmbito da culpa, recorrendo por uma menor exigibilidade, do mesmo modo que será discutida no crime do art.º 133.º

Após todas as exposições e ponderações, e com o objetivo de cooperar para um póstumo aprimoramento do preceito legal em vigência, proporcionaremos plausíveis modificações, como a incorporação do delito em tela ao crime de homicídio privilegiado, e conseqüentemente, a supressão do delito de infanticídio como figura própria, ou se assim não for possível ainda, apresentaremos subsidiariamente as necessárias alterações,

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 61.

que seguramente eliminariam pelo menos as confusões interpretativas, emanadas pelo tipo.

A estrutura deste estudo foi desenrolada em quatro capítulos, com conteúdos pertinentes ao tema, que carrega como desígnio um abalroamento amplo do assunto em diversos aspectos, bem como em determinados momentos históricos. Pois bem, no primeiro capítulo, trataremos das questões envolvidas com os conceitos e disposições gerais relativas ao crime de infanticídio em cada época, bem como uma análise do conceito jurídico, sua objetividade jurídica e do critério psicológico, na esteira da evolução histórica daquele, sobretudo no direito português. No segundo capítulo, discorreremos as particularidades dos crimes privilegiados, tanto do homicídio privilegiado, quanto do infanticídio, explanando o contraponto existente entre puerpério e estado puerperal, bem como a dificuldade e importância da perícia médico-legal, para além de toda a falta de pacificidade do tema. No terceiro momento, abordaremos uma sucinta distinção penal entre o tipo de culpa e o tipo de ilícito. Por fim, no quarto capítulo, realizaremos uma minuciosa apreciação do embasamento teórico de privilegiamento do crime de infanticídio, e, em seguida, serão apresentadas as sugestões, objetivando a exclusão ou alteração do tipo vigente, o que poderia contribuir tranquilamente para um futuro aperfeiçoamento deste.

Em sede de conclusão, destacamos que não possuímos a finalidade de se exaurir a matéria, mas empolgamos o modesto intento de ser mais uma voz a se arregaçar em benefício de transformações no ordenamento jurídico, em particular, com relação ao crime em litígio.

Portanto, sem detrimento dos estudos e do concludente emprego de termos jurídicos e científicos, habitaremos a buscar e conferir ao aludido trabalho uma característica proeminentemente didática, tendendo a instigar a vontade do leitor pelo assunto e, simultaneamente, promover efetivamente o seu entendimento.

Assim sendo, passaremos desde já a ponderar sobre os principais conceitos e disposições no decorrer do inventário histórico do crime de infanticídio, e que será de essencial autoridade para a perfeita concepção do tema.

## 1. INVENTÁRIO HISTÓRICO DO INFANTICÍDIO

Primeiramente devemos ressaltar que o crime de infanticídio é um crime de caráter assombroso e cruel, que sempre terá no transcorrer dessa história o significado de morte de uma criança, ou seja, além de ser um delito renegado pela sociedade como um todo e penitenciado pela Lei, ele também é condenado pela moral.

Quando buscamos livros sobre a matéria, datados de tempos pré-históricos, foi possível verificar facilmente que a tentativa de ceifar a vida de uma criança ao longo da história fez com que a figura do infanticídio não apenas se fizesse presente, mas também se alimentasse com frequência relativamente alta na mitologia. Nomeadamente em referência a esse tirocínio na antiguidade, a tentativa de matar a criança de *Édipo* ou mesmo as crianças de *Rômulo e Remo* compõe um dos mais patentes períodos históricos do infanticídio, conchegando, desta forma, uma expressão emblemática de anseios e crenças das sociedades conhecidas por serem primitivas, nas quais na maioria de vezes os indivíduos realizaram tais desejos almejados, tornando conseqüentemente respeitável a mencionada mitologia.

Importante se faz ressaltar que, na realidade, nenhum outro tipo penal manifestou grandes modificações, tanto como o crime de infanticídio, pois este vem sendo tratado de diversas formas, ora de feitio afável, ora de feitio severo, desde o início das civilizações até os dias atuais. Além de nos passar a impressão que este mesmo crime pode se transformar bastante de uma cultura para outra, ou de uma sociedade para outra, existindo quase sempre motivos apontados, que por vezes foram conhecidos e por outras permaneceram ocultos para a sua prática. Deste modo, ele não pode ser analisado e ressaltado de forma desintegrada e autônoma, partindo do ponto de que na maioria das vezes se tratou de uma reflexão dos problemas morais, sociais e culturais de uma determinada sociedade em uma verificada época. Segundo Harris<sup>2</sup>, a técnica mais utilizada durante ampla parte da história humana foi o controle de população, que não deixou de representar de uma forma ou de outra um infanticídio feminino.

---

<sup>2</sup> HARRIS *apud* THIBAUT, P. À *Propos de 27 Cas d' Infanticide*. 1972. Thèse-Faculté de Medicine Xavier-Bichat de l'Université de Paris, 1972.

Desta forma, baseando a biografia do infanticídio de acordo com as penas que foram sancionadas, sentimos a obrigação de elaborar um quadro que representasse os vários níveis, que ocasionasse um melhor contorno para entender as causas que levaram à prática do infanticídio em cada ocasião. Sendo assim, podemos desenhar três períodos históricos distintos, quais sejam, o período Greco-Romano, período Intermediário e período Moderno, para esboçar a evolução histórica desse ilícito típico, que passamos a expor.

### **1.1. Período Greco-Romano**

Na Grécia Antiga, o pai era o chefe soberano da religião doméstica, cabendo a ele o comando de cultos e cerimônias, como bem quisesse entender, pois tal direção ou supremacia sacerdotal não podia ser contestada por nenhum membro da família, nem pela própria cidade e nem mesmo por nenhum pontífice, quer isto significar em outras palavras, que o pai como eclesiástico do lar não reconhecia hierarquicamente superior algum.

Deriva desta forma todos os anexos de direitos, como designadamente de fazer de qualquer recém-nascido, fosse ou não fruto de um casamento, um filho legítimo ou bastardo, além de motivos como a falta de alimentos, má formação das crianças, dentre outros, servirem de fundamentação para a execução desses indefesos, da mesma maneira como aquelas que representassem uma desonra para a família.

Esse período era caracterizado pela indiferença do rei e do pai de família, os quais eram detentores do direito à vida e morte sobre os filhos; quando entendessem por bem, podiam vendê-los ou mandar ceifar a vida dos recém-nascidos, tornando-se juízes da própria família em virtude do seu direito de justiça, mais conhecido como o “*ius viate et necis*”.

Apesar de ter se constituído o *ius vitae et necis* um poder absoluto durante um bom lapso de tempo, ele já não se fundava como um direito ilimitado, pois o seu exercício, mesmo antes do fim da república, já vinha se tornando juridicamente adstrito e condicionado dentro do próprio direito arcaico, a existência de uma *iusta causa*. Destarte, o pai estava vinculado à cidade, logo, só poderia matar seu filho de forma lícita, se houvesse um pronunciamento de juízo sobre o fato, realizado por cinco vizinhos, o denominado *consilium domesticum*.



Seguidamente, com o surgimento do cristianismo ao tempo de Justiniano, a Constituição de Constantino, de 318, adveio suprimir o *ius vitae et necis* além de sujeitar o pater família que voluntariamente matasse seu filho, a ancestral pena de *culleo*,<sup>3</sup> abarcando este fato para o domínio do parricídio, onde nunca havia estado até este momento.

Cabe ressaltar aqui que a mãe que matasse o seu próprio filho caía na alçada da *lex Pompeia de parricidiis*, sob a égide da Lei das XII Tábuas, sendo punida com pena de morte. A *lex Pompeia de parricidiis do Digesto* continha o seguinte preceito: “*Lege pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare*”<sup>4</sup>. Prontamente podemos notar não só mediante a leitura deste preceito, mas também de outras fontes, que o assassinato do filho pela mãe foi compreendido pela subsequente sobreposição de eficácia do *culleo*, como sanção para assentadas ocorrências de parricídio.

Esse período se dividiu em duas etapas distintas, antes e depois do cristianismo, pois na primeira época no direito antigo de Roma vigorava o direito de vida e morte sob os filhos do pai de família, e na época pós surgimento do cristianismo o poder que o pai detinha em relação aos seus filhos esvaneceu-se. Podemos concluir que a ordem demográfica e a influência cristã serviram de grandes contributos para que fosse consagrada uma especial atenção a essa repressão criminal, fazendo com que o crime de infanticídio fosse incluído como um dos crimes que possuía as mais conhecidas e severas formas de punição, pois, além de se tratar de um ser indefeso, a ninguém é garantido o direito de tirar a vida do seu semelhante.

---

<sup>3</sup> “*Si quis in parentis aut filii, aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properavit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentum contuberniis iungatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur*” (ALBANESE, Bernardo. *Note Sul'evoluzione storica del ius vitae ac necis*; Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione. Milano, 1948, p. 345. v. 3).

<sup>4</sup> NARDI, Enzo. *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse*. Milano: Paulo, 1980, p. 7.

## 1.2 Período Intermediário

Ao longo da Idade Média a influência da cultura cristã continuou a marcar profundamente a evolução do tratamento criminal franqueado ao infanticídio, pois a Igreja Católica sobreveio a pronunciar de maneira simples os postulados princípios sobre a matéria, levando em consideração que uma criança era dotada de alma assim como um adulto, e por consequência a sua vida carecia de ter direito ao mesmo amparo. Nenhum homicídio além do assassinato de um recém-nascido não batizado era mais lamentável e censurado do que este, porque além de condenar um ser inocente ainda desapossava este ser humano de uma vida eterna<sup>5</sup>.

O número de infanticídios encarregados pela mãe para evadir-se de uma recriminação social cresceu expressivamente a partir dos finais do século XV, apesar do rigor em sua repressão não ter abrandado em nada, muito pelo contrário, só majorou. Esse período foi marcado pela defesa dos recém-nascidos, pois, passou-se a punir as infanticidas com sanções de alto coeficiente, por vezes chegando até mesmo a aplicar a pena de morte.

O crime perpetrado pela mãe era apenado com especial severidade, como nomeadamente a ordenação de Carlos V, designada *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada em 27 de junho de 1532, garantia: “*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 ténares ardentes*”<sup>6</sup>. Assim, em regra, era aplicada a segunda pena, a infanticida para impedir o desespero, salvo quando esta havia praticado o fato mais de uma vez, pois em tais casos era aplicada a pena que causasse maior dor, a mencionada na primeira parte.

Do mesmo modo, quando uma mãe ocultava o nascimento de um filho, e este posteriormente fosse descoberto sem vida, pertencia a ela a incumbência de comprovar e provar que o mesmo já havia nascido sem os sinais vitais ou que o evento se deu devido

---

<sup>5</sup> Entendimento da Cultura Cristã e da Igreja Católica.

<sup>6</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a Morte Culposa do Recém-Nascido*. Campinas: Millenium, 2004, p. 115.

a um acidente, sob pena de condenação direta, tendo em vista que o ato de ocultação, por si só, já se fundava indício suficiente para aquela, e caso a criminosa permanecesse em declarar a sua possível inocência, podia ser reprimida ao tormento até se conseguir uma confissão do ato.

Neste seguimento o crime de infanticídio foi se graduando, e cada vez mais as suspeitas desse crime passavam a declarar que o motivo que as induziam a esconder a gestação e o nascimento da criança era a desonra, mas que isso não significava que elas haviam matado a criança, pois a mesma já havia nascido sem vida. Apesar de se tratar de declaração duvidosa, faltavam provas da conduta homicida aos responsáveis por julgá-las, ficando deste modo extremamente complicado contestá-las em juízo, não restando outra opção ao julgador senão a absolvição das mesmas, paralisando deste modo a ação da justiça e aumentando a impunidade do ato criminoso.

Almejando uma resposta a esta impunidade o diploma de Henrique II foi estatuído com o objetivo de lutar contra aquelas circunstâncias de fatos, materializando que a simples ocultação da gestação e do parto já eram indícios suficientes para presumir a autoria por parte da mãe; contudo, a criança deveria ser descoberta sem vida, restringida do batismo e de sepulcro público, para que a mulher fosse “*punie de mort et dernier supplice*”<sup>7</sup>.

A carência de uma demarcação clara e precisa do infanticídio era uma característica peculiar que marcava a Idade Média, o que frequentemente ocasionava a confusão daquele delito com outros crimes, como designadamente o aborto, além de não existir uma diferença significativa entre homicídio e infanticídio, pois uma vez praticado algum desses determinados ilícitos as sanções de ambos eram gravíssimas.

Na Inglaterra a sufocação indireta da criança ao corpo da mãe era um meio comum e muito utilizado para a prática do infanticídio, popularmente conhecido como *overlaying*, que quando não absolvía automaticamente, pelo menos atenuava a punição, ao atribuir aquela circunstância a uma causa acidental, no julgamento realizado pela Igreja. Entretanto, se o fato ocorresse pela segunda vez, não podia a jurisdição eclesiástica continuar considerando e presumindo ser um acidente. Ao contrário das Legislações inglesa e francesa, a alemã continha em suas notas explicativas direções para realização de docimásias destinadas a constatar se o bebê verdadeiramente havia nascido vivo, além de exigir que a acusada confessasse seu ato ilícito.

---

<sup>7</sup> BRISSAUD, Y. B. L'infanticide a la fin du moyen Age, ses motivations psychologiques et sa répression. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1972, p. 255 e ss.

Deixando a influência proveniente da campanha político-criminal iluminista de lado, e seguindo o Direito Penal Comum alemão, a *Constitutio Criminalis Theresiana*, de Maria Tereza de Áustria, publicada em 31 de dezembro de 1768, passou a distinguir a sanção que era aplicada à genitora que desse cabo à vida do próprio filho, consoante se versasse de um ato de comissão por ação ou de comissão por omissão, pois a conduta omissiva correspondia à mera pena de decapitação, de modo que quando se tratasse de um comportamento ativo a sanção aplicada era o suplício do empalamento.

Podemos concluir que esse tipo de crime passou a ser estabelecido como uma modalidade de delito inadmissível e credor de penas rigorosíssimas, até mesmo a pena de morte.

### **1.3 Período Moderno**

Com o surgimento da doutrina do direito natural e do Iluminismo, a partir do século XVIII, o infanticídio sobreveio a ser avaliado mais suavemente, caracterizando mais uma reviravolta no percurso da história do infanticídio, nessa fase a favor da genitora, que passou a ser beneficiada pela incidência da tese do privilégio, frente às penas de grande monta, abolindo conseqüentemente a pena obituária. Ou seja, o crime de infanticídio passou a ser o principal responsável pela maior parte dos empenhos reformadores do Direito Penal da ciência juscriminal da época, e não só dela, como também do generalizado sentimento de clemência para com a mãe, que mais tarde seria cristalizada a conformação deste delito como um homicídio privilegiado.

É legítimo explicar que a crescente vigilância franqueada ao infanticídio, nesta altura, está conexa em boa parte, com o combate contra as prerrogativas da nobreza, levando em consideração que boa parte daqueles delitos foi praticada em consequência de um abuso sexual da hierarquia superior, sob a classe inferior da sociedade. O temor da vergonha bem como os riscos de serem maltratadas pelos pais, de serem expulsas do núcleo familiar ou de perder o trabalho sobreveio a ser a arguição determinante das mães infanticidas. Sendo assim, a argumentação com base na honra, doenças ou deformidades e, ainda, o baixo poder aquisitivo para sobrevivência era utilizada pelos defensores para justificar um amolecimento na aplicação das penas.

Desta forma, é correto afirmar que abrolhou uma verdadeira reação jurídica em favor da infanticida, especialmente quando perpetrado por pretexto de honra; os ordenamentos jurídicos sobrevieram a ponderar o crime como uma modalidade de

homicídio privilegiado, desde que fosse cometido pela própria mãe ou por parentes. Enquanto elemento social da época, o delito em questão passou a assumir importante papel, chegando até mesmo a proporcionar recompensas para quem apresentasse os meios mais enérgicos através de um trabalho, para reprimir o infanticídio. A preocupação da época setecentista foi protestada na própria literatura da época, como nomeadamente a do *Sturm und Drang*<sup>8</sup>.

Porém, em algumas legislações não se concretizou nenhuma alteração neste período; pelo contrário, permaneceram imutáveis tais conceitos, especificamente no que tange à pena de morte, como designadamente o Ordenamento Jurídico inglês que manteve a pena capital para o delito de infanticídio.

Já em 1764, Beccaria esteve a se carecer um contributo político-criminal contundente para a percepção do infanticídio *honoris causa* como um homicídio privilegiado, acenando ao problema da seguinte forma: “*O infanticídio é, ainda o efeito quase inevitável da terrível alternativa em que se encontra a desgraçada, que apenas cedeu a fraqueza, ou que sucumbiu aos esforços da violência. De um lado a infâmia, de outro a morte de um ente incapaz de avaliar a perda da existência: Como não haveria de preferir essa última alternativa, que a subtrai a vergonha; a miséria, juntamente com infeliz filhinho*”<sup>9</sup>.

Podemos observar que o autor advoga a adoção de leis mais afáveis pelo critério da conservação da honra, em prejuízo do depauperamento do próprio filho, pois o mesmo autor não concordava que a pena de um crime seria justa enquanto a competente lei não possuir os melhores elementos possíveis para precaver tais delitos. Ressalvando que neste momento já se sentia uma necessidade de impedir essa qualidade de crime, resguardando por meio de preceitos competentes a covardia e o infortúnio contra esta natureza de despotismo, que somente se constrói contra os vícios que não podem se acobertar com a capa da virtude.

Feuerbach se adjudicou a sistematização dos pareceres dos pensadores anteriores, definindo o crime em seu §236 do seu *Lehrbuch* (1801) da subsequente maneira: “*Infanticídio é a morte do filho recém-nascido, ilegítimo e vital, causada pela mãe, logo após ocultação da gravidez*”<sup>10</sup>. Desta forma, uma vez transbordados os títulos

---

<sup>8</sup> RADBRUCH, Gustav; GWINNER, Heinrich. *História de la criminalidad* (ensayo de una criminología histórica). Barcelona, 1955, p. 278.

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martins Cloret, 2003.

<sup>10</sup> FEUERBACH *apud* BRAUN, Jose Maria Stampa. *El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa»* (contribución al estudio de los delitos contra la vida. ADPCP, 1955, p. 56.

humanitários em cadeira do infanticídio sob uma disposição técnico-jurídica, estava acessível à passagem para a sua transposição para as legislações penais oitocentistas. Quer isto significar, em outras palavras, que os princípios humanitários a respeito de infanticídio *honoris causa* constituídos durante o iluminismo, assim como também a mutação da aceção de pena e o desenvolvimento da ciência penal, constituiriam recepcionados pelas legislações de oitocentos.

Segundo Carrara<sup>11</sup> a passagem da tentativa de se habituar às percepções tradicionais com os novos juízos sobre o assunto e simultaneamente a caracterização do delito de infanticídio como uma espécie de homicídio qualificado, consentindo ao seu sujeito passivo, e, em contrapeso, o estabelecimento de uma possível atenuação em favor da mãe que perpetrasse um homicídio sobre um filho ilegítimo, para camuflar a desonra, configurou a primeira etapa da recepção e sistematização das legislações penais oitocentistas. Na segunda etapa, com base na *causa honoris*, subsistiu somente o delito privilegiado, enquanto crime distinto do homicídio, ou seja, nesta segunda fase esvaeceu a acusação genérica de infanticídio.

Deste modo, com base no aludido espírito humanitário virtuoso de protuberância que inspirava de um modo geral os codificadores do direito, o tratamento do infanticídio *honoris causa* como homicídio privilegiado foi materializado no pioneiro Código Penal austríaco, de 3 de setembro de 1803, que posteriormente seria incrementado por novas disposições e numerosas alterações ao Código austríaco de 1852.

Da mesma forma, o Código da Baviera veio concretizar o homicídio incumbido pela mãe sob o filho ilegítimo recém-nascido, como infanticídio privilegiado, inspirando sucessivamente as disposições de outros Códigos, como designadamente o Código Penal da Saxônia de 1855 que alterou apenas o limite máximo temporal do privilegiamento. Por conseguinte, é autêntico afirmar que este critério legislativo nasceu maiormente graças à Beccaria e Feuerbach, com o Código austríaco de 1803 e, em seguida, na Baviera, em 1813.

Embora de forma escura os pensamentos humanitários do século XVIII sobre o infanticídio *honoris causa* refletiram, de certo modo, na maioria dos Códigos suíços, ressaltando que foi em algumas dessas legislações que principiaram a nascer as iniciais fundamentações de atenuação do infanticídio sob a influência perturbadora do parto. O Código de cantão de Vaud, de 1843, é um preceito que demonstra de forma clara a

---

<sup>11</sup> CARRARA, Francesco. *Programa del corso di Diritto Criminale*, Parte speciale. 6. ed. I. Lucca, 1984, p. 355ss.

declaração anterior, pois em seu artigo 218º sobreveio distinguir a moldura penal aplicável ao infanticídio encarregado na ocasião do parto ou, logo após, mediante jazesse perante a um comportamento ativo ou omissivo e se havia ou não um planejamento anterior, no entanto, sem conjecturar nenhuma alusão à *causa honoris*. Todavia, em seus diplomas mais à frente, somente viriam conceder o privilegio se realmente fosse apurada uma determinada situação atenuante, como nomeadamente, a ação de matar da mãe necessitaria de ser entusiasmada pelo processo do parto, pois já mencionava a doutrina<sup>12</sup> que as dores físicas e emocionais do parto poderiam gerar fatores negativos que constituiriam ser capazes de alterar negativamente a vontade da genitora.

Na Espanha o Código de 1848 se fez pioneiro na extensão da causa de privilegiamento aos avós maternos, que empreendessem o crime para camuflar desonra familiar, benefício que posteriormente seria revogado pelo Código Penal Carlista de 1875, ao repreender a sua afabilidade e concomitantemente agravando as penas que deveriam ser aplicadas à mãe e aos avós maternos.

A importância da generalizada atenuante da *causa honoris* também se preponderou na conformação do infanticídio na Itália. Todavia, somente em 1853, pela primeira vez a pena de morte veio a ser extinguida por um Diploma italiano, qual seja, pelo Código Penal toscano. Consecutivamente, ainda em contorno daquela causa que deixava de ponderar o infanticídio como um homicídio qualificado, e como consequência dos empenhos que já vinham se despendendo para uma união legislativa do Estado italiano, foi materializado o Diploma Liberal para o Reino da Itália de 1889, o qual se consistiu no *Codice Zanardelli*<sup>13</sup>. Este Código, além de extinguir terminantemente a pena de morte e fazer desaparecer as clássicas referências à ilegitimidade do recém-nascido (filhos bastardos), também sedimentou o entendimento de que o motivo de honra que deveria ser levado em consideração para abrandamento da pena não se tratava apenas da reputação materna, mas do mesmo modo da honra familiar. O que, conseqüentemente, acendeu algumas dificuldades em sede participação criminosa da família, que perturbaram as legislações e as doutrinas italianas.

No século XIX através das referências legislativas e doutrinárias, a influência perturbadora do parto já assentava de motivação a incidência da atenuante do infanticídio praticado pela mãe, como nomeadamente as disposições que difundiram tal critério, o

---

<sup>12</sup> SCHUBARTH, Martin; STRATENWERTH, Gunter. *Schweizerisches Strafrecht*. 3. ed. Bern: Besonderer Teil I., 1983, p. 40.

<sup>13</sup> CARFORA, Francesco. *Infanticidio*, DI, XIII, 1902, p. 699 ss.

Código suíço. Consecutivamente fundamentado na *causa honoris*, este critério de privilegiamento foi sedimentado na primeira metade do século XX, aprovando o reconhecimento da influência perturbadora do parto, capaz de gerar na mulher condições de semi-imputabilidade, que uma vez reconhecida atenuaria o grau de culpabilidade criminal.

Somente em 1932 foi que o Código Penal espanhol veio atribuir um capítulo especial próprio ao crime de infanticídio, distinto do crime de homicídio, reconhecendo deste modo a autonomia formal daquele delito, que mais tarde viria a ser reconhecida como uma autonomia substancial. Já o direito inglês passou a exigir que a vítima se achasse em *rerum natura*, para discorrer em homicídio, a partir de 1938, ou seja, para que se possa afirmar que havia ocorrido um homicídio, era necessário verificar se realmente existiu o nascimento do recém-nascido completo e com vida.

Quanto à Reforma alemã de 1975, conquanto não se conformasse nenhuma referência à *causa honoris*, podemos afirmar que houve uma inserção da tese de privilégio ao crime de infanticídio, apesar de que linguisticamente falando essa reforma apenas modernizou e aperfeiçoou o seu Código Imperial de 1871. Por outro lado, na França, a lei de 11 de fevereiro de 1951 sobreveio a acolher o emprego do *sursis* e das circunstâncias atenuantes nos crimes de infanticídio.

Portanto, já em 1981, suplantadas pelo enriquecimento dos caracteres sociais e tendo em vista que estava sendo pouco coesa com os princípios fundamentais da Constituição, o Decreto-Lei 442, de 5 de agosto, purificou o *Código Penale* italiano, no que tange às disposições concernentes aos designados delitos de honra. Por fim, conseqüentemente, aboliu do direito italiano a importância da *causa honoris* e toda uma série de regulamentos em que ensaiava a imputação do privilégio; contudo, embora diretamente atingido por este decreto, não preferiu o legislador italiano pela simples revogação do crime de *infanticidio per causa di onore* das legislações italianas, acendendo, deste modo, abundantes dúvidas e ressaltantes desacordos interpretativos.

#### **1.4 Breve Evolução do Crime em Portugal**

Tivemos conhecimento que antes mesmo de existir um direito materializado, o próprio costume fez com que o crime de infanticídio se tornasse um indiferente penal, pois as próprias tradições aceitavam que ele fosse praticado; apesar de não terem ainda um direito escrito, como sobrevinha entre os povos mais cultos, já existia sobremaneira



um direito que se encontrava na consciência que fundava os costumes e tradições de cada sociedade, como nomeadamente dar cabo à vida de uma criança inocente que fosse fruto de um adultério.

Apesar de não conjecturarem nas *Siete Partidas* qualquer tipo de menção nem serem fartas as fontes precedentes, as codificações em relação ao crime de infanticídio, existem alguns testemunhos que apontam o vigor em Portugal durante o século XII da *Lex Visigothorum*, que definia “*a morte ou a desorbitação para a mulher, livre ou serva, que matasse o seu filho antes ou depois de nascido, pena que se estendia ao marido que o mandasse*”<sup>14</sup>. Do mesmo modo, o infanticídio não foi digno de tratamento autônomo nas Ordenações, como especificamente nas Ordenações Filipinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Afonsinas, encontrando-se subordinado à sanção capital do parricídio.

A doutrina portuguesa não se abstraiu do juízo europeu sobre o infanticídio *honoris causa* presente nos séculos XVIII e XIX; muito pelo contrário, o ingresso à cultura jurídica tradicional portuguesa de novos conceitos foi inclusive controlado e hesitante, antagónico ao que ocorreu em outros países. Apesar disso, a compreensão portuguesa jurídico-penal quanto à atenuadora à *causa honoris* não se tornou pacífica.

Em continuação, o Decreto de 31 de março de 1778, após a propagação do pensamento iluminista, criou uma comissão com o objetivo de reformar toda a legislação. Na sequência, o designado Mello Freire<sup>15</sup> apresentou alguns projetos de determinadas matérias das quais ele era incumbido e onde foi possível observar um aberto e denso intento de alterar o aparelho penal.

Desta forma, consistiu em equiparação ao crime conformado como parricídio o infanticídio empreendido pelos pais da genitora, no projeto dedicado ao homicídio qualificado, de Mello Freire. O amoldamento do crime de infanticídio como uma espécie de homicídio qualificado por opinião próxima à tradicional, por Mello Freire era abalizado porque o mesmo compreendia que “*a morte de crianças e filhos é um crime muito mais atroz que qualquer outro homicídio simples, porque de certo modo atenta e violenta a própria natureza*”<sup>16</sup>. Devemos ressaltar neste ponto que no pensamento do autor não havia uma distinção clara entre os crimes de infanticídio, aborto e exposição,

---

<sup>14</sup> ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. *História do Direito Português*. Lisboa: Tip. Empresa Pública Notícias Capita, 1986, p. 95.

<sup>15</sup> CORREIA, Eduardo. *A evolução histórica das penas*. Coimbra: BFDUC, 1977, p. 108.

<sup>16</sup> FREIRE, Paschoal de Mello. *Instituições de Direito Criminal Português*. BMJ, 1966, p. 184. Mimeo.

mas também não podemos negar, em contrapartida, que o Projeto Mello de Freire se destinava, principalmente, à prevenção desses crimes. Contudo, por ausência de vontade dos revisores, pela censura do Direito Público, ou ainda por causas que não chegamos a ter conhecimento, o Projeto Mello Freire nunca teve sua vigência promulgada.

Uma metódica passagem da história legislativa nacional do infanticídio foram os bandeamentos sucedidos no decorrer do procedimento de recepção do pensamento iluminista da *causa honoris* do Código Penal de 1837; embora este diploma não tenha sido executado, ele não abrangia nenhum armamento particular concernente ao infanticídio. Em compensação, o Código de 1852 consagrou como um fenômeno juscultural alcançado, o privilegiamento *honoris causa* do infanticídio, explicado pela escassez e miséria que individualizava a inspiração dogmática desenvolvida pela doutrina portuguesa ao redor do infanticídio.

O intitulado crime de infanticídio foi capitulado pelo Código Penal de 1886, que desde a sua materialização já se constituía por ser uma figura intrincada e plúrima na ordem jurídico-penal portuguesa, abalizado por em dado momento se apresentar como uma subespécie do homicídio qualificado, e em outro determinado momento se traduzir numa subespécie de homicídio privilegiado.

Podemos melhor compreender o tamanho desta questão-problema quando apontamos o disposto no n° 1, do artigo 356° do mencionado Código, o qual mandava aumentar, para prisão maior de 20 a 24 anos a pena daquele que suprimisse “*voluntariamente um infante no acto do seu nascimento, ou dentro em 8 dias, depois do seu nascimento*” e ao abrandar, no seu parágrafo único, para prisão maior de 2 a 8 anos a medida repressiva da genitora que realizasse infanticídio “*para ocultar a sua desonra, ou pelos avós maternos para ocultar a desonra da mãe*”. Esta atenuação era justificada sob o prisma de que a mãe matava seu próprio filho, não por perversidade no coração, nem por qualquer outro ardor desprezível, mas sim com o intento de socorrer a sua reputação e fama, além, é claro, de ocultar a sua delinquência.

Segundo Maria Jordão<sup>17</sup> a razão de considerar o critério do lapso temporal de até oito dias, era porque a própria lei já tinha uma presunção que após o oitavo dia, a sociedade em si já teria ciência da existência de uma criança, e poderia resguardá-la melhor, configurando nesses casos um homicídio e não um infanticídio. Por outro lado, apesar de não se vislumbrar na legislação o momento específico em que se considerava o

---

<sup>17</sup> JORDÃO, Levy Maria. *Commentário ao Código Penal Português*, t. IV. Lisboa: UCL, 1854, p. 52.

início do nascimento, articulava-se Maia Gonçalves no sentido de que a morte do feto nos primeiros momentos da gravidez não deveria ser incriminada, e sobrepunha, ainda, ser “*necessário que o feto tenha gestação suficiente para poder ter vida extrauterina*”<sup>18</sup>. É de se ressaltar, ainda, que, quando se tratava de crime privilegiado, os agentes do infanticídio eram somente a mãe e os avós maternos, e quando se tratasse de homicídio qualificado, podia se constituir qualquer agente.

O Anteprojeto do Código Penal de 1982 buscou inspiração no artigo 116º do Código suíço, quanto à causa atenuante a ser motivada sob a influência do estado puerperal, assim como também se baseou no próprio Código Penal português de 1852/1886 no que se refere à *causa honoris*. Do mesmo modo afirma Eduardo Correia<sup>19</sup> que o lapso temporal delimitado entre durante ou logo após o parto foi abalizado no Código Penal brasileiro de 1940, que dispunha em seu artigo 123º a subseqüente inscrição: “*Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após*”. Acentuou o mesmo autor na Comissão Revisora<sup>20</sup> um recurso diverso do normalmente adotado pelos demais Códigos estrangeiros, pois para ele deveria ter a finalidade de levar em consideração, para a incidência da causa atenuante, tanto a influência perturbadora do estado puerperal, como também a intenção de camuflar a desonra gerada pela maternidade, e ainda sustentou depois a delimitação da figura do privilégio somente à mãe, por considerar a solução abraçada pelo Código em vigência demasiada ampla.

Em lado diverso recomendou Figueiredo Dias, objetivando harmonizar a previsão do Anteprojeto com a disposição correspondente do artigo 133º do novo Código Penal, que a implicação das circunstâncias privilegiantes fossem apontadas de forma expressa, como nomeadamente na redação referente à ocultação da desonra deveria vir seguida da causa atenuante “*e tendo sua culpa sensivelmente diminuída*”<sup>21</sup>. A esta proposta Eduardo Correia<sup>22</sup> foi totalmente contra, pois ele defendia que no artigo 141º do Anteprojeto existiam duas conjunturas de natureza totalmente distinta, uma exógena, pelo desejo de camuflar a desonra, e outra endógena, referente à influência da perturbação pós-parto. Assim sendo, uma possível recomendação da diminuição da culpa seria diretamente

---

<sup>18</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português, Anotado e comentado* - Legislação Complementar. 18. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 56.

<sup>19</sup> CORREIA, 1977, p. 51 e ss.

<sup>20</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal: Parte Especial*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1979, p. 32.

<sup>21</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1979, p. 32.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 33.

encaminhada para a circunstância endógena e não para a exógena. Contudo, a Comissão revisora aprovou o artigo por unanimidade e sem nenhuma alteração, pois, uma vez que, estando em causa a influência do estado puerperal, tratava-se de uma situação de semi-imputabilidade; sendo assim, o grau de culpa seria sempre diminuído, só havendo necessidade, portanto, da indicação materializada da diminuição de culpa no que diz respeito à honra.

Tomando atitude diante dessa esta questão, o Código Penal de 1982 situou-se de modo que toda e qualquer matéria de uma possível e eventual qualificação se assentaria sob a égide dos critérios do homicídio qualificado, consequentemente finalizando a existência do crime de infanticídio como uma figura autônoma do delito de homicídio qualificado. Em contrapartida nada de realmente novo trouxe em capítulo do privilegiamento, cultivando o infanticídio quando praticado pela “*mãe que matar o filho durante ou logo após o parto, estando ainda sob a influência perturbadora ou para ocultar a sua desonra*”, preservando-se desta forma a figura privilegiada no plano da tipicidade.

Quanto ao debate acerca da admissibilidade do crime de infanticídio *honoris causa* negligente, pela importância com que o mesmo tem se atuado não só na Espanha como também na Itália, pois em ambos os países se graduava uma compatibilidade entre a *causa honoris* e o comportamento negligente, em termos meramente teóricos, no encadeamento de um conhecimento cultural, em cuja origem podemos citar o Código toscano de 1853<sup>23</sup>, que promulgava o infanticídio na forma negligente, o Código Penal português de 1982 passou admitir também esta figura em seu artigo 137º. Este entrosamento foi defendido pela unanimidade da doutrina, que se pronunciava no sentido da admissibilidade desta figura, como designadamente Vincenzo Patalano, Eckhard Horn, Gunter Stratenwerth<sup>24</sup>, dentre outros.

Quando a medicina avocou cautela em face da influência perturbadora do parto, e o Anteprojeto relevou essa questão na aceção de privilegiar o infanticídio em função daquela ocorrência, que não é conhecida pelo Direito Penal em vigência, mas que posteriormente seria codificada na lei, Eduardo Correia<sup>25</sup> passou a mencionar um “*aspecto de imputabilidade diminuída*,” pois os fatores podem ser capazes de causar na genitora, no momento do parto ou logo após, uma condição de perturbação psicológica.

---

<sup>23</sup> CARRARA, 1984, p. 327 e ss.

<sup>24</sup> CONDE, Francisco Muñoz, *Derecho Penal: Parte Especial*. 5. ed. Sevilla, 1983, p. 42.

<sup>25</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1979, p. 31.

Cumpra aludir da melhor forma estes fatores que podem afetar a capacidade de entendimento e vontade da mãe perante o seu filho. Pois, assentadas coações, recriminação familiar, pobreza, precariedade de condições de vida, ciúme de uma futura relação do filho com o pai, ou até mesmo o próprio fracasso em tentar constituir laços afetivos com o filho, podem provocar na genitora perturbações psicológicas. Logo, esses desequilíbrios psíquicos não poderão ser considerados incomuns; contudo, o artigo 137º somente se reporta às influências resultantes do parto, em termos puramente psicológicos, de modo que não se enquadram na parte em que se refere à “*influência perturbadora do parto*” os fatores externos associados à mãe, que podem causar nela um estado de transformação psíquica. Entretanto, tal comportamento por essas circunstâncias de pressões ambientais podem ser emolduradas ao preceito do artigo 133º do Código Penal.

O motivo de honra como uma circunstância de privilégio do crime de infanticídio, desde muito tempo, alcançou um entendimento unânime entre os penalistas<sup>26</sup>, e como consequência desta unanimidade, obteve sua tipificação no artigo 137º do CP. O motivo de ocultação da desonra, justificasse por ser o crime praticado, por vezes, em implicação de uma pressão de censura social ou familiar, a beira das convenções predominantes na sociedade, podendo chegar até a uma forma de estigmatização. Sendo assim, quando este fenômeno social se faz presente na prática do delito, por medo de uma possível reação social ou da família, bem como os sentimentos de culpa ou de vergonha, na medida em que as oposições a conduta criminosa se localiza enfraquecida, motivasse a atenuação deste crime.

Observa-se, portanto, que até o presente momento, o critério psicológico, relacionado com o motivo de desonra para desculpar tal conduta, foi o único critério utilizado por todas as legislações que já trataram desta figura típica.

Finalmente, a revisão de 1995 veio abolir a ocultação da desonra da mãe como alicerce de privilégio, ao alterar mais uma vez o tipo. As razões de fato que ocasionaram tal eliminação se deveram principalmente às percepções já prevalentes na sociedade portuguesa, que nesse momento não se enquadravam com aquela situação. Quer isto significar que as concepções contidas na comunidade não mais seriam suficientes para fundar, por si só, um típico privilegiamento. Deste modo, a atitude do legislador na

---

<sup>26</sup> Como nomeadamente LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira. SANTOS, Manuel José C. Simas. *O Código Penal de 1982, volume 2*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1986, p. 70; FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial - Delitos contra las personas*. Madrid, 1986, p. 106; CONDE, Francisco Munoz. *Derecho Penal, Parte Especial*. 5ª edição, Sevilha, 1983, p. 40.

revisão que extinguiu do preceito do crime de infanticídio a histórica ocultação da desonra, que se fez presente no baseamento deste delito na forma privilegiada, é completamente fundamentada de razão.

Embora a ocultação da desonra tenha abandonado fazer parte do tipo privilegiado, esta poderia ainda ser invocada pelo aplicador do direito para implicação de medida de pena, e do mesmo modo poderia ser acatada em circunstâncias excepcionais, para finalidade de atenuação especial, atentando, contudo, para não violação do princípio da proibição da dupla valoração. Pois, como explica Maia Gonçalves, “*por um lado, a atual tábua de valores éticos não acarreta, como outrora, o estigma da desonra para as mães não casadas ou cuja a gravidez não foi desejada; o mesmo podendo dizer quanto a perda da virgindade. Por outro lado, sempre que em casos extremos se possa efetivamente configurar desonra da mulher e justificado interesse desta em ocultar, o caso poderá ser resolvido ou pelo texto actual deste artigo, se a ele subsumível, ou pelos princípios gerais sobre a culpa e sua mitigação*”<sup>27</sup>.

Assim sendo, sempre que o crime for praticado sob a égide da histórica desonra, com base não somente no princípio regulativo da aplicação do regime de atenuação especial, mas ao mesmo tempo da necessidade da pena justa e das exigências da prevenção, o artigo 72º, nº 1 do Diploma em questão, pode e deve ser levado em consideração, desde que possa diminuir sensivelmente a ilicitude do fato ou a culpa da agente, ou ainda as exigências da prevenção, constituindo deste modo, um legítimo pressuposto material de atenuação especial da pena<sup>28</sup>.

Todavia, Teresa Serra<sup>29</sup> não concorda completamente quanto ao fundamento de que a aceção tradicional da menção à ocultação da desonra se perdeu atualmente, e que não pode deste modo estabelecer base para motivar o privilégio, tendo em vista que “*ter um filho não pode ser nunca uma desonra para ninguém*”<sup>30</sup>. Pois aquela autora, embora não discorde no plano da racionalidade que ter um filho não configure vergonha a ninguém, ela se contrapõe e questiona a exclusão por outra camada, pois “*será possível afirmar que já não existe esse grau de pressão intolerável da moral sexual dominante e que implica um constrangimento da mulher, na medida em que as dolorosas vivências*

---

<sup>27</sup> GONÇALVES, 2007, p. 541.

<sup>28</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português*, Parte Geral – As consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 305.

<sup>29</sup> SERRA, Teresa. *Homicídios em Série*. Jornadas sobre a revisão do Código Penal. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 149.

<sup>30</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Código Penal – Actas e Projeto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1993, p. 201.

*psicológicas da sua marginalização social são adivinháveis, em termos de lhe afectar uma normal capacidade de querer e de avaliar as situações, colocando-a numa situação de menor exigibilidade?”*<sup>31</sup> Visto que esta autora observava que o legislador ao adotar este critério de uma racionalidade pura estaria ao mesmo tempo perdendo o contato com a realidade, ademais, a cláusula da desonra não evidenciou na jurisprudência uma convergência no baleado de atribuir a ela uma magnitude imprópria e espontaneamente inaceitável, conforme corroborou também Costa Pinto<sup>32</sup>.

Neste seguimento, vai mais longe ainda Teresa Serra<sup>33</sup> ao dispor que a Comissão Revisora era composta, quase na sua totalidade, por homens, sendo para ela o motivo desencadeante de que passaram a imaginar que ter um filho, sejam quais forem as situações, *não constitui nunca uma desonra*, para motivar a extinção da cláusula desonra, embora a mesma reconheça que somente Lopes Rocha<sup>34</sup> se prontificou a favor da conservação desta cláusula, em equidade de meditar que subsistem causas sociológicas que a expliquem. Deste modo, a mãe que matasse o filho por desonra passava a experiência de uma particular censurabilidade que dirige no baleado da qualificação do homicídio, previsto na alínea *a*) do nº 2 do artigo 132º do CP.

Logo alerta Figueiredo Dias<sup>35</sup> para as circunstâncias excepcionais, para além das ocorrências que a própria lei expressamente regulamenta, como nomeadamente, a possibilidade de um fato ser valorado à luz das cláusulas do artigo 133º quando praticado em desespero para ocultar desonra, uma vez que podem existir circunstâncias que abrandem de forma proeminente a ilicitude do fato ou a culpa da autora do crime. Estas circunstâncias podem se constituir como corretos fatores, de medida legal ou abstrata para uma ocasional atenuação de pena, conforme artigo 72º, nº 1 do Código Penal. Pois pode a agente ter atuado, designadamente, sob a *“influência de ameaça grave ou sob o ascendente de pessoa de quem depende ou a quem deve obediência”*, ou mesmo ter sido *a conduta da agente desencadeada por motivos de honra, seja ela motivada “por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida”*<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> SERRA, 1998, p. 149.

<sup>32</sup> COSTA, Pinto Frederico. *Direito Penal II* – (elaborado pelos alunos, segundo as aulas teóricas ao 5º Ano-Dia). Lisboa, 1992/93, p. 106. Exemplar datilografado.

<sup>33</sup> SERRA, op. cit. p. 150.

<sup>34</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, op. cit., p. 201.

<sup>35</sup> DIAS, Jorge, 2013, p. 304.

<sup>36</sup> PORTUGAL. *Código Penal Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013, artigo 72º, nº 2, p. 62.

Não obstante, quanto à influência perturbadora do parto o legislador manteve a redação, porém, este delito está adstrito tanto à mãe ter que praticar o delito específico sobre a influência perturbadora do parto como também por uma demarcação temporal, funcionando ambos como uma causa forte de abatimento da culpa. Assim, se a conduta da genitora for atentada decorridos os oitos dias do parto, e se nomeadamente, transcorridos esses dias em estado normal, inclusive recebendo alta hospitalar por se ponderar o seu estado físico e psíquicos normais, vier a dar cabo da vida do filho por ele possuir cor diferenciada de seu marido<sup>37</sup>, para ocultar sua infâmia, não configurará a figura do infanticídio privilegiado, mas sim integrará o contorno do homicídio privilegiado, que incumbiria na previsão geral do artigo 133º, com pena idêntica àquele delito.

O Código de 1995 ao extinguir a incidência do privilégio por motivos de honra abandonou por consequência o critério psicológico e adotou declaradamente o critério fisiológico, para fundamentar o abatimento da censura à influência fisiológica do estado puerperal da mãe.

Podemos chegar à conclusão, deste modo, que será necessário que a ação da mãe tenha sido despendida durante o parto ou logo após, estando a genitora ainda sob a influência perturbadora do parto, para a real configuração do crime de infanticídio privilegiado, tipificado pelo artigo 137º do Código Penal português de 1995, pois o depauperamento do recém-nascido fora destas circunstâncias será punido como crime de homicídio.

Portanto, a legislação penal portuguesa através dos seus materializados Códigos veio conceituando o crime de Infanticídio de maneira diversa. O fato típico de Infanticídio acostado no Código Penal português, sancionado desde a entrada em vigor do Código Penal de 1886, não acarretou ainda pacificidade quanto ao que se propõe; muito pelo contrário, constitui para além das demais ordens jurídicas um desenho característico plúrimo e complexo na ordem jurídico-penal portuguesa. Pois, contrapontos jurisprudenciais e doutrinários, iniciativas legislativas para afastar vigência ou modificar esta figura típica, que em um determinado momento se apresentou como uma subespécie do homicídio qualificado, em razão do caráter reservado da vítima indefesa e vulnerável e individualmente censurável do fato, e que em outro verificado momento se traduzia

---

<sup>37</sup> LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José C. Simas. *Jurisprudência Penal*. Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 372.



numa subespécie do homicídio privilegiado, foram e ainda vêm sendo enterradas no Museu de Leis do país.

Destarte, não podemos deixar de reconhecer o empenho movido ao fim na Comissão de Redação do Código de 1995 dos nobres juristas, e das irrefragáveis correções e algumas soluções dos problemas desencadeados ao longo das histórias das críticas, que por vezes se apresentaram favoráveis e por outras desfavoráveis, sob pena de cometermos uma iniquidade.

Portanto, temos como certo que uns dos direitos absolutos do indivíduo é o direito à vida, que em si própria representa um direito fundamental do ser humano, e consequentemente uma condição para todos os demais, pois ela motiva o primitivo e basilar direito de qualquer pessoa, e o qual além de ser reconhecido deve ser ratificado sem nenhuma reprimenda. E assim o responsável pela emanção das leis o fez, contudo o materializou a cada época de acordo com a apresentação do crime de infanticídio no horizonte de uma determinada sociedade, para resguardar valores jurídicos desta. Por fim, podemos compreender que este crime em análise foi ponderado em cada período histórico de acordo com o contexto social em que ele se enquadrava, acautelando por vezes de forma severa e por outras de forma branda, pôr os considerar estruturantes de uma comunidade concreta.

## **2. CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS HOMICÍDIOS PRIVILEGIADOS**

O Código Penal português dedica três modalidades distintas de homicídio privilegiado, diferenciando os baseamentos que motivam o respectivo privilégio, ainda que em todos esses tipos legais se configure uma conduta menos grave por parte do agente atuante, o que faz com que a pena possa vir a ser amortizada. Os três tipos de homicídio privilegiado a que acenamos são os materializados no artigo 133.º, onde o motivo é a diminuição da culpa assentada por situações que contornam o fato menos exigível ao agente, o homicídio a pedido da vítima, contemplado pelo art. 134.º e o infanticídio, consagrado pelo art. 136.º, abalizado por um estado de perturbação da autora que mata seu próprio filho. Para este estudo não nos apetece laborar sobre o homicídio a pedido da vítima, restringindo-nos aos outros dois tipos; dirigimos, desta maneira, para o estudo do crime de homicídio privilegiado, no item seguinte.

### **2.1 Homicídio Privilegiado**

Indispensável se faz o entrosamento do crime de homicídio privilegiado para este estudo, para que possamos melhor compreender a questão problema que iremos salientar em capítulo próprio, e, além disso, por ser o homicídio por si só a base de todos os outros crimes que atentam contra a vida de outra pessoa, como nomeadamente o delito de infanticídio, que não desiste em todo o caso, de se constituir como uma subespécie de homicídio na forma privilegiada, de acordo com alguns pontos de vista, conforme iremos expor mais adiante.

Primeiramente nos desempenha mencionar aqui, a título de conhecimento, que após as alterações ao Código Penal português, introduzidas pelas respectivas Leis 65/98, de 2 de setembro de 1998, e 59/07, de 04 de outubro de 2007, sob um ponto de vista formal quantitativo. Foram substancialmente acrescidos os crimes contra as pessoas, passando de 55 preceitos para 71 após a primeira alteração e posteriormente a segunda alteração, de 71 para 73 artigos.

A pessoa humana é um dos mais importantes objetos que merecem a tutela penal jurisdicional, pois segundo Nelson Hungria<sup>38</sup> o Estado não resguarda a pessoa somente por condescendência, mas, especialmente, por uma reivindicação do interesse público ou concernente a rudimentares qualidades de uma convivência em sociedade, sob um ponto de vista moral e social. Compreendemos, assim, que o bem jurídico protegido, vida humana, é o tipo de ilícito de todos os crimes contra a vida de outra pessoa já nascida, sendo o artigo 131º do Código Penal o preceito fundamental deste capítulo, para a edificação de todos os demais tipos legais de crimes contra este direito absoluto de outra pessoa, que em um apurado momento vão qualificá-los e em outro vão privilegiá-los, como nomeadamente o delito de infanticídio.

Neste sentido dispõe Teresa Serra que os demais crimes dolosos contra as pessoas se apresentam como eventos especiais de homicídio, “*que o legislador decide punir com uma moldura penal diferente, mais pesada ou mais leve, em consequência da adição ao tipo fundamental de circunstâncias relativas à ilicitude e/ou a culpa.*”<sup>39</sup>” Contra o argumento do homicídio simples ser um tipo base de referência aos demais, vai Margarida S. Pereira<sup>40</sup>, pois para ela o tipo distorce as suas finalidades de segurança, de materialização do princípio da legalidade penal, quando a sua afobação não admite apanhar proeminentes alterações entre os comportamentos, por mais simplicidade e clareza que ele estampe no aparelho, a título das simplificações interpretativas que poderiam se beneficiar.

Importante ressaltar aqui a vida humana de pessoa já nascida como o objeto jurídico dos crimes contra as pessoas, o momento em que o sujeito adquire a qualidade de bem jurídico protegido. Pois, no que diz respeito à questão da determinação exata do momento em que se inicia e adquire aquela condição, e conseqüentemente passa a ganhar proteção pelos crimes de homicídios, é controversa, existindo pelo menos duas correntes possíveis defendidas na literatura jurídico-penal<sup>41</sup>. A tese adotada pelo ordenamento jurídico penal, do mesmo modo pelo direito civil<sup>42</sup>, e para uma dessas correntes, é que a vida tem início com o nascimento completo e com vida, e para outra corrente não

---

<sup>38</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentário Código Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

<sup>39</sup> SERRA, Teresa. *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 49.

<sup>40</sup> PEREIRA, Maria Margarida S. *Direito Penal II – Os Homicídios*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito de Lisboa, 2008, p. 40.

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal Português*, Parte Especial. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 8.

<sup>42</sup> PORTUGAL. *Código Civil Português e Legislação Complementar*. 18. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012, artigo 66º, nº 1, p. 32.

majoritária, a vida se principia com o início do ato de nascimento, o que não tem relevância para esta classe de crimes.

Neste baleado Maia Gonçalves advoga no sentido de que a disposição sobre o início da personalidade do Código Civil, não se enquadra inteiramente para aquele efeito, pois para ela, “*por um lado, a protecção da vida, mesmo dentro do CC, não tem a mesma extensão temporal da existência da personalidade. Por outro lado, está no pensamento legislativo não haver solução de continuidade entre as normas relativas a protecção da vida intrauterina e as relativas ao infanticídio ou ao homicídio*”<sup>43</sup>. Do mesmo modo defende Margarida S. Pereira<sup>44</sup> que a regra do CC está muito longe da regra do CP quanto ao início da vida humana, não se principiando esta somente com o corte do cordão umbilical, por andamento de um nascimento completo, pois esta regra é eficaz apenas para o civilista, mas para o penalista não, tendo em vista que este deve se atentar com o desvalor material de uma conduta que possa extinguir um mortal que concebemos como pessoa humana, mesmo antes daquele fato. Por isto considera esta autora que aquele que atenta contra a vida humana, considerando que a mesma existe durante o parto, será uma homicida.

Ainda defende do mesmo modo essa corrente Fernando Silva<sup>45</sup>, motivando que o que deve ser levado em consideração para efeitos penais é a proteção de um bem jurídico, e não a capacidade de vida autônoma, pois este abrigo deveria se justificar também ao recém-nascido ainda que ele não tenha capacidade de sobrevivência, após a passagem da vida intrauterina para a vida formada. Levando em consideração que o aborto não é punido na forma negligente, este mesmo autor se propende indignado com a possibilidade de impunidade nos casos de abortos negligentes, como nomeadamente os desencadeados por atuação descuidada de um médico, seria impossível responsabilizá-los criminalmente, por não se encontrar este bem jurídico protegido.

Com efeito, Fernando Silva<sup>46</sup> extraiu o critério “*durante ou logo após o parto*” do art.º 136.º do CP, que penitencia o infanticídio, que configura, de certa forma, um contorno de homicídio privilegiado, para motivar sua defesa de que quando o parto se inicia já jazemos em presença do bem jurídico, vida, para além de diferenciar quando se

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, 2007, p. 504.

<sup>44</sup> PEREIRA, 2008, p. 25.

<sup>45</sup> SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial – Crimes Contra as Pessoas. Crimes contra a vida; Crimes contra a vida intra-uterina; Crimes contra a integridade física*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, p. 37.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 38.

trata de um caso de aborto e quando se trata de uma situação de homicídio. Deste modo fundamentalmente, aquele autor defende a antecipação da tutela da vida, para o início do parto, o qual deve ser aplicado a todos os demais crimes de homicídio que protegem a vida já formada.

Conquanto para além dos doutrinadores já mencionados acima, Pinto de Albuquerque<sup>47</sup> também leva em consideração, para efeitos penais, o início do parto como início da vida humana, fundamentando suas razões de fato, designadamente nos acórdãos do TEDH Vo. v. França, de 8.7.2004, § 82.º e TC n.º 25/84. Embora nem a Constituição da República e nem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabeleçam o momento exato em que se inicia a vida humana, o CP segue a orientação do CC quanto ao nascimento completo e com vida, conforme já salientamos acima, posto que não nos cabe aqui adentrar nesses casos problemáticos rodeados de discussão, apenas devemos nos reter a esta corrente, sabendo somente qual tese devemos levar em consideração.

Quando tratamos do termo da vida humana entramos conseqüentemente em outra questão jurídica extremamente delicada, que vem sendo nos últimos anos debatida na literatura nacional, tendo em conhecimento que atualmente se desenvolveram elementos capazes de prorrogar artificialmente e manter em funcionamento alguns órgãos humanos, por motivações diversas, como nomeadamente, o fato de se prolongar artificialmente os desempenhos circulatórios e respiratórios de um ser, com o desígnio de retirarem os órgãos para um futuro transplante. Logo, não é este prolongamento um meio para salvar a vida deste indivíduo, mas sim um meio para instrumentalizá-la, para salvar a vida de outrem, como ressaltou Faria e Costa<sup>48</sup>. Entretanto como este assunto extrapola o campo deste trabalho, ativemo-nos a ponderar apenas o conceito definido pela ciência médica e adotado pela legislação portuguesa<sup>49</sup>, qual seja, que a morte e o termo da vida humana se findam com a morte cerebral para todos os efeitos de comprovação desta.

Vale ressaltar a título de conhecimento que a adoção do critério da morte cerebral patrocina a múltiplos resultados utilitários, como nomeadamente Fernando Silva enumera algumas conseqüências práticas, tais como as que *“permitem que a recolha de órgãos possa ser feita, sem que haja o perigo de se estar a cometer qualquer crime sobre*

---

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 393.

<sup>48</sup> LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José C. Simas. *Código Penal Anotado*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 19. v. II.

<sup>49</sup> PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 12/93*, de 22 de abril de 1993.

*a vítima, pois já estando cerebralmente morto é possível ainda recolher os órgãos de forma a poder transplantá-los para outros, sem que se esteja a lesar a vida ou a integridade física; permite que o médico decida desligar uma máquina a que a vítima esteja ligada e através da qual vai mantendo suas funções vitais, sem com que esse comportamento esteja a cometer um homicídio<sup>50</sup>*, dentre outras.

Deste modo, o crime de homicídio privilegiado se encontra corporizado adentro do título dos crimes contra as pessoas, onde se constitui uma rigorosa proteção dos bens jurídicos resguardados, sendo um deles, se não o mais importante, a vida, à qual nos referimos. De tal maneira, o homicídio privilegiado é um crime material ou de resultado, de ação ou omissão, o qual carece, para se consolidar, de pelo menos uma evidência de que realmente existiu um nexo de causalidade entre a conduta do agente causador e o resultado causado, ou seja, este delito nada mais é do que uma forma atenuada do homicídio simples, pois em ambos os preceitos o papel assumido é o de tutela do mesmo bem jurídico.

A mera comprovação de que o agente agiu exaltado não é satisfatória para se completar o primeiro pressuposto deste preceito, pois o art. 133.º do CP exige para além de um estado de emoção violenta, que agente atue dominado por este e que tal estado seja ainda compreensível, ou seja, os elementos de diminuição sensível da culpa enumerados naquele artigo são meramente exemplificativos<sup>51</sup>, tornando-se indispensável a existência de um nexo de causalidade entre os pressupostos de diminuição sensível da culpa e a eficaz prática do delito, desde que os fatores daquela diminuição tenham um relevante valor moral e social.

Contrariando a interpretação de que a enumeração dos elementos privilegiadores do tipo seja exemplificativa, se posiciona Fernando Silva<sup>52</sup>, pois para este autor as quatro cláusulas distintas que preveem igualmente uma menor exigibilidade são autônomas em sua aplicação por possuir um caráter taxativo, realizado pela enumeração da lei. Quis este autor elucidar que não consta no preceito nenhuma cláusula geral de culpa, nem sequer uma mera menção ao fato cometido em condição de exigibilidade diminuída, mas sim uma alusão objetivamente prevista nas quatro conjunturas que transportam ao privilegiamento sempre que produza a redução de culpa. Portanto, somente poderia se

---

<sup>50</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 45.

<sup>51</sup> Posição adotada pelo STJ no Acórdão de 16/01/90, onde referiu expressamente que a indicação devotada no artigo era exemplificativa, e que deste modo poderia ser resguardada qualquer razão peremptória de proeminência em plano de diminuição de culpa.

<sup>52</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 99.

abonar um privilegiamento no campo do art. 133.º, por eficácia do abatimento da responsabilidade fundamentada por uma situação expressamente codificada.

No mesmo baleado Figueiredo Dias<sup>53</sup> advoga não fazer sentido aquela anotação por não condizer com a finalidade do art. 133.º após a reforma de 95, pois este preceito nunca teve o intento a partir desta, de inaugurar uma cláusula geral de diminuição de culpa, muito pelo oposto, objetivou conectar uma determinada cláusula à apuração de um dos elementos nele expressamente previstos, razão pela qual ele fundamentou que a jurisprudência do STJ<sup>54</sup>, pelo menos atualmente, deve ser legalmente desautorizada. Completando, o que nele não caiba literalmente, não pode ser levado em consideração para o domínio da diminuição da culpa no homicídio privilegiado, mas somente como instituto da atenuação especial de pena em campo do homicídio simples, o que é substancialmente diferente.

Nesse contexto, face também à questão da aplicabilidade da cláusula geral que conduz à atenuação especial, contida no artigo 72º do Código Penal português, o legislador perpetrou uso liberal daquela atenuação nesta matéria, pois sempre que existirem conjunturas que “*diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente*”<sup>55</sup>, a atenuação especial pode ser aplicada, desde que respeite o “*princípio da proibição da dupla valoração*”.

Nessa linha dispõe Maia Gonçalves que as disposições de atenuação entre o art. 133º e a atenuação especial da pena do art. 72º, embora sejam em parte coincidentes, devem ser, sobretudo, mais acentuadas, pois “*a provocação do art. 133.º é mais ampla quanto ao efeito atenuativo, sendo, no entanto, o seu campo de aplicação limitado pela diminuição sensível da culpa em virtude de emoção violenta, compaixão, desespero ou outro motivo de relevante valor social ou moral e pelo nexo de causalidade entre o motivo da diminuição sensível da culpa e a conduta*”<sup>56</sup>.

Do mesmo modo, é controversa a questão da possibilidade de aplicação da atenuação especial da pena no momento de aplicação desta, mesmo depois de verificados pelo juiz, os elementos de que pende o privilégio, ou se aquela atenuação especial, estaria

---

<sup>53</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 84.

<sup>54</sup> Cf. p. ex. o Ac da RC de 2-5-85, CJ 4-1985 90 e o Ac. do STJ de 16-1-90 *apud* LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José C. Simas. *Código Penal Anotado*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1996, p.83. v. II.

<sup>55</sup> DIAS, Jorge, 2013, p. 305.

<sup>56</sup> GONÇALVES, 2007, p. 527.

afastada efetivamente, devido ao respeito mútuo pelo *princípio geral da proibição da dupla valoração*

Por conseguinte, pode ser manifesto que, fora os elementos previstos no tipo privilegiador, podem concorrer, no fato concreto, outros distintos elementos condescendentes para uma possível atenuação especial da pena, pois assim sendo, nada antepara, que após assentado o quanto de pena pelo art. 133.º, esta possa ser posterior e especialmente diminuída pelas regras de atenuação especial de pena, embutidas nos arts. 72.º e 73.º do Código Penal português, desde que esta mesma motivação não seja valorada simultaneamente em ambas as espécies de atenuação, em respeito ao princípio nomeado acima<sup>57</sup>.

Outra questão é que embora a lei condicione expressamente um fato concreto a um estado de menor exigibilidade, ou seja, a legislação demanda para a incidência da causa privilegiante, que o sujeito opere domado por uma daquelas condições ou motivos descritos no tipo, estas causas ou estados apontados pela lei não laboram automaticamente por si só, isto é, devem ser requeridas.

Encadeando, há quem defenda que o artigo 133.º não se trata apenas de um mero privilégio que contém um sistema de comedimento de pena, mas sim de um tipo de culpa autônomo, cujos pressupostos privilegiadores são em realidade válidos elementos típicos, que tanto podem afastar a incidência do art. 132.º como a do art. 131.º, como nomeadamente Teresa Q. Brito e Costa Pinto<sup>58</sup>. Reconhece também Fernanda Palma<sup>59</sup>, embora não considere o art. 133.º um tipo independente, mas sim uma “*variante dependente privilegiada*”, que o mesmo se apresenta e compõe-se como um preceito autônomo, no baleado em que ele suporta um tipo objetivo e subjetivo, capaz de apartar a aplicabilidade dos demais artigos que consolida os crimes de homicídios.

Deste modo o hipotético preenchimento dos pressupostos antevistos no art. 133.º evitaria em tese, por sua natureza especial, o funcionamento dos arts. 131.º e 132.º todos do Código Penal português; entretanto, essa motivação da solução encontrada perante um conflito aparente de normas, não é uniforme na doutrina nacional. Sem muitas delongas, concordamos com Costa Pinto<sup>60</sup>, que o art. 133.º prevalece sob os arts. 131.º e 132.º, mas

---

<sup>57</sup> DIAS, Jorge, loc. cit.

<sup>58</sup> BRITO, Teresa Quintela. *Direito Penal*. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 344.

<sup>59</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal*. Parte Especial. Crime Contra as Pessoas. Lisboa, 1983, p. 84.

<sup>60</sup> PINTO, Frederico L. Costa. *Crime de Homicídio Privilegiado – Acórdão da Relação de Évora de 4 de Fevereiro de 1997*, RPCC, 8. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 291.



não somente por eficácia da *regra da especialidade* das relações entre as normas, mas também porque o seu tipo de culpa previne a aplicação destes dois últimos preceitos, pois as cláusulas de menor culpa “são *materialmente incompatíveis com a culpabilidade exigida implicitamente pelo art.º 131.º e expressamente pelo art.º 132.º, n.º 1*”<sup>61</sup>.

Neste contexto, não se debate sobre a suposta relação entre a eficácia apontadora do art. 132.º n.º 3, ter capacidade de ser contrapesada ou paralisada pela eficácia oposta do art. 133.º, o que em último caso, segundo Teresa Serra<sup>62</sup>, poderia governar um recurso de meio termo, qual seja o funcionamento do art. 131.º, mas sim o emprego de um tipo autônomo, configurado sobre elementos de menor culpa qualitativamente diferentes de alguma admissível ponderação quantitativa efetivada no tipo de culpa deste último<sup>63</sup>. Ainda poderemos chamar perante esta divergência doutrinária, e a favor do nosso entrosamento com Cristina Líbano Monteiro<sup>64</sup>, a apreciável importância na concepção judiciária das acusações e da aplicação do princípio *in dubio pro reo*, pois uma vez apurados indícios determinados dos pressupostos do art. 133.º, demanda que esses indícios devem se patrocinar da eficácia que lhes adjudica aquele princípio, o que também será satisfatório para evitar o emprego seja do art. 131.º seja do art. 132.º.

A possibilidade de concurso nesse delito, no que pese um possível concurso em um mesmo fato concreto, nunca poderá convergir para uma peculiar perversidade ou censurabilidade do sujeito com um abatimento sentimental de sua culpa, pois o concurso “*só pode dar-se entre os elementos objetivos de uma e outra hipótese, nunca entre os tipos de culpa respectivos*”<sup>65</sup>. Segundo Cristina Líbano Monteiro<sup>66</sup>, a possibilidade de haver uma concorrência de situações, ou de um pressuposto qualificador com uma disposição geral de diminuição especial da pena, não pode ser cabível de se coexistir, configurando-se uma obrigação de estabelecer “*um juízo de culpa unitário e por si mesmo definitivo quanto à pena aplicável. Unitário, não por não ter passado por ponderações de sinal contrário (isso acontecerá, em maior ou menor grau, com qualquer juízo de censura), mas por ser incindível na sua valoração final*”<sup>67</sup>. Ainda segundo esta mesma

---

<sup>61</sup> Estas palavras pertencem ao autor citado acima Frederico Costa Pinto.

<sup>62</sup> PINTO, op. cit., p. 291.

<sup>63</sup> Levando em consideração que não pode ser aplicada uma culpabilidade cuja pena correspondente seja menor a 8 anos de reclusão.

<sup>64</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. Perigosidade de Inimputáveis e «In Dubio Pro Reo» – *Studia Iuridica* 24, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, p. 9 e ss, 1997.

<sup>65</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 92.

<sup>66</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. *Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio e* – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1992. RPCC. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 124.

<sup>67</sup> Estas palavras pertencem a MONTEIRO, Cristina, loc. cit.

autora, a solução de anulação mútua ente os elementos objetivos da qualificação ou do privilegiamento não pode ser admissível, tendo em vista que as valorações normativas que residem nos arts. 132.º e 133.º não são redutíveis a quantidades aritméticas negativas e positivas.

Assim sendo não há entre os preceitos mencionados acima e o art.º 133.º, uma real relação de concurso aparente, porque a natureza deles evita que se apure o próprio elemento do concurso aparente, e não porque se diz a respeito de um anexo de regras de medida de pena, sendo afinal e somente o que se averigua ser um aspecto de concurso aparente de normas e não um verdadeiro concurso aparente, tendo em vista que carecerá o âmbito da culpa que consente chamar quer o art. 131.º quer o art. 132.º do CP.

Quanto ao tipo subjetivo de ilícito e da culpa, “*o matar outra pessoa*” alude de forma finalizada ou equivalente ao dolo, seja ele direto, necessário ou eventual, como tipo objetivo de ilícito, enquanto os pressupostos privilegiadores do preceito são concernentes de configuração particular ao tipo de culpa, deste modo, não necessitando que o sujeito ativo do delito opere com dolo, para importar aqueles pressupostos, pois se não forem, ou por erro forem falsamente, eles terão como resultado o de negar o dolo relativamente ao crime privilegiado<sup>68</sup>. Neste sentido, Cristina Líbano Monteiro<sup>69</sup> adverte que poderá ocorrer, declaradamente a atenuação especial da pena, em “*uma situação em que os atos cometido continuam a ser ilícitos e criminalmente puníveis, mas em que a culpa do agente se mostra mais reduzida do que normalmente*”<sup>70</sup>.

Por fim, escreve Tereza Serra que “*compreender significa entender, perceber, alcançar com inteligência, conhecer a razão de, em suma, penetrar o sentido de alguma coisa. O que impõem o estabelecimento de uma relação entre a emoção violenta e aquilo que a precedeu e lhe deu causa, não com o objetivo de estabelecer uma qualquer relação de proporcionalidade, mas antes para conhecer a razão da emoção violenta só é compreensível em face das razões que lhe deram origem e do sujeito particular que as sofreu*”<sup>71</sup>. Portanto levando em apreço, o que esta autora quis demonstrar de fundo, ou seja, que a aceitabilidade da ação, descrita no tipo, não pode ultrapassar os limites da razão, passamos então a tentar aceitar ou entender as cláusulas privilegiantes deste preceito em apreço.

---

<sup>68</sup> DIAS, Jorge, op. cit., p. 90.

<sup>69</sup> MONTEIRO, Cristina, 1996, p. 125.

<sup>70</sup> MONTEIRO, Cristina, loc. cit.

<sup>71</sup> SERRA, 1998, p. 165.

### 2.1.1 Os Fundamentos do Privilégio e o critério da Proporcionalidade.

Como já aludimos acima, os alicerces do privilegiamento do art. 133.º podem resultar de fatores de perturbações diversas, sendo que todas elas podem concorrer para uma influência na determinação do agente. Deste modo, podemos identificar quatro cláusulas privilegiadoras, quais sejam, a compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero e o motivo de relevante valor social e moral. Desta feita, passamos desde já a analisá-las.

Primeiramente, devemos salientar que a emoção somente será compreensível se existir uma proporcionalidade entre o fato injusto do provocador, revestido de especial gravidade, e a reação do agente, pois deve haver uma correspondente proporcionalidade entre esses eventos, e ainda este fato injusto não pode ter sido cunhado pelo próprio agente, para que assim se possa considerar desculpável o seu comportamento censurável. Assim sendo, não é compreensível, por exemplo, uma suposta ameaça de abandono ou traição por parte de um dos cônjuges ao outro, de modo que chegasse a abrolhar neste um estado de desespero que possa afetar intensamente o seu discernimento e o seu pensamento em refletir, motivando o seu crime pelo fundamento de que ficaria sozinha, tendo em vista que o resultado seria o mesmo com a morte do outro cônjuge, o que torna inaceitável esse fundamento de desespero, conforme decidiu o Supremo<sup>72</sup>.

Para além da verificação de um destes quatro elementos de prerrogativa, faz-se indispensável também, concomitantemente, que o agente aja dominado pelo respeitante elemento, o que denota que o atuante deve cometer o fato típico por seu estado psicológico se encontrar influenciado pela função desse mesmo estado afetivo ou psíquico em causa, e como fundamento único de privilegiamento o agente deve ter uma diminuição de culpa. De forma mais clara quer isto significar que, para além da presença de um dos quatro pressupostos privilegiadores do tipo, faz-se necessário também, cumulativamente, que se constatem mais dois requisitos essenciais, quais sejam, que o agente foi levado a matar somente porque estava usurpado por uma perturbação que o afetou psicologicamente, e o segundo requisito incide na diminuição da culpa do agente, que caso não se faça presente não há homicídio privilegiado.

---

<sup>72</sup> GONÇALVES, 2007, p. 530.

Sem detrimento, contudo, de que uma própria provocação em determinados casos seja capaz e determinante do estado de emoção ali demandado, e sem necessidade, também, que a reação do agente se desenvolva de imediato; entretanto, é imprescindível que o sujeito atue enquanto dure aquele estado, pois o fator tempo não pode ser levado sempre como um elemento que majore a exigibilidade do fato e impeça a aplicação do art. 133.º do CP, para além de que a permanência de um estado emocional não é exata, mudando de pessoa para pessoa, em desempenho de suas respectivas particularidades e de sua competência para se desprender desta circunstância, conforme posição adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>73</sup>.

Neste sentido aclara Fernando Silva<sup>74</sup>, que é totalmente errado materializar no tempo a duração de um estado emocional violento, para, a partir desse ponto, se arriscar definir se o atuante se encontra ainda sob o domínio daquele sentimento. Pois este julgamento deve ser realizado de convenção com as ocorrências sólidas, em que se tenta determinar uma margem de até aonde o agente ainda poderia se achar dominado por aquele estado emocional. Assim sendo, uma emoção pende igualmente do lance perpetrador, do contorno como ele é perpetrado e de quem o perpetra.

Uma primeira conclusão a que podemos chegar é que não satisfaz somente a presença de um dos elementos privilegiadores, para obrar o emprego do tipo, pois pode acontecer que outras situações evitem que o caso possa ser avaliado de forma menos exigível; sendo assim, aquele só se aplicará se o dolo da pessoa for fundamentado por um daqueles fatores de perturbação em que o agente se depara, e se tiver respectivamente a sua culpa diminuída.

Por consecutivo, cumpre ressaltar desde já a observação feita por Pinto de Albuquerque<sup>75</sup> quanto à suposta emoção violenta, não poder se traduzir numa condição de perturbação psíquica de procedência patológica ou permanente, nem incidir num estado de semi-imputabilidade, no qual está submetido a aplicação do artigo 20.º, n.º 2, do CP, como tratamento adequado, tendo em vista que o sujeito do crime se trata de um imputável e tem ciência da ilicitude. Apesar do comando da emoção ou da causa, a

---

<sup>73</sup> PORTUGAL. *Supremo Tribunal de Justiça*, Acórdão em Recurso Penal 3182/2004. Relator: Cons. Simas Santos. Publicado em 11 de novembro de 2004, BMJ, N340, p. 207, 214.

<sup>74</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 101.

<sup>75</sup> ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 409.

conduta desaprovada pelo direito é particularmente censurada ao agente, já que “*ele tem ainda forças, capacidade e vontade suficientes para não praticar o homicídio*”<sup>76</sup>.

Podemos dizer assim, segundo Amadeu Ferreira<sup>77</sup>, que os três momentos distintos, do aparecimento, do desenvolvimento e da descarga da emoção, configuram uma dinâmica própria daquela emoção, pois para este autor esta dinâmica deve ser conexas à passagem de se compreender aquela emoção como uma circunstância que vai antecipando as suas consequências sobre a pessoa, que pode satisfazer a determinação e implemento de um crime. Ainda explicamos que para a emoção ser violenta ela além de dominar o agente, tem de ser capaz de arrebatá-lo a uma reação agressiva, ou que o origine a atuar, e que o mesmo somente opere por meio deste controle, sendo que este procedimento de emoção violenta pode desde já se desmoronar, sobrevivendo espontaneamente como também pode se espaçar no tempo, conforme já salientado.

Devemos esclarecer, deste modo, que a obrigação de vinculação entre a emoção e a conduta que precedeu e lhe deu origem, não propende constituir qualquer relação de proporcionalidade entre os motivos causadores da emoção e a competente emoção, mas sim, simplesmente tomar conhecimento do motivo de tal estado emocional. Pois, conforme entende Teresa Serra<sup>78</sup>, aquela relação denominada de proporcionalidade apenas pode ser formada se não for levada em consideração a pessoa do agente e as explícitas posições em que ele se depara.

Deste modo e sem embargo as inúmeras críticas, a jurisprudência do STJ<sup>79</sup> vem adotando e sustentando como regra fundamental um critério para conferir a compressibilidade da emoção violenta, acatando o discernimento de uma proporcionalidade entre o fato injusto da pessoa que provoca a situação e o fato ilícito perpetrado pelo agente, procurando determinar até que ponto podemos admitir que o agente somente tirou a vida de outrem por causa do fato injusto que lhe foi incumbido. Acentua, por outro lado, Fernando Silva<sup>80</sup> que a tal aceitabilidade não deve ser em relação ao ato de matar, mas sim em relação à emoção vivida, o que quer dizer que o agente,

---

<sup>76</sup> As palavras entre aspas pertencem a FERREIRA, Amadeu. *Homicídio Privilegiado*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 94.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>78</sup> SERRA, 1998, p. 139 e ss.

<sup>79</sup> A respeito desta interpretação do STJ podemos analisar o anotado no Acórdão de 16/01/1996: “1 – O art.º 133.º do Código Penal de 1982 define o crime de homicídio privilegiado como o comportamento daquele que for levado a matar outrem dominado por compreensível emoção violenta ou qualquer causa determinante de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a culpa. 2 – Necessário é ainda que ocorra nexos de causalidade entre as aludidas causas e a prática do crime e uma proporcionalidade entre uns e outros.”

<sup>80</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 102.

naquelas conjunturas, deliberou incumbir um crime, porém topando-se sob uma condição psicológica que volveu o seu ato ser menos exigível. Pois aquela interpretação da jurisprudência é limitativa de um tipo privilegiado, abatendo sobremaneira o seu palco de emprego e a sua acepção, e dando alargamento à acusação mais grave, ainda com a ofensiva de satisfazer uma inserção de apreciação ao tipo que não está estabelecido pela lei, ou seja, um ultraje ao princípio da legalidade.

Contudo, é firme a réplica da jurisprudência, ao categorizar que não se trata de limitar o tipo, mas, maiormente, de conferir uma definição a uma apreciação aplicada no tipo. Ainda com base na mais larga crítica que se localiza na obra de Amadeu Ferreira<sup>81</sup>, outra questão que merece ser exprobrada sobrevém do problema de localizarmos um caso que nos autoriza a apreciar-se como proporcional em referência a um crime de homicídio, pois um fato proporcional a uma morte só o será se estiver em julgamento a vida de outrem, o que restringiria os crimes de homicídio privilegiado a essas condições, configurando, desta forma, uma exagerada restrição que afastaria sobremaneira a possibilidade de poder existir uma válida proporcionalidade entre uma determinada emoção e a morte de outra pessoa.

Assinalamos que o critério da proporcionalidade ainda permanece, por via de regra, na constituição da posição adotada pelo STJ, embora, ultimamente, estejamos observando<sup>82</sup> uma disposição de afastamento desta estrita orientação pela jurisprudência em questão, e uma consequente atitude ligada à conduta do agente, não desviando o critério da emoção violenta para o caso em si só. Conquanto, seguimos a ponderação de alguns doutrinadores<sup>83</sup> quanto ao juízo da proporcionalidade, defendendo que aquele critério poderá ser utilizado como mais um juízo crítico de apreciação para verificar a compreensibilidade da emoção, mas não como alicerce da atenuação de pena, não necessitando desta maneira, de ser apartada por completo. Fica evidente que, em fatos em que a desproporção entre a provocação e a reação do provocado é manifesta, devemos ultimar que a incidência do privilegiamento deve ser afastada.

---

<sup>81</sup> FERREIRA, Amadeu, 1996, p. 120 e ss.

<sup>82</sup> Podemos citar designadamente o Acórdão ao qual se refere: “*assim se estabelece e se exige uma relação de causalidade entre o crime e a emoção, a que Eduardo Correia no seio da Comissão Revisora do Código Penal, a propósito da redação dada no artigo 139.º do Anteprojeto, chamou de conexão entre a emoção e o crime*”. Veja na íntegra o Acórdão do STJ de 01-03-06.

<sup>83</sup> Como nomeadamente SILVA, op. cit., p. 103 e ss. e FERREIRA, op. cit., p. 97 e ss.

Para mais a aplicação do critério de compreensibilidade da emoção para Silva Dias<sup>84</sup> acarreta duas implicações, a primeira que induz ao afastamento do modelo de “*homem médio*”<sup>85</sup>, por aquele critério submergir a ligação com a pessoa do atuante, pois é demasiadamente abstrato para individualização e apronta por produzir uma “*equivalência entre ilicitude e culpa*”<sup>86</sup>. Por outra direção, a segunda implicação do emprego daquele critério de tipo social, estaria no reforço da eliminação do domínio do homicídio privilegiado de estados de cólera aclaráveis por particularidades patológicas da personalidade da pessoa.

Deste modo, ainda que tenha fundamento a anotação feita por Amadeu Ferreira<sup>87</sup>, no passo em que ele defende a necessidade da emoção violenta ser pautada na matéria de fato e de acordo com a alusão à concreta personalidade do agente, e não na adoção do critério de “*homem médio*”, por aludir a haveres que são antagônicas ao assentamento de uma correta relação dos fatos, entendemos que a compreensibilidade não pode ser resolvida acolhendo somente a individualidade do sujeito em real, pois aquela estabelece uma questão de direito. Portanto, a compreensibilidade deve ser analisada na probabilidade de um “*observador objetivo, correspondente ao tipo social do agente*”<sup>88</sup>, tendo em vista que se fosse considerada a luz de cada personalidade em concreto, praticamente todas as emoções se tornariam explicáveis ou compreensíveis racionalmente.

Ligeiramente mencionaremos outra questão quanto à emoção violenta que pode nos causar alguma dúvida, quanto a saber se o autor pode cometer um fato típico em pessoa distinta da propulsora do fato injusto. Questão esta que a jurisprudência do STJ<sup>89</sup> já se posicionou no sentido de inaceitabilidade, por entender que não há nexos de causalidade quando a vítima não é a provocadora daquele fato. Ressalvando inicialmente, que não almejamos intencionar que o autor de um homicídio, dominado por um estado

---

<sup>84</sup> DIAS, Augusto Silva. *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal: Crimes contra a vida e a integridade física*. 2. ed. ver. e atual. Lisboa: AAFDL, 2007, p. 41.

<sup>85</sup> Critério usado pelos defensores da teoria normativa da culpa e mais presentemente pelos percursores do funcionalismo sistêmico.

<sup>86</sup> Estas palavras pertencem a DIAS, Augusto Silva. *Crimes Contra a Vida e a Integridade Física*. 2. ed. ver. e atual. Lisboa: AAFDL, 2007, p. 41.

<sup>87</sup> FERREIRA, Amadeu, 1996, p. 99.

<sup>88</sup> As palavras entre aspas pertencem a BRITO, 2007, p. 333.

<sup>89</sup> Neste sentido, entendeu a Relação de Évora, em seguimento à doutrina do STJ sobre a questão que “*a atenuação do crime de homicídio privilegiado do art.º 133.º exige a existência do nexos de causalidade entre a emoção violenta e a prática do crime, o que não se verifica quando a atuação do agente se dirige injustificadamente contra pessoa diversa daquela que, porventura, tenha agredido esta*” (PINTO, 1998, p. 284 e ss.).

emocional violento, mate qualquer pessoa que lhe vir pela frente e tenha a sua culpa diminuída, pois se faz necessário que a vítima tenha alguma ligação com o caso, de maneira que ela possa aparecer diante do agente como um fator de perturbação ou agravamento do estado em que ele se depara, podendo apressar e, por conseguinte, precipitar a exteriorização daquela perturbação sobre essa pessoa.

Desta feita, cumpre-nos lembrar que quando na Comissão Revisora de 1966 em que se discutiu a aceitação da expressão que fazia parte dos então arts. 139.º e 140.º do Anteprojeto, Eduardo Correia<sup>90</sup> replicou que o emprego da expressão “*é levado a matar outrem*” era proposital, pois era por meio dela que se constituía a ligação entre a emoção e o crime. Adicionou mais à frente esse mesmo jurista, que aquela expressão pretendia significar, ainda, que a causa determinante do crime era a emoção violenta, o que ele queria dizer, em outras palavras, era que não havia outras conjunturas contendoras proeminentes, acentuando, deste modo, a importância da emoção violenta como origem do crime, tendo em vista que nunca se mencionou que o ocasionador da emoção violenta tinha de ser a própria vítima.

Nessa perspectiva, concordamos igualmente com a posição adotada por Costa Pinto<sup>91</sup>, ao compreender que permanecendo o agente influenciado por um estado emocional compreensivelmente violento, nada impede que o privilegiamento seja aplicado ao crime de homicídio despendido contra pessoa distinta daquela que foi a propulsora do estado emocional, em que o autor deste se depara. Afinal, exigir de um agente que se apresenta influenciado por uma forte emoção violenta ou por qualquer outro estado emocional, que lhe diminua a sua capacidade de discernimento sobre a realidade dos fatos, que se provenha uma categorização das pessoas que o circulam, entre aquelas que lhe ocasionaram a emoção e aquelas que não se encarregaram disso, é demasiado antagônica a finalidade de atenuação do tipo. Acolhe-se, deste modo, que se ultime pelo privilegiamento fundamentado no estado de exigibilidade diminuída em que o atuante se depara, e que é ocasionado pela circunstância, sendo irrelevante se a vítima foi ou não determinante da situação, sob pena de violação do princípio da legalidade, levando-se em consideração que à luz da atual composição do tipo e do seu fundamento material, o que se valora é o estado emotivo do agente, e não o fato, conforme entendimento também de Fernanda Palma, Souza e Brito e Figueiredo Dias<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> PINTO, 1998, p. 295.

<sup>91</sup> Ibid., p. 294 e ss.

<sup>92</sup> PINTO, op. cit., p. 298.



Portanto, resumidamente podemos concluir que há uma dupla exigência quanto à emoção violenta, configurando-se como duplo controle, não podendo, deste modo, encontrar uma desproporcionalidade entre o suposto fato injusto e a reação do agente, conduta esta que deverá ser dotada de proeminente valor social e moral (aceitabilidade), de modo que diminua sensivelmente a culpa do agente, para que se preencham os requisitos necessários para o condicionamento do delito ao homicídio privilegiado.

No que se refere ao homicídio praticado por compaixão, acreditamos que ele se concretiza quando alguém o pratica impelido pela específica intenção de poupar de um determinado sofrimento a própria vítima, como nomeadamente o chamado homicídio misericordioso, para piedosamente descansar uma pessoa, da amargura acomunada pela eutanásia. Ao oposto do primeiro elemento privilegiador do tipo, a compaixão não nasce como uma emoção, não sobrevém de um estado de perturbação, mas sim como uma razão proeminente de um contexto que implicamos de proximidade ou até mesmo de intimidade para com a vítima. Melhor esclarece Amadeu Ferreira, que essa atenuação por compaixão do artigo em ponderação só será autêntica, se “*exercer sobre o agente a pressão suficiente capaz de o levar a vencer as barreiras éticas que a proibição de matar significa, o que pressupõe a existência de fortes laços afetivos entre autor e a vítima*”<sup>93</sup>.

Neste mesmo sentido Fernando Silva<sup>94</sup> ressalva a importância de se perceber de forma real o sentimento da vítima, para que se verifique até que “*ponto aquele é mesmo o seu estado emocional, e não está por trás um outro sentimento menos nobre que o leve a matar*”. Portanto, para que possamos acolher a menor exigibilidade motivada pela compaixão, não basta um simples ato de pena ou de dó, é indispensável que o seu sentimento tenha força suficiente para afetar o seu estado normal de compreensão, contornado por uma situação intolerável, que acarreta o sofrimento do próprio agente pelo sofrimento do outro, para que possamos volver o fato menos exigível.

Quanto ao favorecimento da lei pela repreensão atenuada pelo crime instigado pelo desespero, é dotada de razão, posto que quem o pratica está operando pelo domínio do circunstancialismo angustiante em que se encontra intrincado, provocado por uma situação insuportável, seja ela influenciada por um estado de tormento, desestímulo, depressão, ou até mesmo amargura. Normalmente o desespero encaixa-se com um longo período de tempo em que o agente reflete e tenta resolver alguma questão que parece não ter solução, que por vezes não será exteriormente compreensível ou até mesmo

---

<sup>93</sup> LEAL-HENRIQUES; SANTOS, 2000, p. 131.

<sup>94</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 116.

identificável, podendo se enquadrar aqui, nomeadamente, os casos de infanticídio privilegiado não em relação à honra, mas sim aos casos atinentes às circunstâncias de espantosas coações e desorientações instigadas pelo meio social, principalmente e de modo especial pela própria família.

Não basta demonstrar que ao praticar um crime agiu sob o desespero para que este fato seja considerado menos exigível, tendo em vista que nem toda condição de desespero apostila o funcionamento no campo do tipo privilegiado, sendo, deste modo, indispensável que o agente tenha cometido o ato de matar outrem motivado pelo seu desespero.

Cabe sublinhar que na advertência de Costa Pinto<sup>95</sup>: “*a exigência de compreensibilidade da emoção é um filtro normativo que apenas se aplica à primeira cláusula, a emoção violenta, e não às demais*” quis se clarificar que a compreensibilidade é um pressuposto que não se introduz em relação ao desespero e à compaixão, mas somente em relação à emoção violenta. Pois aqueles não carecem de ficarem submissos a qualquer juízo crítico de valoração, tendo em vista que já estão antevistos como condições emocionais que por si só são capazes de afetar o agente e volver à conduta menos exigível. Por conseguinte, embora não estejam sujeitas à cláusula da compressibilidade, tanto a compaixão como o desespero afetam a capacidade de compreensão e discernimento do próprio agente, pois na primeira há uma violação da capacidade habitual de ajuizar as suas ações e suas vontades estão corrompidas, enquanto no desespero há uma conglobação de tensão que conduz o agente a condições emotivas de natureza passiva, interiorizada, reflexiva, com um elemento intelectual, ou a considerar que está conduzindo as mesmas, conforme salientado.

Assim como nas anteriores cláusulas privílegiantes mencionadas, o motivo de relevância social ou moral não satisfaz ser somente ético-relevante, pois também é imprescindível que aquele motivo tenha desempenhado uma coação tão intensa sobre a vontade do agente que enfraqueça sensivelmente a sua disposição de motivação pelo impedimento e volva, por isto, inferiormente exigível uma conduta segundo o direito. Contudo cabe ressaltar aqui que atualmente de forma dominante, tanto em Portugal como na Alemanha, os desvios de um pai de família não são tidos hoje em dia como uma desonra familiar pública, assim como também a honra familiar não cultiva presentemente

---

<sup>95</sup> PINTO, 1988, p. 288.

a mesma tolerância de outros tempos, como nomeadamente, os pretextos para conferir punições a familiares ou a alheios a esta.

Nesta acepção, entende Maia Gonçalves<sup>96</sup> que para o ordenamento jurídico-penal entender o relevante valor social e moral do ensejo, aquele deve se apresentar com uma maior flexibilidade para acomodar-se às conjunturas do agente, como designadamente, o particular meio em que ele convive e que foi civilizado, para que se torne realmente possível estimar-se a realidade de forma objetiva, à luz das concepções morais ou filosóficas de uma sociedade. Vai mais longe ainda Nelson Hungria<sup>97</sup>, ao dispor que para se determinar a medida da culpabilidade do agente, não satisfará investigar a estimação psicológica do agente, se o dolo foi despendido com maior ou menor magnitude, ou ainda, a consequência ou perigo do dano causado, mas, sobretudo, seria indispensável que levasse em consideração a qualidade dos motivos impulsionadores ou motivadores do crime.

Embora a questão da desonra já se encontre extinta no domínio do crime de infanticídio, desde a revisão de 1995, abandonando conseqüentemente de estar prevista como elemento privilegiador, sob a fundamentação de que em pleno séc. XXI, não se faz compreender que haja uma coerção ou reprimenda contra quem se localize nesta situação presentemente, conforme relatado no capítulo anterior, a realidade por vezes pode ser outra, contrariando tal fundamentação. Pois em alguns ambientes menores e conservadores, aquele valor social ainda é objeto de recriminação ou discriminação para com as mulheres, sendo por vezes a coação desempenhada elevada. Nesse contexto, podemos trazer à baila o caso da mãe que tira a vida de um recém-nascido para ocultar sua desonra, seja ela motivada por se tratar de um fruto de uma afinidade extraconjugal, ou por desconhecer a paternidade dele, sendo certo que a abrangência no campo do art. 136.º está afastada, mas será que estamos a agir corretamente ao afastar a ponderação do privilegiamento de imediato? Não caberia o funcionamento atualmente no âmbito do art. 133.º por via do motivo de relevante valor social ou moral? Discernimos, por isto, que embora haja elementos judiciais para reagir contra as afrontas à honra, ainda não existem aparelhos eficientes para suplantar esse tipo de coação que sucede sobre uma provável condição de desonra.

Ressalve-se, contudo, que há quem defenda que a imagem de rebate a um insulto à honra sofrido, já se encontra suplantada, não fazendo jus a nenhuma qualidade de

---

<sup>96</sup> GONÇALVES, 2007, p. 526.

<sup>97</sup> HUNGRIA, 1958, p. 123.

proteção jurídico-penal nos dias atuais, por não ter tal causa um prestígio social. E se assim o fizesse, seja resguardando por meio de leis ou em julgamentos favoráveis, estaríamos fugindo dos objetivos do Direito Penal moderno, pois ao invés de implantar alternativas a formas de justiça privada, estaríamos ao contrário, concedendo uma legitimidade a um crime que não cabe mais.

Em sede de conclusão deste tópico, cumpre ressaltar a observação de Fernando Silva<sup>98</sup>, quanto a alguma obstinação em acolher as cláusulas de privilegiamento pela jurisprudência, governando na maioria dos casos para o campo da compreensível emoção violenta, e deixando de graduar os demais elementos privilegiadores do tipo. Perpetra-se, desse modo, na maioria das vezes, um emprego restritivo do art. 133.º, ao bloquear o seu funcionamento, o que conseqüentemente procede na rejeição da aplicação do tipo a muitos casos que nos semelham enquadráveis nesse campo.

Assim sendo, para o privilegiamento se fundamentar deve existir um estágio extrinsecamente de coação psicológica, que retribua uma força que é desempenhada de fora para dentro, surgindo o ato de matar por impulsionamento de um resultado, que perturba o estado natural de discernimento do agente. Quer isto significar, em outras palavras, que para admitir um alicerce privilegiante, constitui-se que o homicídio permaneça inteiramente relacionado com um valor essencialmente social ou moral, satisfatoriamente intenso e atendível, e que aquele crime tenha sido despendido para se libertar daquela coação. Data vênia, ocorreremos a dispor o baldrame deste privilégio.

#### 2.1.2 Os Alicerces do Privilegiamento se baseiam numa menor exigibilidade ou numa imputabilidade diminuída?

Primeiramente, é importante enfatizar que no corpo dos quatro pressupostos do artigo, a *compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero e um motivo de relevante valor social ou moral*, para privilegiar o homicídio, estão delimitados ao condicionamento da cláusula em que diminuem *sensivelmente a culpa do agente*, de tal modo que em relação a ele se enfraquecem as exigências de uma conduta segundo ao direito.

Assim, deveremos buscar no artigo 35.º do CP os critérios que irão materializar aquela sensível diminuição de culpa exigida por aquele preceito, entretanto sem vincular

---

<sup>98</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 122.

a atenuação da exigibilidade aos adequados critérios que legitimamente submetem a inexigibilidade.

Deste modo, a abrangência do embasamento em constituição de culpa vai diminuir a responsabilidade da agente, desde que se faça presente um dos elementos concretizadores daquela, como designadamente, a *emoção violenta compreensível, a compaixão, o desespero ou motivo de relevante valor social ou moral*, ou seja, estas cláusulas recebem o seu fundamento de privilégio com base numa menor culpa, adequada de uma circunstância de fato em que o agente se depara numa situação de descontrolo emocional (emoção violenta), ou age influenciado por um sentimento de clemência em relação à vítima (compaixão), que lhe obsta o seu natural discernimento sobre seus atos, ou ainda, numa condição de coação psicológica (desespero), que lhe mostra o fato ilícito como última e única saída provável para o estado em que ele se descobre.

Esclarece ainda Figueiredo Dias que “*embora, naturalmente, experienciados pelo agente sobretudo num plano endógeno, os estados de afecto a que a lei se refere têm, em regra, a sua gênese 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*”<sup>99</sup>. O autor quis demonstrar através destas linhas que o homicídio privilegiado importa claramente numa ocorrência de inexigibilidade diminuída validamente consolidada, porquanto para ele esta categoria de homicídio se sustenta fundamentalmente no pensamento da inexigibilidade. Concordando diretamente com este embasamento Pinto de Albuquerque<sup>100</sup> dispõe que se o comportamento do agente se encaixar em qualquer das condições previstas no tipo, o fundamento do privilégio se habitará sob a menor exigibilidade, tese igualmente defendida por doutrinadoras como Paula Ribeiro Faria e Teresa Q. de Brito<sup>101</sup>.

Figueiredo Dias considera também, com base numa ideia axiológica e normativa de todo o sistema jurídico de um Estado de Direito, que o conceito de culpa deve servir precisamente para a legitimação da intervenção penal por meio da função de tutela dos bens jurídicos que acarreta abolir a compensação da culpa dentro do campo dos desígnios da pena. Todavia, é esta abolição que consente na distinção do dogma da culpa da vontade

---

<sup>99</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 81.

<sup>100</sup> ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 408.

<sup>101</sup> Ibid., p. 393.

para a do conceito jurídico-penal, sobre a égide da culpa no livre arbítrio, para se surgir na “*exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana*”<sup>102</sup>.

Sucedo, todavia, que as razões que podem levar à atenuação se encontram diretamente ligadas à culpa, como podemos perceber na definição do artigo 133º: “*quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos*”<sup>103</sup>. Destarte, notamos que a sensível diminuição da culpa está presente nas quatro conjunturas privilegiadoras do tipo, conforme já salientamos acima. Ocorre que o problema interpretativo deste artigo se torna muito complexo ao se esbarrar no imperativo do legislador tentar diferenciar a acepção das emoções, que é ao mesmo tempo a resolução da competente justificação da demarcação entre atenuação da culpa e da desculpa.

Abona Fernanda Palma<sup>104</sup> que esta questão interpretativa se torna complicada de ser solucionada pelo legislador por três razões distintas, primeiro porque conferir um resultado automático de atenuação da culpa a um tipo de emoção que oculta uma variedade de causas, como nomeadamente os estados psíquicos, seria algo muito perigoso, segundo porque para se aproximar de um juízo crítico de valorações ético-jurídicas das emoções é uma dificuldade assombrosa, e em último lugar, porque para esta autora somente seria admissível clarificar legislativamente a adequada determinação “*entre desculpa e atenuação especial da culpa se se tipificar exaustivamente e de modo rígido a desculpa*”<sup>105</sup>.

Relembramos, deste modo, que um problema que intrincoou o aplicador ou intérprete do direito por muito tempo foi o tema de saber se as requisições de uma diminuição sensível da culpa diziam respeito a todos os pressupostos de atenuação do tipo ou somente ao motivo de relevante valor social ou moral. Com implicação, as demais cláusulas privilegiadoras restantes do preceito, de início, se conformavam como causas unicamente referentes a uma culpa atenuada, enquanto aquele último pressuposto de atenuação se proclamaria somente em um menor grau de culpa preconizada por uma menor ilicitude. Entretanto, esclarece Teresa Serra<sup>106</sup> que aquela diminuição de culpa, por representação da ilicitude diminuída, não seria circunstância suficiente por si só para um

---

<sup>102</sup> DIAS, Jorge, 2013, p. 31.

<sup>103</sup> PORTUGAL, 2013, artigo 133º, p. 86.

<sup>104</sup> PALMA, Maria Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p.235.

<sup>105</sup> Estas palavras pertencem a PALMA, loc. cit.

<sup>106</sup> SERRA, 1998, p. 137.

crime de homicídio ser privilegiado, motivo pelo qual se estabeleceu posteriormente que a diminuição sensível da culpa deveria se estender ao pressuposto do motivo de relevante valor social e moral.

Cabe rememorar que a reforma de 1995 extinguiu estas dificuldades, demarcando a sensível diminuição de culpa a todas as quatro cláusulas privilegiadoras. Sendo assim, para Figueiredo Dias<sup>107</sup>, não há razão e nem fundamento para se ponderar uma possível distinção entre dois grupos de hipóteses, um que conglomeraria os motivos de valor social e moral relevante, e outro que abrangeria a emoção violenta compreensível, a compaixão e o desespero, ainda que aquele primeiro grupo ganhasse um prestígio no plano do tipo de ilícito. Da mesma forma, ele entende que este segundo grupo não afeta o poder de obstinação do sujeito à pulsão interior, do “*agir de outra maneira*”, mas sim pode enfraquecer de forma sensível a exigibilidade de outra conduta, e, por consecutivo, igualmente como o primeiro grupo, constituem critérios exclusivamente concernentes ao tipo de culpa do atuante.

Por outro ponto de vista, intercede Fernanda Palma<sup>108</sup>, defendendo que os alicerces de privilegiamento são diferentes em alguns casos, pois aqueles sentimentos movidos pela emoção, paixão e desespero poderão afetar a capacidade psicológica do agente, enquanto os valores de ordem moral e social estariam compreendidos pelo princípio da exigibilidade, no qual deverá se levar em conta sempre a possibilidade de um comportamento diverso do que o empreendido. Para esta autora a concepção de exigibilidade está fundada na disposição de fundo de que a “*desculpa é uma decorrência da pessoalidade da censura*”, recorrendo a uma leitura social para se justificar uma causa que preside a atenuação da culpa, sobre a racionalidade ou não do poder de decisão do sujeito e ainda a uma alusão ética-afetuosa cujo ajuizamento deverá ultrapassar os limites do julgamento meramente fundado na visão global que se deposita sobre o agente.

O autor, Amadeu Ferreira<sup>109</sup>, vem compor o time que reparte o artigo 133.º em duas partes distintas, apesar de defender que ambas as partes se baseiam na diminuição da culpa por desiguais motivações, entretanto consente maiormente não na importância global do caso ou na sua razão, mas no estado de afetação e pretensão do agente. Pois, para este autor, na primeira parte do artigo a diminuição da culpa do agente é uma derivação das representações da emoção violenta sobre a sua “*inteligência e a sua*

---

<sup>107</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 82.

<sup>108</sup> PALMA, 1983, p. 82.

<sup>109</sup> FERREIRA, 1996, p. 89.

*vontade*”, enquanto na segunda parte se trata de uma coação insuportável de verificados motivos, “*positivamente valorados pela ordem jurídica*”<sup>110</sup>. Em outras palavras, o autor fundamenta que a emoção violenta aceitável abranda a culpa através da imputabilidade diminuída, enquanto nas outras três cláusulas do artigo, o abatimento da culpa se baseia na exigibilidade diminuída de um comportamento diverso.

Embora Figueiredo Dias<sup>111</sup> entenda que o privilegiamento do preceito em apreço se deva exclusivamente a uma exigibilidade diminuída, em razão de um comportamento destoante, outros doutrinadores assim não compreendem, como nomeadamente, Souza e Brito<sup>112</sup>, que advoga no sentido da imputabilidade diminuída, e numa possível diminuição da consciência do ilícito. Para aquele autor se torna impreciso o entendimento de Souza e Brito, posto que se opera sobre a culpa ao nível da exigibilidade, uma independência em relação à diminuição ou não da gravidade do ilícito, ainda que o *estado de afeto* possa vir se conectar espontaneamente a uma imputabilidade diminuída ou a uma inconsciência do ilícito, pois é necessário averiguar em que alcance as ocorrências que originaram algum dos quatro pressupostos podem diminuir a culpa do agente, não estando em causa, portanto, a capacidade de autodeterminação do autor.

Por conseguinte Figueiredo Dias<sup>113</sup>, assim como também Teresa Serra e Curado Neves<sup>114</sup>, se fundamentam no sentido de que a aplicação do critério que resultará na diminuição da culpa é condicionada ao reconhecimento de que numa circunstância, seja ela endógena ou exógena, apresentou-se compassivo ao “*conflito espiritual*” que lhe foi colocado e por ele afetado no seu poder de determinação, no baleado de que embora o agente se apresente em conformação com a ordem jurídico-penal, teria sido incoerente na execução normal de suas finalidades. Logo, sobrevivendo continuamente o conceito da exigibilidade como elemento da culpa jurídico-penal, ou seja, os pilares do privilégio estão na menor exigibilidade de um desempenho segundo o direito, em qualquer das causas do preceito, e não na alteração da capacidade psicológica ou estado emocional do agente.

Uma avaliação da exigibilidade diminuída deverá ter como protuberância, de início, a circunstância de apreço que contribuiu para a gênese do próprio agente, que

---

<sup>110</sup> Ibid., p. 143.

<sup>111</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 81.

<sup>112</sup> Ibid., p. 82.

<sup>113</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 83.

<sup>114</sup> NEVES, João Curado. *O Homicídio Privilegiado na Doutrina e na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*. RPCC, 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 192.



poderá ter afetado sua maneira de agir, pois se na sua conduta se encontra um embasamento juridicamente desaprovado, a consideração de uma menor exigibilidade peremptória de uma culpa atenuada não deverá ser outorgada ao agente. Neste sentido relata Figueiredo Dias, que devemos “*suspeitar que A não terá conseguido afinal libertar-se de uma perspectiva substancialmente ligada a uma aferição da culpa a luz de um padrão pessoal de natureza geral, que neste contexto rotula de extravagante e indisciplinada*”<sup>115</sup>.

Na mera superfície interpretativa e no mesmo sentido, sustenta Fernanda Palma<sup>116</sup> que se a desculpa for adstrita aos critérios da inexigibilidade, em adjacências de “*homem médio*”, torna-se inaceitável que este mesmo critério venha a ter legitimidade para o abrandamento especial da culpa, como menor exigibilidade de ulterior comportamento. Fundamentando tal questão ao escrever que “*nunca aliás se poderia estabelecer qualquer critério de razoabilidade ou proporcionalidade objetiva entre um motivo e a decisão criminosa, já que não se trataria de afastar a exigibilidade, mas meramente de a diminuir*”<sup>117</sup>. Portanto podemos concluir que esta doutrinadora entende que a limitação da desculpa à inexigibilidade sob o ponto de vista de um sujeito médio torna a atenuação especial da culpa uma classe “*extravagante e indisciplinada*” por extrapolar aquela razoabilidade consagrada pelo art. 35.º do CP, fazendo-nos compreender, afinal, porque o legislador distinguiu que o abrandamento da culpa se motiva no estado emocional e no controle perturbador desse mesmo estado habitado, enquanto diversamente, na desculpa condicionou e transformou em pressuposição do estado de emoção inerente a sua experiência, por condicionar ao espectro emotivo da realidade.

Por fim, podemos concluir que o crime de homicídio privilegiado acima relatado é uma derivação de uma menor responsabilidade do agente, embora o fato típico e ilícito satisfaça a mesma disposição do homicídio simples, contudo adicionando alguns pressupostos privilegiadores. Ou seja, o fundamento do privilégio está na diminuição da culpa motivada pela menor exigibilidade que sucede de um dos quatro estados ou motivos emocionais que afetam a vontade do agente. Portanto, o art. 133.º do CP coloca em causa um estado de afobação psicológica de uma determinada pessoa em face de verificadas situações, que fazem com que a sua conduta seja menos exigível, ainda que esta menor exigibilidade possa proceder de diferentes causas de perturbações, desde que todas elas

---

<sup>115</sup> DIAS, loc. cit.

<sup>116</sup> PALMA, 2005, p. 236.

<sup>117</sup> PALMA, 1983, p. 84.

influenciem na deliberação do atuante, que somente se determina a empreender aquela ocorrência por se deparar sob uma situação psicológica afetada, todas elas merecem ser resguardadas pelo privilégio previsto neste preceito abordado.

## 2.2 Conceito Doutrinário do Crime de Infanticídio<sup>118</sup>

Embora não coincidente, a atual tipificação do delito de infanticídio pelo artigo 136º do Código Penal português foi inspirada, de um determinado ponto de vista, pelo artigo 116º do Código Penal suíço, mas que em ambas as legislações compõem-no tipos privilegiados, caracteristicamente autônomos em relação à base dos crimes contra a vida, conforme demonstrado no item anterior.

Fernando Silva<sup>119</sup> não concorda totalmente com aquela autonomia do crime de infanticídio, pois para ele o delito em questão não se compõe como uma norma tipificadora autônoma em relação aos crimes contra a vida, mas sim como uma forma de homicídio. Deste modo dispõe o artigo 136º que a “*mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de um a cinco anos*”<sup>120</sup>.

Constituem concomitantemente elementos característicos do tipo objetivo do ilícito, além de ser a base da fundamentação para a tese de privilégio no direito materializado atualmente, o possível estado de perturbação em que a mãe<sup>121</sup> possa vir se deparar durante ou logo após o parto. Esse estado de perturbação pode advir de uma disposição ou até mesmo de uma fase depressiva da mulher, desencadeada pelas circunstâncias internas, o denominado fator *endógeno*, ou por uma conjuntura externa, de caráter moral, social ou econômico, como nomeadamente, pressão familiar, a qual alcança grande importância na vida e no cotidiano da mãe, que chega a atingi-la diretamente, são as denominadas circunstâncias *exógenas*.

---

<sup>118</sup> Conforme o Dicionário de Língua Portuguesa Aurélio, infanticídio significa: assassinio de recém-nascido ou de criança. 2. Jur. Morte do próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo depois, vindo a derivar da expressão em latim, *infans e coedere*, que significa “*o que mata uma criança*”. *Apud FERREIRA*, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, s/p.

<sup>119</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 135.

<sup>120</sup> PORTUGAL, 2013, artigo 136º, p. 86.

<sup>121</sup> A mãe deve ser compreendida na pessoa do descendente, como a mulher que dá à luz, tendo em vista que somente ela poderá sofrer os desarranjos decorrentes do parto.

No que se refere ainda às causas exógenas, segundo Silva Dias<sup>122</sup>, elas se perfazem nas circunstâncias de uma possível angústia de recear uma censura social, o receio de ser desmascarada, ou ainda, um horror assentado pelas situações de desamparo e abandono em que o nascimento tem espaço, conseqüentemente determinando uma redução da capacidade de entendimento e de motivação da parturiente, o que, por conseguinte, se perfaz numa menor exigibilidade de um obrar em conformidade ao Direito. Deste modo, embora a revisão de 1995 do CP tenha abolido a cláusula da desonra, como atenuante do tipo de infanticídio, os temores pela estigmatização social mencionados acima correspondem exatamente a motivação da desonra. Figueiredo Dias<sup>123</sup> explica o porquê de tal ocorrência, pelo simples fato de que aquela motivação ainda conserva a sua importância, no campo da atual codificação do art.136.º, porém, não mais como causa autônoma e alternativa em relação ao estado puerperal, mas como um “*fator exógeno determinante dessa influência*”.

A adoção do critério fisiopsicológico que acopla o tipo penal à situação da influência do estado puerperal, como requisição de que não satisfaz o comportamento ser despendido durante ou logo após o parto, para aquisição do privilégio, sendo indispensável, portanto, o nexos de causalidade entre a ação e a influência perturbadora do parto, suplanta convergências na literatura doutrinária jurídica e médico-legal. Pois não há sob o ponto de vista pericial nem sequer uma conclusão específica para aquela influência, conforme veremos no item seguinte, e nem mesmo um consenso sob o ponto de vista médico-pericial, doutrinário ou ainda jurisprudencial do tempo de sua duração. Ocasiona uma insegurança, tanto sob o ponto de vista médico-legal quanto também sob o ponto de vista jurídico, enquanto a elementar normativa do tipo, a denominada *influência perturbadora*, ocasiona por si mesma, debates tanto pela sua própria vivência, como pelo diagnóstico pericial, não existindo deste modo uma pacificidade ou unanimidade sobre a matéria.

Nesta conjuntura, Leal-Henriques e Simas Santos concordam com a rígida condenação de Heleno Fragoso a este despeito, porquanto “*em verdade, o critério fisiológico, que se funda, em última análise, na imputabilidade diminuída, vem claramente perdendo prestígio, estando hoje abandonado em muitos códigos e projectos mais recentes. Torna o crime de configuração difícilima e, praticamente, uma figura decorativa, além de ser, a nosso ver, intrinsecamente contraditório. Exige o dolo, porém,*

---

<sup>122</sup> DIAS, Augusto, 2007, p. 48.

<sup>123</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 169.

*na forma de vontade viciado pelas perturbações resultantes da influência do estado puerperal*”<sup>124</sup>.

Assim sendo, na contramão do que ocorria no direito alemão<sup>125</sup>, onde a influência perturbadora do parto se estabelecia somente *ratio legis*, ou seja, era presumida pela lei, no direito nacional, aquela influência se trata de um componente “*autônomo da tipicidade*” e cuja comprovação por isso se faz imperativa. Podemos dizer que Fernanda Palma<sup>126</sup> concordava que a influência perturbadora do parto era presumida pela lei, pois ela afiançava que não era prescindível a comprovação por meio de prova de que o parto tenha sido satisfatoriamente perturbador para afligir a parturiente, tendo em vista que ela percebia que o delito de infanticídio em si já inaugurava uma presunção daquela perturbadora influência, conseqüentemente qualquer infanticídio praticado durante ou logo após o parto era presunçoso da presença do estado puerperal.

Esta posição foi criticada severamente por Nuno Gonçalves Costa, que se situou contrariamente àquela, pois para ele “*a interpretação em apreço é de repudiar, ainda, porque susceptível de conduzir à injusta aplicação do direito, na medida em que permitiria a punição atenuada do agente sem qualquer correspondência com a culpa manifestada do facto, o que contraria o princípio da culpa*”<sup>127</sup>. Por conseguinte, a anotação elucidada por Fernanda Palma mencionada acima não deve ser aceita, ao passo que se faz necessário um parecer pericial, com forma a compor-se como uma autorização concreta de verificação, sobre a vivência ou não de dependência do comportamento homicida por perturbação proveniente do parto.

A base do privilegiamento se acosta no ilícito típico próprio ao crime de infanticídio; entretanto, a doutrina majoritária portuguesa<sup>128</sup> prefere confirmá-la no âmbito da culpa, recorrendo por menor exigibilidade, igualmente à que foi defendida no crime do art. 133º. Entretanto, se esse litígio fosse discutido neste capítulo, anteciparia a questão de controvérsia que vai ser abordada neste estudo; sendo assim nos retemos aqui, por enquanto, apenas à descrição do tipo.

Passamos então a ponderar o objeto do fato, que no caso é o recém-nascido com vida. Para efeito de proteção do bem jurídico protegido, também nos sucintos termos do

---

<sup>124</sup> LEAL-HENRIQUES, 2000, p. 172.

<sup>125</sup> M/S Maiawald 1988 § 2 69 *apud* DIAS, Jorge, 2012, p. 90.

<sup>126</sup> PALMA, 1983, p. 87.

<sup>127</sup> COSTA, Nuno Gonçalves. Infanticídio Privilegiado: Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXX, p. 216, 1989.

<sup>128</sup> Designadamente como Nuno Gonçalves Costa, Leal-Henriques, Simas Santos, Silva Dias, Margarida S. Pereira e Pinto Albuquerque.

abordado pelo homicídio privilegiado, também se trata neste delito da *vida de outrem*, embora aqui se retrate de um homicídio de uma criança perpetrado por sua própria genitora. Neste contexto cabe-nos sopesar, sob o ponto de vista jurídico-penal, a questão de saber o momento exato de quando a criança deixa de habitar na concepção de vida intrauterina, para passar a existir autonomamente, constituindo deste modo, o bem jurídico protegido do preceito em questão, pois enquanto não adquirir esta qualidade não podemos falar em infanticídio, mas sim em aborto.

Uma vez adquirida tal qualidade de bem jurídico protegido, o Estado tem a obrigação de resguardá-la em função do seu caráter tendencialmente irrestrito de proteção, decorrente do preceito fundamental de que a vida é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os outros direitos fundamentais, conforme o art. 24.º, n.º 1 da CRP<sup>129</sup>. Neste contexto, segundo Maggio, aquele precisa “*impor de forma absoluta o respeito à vida humana, por mais precária ou efêmera que ela seja, desde a concepção até o momento da sua extinção, devendo, ainda, estabelecer mecanismos para a proteção constante, não podendo dela dispor, inclusive, através da pena de morte*”<sup>130</sup>.

Recordamos mais uma vez que o exato início da vida humana apresenta questões controversas, que foram nitidamente trabalhadas no item antecedente, razão pela qual não nos cabe abordar este litígio novamente aqui; devemos apenas levar em consideração que o crime de infanticídio é uma espécie de homicídio privilegiado, de configuração autônoma, e não um aborto. Portanto, a morte de uma criança durante o parto, segundo Figueiredo Dias<sup>131</sup>, estabelece “*justamente um argumento teleológico e político-criminal conducente a considerar o momento do início do processo de nascimento como aquele a partir do qual o crime deixa de ser o de aborto para passar a ser o de homicídio*”.

A vontade de ter um filho por decisão livre e consciente deveria representar uma das passagens mais importantes na vida de uma mulher; contudo, na realidade, aquela ideia de que todas as futuras mães são felizes e plenas durante o período gestacional não se ratifica, pois os experimentos não são semelhantes para todas, e para algumas a gravidez pode até se desandar em um verdadeiro pesadelo. A suficiência de reproduzir da mulher é desenvolvida em três fases, digamos assim, as quais se traduzem na sua gestação, que originará, posteriormente, o parto e, por conseguinte, o fruto definitivo, o

---

<sup>129</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 4ª Reimpressão da edição de outubro de 2009. Coimbra: Almedina, 2012, artigo 24.º n.º 1, p. 18.

<sup>130</sup> MAGGIO, 2001, p. 45.

<sup>131</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 170.

concepto. Compreendemos, assim, que o parto se inicia desde que principiam as contrações compassadas, intensas e repetidas que provavelmente governarão na expulsão da criança, ou no caso das cesarianas, desde o início do processo cirúrgico, portanto, passando a dar lugar à conduta, ou seja, a conduta é perpetrada durante o parto, quando ela acontece a partir da ocasião em que se começa aquele processo de nascimento. Neste sentido Jorge Rezende<sup>132</sup> afiança que o “*o parto é o estágio resolutivo do ciclo gravídico-puerperal. No consenso dos tratadistas seria o parto a expulsão do feto vital, para o mundo exterior, através das vias genitais*”.

A conduta versa que a mãe ainda sobre a influência perturbadora de seu parto venha a dar cabo à vida de seu filho, durante ou logo após o ato de seu nascimento, sendo que o ato de matar, na atual conjuntura, adquire a mesma acepção do elemento típico do crime de homicídio privilegiado. Entretanto, distinguimos que a conduta aqui deve ser despendida *durante ou logo após o parto*, ainda que a consequência daquela possa vir se resultar em momento futuro.

Em princípio, o parto por si só não induz a parturiente a transtornos graves de origem psíquica, ou seja, queremos enfatizar que o parto em si não é um fator decisivo ou ocasional da manifestação de desordens de índole psiquiátrica no puerpério. Manifesta-se neste contexto Chaves Netto<sup>133</sup>, ao advertir que é “*importante lembrar que o parto não é o agente casual dos transtornos psiquiátricos do puerpério, mas representa, efetivamente, fator de risco para seu aparecimento ou para a reagudização de doenças pré-existentes*”. A asseveração de que “*qualquer doença psiquiátrica poderá se revelar durante o ciclo gravídico-puerperal*” é uma das poucas questões em que se alcançou a unanimidade de entendimento entre os doutrinadores, levando em conhecimento que o percentual dessas manifestações estima-se entre 60 e 80%<sup>134</sup> das ocorrências dos casos de infanticídios.

Questão que devemos refletir e excluir, por estatuir um componente indicador de que a mãe não foi influenciada por uma perturbação conexa ao nascimento, são aqueles casos em que a genitora premedita ou prepara a morte da criança antecipadamente ao parto, por carecer aquele feitio de dolo concernente à culpa, ou seja, a premeditação é inconciliável com a atuação sob a perturbadora influência do estado puerperal. Enfatiza

---

<sup>132</sup> REZENDE, Jorge. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 297.

<sup>133</sup> CHAVES NETTO, Hermógenes; SÁ, Renato. *Obstetrícia Básica*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 452.

<sup>134</sup> MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, p. 70.

Pinto de Albuquerque<sup>135</sup> não ser definitivamente inconciliável ultimar que o resultado morte tenha calhado sob a influência perturbadora do parto, ainda que concomitantemente se ter corroborado que a atuante agiu de modo consciente ou até mesmo calculado. De modo mais simples, quis este autor esclarecer que não podemos negar imediatamente a tipicidade a determinadas situações, em que a genitora já vinha colocando em prática previamente alguns elementos que acarretarão na morte do nascituro, e não do feto, porque nesses casos estariam resguardados pelo crime de aborto; entretanto, aqueles elementos que podem resultar na morte do bebê devem ser conservados ou não podem ser modificados durante o parto ou logo após o mesmo, para se enquadrar nessa tipificação. Todavia, aquele mesmo doutrinador ressalva que geralmente “*a premeditação supõe precisamente o distanciamento emocional, o cálculo criminoso, a preparação psicológica do agente, que são estranhos a perturbação sentida em virtude do parto*”<sup>136</sup>.

Em contrapartida, e levando a cabo que na grande maioria dos casos em que se perpetra o infanticídio, a morte é uma consequência de repetido sentimento de rejeição da gravidez, de negação da mesma, que por vezes é acompanhada da ocultação da gestação<sup>137</sup>, ou por ser inesperada esta gestação<sup>138</sup>. Por conseguinte, mais tarde ao parto, se aqueles sentimentos tenderem a acarretar a propensão para uma futura conduta homicida, e se esta aversão for efetivada ou virtualizada pelo nascimento, como designadamente, ocorre em psicoses ou alucinações dissociativas frequentemente, induzindo a mãe a matar o recém-nascido, não nos assemelha que haja motivos para recusar o funcionamento do tipo.

Mister nos torna aqui mencionar rapidamente algumas distinções entre o crime de aborto e infanticídio, e deste para com o homicídio. No que se refere ao aborto, ele somente poderá ter lugar até o início do processo de nascimento, enquanto o infanticídio terá lugar durante este e logo após, desde que a mãe se encontre ainda concomitantemente influenciada pelo estado puerperal, e na ausência de qualquer uma destas duas elementares, concretiza-se a figura do homicídio, ou seja, se mãe não estiver sob a influência perturbadora do parto ou os elementos temporizadores não se caracterizarem,

---

<sup>135</sup> ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 422.

<sup>136</sup> ALBUQUERQUE, loc, cit.

<sup>137</sup> Podemos citar como exemplo de ocultação de gravidez o famoso caso de Infanticídio ocorrido na Ilha de Porto Santo, em que uma mulher casada, embora já se encontrasse separada do marido, encarregou uma relação extraconjugal com outro homem, que resultou numa gravidez inesperada. Vide melhor este caso em NEVES, 2001, p. 209.

<sup>138</sup> Dados verificados em DIAS, Jorge, 2012, p. 173.

o ato criminoso deve ser tipificado pelo crime de homicídio. Por conseguinte, podemos afirmar que a elementar demandada no próprio tipo é a responsável do crime de infanticídio ser denominado como um *delictum exceptum*<sup>139</sup>, ou seja, o que diferencia este do homicídio é que naquele a mãe mata seu próprio filho sob a influência perturbadora do parto.

Podemos ponderar que enquanto no crime de homicídio há agravamento da pena nos crimes perpetrado contra descendente, no crime de infanticídio esta relação de parentesco em conjunto com a perturbação psíquica formam justamente uma pressuposição para atenuação da pena a ser aplicada. Deste modo, não poderíamos deixar de observar o enorme contrassenso existente entre o delito de infanticídio e o de homicídio, corroborado pelo ordenamento jurídico português.

Dando seguimento, devemos salientar que o infanticídio pode ser despendido também na forma omissiva, como designadamente, a mãe como garante do seu filho, que não socorre a si própria ao auxílio médico hospitalar em situação que se apresenta esperável e imprescindível, ou omitiu os preparativos do nascimento, ou ainda se durante ou logo após o parto a mãe sob a influência perturbadora daquele, prossegue na não realização dos meios necessários para impedir a morte do recém-nascido, caberá punibilidade pelo art.136.º

Um componente que gerou muitas suspeitas, quanto ao conhecimento de uma definição ser especificamente temporal ou, antes, psicológica<sup>140</sup>, foi o fato de quando a conduta era despendida logo após o parto, por não haver uma conclusão pacífica. Entretanto, a jurisprudência portuguesa<sup>141</sup> já se posicionou a esse respeito, tendo em vista que já se faz indispensável, pela disposição do tipo, que a mãe se encontre dominada pela influência perturbadora do parto, não havendo deste modo razão para se interpretar uma definição psicológica como faz a doutrina alemã, e sim temporal. Por outro lado a lei foi omissa ao não dispor quanto às requisições para quando o fato for perpetrado durante ou logo após o parto, fazendo referência somente à precisão da mãe se encontrar ainda sob a influência perturbadora daquele. Neste sentido aflora Figueiredo Dias<sup>142</sup>, que “*a conduta tem por isso de ter lugar durante o período que temporalmente se segue ao parto e durante ao qual é razoável supor, segundo os pontos de vista objetivos dos*

---

<sup>139</sup> MAGGIO, 2001, p. 61.

<sup>140</sup> Deste modo na doutrina alemã anterior a 1998: no primeiro sentido, Gossel, Strafrecht BT I 1987 103, no segundo S/S/ Eser 1991 § 217 5 *apud* DIAS, Jorge, op. cit., p. 171.

<sup>141</sup> Acórdão do STJ de 27-5-92, CJ XVII-3 35 *apud* DIAS, Jorge, 2012, p. 171.

<sup>142</sup> DIAS, 2012, p. 171.



*conhecimentos da medicina, que a influência perturbadora deste pode ainda subsistir (sublinhando também a impossibilidade de delimitar rigorosamente a duração deste período)”*.

Se olharmos para a motivação de se escapar da arbitrariedade originada em decorrência da determinação dos prazos fixos, poderíamos compreender em certo tom que esta indeterminação pelo legislador objetivou adjudicar ao aplicador do direito a uma maior margem de discricionariedade na análise de cada fato concreto. Tendo em vista que Eduardo Correia já havia acentuado no Anteprojeto<sup>143</sup> o motivo de adoção de tal indeterminação ao ser questionado, com certa segurança ele objetou: “*por parecer recomendável*”. Assim sendo devemos invocar o princípio da razoabilidade para indicarmos um limite temporal que não se desviaria da expressão *logo após*, contida no tipo, não devendo, deste modo, ser avaliado este critério solitariamente, mas sim subordinado à influência do estado puerperal, pois aquele pressuposto deve ser analisado em confluência com esta circunstância, e de acordo com cada caso concreto, sem constituir um imediatismo, tendo em vista que aquela perturbação tanto pode ter sentido de forma instantânea como pode fazer a escolta durante a conservação desta. Ressalva-se também que aquele *logo após* se refere a um estado e não a um tempo definido. De forma mais clara, a única coisa que podemos afirmar prontamente é que não é plausível emanar a demarcação rígida e material da permanência temporal do “*logo após o parto*”, entretanto, é de conhecimento que aquele período sobrestará do mesmo modo quando sobrestará aquelas implicações mais aturadas do estado puerperal.

De outro modo, para Fernando Silva<sup>144</sup> não é simples aceitar a punição com base no art.º 136.º aos fatos que se despenderam posteriormente a um transcurso de tempo, que mediante a ocorrência de uma convivência tendem a se aguçarem, as relações de proximidade e afabilidade entre mãe e filho, pois embora ele compreenda que a duração daquele distúrbio possa ser mutável, a perturbação puerperal da mãe só será percebida se o ato for desencadeado em um curto lapso de tempo, tendo em vista que a situação tipificada pelo crime de infanticídio demanda sempre em causa, breves momentos. Justifica-se sua interpretação com a circunstância “*que num momento em que o parto acabou de ocorrer, a mãe quase ainda não teve oportunidade de conhecer o filho, está*

---

<sup>143</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1979, p. 32.

<sup>144</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 141.

*perturbada e os factores que deveriam impedir o seu comportamento são menos intensos, possibilitando a ponderação do privilegiamento*”<sup>145</sup>.

Neste contexto, crítica severamente França<sup>146</sup> que não existe “*nada mais fantasioso que o chamado Estado Puerperal, pois nem sequer tem um limite de duração definido. Diz a lei que é durante ou logo após o parto, sendo esse »logo após« sem delimitação precisa. Parece ser imediatamente, pois, se a mulher, tem um filho e dá-lhe tratamento, arrepende-se e mata-o, constitui uma forma de homicídio*”. O entendimento doutrinário mencionado, em outras palavras, é que se uma mãe dá à luz um filho, posteriormente, o alimenta e veste-lhe, configurando um intervalo lúcido onde se desenvolveu uma relação de afetividade entre mãe e filho desencadeada pela convivência, e só depois vem a dar cabo à vida do recém-nascido, é um crime de homicídio e não de infanticídio, pois este último está descaracterizado nestes casos, por não preencher o tipo de culpa.

Em linha paralela a este entendimento, e de teor muito mais restritivo, Pinto de Albuquerque<sup>147</sup> restringe o funcionamento do tipo aos momentos imediatamente posteriores ao final do parto, pois para ele a lei demanda mais do que apenas uma incidência da perturbadora influência puerperal, por conseguinte deprecando para além da presença desse transtorno, uma adjacência temporal do fato, em relação ao nascimento, ou seja, para aquele autor, a lei nacional não deprecia tão-somente a influência do estado puerperal, estabelece também uma condição cumulativa de contorno temporal em semelhança ao parto. Afirma, por conseguinte, que a exigência da lei portuguesa atual nada mais é do que uma conjugação do critério emocional, codificado pelas leis suíças e austríacas<sup>148</sup> com o critério temporal da lei alemã<sup>149</sup>. Margarida S. Pereira<sup>150</sup> também contempla este entendimento de teor mais restritivo, pois para ela se torna “*claro que, se o fundamento da atenuação é a perturbação que o parto cause, este período é curto: é o período da relevância dessa perturbação e não abrange ocorrências posteriores, ainda que conexas com o parto*”.

Com efeito, não devemos entender que os fatos cometidos meses ou semanas posteriores ao nascimento, mesmo por constatação de que estava dominada por

---

<sup>145</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 141.

<sup>146</sup> FRANÇA. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995, p. 189.

<sup>147</sup> ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 421.

<sup>148</sup> StGB suíço: *solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht* e do StGB austríaco: *solange sie noch unter der Einwirkung des Geburtsvorganges steht* (ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 421).

<sup>149</sup> *Gleich nach der Geburt* (ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 421).

<sup>150</sup> PEREIRA, 2008, p. 174.

transtornos mentais puerperais, tendo em conhecimento que dados clínicos revelam que alguns distúrbios de caráter psíquico seguintes ao parto, como nomeadamente a depressão pós-parto, têm disposição para se desenvolver até os 60 dias posteriores àquele, não podem ser abrangidos pelo crime de infanticídio. Deste modo, mesmo que a parturiente somente venha a obter contato com aqueles fatores de perturbação um pouco mais tarde ao nascimento, sob pena de fornecer um alargamento temporal ao circunstancialismo restritivo deste preceito “*logo após o parto*”, e ao qual a Lei portuguesa deteve um comedimento, a tipificação com base no art. 136.º deve ser afastada, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de pleitearem tais circunstâncias uma apreciação no campo da culpa, em caso da prática de um homicídio. Pois, se de outra forma entendessem os doutrinadores portugueses, estariam induzindo a comunidade a crer que os instrumentos legislativos em vigor resguardariam aqueles que preferem andar do lado oposto ao direito, o que, deste modo, nos convém esperar que fatos como estes não devem ser abrangidos pelo crime de infanticídio, pois jazeriam em desconformidade com os princípios do custeamento da dignidade humana e conseqüentemente na realidade o que se torna imperativo, também, contra o Estado Democrático de Direito.

É de se reconhecer que os critérios tanto o *durante o parto* quanto o *logo após o parto* apresentam os mesmos problemas interpretativos, pois no que tange ao primeiro critério, assombra a falta de pacificidade da doutrina jurídica quanto à definição exata do momento em que se inicia o parto, ocasião em que marca o início do nascimento e a conseqüente proteção do bem jurídico (vida), conforme mencionado no capítulo anterior; e no que se refere ao segundo as esfinges percebidas são as mesmas, pois enquanto uns compreendem que é em seguida após o parto, outros protegem que impetra enquanto perdurar aquela perturbação, e para outros é essencial a apreciação do fato real. Diante de tantas interpretações distintas, por conseguinte, esta última aceção se torna a mais acertada.

É de conhecimento que o dolo<sup>151</sup>, que corresponde à realização da vontade de aniquilar a vida do próprio filho, é demandado para se configurar o tipo subjetivo de ilícito; todavia, a sua ausência não obsta a possibilidade do fato ser punido como homicídio negligente, tendo em vista que a vivência do art.º 136.º não exclui a aplicação do art.º 137.º, como nomeadamente a mãe que omite os cuidados necessários ao amparo da vida da criança, logo após o parto e ainda perturbadoramente influenciada por este,

---

<sup>151</sup> O dolo que estamos referindo é decisivo no crime de infanticídio, desde que aquela vontade de matar se forme sob a influência perturbadora do parto.

pondera que o filho está morto, vindo ele posteriormente, de fato, a falecer por falta dos devidos cuidados, será punida neste caso, pela prática de homicídio negligente e não por infanticídio.

Dificuldade específica se forma neste crime quando a mãe provoca a morte do filho, nas exatas circunstâncias estabelecidas pelo tipo objetivo de ilícito, porém ela o perpetra como forma de proteger a sua própria vida ou a sua saúde. Tal litígio nos lembra fundamentalmente a questão da denominada perfuração<sup>152</sup>, que se concretiza efetivamente num tipo de homicídio e não de aborto. Deste modo, segundo Figueiredo Dias, *“parece torna-se necessário apelar para uma situação de estado de necessidade defensivo; uma situação de que a «perfuração», por mais trágica que seja, como na verdade é, constitui na doutrina, desde há muito, um caso paradigmático”*<sup>153</sup>. Contudo, não prospera ter continuidade a abordagem desta difícil questão neste estudo, desta maneira voltamos a atentar para o foco do tipo.

Quando os atos que pretendiam dar cabo da vida do recém-nascido foram executados pela genitora como forma de pretender aquele resultado, durante ou logo após o parto e sob a perturbadora influência deste, mas mesmo assim, não obteve o resultado pretendido, neste caso abalizado pelo evento morte, seja pela própria desistência da genitora ou por quaisquer outros motivos alheios a sua vontade, como nomeadamente, a interpelação por um terceiro, a tentativa é punível nos termos do art.º 23.º do CP. Destarte, mesmo que não haja consumação do crime, este fato não impede o privilegiamento da conduta, desde que os fatos tenham sido executados sob a forma dos pressupostos do tipo.

Sabemos que o sujeito ativo deste delito somente pode se perfazer na figura da mãe; todavia, ela pode se valer de um terceiro de boa-fé para dar fim à vida do recém-nascido, como nomeadamente, aproveitar-se de um terceiro para conduzir uma poção fatal ao bebê, o que caracteriza a possibilidade da autoria mediata. Deste modo, podemos dizer a mesma coisa quanto à instigação, naqueles fatos em que esta necessite ser avaliada dentro do quadro da autoria, conforme art.º 26.º *in fine*. Destarte, segundo Figueiredo Dias<sup>154</sup>, *“consequentemente não é punível por este preceito – mas eventualmente pelos arts.º 131.º, 132.º ou 133.º - a autoria mediata de terceiro que se serve da mãe para matar a criança durante ou logo após o parto e sob a sua influência perturbadora”*.

---

<sup>152</sup> Significa craniotomia em virtude de macrocefalia, quando o procedimento cirúrgico da cesariana já não se mostra como adequado (DIAS, Jorge, 2012, p. 10).

<sup>153</sup> DIAS, Jorge, op. cit., p. 40.

<sup>154</sup> Ibid., p. 174.

Embora este caso mencionado por Figueiredo Dias seja improvável de acontecer, concordamos inteiramente com ele, todavia devemos ressaltar que se a mãe foi assentada pelo incitamento de terceiro, a motivação de que ela operou sob a influência perturbadora do parto, tornar-se-ia incompreensível para a sociedade. No entanto, não se deve recusar prontamente a suposição de que aquele incitamento possa acordar na parturiente o efeito de uma perturbação que de antemão a cercava, levando-se em consideração o estado de vulnerabilidade em que ela possa se encontrar.

Neste contexto podemos dizer que estamos diante apenas de um delito que implica a figura da mãe como uma característica específica da autoria, e não perante um crime de *mão própria*<sup>155</sup>. Em outras palavras, quer isto significar, que estamos diante de um delito que demanda propriedades particulares para a autora, ou seja, trata-se de um crime que exige a presença da mãe no ato de perpetração, sob o fundamento que depreca o preceito, qual seja, sob a influência do estado puerperal, levando-se em consideração que não satisfaz somente ser a mãe a responsável por aniquilar a vida de seu próprio filho, para adimplemento deste artigo.

Rapidamente quanto à possibilidade do concurso de crimes entre o infanticídio, na forma tentada, e dos crimes contra a integridade física consumados, tendo em vista que ambos sempre se ajustam no dolo, devemos levar em apreço o que relativamente acontece no concurso entre homicídios e com estes últimos crimes. Pois geralmente não é possível se efetivar o resultado daquele primeiro delito, sem ter levado às vias de fato, antecipadamente, uma ofensa à integridade física. Deste modo, e segundo a jurisprudência dominante<sup>156</sup>, a solução mais adequada é a penalidade do fato como concurso aparente, no domínio do infanticídio na forma tentada, não transgredindo, desta maneira, nem o *mandado de esgotante apreciação da matéria ilícita* e nem o *princípio da dupla valoração*. Ainda pode concorrer com a exposição ou abandono do art. 138.º, fundamentado por um dolo diferente; prevalece aquele sobre este na relação de unidade de norma que entre os dois advogam.

Este delito é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, sendo esta punição passível de atenuação especial da pena, nos marcos dos arts. 72.º e 73.º, desde que se respeite o princípio da proibição da dupla valoração. Com efeito, se notamos uma colação do

---

<sup>155</sup> Expressão utilizada para definir apenas que o tipo pressupõe determinada qualidade especial de autoria, o ser mãe da criança (*hoc sensu*, crime específico) (DIAS, Jorge, 2012, p. 173).

<sup>156</sup> Como nomeadamente os Acs. do TRL de 18-01-2007, do TRP de 26-09-2007 e do TRC de 30-04-2008, dentre outros (DIAS, Jorge, 2012, p. 45).

quantum de pena aplicável hoje em dia em comparação à evolução histórica deste delito, verificaremos ainda uma maior adoção de privilégios para a mãe, mas em contrapartida devemos levar em apreço que a pena habitual atribuída atualmente tange também pela perda do próprio filho.

Em sede de conclusão deste tópico, sabemos que existe uma controvérsia para além daquela que se perfaz da interpretação dada ao delito de infanticídio e suas elementares, levando em consideração que existem delitos distintos, sendo apenados em um mesmo Tribunal, de formas desconformes e em tempos diferentes, como nomeadamente, o concurso de pessoas. Contudo, aquele que é instituído como tipo penal em vigência, em conformidade com a congruência dos operantes do direito, continuam sucessivamente averbando e acrescentando reprovações, ou seja, majorando o litígio interpretativo de uma letra penal desorganizada. Portanto, diante de uma universalidade que se colige ao infanticídio, podemos reforçar mais uma vez que o mesmo prossegue em contributo para a permanência consecutiva de circunstâncias equívocas ou dubitativas a sua volta, tal como a que sobreviemos a apresentar a seguir.

### 2.2.1. Puerpério é sinónimo da existência de um Estado Puerperal?

O legislador português nos passa a impressão de que está se referindo a uma patologia específica, que induz a mãe a matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, ao se acenar a “*influência perturbadora do parto*” no tipo; entretanto, adentro da ciência médica e ao contexto de nosso conhecimento, não há uma doença com a denominação de estado puerperal.

No entanto, não é de se apartar que exista uma fase após o nascimento, a denominada fase do puerpério<sup>157</sup>, na qual poderão incidir enfermidades de índole psiquiátrica, como nomeadamente, as psicoses puerperais e depressão pós-parto, ficando a função de um perito ao encargo de ponderação da culpabilidade penal, podendo decidir posteriormente a este procedimento e se achar por bem, pela imputabilidade parcial, total ou ainda pela imputabilidade da agente.

Assim sendo, no capítulo dos crimes contra a vida, localizado na parte especial do Código Penal brasileiro, há uma exposição de motivos quanto ao crime de infanticídio,

---

<sup>157</sup> Puer vem de criança acrescida da expressão parere que vem de parir; este é o significado abraçado por MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89.

no qual consta que “o infanticídio é considerado um »delictum exceptum« quando praticado pela parturiente sob influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é obvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra »honoris causa« (considerada pela lei vigente como razão especial de abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio”<sup>158</sup>. A dificuldade também deste direito comparado está no comentário da *influência do estado puerperal*, que corrobora que o puerpério não acarreta sempre uma perturbação psíquica, e no tipo, faz-se menção *durante ou logo após o parto*, pois bem, sendo assim, passamos a adotar em conhecimento, desde já, a definição do puerpério.

Deste modo, a fase do puerpério se trata de um espaço de tempo, com início após o parto, em que as alterações na parturiente, conferidas pela gestação e pelo nascimento, regressam gradualmente ao estado pré-gravídico, ou seja, este último sempre vai existir logo após o parto. Por conseguinte, o que quis colocar a Exposição de Motivos supracitada em verdade é que o puerpério não é sempre o induzidor das possíveis perturbações psíquicas, mas estas podem ocorrer durante esta fase.

Na tradução de Cherney sobre o puerpério, temos o que se acompanha: “o puerpério ou o período pós-parto geralmente leva de 6 a 12 semanas e é o período de ajustamento depois do nascimento, quando as mudanças anatômicas e psicológicas da gravidez são reservadas e o corpo retorna para o estado normal (não gravidez). O período pós-parto foi arbitrariamente dividido em: puerpério imediato – as primeiras 24 horas depois do parto, quando as agudas complicações pós-anestésicas e pós-parto podem ocorrer; o puerpério recente, que se prolonga até a 1ª semana pós-parto; e o puerpério remoto, que é o período de tempo requerido para involução dos órgãos genitais e o retorno da menstruação, geralmente 6 semanas em mulheres que não amamentam/não produzem leite, e função psicológica, que pode requerer meses”<sup>159</sup>.

Não obstante a definição do puerpério como consistindo na fase em que se inicia o fim do parto, concluindo-se quando as alterações provindas pela gestação se esvanecem

---

<sup>158</sup> PORTUGAL. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de Dezembro de 1940, Capítulo dos Crimes Contra a Vida, item 40.

<sup>159</sup> CHERNEY, Alan. H. *Obstetric e Gynecologic Diagnosis e Treatment*. Nineth Edition. Lauren Nathan International, 2003, p. 234.

do organismo materno, ainda assim, existe uma desarmonia doutrinária quanto à sua durabilidade, pois enquanto alguns julgam em 45 dias, outros em 60 e outros nem sequer definem tempo, mas somente estimam o seu término com o retorno da menstruação. Conforme salienta Nerio Rojas que *“La duración del estado puerperal, por lo pronto, es indeterminable con exactitud, sin contar las diferencias de critério que establecen divergencias fundamentales entre los tocólogos. Unos denominam ‘estado puerperal’ al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros, sólo a este último; algunos consideran que este estado puerperal dura el tempo de la involución clínica del útero; otros lo refieren a la involución histológica de ese órgano, que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los lóquios, y otros lo extienden hasta la aparición de la menstruación”*<sup>160</sup>.

Contudo esta discursão não prospera ter continuidade neste estudo, apenas devemos ter conhecimento deste modo, que o puerpério poderá ocasionar adulterações de temperamento e de fraqueza emocional, tendo em vista que as emoções posteriores ao nascimento são muito intensas, desta forma, aquela fraqueza poderá embaralhar-se a fase de agitação pelo nascimento do filho. Consequentemente estabelece-se o puerpério, em um período extremamente debilitável devido as variações intra e interpessoais decorrentes do parto.

Por outro lado, a influência perturbadora do parto ou estado puerperal é uma elementar frágil para não se dizer imaginária. Pois, não possui uma consubstância existencial, quer sob o ponto de vista doutrinário ou sob o ponto de vista médico-legal, tendo em vista que até a época presente, não há um só quadro clínico dentro da ciência médica que a determine como uma patologia pormenorizada. O que existe em verdade são os questionamentos referentes à sua própria existência.

Deste modo, quando a influência perturbadora tivesse lugar no mesmo lapso temporal de existência e características do puerpério, estes erroneamente seriam entendidos como expressões sinônimas. No entanto, assim não se condiz, pois são destoantes em todas as diretrizes, como nomeadamente a colocação desta durante o parto, exprimindo que, antes mesmo do nascimento, já pode existir uma influência perturbadora de uma fase que está por vir e despojada de provas.

Neste sentido, segundo Hélio Gomes<sup>161</sup>, a influência perturbadora do parto exigida pelo tipo penal é um instituto pouco concreto, para não dizer *virtual* e, ainda em

---

<sup>160</sup> ROJAS, Nerio. *Medicina Legal*. 12. ed. Buenos Aires: Editorial El Ateneo Bastos, 1979, p. 203.

<sup>161</sup> MALHEIROS, 2012, p. 26.



sua alusão, o exame pericial pode se tornar impraticável para os *experts*, especialmente pelo constante destempo. Compondo o mesmo entendimento de que aquela perturbação não vive tecnicamente para medicina legal, por não apresentar dados solidificados para um diagnóstico, não passando, por conseguinte, de uma ficção jurídica, para Marcos de Almeida<sup>162</sup> o que acontece é um embaralhamento realizado pelos próprios doutrinadores do estado de perturbação com o puerpério, tendo em vista que este sempre vai haver, de modo fisiológico, conforme aludimos acima, conquanto aquele primeiro é extraordinário e não ordinário.

Sendo assim, o que vai determinar o comparecimento do estado puerperal na fase do puerpério é o feito pelo qual cada genitora irá responder às implicações corporais e emocionais que ocasionam o puerpério, como nomeadamente, um *stress* súbito, levando em consideração que o estado que a parturiente alcança depende sobremaneira da sua capacidade de resistência àquelas implicações extraordinárias acarretadas pelo puerpério, que poderão comovê-la ou não. O professor Damásio de Jesus<sup>163</sup> ensina que o estado puerperal pode sim ser uma derivação do puerpério, período este em que todas as gestantes estão subordinadas a variações físicas e psíquicas, pois este doutrinador conceitua o estado puerperal de forma concisa e substancial, como sendo “*o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto*”<sup>164</sup>.

Segundo o criminólogo Ramos Maranhão, “*as psicoses que se instalam pós-parto são erradamente chamadas de puerperais, pois não constituem entidade autônoma, antes se trata de esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva em estado confusional, etc. Essas manifestações psicopatológicas, com quadros clínicos bem definidos, encontram no puerpério condições propícias para sua instalação, como a exaustão, as alterações hormonais, tensão emocional, que se associam para precipitar um surto ou episódio psíquico*”<sup>165</sup>. De forma sucinta, este doutrinador pondera que a perturbação mental não pode ser considerada uma alienação mental, nem sequer uma semialienação, todavia reconhece que aquela situação também não pode ser avaliada como uma circunstância habitual. No lado oposto, compartilham da mesma posição de admissibilidade da

---

<sup>162</sup> MALHEIROS, 2012, p. 27.

<sup>163</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 25. ed. São Paulo: Atual, 2003, p. 107.

<sup>164</sup> JESUS, loc. cit.

<sup>165</sup> MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 5.

influência perturbadora do parto pura, ou seja, a possibilidade de ser causado um estado puerperal originado unicamente pelo parto, doutrinadores como nomeadamente, Flâmine Fávero, Médice Filho, Aníbal Bruno, Gomes Neto<sup>166</sup>, dentre outros.

E conclui Leal Henriques e Simas Santos mais uma vez, por meio das palavras de Heleno Fragoso, que *“o processo do parto, com suas dores, a perda de sangue e o enorme esforço muscular, pode determinar facilmente uma momentânea perturbação de consciência, sendo esse estado que torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado, perturbação essa que pode ocorrer mais facilmente se se tratar de mulher nervosa ou angustiada, ou de filho ilegítimo”*<sup>167</sup>.

Deste modo, o estado puerperal embora não restrinja a habilidade de discernimento da autora, poderá ser estimado por perpetrar uma perturbação psicológica de natureza patológica, ainda que não se componha como uma doença mental estabelecida. No lado parcialmente oposto, dispõe Martinelli<sup>168</sup> que o *“estado puerperal é a situação de perturbação psicológica em que a mãe pode encontrar-se durante ou logo após o parto. A perturbação é tamanha que a mulher perde sua capacidade de discernimento e acaba por tirar a vida do próprio filho”*.

Neste contexto, a Medicina Legal *“reconhece como alterações psíquicas que constituem o estado puerperal atenção falha, percepção sensória diferente, memória de fixação e evocação escassas, dificuldade em diferenciar o subjetivo do objetivo, juízo crítico concreto e abstratos enfraquecidos, discernimento inibido implicando na incapacidade de avaliação entre o ilícito e o lícito, inadaptação temporária e desorientação efetivo-emocional”*<sup>169</sup>. Convém aludir aqui que este conceito abalizado pela Medicina Legal atual já havia sido definido de maneira praticamente idêntica em 1989, por Nuno Gonçalves Costa, pois ele vinculava *“o estado puerperal, a um transtorno transitório e incompleto, caracterizado por deficiente atenção e senso-percepção, escassa memória e confusão do objetivo com o subjetivo, assemelhando-se por isso, aos denominados estados crepusculares. Menciona-se, igualmente, a comissão do fato num estado de semiconfusão mental ou de depressão patológica”*<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> SILVA, João Ricardo Anastácio. A real influência do Estado Puerperal face ao crime de Infanticídio. *Revista Científica Sensus: Pedagogia*, v. 3, n. 1, Paraná: Faculdade Norte Paranaense: Uninorte, 2013, p. 5.

<sup>167</sup> LEAL-HENRIQUES; SANTOS, 2000, p. 174.

<sup>168</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 184.

<sup>169</sup> SILVA, Anastácio, 2013, p. 4.

<sup>170</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 213.

Nesta linha podemos ponderar que o estado puerperal seria uma confusão mental temporária e incompleta, sem instituir contudo uma insanidade penal justamente por ser de curta permanência, mas somente um estado de obnubilação, com retrocesso sem tratamento e com nenhuma seqüela, o que embaraça sobremaneira o exame pericial. Neste baleado protege Gustavo Junqueira<sup>171</sup> ser aquela perturbação um conjunto de transtornos psicológicos e físicos sucedidos do parto.

A saber que estudos internacionais<sup>172</sup> comprovam que a psicose puerperal pode ser uma das mais graves perturbações mentais que podem incidir durante o período do puerpério, chegando a aproveitar entre 0,1 e 0,2% dos casos, constituindo, ainda, em maior percentualidade em casos de mulheres com transtornos bipolares. Ressalvam que normalmente os sintomas já se abrigam entre os primeiros dias até duas semanas após o parto, ou seja, habitualmente o início daquela psicose é breve. Ricardo Silva<sup>173</sup> destaca, além disso, que “*o quadro psicótico no pós-parto é uma situação de risco para a ocorrência de infanticídio, pois segundo um estudo feito na Índia com mulheres internadas com quadros psicóticos no pós-parto, 43% delas tinham ideias infanticidas*”. Cabe ressaltar que normalmente o infanticídio sobrevém, quando determinadas ideias insensatas abrangem o bebê, como nomeadamente, pensamentos que o mesmo é imperfeito ou está perecendo, de que o mesmo se trata de um Deus ou de um demônio, ou ainda de que o bebê possui poderes especiais. Entre os mencionados fatores de risco da psicose puerperal a que alude aquele autor, poderão se encaixar designadamente a primariedade, as confusões obstétricas, os antecedentes de transtornos psiquiátricos pessoais ou familiares, e principalmente outras perturbações psicóticas.

Infelizmente a elementar “*influência perturbadora*” que vigora adentro do delito de infanticídio e que funciona como indicativa de suspeita existencial, ainda que inexista a possibilidade de um tom pacífico ou uma comprovação daquela por meio de uma perícia, permanece intocável, ou seja, o Estado Puerperal, passando todo este tempo de vigência no Código Penal português, ainda professa como uma rudimentar não evidente e indistinta, embora sua exposição se encontre enraizada pelo legislador, no baleado do nexo de causalidade presumido por ele com o delito de infanticídio.

Por todo o ressaltado, quanto a elementar influência perturbadora do parto, chegamos a um juízo final que não há uma pacificidade sobre a existência do Estado

---

<sup>171</sup> MALHEIROS, 2012, p. 27.

<sup>172</sup> Dados retirados de SILVA, Anastácio, loc. cit.

<sup>173</sup> SILVA, Anastácio, 2013, p. 4.

Puerperal, embora haja uma unanimidade consensual de que existe uma fase puerperal ou do puerpério, que se desdobra desde o fim do ato de nascimento até o retorno das características físicas e funcionais pré-gravídicas. Ressalva-se que não são sinônimas tais expressões, pois se assim fosse, de modo abstrato poderíamos afirmar que todo o puerpério teria um Estado Puerperal e sucessivamente por vezes um infanticídio, tendo em vista que a fase do puerpério é uma característica de todo pós-parto. De modo mais claro podemos concluir, que o puerpério é um quadro bem definido no que se refere ao seu diagnóstico clínico, e na grande maioria das vezes inalterável, entretanto, poderá ser acompanhado de confusões ou enfermidades situacionistas, enquanto, que estado puerperal escasseia de formato, a começar pela inexistência de uma definição clínica que apronta sua legítima vivência.

### 2.2.2. A dificuldade na realização do Exame Pericial.

É de se contextualizar primeiramente que, embora o julgamento final incumba ao juiz, a responsabilidade de evidenciar materialmente a elementar do delito foi transportada para a perícia médico legal, dentro de toda a polêmica que ocasiona a influência perturbadora do parto, pois a avaliação do julgador deve ter respaldo na perícia médico legal e psicológica.

Deste modo, o exame pericial na sujeita ativa, deve atender algumas particularidades na sua realização, como nomeadamente, a verificação de apontados sinais de parto antigo ou recente, pendendo do lapso temporal que se despendeu entre aquele acontecimento e a perícia, e um exame psicopatológico que vise a um diagnóstico clínico que apure se na época do episódio a periciada estava eventualmente sob a influência perturbadora do parto ou não. Nesta conformidade, Nerio Rojas dispõe que "*el examen mental de la madre tiene a veces especial interés, pues el parto es capaz de producir trastornos psíquicos o éstos son invocados por la defensa*"<sup>174</sup>. E no que tange ao sujeito passivo (nascente/recém-nascido) algumas especialidades também devem ser tomadas ao efetivar a necropsia, como designadamente verificar se a morte se abonou sob a vida intrauterina ou extrauterina<sup>175</sup>, e caso tenha realmente existido vida extrauterina, determinar uma estimativa de tempo de ocorrência desta, dentre outras especialidades pertinentes à sapiência da medicina legal.

---

<sup>174</sup> ROJAS, 1979, p. 220.

<sup>175</sup> GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 380 e 381.

Este tipo legal de delito se apresenta importante segundo Fernando Silva<sup>176</sup>, para determinar o critério de diferenciação entre a vida humana formada e a vida intrauterina, constituindo, desta maneira, o crime de infanticídio, um preceito importante para aquele resultado. Neste baleado apresenta um exemplo do que representa o marco mencionado acima, Nuno Gonçalves Costa, porquanto o mesmo ostenta que *“é no momento do começo do parto que deve colocar-se o início da vida formada e o termo da vida em formação, sendo o momento do começo do parto que permite traçar a linha divisória entre todos os tipos de homicídios e o crime de aborto”*<sup>177</sup>.

No que diz respeito ao exame da influência perturbadora do parto, certifica Hélio Gomes<sup>178</sup> que *“o perito terá de julgar da influência que o Estado Puerperal possa ter desempenhado na produção do delito, o que será muito difícil, pois o exame se realizará, quase sempre, bastante tempo depois do crime, quando nenhum elemento semiótico existirá mais. Afirma-se, portanto, como exige a lei, que o crime se deu sob influência do Estado Puerperal, será prática extremamente difícil”*. Assim sendo, o que se estabelece aparentemente é que a necessidade de evidenciar que a genitora concretizou o comportamento durante o Estado Puerperal não é imprescindível, mas sim comprovar que exista uma relação de causalidade entre a morte do recém-nascido e aquela influência.

Nuno Gonçalves Costa<sup>179</sup> adere à obrigação de constatação da incidência do Estado Puerperal, todavia afirma ele não haver necessidade de se provar o grau em que sobreveio, ou ainda, o nível de perturbação atingido por aquela influência perturbadora para se estimar se foi suficiente ao ponto de modificar de forma negativa a capacidade do livre-arbítrio e a deliberação da parturiente ou não, e muito menos uma comprovação de que aqueles transtornos psicofísicos foram os responsáveis pelo comportamento da agente, conforme indigência defendida por Leal Henriques e Simas Santos<sup>180</sup>. Em outras palavras, quis aquele autor demonstrar, que uma vez evidenciada a presença de uma perturbação psicológica no momento da prática do delito, demanda-se que o tipo de culpa assumido por este preceito esteja complementado na sua probidade, independentemente

---

<sup>176</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 135.

<sup>177</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 196.

<sup>178</sup> A prova que comprova a existência da vida extrauterina é realizada nas variadas docimasias do tipo respiratórias, não respiratórias e ocasionais, que são capazes de verificar a vivência ou não daquela, através de variados meios e que, por conseguinte, compreendem uma maior contribuição pericial para averiguação dos casos de infanticídio.

<sup>179</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 214.

<sup>180</sup> LEAL-HENRIQUES, 2000, p. 176.

da magnitude admitida por aquele estado, sob pena de contestarem o princípio da legalidade ao estabelecer pressupostos acessórios não materializados no Diploma Legal.

Deste modo, “*a anormalidade das circunstâncias sob as quais ocorre a motivação do agente no sentido do cometimento do ilícito típico basta para que se presuma uma sensível diminuição da culpa*”<sup>181</sup>. Por conseguinte, podemos afirmar que mesmo com todos os problemas probatórios subjacentes a esta questão, não é outorgado ao aplicador do direito apartar a obrigação de evidenciar a efetiva incidência da influência perturbadora do parto.

Aponta Roberson Guimarães<sup>182</sup> que o estado puerperal poderia ser em verdade um transtorno de *stress* agudo, em que a agente poderia mostrar pelo menos três dos possíveis sintomas, quais sejam, a anestesia, o distanciamento, a diminuição da consciência sobre o que a circula, despersonalização e desrealização. Todavia, mesmo evidenciando tais características, afirma Leonídio Ribeiro<sup>183</sup> que nenhum perito, por mais competente que se apresente em demandas psiquiátricas ou obstétricas, poderá lavrar um laudo clínico afirmando que a genitora aniquilou a vida de seu filho sob a influência do Estado Puerperal, ou seja, afirmando que esta perturbação de ordem psíquica foi a responsável por enfraquecer a capacidade de autodeterminação da parturiente, conforme podemos perceber no caso concreto relatado no anexo A deste estudo.

Acordando com esta afirmação Nelson Hungria contextualiza que a aplicação do Direito Penal brasileiro comprova aquela declaração do autor citado acima, pois segundo este autor “*a prova disso é que, depois de dois decênios decorridos da aplicação do novo Código Penal, não tive conhecimento da publicação de uma só perícia onde tivesse ficado provado ter a paciente sacrificado o próprio filho em consequência da perturbação mental ligada ao Estado Puerperal*”<sup>184</sup>.

Contudo, devemos reconhecer que, por exemplo, numa hipótese do julgador constatar que o fato típico se desencadeou logo após o parto, e mesmo depois de produzir todas as provas em direito admissível, e ainda assim permanecer uma desconfiança insanável, se a mãe atuou sob a influência perturbadora daquele ou não, ele precisa ponderar apurada a tipicidade do artigo em questão, e não deve punir pelos arts. 131.º ou 132.º como uma possibilidade, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*. Devemos

---

<sup>181</sup> COSTA, Nuno, op. cit., 1989, p. 215.

<sup>182</sup> MALHEIROS, 2012, p. 26.

<sup>183</sup> HUNGRIA, Nelson (Org.). *Ciclos de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 308.

<sup>184</sup> HUNGRIA, 1965, p. 309.

ressalvar que esta desconfiança insanável ganha um enorme palco de emprego, e consequentemente uma maior aplicação deste princípio, nos casos em que o infanticídio resultou de um estágio prévio de um crime de abandono ou de desamparo.

De tal modo a distinção do crime de infanticídio institui um dos maiores problemas para a perícia médico-legal, tanto pela sua complexidade quanto pelos problemas em tipificar aquele delito, que essa perícia foi apelidada pelos legistas de *crucis peritorum*<sup>185</sup>, a cruz dos peritos. Portanto, tanto nestes fatos como em outros, o exame pericial demanda brevidade, apesar de admitir ressalvas, mas a propriedade temporal pode ser entendida como semelhança de menor grau de dificuldade pericial, por mais complexa que seja.

Desta feita, podemos concluir que esta abordagem efetuada sobre o delito de infanticídio comprovou a preponderância de uma desordem interpretativa generalizada, decorrente da implicação da má formação do preceito penal ou do desarranjo total do tipo, no que pulsa aos rudimentos temporais e a elementar, que, por conseguinte, induz a colisões teimosas, tanto dentro da jurisprudência como dentro das doutrinas especializadas, dirigidas diretamente ao crime de infanticídio como um todo ou a seus elementos estruturais.

---

<sup>185</sup> GOMES, 2003, p. 382 e ss.

### **3. BREVE DISTINÇÃO PENAL ENTRE O TIPO DE CULPA E TIPO DE ÍLICITO.**

Como compreendemos, o artigo 136.º apresenta atualmente uma larga discussão, construindo no círculo da doutrina, uma dificuldade acerca das elementares privilegiadoras serem consideradas como elementos relativos ao tipo de ilícito, ou antes, como relativas ao tipo de culpa. Desta forma, antes de avançarmos nesta questão de controvérsia, afigura-nos rápida e sucintamente abalizar o conceito do tipo de ilícito e do tipo de culpa, de forma a melhor compreender aquela.

Primeiramente devemos salientar que o sob o ponto de vista da primazia, dá-se prioridade teleológica e operacional à classe do ilícito sobre a classe da culpa, pois o ilícito emoldura num caso real o desvalor jurídico de verificada conduta, ou seja, sempre que uma conduta for tipificada pelo ordenamento jurídico em vigor, como ilícita e um determinado comportamento é perpetrado de forma contrária a ele, esse comportamento deve ser desvalorizado, por possuir um juízo negativo de mérito. Entretanto, apesar de reconhecermos que cabe ao ilícito típico a função de mensurar uma censurabilidade ou desvalor sobre o fato, não podemos negar a função da culpa, que também exerce um juízo de censurabilidade ou desvalor da atitude interna do agente, manifestada naquele fato.

Desta maneira, podemos ponderar, no recinto do fato punível, que a obrigação precipita daquela classe é justamente o de definir o que é penalmente proibido por meio de regras jurídicas, de modo que a sociedade aproprie seus comportamentos às advertências do ordenamento jurídico-penal. Na realidade podemos afirmar que a responsável por demandar e garantir as perspectivas em relação às regras transgredidas no ordenamento jurídico, isto é, justamente o desempenho da ilicitude, é a intervenção penal subsidiária de proteção dos bens jurídicos.

Concernente ao tipo de culpa<sup>186</sup>, ela desponta uma vontade interna do agente, apresentada como repreensível, ou seja, a culpa possui como ofício conter elementos

---

<sup>186</sup> A culpa do agente em sentido formal deve ser compreendida como a possibilidade de uma conduta ser censurável ao respectivo agente (COSTA, José Francisco de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal* – Fragmenta Iuris Poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 189 e ss.).



típicos de uma verificada categoria de crime, que demonstram uma atitude interna do agente concretizada no fato, que poderá se apresentar notadamente mais repreensível ou notadamente menos repreensível, e pela qual o mesmo deverá arcar com sua responsabilidade, enquanto parte de uma comunidade, e sobrecarrega principalmente aquele tipo, a avalia sobre a vivência de um fato punível. Isto é, para que uma ação tipicamente ilícita emane a ser penitenciada, é imprescindível que o fato seja “ *pessoalmente censurado ao agente*”, o que concomitantemente restringe a faculdade punitiva do Estado, resguardando a pessoa de quaisquer injustiças.

Deste modo, cabe-nos relembrar que de acordo com a teoria do fato punível<sup>187</sup>, o conceito de crime em sentido formal transporta a uma ação típica, ilícita, culposa e punível. Ainda que pese o pensamento de alguns doutrinadores, como nomeadamente Faria Costa<sup>188</sup>, percebem aquele fato punível, em conformidade com a teoria bipartida, ou seja, o ilícito típico, enquanto conduta objetivamente contrária à norma jurídica preenche o primeiro elemento daquele, mas o fato típico só ficará completo se for sobreposto, essencialmente, pela culpa do agente. Deste modo, é lícito afiançarmos que sempre se fará necessário apurar a culpa do agente para se motivar a repreensão de um comportamento, pois a ilicitude não se apresenta satisfatória para tanto, do mesmo modo que podemos afirmar que sem ilícito não há tipo, pois a tipicidade cumpre a seu próprio caráter, justamente “*a mesma função político-criminal que cabe à ilicitude, ou seja, todo o tipo é tipo de ilícito*”<sup>189</sup>.

Com efeito, a teoria de Jakobs<sup>190</sup>, que compreende a “*culpa como atribuição, em função de necessidades de prevenção geral*”, é um conceito de culpa meramente funcional. Assim sendo, apesar deste mesmo autor perfilhar a culpa como uma categoria autônoma da dogmática penal, ela é condicionada ao desígnio da função primária de todo o direito penal, isto é, à prevenção geral, pois a culpa se motiva nesta e adequa-se de convenção com ela. Em síntese, “*a culpa justifica-se apenas enquanto a punição do agente se revele necessária para reparar a frustração das expectativas normativas provocadas pelo crime*”, pois “*a culpa é determinada pelo fim*”<sup>191</sup>. Ou seja, podemos

---

<sup>187</sup> COSTA, Faria, 2012, p. 189 e ss.

<sup>188</sup> COSTA, Faria, loc cit.

<sup>189</sup> Estas expressões pertencem a DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 269.

<sup>190</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 435 e ss.

<sup>191</sup> SERRA, Teresa. *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida de Pena*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

ponderar segundo Teresa Serra<sup>192</sup>, que o baldrame de uma atenuação ou agravação que modifica uma moldura penal, não necessariamente precisa ter como base a ilicitude, mas sim a culpa, no domínio da motivação de uma menor repreensão em consequência de uma interferência autônoma da culpa.

Por conseguinte, e de acordo com que se reputa ser mais harmônico ao pensamento metódico do direito penal, a teoria da culpa de Figueiredo Dias<sup>193</sup> é a que se apresenta mais concernente, por partir de dois pressupostos fundamentais, quais sejam o princípio da culpa e o da liberdade. Deste modo, se cominam primeiramente a concordância da culpa como pressuposição imprescindível e contorno insuperável de punição, pois em verdade, em convenção ao princípio da culpa “*não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa – nulla poena sine culpa*”<sup>194</sup>, conforme modelado no art. 40.º, n.º 2 do CP<sup>195</sup>. Entretanto, este princípio em questão, transcorre diretamente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inaugurado no art. 1.º da CRP<sup>196</sup>, de modo que, para uma edificação e percepção da concepção material de culpa não se poderá deixar de ter em consideração o conceito de liberdade, tendo em vista que “*onde quer que se fale de responsabilidade ou de culpa em sentido moderno, aí se pressupõe sempre a liberdade do homem que age*”<sup>197</sup>. Embora reconheçamos essa liberdade do homem, acolhendo quando ele na prática do crime poderia ter se portado de outra maneira, não podemos abdicar prontamente a possibilidade de um anexo de circunstâncias exógenas e endógenas, facilitar ou atrapalhar a sua deliberação de empreender aquele. Consecutivamente, confinando esta restrição interna e externa do deprecado de liberdade, devemos sempre antes de ponderar culpado o agente pelo seu comportamento, constatarmos como procedeu ao concernente procedimento de motivação, como nomeadamente a averiguação se a circunstância exterior dentro do conjunto de qual foi tomada a deliberação de levar a cabo não o surrupiou daquele a liberdade de atuar de outra maneira.

---

<sup>192</sup> RODRIGUES, loc. cit.

<sup>193</sup> DIAS, Jorge, 2004, p. 79 e ss.

<sup>194</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Liberdade, Culpa*; Direito Penal. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 19.

<sup>195</sup> O artigo 40.º, n.º 2 do CP estabelece que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa (PORTUGAL, 2013, p. 50).

<sup>196</sup> O artigo 1.º da CRP estabelece que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (PORTUGAL, 2012, p. 10).

<sup>197</sup> DIAS, Jorge, loc. cit.

Contudo, diante da obscuridade e da hermenêutica que as teorias da culpa oferecem, não podemos esquecer a finalidade deste estudo, sendo certo que não podemos expor as distintas percepções sobre a apreciação material da culpa, tendo em vista que o conceito material de culpa é peça das mais diversas percepções, sob pena de extrapolarmos os limites aceitáveis deste trabalho. Destarte, poderíamos sintetizar que o conceito material da culpa, no âmbito do direito penal, nada mais é do que o dever de responsabilidade pela individualidade que motiva uma conduta tipicamente ilícita e que nela se explana, e nesta mesma probabilidade, constituímos que a culpa jurídico-penal é contemplada por três elementos distintos, que se perfazem através do fato, dos protegidos bens jurídicos e da personalidade.

Isto posto, podemos afirmar que enquanto o tipo de ilícito nasce como solidificação fundamental do conceito material de crime, o tipo de culpa se vincula às elementares que o agente operou, aludidas ao tipo de ilícito; entretanto, um e outro são “*pressupostos categoriais sistemáticos mínimos enquanto expressões de dignidade penal tipicizada*”<sup>198</sup>. Ainda segundo Jescheck<sup>199</sup>, tipo pode, em sentido vasto compreender, tanto o tipo de ilícito como o tipo da culpa, correspondendo, deste modo, ao tipo de categoria de delito, como nomeadamente o infanticídio.

Além disto, podemos diversificar também, que competem ao tipo de ilícito aqueles elementos do fato penal em que se promulga a acepção da coerção da adequada regra jurídica, e em contrapartida os elementos que englobam o tipo de culpa, são aqueles que simultaneamente individualizam com mais exatidão a vontade interior diante do direito, contemporânea na ocorrência. Referimos, ainda, que a afluência daqueles elementos autônomos da qualidade do delito, que mostram a atitude da autora como individualmente atenuada ou agravada, abalizada no evento, é uma responsabilidade do tipo de culpa, frente à determinada regra jurídica.

Os elementos que referimos acima podem ser concentrados em três grupos diferentes. Com efeito, sintetiza Elisabete Monteiro que “*o primeiro grupo consiste no conjunto dos elementos da culpa configurados objetivamente (nos quais se verifica a concorrência de determinadas circunstâncias externas apropriadas para influenciar a formação de vontade, atenuando ou excluindo o juízo de culpa); o segundo grupo engloba os elementos da culpa subjetivamente configurados (para os quais se requer*

---

<sup>198</sup> DIAS, Jorge, 2004, p. 248.

<sup>199</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte Geral*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 424 e ss.

*uma circunstância externa, ainda que existente apenas na representação do autor); finalmente, o terceiro grupo integra os elementos da atitude interna*”<sup>200</sup>.

Deste modo devemos ressaltar que podem convencionar com os elementos da culpa conformados subjetivamente e objetivamente aqueles elementos da vontade interna, os quais implicam normalmente uma condição externa constatável através dos meios de prova em direito admitidos. Todavia, uma vez que passamos a avaliar uma verificada atitude interna, e os seus elementos, os quais pelo menos em parte, concernem à esfera do ilícito e em parte à da culpa, não poderão ser vistos como unicamente elementos pertencentes a esta última, mas sim como elementos presentes em ambas as esferas. Com efeito, afiança Margarida S. Pereira, que “*os homicídios dolosos do atual Código Penal são tipos de ilicitude e de culpa. Ou seja: eles não contêm só, nem determinantemente, aspectos da figura do delito que respeitem à danosidade do comportamento. Contêm aspectos que retratam a atitude interna do autor, mais ou menos censurável. Serão quadros do que Figueiredo Dias designa por »personalidade ético-socialmente no fato*”<sup>201</sup>. Assim sendo, somente os elementos da conduta interna, que não incidem dentro do campo do ilícito, e que emanam imediata e unicamente do próprio domínio da culpa, que governaram a serem estimados como seletos elementos desta.

Visto que o fato e as características que motivam a ilicitude estão submissas a uma predefinição na Lei, agora devemos atentar para a obrigação de existir uma relação de vinculação entre o fato e a pena, deste modo, não poderão existir fatos tipicamente ilícitos que não estejam codificados previamente pelos preceitos incriminadores, pois só estes podem motivar uma repreensão, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Devemos salientar, também, que no campo da deliberação da culpa, este princípio somente interfere para estabelecer uma moldura penal, dentro do qual deve ser determinada previamente uma pena concreta, conforme art. 71.º do CP<sup>202</sup>. Com efeito, segundo Fernanda Palma, “*a ilicitude é primeiramente uma qualidade de fato (art. 28.º, n.º 1<sup>203</sup>, e art. 31.º<sup>204</sup>) e, em*

---

<sup>200</sup> MONTEIRO, Elisabete Amarelo. *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 57.

<sup>201</sup> PEREIRA, 2008, p. 43.

<sup>202</sup> O art. 71, n.º 1, do CP estabelece: «*A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção*» (PORTUGAL, 2013, p. 61).

<sup>203</sup> O artigo 28, n.º 1 do CP estabelece: «*Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora*» (Código Penal Português, 2013, p. 47).

<sup>204</sup> O artigo 31, n.º 1 do CP estabelece: «*O fato não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade*» (Código Penal Português, 2013, p. 48).

*segundo lugar, é a contrariedade do fato à ordem jurídica na sua totalidade*”<sup>205</sup>. Desta maneira, podemos graduar que a precisão de incriminação é estimulada pela ocorrência de lesões aos bens jurídicos protegidos, sendo que os critérios de variante da medida da ilicitude servem para formar uma hierarquia entre aqueles bens jurídicos, tendo em vista que o grau de afronta a estes bens satisfará da mesma forma ao grau da pretensão do agente no exercício do fato.

Em observação às conjunturas relativas à ilicitude e às conjunturas relativas à culpa, que estão previstas respectivamente, nos arts. 28.º e 29.º do CP, notamos que não há uma distinção específica entre as conjunturas que agravam ou atenuam e as que baseiam a ilicitude do fato. Ainda devemos levar em consideração, segundo Margarida S. Pereira<sup>206</sup>, que embora a culpa tenha a função de ponderar que as graduações esculpidas nos diversos homicídios são diferentes, e basicamente excludentes entre si, tendo em vista que a culpa típica do homicídio atenuado é diferente daquela do homicídio agravado, assim como também a culpa do homicídio simples se porta em aceção autônoma em referência aos dois primeiros. Desta maneira, podemos ultimar que uma apreciação direta destas conjunturas não consente por si só em impetrar uma instantânea e concreta resposta, fazendo-se necessário um esclarecimento se o elemento típico que delinea o embasamento da atenuação ou agravação é o mesmo que administra uma menor ou maior ilicitude ou culpa, para que possamos alcançar aquela resposta. Semelhante a este problema Elisabete Monteiro gradua que *“a questão de saber se o fundamento de uma agravação que altera a moldura penal pode não ser um fundamento de ilicitude, responde peremptoriamente que não, justificando-se com o fato de a existência de uma moldura penal implicar uma limitação da intervenção autônoma do princípio da culpa aos limites daquela”*<sup>207</sup>.

Neste contexto, consoante Fernanda Palma<sup>208</sup>, as constatações das conjunturas, por si só, não completam essencialmente o tipo, tendo em vista que nem sempre elas vão conduzir aquela alimentação amena que o legislador ponderou capaz de manifestar uma especial e diferente condição do agente. Ora, o fato daquelas conjunturas evidenciadoras de uma especial condição do agente trabalharem no plano da ilicitude, não elimina o questionamento de uma conformação na culpa da agente da maior ou menor ilicitude de

---

<sup>205</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Desenvolvimento da pessoa e Imputabilidade*. Justiça e Sociedade, n.º 11. Lisboa: Sub Judic, 1996, p. 61 e ss.

<sup>206</sup> PEREIRA, 2008, p. 46.

<sup>207</sup> MONTEIRO, Elisabete, 2012, p. 59.

<sup>208</sup> PALMA, 1996, p. 61 e ss.

seu fato. Neste contexto, podemos ultimar que para aquela referida autora e em nosso ver estas conjunturas se conectam concomitantemente tanto à ilicitude como à culpa.

Neste baleado, ainda segundo Cristina Líbano Monteiro, “*a pena é mais forte por ser maior o juízo de culpa*”<sup>209</sup>; deste modo, é lícito afirmarmos que uma atenuação se regula por uma ponderação de culpa, tendo em vista que a ilicitude, segundo Frederico Isasca<sup>210</sup>, é a responsável por instituir o baldrame da pena em abstrato, e não a culpa. Com efeito, uma culpa diminuída ou um especial tipo de culpa, embora não possa motivar por si só um novo quadro penal, trabalha como critério de deliberação concreta da pena, com base na lesão social do fato, conforme art. 71.º do CP.

Desta maneira, devemos ponderar segundo Elisabete Monteiro<sup>211</sup>, que não se pode embaraçar a diferenciação social do comportamento, a partir das causas e emoções nele desvendadas pelo agente, ou seja, a ilicitude, com o ajuizamento da afinidade do agente com a Ordem Legal e as suas estimações de culpabilidade. Da mesma forma não poderão ser dispensados prontamente os exemplos padrões, uma vez que é por meio deles que alcançamos abonar um aceitável nível de resolução do preceito legal. Contudo, esta questão não é harmonizada entre todos, nascendo em lado oposto, juízos como o de Figueiredo Dias e Teresa Serra, “*que defendem que os motivos e sentimentos se predem apenas com a culpa, com o desvalor da atitude interna do agente*”<sup>212</sup>.

Destarte, com o conceito de ilícito e da culpa individualizados sucintamente, agora passamos a ponderar que esta última pode estar indissociavelmente ligada a uma concepção de imputabilidade<sup>213</sup>, validamente plasmada no art. 20.º do CP<sup>214</sup>, que nada mais é do que a competência de empreender condutas tipicamente ilícitas culposamente, ou, em outras palavras, podemos sintetizar que dentro da categoria da punibilidade, isto é, da dignidade punitiva<sup>215</sup>, localiza-se o instituto da inimputabilidade.

Neste ressoar, segundo Eduardo Correia a imputabilidade versa “*naquele conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura ao agente por*

---

<sup>209</sup> MONTEIRO, Cristina, 1996, p. 124.

<sup>210</sup> BRITO, 2007, p. 192.

<sup>211</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 61 e ss.

<sup>212</sup> MONTEIRO, Elisabete, 2012, p. 61.

<sup>213</sup> Aponta para a parte endógena do crime, sendo imprescindível levar em consideração as suas consequências na vida psíquica (CORREIA, 1996, p. 331. Reimpressão, com a colaboração de Figueiredo Dias).

<sup>214</sup> O art. 20, n.º 1, do CP estabelece: «*É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do fato, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação*» (Código Penal Português, 2013, p. 61).

<sup>215</sup> Esta expressão significa uma punibilidade do fato como um todo, como nomeadamente, as condições objetivas desta, causas de exclusão de pena, dentre outras (DIAS, Jorge, 2004, p. 263).

*ele não ter agido de outra maneira*”<sup>216</sup>. De maneira mais clara, podemos elucidar que a imputabilidade é uma qualidade do agente, assim como a falta de imputabilidade que se reflete basicamente no fato, de modo que esta não terá imputação, enquanto for uma ação de um agente inimputável, ou seja, a culpa é essencialmente aludida ao fato, à ação humana. De modo que a imputabilidade pode ser examinada como pressuposto da própria culpa, enquanto a falta dela é uma causa de exclusão de culpa, pois a culpa só se torna elemento essencial do crime quando ela se apresentar como uma vontade culposa, tendo em vista que “*a culpa referida à personalidade é criativa de uma potencialidade para o mal, enquanto a culpa no fato dá origem ao próprio mal*”<sup>217</sup>.

Partindo do pressuposto que a imputabilidade se trata de um conceito meramente normativo, tendo em vista que a sua aceção pende de alternativas legislativas, deste modo, uma vez que sejam verificadas as situações que depreciam o artigo, como nomeadamente, a vivência de uma anomalia psíquica<sup>218</sup>, o agente deverá ser revelado inimputável, o que se promove imprescindível e prontamente à sua absolvição. Compreendemos tal absolvição, pois a inimputabilidade não é um motivo de isenção da culpa, mas, sobretudo, uma inabilidade ou barreira para a culpa, pelo que o princípio da culpa por si só já deverá ser satisfatório para explicar o contrassenso do emprego de uma pena. Com efeito, escreve Figueiredo Dias que “*a inimputabilidade constitui, mais que uma causa de exclusão, verdadeiramente um obstáculo à determinação da culpa (de outra perspectiva podendo também então dizer-se que a imputabilidade constitui um pressuposto da comprovação da culpa)*”<sup>219</sup>, num sentido diferente daquele que se registram as circunstâncias de inexigibilidade. Ainda pondera este mesmo autor que esta concepção deve ser definitiva, pois para ele, a essência biopsicológica da inimputabilidade, incorporada a um exato resultado sobre os traços típicos do sujeito, devasta as vinculações autênticas e objetivas de substrato que vinculam o fato ao agente, a tal sítio que a sua conduta poderá ocasionalmente ser justificada, mas não poderá ser “*compreendida como facto de uma pessoa*”<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> CORREIA, loc. cit.

<sup>217</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro. *Direito Penal Português – Parte Geral*. Lisboa: Verbo, 1981, p. 410. v. I.

<sup>218</sup> Anomalia psíquica deve ser compreendida como uma expressão lata, a qual deverá abranger um vasto conjunto de circunstâncias, que nem sempre vão se transportar numa doença mental, mas pode simplesmente se reportar a um estado de afeto (MONTEIRO, Elisabete, op. cit., p. 94).

<sup>219</sup> DIAS, Jorge, 2004, p. 570.

<sup>220</sup> Estas palavras pertencem a DIAS, Jorge, loc. cit.

Ainda devemos salientar que não logramos êxito em perceber como uma aplicação de uma pena a um inimputável poderá desempenhar aqueles desígnios de prevenção geral, pois o julgamento deste é insusceptível de persuadir a comunidade para o não cometimento daquela mesma conduta típica, tendo em vista que aquele inimputável não é capaz de ponderar a ilicitude do fato ou não consegue se estabelecer em conformidade com aquela situação; portanto e por razões quase óbvias, aquela comunidade não vai se repassar naquele comportamento violador de uma norma<sup>221</sup>.

Destarte, aquela anomalia psíquica não necessariamente precisa se apresentar sempre como duradoura, podendo ser acidental ou de curta duração, ou ainda, conforme a doutrina anciã já defendia, aquela não se reconduz obviamente a uma doença mental, isto é, “*certos e determinados estados psicológicos, de curta ou longa duração, nos quais as relações normais entre a consciência de si mesmo e a do mundo exterior estão mais ou menos perturbadas*”<sup>222</sup>. Logo, a inimputabilidade, segundo Figueiredo Dias<sup>223</sup> fica dependente da averiguação do pressuposto biopsicológico e do elemento normativo, ou seja, deve ser realizado um juízo de constatação retrospectivamente em relação à prática do fato<sup>224</sup>, da vivência de uma anomalia psíquica e de um elemento psicológico, que se concentra nas transformações psíquicas verificadas no agente. Por conseguinte, não satisfará, por mais grave que a mesma seja, somente a comprovação da existência daquela anomalia para fundamentar a imputabilidade<sup>225</sup>, sendo imprescindível ao tempo da ocorrência do fato, que esta mesma tenha como causa a impossibilidade de o agente ponderar a ilicitude de seu comportamento ou de se decidir em convenção com este ajuizamento.

Cumpramos ressaltar, ainda, que a adoção daquele critério biopsicológico é acertada, porquanto que um acolhimento de um critério meramente psicológico não nos autorizaria a diferenciar aquelas circunstâncias endógenas (falta de liberdade), que pertencem

---

<sup>221</sup> Roxin afirma que “ninguém se sente impelido a imitar tais pessoas porque, aos olhos do público, a validade da norma não é restringida por fatos como esses” (VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 4. Tradução do §19 do vol. I do Tratado do Prof. Claus Roxin. Coimbra: Coimbra Editora, 1991).

<sup>222</sup> CORREIA, 1996, p. 53.

<sup>223</sup> DIAS, Jorge, op. cit., p. 573.

<sup>224</sup> Questão que é aclarada por várias jurisprudências, como designadamente o AC. do STJ de 22-02-2006, (Processo n.º 05P4309) (MONTEIRO, Elisabete, 2012, 2012, p. 86).

<sup>225</sup> Cristina Líbano Monteiro faz distinção entre “*duas vertentes de imputabilidade: a vertente intelectual da imputabilidade – que o agente seja incapaz de avaliar a ilicitude de seus atos e a vertente volitiva – a incapacidade de se determinar de acordo com a avaliação feita, realçando que para que o agente seja inimputável »basta-lhe que a vertente volitiva (...) seja manifesta«*” (MONTEIRO, Elisabete, op. cit., p. 85).



precisamente ao campo da imputabilidade, daquelas outras circunstâncias externas, que, do mesmo modo, tem efeitos psicológicos, restringindo ou amortecendo a vontade, e que concernem ao domínio dos denominados obstáculos a culpa, ou seja, a não exigibilidade.

Neste mesmo baleado, salienta ainda Eduardo Correia<sup>226</sup> a obrigação de provar a existência de perturbações, que podem limitar ou excluir por meio de determinadas circunstâncias endógenas a liberdade de decisão na personalidade do delinquente; assim sendo, o que se faz mandatório provar não é esta liberdade de determinação, mas sim a existência daquela vivência. Destarte, “*não existe imputabilidade ou inimputabilidade sem fato; isto é: não cabe, no seu justificante doutrinal, o agente inimputável tout court*”<sup>227</sup>, ou seja, se pressupõe a existência de um “*triângulo probatório*”<sup>228</sup> composto pelo exercício de uma conduta tipicamente ilícita, da constatação de uma anomalia psíquica de que é mensageiro o agente e a demonstração de um nexos de causalidade entre aquele e este, condicionando uma conexão temporal e uma conexão típica. Portanto, de um modo mais simples, podemos ajuizar que aquele transtorno psíquico deve ser apurado na ocasião da prática de um fato ilicitamente típico.

De outra forma, pode ocorrer que se configure presente uma anomalia psíquica, que não seja capaz de extinguir a competência de ponderação da ilicitude ou de determinação, embora possa ocasionar reflexos expressivos nas competências do agente de modo que as restrinjam, estaremos deste modo, diante de uma situação de imputabilidade diminuída, conforme art. 20.º, n.º 2 do CP<sup>229</sup>. Em outras palavras, a imputabilidade diminuída poderá se apresentar, nomeadamente, naqueles cenários em que o agente no momento do emprego do fato, apesar de possuir uma anomalia psíquica, conserva a sua competência para ponderar a ilicitude daquela ou para se decidir em conformidade com essa ponderação, embora sensivelmente diminuída, pois em determinados níveis daquelas anomalias que não excluem a liberdade do agente, elas não deixam, todavia, de enfraquecer mais ou menos essa liberdade.

Efetivamente, como menciona Eduardo Correia, “*entre a anomalia mental e a saúde mental existe uma gama de estados intermediários que, embora sem o anular, enfraquecem todavia mais ou menos o poder de inibição dos homens, ou a sua*

---

<sup>226</sup> CORREIA, 1996, p. 344 e ss.

<sup>227</sup> MONTEIRO, Cristiana, 1997, p. 125.

<sup>228</sup> Esta expressão pertence a MONTEIRO, Cristiana, loc cit.

<sup>229</sup> O art. 20, n.º 2, do CP estabelece: «*Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do fato, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída*» (PORTUGAL, 2013, p. 46).

*capacidade para compreender o caráter ilícito da própria conduta. O domínio das psicopatias, com a sua escala quase infinita de perturbações, pode ilustrar excelentemente este pensamento*”<sup>230</sup>. Com efeito, a figura da imputabilidade diminuída também deve ser aludida em razão do caso concreto, de modo que nos expedimos para o que foi acima aludido sobre inimputabilidade. Todavia, explica Jescheck<sup>231</sup> que a distinção entre a imputabilidade diminuída e a inimputabilidade nasce no pressuposto normativo psicológico, tendo em vista que a competência de discernimento e de atuação está apenas diminuída e não abandonada como na inimputabilidade, posto que aquele mesmo autor reconheça que o conceito de imputabilidade diminuída se apresenta como de peculiar veemência para o tratamento adequado à culpa, “*dos graus leves de oligofrenia e dos factos cometidos em estado passional, assim como das psicopatias, neuroses e anomalias dos instintos*”<sup>232</sup>.

As questões de controvérsias acerca da definição jurídico-penal da imputabilidade diminuída são várias para além da existência de múltiplas outras situações não abrangidas pela materialização daquela no CP, no que pese substancialmente quanto ao problema de demarcação de requisitos de que pende, como também quanto às consequências subsequentes da comprovação daquela, como designadamente, ao plano da culpa jurídico-penal, razão pela qual também não nos permite esboçar como já referido.

Portanto, de forma sucinta, concluímos com as apropriadas palavras de Elisabete Monteiro, a qual complementa que “*se a inimputabilidade é incapacidade de culpa – sendo certo que, na prática, é esse o seu significado, independentemente de, na perspectiva do paradigma compreensivo, se traduzir, na expressão paradigmática de Figueiredo Dias, em um ‘obstáculo à comprovação da culpa’ – a imputabilidade diminuída tem de ser refletir na capacidade de culpa, traduzindo-se, pois, numa diminuição de culpa. E tal é conclusão incontornável, uma vez que a imputabilidade constitui, necessariamente, um elemento da culpa*”<sup>233</sup>.

Feito isto, e tendo em conhecimento que aquela liberdade supramencionada poderá estar restringida ou excluída por circunstâncias endógenas, pressupondo uma possível imputabilidade, importa termos ciência agora que estas conjunturas não esgotam as circunstâncias que podem restringir ou excluir a tal liberdade do agente, ou seja, a

---

<sup>230</sup> CORREIA, 1996, p. 357.

<sup>231</sup> JESCHECK, 1993, p. 400.

<sup>232</sup> MONTEIRO, Elisabete, 2012, p. 61.

<sup>233</sup> MONTEIRO, Elisabete, 2012, p. 109.

autenticidade para a censura. Pois, no sistema penal português é admitido a *não exigibilidade* como um princípio geral de supressão da culpa, satisfazendo ao mais respeitável pensamento que sobrepuja e norteia a teoria dos denominados *obstáculos a culpa*<sup>234</sup>.

Deste modo, não podemos olhar simplesmente para o momento subjetivo, a composição dos traços típicos do agente na ocasião em que ele comete o delito, pois a determinação de operar uma conduta conjectura, por vezes, uma verificada situação ambiente composta por todas aquelas circunstâncias e ocorrências exteriores que podem atrair o agente para a sua prática, surrupiando-lhe toda a sua capacidade de se comportar diversamente, razão pela qual merece ser acautelada. Em outras palavras, podemos dizer que apontados momentos exteriores ao próprio agente, podem desviar deste o seu normal cumprimento de seus intentos basilares, devendo ser desapossada a culpa, pela inexigibilidade de um comportamento conforme o direito. Desta maneira, uma vez aceita, tal exclusão “*do poder agir de outra maneira*”<sup>235</sup>, por força daquele princípio geral, fica recusada a hipótese de toda a censura, ou seja, a ausência de liberdade do agente para se portar de modo diferente (a não exigibilidade de outro comportamento) é um relevante contorno à culpa.

Ainda, segundo Eduardo Correia precisaremos “*tomar-se em conta, para a graduar, tais momentos exteriores, sempre que, embora não excluam inteiramente o poder de livre determinação do delinquente, de modo a transportar a sua conduta criminosa num mero processo mecânico-causal, todavia mais ou menos o tentam, mais ou menos o arrastam para o crime, diminuindo ou alargando a sua liberdade de resolução, e tornando, portanto, mais ou menos exigível outro comportamento*”<sup>236</sup>, ou seja, uma inexigibilidade diminuída. Contudo, não satisfará para graduar a culpa e a penalidade apenas a averiguação das circunstâncias no domínio das quais se desenvolveu o fato criminoso, mas também é imprescindível emoldurá-las numa visão geral e dinâmica dos fatos, conforme acenamos acima, pois, a inexigibilidade não se conecta a um baseamento de censura da culpa, da mesma forma, nem tão logo a inexigibilidade de

---

<sup>234</sup> No campo da culpa se posicionam determinadas situações que, embora sejam irrelevantes para excluir a ilicitude de um fato, anteparam a censura ao sujeito imputável, por razões justificadas (CORREIA, 1996, p. 14).

<sup>235</sup> Expressão utilizada por CORREIA, op. cit., 1996, p. 444.

<sup>236</sup> CORREIA, 1996, p. 444.

sua exclusão, mas somente a sua *quantificação*, em especial naqueles fatos em que a culpa se encontra notadamente diminuída, conforme salienta Figueiredo Dias<sup>237</sup>.

Salientamos ainda que, se um fato foi perpetrado sob a influência daquelas circunstâncias em questão, de modo que possamos afiançar que somente por conta delas que aquele realmente veio de fato a se desencadear, não podemos considerar, sob o plasma da prevenção especial, aquele fato como expressão da personalidade do agente, pois, tendo em consideração que a ocorrência da qual o sujeito atuou, é de tal ordem, que uma pessoa de tipo médio também agiria de maneira semelhante. Por conseguinte, se o agente somente operou em consequência daquelas mencionadas circunstâncias externas, é legítimo afirmarmos que ele não se conservava no momento da performance em posição de ser receado pela regra de repressão, como também é correto afiançarmos que quaisquer outras pessoas da comunidade, que possam vir em tempo futuro se deparar na mesma condição, também não se sentirão intimidadas. Assim sendo, do mesmo modo não carece de punição aquele agente que só atuou em virtude daquelas circunstâncias exógenas, que transpõem a força de obstinação de um homem médio<sup>238</sup>, ou seja, da generalidade, de modo que nos lançamos para o que foi acima referido sobre este tema acerca da inimputabilidade.

Desta forma consentimos, para uma modelagem da culpa ao farol de uma abrangência normativa, que a perpetre movimentar adentro de um razoável princípio de exigibilidade, pois aquelas circunstâncias exógenas não se tratam somente de *emanações exemplificativas* deste princípio, mas, sobretudo, de uma apropriada *tipificação positiva de todas as hipóteses*<sup>239</sup> que, na realidade, devem transportar a uma exclusão da culpa. Efetivamente, deve ser a ordem jurídica a encarregada de materializar quais os fatos e quais os destinatários que ela pretende exonerar da penalidade ao título da inexigibilidade, pois não é, transcendentemente, uma cláusula genérica de abdicação à punição, mas sim uma cláusula que apenas deve ser aceita naquelas pressuposições em que a lei ordenou<sup>240</sup>.

Destarte, em sede de conclusão, devemos levar em apreço para o próximo capítulo, que por vezes no homem, a vontade e a razão não serão fáceis capacidades de dissociarmos, pelo oposto, poderão até se apresentar como uma unidade espiritual integralmente engrenada, ou seja, quando uma conduta for praticada nomeadamente, por

---

<sup>237</sup> DIAS, Jorge, 2004, p. 604.

<sup>238</sup> Homem médio na acepção de generalidade dos cidadãos (CORREIA, op. cit., p. 448).

<sup>239</sup> Expressão utilizada por CORREIA, op. cit., p. 453.

<sup>240</sup> DIAS, Jorge, 2004, p. 604.

motivo de paixão, ou anteceda uma circunstância que embaraça o agente, de maneira que diminua a concernente liberdade na formação da sua vontade, tendo em vista que ele atua somente em razão daquele estado emocional, quando conjugado como um motivo explicável, transportarão na supressão da culpa.

Portanto, e por tudo que foi exposto acima, ainda que de forma sucinta, podemos concluir que os elementos substanciais do crime, quando componentes de um fato ilícito e da culpa, somente irão influenciar numa maior ou menor austeridade daquele primeiro, enquanto as circunstâncias dirimentes podem motivar a exclusão da ilicitude ou da culpa, de acordo com cada caso concreto. Assim sendo, consolidamos segundo Figueiredo Dias<sup>241</sup>, as peculiaridades entre as reais causas de exclusão da culpa (a inimputabilidade) e a mera causa da desculpa (as subseqüentes da inexigibilidade). Isto posto nos despacharemos para o que deve ser apostilado acerca do tema de controvérsia deste estudo.

---

<sup>241</sup> DIAS, Jorge, loc. cit.

#### **4. INFANTICÍDIO: JÁ NASCE PRIVILEGIADO NO PLANO DO ÍLICITO OU NO PLANO DA CULPA?**

Conforme já aludimos acima, a base do privilegiamento do crime de infanticídio atualmente se acosta no ilícito típico próprio, que estabelece, um tipo privilegiado tipicamente autônomo em relação ao tipo basilar do crime de homicídio. Entretanto, a doutrina majoritária portuguesa<sup>242</sup> prefere confirmá-la no âmbito da culpa, recorrendo por uma menor exigibilidade, igualmente à que foi defendida no crime do art.º 133.º. Data vênua arriscaremos a entender esse litígio.

Primeiramente cumpre lembrar que o crime de infanticídio é um tipo privilegiado autônomo em relação ao crime de homicídio presentemente. Embora tenha o mesmo núcleo contido neste último delito, qual seja, a conduta de matar, o legislador, por compreender que a parturiente obra sob a influência de alterações físicas e psíquicas decorrentes do estado pós-parto, conferiu-lhe um aparelho próprio, por haver uma alimentação mais amena, e, por conseguinte, diferenciada no Código Penal português.

Deste modo, o tipo demanda para a concessão do privilégio a verificação da incidência da influência puerperal concomitantemente com o lapso temporal, ou seja, o preenchimento das elementares, a despeito das quais, somente assim nos autoriza passar a falar em semi-imputabilidade ou imputabilidade diminuída, ou ainda em uma menor inexigibilidade. Com efeito, como já observamos, o art. 136.º oferece um privilégio à genitora que mata seu próprio filho, sob as determinadas circunstâncias deprecadas pelo tipo, mas nos implica esclarecer agora, de maneira a tentar aproximar e admitir a melhor interpretação a ser dada ao tipo, se o embasamento do privilégio concedido há de sobrevir em um menor grau de culpa do agente ou em uma menor ilicitude do fato, tendo em vista que esta questão nem sempre é assentada pela doutrina, com a nitidez imprescindível que aquele depreca.

Assim sendo, salientamos desde já que Figueiredo Dias e Nuno Brandão<sup>243</sup> defendem fielmente o fundamento do privilegiamento deprecado pelo direito positivo

---

<sup>242</sup> Designadamente como Nuno Gonçalves Costa, Leal-Henriques, Simas Santos, Silva Dias, Margarida S. Pereira e Pinto Albuquerque.

<sup>243</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 169.

contemporâneo, que apresenta o art. 136.º do CP como um ilícito típico autônomo, ou seja, com palco de privilegiamento próprio, e se deste modo não fosse, em termos meramente ordenados, segundo os mesmos, não se abonaria a codificação autônoma daquele crime em relação ao homicídio privilegiado materializado pelo art.133.º do mesmo Diploma Legal. E ainda vão mais longe, ao invocarem uma possível violação do princípio da legalidade, se fossem acolher uma invocação do privilégio ao plano da culpa, pois isto provocaria deprecar um juízo autônomo de menor exigibilidade, e à qual não se descobre validamente materializado.

Entretanto, parece ser esse entendimento que pende a argumentar e explicar o privilegiamento do infanticídio com base em um menor peso do ilícito, algo muito difuso e ao qual a doutrina majoritária não admira. Com efeito, antecipadamente já ponderava Nuno Gonçalves Costa<sup>244</sup>, que qualquer tática argumentativa direcionada a fundear o privilégio do tipo somente numa menor gravidade da ilicitude do fato, encontrava-se, previamente, voltada ao naufrágio, em atenção às informações fornecidas pelo ordenamento e às concepções ministradas pela Ciência do Direito<sup>245</sup>, conforme verificamos no capítulo anterior.

Realmente devemos concordar que a elementar do tipo, a influência perturbadora do parto que entra em conflito com o bem jurídico protegido, vida de um recém-nascido, para basear o privilégio daquele, defendendo que desta maneira tão-somente poderia estruturar-se na asseveração de um menor nível de ilicitude do fato, o que pondera implicitamente uma declaração de que a importância da vida do filho é inferior, afigura de antemão, incabível, se colocada desta forma.

Destarte, relembremos sucintamente o que foi dito no capítulo antecedente quanto ao tipo de ilícito e ao tipo de culpa. No que pese ao palco de aplicação do primeiro, estão abarcados todos aqueles elementos responsáveis por delimitar os bens jurídicos merecedores de proteção, assim como também o nível de atuação da conduta que deve ter sítio e quais as especificidades de repressão sob seu âmbito, ou seja, o tipo de ilícito é o responsável por determinar de forma expressa os elementos de um delito que se apregoa a essência do impedimento da respectiva norma jurídica penal. Em contrapeso, a incumbência do tipo de culpa está demandada na caracterização daquelas conjunturas que

---

<sup>244</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 186.

<sup>245</sup> Esta ciência nos permitiu uma operacionalização dogmática, com o objetivo de diversificar os rudimentos respeitantes ao tipo de culpa e os respeitantes ao tipo de ilícito, conforme efetuados no capítulo anterior, e os quais deveremos ter em apreço neste capítulo, para melhor compreendermos algumas questões.

perpetram com que a vontade interna do agente, manifestada na conduta, abrolhe com uma maior ou menor censurabilidade, isto é, a este tipo incumbe o papel de cumprir a individualização dos elementos da pretensão interior do autor despontada no ato, com a maior clareza possível, perante o Direito<sup>246</sup>.

Logo, conforme já verificamos, este tipo privilegiado de homicídio não apresenta uma afronta menos intensa do bem jurídico protegido, assim como também não possui um objeto de atuação distinta, e muito menos um nível menos grave de efetivação do fato, e ainda podemos afirmar, de certa forma, que nem mesmo apresenta uma particular modalidade de repressão, em relação ao art. 133.º do CP. Em verdade, se equacionamos desta maneira, podemos ultimar que o art. 136.º possui o mesmo ilícito do âmbito no qual se depara o homicídio privilegiado previsto no art. 133.º, tendo em vista que a avaliação da irregularidade da conduta daquele tipo em relação à regra é precisamente a mesma que se confere neste homicídio. Desta maneira, dependerá antecipadamente, para realmente se determinar qual tipo irá incorrer de um conhecimento dos elementos relativos ao tipo de culpa e relativo ao tipo de ilícito, e se eles definem ou não uma agravação ou uma atenuação do comedito daquela afronta à norma.

Neste contexto habita uma distinção fundamental de autoridade entre os tipos privilegiados dos arts. 133.º e 136.º do CP a que devemos aludir. No primeiro há uma exigência de comprovação da sensível diminuição de culpa, para além da incidência de uma das circunstâncias mediante a um determinado relativismo, previsto pelo mesmo, ou seja, aquela diminuição de culpa deverá ser verificada em concreto, enquanto o segundo tipo abandona esta comprovação e não aceita, tampouco, que constitua colocar em razão a elevação de menor culpa que estabelece, tendo em vista que a lei admite o ilícito-típico, como tese de privilegiamento.

A situação excepcional em que a agente possa a vir se encontrar no momento da prática do fato é o que fundamenta esta moldura penal abrandada, isto é, o ordenamento jurídico em vigor acata a possibilidade de o Estado Puerperal provocar na autora um transtorno psicológico agitador, capaz de ocasionar uma competência de determinação enfraquecida, no momento em que ela deveria decidir agir em conformidade com o direito. Deste modo, uma vez comprovado que a mãe operou sob a influência perturbadora do parto, e dentro do lapso temporal que consideramos razoável, a lei autoriza a aplicação deste tipo penal privilegiado, previsto no art. 136.º do CP.

---

<sup>246</sup> Sobre esta distinção, veja de forma mais detalhada no capítulo antecedente.



Já possuímos o conhecimento que é esta situação excepcional em que a genitora possa a vir se encontrar no momento da perpetração do fato, a responsável por ocasionar em determinados fatos uma situação de descontrole emocional ou até mesmo uma completa destruição do poder de decisão sobre a conduta praticada, ainda que momentâneo, o que pode governar numa possível exclusão de culpabilidade no caso; devemos ter em conhecimento a partir de agora, o esquema de um paralelo entre a excludente de ilicitude e de culpabilidade, do crime em tela. Nesta gerência, Teles promove sua posição nos seguintes termos: “*que há incompatibilidade entre o infanticídio e uma cláusula de exclusão da ilicitude. A legítima defesa é absolutamente incompatível. O estado de necessidade, igualmente seria impensável, a não ser numa situação de perigo, como num incêndio na maternidade, em que mãe venha a abandonar o recém-nascido, salvando sua própria vida. Essa excludente incidiria independentemente de estar ou não a mãe sob a influência do Estado Puerperal, aplicando-se, pois, tanto na hipótese do homicídio quanto na de Infanticídio, ou de qualquer outro crime. A culpabilidade, entretanto, deve ser bem examinada pelo julgador. Considerando, imputável a mãe, pode ocorrer que ela venha a atuar sem a consciência da ilicitude ou que não possa, em determinadas circunstâncias dela exigir outra conduta*”<sup>247</sup>.

Em termos próximos, Nuno Gonçalves da Costa<sup>248</sup>, fundamentava o privilegiamento do delito em questão, numa culpa do agente *sensivelmente diminuída*<sup>249</sup>, e presunçosa pela legislação, tendo em vista que para ele uma vez que fossem conferidas as conjunturas tipificadas no tipo, elas eram tomadas como indicadoras de uma culpa desencadeada. Efetivamente, “*as circunstâncias atenuantes qualificativas que especializam o infanticídio privilegiado perante o simples homicídio são, todas elas, elementos da culpa e não da ilicitude. Por isso pode dizer-se que o art. 137.<sup>o250</sup> é, antes de mais, um tipo de culpa (Schuldtypus)*”<sup>251</sup>. Os elementos da culpa a que este autor se refere são aqueles três elementos referidos no capítulo antecedente<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> SILVA, Anastácio, 2013, p. 67.

<sup>248</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 191.

<sup>249</sup> Compartilham deste mesmo entendimento os doutrinadores Raul Soares da Veiga e José de Sousa Brito, quanto a uma culpa diminuída da autora como base de privilegiamento do preceito (COSTA, Nuno, loc. cit.).

<sup>250</sup> Atual artigo 136.º do Código Penal português.

<sup>251</sup> COSTA, Nuno, op.cit, 192.

<sup>252</sup> Quais sejam os elementos da culpa objetivamente configurados, os elementos da culpa subjetivamente configurados e os elementos da atitude interna, sendo que o crime de infanticídio somente codificou os dois primeiros elementos na sua disposição. Visualize de forma mais detalhada no 3.º capítulo, p. 78 infra.

Devemos referenciar neste ponto que o tipo de crime abrange, em sentido amplo, tanto aqueles elementos da ilicitude como aqueles elementos da culpa, isto é, inclui todos os elementos que são dignos de receber uma punição, e os quais deverão ser diferenciados entre si. Igualmente, entende Souza e Brito<sup>253</sup> que as prevenções dos ordenamentos incriminadores, apresentam circunstâncias de fato que motivam ou graduam a ilicitude material e elementos de fato que motivam ou graduam a culpa.

Deste modo, poderíamos afirmar de forma genérica que os elementos de culpa objetivos estariam configurados com aqueles sujeitos próprios, deprecados pelo artigo, quais sejam mãe e filho, assim como também aquela dicção “*durante ou logo após o parto*” configuraria outro elemento objetivo. Entretanto, conforme esclarecido no 2.º capítulo deste trabalho, a referência “*durante o parto*” institui antes um pressuposto delimitador entre os campos de aplicação do crime de aborto e de infanticídio, não possuindo desta maneira uma aceção autônoma para fundamentar o privilégio, razão pela qual deve ser interpretada de forma mais restritiva. Sem razão e contrariamente a esta interpretação se apresenta Martin Schubarth<sup>254</sup>, “*para quem a expressão ‘durante o parto’ do art.116 do StGB suíço tem como função exclusiva delimitar a especial situação atenuante da culpa, nada se podendo deduzir dela para a fixação do início da vida formada*”<sup>255</sup>.

A respeito da locução *logo após o parto*, devemos ajustar neste ponto, sobre aquela tal circunstância que mencionamos no segundo capítulo, sobre a decorrência de um lapso temporal maior, uma vez que a convivência é um ótimo aparelho para poder se criar uma maior relação de afinidade e proximidade entre mãe e filho, se deste modo acontecesse, a conduta da agente governaria a ser mais censurável. Em contrapartida, se o ato for perpetrado mesmo imediatamente ao parto, inexistindo aquela relação afetuosa entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, podemos ponderar deste modo que tal conjuntura é uma contribuição para tornar a conduta da agente menos censurável. Pois, esta determinação de dar fim à vida do próprio filho nesses casos poderia se formar de uma maneira mais fácil, tendo em vista que é menor a intensidade das intimidações a

---

<sup>253</sup> BRITO, José Sousa e. Sentido e Valor da análise do crime; Texto de apoio de Direito Penal T.I. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade de Lisboa*, v. 4, p. 81, 1989.

<sup>254</sup> COSTA, Nuno, 1989, p. 197.

<sup>255</sup> Devemos esclarecer que normalmente é procedimento generalizado, nos ordenamentos dos países que mencionam a ocorrência do fato durante o parto, estabelecer um limite da vida já formada a partir do delito infanticídio (COSTA, Nuno, loc. cit.).

ultrapassar; sendo assim, o elemento objetivo da culpa exige que a conduta típica se faça dentro do período que podemos compreender incluído no “*logo após o parto*”.

Do mesmo modo que a influência perturbadora do parto, à qual a legislação alude como motivação da autora, deve ser qualificada como elemento subjetivo da culpa, desde que aquela circunstância tenha sucedido realmente sobre o procedimento de formação de vontade da agente ou na ausência desta. Portanto, efetivamente, para Nuno Gonçalves da Costa “*as questões levantadas por estes dois elementos devem ser encaradas ao nível sistemático da culpa, pois constituem o núcleo fundamental da norma atenuante, baseada, como se viu, na presunção de uma menor culpabilidade do agente*”<sup>256</sup>.

Outra realidade censurada no 2.º capítulo, que também devemos trazer à baila neste ponto, é a crítica formulada por Leal Henriques e Simas Santos<sup>257</sup>, sobre a decadência do critério fisiológico que se alicerça em último juízo na imputabilidade diminuída, tendo em vista que aquele critério deprecia o dolo, entretanto no contorno de vontade contaminada, pelas agitações decorrentes da influência do estado puerperal. Nesta circunstância, como podemos aceitar que a genitora agiu com dolo, que deprecia vontade no contorno facultativo e consciente, estando sob a influência de um transtorno psíquico, que não lhe consente perceber a ilicitude de seu ato ou percebe-la apenas parcialmente!?

Efetivamente citamos Heleno Fragoso, que se apresenta especialmente como um verdadeiro crítico das ordenações que atribuem a este delito uma autonomia, pois para ele o infanticídio é “*nos dias atuais que correm, uma figura de delito que dificilmente encontra justificação, sendo notável a discrepância de critérios que as legislações adoptam. O motivo de honra, que historicamente confere privilégios ao homicídio, evidentemente não mais se justifica em face da revolução de costumes de nosso tempo em matéria sexual e da emancipação da mulher. Por outro lado, a influência do estado puerperal, só excepcionalmente poderia atenuar a reprovabilidade da acção praticada pela mãe*”<sup>258</sup>.

Nestas situações, a lei efetivamente admite a censurabilidade diminuída<sup>259</sup> do fato, em razão dos componentes unidos à própria autora do ato, ou seja, por seu estado

---

<sup>256</sup> COSTA, Nuno, op. cit., p. 195.

<sup>257</sup> Visualize melhor esta crítica na p. 52 do 2.º capítulo deste estudo, em referência a LEAL-HENRIQUES; SANTOS, 2000, p. 172.

<sup>258</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 54. v. I.

<sup>259</sup> Nomeadamente citamos o *Ac. do STJ* de 96/03/06, proc. n.º 47246, o qual dispõe: *1. Face ao art. 20.º n. 1 do C. Penal de 1982, a determinação da inimputabilidade está condicionada à existência de um*

psicológico, que governa numa menor capacidade de determinação e de incapacidade para diferenciar o bem do mal, em consequência do transtorno decorrente do parto, ou ainda, por força daqueles elementos intimidadores, verificados pela ausência de afabilidade entre mãe e filho, no momento da prática do fato, conforme salientam Leal Henriques e Simas Santos<sup>260</sup>. Todavia, eles também advogam no sentido de fundamentar o privilégio idealizado pela lei numa menor culpabilidade do agente, e não na ilicitude do fato, como pretende Figueiredo Dias e Nuno Brandão. Com efeito, “*nestas situações a degradação da culpa presume-se, ou seja: verificados os condicionalismos legais, a atenuação da responsabilidade desencadeia-se imediatamente, sem necessidade de demonstração de que houve efetivamente, no caso concreto, menor grau de culpa, como sucede nos casos do art.º 133.º*”<sup>261</sup>, em harmonia com o que empregou Nuno Gonçalves Costa. Logo, podemos ultimar que para Leal Henriques e Simas Santos a ação da mãe nos marcos deste delito, não é suscetível criminalmente de censura.

Fernando Silva<sup>262</sup> manifesta em sentido parcialmente oposto a esta impossibilidade de censura no âmbito do art. 136.º. Pois, para ele a mãe ainda conserva a sua capacidade para se determinar pela atuação naquele sentido, sendo por isso habilitada para receber censura, ainda que de forma diminuída, desde que a mesma seja competente para identificar ou possuir a consciência da ilicitude da ação. Com implicação, ele baseia sua interpretação, no desgaste que o parto pode ocasionar na genitora, contornando-a sobremaneira, de forma mais desprotegida aos desequilíbrios psíquicos, gerando forte probabilismo de a mesma operar tal comportamento, que se em outras conjunturas não seria competente de perpetrar. Em outras palavras, isto significa, que a influência psicológica sofrida pela agente a assenta numa circunstância de menor capacidade de decisão em agir conforme o direito, razão pela qual o autor em questão intercede que a censura que lhe vai ser dirigida deve ser menos intensa.

---

*pressuposto biológico – anomalia psíquica – e de um outro, psicológico – incapacidade para avaliar a ilicitude do fato ou determina-se de acordo com esta avaliação. 2. A lei não regulamenta para o caso de o arguido, não declarado inimputável, ainda ter a capacidade para avaliar a ilicitude do fato e para se determinar de acordo com essa avaliação, não sensivelmente diminuída, mas em todo o caso de algum modo diminuída. 3. Nessa situação, pode haver casos em que a diminuição da imputabilidade conduza a não atenuação ou até mesmo à agravação da pena. 4. É o que sucede no caso de infanticídio, que resulta de o arguido ter agarrado o pescoço da vítima, ter apertado com força e ter provocado asfixia, porque ela não parava de chorar e para acabar com este choro (LEAL-HENRIQUES; SANTOS, 2000, p. 178).*

<sup>260</sup> LEAL-HENRIQUES; SANTOS, op. cit., p. 175.

<sup>261</sup> Ibid., p. 176.

<sup>262</sup> SILVA, Fernando, 2011, p. 137.

Entretanto, este mesmo autor reconhece que a energia da perturbação psicológica que cobre a genitora pode ter tamanha força que lhe surrupie toda a sua capacidade de determinação, reconhecendo, desta maneira, que, nesses casos, ela operou sem culpa, uma vez que o crime de infanticídio consagra um tipo de culpa com base na situação de a mãe ser deparada por um transtorno psicológico ímpar, que somente numa condição específica, exclusiva e com a brutalidade como a de um parto, poderia ser capaz de gerar.

Todavia, Fernando Silva<sup>263</sup> também encosta o fundamento do privilegio do art. 136.º numa menor culpa da agente. Efetivamente ele escreve: “*O fundamento do privilegiamento é a menor culpa da mãe, proveniente da diminuição das suas capacidades provocadas pelo parto, podendo comparar-se a situação da mãe a um estado de semi-imputabilidade, causando uma reação instintiva. A mãe só atua porque se encontra nesse estado de perturbação. Por esse motivo, não podem concorrer na atuação da mãe outros fundamentos. A vontade de matar nasce, originária e exclusivamente, do estado puerperal da mãe*”<sup>264</sup>.

Silva Dias<sup>265</sup>, ao compor o time da doutrina majoritária completa-o de forma significativa, ao aclarar o argumento de Nuno Gonçalves Costa, sobre a desnecessidade de comprovação de um abrandamento da culpa. Porquanto ele mesmo apostila que, embora o crime de infanticídio, em sentido amplo, não depreque um pressuposto de “*diminuição sensível da culpa*”, precisamos perceber que aquele estado puerperal já possui tal intensidade capaz de reger por si só um importante abatimento de culpa, ou seja, devemos compreender que esta já é uma consequência daquela perturbação psíquica.

Sabemos que, de um jeito ou de outro, esta consequente diminuição de culpa ocasionará também como resultado uma constrição ou uma atenuação na competência de entendimento e de justificação da autora. Deste modo, embora Silva Dias também fundamente o privilégio no especial tipo de culpa, ele distingue duas causas possíveis, com imputações distintas. “*No caso da causa endógena esse estreitamento ou redução assemelha-se a uma semi-imputabilidade accidental, não recondutível todavia ao art. 20.º n.º 2. No caso da causa exógena, a diminuição daquela capacidade resultará da aflição psíquica que provoca na mulher o temor da reprovação social, o medo de ser descoberta, ou o pânico causado pelas condições de abandono e desamparo em que o parto tem lugar, determinando uma menor exigibilidade de um comportamento conforme ao*

---

<sup>263</sup> Ibid., p. 136.

<sup>264</sup> SILVA, Fernando, loc. cit.

<sup>265</sup> DIAS, Augusto, 2007, p. 47.

*Direito*<sup>266</sup>. Devemos, neste ponto, ilustrar mais uma vez, o que defende Figueiredo Dias sobre *o temor de reprovação e estigmatização social*<sup>267</sup>, e quanto à possibilidade de ser levado em conta como fator exógeno categórico daquela influência no atual art.136.º, e não mais como ensejo autônomo e alternativo em relação ao estado puerperal, que foi abolido pela revisão de 1995, conforme abordado no 2.º capítulo.

Pinto de Albuquerque<sup>268</sup> também defende que a incriminação do infanticídio, que nada mais é do que um simples homicídio privilegiado, no seu entender deve possuir como base alicerce de seu privilégio uma tese de culpa destacadamente diminuída pela influência perturbadora do parto, pois esta se apresenta para ele como um pressuposto especial do tipo de culpa, e invoca Eduardo Correia e Nuno Gonçalves Costa<sup>269</sup>, para justificar respectivamente uma imputabilidade diminuída, como consequência de uma circunstância exógena que diminui sensivelmente a culpa da autora.

Efetivamente, Pinto de Albuquerque<sup>270</sup> adverte que esta configuração de empreendimento de delinquência é somente um modelo *especialíssimo* do delito de homicídio privilegiado, conforme debateremos melhor no item seguinte. Entretanto, ele reconhece também que o art.136.º possui uma especialidade que aquele não tem, qual seja a exigência de não poder ser operado por quaisquer pessoas, dependendo de uma relação específica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, ou seja, uma relação de maternidade. De fato este doutrinador defende por suas palavras que o infanticídio “*trata-se, pois de um crime específico improprio a dois títulos: primeiro, porque a relação especial não fundamenta o ilícito e, segundo, porque a relação especial não agrava in casu o ilícito, antes o efeito agravante da relação especial é neutralizado pela consideração da culpa diminuída do agente*”<sup>271</sup>. Podemos, ultimar mediante a interpretação deste doutrinador, que aquele mencionado contrassenso, existente no tratamento quanto à relação de descendência, no 2.º capítulo, entre o agravamento desta pelo homicídio e a atenuação desta mesma relação pelo infanticídio, é relevada pela culpa diminuída da agente.

De forma acentuadamente crítica, Margarida S. Pereira defende que a penalização da mãe alterada psicologicamente pelo parto, que mata seu próprio filho, é uma tipificação atribulada pela gravidade que apresenta a verificação e comprovação de uma

---

<sup>266</sup> DIAS, Augusto, 2007, p. 48.

<sup>267</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 169.

<sup>268</sup> ALBUQUERQUE, 2010, p. 420.

<sup>269</sup> Ibid., p. 421.

<sup>270</sup> Ibid., p. 420.

<sup>271</sup> ALBUQUERQUE, 2010, p. 421.

ausência de culpa, e não do ilícito. Com decorrência, ela assevera que “*quando isto ocorra, não é excludível um infanticídio desculpado por inimputabilidade momentânea. Atrever-me-ia a dizer que é mais provável uma situação de desculpa do que uma agressão à criança com culpa menor, nestes casos de infanticídio praticado pela mãe puérpere durante ou logo a seguir o parto. Para eles, a tipificação do infanticídio é perversa, pois esbate a acuidade com que deverão analisar-se casos-limite, que serão de ausência de culpa*”<sup>272</sup>. Deste modo, podemos graduar que a autora compreende que este crime privilegiado se funda por meio das elementares privilegiantes previstas no preceito, existindo desta forma uma exigibilidade diminuída de comportamento diferente, e não uma imputabilidade diminuída.

Por conseguinte, segundo Figueiredo Dias<sup>273</sup>, inevitavelmente, mesmo que abrigássemos no momento uma qualidade de *presunção de culpa diminuída* da autora, quando ela operasse nos precisos termos definidos no artigo, a legitimidade dogmática seria pelo menos inacreditável. “*A tudo isto acresce, com importância decisiva, que a construção dos crimes contra a vida a partir de um duplo fundamento dá origem às maiores dificuldades dogmáticas e pode constituir raiz de soluções de problemas concretos incorretas e inadequadas*”<sup>274</sup>. Portanto, como tudo aquilo que está em volta do crime de infanticídio, este item também não poderia ser diferente e findar-se de forma pacífica e sem dúvidas. Só nos resta, deste modo, nos administrarmos a uma possível, mas também não pacífica resolução ou saída desta magnífica problemática, a seguir.

#### **4.1. O sufrágio pelo desaparecimento de uma norma sem pertinência**

Claro que na altura em que nos encontramos neste estudo, já podemos perceber que praticamente tudo que está à volta do crime de infanticídio é intrigante e duvidoso, tanto quanto à sua finalidade específica como quanto à sua estrutura sistemática. De fato, será que suavizar a culpabilidade criminosa da genitora infanticida, quando acometida pela influência perturbadora do parto, consagrando-lhe um tipo próprio, alcança aquele objetivo específico da norma? Por que não integrar este delito do art. 136.º ao homicídio privilegiado do art.133.º? Desde já, passamos a tentar ponderar estas questões de forma sucinta.

---

<sup>272</sup> PEREIRA, 2008, p. 173.

<sup>273</sup> DIAS, Jorge, 2012, p. 170.

<sup>274</sup> Ibid., p. 5.

Primeiramente, devemos relembrar que a estrutura penal do art. 136.º é praticamente a mesma do art. 133.º. Tendo em vista que ambos possuem o mesmo *quantum* de pena a aplicar, qual seja, de 1 a 5 anos de prisão, para além das duas figuras admitirem a forma tentada. Diferenciando-os entre si, digamos assim, apenas pela falta de necessidade de comprovação de uma sensível diminuição de culpa, conforme referimos acima. Deste contorno, o que se implica aparentemente é apenas um ajustamento das ciências de valores, sob os fundamentos de emprego, ou seja, se passarmos a versar também a conduta em que a culpa da autora esteja enfraquecida no infanticídio, nos precisos termos da sensível diminuição de culpa do art. 133.º do CP, relevaríamos de forma abstrata a possibilidade de se incluir o art. 136.º ao rol do art. 133.º, ou no mínimo revelaríamos uma impertinência de um tipo penal autónomo.

Outra questão semelhante que nos assombra é aquele sentido das cláusulas de compreensível emoção violenta ou de desespero poderem ser aptas a englobar a conduta perturbada da mãe, proveniente de um parto. Destarte, relembramos o conceito destas duas cláusulas. Sucintamente, a compreensível emoção violenta é basicamente um sentimento tão intenso que a autora não consegue agir em conformidade com seus anseios, ou não consegue se controlar diante da tensão a que foi colocada. Sendo que a definição de *compreensível* engloba uma larga discussão quanto aos critérios a serem adotados, razão pela qual não nos autoriza discuti-los aqui novamente, tendo em vista que já foi feito em capítulo próprio. No desespero, a agente opera pelo domínio do circunstancialismo angustiante em que ela se encontra intrincada, provocado por uma situação insuportável, ou seja, o desespero, por si só, já é um estado emocional capaz de afetar a agente a volver uma conduta menos exigível, tendo em vista que sua capacidade de compreensão está afetada. Assim sendo, podemos caracterizar que enquanto na primeira cláusula existe uma violação da capacidade normal de uma pessoa avaliar seu comportamento e suas vontades estão corrompidas, no desespero há uma conglobação de tensão, que conduz a agente às condições emotivas de natureza passiva<sup>275</sup>. Logo, nos toa que estas duas cláusulas apresentam propensão para agregar a elementar influência perturbadora do parto.

Neste contexto, Pinto de Albuquerque advoga no sentido que “*esta forma de cometimento do crime é apenas uma modalidade especialíssima do crime de homicídio privilegiado, constituindo o estado de perturbação da mãe uma modalidade da «emoção*

---

<sup>275</sup> Visualize melhor a definição destas cláusulas no segundo capítulo deste estudo a partir da p. 31.



*compreensível» da agente*<sup>276</sup>. Deste modo, se graduamos que os efeitos do parto ocasionam uma perturbação enorme na mãe, podemos dizer que, de certa forma, ela está compreendida por uma determinada compreensível emoção violenta sim. Ou se assim, não entendem os aplicadores do direito porque não poderíamos entender subsidiariamente que este estado puerperal provoca um desespero, tendo em vista que esta perturbação possui os mesmos pressupostos normativos de desespero previsto pelo art.133.º do CP?

Neste mesmo baleado, Margarida S. Pereira questiona também se *“haverá algum fenómeno que a natureza humana possa experimentar, mais susceptível de desencadear uma emoção violenta ou um desespero atendíveis para efeito de imputação de uma culpa sensivelmente diminuída, do que um parto que causa grande perturbação”*<sup>277</sup>?

Embora o art.133.º possua um limite de constituição mais restrito quanto a suas cláusulas, acreditamos em anuência com Margarida S. Pereira<sup>278</sup>, que esta limitação não seria capaz de excluir o privilégio concedido ao estado puerperal, levando em conhecimento que existem outras declarações compreendidas pela lei, que estão em busca de uma amplitude interpretativa em conformidade com o intento legislativo, qual seja, de abertura de novos embasamentos de culpa abrandada de maneira especial.

De fato, temos que reconhecer que a terminologia do infanticídio materno é magnífica ao abalizar que permanecem razões de sobra para uma codificação própria e singular do caso em apreço, pelas evidentes dificuldades e ausências de definições, tanto quanto a elementar influenciadora de um estado puerperal quanto ao lapso temporal, conforme verificamos no 2.º capítulo. Pois, uma exposição imprópria, como a sucessiva de um *estado puerperal* e aqueles elementos temporais *durante ou logo após*, desconsidera toda uma perspectiva de boa performance adentro da garantia de uma norma em que a comunidade confia, tendo em vista que todos estes pressupostos realinham uma insegurança, pela ausência de uma definição concreta, ou segundo Malheiros<sup>279</sup>, quando os instrumentos de garantia contenciosos, incluso no ensinamento jurídico, se tornam uma verdadeira *Torre de Babel*, com diretrizes diferenciadas, que geralmente governaram a uma obscuridade.

Nesta acepção, já se despontava Beccaria que *“se a interpretação das leis é o mal, obscuridade é outro dano que a interpretação carrega consigo, e que será ainda maior*

---

<sup>276</sup> ALBUQUERQUE, Pinto, 2010, p. 420.

<sup>277</sup> PEREIRA, 2008, p. 159.

<sup>278</sup> PEREIRA, loc. cit.

<sup>279</sup> MALHEIROS, 2012, p. 174.

*se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o coloque na dependência de alguns poucos, não podendo decidir por si mesmo o êxito de sua liberdade, ou de seus membros. Escritas em uma língua que faz de um livro solene e público um outro quase privado e doméstico*<sup>280</sup>. Deste modo, nossa intenção não objetiva discutir estas questões, que já são polêmicas por si só, mas sim considerarmos como uma possibilidade a inserção do crime de infanticídio num tipo privilegiado de homicídio mais abrangente, uma vez que a consideração unitária daquele delito não obstrui esta inclusão.

Por conseguinte, se deslocarmos o infanticídio, para adentro do núcleo da coletividade, que tem energias para o consentimento de recriminações, normalmente aguardaríamos que aquele delito fosse efetivamente incluso nos princípios orientadores do mapa igualitário, particular deste delito penal em vigência, tendo em vista que a categorização doutrinária do tipo em comento apenas pode ser perpetrada por uma pessoa específica, no caso, a genitora. Entretanto, este contexto esperado por nós seria de fato natural, mas se existissem dentro do crime aqueles elementos pacíficos de concordância, como elementos instrumentais consolidados, que permitissem percorrer a regularidade, sem arranhar os princípios da dignidade humana, como nomeadamente, o da necessidade e da idoneidade, o que não ocorre neste caso.

Desta maneira, podemos ultimar que esta relação entre o delito de infanticídio e sociedade somente contém o aspecto de que aquela regra abriga circunstâncias de funcionalidade. Pois quando uma ocorrência com propagação nos meios de comunicação social faz-se contemporânea, as autoridades competentes já atentam de mostrar serviço e desempenho, principalmente com a demonstração da delituosa para a comunidade, independentemente da constatação de sua condição mental. É assertivo narrar, deste modo, que em casos como estes, as transformações de natureza inimputável ou até semi-inimputável, habitualmente poderão passar desacompanhadas, o que conseqüentemente administrarão numa imputação de um julgamento injusto. Assim sendo, até mesmo com tons de elogios, não existe nada mais natural do que este comportamento, para uma norma que oculta o seu real objetivo, qual seja, o de provocar a consciência social, comumente motivada por aquela regra, que é capaz de proporcionar repugnância no meio social, pelo seu próprio sagrado binômio, criador (mãe) e criatura (filho), instigado pelo adequado *modus operandi*.

---

<sup>280</sup> BECCARIA, 2003, p. 39.

Revela-se Capez sobre o conteúdo acima explorado, a despeito que “a *incriminação de determinada situação só pode ocorrer quando a tipificação revelar-se necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina, ou seja, à concreta e real proteção do bem. Quando a comprovada demonstração empírica revelar que o tipo não precisava tutelar aquele interesse, dado que outros campos do direito ou mesmo de outras ciências tem plenas condições de fazê-lo com sucesso, ou ainda quando a descrição for inadequada, ou ainda quando o rigor for excessivo, sem trazer em contrapartida a eficácia pretendida, o dispositivo incriminador padecerá de insuperável vício de incompatibilidade vertical com os princípios constitucionais regentes do sistema penal.(...) Surge, então, a necessidade de precisa definição do bem jurídico, sem o que a norma não tem objeto e, por conseguinte, não pode existir. Um tipo sem bem jurídico para defender é como um processo sem lide para solucionar, ou seja, um nada*”<sup>281</sup>.

Contudo, é correto, como consideramos ao longo da história do infanticídio neste estudo, que o conceito de menor capacidade de motivação ou de determinação da genitora, pelo Direito ou pelo valor da vida do filho, marcou comparecimento em praticamente todas as codificações típicas, e na maioria das percepções doutrinárias e jurisprudências, sobretudo no Direito mais recente, que a entende como uma incapacidade de fundamentação proveniente de fatores precisos. Uma vez que, segundo Margarida S. Pereira<sup>282</sup>, é esta pré-percepção que se conserva em inclusão ao contemporâneo art.136.º, demandando a comprovação daquela incapacidade para a motivação deste tipo, diferentemente do que ajuíza Fernanda Palma<sup>283</sup>, que considera este delito apenas como um empregador de uma presunção da influência perturbadora da agente.

Parece-nos claro que esta concepção de Fernanda Palma não é de se aceitar, tendo em vista primeiramente que aquela incapacidade possui o mérito de sediar na culpa concreta o privilégio do tipo, e em segundo lugar, é justamente esta definição da genitora puérpere poder comparecer com uma menor competência de decisão pelo valor da vida do filho, a responsável em grande parte por adjudicar e manter a exposição jurídica autônoma a essa realidade, embora outro tipo penal possa fazer. Deste modo, a legislação entende que a subsistência do art. 136.º se funda também numa menor culpa típica da mãe, ou seja, uma atenuação específica pela sensibilidade de motivação pelo respeito à

---

<sup>281</sup> CAPEZ, Fernando. *Direito Penal – Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

<sup>282</sup> PEREIRA, 2008, p. 161.

<sup>283</sup> PALMA, 1983, p. 87.

vida do filho. Em outras palavras, a lei percebe que a convivência familiar não está constituída no momento em que opera a autora, e não quer puni-la de maneira injusta.

Compadece da razão que a Lei apresenta Maia Gonçalves, embora ela também reconheça que o art. 136.º incumbiria adentro da cautela geral do art. 133.º do CP. Com efeito, *“no entanto, o tipo está aqui limitado, tanto temporalmente como pela exigência específica de a ação ser praticada por a mãe se encontrar perturbada por efeito do parto, tudo isso como índice de uma forte diminuição da culpa”*<sup>284</sup>.

Outra justificação que não podemos deixar de asseverar pelo custeamento da norma em apreço é a apontada por Margarida S. Pereira que o *“principio de que não vem mal jurídico ao mundo em sublinhar este aspecto tipificando o infanticídio, coisa que poderia não ter feito (obtendo ainda o mesmo resultado por via do art. 133.º) acolhe-o mais uma vez a legislação penal. E esse, é verdadeiramente questionável”*<sup>285</sup>. Assim como também é de arguir a adição de Souza e Brito<sup>286</sup> a esta justificativa, sobre a necessidade do crime de infanticídio conservar-se codificado, sob pena de seu banimento acordar consequências que não podemos presumir.

Pensamos que tal receio de Souza e Brito se deve à possibilidade do aniquilamento da figura do infanticídio como figura própria, de conduzir a uma maior consideração de censurabilidade ou perversidade quanto à genitora, conforme a alínea *a*) do art. 132.º do CP. Todavia, a intenção do legislador, ao inserir o estado puerperal como elementar do tipo privilegiado, foi no intento de abarcar, segundo Almeida Jr. e Costa Jr., a *“mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho. De um lado, nem alienação mental, nem semialienação (casos estes já regulados genericamente pelo Código). De outro, tampouco a frieza do cálculo, a ausência de emoção, a pura crueldade (que caracterizariam, então, o homicídio). Mas a situação intermédia – podemos dizer, até, ‘normal’ da mulher que, sob o trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez não desejado, e temido, de suas entranhas”*<sup>287</sup>. Em outras palavras podemos pronunciar que, se a mãe opera mediante uma

---

<sup>284</sup> GONÇALVES, 2007, p. 541.

<sup>285</sup> PEREIRA, 2008, p. 176.

<sup>286</sup> PEREIRA, loc. cit.

<sup>287</sup> ALMEIDA, Jr, A.; COSTA, JR, J. B. de O. *Lições de Medicina Legal*. 16. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979, p. 382.

culpa comprovadamente atenuada, não há razão para agravá-la por uma presunção antagônica, sob afronta do princípio da legalidade, o qual não nos apetece.

Ou de outro modo, efetivamente podemos nos governar a uma solução mais drástica desta, apontada por Margarida S. Pereira: *“Eu creio que neste caso o infanticídio tipificado é nocivo, porque, decerto malgré lui-memê, generaliza uma falsidade; a mãe não é tendencialmente vulnerável à pouca percepção da alter idade do filho, a ponto de ter para com ele comportamentos agressivos muito graves; pode sê-lo, o que é muito diferente. Laborando nesse equívoco, a lei perpetua o preconceito da menor capacidade da mulher – da menor capacidade de motivação pelo Direito da mulher que acaba de ser mãe. Era mais correto extirpar estes casos expressamente da alínea a) do art. 132.º. O perigo de descambamento nesse extremo desapareceria assim, consolidando as probabilidades de ingresso no art. 133.º, que aliás, correspondem à forma correta de entender a lei”*<sup>288</sup>.

Desta feita, embora muitos doutrinadores advoguem no sentido do sufrágio pelo desaparecimento do crime de infanticídio, averiguamos que ele ainda se encontra estanciado nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo, como nomeadamente o da Bolívia, que ainda preserva o motivo de honra, e do Paraguai, que já o englobam como tipo privilegiado do homicídio simples, embora outros países como a Inglaterra e a Turquia já tenham suprimido qualquer referência ao delito em questão, conforme podemos testemunhar através do anexo B. Este referenciado Portugal não pode perder de vista, pois estas considerações e contribuições que podem ser adquiridas de outros experimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, que propuseram resoluções para a problemática do preceito em tela, podem contribuir e muito para um possível estopim de transformações no Direito nacional.

Assim sendo, temos que reconhecer a razão que gradua a doutrina, sobre os problemas que procederiam ao abolir este tipo privilegiado em questão neste momento, em que a ordem jurídica em vigor ainda não engloba tipo equivalente a este, tornando manifesta a ameaça de ilegalidade na readmissão do crime de infanticídio para o âmbito do homicídio simples. Todavia este reconhecimento não nos impede de reconhecer do mesmo modo a manifesta insegurança que o crime de infanticídio transmite, assim como também a sua repercussão negativa e sua inadequação social, que fere a dignidade humana da sociedade como um todo, enquanto tipo vigente.

---

<sup>288</sup> PEREIRA, 2008, p. 180.

Nesta relação é certo que todos temos consciência de que o tipo em vigência atualmente é desprovido de segurança técnica, tanto quanto aos pressupostos da elementar quanto aos pressupostos temporais, ou seja, uma total insegurança jurídica do delito em tela. Nesta direção, nos torna conveniente recomendar subsidiariamente a extinção do tipo, uma intervenção legislativa com efemeridade, tendo em vista que seus alicerces assecuratórios são tênues, e também a prevenção daquelas doenças psiquiátricas definidas clinicamente<sup>289</sup>, que estão por detrás do tipo penal, elencado no art. 136.º do CP, evitando desta maneira, pelo menos em parte, o desconcerto total daquele binômio materno fetal, enquanto persistir em vigor. Pois, ao contrário do que pensamos, as duas elementares do tipo não se comportam como verdadeiras garantidoras do delito em explanação, mas sim como posturas legislativas insuficientes, conforme a maneira que vem sendo interpretada.

Indubitavelmente nesta esteira, em 1942, a ausência do *fumus boni juris* do delito em comento, já era objeto de crítica com veemência por Leonídio Ribeiro, ao retratar que, “*mantido o artigo sobre o crime de infanticídio, como está no código vigente, continuaria como letra morta, por falta de elementos técnicos em que se baseie o juiz para sua aplicação. Se vingar o texto, como figura no anteprojeto, novas dificuldades técnicas irão surgir, na prática, tendo em vista que foi mantida a perturbação psíquica, ligada ao Estado Puerperal. Precisamos de leis exequíveis e não de textos teóricos e sem base na realidade*”<sup>290</sup>.

Desta feita, visto toda esta explanação de causas sobre as circunstâncias elementares do delito de infanticídio não constituírem custeamento técnico e jurídico, deixando este tipo despido de garantias, poderíamos articular segundo Malheiros, que desde a entrada em vigor até a codificação hodierna do art. 136.º ele simplesmente não passou “*de uma ficção jurídica, tendo como receptor principal a sociedade e específico a mulher, como sujeito ativo de características próprias, sendo apenas por uma norma penal desconexa de conteúdo e consecutivamente de aplicação*”<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> Formalmente o crime de infanticídio pode ser precavido, com medidas junto àquelas doenças clinicamente definidas, que possam influenciar negativamente na relação mãe e filho, pois as mães portadoras de determinadas doenças psiquiátricas são verdadeiras infanticidas em potencial. Nomeadamente, estas doenças podem ser uma depressão pós-parto, psicoses puerperais, disforia pós-parto, esquizofrenia, dentre outras, conforme mencionadas no 2.º capítulo deste trabalho (MALHEIROS, 2012, p.189).

<sup>290</sup> MALHEIROS, op. cit., p.177.

<sup>291</sup> Ibid., p.185.

Ainda se faz imperioso ressaltar, que previamente já haviam começado a frisar, que nada no regulamento e na história de uma incriminação tem o poder de liberar determinados entendimentos; portanto, a honorabilidade de iniciativas como estas deste estudo já vem de muito e de muitos, como podemos verificar no Anteprojeto de Lei, publicado no DOU, em 2003 e posteriormente nas sugestões no sentido de modificar ou retirar vigência do crime de infanticídio enviadas a CJECP brasileira em 2011, para o Anteprojeto de 2012, respectivamente nos anexos C e D.

Assim sendo, é importante destacar que este estudo não teve como finalidade a descriminalização do crime de infanticídio, pois se assim fosse tornaria inatingível o objetivo da lei, passando a ideia de que o crime compensa e conseqüentemente um descrédito para com a justiça, e ainda tendo em vista que o mesmo permanece em vigor e codificado pelo Código Penal português. Entretanto, foi cogente refletir e discorrer em ações, com o objetivo de sugestões e colaborações no aperfeiçoamento do tipo, com vistas a otimizar a sua aplicabilidade e estrutura sistemática, como nomeadamente, a sua materialização por um tipo penal mais abrangente, respeitando sempre os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Destarte, em sede de conclusão, a cláusula de compreensível emoção violenta do art.133.º, que justifica o seu privilegiamento, quando o agente no momento da prática da conduta ilícita, opera sobre forte e justificável transtorno de seu psiquismo, que transforma sua habilidade de ponderação em decorrência de uma exigibilidade diminuída de desempenho distinto, e a cláusula de desespero do mesmo preceito legal, que do mesmo modo desagrava a culpa do agente, quando ele opera sob o prisma de uma tensão psicológica aglomerada, que o impele de maneira inevitável para o comportamento fora da lei, ainda não alcançaram uma tipologia análoga ao homicídio privilegiado do art. 136.º do CP. Contudo, isto não quer dizer que não possa alcançá-la ou não possa ser.

Terminarei esta ponderação, mencionando o ajuizamento de Jaspers<sup>292</sup>, que “*cada um deve pensar a sua maneira a respeito dos pensamentos que desenvolve*”, para além de ambicionar que a minha dissertação no tocante às questões que aventuramos, estreie mais uma interlocução sobre a estrutura sistemática do crime de infanticídio, que a meu ver fazem jus a novas ponderações, como um todo.

---

<sup>292</sup> “*Chacun doit se comporter à sa manière à l’égard des pensées que je développe – il ne doit pas simplement les accepter comme valables, mais les vérifier – et il ne doit pas non plus simplement les contredire, mais les éprouver, se les rendre présentes et les examiner – culpabilité Allemande*” (PALMA, 2005, p. 247).

Portanto, esperamos que a competência do Poder Legislativo, responsável por transformar planos em regra, e por realizar as alterações que julguem necessárias, o mais breve possível, levem em consideração outros modos de pensar, ainda que longe ou contrários ao que está codificado no texto de lei, para só posteriormente deliberar, com mais conhecimento de causa, a aceção mais apropriada, tendo sempre em mente que qualquer Lei e principalmente o Código Penal é muito importante, capaz de comover quase todos os cidadãos, razão pela qual deve ser artefato de concentração intensa e extenuante, todavia, sem olvidar “*que as leis penais não podem, por si, transformar uma sociedade, mas podem contribuir decisivamente para que ela não perca o seu verdadeiro norte*”<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> VADILLO, Enrique Ruiz. *Os Crimes Contra a Vida no Projecto do Código Penal Espanhol de 1992*. RPCC. Coimbra: Aequitas, 1993, p. 404.



## CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo constatamos que o infanticídio foi talvez um dos delitos que mais se diversificou ao longo da história, não só nos ordenamentos jurídicos nacionais, como também nas legislações estrangeiras, já foi apenado com pena de morte, já se abraçou o critério psicológico (*honoris causa*) e presentemente abraça-se o critério fisiopsicológico (*influência do estado puerperal*). Verificamos, do mesmo modo, que o infanticídio está bem longe de ser uma questão com pacificidade, uma vez que o mesmo é um tópico muito discordante e confuso, pois, afora do competente direito material debatido (*o direito à vida*), discute-se o que induziu a parturiente a cometê-lo, sem esquecer as problemáticas elementares temporais.

No que tange ao critério psicológico que era adotado pelo Código Penal, acertou, de certa forma, o legislador em permutá-lo pelo critério fisiopsicológico na revisão de 1995. Posto que, se a genitora mata o filho para camuflar desonra, desonra em dobro é contornar-se uma homicida. De tal modo, a reputação sexual não pode predominar sobre o direito à vida, afora do mais, as culturas sexuais modernas estão bem distantes do que eram.

Contemos em reconhecer que na atual era em que não se institui uma desonra para a família a mulher não casar virgem, era em que até o competente casamento está desmoronando em desuso, era em que a opinião da família não mais abrange tão-somente a célula basilar composta pela trilogia pai, mãe e filhos, era de progressos científicos na área da precaução à gravidez, não há razão para se falar em motivo *honoris causa*. Deve-se ter em vista que a consideração deste critério psicológico, que atualmente marcou praticamente toda a trajetória de embasamento do crime de infanticídio, se transformou num verdadeiro desacerto entre a lei e a sociedade. Ser mãe solteira hoje em dia não é mais nenhum atentado à moral e aos bons costumes. E, se não desejar engravidar, a pessoa dispõe de técnicas contraceptivas cada vez mais acessíveis e garantidas, como nomeadamente, a pílula anticoncepcional, a pílula do dia seguinte, o anticoncepcional injetável, dentre outros meios contraceptivos eficazes. Além de existir, diariamente, campanhas nos meios de comunicação, instigando o uso dos métodos anticoncepcionais, ou seja, a população está bem ciente sobre do assunto. Portanto, nos dias que correm

ninguém pode se dispensar, narrando que não possuía o conhecimento de que praticar sexo sem utilizar algum meio contraceptivo corria o risco de ficar grávida, pois somente fica grávida quem quer ou quem ostenta o risco de engravidar.

Todavia, na adoção do critério fisiopsicológico, o legislador pecou, de certo modo, visto que nem os clínicos alcançaram ainda uma convenção sobre o que consistiria realmente o estado puerperal, ou pelo menos, uma determinação de quais os sinais e sintomas que a genitora possa vir a apresentar. Em verdade, o que vem se aceitando é que se trata de uma alteração transitória em mulher previamente salutar, mas que sofre um esgotamento de seu juízo moral e uma diminuição de aptidão da compreensão, isto é, constituir-se-ia uma espécie de Perturbação de Estresse Agudo, que deve ser autenticada, por meio de perícia médico-legal. Entretanto, o próprio Estado Puerperal é um prodígio de difícil particularização, que não deixa sequelas, além de poder ser embaraçado com problemas mentais, o que muitas vezes leva os doutrinadores a confundi-lo com o puerpério. Pois, o tal estado puerperal exigido no art. 136.º do Código Penal, para a caracterização do infanticídio, nunca teve sua existência comprovada. Em outras palavras, podemos ajuizar que não existem motivos tangíveis de uma total credibilidade para este critério, encarregando com que o direito, muitas vezes, deixe de ser justaposto de configuração satisfatória para a coletividade, o que ensejou a fazer deste estudo uma intensa crítica ao delito de infanticídio.

Data vênua, a perícia médico-legal constitui, de fato, também um dos maiores problemas para este delito, para além de ser um desafio para os médicos legistas, pois a perícia é estimada como a “*crucis peritorum*”, ou seja, a cruz do perito, pela complexidade e deficiência de definição do quadro clínico, apresentada pela mesma. Por conta disto, o que ocorre na quase totalidade dos casos é o emprego do princípio do *in dubio pro reo*, que prescreve que, na ocorrência de existir um conflito entre o *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito e o *jus libertatis* do réu, a balança deve decair a favor deste, se quiser operar a importância do livre-arbítrio e a autonomia da pessoa humana. Esta presunção da influência perturbadora do parto aponta a ausência de um melhor conhecimento técnico, devido à equiparação do estado puerperal ao puerpério, que são destoantes em todas as diretrizes. Destarte, não podemos deixar de refletir que este critério de presunção de existência, que de certo modo é uma forma de abandonar a prova pericial, é um tanto quanto injusto, uma vez que aparta as probabilidades de análises clínicas de patologias de índole psiquiátrica, que poderiam indicar uma correta

inimputabilidade, mas que, deste modo, continua privilegiando as homicidas com uma pena mais branda, prevista pelo delito de infanticídio.

Esta discussão acerca da real influência do Estado Puerperal no crime de Infanticídio talvez não se finalize tão cedo, pois existe um receio de se tentar penitenciar a mãe, pela frieza do delito, mas em contrapartida, permanece igualmente o respeito aos transtornos que podem incidir na genitora em decorrência do parto, ou seja, a consideração por uma autêntica causa de diminuição de responsabilidade penal.

Por derradeiro, a relativa ausência de delimitação precisa do *inter criminis*, é outro problema. Pois, em relação às elementares normativas temporais “*durante e logo após o parto*”, existe uma falta de demarcação, tanto quanto a falta de definição exata do início do parto, como até onde se estende o período que se compreende como logo após o parto. Por conseguinte, acaba por dividir e intrigar a doutrina ao meio, pois enquanto alguns doutrinadores defendem que a constância do estado puerperal é efêmera, outros defendem um prazo de até oito dias, outros articulam que é imediato ao parto, e, outros inda, nem sequer determinam um prazo para além daqueles que o conectam à duração do puerpério, o que não prospera. Em outras palavras, e em analogia com as elementares temporais “*durante e logo após o parto*”, não existe julgamento unânime ou opiniões convergentes de consistência pétreia, maiormente no que pulsa ao “*logo após*”. Todavia, o melhor norte que devemos seguir é aquele que levou à determinação da duração do estado puerperal à subordinação do julgamento de cada fato concreto, isto é, o crime de infanticídio carece de ser perpetrado no tempo em que durar aquele transtorno, pois se aquele não mais remanescer, não mais poderemos pensar em infanticídio, mas sim em homicídio.

Diante dessas ponderações, percebemos que a mera interpretação do preceito legal não exprime uma autêntica solução do problema, sendo essencial acolher as heterogeneidades particulares, afiançando a intimidade e a identidade da pessoa, para que não se contorne como uma peça de intervenções inconvenientes. Em virtude disso, restou evidente que a adoção do delito em tela, como tipo autônomo, calcado no critério fisiopsicológico do estado puerperal, tem ensejado o surgimento de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais, que somente vêm a contribuir para o quadro de incerteza jurídica existente em Portugal.

As divergências acerca do fato dos alicerces privilegiantes do crime de infanticídio se acostarem no ilícito típico próprio ou no tipo de culpa, também não encontram pacificidade. Todavia, apesar de a base do privilegiamento do crime de infanticídio atualmente, enquanto tipo autônomo, ser a do ilícito típico próprio,

compreendemos em conformidade com a doutrina majoritária portuguesa, que o fundamento do privilégio está confirmado no âmbito da culpa, e não no da ilicitude. Por isto, entendemos também que o fundamentando do privilégio no âmbito da culpa está aberto a recorrer tanto por uma exigibilidade diminuída, quanto por uma imputabilidade diminuída, dependendo do caso concreto.

De fato, todos sabemos que não dá para prosseguir como está, com o critério fisiopsicológico fazendo parte do tipo penal do art. 136.º, sem uma definição exata. É imprescindível que existam alterações com vistas a se contornar a lei mais aberta e, logo, de melhor funcionalidade prática. Por conseguinte, uma saída para o legislador seria eliminar o crime de infanticídio do ordenamento jurídico português como delito autônomo, revogando-o e ao mesmo tempo transportando-o para dentro do homicídio privilegiado, o que conseqüentemente estabeleceria um critério mais homogêneo em todo o ordenamento jurídico penal que tem por fim a proteção do bem jurídico vida, impossibilitando, no caso, o comparecimento de uma brecha axiológica, isto é, a concepção de uma circunstância injusta com a aplicabilidade da lei. Como se percebe, seria um avanço muito positivo para o Direito português, se o Código Penal fosse alterado no tocante ao delito de infanticídio, cuja experiência como crime autônomo tem-se apontado bastante hipotética, e que não mais se localiza como legítima.

Por conta de todos os problemas que estão presentes na caracterização do infanticídio, em relação a sua atual tipificação no Código Penal português, alguns juristas e doutrinadores defendem algumas transformações importantes, como nomeadamente, a adoção de determinados critérios técnicos, que possibilitem a sua aplicação efetiva, em que estamos de acordo. Por remate, deixo uma questão: qual a garantia jurídica e igualitária, proposta pelo crime de infanticídio, desde sua entrada em vigor?

Em sede de conclusão, dentro de toda a perspectiva debatida, ponderada e estudada, dentro das ciências médicas, jurídicas, sociológicas e dentro da codificação que atualmente lhe é imposta, pelo artigo 136.º do Código Penal português, o crime de infanticídio é considerado como uma norma aparentemente reguladora e imperativa de contrapontos e desordens interpretativas, por suas absolutas impropriedades técnicas, que carecem de medidas contornadoras que perpetrem ressuscitar um tipo penal que reverencie a importância do princípio da dignidade humana, sem prejuízo do “*fumus boni juris*”.

É certo que o presente trabalho nada de novo apresenta em termos de construção dogmática, nem era isso que se pretendia; entretanto, questiono-a, mas creio que o meu

propósito de estudo sobre a impertinência da manutenção do crime de infanticídio na configuração atual foi ainda que em parte atingido. Portanto, termino esta tese, fazendo minhas as palavras de Figueiredo Dias, que sou “*daqueles que se esforçam por corresponder ao ideal universitário trazendo propostas e batendo-se por elas, mas jamais carregando certeza. Certeza, se dela devo falar, tenho apenas uma: a de que não é função do universitário salvar o mundo, mas limitar-se a dar testemunho*”<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português*. Jornadas sobre a Revisão do Código Penal. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 39.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Bernado. *Note Sul`evoluzione storica del ius vitae ac necis*. Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione dela sua beatificazione. Milano, 1948, v. 3.

ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. *História do Direito Português*. Lisboa: Tip. Empresa Pública Notícias Capita, 1986.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código Penal – à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

ALMEIDA, Jr. A.; COSTA, JR. J. B. de O. *Lições de Medicina Legal*. 16. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

BRAUN, Jose Maria Stampa. *El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa»* (contribución al estudio de los delitos contra la vida. ADPCP, 1955.

BRISSAUD, Y. B. L`infanticide a la fin du moyen Age, ses motivations psychologiques et sa répression. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1972.

BRITO, José Sousa e. Sentido e Valor da análise do crime. Texto de apoio de Direito Penal T.I. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade de Lisboa*, 1989. v. 4.

BRITO, Teresa Quintela. *Direito Penal*. Parte Especial: Lições, Estudos e Casos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal – Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARFORA, Francesco. *Infanticidio*, *DI*, XIII, 1902.

CARRARA, Francesco. *Programa del corso di Diritto Criminale*, Parte speciale. 6. ed. I. Lucca, 1984.

CHAVES NETTO, Hermógenes; SÁ, Renato. *Obstetrícia Básica*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2007.

CHERNEY, Alan. H. *Obstetric e Gynecologic Diagnosis e Treatment*. Ninth Edition. Lauren Nathan International, 2003.

- CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal: Parte Especial*. 5. ed. Sevilha, 1983.
- CORREIA, Eduardo. *A evolução histórica das penas*. Coimbra: BFDUC, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Direito Criminal* – Volume I e II, Reimpressão, com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 1996.
- COSTA, José Francisco de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal* – Fragmenta Iuris Poenalis. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- COSTA, Nuno Gonçalves. Infanticídio Privilegiado: Contributo para o estudo dos crimes contra a vida no Código Penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXX, 1989.
- COSTA, Pinto Frederico. *Direito Penal II* – (elaborado pelos alunos, segundo as aulas teóricas ao 5º Ano-Dia). Lisboa: Exemplar datilografado, 1992/93.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislação/ListaPublicacoes.action?id>>. Acesso em: 06 ago. 2014.
- DIAS, Augusto Silva. *Crimes Contra a Vida e a Integridade Física*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: AAFDL, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal Português, Parte Especial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Tomo I.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Tomo I.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal Português, Parte Geral – As consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade, Culpa; Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português*. Jornadas sobre a Revisão do Código Penal. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
- FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial - Delitos contra las personas*. Madrid, 1986.
- FERREIRA, Amadeu. *Homicídio Privilegiado*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro. *Direito Penal Português – Parte Geral*. Lisboa: Verbo, 1981. v. I.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I.
- FRANÇA. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995.
- FREIRE, Paschoal de Mello. *Instituições de Direito Criminal Português*. BMJ, 1966.
- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português, Anotado e comentado – Legislação Complementar*. 18. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- HUNGRIA, Nelson (Org.). *Ciclos de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Comentário Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Tomo II.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte Geral*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 25. ed. São Paulo: Atual, 2003.
- JORDÃO, Levy Maria. *Comentário ao Código Penal Português*. Lisboa: UCL, 1854. Tomo IV.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José C. Simas. *Jurisprudência Penal*. Lisboa: Rei dos Livros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal Anotado*. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. v. II.
- \_\_\_\_\_. *O Código Penal de 1982*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1986. v. 2.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. São Paulo: Edipro, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Infanticídio e a Morte Culposa do Recém-Nascido*. Campinas: Millennium, 2004.
- MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal: Parte Especial*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal – Actas e Projeto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1993.



- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MONTEIRO, Cristiana Líbano. Perigosidade de Inimputáveis e «In Dubio Pro Reo». *Studia Iuridica* 24, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Qualificação e Privilegiamento do Tipo Legal do Homicídio e – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1992*. RPCC. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MONTEIRO, Elisabete Amarelo. *Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NARDI, Enzo. *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*. Milano: Paulo, 1980.
- NEVES, João Curado. *O Homicídio Privilegiado na Doutrina e na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*. RPCC, 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- PALMA, Maria Fernanda. *Desenvolvimento da pessoa e Imputabilidade*. Lisboa: Sub Judic, 1996. (Justiça e Sociedade, nº 11).
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal*. Parte Especial. Crime Contra as Pessoas. Lisboa, 1983.
- \_\_\_\_\_. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PEREIRA, Maria Margarida S. *Direito Penal II – Os Homicídios*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade Direito de Lisboa, 2008.
- PINTO, Frederico L. Costa. *Crime de Homicídio Privilegiado – Acórdão da Relação de Évora de 4 de Fevereiro de 1997*, RPCC, 8. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- PORTUGAL. Código Civil Português e Legislação Complementar. 18. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. Código Penal Português. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Portuguesa. 4ª Reimpressão da edição de Outubro de 2009. Coimbra: Almedina, 2012.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 12/93, de 22 de abril de 1993. Disponível em: <<https://www.dre.pt/>>. Acesso em: 30 maio 2014.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.pt/>>. Acesso em: 21 set. 2014.
- RADBRUCH, Gustav; GWINNER, Heinrich. *História de la criminalidad* (ensayo de uma criminologia histórica). Barcelona, 1955.

REZENDE, Jorge. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROJAS, Nerio. *Medicina Legal*. 12. ed. Buenos Aires: Editorial El Ateneo Bastos, 1979.

SERRA, Teresa. *Homicídios em Série*. Jornadas Sobre a Revisão do Código Penal. Lisboa: AAFDL, 1998.

\_\_\_\_\_. *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*. Coimbra: Almedina, 2003

SCHUBARTH, Martin; STRATENWERTH, Gunter. *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*. 3. ed. Bern, 1983.

SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial*. Os Crimes Contra as Pessoas. Crimes contra a vida; Crimes contra a vida intra-uterina; Crimes contra a integridade física. 3. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

SILVA, João Ricardo Anastácio. A real influência do Estado Puerperal face ao crime de Infanticídio. *Revista Científica Sensus: Pedagogia*, v. 3, n. 1, Paraná: Faculdade Norte Paranaense: Uninorte, 2013.

THIBAUT, P. *À Propos de 27 Cas d' Infanticide*. 1972. Thèse. Faculté de Medicine Xavier-Bichat de l'Université de Paris, 1972.

VADILLO, Enrique Ruiz. *Os Crimes Contra a Vida no Projecto do Código Penal Espanhol de 1992*. RPCC. Coimbra: Aequitas, 1993.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. Tradução do §19 do vol. I do Tratado do Prof. Claus Roxin. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

STJ. 02/12/2013. Rel. Salazar Casanova, Proc. nº 1420/06.2TVLSB.L1.S1.

STJ. 26/06/2013. Rel. Fernandes da Silva, Proc. nº 136/05.1TTVRL.P1.S1, 4º secção.

STJ. 27/06/2012. Rel. Raul Borges, Proc. nº 3283/09.7TACBR.S1, 3º secção.

TRC. 01/02/2012. Rel. Vasques Osório, Proc. nº 416/10.4JACBR.C1.

STJ. 27/04/2011. Rel. Armindo Monteiro, Proc. nº 2/03.5GBSJM.S1, 3º secção.

TC. 23/02/2010. Rel. Rui Manuel Moura Ramos, Proc. nº 733/07.

STJ. 26/02/2009. Rel. Armênio Sottomayor, Proc. nº 08P3547 JSTJ000.

STJ. 08/11/2007. Cons. Rel. Simas Santos, Proc. nº 07P3984.

STJ. 11/11/2004. Cons. Rel. Simas Santos, Proc. nº 3182/2004.

STJ. 05/02/1997. Rel. Lopes Rocha, Proc. nº 96P717 JSTJ00031371.

STJ. 08/10/1996. Rel. Bessa Pacheco, Proc. nº 96P1445.

STJ. 27/05/1992. Rel. Sa Pereira, Proc. nº 043179 JSTJ00017475.

STJ. 17/05/1989. Rel. Lopes de Melo, Proc. nº 040670 JSTJ00001802.

## ANEXO A

### ESTUDO DO CASO<sup>295</sup>

Observo que com relação à presença do exame pericial do Instituto Médico Legal do Distrito Federal – IML/DF tem a ciência e autorização de Diretorias anteriores e atual da Instituição.

#### **1. O Laudo de Exame Cadavérico de 2011 – IML-DF revelou:**

**HISTÓRICO:** a morte ocorreu entre às 9:30 e às 11:30 horas do dia 25/12/2011, em consequência de LESÕES POR ARMA BRANCA. O corpo deu entrada neste instituto às 12:52 horas do dia 26/12/2011, acompanhado da guia nº90. A necrópsia se iniciou às 15:00 do dia 26/12/2011. **OCORRÊNCIA POLICIAL** Nº 11015/2011– 14ª DP, relata: mãe atendida no hospital regional do Gama, suspeita de aborto, confessa ter matado a filha recém-nascida; cadáver encontrado no cesto do banheiro com múltiplas perfurações. **APRESENTAÇÃO:** Cadáver envolto em saco plástico, estando junto ao corpo recipiente com placenta e cordão umbilical formolizados. **IDENTIFICAÇÃO:** Cadáver do sexo feminino, recém-nascido, cor branca, cabelos pretos, olhos de cor indeterminada, dentes ausentes, medindo 49 centímetros, pesando 3,1 quilogramas. **EXAME EXTERNO e EXAME INTERNO:** Rigidez cadavérica ausente, livores ausentes, apresentando as seguintes lesões: 1) Três ferimentos de 2,0 centímetros cada, biselados lateralmente, em regiões nasal, malar e masseteriana esquerdas; relacionada a estes ferimentos há penetração na cavidade oral. 2) Um ferimento de 2,0 centímetros biselado inferiormente, em região nasal esquerda; relacionada a este ferimento há fratura de osso nasal. 3) Um ferimento de 1,5 centímetro biselado lateralmente, em região orbital lateral esquerda; relacionada a este ferimento há ruptura de globo ocular esquerdo. 4) Um ferimento de 2,0 centímetros, biselado posteriormente, em região têmporo-parietal esquerda; relacionada a este ferimento há fratura de osso parietal esquerdo e laceração de lobos parietal e temporal esquerdos. 5) Um ferimento de 7,0 centímetros, biselado inferiormente, em região fronto-parietal esquerda; relacionada a este ferimento há fratura de osso parietal esquerdo e laceração de lobos parietal e temporal esquerdos. 6) Um ferimento de 4,5 centímetros, biselado inferiormente, em região cervical posterior, se estendendo até região cervical lateral direita; relacionada a este ferimento há lesão muscular. 7) Um ferimento de 3,0 centímetros biselado inferiormente, em região clavicular direita; relacionada a este ferimento há lesão muscular. 8) Um ferimento de um 1,0 centímetro, biselado inferiormente, em região torácica direita;

---

<sup>295</sup> Este anexo foi retirado da forma como esta de MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, pp. 151 e ss.

relacionada a este ferimento há lesão de tecido celular subcutâneo. 9) Um ferimento de 4,5 centímetros, biselado superiormente, em transição tóraco-abdominal direita; relacionada a este ferimento há lesão de arcos costais, laceração de fígado. 10) Um ferimento de 2,0 centímetros, biselado superiormente, em região torácica esquerda; relacionada a este ferimento há lesão de arcos costais, laceração de pericárdio e de ventrículo direito. 11) Um ferimento de 2,0 centímetros, biselado lateralmente, em região torácica esquerda; relacionada a este ferimento há lesão muscular. 12) Um ferimento de 1,5 centímetros, biselado lateralmente, em transição tóraco-abdominal esquerda; relacionada a este ferimento há laceração de fígado. 13) Um ferimento de 3,0 centímetros, biselado lateralmente, em fossa ilíaca esquerda; relacionada a este ferimento há lesão de tecido celular subcutâneo. 14) Um ferimento de 2,5 centímetros, biselado inferiormente, em mesogastro; relacionada a este ferimento há lesões de alças intestinais. 15) Um ferimento de 1,5 centímetro, biselado inferiormente, em região pubiana; relacionada a este ferimento há lesão muscular. 16) Um ferimento de 2,0 centímetros, biselado inferiormente, em fossa ilíaca direita; relacionada a este ferimento há lesões de alças intestinais. 17) Três perfurações puntiformes em região dorso-lombar esquerda. Abertura da cavidade torácica, sendo observado: hemotórax moderado bilateral; pulmões expandidos bilateralmente; Docimasia de Galeno positiva. Abertura da cavidade abdominal, sendo observado: moderado hemoperitônio. Rebatido couro cabeludo, sendo observado hematoma subgaleal difuso. Abertura do crânio, sendo observado: hemorragia subaracnóidea em região. Coletado swab de sangue encaminhado para o IPDNA. Encaminhada placenta formolizada para exame histopatológico. Os ferimentos descritos têm características de ação de instrumento perfuro-cortante de gume único. As lesões e os trajetos foram descritos utilizando-se a posição anatômica, podendo variar com a posição do corpo no momento do evento. A numeração das feridas não caracteriza, necessariamente, a ordem cronológica. Considerando a vulnerabilidade de um recém-nascido e a ocorrência de múltiplas lesões perfurocortantes em cabeça, rosto, tórax e abdômen, pode-se caracterizar o meio cruel. CONCLUSÃO: Morte devido a traumatismo torácico em consequência de ação de instrumento perfurocortante. RESPOSTAS AOS QUESITOS: 1º) sim, 2º) Traumatismo torácico, 3º) Perfuro-cortante, 4º) Sim-meio cruel.

Laudo cadavérico revelando multiplicidade de lesões, com um só instrumento, suficientes para causar a morte e corporizar as docimacias ocasionais, com suficiência para tal; é por oportuno fazermos referência que as docimacias ocasionais sempre fazem parte do rol de circunstâncias fáticas emblemáticas, quando há uma causa externa, materializando a morte, por isso revertem-se de importância fundamental dentro da perícia e suas consequências derivantes.

A.I.A., como autora, foi submetida a exame para Verificação de Parto e Puerpério, cujo o conteúdo é o que se segue: Pericianda refere parto normal no dia 25/12/2011, parto domiciliar e que não houve dequitação da placenta, sendo atendida no HRG. Pericianda com abdome obeso, hiperpigmentação nas aréolas, mamilos e línea nigra, drenagem de secreção de aspecto lácteo à compressão das mamas que estão túrgidas, útero palpável a quatro centímetros da cicatriz umbilical. Colo uterino edemaciado, dilatado, com

eliminação de secreção serosanguinolenta em quantidade moderada (lóquios), conclusão: SINAIS DE PARTO RECENTE.

## **Exame Psiquiátrico**

### **História Atual**

A pericianda relatou às autoridades policiais ter matado seu bebê imediatamente após seu nascimento, tendo botado o corpo dele dentro de um cesto no banheiro. Durante a entrevista psiquiátrica ela nos informa que a gravidez era indesejada. Conta que apesar de casada, não queria o neném porque o marido a maltratava, a humilhava, dizendo que ela não o ajuda em nada. Durante sua gravidez, ouvia a reclamação dele de que sua “única ajuda é ter filho”. Apesar de tudo isso, nega veementemente ter planejado ou sequer ter tido a ideia de matar o bebê durante todo período gestacional.

### **História Pessoal e Curva de Vida**

Colhida com a pericianda. Nasceu de parto operatório (cesariana), sendo a caçula em uma prole de quatro filhos. Nega ter apresentado retardo em seu desenvolvimento psicomotor na infância. Iniciou seus estudos aos seis anos de idade, concluindo o ensino médio. Já trabalhou em caixa lotérica, mas não trabalha há três anos. É casada há nove anos e tem um casal de filhos. Relata um relacionamento conjugal ruim, uma vez que é frequentemente agredida verbalmente pelo marido. No entanto, sente muito amor por seus filhos. Quanto a antecedentes pessoais patológicos, não se lembra se sofreu viroses da infância. Não informa outras doenças. Nunca realizou tratamento psiquiátrico. Nega casos de transtorno mental em membros de sua família.

### **Inspeção Física e Exame do Estado Mental**

A pericianda comparece trazida por autoridades policiais, vestida de forma adequada aos padrões socioculturais, mas com desleixo de sua aparência pessoal. Apresenta dois cortes suturados na mão esquerda. Mostra-se evidentemente depressiva, com incontinente emocional. Dessa forma, chora durante toda a entrevista, a ponto de ter até dificuldade de verbalizar as palavras. Mais do que arrependida, mostra-se perplexa com o que fez, sem conseguir entender o ato praticado. Indagada sobre o que se passou em sua, mente imediatamente antes, do ato, tenta pensar a respeito, mas diz, com dificuldade, “acho que estava fora de mim, não sei. Queria sair, mas não sabia pra onde, não sabia como, queria sumir”. Mão exhibe, no momento do exame, sintomatologia de natureza psicótica, como produção delirante ou alucinatória. Orientada auto e alopsiquicamente, sem distúrbios grosseiros da memória, embora revele bastante dificuldade de se concentrar em nossas perguntas pelo estado de angústia em que se encontra. Humor francamente depressivo.

### **Entrevista Complementar**

Entrevistámos a Sra. M.I.A, mãe da pericianda. Ela não sabia da gravidez da sua filha, uma vez que ela escondia essa sua condição fisiológica e sempre foi “gordinha”. Conta que nas duas primeiras vezes que a pericianda deu à luz, o pós-parto foi “normal”, sem intercorrências psiquiátricas.

Informa ainda que a pericianda encontra-se “melhor” no dia de hoje, porque “ontem estava horrível”. Indagada a respeito, explica que ela queria se matar, perguntando à sua mãe: “Por que é que eu nasci?”. Não conseguia estabelecer diálogo e não vem se alimentando “de forma alguma” desde o ato praticado.

Conta que a pericianda é “uma maravilha de mãe, amorosa com os filhos, tudo bem cuidadinho, bem tratado. A vida dela é a casa e essas crianças”.

A mãe também encontra-se igualmente perplexa com o que aconteceu, não conseguindo entender o motivo do ato criminoso. Conta que perguntou para filha por que ela fez isso e disse que, inicialmente “ela não se lembrava de nada”. Somente aos poucos é que ela foi se lembrando de ter colocado o corpo da criança no cesto e, paulatinamente, retomando a lembrança dos fatos.

### Considerações e Conclusão

Trata-se de uma pericianda de 30 anos de idade, que traz uma história compatível com Infanticídio. Isso porque tanto a história colhida (com a pericianda e com sua mãe), bem como o exame atual do estado mental, (realizado dois dias após a prática do ato) são compatíveis com estado puerperal.

A questão central repousa na extensão do prejuízo de sua responsabilidade penal. Em outras palavras, hoje podemos afirmar que ela apresentou, no mínimo, um comprometimento de sua capacidade de entendimento e de determinação pelo profundo estado depressivo em que se encontrou e se encontra até o momento. Isso a levaria à semi-imputabilidade.

No entanto, existe possibilidade de ela ter tido anulada a capacidade de entendimento e de determinação no momento do crime, em virtude de manifestação psicótica temporária, mas que pode ter desaparecido em questão de horas. Isso a conduziria a uma condição de inimputabilidade. No entanto, não temos elementos suficientes para essa afirmação, já que ela se encontra em estado mental atual melhorado.

Diante do exposto, concluímos que a pericianda apresentou um quadro de estado puerperal no momento do crime, comprometendo parcialmente sua capacidade de entendimento e de determinação em relação ao ato praticado. Não temos elementos para afirmar se ela apresentou manifestação psicótica temporária, que pudesse ter anulado suas capacidades retromencionadas.

Teve atendimento hospitalar cujo diagnóstico foi **parto domiciliar**, durante o exame foi retirada a placenta e há relato que apresentava comportamento aparentemente embotado.

Trata-se de um caso em que a psiquiatria forense firmou compatibilidade com a prática de infanticídio, todavia, concluiu que havia um comprometimento parcial da sua capacidade de entendimento e de determinação em relação ao ato praticado, este quadro, enquadra-a no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro, por outro lado não afasta a inimputabilidade, apenas não teve elementos suficientes para firmá-la, donde se destaca a necessidade primordial da realização da perícia psiquiátrica nas autoras do crime capitulado como infanticídio.

Observo que com relação à presença do exame pericial do Instituto Médico Legal do Distrito Federal – IML/DF tem a ciência e autorização de Diretorias anteriores e atual da Instituição.

## ANEXO B

### O INFANTICÍDIO E O DIREITO COMPARADO<sup>296</sup>

Serão citadas normas homólogas em atividade jurídica em outros países e, posteriormente será feita a análise/interpretação segundo Maggio<sup>297</sup>, assim como textos originários do site de países que fizeram a atualização.

Enumere-se:

#### 1. Parte 1: Normas Penais

##### 1.1 Código Penal da Argentina – Art. 80 e Art. 81

*Art. 80. - Se impondrá reclusión perpetua, o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

*1º. a su ascendiente, descendiente o conyuge, sabiendo que lo son;*

*2º. con ensañamiento, alevosia, veneno u outro procedimiento insidioso;*

*3º. por precio o promesa remuneratoria;*

*4º. por placer, codicia, odio racial o religioso;*

*5º. por un medio idóneo para crear un peligro común;*

*6º. con el concurso premeditado de dos o más personas;*

*7º. para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para si o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito;*

*Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo mediaren circunstancias extraordinárias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.*

*(Nota: texto conforme ley N° 21.338, ratificado por ley N° 23.077)*

*Art. 81. - 1º. Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:*

*a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable;*

##### 1.2 Código Penal da Bolívia – Art. 258

---

<sup>296</sup> Este anexo foi retirado da forma como esta de MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, pp. 99 e ss.

<sup>297</sup> *Apud* MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, p. 99.



*“La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años”.*

### **1.3 Código Penal do Chile – Art. 394**

*“Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto matan al hijo o descendiente, y serán penados com presídio mayor en sus grados minimo a medio.”*

### **1.4 Código Penal da Colômbia – Art. 328**

*“Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de Inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nascimiento o durante los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a três años.”*

### **1.5. Código Penal do Ecuador – Art. 453**

*“La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién-nacido, será repirimida com la pena de reclusión menos de 3 a 6 años.”*

### **1.6. Código Penal da Espanha – Art. 138**

*“O atual Código Penal espanhol, instituído pela Lei orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro, suprimiu o crime de infanticídio. No livro II, título I, está tipificado o homicídio doloso simples: “Artículo 138 – El que matare a outro será castigado, como reo de homicídio, com la pena de prisión de diez a quinze años.”*

### **1.7. Código Penal da Guatemala – Art. 129**

*“La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes que haya cumplido tres días, será sancionada com prisión de dos a ocho años.”*

### **1.8. Código Penal das Honduras – Art. 123**

*“La madre que para ocultar su deshonra da muerte al hijo que no haya cumplido tres (3) días de nacido, será sancionada con seis (6) a nueve (9) años de reclusión.”*

### **1.9. Código Penal do México – Art. 302 e Art. 310**

*“Artículo 302. – Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.*

*Artículo 310. - Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad.*

*Si lo causado fueren lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión.”*

### **1.10. Código Penal da Nicaragua – Art. 126**

*“El que, a sabiendas de las relaciones que lo ligan, matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquier, otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos o a su cónyuge, será castigado como parricida, con la pena de 10 a 25 años de presidio”.*

### **1.11. Código Penal do Paraguai – Art. 105, § 3º, II**

*“Artículo 105 – Homicidio doloso... §3º Se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando: [...] II, una mujer matara a su hijo durante inmediatamente después del parto.”*

### **1.12. Código Penal do Peru – Art. 110**

*“La madre que mata su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento e **cuatro jornadas**.”*

### **1.13. Código Penal Brasileiro – Art. 123**

*“Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após – Pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.*

### **1.14. Código Penal da República Dominicana – Art. 300**

*“El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio.”*

### **1.15. Código Penal de El Salvador - Art. 129**

*Art. 129. – Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1) *En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente;*
- 2) *Cuando el homicidio constituyere el medio para la comisión del delito de robô;*
- 3) *Con alevosia o premeditación;*
- 4) *Com veneno u otro medio insidioso;*

#### **1.16. Código Penal do Uruguai – Art. 313**

*“Si el delito previsto en el artículo 310 (homicidio intencional) se cometiera sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*

*Se entiende por parientes próximos los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o delarados tales, los adoptivos, los abuelos y nietos y también los hermanos legítimos.”*

#### **1.17. Código Penal da Venezuela – Art. 411**

*“Cuando el delito previsto en el artículo 405 se haya cometido en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del término legal, com el objeto de salvar el honor del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, hermana o hija adoptiva la pena señalada en dicho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad.”*

#### **1.18. Código Penal do Canadá – Art. 237**

*“Every female person who commits infanticide is guilty of na indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.”*

#### **1.19. Código Penal da Itália – Art. 578**

*“La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto é determinato da condizioni di abbandono materiale e morale conesse al parto, é punita con la reclusione da quattro a dodici anni.*

*A coloro che concorrono nel fatto di cui al primo comma si applica la reclusione non inferiore ad anni ventuno. Tuttavia, se essi hanno agito al solo scopo di favorire la madre, la pena può essere diminuita da un terzo a due terzi.”*

#### **1.20. Código Penal da Inglaterra – Infanticide act, 1938**

*“(1) Where a woman by any wilful act or omission causes the death of her child being a child under the age of twelve months, but at the time of the act or omission the balance of her mind was disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation*

*consequent upon the birth of the child, then, [if] the circumstances were such that but for this Act the offence would have amounted to murder [or manslaughter], she shall be guilty of felony, to wit of infanticide, and may for such offence be dealt with and punished as if she had been guilty of the offence of manslaughter of the child.*

*(2) Where upon the trial of a woman for the murder of her child, being a child under the age of twelve months, the jury are of opinion that she by any wilful act or omission caused it's death, but that at the time of the act or omission the balance of her mind was disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth of the child, than the jury may, [if] the circumstances were such that but for the provisions of this Act they might have returned a verdict of murder [or manslaughter], return in lieu thereof a verdict of infanticide.*

*(3) Nothing in this Act shall affect the power of the jury upon an indictment for the murder of a child to return a verdict of manslaughter, or a verdict of, guilty but insane, or a verdict of concealment of birth, in pursuance of section sixty of Offences against the Person Act, 1861, except that for the purposes of the proviso to that section a child shall be deemed to have recently been born if it had been born within twelve months before its death.*

*(4) The said section sixty shall apply in the case of the acquittal of a woman upon an indictment for infanticide as it applies upon the acquittal of a woman upon an indictment for murder."*

## **2. Parte 2: Análise**

### **2.1. Infanticídio como conduta de homicídio simples**

Espanha – o atual Código Penal espanhol suprimiu o crime de infanticídio e, atualmente, a conduta infanticida é tipificada como homicídio doloso simples, com pena de prisão de dez a quinze anos.

No código anterior (art. 424), o legislador espanhol havia adotado o critério psicológico, dispondo sobre a mãe que, para ocultar a desonra, der causa à morte do filho que ainda não completou três dias. O benefício era estendido aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, vierem a cometer esse delito. Neste caso, o benefício resultava em pena privilegiada, porém, superior àquela prevista para os casos em que o sujeito ativo é a própria mãe.

Da mesma forma, pode-se, ainda, enfatizar que em legislações de alguns países como Inglaterra, Turquia, Egito Mônaco e Groenlândia, não há referência alguma quanto ao crime de infanticídio, ou seja, a morte do nascente ou neonato é crime de homicídio.

**Argentina** – Anteriormente o Código Penal da Argentina adotava o critério de infanticídio por motivo de honra, isto é, o legislador argentino usou o estado puerperal apenas para delimitar o tempo, isto é, encontrar-se sob a influência do estado retro; hoje está inserido como homicídio.

**México** - Também adotava o critério de infanticídio por motivo de honra desde que o fato, entre outras coisas, tenha ocorrido dentro de 72 horas do nascimento da criança, hoje a legislação vigente cita o homicídio como enquadramento legal.

## 2.2. Infanticídio como tipo privilegiado do homicídio sem mencionar o critério

Para algumas legislações, o infanticídio é uma figura derivada do homicídio, cuja conduta caracteriza caso de diminuição de responsabilidade penal, destacando-se:

**Paraguai** - o Código Penal do Paraguai, tratando do homicídio doloso, quanto à conduta infanticida dispõe que se aplicará uma pena privativa de liberdade de até cinco anos, punindo também a tentativa, quando uma mulher matar seu próprio filho durante ou imediatamente após o parto. Verifica-se que o legislador paraguaio não fez referência alguma quanto ao motivo de honra ou à influência do estado puerperal.

## 2.3. Infanticídio como crime autónomo sem mencionar o critério

Algumas legislações, mesmo considerando o infanticídio como figura autónoma e privilegiada, não mencionaram critério algum para se invocar o privilégio, destacando-se:

**Chile** – o Código Penal do Chile não menciona quaisquer das circunstâncias, motivo de honra e influência do estado puerperal, relacionada, respectivamente, como os critérios psicológico e fisiopsicológico. O delito é tratado como figura autónoma privilegiada, influenciando não só em favor da mãe, como também do pai e dos demais ascendentes legítimos ou ilegítimos, que matam o filho ou descendente, dentro das quarenta horas depois do parto.

**Colômbia** - o atual Código Penal da Colômbia de 1980, sem mencionar o critério, dispõe sobre a mãe que durante o nascimento ou dentro dos oito dias seguintes matar seu próprio filho, fruto de acesso carnal violento ou abusivo ou de inseminação artificial não consentida.

Dessa forma, foi abolido o chamado infanticídio *honoris causa*, que era previsto no código anterior (art. 369) para a mãe que, para ocultar sua desonra no momento do parto ou dentro dos oito dias subsequentes, causar morte do seu filho ainda não inscrito no registro civil. Para essa legislação, qualquer pessoa distinta da mãe que matar um infante não desejado, seria sujeito ativo qualificado do crime de infanticídio, ou seja, incorreria nas penas de homicídio agravado pela situação de indefesa e de inferioridade da vítima.

**República Dominicana** – o Código Penal da República Dominicana, também sem mencionar o critério, dispõe: aquele que mata criança recém-nascida é réu de infanticídio. Nesse caso, além de não mencionar o critério, o legislador não definiu o lapso temporal em que a conduta deverá ocorrer para ser concedido o privilégio, como também não fez distinção alguma sancionatória em relação à qualidade dos possíveis sujeitos ativos.

## 2.4. Infanticídio – influência do Estado Puerperal

Dentre as legislações que adotam o critério fisiopsicológico, atrelando o tipo penal à circunstância influência do estado puerperal, além de Portugal, pode-se destacar:

**Peru** – o Código Penal do Peru, adotando o critério fisiopsicológico dispõe sobre a mãe que mata o seu filho durante o parto ou sob influência do estado puerperal. Aqui, também, houve uma dupla intenção do legislador, pois, este além de utilizar a expressão “durante o parto”, utilizou também a disjuntiva “ou” entre essa frase e o termo “sob a influência do estado puerperal.” Dessa forma, o benefício pode ser alcançado pela mãe não só quando esteja sofrendo as influências do puerpério, logo após o parto, como também na hipótese da conduta criminosa ocorrer “durante o parto”, mesmo não estando sob a influência desse estado. Por essa legislação o benefício apenas pode ser concedido à própria mãe.

**Brasil** - o Código Penal Brasileiro dispõe sobre o infanticídio como sendo a conduta da mãe que matou o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora, com previsão sancionatória de dois a seis anos de detenção.

Observa-se que o legislador utilizou a expressão “estado puerperal” que é o equivalente à influência do estado puerperal. De qualquer forma, para a obtenção do privilégio ficou claro que não basta a conduta ser desferida durante ou logo após o parto, é necessário portanto, onexo causal entre a conduta e a influência perturbadora do parto.

## 2.5. Infanticídio – motivo de honra.

Dentre as legislações que adotaram de forma implícita ou explicitamente o critério psicológico relacionado com a circunstância motivo de honra, destaca-se:

**Bolívia** – o código Penal da Bolívia adotou, atualmente, o motivo de honra de forma explícita, pela utilização da expressão “para encobrir su fragilidad o deshonra” à mãe que causar a morte de seu próprio filho durante o parto ou até três dias depois. No código anterior (art.489), o motivo de honra era de forma implícita, pela utilização da expressão “boa fama anterior”, às mulheres solteiras ou viúvas que matarem um filho ilegítimo dentro dos três primeiros dias após o nascimento.

**Equador** – o Código Penal do Equador explicitamente dispõe sobre a mãe que, para ocultar sua desonra, mata o filho recém-nascido. Aqui, o legislador não faz menção alguma em relação ao lapso temporal que irá diferenciar o infanticídio do homicídio.

**Honduras** – o Código Penal das Honduras, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mãe que, para ocultar desonra, der causa à morte do filho que ainda não completou três dias. O legislador estendeu o benefício aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, cometeram esse delito. Nesse caso, o benefício resulta em pena privilegiada, porém, superior àquela prevista para os casos em que o sujeito ativo é a própria mãe.

**Itália** – o Código Penal italiano explicita o infanticídio, usando o critério psicológico, há de se observar que o coautor tem a pena majorada, no entanto, se for partícipe tem a pena diminuída de um terço a dois terços.

**Nicarágua** – o Código Penal da Nicarágua, adotando o critério psicológico, dispõe sobre a mulher de boa fama que, para ocultar sua desonra, mata o seu filho dentro de 24 horas do nascimento. O benefício é estendido aos avós, nas mesmas condições, porém, com previsão sancionatória superior àquela prevista para os casos em que a própria mãe é o sujeito ativo do delito.

**El Salvador** – o Código Penal de El Salvador adotou explicitamente o motivo de honra dispondo sobre a mãe que matar o filho que ainda não completou quarenta e oito horas de nascido. Embora com previsão sancionatória superior à da própria mãe, o benefício é estendido aos avós maternos que, para ocultar desonra da mãe, cometam esse delito, no mesmo período de tempo.

**Uruguai** – o Código Penal do Uruguai, apesar da rubrica “*infanticídio honoris causa*”, não tratou o delito como verdadeiro tipo autônomo e, sim, como uma atenuante especial do homicídio. Isto é o que se verifica pelo art. 313 que dispõe: “se o delito previsto no art. 310 (homicídio intencional) for cometido sobre a pessoa de uma criança menor de três dias, para salvar a própria honra ou a honra [...]”. O benefício é estendido, nas mesmas condições, ao cônjuge e aos parentes próximos previstos no tipo penal. Aqui, a previsão sancionatória é idêntica para a mãe, o cônjuge ou para o parente próximo.

Os dispositivos citados e interpretados trazem à tona várias ramificações do direito relativo ao infanticídio. Alguns países adotam o critério bio-psicológico como o Brasil, outros já o excluíram e o trouxeram para o homicídio, não é pacífica a definição do tipo, sob o ponto de vista doutrinário dentro dos países aqui citados, alguns até estendem o benefício da pena mais branda a ascendentes destes e até parentes próximos.

Por fim, nada impede que tratativas sejam efetivadas com cunho jurídico/científico indicando resolução em comum de problemas complexos relativos ao delito explicitado.

## **2.6. Homicídio privilegiado – motivo de honra**

**Venezuela** – o Código Penal venezuelano adotava o critério fisiopsicológico, ou seja, com influência do estado puerperal, atualmente adota o Homicídio Privilegiado por motivo de honra para a puérpera, marido, ascendente, descendente e adotivo.

## **2.7. Homicídio Qualificado**

**Nicarágua** – apontava o infanticídio por motivo de honra, isto é, implementava o critério psicológico, mulher de boa fama, dentro de 24 horas do nascimento. Atualmente houve revogação, sendo adotado o homicídio qualificado pelo parricídio, com majoração da pena, e além do filho, é extensivo para ascendentes.

**El Salvador** - apontava o infanticídio por motivo de honra, efetivava o critério psicológico, a morte do recém-nascido deveria ocorrer em até 48 horas do nascimento. Hoje é adotado o homicídio qualificado pelo parricídio, com aumento da pena e extensivo para ascendentes e descendentes.

## **2.8. Infanticídio – Alterações psicopatológicas**

**Guatemala** – o Código Penal da Guatemala adotava o critério fisiopsicológico, isto é, por influência do estado puerperal, na atualidade adota ainda o infanticídio, todavia, secundário a alterações psíquicas da puérpera.

Nos EUA a legislação não é uniforme com relação ao infanticídio cometido pela mãe, por exemplo, no Texas as mães podem ser acusadas de homicídio e serem

submetidas às penas de prisão perpétua e até execução, quem decide a acusação a ser feita contra a mãe é o procurador distrital.

Na Inglaterra, quando uma mulher por ato voluntário ou por omissão provoca a morte do seu filho com idade inferior a doze meses, mas sua mente estava perturbada por motivo de não recuperação total do efeito do parto ou da lactação na sequência do nascimento da criança, ela pode ser considerada culpada tanto por infanticídio como por homicídio, a depender do Tribunal do Júri.



## ANEXO C

### **Projeto de Lei 1.262/2003<sup>298</sup>**

No ano de 2003, o Deputado José Divino elaborou o Projeto de Lei n.º 1262 de 2003, com o intuito da revogação do infanticídio do Código Penal, cujo conteúdo é o que se segue:

Revoga o art. 123 do Decreto –Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

#### **O Congresso Nacional decreta:**

**Art.1** Fica revogado o art. 123 do Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.

**Parágrafo Único** o crime tipificado no artigo revogado passa a ser imputado com base no disposto no art. 121, do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal brasileiro.

**Art 2** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

#### **Justificativa**

O infanticídio, entre os povos antigos, oscilava da impunidade às penas mais severas, inclusive a de morte, após várias espécies de suplícios.

No decorrer dos tempos esse delito autônomo foi se adaptando à evolução da sociedade, mas sempre com uma visão privilegiada pelos legisladores, que imaginaram pena especial para a infanticida, privilegiada em relação à do homicida, movidos pela piedade que a *honoris causa* lhes causava.

Na legislação brasileira, a causa de honra sempre figurou no tipo do infanticídio, sendo retirada da lei atual, que prestigiou somente o critério fisiopsíquico, que se revela na expressão sob a influência do estado puerperal.

Realmente, apesar de não constar no texto da lei, a causa de honra pode ser considerada um motivo não escrito, pois, não obstante a sua ausência no texto legislativo os Tribunais continuam a prestigiá-la, como demonstram os vários acórdãos por eles exarados.

Além do mais, o tipo do infanticídio acarreta vários problemas, doutrinários e práticos, seja pela dificuldade de visualização, obstaculizando a correta capitulação do fato, seja pela dúvida quanto ao enquadramento das pessoas que realizam a conduta típica, além da parturiente.

Destarte, é forçoso concluir-se que o tipo do infanticídio tornou-se como crime autônomo, e até desnecessário. É perfeitamente compreensível ao entendimento, nos tempos antigos, da importância da *honoris causa*; hoje, porém, diante da revolução dos costumes, mesmo no interior do país este motivo não mais encontra justificativa.

---

<sup>298</sup> Este anexo foi retirado da forma como esta de MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, pp. 121 e ss.

Quanto à influência do estado puerperal, a conclusão é outra. Na verdade, trata-se de um critério duvidoso de apuração da materialidade do crime, visto que pela complexa forma que se dá e pela rápida recuperação da mulher em puerpério fica difícil, ou quase impossível a detecção de tal atenuante material. Isso faz com que várias e várias vezes crimes de homicídio sejam levados ao juiz na forma de infanticídio.

Em nossa justificativa, ressaltamos os dizeres do tratadista James Tubenchlak, que em sua obra “Estudos Penais”, Rio de Janeiro ed. Forense, 1986: “A verdade, sim, é que o infanticídio mais é do que um homicídio, e não atinamos o porque de sua tipificação em artigo diferente, tal como aconteceu, aliás com o delito de exposição ou abandono de recém-nascido, esdruxulamente destacado do crime de abandono de incapaz. Diga-se mais, não se constitui em boa técnica transmutar-se uma infração para outra tão-somente em homenagem aos motivos que determinaram.”

É válido concluir que as condições a diferenciarem o infanticídio do homicídio – influência do estado puerperal (código em vigor) e honoris causa (diploma de 1969) – não devem ser supervalorizados, inexistindo mesmo qualquer razão subjetiva ou de ordem prática para tanto.

Realmente, inexistindo o atual art. 123 do Código Penal, o julgador disporá, ainda assim, dos dois motivos justificadores do tipo autônomo, podendo aplicá-los quanto entender conveniente.

Destarte, a honoris causa estaria presente no § 1º do art. 121 da lei penal vigente, inserida na expressão relevante valor moral. A influência do estado puerperal, por sua vez, estaria contida no parágrafo único do art. 26 do mesmo diploma, na frase «em virtude de perturbação de saúde mental. O mais interessante é que, neste último caso, poderá o juiz reduzir a pena em dois terços. Ora, considerando-se o infanticídio uma espécie de homicídio, cuja pena varia entre seis e 20 anos de reclusão, ao aplicar-se o redutor de dois terços obtém-se a pena hipoteticamente cominada de dois a seis anos e oito meses de reclusão, que é quase a mesma prevista pelo atual art. 123 do CP, excedendo-se a máxima em oito meses.

E, finalmente, caso o estado puerperal seja apenas o elemento provocador de um estado psicopático preexistente, de tal forma que se retire por completo o poder de autodeterminação da agente, então a mesma estará na categoria dos inimputáveis, resolvendo-se a pendenga pelo caput do art. 26 do Código Penal brasileiro.

Com os recursos científicos disponíveis hoje à serviço da sociedade com equipamentos biomédicos capazes de detectar doenças residuais preexistentes e até futuras, bastando apenas a realização do pré-natal obrigatório para as parturiente, o que seria evitado, com certeza erradicado do país o infanticídio.

Pelo acima exposto é que submeto à douta apreciação dos nobres pares a proposição que ora apresento à Casa, solicitando o apoio dos nobres membros deste Legislativo para a sua aprovação.

Sala de Sessões, 16 de maio de 2003

Deputado JOSÉ DIVINO

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E  
DE REDAÇÃO

PROJETO DE LEI Nº 1.262, DE 2003.

Revoga o art. 123 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal.

AUTOR: Deputado José Divino

RELATOR: Deputado Ibrahim Abi-Ackel

De autoria do deputado José Divino, o Projeto de Lei em causa busca revogar o art. 123 do Código Penal, que define o delito de infanticídio, de forma a tipificar como homicídio a conduta nele definida.

A Justificação do Projeto merece especial referência pela importância das razões nela deduzidas e pela segurança com que aborda o tema, sob o ângulo de sua conceituação doutrinária.

A despeito da relevância da Justificação, propõe-se o Relator à tarefa de opor às razões ali expostas os motivos, válidos até agora, que levaram o legislador à tipificação do infanticídio tal como descrito no Código Penal.

O infanticídio é o crime da genitora, da puérpera, portanto da mãe que se encontra sob a influência do estado puerperal. A ação consiste em causar a morte do próprio filho, durante o parto ou logo após, sob a influência do mencionado estado puerperal. A morte pode ser causada por qualquer meio (sufocamento, estrangulamento, lesões, falta de sutura do cordão umbilical). A ação deve ser praticada durante ou logo após o parto, pois a circunstância de tempo, por ser normativo do tipo, é elemento constitutivo do crime. A morte do feto será aborto, se praticada a ação antes do parto; será homicídio, se a ação não se consuma logo após o mesmo. A expressão "logo após o parto" significa logo em seguida, imediatamente após, prontamente, sem intervalo.

Assim consideradas a agente e a conduta, verifiquemos as razões que levaram o Código a distinguir do homicídio esse modo de supressão da vida, em momento especialíssimo da existência da mulher.

A situação do sujeito ativo varia segundo o critério adotado pela legislação, circunscrita a responsabilidade penal a dois critérios distintos: o critério psicológico, assentado no princípio da honra, adotado pelo Código Italiano (art. 578) e pelo Código Argentino (art. 81, § 2º) e o critério fisiológico, acolhido pela legislação penal brasileira e pelo Código Penal Suíço (art. 115).

Refere-se o primeiro à gravidez fora do matrimônio - a solteira, a viúva ou a casada com esposo de impotência *generandi* quando se torna imperioso ocultar o fruto da concepção, o que faz a mulher viver estado de angústia e tormento moral. O segundo critério não leva em conta o motivo, mas o desequilíbrio fisio-psíquico porventura oriundo do parto (embora não se olvide que o motivo pode entrar no complexo que desencadeia o desequilíbrio). Importa notar que o Código Penal Brasileiro, ao invocar o estado puerperal, adotou o segundo critério (Noronha E. Magalhães, "Direito Penal", Saraiva, 1991, vol. 2, p. 40 e 41).

Sobre o estado puerperal merece ser transcrita a explicação de dois eminentes penalistas:

"Nele (estado puerperal) se incluem os casos em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstetrício, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem sofrer um colapso do senso moral, uma liberação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho. De um lado, nem alienação mental nem semi-alienação (casos esses já regulados genericamente pelo Código). De outro, tampouco frieza de cálculo, ausência de emoção, a pura crueldade (que caracterizariam, então, o homicídio). Mas a situação intermédia, podemos dizer até "normal" da mulher que, sob o trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez não desejado, e temido, de suas entranhas". (A. Almeida Júnior e J.B.O. Costa Jr., "Lições de Medicina Legal", pag. 382, Júlio Fabrini Mirabete, "Manual de Direito Penal, Parte Especial". Atlas, 2000, vol. 2, p. 89).

A esses estados psicológicos anormais que podem aflorar durante o parto somam-se as psicoses denominadas puerperais, caracterizadas por alucinações agudas, ofuscamento da consciência, delírios. Mestre Hungria dá ao problema o toque insuperável de sua maestria:

"Surgem elas (as psicoses puerperais) no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma espécie do genus psicoses sintomáticas, isto é, transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicações, etc e cujas lesões não têm uma localização cerebral. Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada tem a ver com elas, portanto, o art. 123, deixando a ocisão do infante de ser infanticídio, para constituir, objetivamente, o crime de homicídio, mas devendo a acusação ser tratada segundo a norma geral sobre a responsabilidade ou capacidade de direito penal (art. 22)". Nelson Hungria, "Comentários ao Código Penal", Rio, Forense, vol. 5, p. 256, 257).

Em síntese, o estado puerperal existe sempre, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais que conduzam a mulher à morte do próprio filho. É preciso que fique averiguado ter realmente havido a influência desse estado na conduta delituosa, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio.

Nestes termos, o parecer é pelo reconhecimento da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto, mas, no mérito, contrário à sua aprovação.

Sala das Seções, 16 de outubro de 2003.

Relator

A relatoria não se exime de competência mas, apegou-se a citações de todo favoráveis à existência do estado puerperal ou deixou-lhe como sinônimo de puerperio e não permitiu o avanço na modificação ou retirada do artigo 123 do CPB, a cultura jurídica não atentou para modificação que se faz necessária nesse tipo, e nem o legislador teve

ciência de que a sociedade está amparada por uma norma penal, sem alicerces em suas elementares.

Enfim, resta dizer que o Anteprojeto foi elaborado sem colaboração técnica específica e, caso seja enviado à casa legislativa, e lá não sejam feitas modificações, o infanticídio continuará como improfícuo jurídico, perpetuando a aplicação do Direito de modo calamitoso. Quanto ao Projeto de Lei, infelizmente a interpretação equivocada sobre o estado puerperal, assim como a não discussão aprofundada tanto pelo elaborador como do relator de todo o art. 123, inclusive as elementares temporais e suas constantes dubitativas, banuiu a chance da retirada do infanticídio do Código Penal brasileiro, no entanto, possibilidade ainda existe, o tempo dirá a quem pertence a razão.

### **A reforma do código Penal de 2012**

A propósito, o tempo volta a falar, a razão ainda não, mas, na data de 17 de junho de 2011 foi publicado no Diário do Senado Federal, o requerimento de autoria do Senador Pedro Taques, que com base no art.374, parágrafo único, do Regimento Interno do Senado Federal, que seja instituída uma Comissão com a finalidade de elaborar projeto de Código Penal, cuja Ementa versa "Solicita a constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e as novas exigências de uma sociedade complexa e de risco".

Na Justificação, exhibe entre outras citações:

"Em contraste com a dinâmica social cada dia mais veloz, globalizada e tecnológica, nosso atual Código Penal é oriundo do Decreto-Lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com revisão da parte geral pela Lei número 7.209, de 11 de julho de 1984, o que revela um notável grau de atraso e falta de sintonia com as exigências contemporâneas de segurança e proteção da população.

Nesse contexto, surgem a Política e o Direito como grandes bastiões de construção de estruturas institucionais que visem garantir a segurança da população, pois apesar do caráter transnacional da problemática indicada, as Nações devem estar prontas para tomar medidas internas que protejam seus cidadãos, o que leva à importância da contínua atualização legislativa.

Com efeito, se de um lado o Direito comumente anda a reboque da evolução social, de outro o legislador deve sempre estar atento para a necessidade de atualização dos preceitos normativos, sob pena de se gerar injustiça e falta de efetividade das normas, o que se torna dramático na seara penal, que trata da proteção dos maiores bens jurídicos do ser humano: a vida e a liberdade. Desse modo, inúmeros são os argumentos que justificam a necessidade de uma revisão geral e sistematização das leis penais em nosso país.

De outra feita, o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desconstruídas, jurisprudências contraditórias e penas injustas - algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores."

Depreende-se do requerimento supra, a necessidade da reforma do Código Penal vigente neste país, que está sendo construída, e com a finalidade de lembrar que o Infanticídio, esta na mesma esteira de reformulação, é que encaminhamos a Comissão de Juristas com a Finalidade de Elaborar Anteprojeto do Código Penal (CJECP) instalada em 18 de outubro de 2011, sugestões legislativas que serão esplanadas em anexo próprio.

## ANEXO D

### SUGESTÕES LEGISLATIVAS<sup>299</sup>

Foram encaminhadas sugestões, a CJCEP (Comissão Juristas com a Finalidade de Elaborar Anteprojeto do Código Penal) com fins de reformulação do Crime de Infanticídio, no sentido de modifica-lo ou retirar-lo de vigência, pois as assecurativas incluindo o estado puerperal, durante e logo após, são frágeis e proporcionam contrapontos intermináveis. Caso V. Exs, entendam por não retirar-lhe vigência, implementem elementos técnicos, cujo o conteúdo é o que se segue:

1ª – O infanticídio seria suprimido do Código Penal, enquadrando-se nos casos de diminuição de pena, ou, como citam os doutrinadores, nos casos de homicídio privilegiado. A justificativa dá-se, pela própria pena natural já imposta à autora, pela perda do próprio filho, apesar do *modus operandi*. A nova redação do parágrafo primeiro do art. 121, seria:

§1º. Se o agente comete crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima ou matar o próprio filho durante o nascimento, o juiz poderá reduzir a pena de um sexto a um terço.

2ª – O infanticídio permaneceria no código, todavia com uma nova redação, sem presença do “Estado Puerperal” como elementar influenciando durante e logo após, ou ainda, sob a égide de “influencia perturbadora”, assim como não haveria o retorno de *honoris causa*. Nova redação: “Art. 123 – Matar, o próprio filho, durante o nascimento. Pena: detenção, de dois a quatro anos”.

**Justificativa:**

- Cessaria o critério bio-psicológico que gera mais polêmica do que solução.
- “Durante o nascimento” traduziria o ato de nascer, isto é, o ente já estaria parcial ou totalmente fora do canal de parto e excluiria o efeito dubitativo com o aborto e o elemento normativo temporal estaria bem definido.

3ª – O Infanticídio permaneceria no Código Penal, todavia com o caput mais abrangente, no tocante ao elemento temporal. Matar o próprio filho, durante o nascimento, ou nas fases seguintes do parto ou no puerpério. Pena: detenção de 2 a 4 anos.

**Justificativas:**

- Desapareceria o critério bio-psicológico.
- Elementares temporais bem definidas corporizáveis pericialmente ou por outras provas.

4º – Revogação do art. 123 do Decreto-Lei número 2848, de 7 de dezembro de 1940 código penal brasileiro, o crime tipificado passa a ser imputado pelo disposto no art.121.

---

<sup>299</sup> Este anexo foi retirado da forma como esta de MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. *Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica?* Brasília: Editora Rossini Corrêa, 2012, pp. 197 e ss.

**Justificativas:**

Cessaria o critério bio-psicológico;

Poderia, dependendo dos comemorativos, ser tipificado como homicídio culposo, tendo reprimenda menor, ou esta deixar de ser aplicada, se estiver sob o agasalho do parágrafo 5º do art. 121 do Código Penal: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da inflação atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

5º – Mantida, a redação do Infanticídio, seria instituído Parágrafo Único no intuito do encaminhamento da puérpera para exame pericial psiquiátrico.

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis).

Parágrafo único. Independentemente da condição de saúde mental, a autora será encaminhada para exame pericial psiquiátrico.

**Justificativa:** seriam afastadas, ou não, por avaliação pericial as doenças psiquiátricas prevalentes no ciclo gravídico/puerperal ou previas.

“Para a COMISSÃO DE JURISTAS COM A FINALIDADE DE ELABORAR ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL (CJECF)”.