

# O ESTADO PUERPERAL E SUAS INTERSEÇÕES COM A BIOÉTICA

LILLIAN PONCHIO E SILVA

CULTURA  
ACADÊMICA   
*Editora*

**O ESTADO PUERPERAL  
E SUAS INTERSEÇÕES COM  
A BIOÉTICA**

CONSELHO EDITORIAL ACADÊMICO  
Responsável pela publicação desta obra

Paulo César Corrêa Borges  
Luiz Antonio Soares Hentz  
Elisabete Maniglia  
Jete Jane Fiorati  
Roberto Galvão Faleiros Júnior  
Júlia Lenzi Silva

LILLIAN PONCHIO E SILVA

**O ESTADO PUERPERAL  
E SUAS INTERSEÇÕES  
COM A BIOÉTICA**

**CULTURA  
ACADÊMICA**  

---

*Editona*

© 2011 Editora Unesp

**Cultura Acadêmica**

Praça da Sé, 108

01001-900 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3242-7171

Fax: (0xx11) 3242-7172

www.culturaacademica.com.br

feu@editora.unesp.br

CIP – Brasil. Catalogação na Fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

---

S581e

Silva, Lillian Ponchio e

O estado puerperal e suas interseções com a bioética/Lillian Ponchio e Silva. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-7983-192-8

1. Infanticídio. 2. Bioética. I. Título.

11-7656

CDD: 343.622

---

Este livro é publicado pelo Programa de Publicações Digitais da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Editora afiliada:



Asociación de Editoriales Universitarias  
de América Latina y el Caribe



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA  
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS

# SUMÁRIO

Introdução 7

1 A bioética: análise do campo de estudo 11

2 Bioética, direito penal e mulher 39

3 A política criminal e o infanticídio 67

4 Critérios de conceituação legislativa do infanticídio 81

Considerações finais 125

Referências bibliográficas 129



# INTRODUÇÃO

A problemática que envolve o delito de infanticídio é excessivamente ampla. Tão ampla quanto os enfoques possíveis e as variadas linhas de aproximação com base nas quais o delito permite ser tratado. Levando-se em conta a impossibilidade de abarcar todos os pontos de relevo dogmático e político-criminal em torno do infanticídio, o que aqui se pretende é discutir alguns aspectos nevrálgicos do que vem sendo debatido até agora em relação ao delito. Mesmo assim, o tema ainda seria extremamente amplo.

Nossa meta é estudar o infanticídio sob o olhar crítico da Bioética. E isso com um propósito ainda mais específico: buscar a maneira mais adequada de tratar esse delito, tentando avançar inclusive para problemas como a análise do estado puerperal (expressão extremamente ambígua e muito contestada pelos médicos), a tutela do bem jurídico no infanticídio, e como é o tratamento dispensado à mulher nessa problemática.

Observa-se que o delito de infanticídio, que consiste na conduta da mãe matar o próprio filho durante ou logo após o parto, passou por múltiplas oscilações de valor ao longo do tempo, ora sendo aceito como prática social, ora sendo severamente apenado. No entanto, atualmente, está tipificado como delito autônomo, com uma pena abrandada caso comparada à do homicídio, delito esse que também



tutela o mesmo bem jurídico. Ao lado de outras questões bioéticas, como a eutanásia, as células-tronco e o aborto, o infanticídio é, sem dúvida, um dos temas mais controversos, em face das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que o circundam.

Na legislação penal brasileira, a tipificação do infanticídio sempre ocorreu com base em critérios altamente questionáveis. Quando fundado no motivo da preservação da honra sexual da parturiente, recebeu críticas contundentes por menosprezar a existência do nascente, ou neonato, em nome do aspecto subjetivo da reputação da mãe. Atualmente, de acordo com o art. 213 do Código Penal, é utilizada como critério a suposta influência do estado puerperal, considerada por muitos estudiosos uma ficção jurídica por não ter nem mesmo um período de duração definido, o que impossibilita sua comprovação pela perícia médica.

Assim, em um primeiro momento, o presente trabalho faz uma análise do campo de ação da Bioética. São estudados os conceitos e as definições da disciplina, começando pela teoria principialista de Beauchamp e Childress, que consagra os princípios básicos da autonomia, da beneficência e da justiça como seus fundamentos orientadores e como instrumentos práticos utilizados para analisar os conflitos surgidos no campo da Bioética.

Após o exame dos principais pontos da teoria principialista e da análise crítica de cada um de seus desdobramentos, foi constatado que a simples adoção de princípios universais, sem o enfrentamento da realidade na qual são aplicados, é amplamente inadequada. Assim, ao revelar a limitação do tema a questões específicas relativas aos campos da Biomedicina e da Biotecnologia, ficou evidente a exigência de ampliação de sua pauta.

A partir daí, dada a necessidade de um maior comprometimento da Bioética com questões concretas existentes em países com grandes níveis de desigualdade social, ocorre um alargamento do foco da disciplina, incluindo questões relacionadas à qualidade da vida humana, à cidadania e ao racismo, bem como a outras formas de discriminação. Nesse contexto, ao constatar que os grupos oprimidos continuavam à margem, isto é, excluídos do projeto tradicional da Bioética, surge

a Bioética de inspiração feminista, utilizando como fundamento um olhar crítico perante todas as formas de opressão, bem como as desigualdades sociais – em especial a assimetria de gênero.

A esse novo olhar, temas que até então não faziam parte das discussões do campo da Bioética rasgam a cortina que vedava os olhos para a realidade e entram em cena. O mesmo processo ocorreu também ao se constatar a natureza transdisciplinar da Bioética, que se relaciona intimamente com algumas áreas do Direito, como é o caso do Direito Penal. É indispensável ressaltar que a finalidade primordial de ambas as disciplinas é tutelar a vida.

Surgem então algumas indagações: como se dá a atuação do Direito Penal na tutela de bens jurídicos quando se contemplam as questões de gênero? Qual é o papel da Bioética ao constatar que, muitas vezes, essa missão de proteção do Direito Penal não é desempenhada de maneira humanamente adequada? Não é somente a vida em si, mas também o seu perfeito e harmonioso desenvolvimento que deve ser protegido e garantido. Por ser a vida considerada o bem jurídico mais importante, tanto a Bioética como o Direito Penal têm o objetivo primordial de cuidar dos temas que lhe são pertinentes a fim de revelar os tratamentos mais apropriados de acordo com a Constituição Federal.

Nesse ponto, focalizando o essencial da investigação, passamos pela política criminal que orientou a tipificação do infanticídio, contemplamos seus critérios de conceituação legislativa, aprofundamos os questionamentos relacionados à defesa da honra da parturiente e à suposta influência do estado puerperal, e, por fim, analisamos as decisões jurisprudenciais a fim de verificar se, de fato, à luz da Bioética crítica, é apropriado manter o infanticídio como tipo penal autônomo.

Depois de demonstrar que o Direito Penal deve se manter rigorosamente fiel a um programa de política criminal que puna comportamentos contrários a bens jurídicos, dignos de tutela penal, é preciso debater se é defensável que o infanticídio continue nos moldes em que se encontra atualmente, uma vez que nos parece indispensável revisitar essa problemática. Embora a Bioética não

busque respostas definitivas para os conflitos, almeja uma solução pacífica para as diferenças. Assim, ao longo deste trabalho, mostramos como a Bioética está inevitavelmente envolvida em questões sociais e políticas.

# 1

## A BIOÉTICA: ANÁLISE DO CAMPO DE ESTUDO

### A Bioética: conceitos e desafios

Toda reflexão feita pelo ser humano, seja ela relacionada ao plano biológico, moral ou social, tem por finalidade conhecer o mundo e, por isso, também conhecer a si, pois o homem faz parte do todo. Daury Cesar Fabríz parte dessa premissa ao afirmar que o ser humano não é uma simples parte do todo, mas sua parte mais importante, por deter em suas mãos o próprio destino e o destino das demais partes. Assim, todas as questões que envolvem a ciência da vida passam necessariamente por posicionamentos filosóficos sobre o papel do ser humano no quadro de um sistema social (Fabríz, 2003, p.55).

Dentre esses posicionamentos, destacamos o entendimento de Jean-Paul Sarte, quando afirma que “[...] o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não criou a si próprio; e no entanto livre porque, uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer” (Sarte, [19 –], p.254). Com base nisso, pode-se dizer que o homem é responsável não apenas por si mesmo, mas também pelo mundo todo. Em outras palavras, há uma total e profunda responsabilidade em toda escolha feita pelo homem, pois não há a possibilidade de deixar de escolher, e de envolver a humanidade inteira em cada decisão tomada. Nesse sentido, o homem, condenado a ser livre, carrega em seus ombros o peso do mundo inteiro.

A realidade social, por estar em constante transformação, é construída por sujeitos em relação, independentemente da consciência que tenham de tais processos. O acúmulo de descobertas feitas pelo ser humano gera o progresso científico, tendo em vista que uma descoberta em determinada área do conhecimento necessariamente interfere nas demais. Nesse contexto, a Bioética representa um dos maiores desafios a serem enfrentados no universo jurídico, pois introduz importantes questionamentos em diversas áreas do saber.

Lembramos neste ponto uma reflexão fundamental, relacionada ao desenvolvimento do homem e da ciência: quanto mais o poder tecnológico permite que o homem manipule a natureza em seus segredos mais íntimos, maior é a responsabilidade que recai sobre ele, pois, caso seja irresponsável, a própria vida humana poderá ser extinta do planeta (Valls, 2004, p.140-1).

É no âmbito desse contexto de infundáveis indagações que o termo “Bioética” foi originalmente proposto, em 1971, pelo oncologista e biólogo Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, em sua obra *Bioethics: Bridge to the Future*. O autor tratou do tema dando ênfase à ideia de uma “ponte” entre as ciências da vida e os estudos dos valores.<sup>1</sup> O estudo de Potter estava basicamente voltado às preocupações com os problemas ambientais inerentes às questões de saúde, além de seu interesse pelos aspectos morais ligados à prática da Medicina. Para Daury Cesar Fabriz, apesar desse uso restrito da concepção inicial de Bioética, voltada apenas para questões Médicas e ambientais, a proposta de Potter já concedia um sentido macro, com uma visão que ia além desses temas e incluía a ideia geral de “ciência da sobrevivência” (Fabriz, 2003, p.73).

Essa abordagem mais ampla, referente a uma ética global, ao abranger o progresso e o desenvolvimento que traziam não somente benefícios, mas também danos ao meio ambiente, fomentou discussões sobre responsabilidade e senso de humanidade. Todas essas questões já apontavam para a natureza da Bioética como um estudo

---

1 Volnei Garrafa explica que essa ideia original de Potter foi utilizada e modificada também por outros pesquisadores (Garrafa, 2006b, p.11).

que ultrapassa as barreiras que até então separavam as áreas do saber. Na Grande Enciclopédia Larousse Cultural, o termo “Bioética” designa o conjunto de problemas decorrentes da responsabilidade moral de médicos e de biólogos, em suas pesquisas teóricas e na aplicação prática dessas pesquisas (Grande Enciclopédia, 1998, p.779).

A primeira versão da Enciclopédia de Bioética foi organizada pelo Professor Warren Reich, do Instituto Kennedy de Ética, da Universidade de Georgetown, nos Estados Unidos, em 1978, e partia do conceito restrito de Bioética. No entanto, em 1995, na segunda edição, a Bioética foi definida como o estudo das dimensões morais das ciências da vida, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar. Não é por outro motivo que Daury Cesar Fabríz considera essa definição mais abrangente (Fabríz, 2003, p.75)

A palavra “bioética” foi formulada a partir da junção dos termos gregos *bios*, que significa vida, e *ethos*, que significa ética, ou seja, a ética da vida. No juramento de Hipócrates (Cós, 460 a.C. – Tessália, 377 a.C.) já podem ser encontradas as premissas sobre as quais os profissionais de Medicina deveriam pautar suas atitudes. Sabe-se que, no início, esse termo era utilizado restritamente no âmbito da Medicina.<sup>2</sup>

Entretanto, uma ética que se limita apenas à prática médica não é adequada, pois contempla somente um dos segmentos das várias preocupações com a saúde, relativas ao bem-estar e à dignidade dos seres humanos. Em outras palavras, é preciso esclarecer que a ética no contexto da Medicina revela apenas uma de suas inúmeras facetas.

Ao tratar de temas relacionados à ética não há como negar a existência de múltiplos posicionamentos sobre seu conceito. Entretanto, dentre tantas concepções sobre a ética, pode-se dizer, em suma, que o termo é utilizado para designar a investigação sobre as dimensões daquilo que é bom. Não deve causar surpresa o fato de cada sociedade possuir seu código de ética, seu costume social, ou seja, seu modo de comportamento próprio. No entanto, em linhas gerais, uma sociedade é considerada ética quando, em seu conjunto de regras, princípios e formas de pensar, busca o bem-estar de

---

2 Ver o juramento de Hipócrates (Hipócrates, 2010).

todos, e esse conceito de bem-estar precisa ter sido estabelecido de forma democrática (Fabríz, 2003, p.76).

Tem sido cada vez mais defendida a importância de estabelecer um vínculo maior entre a ética e as práticas relativas à saúde em discussões sobre a institucionalização de comitês de ética com a finalidade de debater tais temas. Na verdade, essa institucionalização resultou de um fato histórico: o famoso caso Karen Ann Quinley, ocorrido em 1975.

A jovem Karen Ann Quinley foi levada a um hospital em Nova Jersey em coma por causa da ingestão de álcool e barbitúricos e, posteriormente, foi transferida para outro hospital, também em Nova Jersey. O caso ficou famoso porque os pais adotivos de Karen, católicos praticantes, pediram à diretoria do hospital que fosse desconectado o respirador que mantinha a jovem viva, após receberem a notícia da irreversibilidade da situação, na qual foi constatada a impossibilidade de vida consciente. O doutor Morse, o médico responsável pelo caso, não atendeu à solicitação da família por se julgar legal e moralmente impedido de praticar tal ato. Em decorrência dessa situação, a família de Karen iniciou um processo, no qual o Supremo Tribunal de Nova Jersey proferiu uma sentença histórica, reconhecendo o direito da jovem de morrer em paz e com dignidade.<sup>3</sup>

Diante disso, verifica-se a necessidade de compreender e estudar a Bioética como uma ética aplicada às inúmeras dimensões da vida humana, visando pautar a conduta do homem nas áreas da ciência da vida pela inserção de valores e princípios morais em tais condutas.

Com as transformações do contexto social, o campo da Bioética encontra-se permanentemente em expansão, tratando de variados problemas sob os mais diversos enfoques. Acredita-se que essa multiplicidade de ideias, incluindo preocupações com a saúde humana como um todo, possa fomentar abordagens humanamente adequadas.

---

3 Daury Cesar Fabríz ressalta que inúmeros desdobramentos resultaram desse fato, como, por exemplo, a criação de comitês e subcomitês de ética em vários hospitais norte-americanos, com o objetivo de possibilitar o diálogo em situações clínicas como forma de dividir responsabilidades (Fabríz, 2003, p.84).

Nesse contexto, na Conferência de Amsterdã, em 1992, foi criada a Associação Internacional da Bioética com o objetivo de instituir e facilitar o intercâmbio internacional de informações, estimular o desenvolvimento da pesquisa e do ensino da Bioética, bem como defender o valor das discussões livres, abertas e ponderadas, pois há muitas pressões (religiosas, sociais e políticas) que buscam evitar esse livre debate de temas bastante controversos, tais como aborto, eutanásia e engenharia genética. Portanto, o objetivo principal dessa Associação pode ser resumido como a prática da “tolerância diante da diversidade” (Campbell, 2000, p.26).

A Constituição da Associação Internacional da Bioética define o termo Bioética como “[...] o estudo dos aspectos éticos, sociais, legais, filosóficos e outros aspectos afins, inerentes à assistência médica e às ciências biológicas” (ibidem, p.27). Assim, é proposto um campo bastante amplo, que trilha diversos caminhos ao tratar de temas variados, tais como a ética na enfermagem, a definição de morte, a ética psiquiátrica, direitos de reprodução e abordagens feministas da Bioética. Portanto, a Bioética está intimamente ligada às práticas que envolvem relações humanas nucleares, ao abranger a reprodução, a sexualidade, a família, o começo e o fim da vida, afetando os seres vivos de modo profundo e, muitas vezes, irreversível. Para Miguel Kottow, a Bioética é “[...] uma disciplina muito mais que contemplativa e contestadora, da qual devem emanar diretrizes morais que orientem a ação em benefício do ser humano e da humanidade” (Kottow, 2006, p.40).

Essa abordagem da Bioética como disciplina mais contestadora decorre das inúmeras situações abarcadas por ela, uma vez que se propõe ir além da relação entre paciente e médico, entre pesquisador e pesquisado, entre Estado e cidadão, visando abranger concepções de mundo e de vida de diversos segmentos confessionais, como católicos, ateus, judeus, budistas e protestantes, de modo que possam ser respeitadas suas orientações próprias, num retrato fiel da diversidade das sociedades contemporâneas. Desse modo, é imprescindível o respeito às diferenças, com base na ética da tolerância. De fato, a Bioética



é lançada nesse universo que não apresenta certezas, mas está repleto de “grandes indagações” (Fabríz, 2003, p.88).

Após essa relevante expansão a partir de 1971, com os já citados estudos de Potter, a Bioética foi consolidada nos anos 1990 por meio de inúmeros congressos nacionais e internacionais. Tendo passado por diversas fases, sempre com a finalidade de alargar o foco de sua investigação, a Bioética atingiu atualmente a “maturidade da nova disciplina” (Saada, 2006, p.19).

Nessa atmosfera de desenvolvimento, a Bioética vai assumindo cada vez mais seu caráter transdisciplinar, ultrapassando as fronteiras existentes entre as demais disciplinas e revelando que talvez a única linha mestra seja a busca do respeito às diferenças, e não o encontro de respostas definitivas para todos os conflitos.

## **A Bioética principialista**

Há inúmeras orientações no campo da Bioética e tais orientações podem ser classificadas em modelos diferentes de análise teórica. Queremos enfatizar que todas as correntes da Bioética têm extrema relevância (mesmo com suas inevitáveis limitações) e o fim único de consagrar e preservar a dignidade humana.

Refletindo sobre esse contexto, em um primeiro momento cabe destacar a teoria principialista de Beauchamp e Childress, que consagra os princípios básicos da autonomia, da beneficência e da justiça como fundamentos orientadores. Estes representam um instrumento prático utilizado para analisar os conflitos no campo da Bioética. É consenso que entre esses princípios não há uma hierarquia estabelecida, devendo sua aplicação ser feita de acordo com o caso concreto (Garrafa, 2009). Assim, esses princípios nem sempre convivem pacificamente, pois muitas vezes são criadas situações conflitantes. De fato, na adoção dos citados princípios em cada caso concreto verifica-se que constantemente sur-

gem grandes questões. Eis porque o valor da dignidade da pessoa humana é que deve reger tais conflitos.<sup>4</sup>

Também para Daury Cesar Fabríz, a Bioética laica contemporânea se estabelece com base nesses três critérios principiológicos – beneficência, autonomia e justiça –, denominados de “a trindade bioética”, mas isso não quer dizer que não existam outros valores. Todos os demais, porém, precisam ter a “trindade bioética” como ponto de partida (Fabríz, 2003, p.106).

Sob esse ângulo, é oportuno fazer uma releitura crítica dos princípios adotados, na busca de identificar se a Bioética deve ser encarada unicamente como um conjunto estático de mandamentos fabricado para consumo universal.

## Princípio da autonomia

A análise adotada para enfrentar essa problemática começa pelo princípio da autonomia. A autonomia está relacionada com o respeito à pessoa e denota que a vontade, os valores morais e as crenças de cada um devem ser respeitados. Para isso, a vontade e o consentimento livre do indivíduo devem preponderar em qualquer situação de conflito.

Aline Mignon de Almeida salienta com muita precisão que o princípio da autonomia é indubitavelmente considerado o princípio essencial da Bioética, pois todos os demais estão vinculados a ele. “Autonomia” significa que o indivíduo tem de ter a liberdade de fazer o que deseja. Porém, para desfrutar plenamente dessa liberdade, ele precisa estar informado (Almeida, 2000, p.7).

O princípio da autonomia representa, nesse sentido, a capacidade da pessoa de tomar as próprias decisões. Parece acertado dizer também que, recorrendo à ponderação, o cientista deve decidir qual

---

4 Fernando Andrade Fernandes (2003, p.64) explica que a dignidade da pessoa humana é um “valor autônomo e específico inerente a todos os homens em virtude de sua simples condição de ‘ser humano’”. Assim, representa uma referência unificadora de todos os direitos fundamentais..

método será utilizado e qual caminho será traçado em suas pesquisas para alcançar o fim almejado. É, portanto, escolha do cientista, bem como decisão do sujeito, participar de determinados testes e experiências (Varella; Fontes; Rocha, 1998, p.228).

Em suma, o princípio da autonomia implica a capacidade do indivíduo de decidir sobre determinadas atividades que alterem suas condições físicas e mentais. Para que tenha plena capacidade de decidir, é preciso que conte com informações adequadas sobre o tratamento ou a pesquisa que será efetuada. Disso decorrem questionamentos importantes, como, por exemplo, a justificada redução da autonomia individual por expor a perigo à saúde de determinada coletividade. Ou seja, essa autonomia deve ser manifestada levando em consideração o efeito sobre as demais pessoas.

Daury Cesar Fabríz explica que, no âmbito de pesquisas ou da aplicação de novas tecnologias que envolvam populações, o princípio da autonomia deve ser atentamente observado, pois quando a comunidade se deixa submeter a determinados testes para que se efetue uma pesquisa ou um estudo, ela deve necessariamente ser informada, de modo adequado, sobre todos os riscos. Destaca o referido autor que “[...] não se é livre quando se ignora; não se tem autonomia quando não se tem liberdade” (Fabríz, 2003, p.111).

Diante dessa ideia de que a liberdade, consagrada pelo princípio da autonomia, só pode ser plenamente exercida mediante informações adequadas, é possível traçar um paralelo com a crença relacionada aos direitos de primeira geração, ao acreditar que eles estejam plenamente assegurados. Ou seja, pode-se dizer que a confiança que se tem ao pensar que em todo comportamento há manifestação de liberdade é a mesma de acreditar que todos os direitos de primeira geração estejam assegurados.

Como é sabido, esses direitos traduzem o valor de liberdade. Entretanto, de que adianta garantir liberdade de expressão para quem não sabe ou não tem o que expressar? Em outras palavras, a liberdade de expressão só pode ser exercida se a pessoa tiver acesso à educação, ou seja, acesso a uma base concreta na qual será formado aquilo que

a pessoa visa expressar, do mesmo modo que a liberdade do princípio da autonomia só será exercida se a pessoa tiver informações adequadas sobre aquilo que vai decidir. Da mesma forma, não adianta garantir o direito de ir e vir para quem não tem para onde ir e vir, assim como não adianta assegurar a autonomia se a pessoa não souber exatamente em que consiste determinada situação.

Fazendo eco a Antonio Augusto Cançado Trindade (2003, p.475):

A denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, por exemplo, na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e a política), revelando assim de modo marcante a interrelação ou indivisibilidade de seus direitos. A pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos. Como falar de direito à livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento) sem o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à saúde? E os exemplos se multiplicam. Em definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas: é esta uma realidade inescapável. Já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos.

Portanto, o princípio da autonomia realça as bases sociológicas que sustentam (e muitas vezes anulam) a autonomia. Na verdade, esse princípio situa a Bioética diante de seus diversos sujeitos sociais, bem como diante das profundas desigualdades que os cercam. Daí decorre a indagação: é realmente possível exercer a liberdade contida no princípio da autonomia sem que haja uma informação adequada?

Cabe aqui a advertência feita pelo professor, doutor em Teologia, Márcio Fabri dos Anjos, ao constatar que a autonomia das pessoas passa, entre outras coisas, pelo saber tecnológico combinado

com o poder político e econômico. Fabri dos Anjos (2000, p.59) explica que “[...] quem está despojado de poder se torna vulnerável. E a vulnerabilidade expõe as pessoas a grosseiros e sutis desrespeitos de sua autonomia”.

Lembramos que, em 13 de abril de 2010, entrou em vigor o sexto Código de Ética Médica reconhecido no Brasil. Após mais de vinte anos de vigência do Código anterior, ele traz novidades como o reforço à autonomia do paciente e regras para a reprodução assistida e a manipulação genética (Conselho Federal de Medicina, 2010). Foram dois anos de trabalhos, coordenados pela Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica, que contaram com a participação ativa de diversas entidades. A finalidade principal foi dar atenção especial aos avanços tecnológicos e científicos, bem como à autonomia e ao esclarecimento do paciente. No processo de formulação desse Código foram consideradas as mudanças sociais, jurídicas e científicas pelas quais a sociedade passou. Além disso, os responsáveis pelo trabalho também analisaram os códigos de ética médica de outros países.

O ponto de destaque dessa revisão foi, especificamente, a questão da autonomia. Já no preâmbulo, o Código estabelece que o médico deverá aceitar as escolhas de seus pacientes, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. No corpo do documento, precisamente no inciso XXI, consta que, no processo de tomada de decisões profissionais, “[...] o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos” (ibidem). Nesse sentido, constata-se que, apesar de ter sido dada uma atenção especial ao princípio da autonomia, ainda cabe a crítica no sentido de ser impossível falar de autonomia sem considerar a questão da vulnerabilidade. Com efeito, apenas uma releitura crítica desses princípios considerados universais, levando em conta fatores históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais, será capaz de proporcionar uma compreensão adequada de tais princípios, condicionados pela base material da sociedade.

## Princípio da beneficência

Já o princípio da beneficência, por sua vez, decorre do latim *bonum facere* (fazer o bem) e implica promover primeiramente o bem do paciente. É um princípio de extrema importância na delimitação dos padrões de conduta e abrange outro princípio, o da não maleficência (*primum non nocere*), que significa não impingir nenhum dano a alguém. Conforme salienta Aline Mignon de Almeida, o princípio da beneficência é a ponderação entre os benefícios e os riscos (atuais e potenciais, individuais e coletivos), objetivando-se, assim, maximizar os benefícios e atenuar os danos e os riscos (Almeida, 2000, p.7).

Apesar de algumas atividades gerarem novas descobertas de grande importância, esse princípio consagra o dever de observar se tais descobertas não representam danos ao paciente. Em outras palavras, cuida da obrigação de constatar até que ponto um avanço na ciência realmente trará mais benefícios do que danos aos sujeitos.

Os médicos e os cientistas devem contribuir para o bem-estar das pessoas atendidas, o que engloba sua saúde física e funcional. Assim, toda e qualquer conduta deve ser avaliada mediante a ponderação de seus benefícios ou riscos. Disso decorrem algumas questões: o que é fazer o bem no âmbito da saúde? Qual é a melhor política em relação à assistência à saúde? Para Daury Cesar Fabriz, essas indagações implicam muito mais atitudes políticas do que morais. Assim, uma normatização jurídica deve conter disposições que indiquem as ações a serem estabelecidas, como os procedimentos adequados a serem seguidos, voltados para a melhoria da saúde (Fabriz, 2003, p.108).

Alastair V. Campbell, professor de Ética na Medicina da Universidade de Bristol, conta uma história muito interessante sobre um vilarejo no qual havia um grande penhasco em sua fronteira. A maior preocupação nesse local era com o número de pessoas que poderia despencar desse penhasco na escuridão e que, então, tinham de ser resgatadas lá do fundo. Como forma de solucionar tal problema, foi arrecadado dinheiro suficiente para comprar uma grande e boa lanterna que iluminasse todo o fundo do penhasco, bem como uma ambulância que retirasse os feridos e os encaminhasse ao hospital. No

entanto, o que os moradores do vilarejo não constataram foi o fato de que um refletor na extremidade do penhasco e um parapeito efetivo teriam evitado todas essas vítimas. Da mesma forma, as políticas relativas à assistência médica ignoram os meios realmente eficazes de fazer que as doenças não se alastrem, e que ocorram menos acidentes e outras enfermidades (Campbell, 2000, p.30).

Em suma, precisam ser estabelecidas premissas a respeito da atenção médica à cidadania. A esse respeito, Miguel Kottow, professor da Faculdade de Medicina e da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade do Chile, sustenta que a vontade política deve abandonar seus postulados de “direitos universais em saúde”, que são “fórmulas vazias e impossíveis de cumprir”. A decisão política deve, efetivamente, determinar as prioridades na área sanitária (Kottow, 2000, p.74).

É por essa razão que os recursos devem ser utilizados de forma que se ofereça cobertura equânime, evitando desproporções que deixem necessidades fundamentais “no escuro, no fundo de um penhasco”. Desse modo, torna-se especialmente interessante analisar os princípios universais da Bioética de acordo com a realidade social de diversos países.

Diante disso, como decorrência do princípio da beneficência, o que é mais eficaz? O que é fazer o bem? Investir na prevenção de doenças, numa efetiva educação, ou investir apenas em pesquisas que tragam possíveis tratamentos para doenças? Será que todos os cidadãos têm acesso aos benefícios trazidos pelo desenvolvimento da ciência? Nesse sentido, a Bioética está, inevitavelmente, atrelada a questões sociais e políticas.

## **Princípio da justiça**

Em primeiro lugar, é imperativo ressaltar que temas relacionados à justiça vêm sendo debatidos desde Aristóteles, e até hoje são muitos os autores que tentam defini-la. Verifica-se que existem muitos estudos na literatura moderna sobre o que é justiça.

O estudo clássico de John Rawls (1981), *Uma teoria da justiça*, realizado em 1971, também é considerado um marco importante na busca de uma definição de justiça. Márcio Fabri dos Anjos ressalta que, numa perspectiva de libertação, “justiça é um conceito denso e fundamental”, pois em sua raiz teológica esse conceito se baseia na condição existencial de todos os seres humanos como semelhantes uns aos outros.<sup>5</sup>

No campo da Bioética, a justiça consagra a obrigação de se garantir uma distribuição universal, equitativa e justa dos benefícios e serviços de saúde. Diz respeito a uma atitude positiva do Estado quanto ao direito à saúde, ligando-o ao contexto da cidadania. Com relação a essa problemática, Daury Cesar Fabríz constata que, no âmbito da Bioética, o princípio da justiça está ao lado do princípio da beneficência, pois ambos apontam para o bem social (Fabríz, 2003, p.111).

É inegável que o ideal de justiça é considerado supremo em toda sociedade humana. Por isso, na Bioética, implica o compromisso da sociedade em manter as pesquisas e a aplicação dos seus resultados. Significa também que os avanços científicos devem ser empregados de modo universal, beneficiando todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, cor ou classe social.

É claro que são inúmeros os critérios pelos quais a justiça pode ser pensada. Há quem alegue que ser justo é se pautar pela lei. Em outro ponto de vista, a lei é que deve estar afinada com o sentimento de justiça. Logo, essa discussão carrega uma alta carga de subjetividade (ibidem, p.112).<sup>6</sup> Diante desses questionamentos, cabe ressaltar que a lei pode ser considerada injusta quando for elaborada de maneira não democrática e arbitrária. Nem sempre lei é sinônimo de justiça.

O método lógico-formal de Kelsen reduziu o conhecimento jurídico-científico ao conhecimento do sistema normativo. Esse reducionismo kelseniano representa uma opção epistemológica em que as leis postas pelo Estado representam a única expressão do Direito.

---

5 O autor explica que, conforme a justiça de Deus, todos os seres humanos são irmãos e irmãs, pois Deus é Pai-Mãe de Todos (Anjos, 2000, p.61).

6 Conclui dizendo que Direito e justiça sempre se apresentaram como “conceitos afins”.



Nessa esteira, Antônio Alberto Machado explica que, no momento em que numa sociedade capitalista a teoria do Direito escolhe apenas o simples conhecimento descritivo das normas, consequentemente estará optando pela reprodução dos valores burgueses contidos nessas normas. Isso significa dizer que o positivismo normativista implica uma ausência de reflexão, ou seja, forma o “senso comum teórico” que tem como característica aceitar tudo de maneira acrítica (Machado, 2009, p.71).

O fato é que a proclamada isonomia da lei dissimula a desigualdade real. No entanto, será que todos podem ser iguais por meio da lei? A lei pode ser usada como instrumento de transformação? É preciso ressaltar que normatização ainda não é Direito; é só um momento do processo de sua construção. Por essas razões pode-se afirmar que “estar na lei”, por si só, não significa “ser justo”.

O conceito de justiça deve ser elaborado de modo a condizer com a realidade do local em que se vive. Uma Bioética que se desenvolve em países com grandes níveis de pobreza precisa ter um conceito “próprio” de justiça, ou seja, de acordo com sua realidade.

Miguel Kottow propõe uma definição que contempla uma ordem justa e abrange as diversas facetas da pobreza. De acordo com esse professor, “[...] justiça é o ordenamento social que permite a cada membro cobrir suas necessidades e manter abertas suas opções de projetos de vida”. Sendo assim, a definição de justiça deve partir da premissa de que a necessidade é um “requerimento plausível e se diferencia de um capricho”, ou seja, na medida em que persistam segmentos sociais que não conseguem solucionar suas necessidades básicas, não se pode falar em ordem social justa (Kottow, 2000, p.70).

Isso leva à conclusão de que a justiça não é meramente um valor político com o qual todos os membros da comunidade concordam de forma igualitária, mas se refere à obtenção de condições para que todos os membros dessa comunidade possam chegar a concordar com um ordenamento equânime. Um conceito que abarca todas essas ideias é o formulado por Miguel Kottow, ao explicar que “[...] justiça é um acordo contratual – virtual, por certo – que permite a

todos os cidadãos sua participação na arquitetura de sua sociedade” (ibidem, p.71).

Nesse sentido, a saúde deve ser considerada prioridade dentre outros bens sociais. O direito à educação somente pode ser exercido se a pessoa estiver saudável, ou seja, esse é um requisito para que desfrute dos demais direitos, de acordo com a visão integrada de todos os direitos humanos. Com as dificuldades de acesso à saúde e dado o alto custo desses serviços, as questões relativas à justiça social estão cada vez mais presentes e necessitam ser levadas em conta quando se analisam os conflitos éticos que surgem da necessidade de uma distribuição justa de assistência à saúde das populações.

Uma interpretação adequada do conceito de justiça deve, necessariamente, considerar as diferenças existentes em determinada coletividade. Assim, vale lembrar que, apesar de a Bioética ter nascido nos anos 1970, foi no início dos anos 1990 que as críticas à universalidade desses princípios começaram a ser feitas, tendo em vista os diferentes contextos sociais e culturais do mundo globalizado. Por essa razão, a Bioética, antes restrita aos problemas individuais, passou a discutir os conflitos coletivos, o que evidenciou a incapacidade da teoria principialista universal para resolver todas as situações e gerou a necessidade de novos referenciais teóricos, mais próximos da realidade imediata.

## **Alargamento do foco da Bioética: expansão do campo de estudo**

Diante de uma realidade social extremamente injusta e, por isso mesmo, explosivamente conflituosa, a simples adoção de princípios universais, sem o enfrentamento da realidade na qual serão aplicados, é francamente inadequada.

Ao tratar do alargamento do foco da Bioética, é imprescindível destacar a aprovação da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, ocorrida em outubro de 2005, em Paris, e que na prática serviu para atestar a “maioridade” da disciplina. Antes, ela estava re-

duzida a questões específicas relativas à biomedicina e à biotecnologia, em conformidade com os interesses dos países desenvolvidos, sempre tentando evitar a ampliação da pauta. Volnei Garrafa conta que, desde o início do processo de construção dessa Declaração, os países da América Latina (especialmente o Brasil) manifestaram seu total desacordo com “o rumo que o texto estava tomando” (Garrafa, 2006b, p.9).

Constata-se que o percurso de construção da Declaração foi longo e penoso, permeado de avanços e retrocessos. Na verdade, a ampliação da pauta para incluir mais do que apenas questões biomédicas e biotecnológicas ocorreu no final de 2004, numa reunião realizada em Buenos Aires, convocada pelo Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Argentina, com apoio da Rede Latino-Americana e do Caribe de Bioética (Redbioética), e a presença de especialistas e representantes de onze países latino-americanos. Dessa reunião resultaram dois documentos, solicitando profundas mudanças no teor da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos.

Volnei Garrafa explica que foi a partir desse momento que começou a ampliação do foco da Bioética, alargando a pauta de suas discussões para incluir não somente os interesses dos países desenvolvidos. Foram então incorporados em definitivo à agenda da Bioética do século XXI temas que vão além das áreas biomédicas e biotecnológicas, contemplando questões sanitárias, sociais e ambientais de grande valia para as nações pobres e/ou em desenvolvimento (ibidem, p.10). Em seguida, destacou-se a necessidade de adequar as bases teóricas que sustentam a disciplina diante da realidade política, social e cultural. Em outras palavras, começaram a surgir novos referenciais de sustentação conceitual para a Bioética.

Na verdade, os princípios da Bioética (autonomia, beneficência e justiça), pretensamente universais, emanados do documento (Relatório Belmont) solicitado pelo governo dos EUA a um comitê de especialistas para coibir abusos recorrentes em pesquisas com seres humanos, acabaram sendo confundidos com a própria Bioética (ibidem, p.12).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Volnei Garrafa pontua que o princípio da “não maleficência” foi incorporado como um quarto princípio por Tom Beauchamp e James Childress, em 1979.

Analisando essa problemática, constata-se que as nações do Terceiro Mundo possuem o hábito, nos mais diversos campos, de importar de maneira acrítica ciência e tecnologia das nações industrializadas, muitas vezes com consequências desastrosas para suas populações, afetadas por essas importações. Atualmente, passou-se a importar (também acriticamente) o que Volnei Garrafa chama de “pacotes éticos”, como, por exemplo, o principlismo (ibidem, p.14).

Surgiu então a necessidade de um maior comprometimento com as questões concretas vigentes em países com grandes níveis de desigualdade social. A principal força propulsora por trás de tudo isso foi a exigência de uma participação direta da sociedade civil na discussão de questões relativas à Bioética, visando ao bem-estar futuro das pessoas e da comunidade.

Portanto, houve a superação da índole meramente individual da disciplina, passando para um novo patamar, no qual se discute a responsabilidade do Estado perante os cidadãos, principalmente os mais frágeis e necessitados. E isso, sem dúvida, é promissor.

## **A Bioética feminista: olhar crítico diante das desigualdades sociais**

A visão limitada da pauta das discussões bioéticas vai, assim, perdendo espaço e cedendo lugar para novos horizontes, abarcando temas comprometidos com a realidade social de cada país. A esse respeito, Volnei Garrafa conta que, no final do século XX, começou a ocorrer um alargamento do foco da Bioética, incluindo questões relacionadas a cidadania, qualidade da vida humana, racismo e outras formas de discriminação (ibidem, p.12).

Alya Saada explica que, ainda para alguns estudiosos do assunto, o elemento “bio” da expressão “bioética” relaciona-se apenas à biomedicina e à biotecnologia. No entanto, outros entendem-no num sentido mais amplo. Assim, se para a primeira corrente os temas favoritos referem-se às novas tecnologias reprodutivas, aos transplantes de órgãos e ao tema das células-tronco, para a segunda, temas que

tratam de exclusão social, vulnerabilidade, racismo e saúde pública também devem ser incorporados à Bioética (Saada, 2006, p.19).

Por essas razões e por padecer de deficiências estruturais, nos países com profunda desigualdade social, ficaram demonstradas a falência e a fratura do principialismo na Bioética, e com isso começaram a surgir propostas realmente comprometidas com o social, partindo da constatação de que nem todos os indivíduos estão incluídos na pauta de discussões da Bioética principialista, pois os grupos oprimidos continuam à margem, excluídos do projeto tradicional da Bioética. Tendo então em vista a limitação das referências ideológicas tradicionais da Bioética, surgiu a necessidade de repensar esses princípios, numa inversão da situação de importar de modo acrítico ciências, tecnologias e “pacotes éticos”.

Débora Diniz e Dirce Guilhem salientam que, apesar do encantamento que produzem, os princípios da Bioética não parecem ser aplicados de modo igualitário a todos os indivíduos. Essas professoras de Bioética do programa de pós-graduação da Universidade de Brasília relatam que a Bioética desenvolvida foi voltada para aqueles que têm acesso ao serviço de saúde, bem como aos médicos dispostos a escutá-los e respeitá-los. Assim, os desprivilegiados, socialmente vulneráveis, ficam excluídos do projeto bioético (Diniz; Guilhem, 1999).

Nesse contexto, surge a Bioética de inspiração feminista, no início dos anos 1990. As professoras Diniz e Guilhem afirmam que, inicialmente, a Bioética feminista não pensava em se restringir à entrada dos estudos feministas no campo da ética aplicada. Em suma, não tinha como única finalidade incorporar os ideais do feminismo “às ideias bioéticas imperantes” (ibidem). No que tange ao presente tema, convém destacar que a Bioética feminista utiliza como fundamento um olhar crítico perante todas as formas de opressão, bem como as desigualdades sociais, em especial a assimetria de gênero. Desse modo, a Bioética de inspiração feminista é uma vertente da Bioética crítica que visa romper com o “mito da neutralidade”. Antônio Alberto Machado explica que uma postura considerada “neutra” equivale à reprodução dos interesses da classe econômica dominante. Logo, esse rompimento é

necessário, pois vai além do senso comum que aceita os princípios universais sem maiores questionamentos, afirmando ser “neutro” (Machado, 2009, p.69). Os teóricos que preferem deixar tudo como está, de maneira acrítica, reafirmam sua crença na neutralidade. Em outras palavras, ao se aterem ao senso comum teórico, acreditam estar livres de sua responsabilidade. Resta a indagação: será que é mesmo possível ser neutro? A visão conservadora, que apenas reproduz a ideologia jurídica hegemônica, tem como características a interrupção da crítica e a ausência de um fundo humanístico. Entretanto, é preciso ressaltar que a omissão (mera aceitação) gera a manutenção da ordem.

Já a Bioética crítica (englobando suas vertentes) surge para fazer uma reflexão mais profunda sobre os princípios tradicionais, em face do contexto social no qual são aplicados. A principal meta da Bioética de inspiração feminista não era se constituir como a contrapartida crítica das teorias principialistas da Bioética. Mas verificou-se que, cada vez mais, esse fato se consolida. Com isso, a crítica a todos os modos de opressão social pode, indubitavelmente, ser considerada seu referencial analítico (Diniz; Guilhem, 1999).

É interessante constatar que o princípio da autonomia, muitas vezes utilizado de forma “mecânica” pela teoria principialista, não contempla as situações em que essa autonomia fica encoberta, pois na verdade há uma coerção da vontade, que é um dos aspectos principais na formação do conceito político de vulnerabilidade.

Débora Diniz e Dirce Guilhem trazem, como exemplo, o consentimento das mulheres às tecnologias reprodutivas. As professoras afirmam que esse consentimento não indica necessariamente “[...] o exercício livre da vontade, da autonomia ou mesmo dos direitos reprodutivos”. É preciso considerar que muitas mulheres se submetem a essas técnicas como meio de corresponder aos papéis esperados, tendo em vista que a “maternidade é quase um imperativo social” (ibidem). Trata-se, portanto, de constatar que é impossível falar da existência de princípios absolutos em locais de grande desigualdade social.

Os quatro princípios da Bioética tradicional não contemplam as diferenças de gênero, raça e classe. Ignorar essas questões relativas

aos oprimidos e marginalizados, sob o manto da neutralidade, implica manter os interesses e os valores das classes dominantes. Nesse contexto, portanto, não são necessários princípios universais, mas princípios que compensem a vulnerabilidade social. Afirmar-se que a Bioética feminista consiste na análise de todas as questões bioéticas relacionadas à vida, seja ela em seu momento inicial ou final, tais como a eutanásia, o aborto ou o infanticídio, mas com um olhar crítico, de forma a computar os interesses de pessoas socialmente vulneráveis.

É nesse contexto que emergem inúmeras indagações sobre as diversas formas de opressão e desigualdade social, entre elas a seguinte questão: será que o delito de infanticídio, nos moldes em que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo na conduta da mãe matar o próprio filho durante o estado puerperal, sujeito a uma pena muito inferior à do homicídio e refletindo, ainda que indiretamente, valores morais ultrapassados e incompatíveis com o valor da dignidade humana, é visto de modo adequado?

Acerca desse problema, no contexto das desigualdades sociais, verifica-se que a Bioética lança uma pergunta pertinente: como se dá a ética da vida diante de desigualdades relacionadas especialmente às questões de gênero? Ao tratar da Bioética nesse contexto profundamente desigual, marcado por diversas formas de opressão, Márcio Fabri dos Anjos explica que é necessário desvendar a lógica da reprodução da desigualdade na sociedade e, com sabedoria, afirma que “a Bioética se faz com razão e coração” (Anjos, 2000, p.62-3).

Reflexões como essa retomam a necessidade de levar em conta o caráter do tratamento desigual realizado pelas leis penais quando se refere às mulheres. Estaria esse tratamento baseado em diferenças emancipatórias ou discriminatórias?

É precisamente para discutir essa, entre outras questões, na busca de romper com uma visão conservadora e alienada dos problemas sociais, carente de consciência reflexiva, que se desenvolve a Bioética crítica, visando superar a visão fragmentada que importa “pacotes éticos” de maneira acrítica. Na vertente crítica da Bioética é revelada a maneira pela qual são tratados os excluídos do projeto bioético principalista.

## Natureza transdisciplinar da Bioética

Não obstante o fato de ter ficado evidente que é preciso fazer uma releitura crítica dos princípios universais, há também muita discussão doutrinária acerca da própria natureza da Bioética. As pretensões em torno de uma resposta plausível para essa questão, visando a um maior aprofundamento das bases que sustentam tal disciplina, oscilam entre o tratamento da Bioética de forma “interdisciplinar” ou “transdisciplinar”.

Para muitos estudiosos, a proposta da Bioética é de natureza interdisciplinar, pois busca uma integração entre diversas disciplinas. Em outra vertente, fala-se de seu caráter transdisciplinar. No entanto, para que isso seja possível, é preciso pensar conforme um novo paradigma para a ciência e para o conhecimento, o que é de grande dificuldade para os que possuem formação acadêmica cartesiana, concebendo as disciplinas equivocadamente como núcleos de conhecimento totalmente independentes e isolados, o que mascara a unidade da ciência e, na tomada de decisões éticas, gera uma tensão decorrente do isolamento (Dusilek, 2010).

Volnei Garrafa (2006a, p.75) explica que a interdisciplinaridade diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para a outra. Já a transdisciplinaridade, conforme o prefixo “trans” indica, se refere àquilo que está ao mesmo tempo “entre” as disciplinas, “através” das disciplinas e “além” de qualquer disciplina. De acordo com essa orientação, para superar as fronteiras, a transdisciplinaridade necessita da liberdade inerente ao ser humano. Revela-se, assim, sua natureza dinâmica, ao contemplar vários níveis de realidade ao mesmo tempo.

Quando se inicia o estudo da Bioética, desde logo se verifica sua natureza transdisciplinar, abrangendo diversos campos do saber. A transdisciplinaridade, conforme Volnei Garrafa, é “[...] uma abordagem que vai além, proporcionando a liberdade de olhar o outro lado sem sermos acusados de estar pisando onde não devemos e sem temer a acusação de estar pisando onde devemos” (ibidem, p.76).



No âmbito dessa dinâmica, busca-se romper com o senso comum, pois o conhecimento fragmentado entre disciplinas afasta o sujeito de seu objeto, de forma que uma disciplina fica restrita, incapaz de dialogar. O pensamento reducionista recorta ao máximo o que está estudando, para facilitar sua manipulação. Com efeito, é nessa perspectiva que Volnei Garrafa constata que o distanciamento entre as disciplinas “impede o desenvolvimento do processo de humanização”, tornando-as não apenas impessoais, mas também desvinculadas de todo contexto cultural e social (ibidem, p.78).<sup>8</sup>

A abordagem separatista e reducionista, embora tenha sido alvo de severas críticas ao longo do século XX, ainda não foi superada completamente. Convém admitir que somente uma abordagem transdisciplinar possibilitará a superação das barreiras existentes entre as disciplinas, incentivando a evolução do conhecimento.

É necessário insistir que a Bioética e o Biodireito têm como finalidade proteger o ser humano diante dos avanços das ciências em questões atinentes à vida e à morte que possam macular a dignidade da pessoa humana (Penna; Medeiros; Silva, 2009). O fato é que os termos “Bioética” e “Biodireito” são utilizados em face dos avanços científicos e tecnológicos no sentido de tutelar a vida humana. Na verdade, Biodireito é a positivação das normas de cunho bioético. Em outras palavras, o Biodireito também pode ser compreendido como o conjunto de normas jurídicas positivadas que visam impor ou proibir determinada conduta, estabelecendo sanções.

Em suma, como o Biodireito visa assegurar os mandamentos bioéticos, surgem no seio das academias médicas e jurídicas importantes discussões acerca do tema, bem como sobre a necessidade de se fixarem alguns padrões mínimos de conduta que busquem preservar a dignidade da pessoa diante do progresso desenfreado da tecnologia e da medicina.

---

8 O autor explica que essa limitação resulta na tentativa de imposição de soluções padronizadas para resolver os diferentes problemas provenientes da diversidade, como é “[...] o caso do principalismo bioético ante o pluralismo moral, a variedade cultural e os macroproblemas sociais das nações periféricas”.

De maneira brilhante, Volnei Garrafa ressalta o caráter do conhecimento empírico, considerado perfeito e estável. Porém, salienta que o conhecimento científico é perfectível, ou seja, em constante processo de adições e aperfeiçoamentos, pois a “[...] ciência não se define pela certeza, mas pela incerteza” (Garrafa, 2006a, p.79).<sup>9</sup>

Pesquisando-se o universo de questões da Bioética e do Biodireito, pode-se concluir que a grande maioria delas envolve a eutanásia, o aborto, a pesquisa de células-tronco, de embriões, e a evolução das ciências biomédicas. Em suma, discussões cujo núcleo diz respeito às dimensões da vida e da morte do ser humano.

Dada a natureza dessas questões já muito debatidas, embora ainda não consensuais, o presente estudo parte da premissa segundo a qual a Bioética e o Biodireito precisam transitar também no âmbito do Direito Penal e das demais ciências com as quais se relaciona. De fato, busca-se discutir a possibilidade de analisar o delito de infanticídio à luz da Bioética crítica. Acreditamos que a Bioética, por ser transdisciplinar, vai além de temas relacionados ao momento da vida e ao momento da morte, compreendendo todo o curso da vida, bem como a qualidade dessa vida.

## **Bioética e Direito Penal: a superação das barreiras entre as disciplinas**

O artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 declara a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo tanto aos brasileiros, como aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vale dizer que o direito à vida é garantido pelo Estado constitucional democrático brasileiro a todos os indivíduos que se encontrem em território

---

9 Conforme o autor, o objetivo principal, ao tratar da natureza transdisciplinar da bioética, é associar em vez de isolar, é estimular o pensamento em sua essência e totalidade, na busca de um novo paradigma que se recusa a aceitar a obscuridade constante no pensamento simplificado, separatista, isolado e reduzido.

nacional. Logo, constata-se que o constituinte de 1988 concebe a vida como um direito humano fundamental. De fato, a vida, antes mesmo de ser um direito, “[...] é o pressuposto e o fundamento maior de todos os direitos”. Portanto, pode ser entendida como um princípio que deve ser assegurado a todos, sem distinção. Todos têm direito à vida, bem como o dever de respeitar a vida (Fabríz, 2003, p.267).

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º, estabelece que a personalidade civil da pessoa começa no “nascimento com vida”. No instante em que se inicia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente comprovado por meio do exame de docimásia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade. Nesse mesmo sentido, a Resolução nº 1/88 do Conselho Nacional de Saúde estabelece que o nascimento com vida ocorre com a “[...] expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta” (apud Diniz, 2008, p.198). Conforme ensina Maria Helena Diniz, o direito à vida condiciona os demais direitos da personalidade, ou seja, é essencial ao ser humano. A autora explica que a ninguém é lícito desobedecer ao dever absoluto de respeitar a vida (Diniz, 2001, p.22-30). Por essas razões é que o Direito, em suas normas, concede um tratamento mais rigoroso aos apenamentos, na hipótese de o direito à vida ser violado.

Daurý Cesar Fabríz observa que, não obstante o direito à vida ser encarado de formas distintas pelas diversas culturas, deve ser interpretado sempre da maneira mais ampla possível e nunca de forma restrita, levando-se em consideração tão somente a vida biológica, “[...] baseado na dicotomia vida e morte”. Isso quer dizer que não é somente a vida em si, mas também o seu perfeito e harmonioso desenvolvimento que deve ser protegido e garantido (Fabríz, 2003, p.268-9). Por ser considerada o bem jurídico mais importante, tanto a Bioética como o Direito Penal têm o objetivo primordial de proteger a vida, tanto que é ela que inaugura a Parte Especial do Código Penal. Nesse contexto, João Bosco Penna busca

sintetizar as ideias, acentuando que a vida representa, sem dúvida, o fundamento dos demais direitos. Segundo ele:

O Código Penal Brasileiro, a exemplo de outras legislações penais alienígenas, inicia, em sua parte especial, tutelando a vida, origem, suporte de todos os demais bens-interesses, sem a qual estes não teriam o mínimo significado. (Penna, 2004, p.17)

Diante disso, verifica-se a íntima relação existente entre Bioética e Direito Penal, por terem como preocupação primordial tutelar a vida, não somente a sobrevivência, mas a vida com dignidade. A esse respeito é pertinente a constatação de Daury Cesar Fabríz ao afirmar que a Bioética, por ser ciência da vida, realiza o “[...] livre exercício do especular em torno das várias possibilidades dos elementos que integram a vida”. Sendo assim, “[...] cabe ao Direito proceder ao enquadramento legal, no sentido de se preservar a integridade da vida e da pessoa humana” (Fabríz, 2003, p.273). Nesse sentido, a vida é considerada a premissa maior, havendo vários instrumentos que buscam assegurá-la. O Direito, nos seus mais variados ramos, pode e deve se valer dos princípios que norteiam a Bioética, visando responder de forma humanamente adequadas às questões que envolvem as dimensões da vida. Por essas constatações, verifica-se que o Direito Penal, assim como todo Direito, constitui um processo vivo. Por isso, é impossível que se mantenha imutável. Além disso, é um fenômeno cultural e deve, portanto, corresponder às necessidades de cada momento histórico.

Tendo em vista os avanços da ciência no campo da vida, as biotecnologias inovadoras representam um desafio para o Direito, cuja missão primordial é assegurar o direito à vida e à dignidade humanas, como também a integridade das futuras gerações.

A humanidade passa por uma crise que ela mesma gerou através do progresso. Temas referentes à interrupção da gravidez, à procriação humana artificial, ao direito de morrer, a transplantes, ao consentimento e a pesquisas genéticas compõem a pauta de discussão atual no campo da Bioética. Nesse leque de temas, encontram-se

assuntos ligados ao progresso desenfreado da ciência, assim como debates antigos que, necessariamente, precisam ser revisitados, assentados sobre múltiplas reflexões.<sup>10</sup>

A vida, o bem jurídico de maior importância, deve ser protegida não apenas por seus critérios biológicos, mas também pelo aspecto da dignidade inerente a ela. Quando se trata de vida digna, direitos como liberdade e igualdade encontram-se inseridos em seu conteúdo. Diante disso, uma problemática que pode ser debatida no âmbito do princípio da preservação da vida é o delito de infanticídio. É interessante notar que, no passado, eram previstas punições atroz, como coser o condenado dentro de um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, lançando-o depois ao rio ou, como descrito na ordenação de Carlos V, sepultando o criminoso em vida, ou conduzindo seu empalamento, afogamento ou dilaceração com tenazes ardentes (Noronha, 1991, p.42). No entanto, atualmente, o delito é etiquetado doutrinariamente como forma especial de homicídio, com uma pena bastante atenuada, levando-se em consideração os sintomas fisiopsicológicos da parturiente. Na verdade, o objeto jurídico é o mesmo do homicídio: a vida humana, o bem jurídico mais importante na escala jurídico-social. Linda Luiza Johnlei Wu destaca que adotar medidas diferentes para aplicar uma sanção, em atitudes de iguais reprovações, em vista de o bem jurídico tutelado ser o mesmo, representa uma das “formas visíveis de injustiça” (Wu, 2007, p.51).

É notória a intensidade de alterações pelas quais o delito de infanticídio passou ao longo dos tempos. Entende-se que, sendo uma forma de homicídio, necessariamente guarda uma intensa relação com a Bioética, cujo objetivo principal é tutelar a vida. Em outras palavras, todos os problemas relacionados à vida, além de serem o foco da Bioética, tocam também o cerne do Direito Penal. Assim, pelo fato de os direitos humanos terem de ser observados como va-

---

10 Entende-se que o infanticídio não é de forma alguma um tema novo, tendo em vista que há uma obra, *Do infanticídio*, datada de 1956, escrita e dada por Alfredo Farhat ao professor Buzaid, na qual se discute a problemática do infanticídio. Logo, acredita-se que o tema merece ser revisitado.

lores supremos e transcendentais, é imperioso que a problemática do infanticídio seja revisitada.

Não são somente pelos avanços científicos que afetam o ser humano, mas também dadas as questões que permeiam a sociedade há muitos anos, como é o caso do infanticídio, este deve ser indubitavelmente considerado um problema bioético, de modo a ser intensamente debatida qual a melhor forma de tutelar a vida.

A temática dos direitos humanos impõe uma reflexão que reúne perspectivas filosóficas, sociológicas, antropológicas, jurídicas e políticas. Logo, não são somente os problemas do meio ambiente, da economia e da biotecnologia que exigem uma dinâmica distinta na atualidade. Com efeito, não se pode deixar de lado a dimensão do debate relacionado à vida e, especialmente, ao infanticídio.

É exatamente nesse ponto que a Bioética, dada sua missão de verificar quais as maneiras mais adequadas de tutelar a vida, deve estudar esse delito de maneira crítica, não somente como uma questão penal, mas também como um problema bioético fundamental.



## 2

# BIOÉTICA, DIREITO PENAL E MULHER

### **A complexa relação entre a mulher e o Direito Penal**

Após ficar constatada a estreita relação entre a Bioética e o Direito Penal, em virtude do fato de essas disciplinas trilharem o mesmo caminho na busca das maneiras humanamente mais adequadas de proteger a vida, passa-se a uma análise do modo pelo qual o Direito Penal trata a mulher, inclusive no que diz respeito à sua função materna, passo esse extremamente necessário para uma compreensão aprofundada do delito de infanticídio.

A análise desses campos, mesmo levando em conta a contribuição da mulher na vida social, política, econômica e cultural, assim como sua função na família, evidencia a existência de múltiplos fatores que desaguaram na consolidação do dogma da superioridade masculina. Com relação à complexa temática da maneira pela qual o sistema penal trata a mulher, cabe ressaltar que o ponto que mais gera discriminações diz respeito à sexualidade feminina, dentro da qual se compreende a função materna.

Segundo Ana Paula Vosne, historiadora da Universidade Federal do Paraná (UFPR), a responsabilidade da mulher pelo cuidado dos filhos é fruto de um processo historicamente datado. A professora explica que essa imagem foi reforçada no século XVIII,



quando a principal força social visava à manutenção da sociedade patriarcal. Assim, com o tempo, “[...] as mulheres tiveram de lutar para terem um espaço maior na sociedade” (Vines, 2008). Uma das maiores lutas foi o acesso ao sufrágio. As mulheres eram equiparadas aos doentes, aos deficientes mentais e às crianças, consideradas intelectualmente incapazes de exercer direitos políticos.

O senador norte-americano George G. Vest escreveu, em 1897, que o exercício do voto degredaria a mulher porque iria lhe subtrair a capacidade de influir, “[...] com seu carinho delicado e gentil nos atos do marido”. Leda Maria Hermann relata que esse não foi o único político a defender tal posição. Grover Cleveland, ex-presidente americano, disse em público que “[...] um dos grandes encantos das mulheres está no fato de elas não serem particularmente receptivas ao raciocínio”. Há ainda um tratado de obstetrícia, de 1900, sustentando que a mulher “[...] tem cérebro muito pequeno para o intelecto, mas grande o bastante para o amor”, dando “fundamento” médico a essa forma de discriminação.<sup>1</sup>

O direito de votar somente foi estendido à mulher na década de 1930. Foi precisamente em 1933 que o Código Eleitoral Brasileiro concedeu o direito ao voto às mulheres.<sup>2</sup>

Maria Garcia, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e diretora-geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), conta que no campo profissional havia “[...] um trato que muitas vezes exalava discriminação”. A professora relata ainda que no Poder Judiciário, por exemplo, o tratamento dado às advogadas era paternalista: “[...] éramos tratadas como se fôssemos umas bobinhas, não advogadas” (Garcia, 2010). E a referida professora deixa claro o seu pensamento ao afirmar que “[...] não pense que sou feminista, não sou. Sou feminina. Apenas uma mulher”. E conclui afirmando que ser mulher é ser autêntica, sensível, forte e saber sentir a diferença (ibidem).

1 Leda Maria Hermann explica: “Da subserviência à figura paterna, a mulher passava diretamente à submissão e obediência ao marido” (2007, p.61).

2 SUFRÁGIO feminino. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio\\_feminino](http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio_feminino)>. Acesso em: 18 abr. 2010.

Diante disso, fica nítida a maneira pela qual a mulher é tratada no âmbito social, no qual teve de enfrentar diversos desafios para ser respeitada, inclusive profissionalmente. Acreditava-se que à mulher cabia apenas desempenhar sua função materna, não sendo considerada apta a desempenhar os demais papéis sociais. A propósito, observa-se que o chamado “controle social”, que ocorre por meio da regulação moral, define o papel que, obrigatoriamente, a mulher precisa desempenhar para que fique de acordo com os códigos sociais. Em outras palavras, para que a mulher seja considerada cumpridora de seus deveres, precisa obedecer aos papéis que lhe foram impostos.

Uma explicação dessa submissão da mulher aos papéis sociais é trazida à baila por Simone de Beauvoir, quando afirma que “[...] a história nos mostrou que os homens sempre detiveram todos os poderes concretos; desde os primeiros tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência, e seus códigos estabeleceram-se contra elas” (Beauvoir, 1980, p.179).

Na verdade, essa vigilância social é encontrada tanto nos meios formais de controle social, entre os quais se inscreve o Direito Penal, como nos meios informais, entre eles a Igreja, a mídia, a escola, a prática da Medicina, o mercado de trabalho e a opinião pública. A consequência mais imediata dessa coerção é o processo de segregação e preconceito visível nas leis penais, de modo que fica evidente sua impregnação por valores claramente machistas.

É lícito concluir que essa situação representa o oposto da aspição dos direitos humanos, cuja finalidade é contemplar, sem exceção, todas as pessoas. A própria origem dos direitos humanos custou muito sangue, muita luta social. Há, assim, manifesta incompatibilidade entre a lógica da segregação inerente ao Direito Penal e a lógica da inclusão dos direitos humanos.

É preciso salientar que a dignidade representa a essência da condição humana. Todavia, esta é constantemente ameaçada por mecanismos formais e informais que mesclam opressão, exclusão e dominação. Com efeito, é forçoso concluir que o sistema penal trata a mulher de maneira preconceituosa. Verifica-se que os códigos penais muitas vezes solucionam questões essenciais, mas, paralela-

mente, agem de modo a reforçar antigas discriminações. Portanto, não seria exagero dizer que há uma grande necessidade de rever os pressupostos do funcionamento do sistema penal em termos das questões de gênero, pois em sua aplicação pode ser encontrado um misto de tutela e proteção com exclusão e discriminação.

Na verdade, o fato é que as conquistas da sociedade atual, sejam quais forem, resultam das de gerações anteriores. Em outras palavras, o momento vivido atualmente, baseado em atitudes discriminatórias, é fruto do que prevaleceu até então. Por isso, pode-se dizer que há a transferência de valores considerados importantes em determinados momentos históricos, sejam eles positivos ou negativos. Analisando-se a transmissão desses valores, é possível perceber que, em determinados momentos, a sociedade ficou atrelada ao valor do “santo”, isto é, o valor religioso, de modo que todos os outros derivavam primeiro deste.

Nessa mesma medida, o Direito Penal não somente transporta como também reproduz esses valores considerados extremamente relevantes no meio social em determinada época. Observa-se, então, que, por um extenso período, a mulher foi tratada com discriminação, ou seja, como objeto pertencente ao homem, um vestígio sombrio da cultura patriarcal.

Em ampla dimensão, esse processo revela a lógica de reprodução dos valores pelo sistema penal. É possível também reconhecer diversas passagens da civilização judaico-cristã que podem servir de exemplo do processo de segregação, como sua milenar insistência na inferioridade biológica e intelectual da mulher; as genealogias bíblicas não listavam as filhas mulheres, além da submissão amplamente relatada nos livros do Antigo Testamento. De modo geral, a obediência total e irrestrita da mulher ao homem representava regra inquebrantável e somente a fertilidade conferia à mulher algum prestígio (Hermann, 2007, p.54).

Com diferentes nuances, o senso comum, fruto da cultura patriarcal, trata a mulher de maneira discriminatória ao utilizar expressões (infelizmente) aceitas no meio social, consideradas normais, e que contêm um forte conteúdo de violência que agride de

maneira intensa a dignidade humana. Exemplos dessas expressões são encontrados facilmente: “mulher gosta de apanhar”, “mulher é o sexo frágil”, “mulher ao volante, perigo constante”, dentre outros. Sem dúvida, essas inúmeras manifestações informais podem ser encontradas, ainda que não tão explícitas, também no sistema de justiça criminal, baseado como ainda é em valores que consagram o moralismo sexista (Andrade, 2003, p.275-6).

Essas são constatações de que existe uma infinidade de mecanismos que legitimam tais comportamentos, pois tornam a prática cotidiana violenta parte corriqueira das relações sociais. Em suma, embora inquestionável a alta carga de violência contida nessas práticas, são muitos os que não conseguem enxergar isso prontamente. Portanto, é preciso lembrar que, inúmeras vezes, o Direito Penal age de modo a confirmar a supremacia dos valores patriarcais na sociedade. Diante de uma realidade social profundamente injusta, essa análise das várias facetas da violência é fundamental. As práticas discriminatórias são encontradas em atitudes e leis que acabam por consagrar, ainda que implicitamente, valores totalmente incompatíveis com a própria essência dos direitos humanos, que buscam a inclusão.

Um exemplo dessa situação de submissão e discriminação é a relação da mulher com o tráfico de drogas. Foi constatado que, muitas vezes, há uma relação afetiva anterior, ou seja, as mulheres são, em grande parte dos casos, esposas, irmãs ou filhas de traficantes. Essa é mais uma constatação da submissão da mulher ao homem também no ato criminoso, dado o fato de que essa situação permite à mulher conciliar suas tarefas de dona de casa e mãe com a de cúmplice como alternativa de subsistência (Sposato, 2007).

A esse respeito, há um artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que faz uma análise detalhada dos dados referentes à população feminina reclusa no Distrito Federal. Com base em informações disponibilizadas em agosto de 2009 pela direção da Penitenciária Feminina de Brasília, esse estudo corrobora o fato de que é muito expressiva a participação de cidadãs presas por ofensa à Lei de Drogas (Ferreira; Zackseski, 2010).

Os gestores da Penitenciária Feminina de Brasília afirmaram que, na maior parte dos casos, as detentas que respondem por delitos relativos à antiga Lei de Drogas (arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76) e à nova Lei de Drogas (arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/06) são “[...] mulheres, companheiras, namoradas que foram surpreendidas levando ou tentando levar drogas para os seus parceiros presos”. De fato, isso alerta para o fato de que não se pode perder de vista que o enfrentamento dessa questão é um “[...] indicador da maturidade da própria sociedade” (ibidem, p.13).<sup>3</sup>

Edson Ferreira e Cristina Zackseski traçam uma perfeita comparação com o que bem ensina Nelson Mandela, ao afirmar que:

[...] costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha entrado em suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos. (Mandela apud Ferreira; Zackseski, 2010, p.13)<sup>4</sup>

Os autores complementam esse ensinamento de Mandela ao pontuarem que não é somente pelo modo que uma nação trata seus cidadãos mais baixos, mas pelo modo como os maltrata, ou até mesmo os ignora. Lembremos que o estudo demonstra graficamente que o perfil da mulher presa no Presídio Feminino de Brasília é o de uma cidadã pobre, parda, com ensino fundamental incompleto, jovem, com idade entre 18 e 25 anos, solteira, católica, presa por uso e tráfico de drogas.<sup>5</sup> Portanto, é nítida a forma como as instâncias de controle recrutam sua clientela no segmento mais vulnerável. As-

---

3 Fica claro que, muitas vezes, essas mulheres praticam uma conduta tipificada como crime por desconhecerem os grandes riscos que correm ao decidir transportar drogas para dentro dos presídios pelas mais diversas razões, entre as quais questões afetivas, necessidade financeira própria e dos filhos, medo e coação moral.

4 MANDELA, Nelson. *Longo caminho para a liberdade*. Porto: Campo das Letras, 1995.

5 Os autores resumem, de forma não simplista, os dados obtidos em forma de dez perguntas, nas quais suas respostas revelam os números da seletividade e confirmam a vulnerabilidade da população selecionada. (Ferreira; Zackseski, 2010).

sim, “[...] há uma contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam” (Ferreira; Zackseski, 2010).

Parece acertado dizer que é óbvia a sintonia entre os mecanismos de controle social informal (Igreja, escola, família etc.) e o sistema penal. Eis a razão pela qual o sistema penal representa um reflexo da sociedade e, portanto, da desigualdade social.

Ao se fazer reflexões como essas é imprescindível citar o Código Criminal do Império, de 1830, por possibilitar a compreensão da discriminação no plano histórico. Na previsão do crime de adultério, o homem apenas era considerado autor desse delito caso promovesse a manutenção de uma concubina. No entanto, para a mulher ser considerada autora, um pequeno desvio de conduta era mais do que suficiente para configurar o adultério.

O Código Penal de 1940, em muitas de suas passagens, trilha essa mesma linha de raciocínio patriarcal. Paulo César Corrêa Borges, ao tratar dessas violações do princípio da igualdade por normas incriminadoras encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, conclui que “muitas aberrações existem na Parte Especial” (Borges, 2005, p.148). Nesse mesmo diapasão, Miguel Reale – em sua obra *Novos rumos do sistema criminal* – menciona que vários autores enaltecem a virgindade, chegando até mesmo a considerá-la um estado santo. Além disso, verifica-se que as mulheres são tratadas pelos estudiosos do campo penal como “ingênuas donzelas” (Reale Júnior, 1983, p.78).

Em outras palavras, o Direito Penal foi edificado com base na cultura patriarcal, extremamente discriminatória. Ao optar por esse tipo de tutela, no Direito Penal a mulher é considerada desprotegida, enquanto o homem é visto como o “assaltante da honra feminina”. Galdino da Siqueira relata que o legislador do Código Penal, ao tratar da virgindade, “[...] fez da ruptura do hímen a agressão que, além de efeito material, traz o de ordem moral, a perda da pureza da alma e do coração” (Siqueira, 1951, v.1, p.254). Na precisa observação de Miguel Reale, o fato é que esse tabu da virgindade implica dizer que esse pensamento reflete o que é vivenciado na

sociedade, onde a mulher é vista apenas nos “limites estreitos das tarefas domésticas” (Reale Júnior, 1983, p.179).

Torna-se evidente que há um condicionamento dos papéis a serem desempenhados pela mulher na sociedade e que essa visão foi refletida também no Direito Penal. Outro fato que confirma isso era a existência do delito de sedução, por representar a “prova cabal do machismo que permeou a definição dos crimes sexuais no Brasil”. Paulo César Corrêa Borges aprofundou-se nas questões decorrentes da disparidade do tratamento penal em função do gênero e afirma que a discriminação das mulheres na definição do delito de sedução representava o ápice da afronta à dignidade feminina (Borges, 2005, p.172).

O legislador penal distinguia a mulher virgem do homem virgem, que, na cultura machista, deve ser “iniciado sexualmente” após os 14 anos.<sup>6</sup> Portanto, caso fosse seduzido por uma mulher, estaria recebendo, na verdade, “um benefício”. Porém, a mulher virgem seduzida não seria beneficiada, mas, ao contrário, isso seria um malefício sob a óptica do legislador de 1940, pois seria rejeitada pelos homens que pretendessem casar-se com ela, “[...] quando descobrissem que não poderiam demarcar o domínio pelo defloramento que, no caso, já teria sido feito por outro homem”.<sup>7</sup> Assim, a sexualidade feminina era tratada apenas em função dos apetites sexuais masculinos, afrontando a igualdade material entre os sexos afirmada pela Constituição de 1998.

Em resumo, é mais do que necessária uma análise aprofundada das leis penais, ou seja, além da superfície na qual se encontra o sen-

---

6 Genival Veloso de França ressalta que na perícia em Sexologia Criminal, toda prudência é pouca quando da afirmação ou negação da virgindade. Durante muito tempo a presença do hímen foi considerada, equivocadamente, um símbolo de virgindade, honra e pureza. Contudo, há casos em que o hímen é inexistente por razões congênitas (nascimento sem hímen). Há casos ainda em que o hímen é complacente, isto é, sua constituição é mais elástica do que o comum, ajustando-se ao diâmetro do pênis e, após o coito, volta ao estado original (França, 1998, p.225-6).

7 A tutela da virgindade era patente, de forma que o legislador estabelecia no art. 107, inciso VII, do Código Penal, que, com o casamento, os danos causados à mulher virgem eram reparados pelo agente e, por isso, merecia a extinção da punibilidade (Borges, 2005, p.172-3).

so comum, carente de crítica, com a finalidade de revelar a intensa carga moralizante contida no ordenamento jurídico, principalmente na esfera penal. Para que isso seja feito de maneira efetiva, não basta um simples conhecimento descritivo das normas, mas dedicar-se a uma reflexão verdadeiramente comprometida em expor os valores consagrados por tais normas: a exclusão, a opressão e a dominação, amplamente presentes nas discriminações, sejam elas baseadas em gênero, cor, raça, classe, etnia, ou crença, culminando na colocação de mulheres, pobres, negros e homossexuais à margem da sociedade.

É pertinente o posicionamento de Nilo Odália quando afirma que, inúmeras vezes, um comportamento extremamente violento pode passar despercebido, ou seja, como se fosse um ato natural; é preciso certo esforço para perceber que se trata de uma violência (Odália, 1985, p.23). Essa constatação revela os valores transmitidos e consagrados pelas leis penais. Se for feita uma leitura apenas superficial de tais normas, não é possível revelar sua alta carga discriminatória, que, de fato, reforça a convicção da seletividade do sistema penal em relação às mulheres.

Cabe apontar que o controle social não se restringe ao sistema penal, pois também está presente na estrutura familiar, na religião, na escola, na mídia e na opinião pública, integrantes do controle social informal. Assim, há todo um mecanismo de controle social (formal e informal) relacionado às mulheres. Com efeito, sendo o Direito Penal uma espécie de controle formal, ele acaba reproduzindo os valores reconhecidos na sociedade. Nesse ponto, é necessário ressaltar o modo pelo qual a mulher é decodificada pelo sistema penal.

Todas as situações tensionais decorrem da constatação de que o sistema penal, nos moldes em que se encontra atualmente, apesar de avanços, ainda reforça os preconceitos e as desigualdades sociais. Um exemplo claro de discriminação e da visão patriarcal estava contido no delito de atentado violento ao pudor mediante fraude, no qual somente poderia ser vítima a mulher honesta. É certo que esse crime é fruto de um modelo cultural de submissão, que coloca a mulher em situação inferior à do homem.



No que se refere ao conceito de mulher honesta, segundo Hungria, é “[...] não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes” (Hungria, 1981, p.139).

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira explica que a expressão “mulher honesta”, largamente utilizada pelo Direito Penal, possuía o objetivo de “[...] regular a moral subjetiva e mesmo a maneira de ser das pessoas, algo evidentemente incongruente – para dizer o mínimo – com qualquer regime democrático” (Oliveira, 2006). Esse autor observa ainda que a apropriação pelo Direito Penal da ideia de honestidade no comportamento sexual da mulher nunca escondeu suas verdadeiras pretensões. Em outras palavras, significa dizer que, dessa forma, o Direito Penal desempenha sua função latente, a saber: cumprir a tarefa de manter determinada ordem social e preservar valores morais impostos ou manipulados por segmentos da sociedade que controlam os mecanismos de criação do Direito estatal, tanto o Legislativo como o Judiciário. Um exemplo disso é a ideia calcificada da “mulher honesta”, na qual a decência e a honra do comportamento sexual são atributos ligados por essa ideologia a um perfil específico de mulher: “[...] a mulher casada, do lar, educadora dos filhos, sem trabalho externo” (ibidem).

Mais um fato que comprova o ranço machista na sociedade brasileira presente no Código Penal era a intitulação dos “crimes contra os costumes”. Paulo César Corrêa Borges explica que a palavra “costumes” era utilizada como sinônimo de “moral pública sexual” (Borges, 2005, p.164). Sabe-se que esse título foi alterado recentemente, com a Lei n.12.015, de 7 de agosto de 2009, passando a ter a denominação de “crimes contra a dignidade sexual”. Embora tenha sido considerado por muitos um grande passo, ainda falta muito para que o Direito Penal realmente se desvincilhe de sua alta carga moralizante e preconceituosa.

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira ressalta que a mera retirada dessa expressão dos tipos penais não é suficiente. Em outras palavras, a supressão de um termo obsoleto de uma norma penal

não é, por si só, capaz de repercutir no modo pelo qual o discurso do sistema punitivo desempenha suas funções (Oliveira, 2006, p.19). É inegável que um Estado que pretende ser laico, pluralista e democrático não deveria, em tese, ter uma visão moralizadora. Por isso, é imperioso destacar que a proibição de qualquer tipo de discriminação decorre da Constituição.

Em poucas palavras, Paulo César Corrêa Borges consegue sintetizar esse tratamento da tutela da sexualidade feminina ao afirmar que, por meio de “expressões jurídicas vagas e preconceituosas como ‘mulher honesta’ e ‘mulher virgem’”, eliminadas somente em 2005, o legislador de 1940 discriminava a mulher, numa clara afronta à igualdade material (Borges, 2005, p.165). Daí a necessidade de rever vários dispositivos penais, sob pena de se manter uma realidade profundamente discriminatória. É óbvio que a liberdade sexual deve ser protegida sem que haja uma discriminação de gênero, isto é, sem que a moral pública sexual esteja num patamar valorativo mais elevado do que os direitos do ser humano (ibidem).<sup>8</sup>

É interessante observar também que o conceito de honestidade era diferente para homens e mulheres. Assim, para o homem, ele está ligado ao caráter financeiro, isto é, homem honesto é aquele que “paga suas contas em dia” e mantém financeiramente sua casa. Já para a mulher, a honestidade está intimamente atrelada à vida sexual. Sem diminuir a importância de se haver abolido a expressão “mulher honesta” da legislação penal, isso ainda não implica a superação completa da questão.

É certamente com preocupações dessa natureza que Paulo César Corrêa Borges sustenta que, se homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, as respectivas liberdades privadas que se relacionam com a finalidade sexual mereciam receber a mesma punição. Conforme o autor, sob esse prisma, é evidente que o objeto da tutela jurídica nunca foi a liberdade sexual feminina, mas a chamada

---

8 O fato é que a honestidade do comportamento sexual da mulher não pode ser utilizada como fator de discriminação, pois discrimina a mulher dentro do próprio gênero. Trata-se de transformar a mulher em uma “coisa” que vive para servir os apetites sexuais masculinos.

moral pública sexual, reconhecendo que ainda falta muito para uma real superação das discriminações decorrentes da visão machista do legislador penal de 1940 e “[...] para a implementação prática e legislativa da igualdade entre homens e mulheres, no Brasil” (ibidem, p.175). Corrêa Borges resume bem o momento vivido atualmente, ao observar que “[...] as alterações pontuais não têm sido suficientes para sua adaptação à igualdade entre os sexos e, apesar das constantes denúncias doutrinárias a respeito, remanescem afrontas à isonomia entre homem e mulher”.<sup>9</sup>

Fica evidenciado que o sistema penal não pode ser considerado eficaz na proteção do livre exercício da sexualidade da mulher. Com relação a essa problemática, é flagrante a proteção da família nos moldes patriarcais, que busca a procriação “legítima”. Ou seja, a mulher casada, ao procriar, está protegida sob o manto da sexualidade honesta, pois está comprometida em manter o casamento, em constituir uma família e, assim, reproduzir legitimamente.

Nesse contexto, é extremamente interessante a constatação de Vera Regina Pereira de Andrade, quando estabelece a ligação entre casamento, família e reprodução legítima. Conforme a autora, ao proteger a unidade familiar, protege-se, ainda que de maneira indireta, a unidade sucessória, ou seja, o direito de família e sucessões, que, por fim, serve para manter a unidade da classe burguesa no capitalismo.<sup>10</sup>

A opção apenas pelo estudo acríptico das leis penais representa um risco muito grande, pois resulta no que Antônio Alberto Machado denomina de “[...] formação de juristas meramente reprodutores da ordem vigente, no interesse da classe dominante que põe e impõe os padrões legais de comportamento social segundo seus próprios ob-

---

9 O professor de Direito Penal e Criminologia completa seu raciocínio explicando que, no momento em que algumas normas tutelam apenas a liberdade sexual feminina, fica parecendo que a masculina já é naturalmente protegida, “revelando uma distorção machista que subsiste na definição legal de alguns crimes, mesmo nas alterações legislativas norteadas pela superação da discriminação da mulher, no Código Penal” (Borges, 2007a, p.193).

10 Sobre o assunto, recomenda-se a leitura completa do estudo de Andrade, de 1997. Nesse mesmo trabalho, a autora explica os mecanismos pelos quais a violência institucional conserva e reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista.

jetivos” (Machado, 2009). Assim, não basta simplesmente “[...] jogar na lata do lixo da história legislativa conceitos legais arraigados na tradição jurídica brasileira”, senão fazer refletir sobre o sistema punitivo como um todo as mudanças sociais observadas. Entretanto, isso não se resume à mera intervenção do legislador. Antes, é o resultado de um “tormentoso processo de reestruturação de valores e de mentalidades”, envolvendo todos os agentes do sistema de justiça criminal. Fazendo eco a Marcus Vinícius Amorim de Oliveira “[...] é preciso, enfim, que o sistema punitivo seja, pelo menos, um pouco mais honesto naquilo que se refere às questões de gênero” (Oliveira, 2006, p.19).

Assim, avaliar toda a complexidade inerente ao fenômeno da discriminação em relação à mulher somente é possível adotando-se uma abordagem crítica da realidade, a única capaz de proporcionar uma compreensão adequada do tema.

## **Criminologia crítica, Bioética crítica e o movimento feminista**

Constatado o conteúdo discriminatório com base no gênero presente em muitos dispositivos penais, busca-se avaliar os diversos movimentos que contribuíram para que o tema entrasse na pauta das discussões atuais. Esses movimentos, fundados em teorias críticas, entendem o Direito como um instrumento de transformação social, isto é, um meio de inclusão de pessoas originariamente desprotegidas, portanto, o Direito visto como uma forma de implantação da justiça social. Assim, esses movimentos defendem a necessidade de romper com a mera reprodução acrítica do saber jurídico.

Antônio Alberto Machado explica que as correntes críticas do Direito buscam realizar uma “interpretação transcendente da ordem normativa”, isto é, são orientadas pelo critério da inclusão social, visando fazer do Direito um dos “[...] instrumentos de transformação sociopolítica, econômica e cultural” (Machado, 2009, p.29). No entanto, é preciso salientar que os ordenamentos jurídicos, em

geral, sempre foram tidos como mecanismos de manutenção da ordem, sem qualquer compromisso com a transformação social.

Inicialmente, propomos uma análise da Criminologia tradicional, considerada a ciência que estuda o delito, o delinquente, a vítima e o controle social dos delitos. Assim, inclui, entre outras, áreas do conhecimento como a Sociologia, a Política, a Economia e a Psicologia.

Originalmente, a Criminologia possuía quatro pilares principais: o conceito legal de delito não questionado, as teorias etiológicas da criminalidade, o princípio da diversidade patológica do homem delinquente e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito (García-Pablos de Molina; Gomes, 2008, p.66). A Criminologia tradicional justificava etiológicamente a clientela do sistema penal afirmando que os criminosos eram indivíduos com alta carga de periculosidade, com maior tendência a cometer crimes. Depois, surge a Criminologia crítica para romper com o senso comum que não se aprofunda nas raízes dos problemas e que parte do pressuposto de que o sistema penal protege os interesses próprios das classes dominantes, mantendo o *status quo* e perpetuando a desigualdade social. Nesse sentido, o pensamento crítico abre um diálogo com as determinantes sociais do fenômeno jurídico. As teorias críticas são sensíveis aos problemas reais da sociedade, e comprometidas com a transformação democrática (Machado, 2009, p.28).

Para Paulo César Corrêa Borges, a transformação democrática é a finalidade primordial das teorias críticas e está intimamente ligada à inclusão de todas as pessoas às condições mínimas de uma existência digna, visto que a desigualdade social no Brasil é gritante e deve ser, portanto, combatida. Apenas dessa forma é que será implementada a igualdade material, a essência do Estado democrático. O autor conclui que o Direito Penal poderá ser considerado democrático desde que não seja utilizado como “[...] instrumento de opressão de classes sociais subalternas e alcance todas as classes sociais na mesma proporção” (Borges, 2005, p.19).

Sob esse aspecto, a Criminologia crítica tem um programa alternativo de política criminal, visando humanizar o sistema penal. Alessandro Baratta trata do mito do Direito Penal como “direito igual por

excelência”, e revela que o Direito Penal é tão desigual quanto os demais ramos do Direito burguês e, ao contrário do que aparenta, é o “direito desigual por excelência” (Baratta, 1999, p.162).

Por conseguinte, importa situar a entrada do movimento feminista no âmbito da Criminologia crítica, pois foi responsável por revitalizar a discussão sobre o emprego do Direito Penal como instância simbólica, na qual ocorre uma valorização dos problemas femininos. Portanto, é preciso destacar a contribuição da Criminologia crítica, que, ao incorporar a perspectiva de gênero, revelou a visão predominantemente masculina nos conceitos jurídicos. A entrada em cena do movimento feminista foi muito importante, pois contribuiu para a ampliação e o refinamento do objeto de estudo da Criminologia crítica ao verificar que a seletividade presente no sistema penal, num primeiro momento, não abrangia a desigualdade de gêneros, mas somente a desigualdade de grupos e classes.

Assim, as criminólogas feministas afirmam que, quando o Direito Penal exclui o gênero “mulher” do seu objeto, exclui o controle social, a criminalidade e a criminalização de metade da população, formada por mulheres. A Criminologia feminista, ao entrar no campo penal, situou as categorias de patriarcalismo ao lado do capitalismo, as relações de gênero ao lado da luta de classe, e as formas de dominação masculinas sobre a mulher ao lado da dominação classista.<sup>11</sup>

A introdução da questão de gênero na Criminologia crítica significou uma dupla contribuição: uma maior compreensão do funcionamento do sistema penal, e também mostrou que, sob o aparente mito da neutralidade e do tecnicismo com o qual são aplicadas as normas e são formulados os conceitos jurídicos, há uma visão predominantemente masculina (ibidem). O movimento feminista percebeu a necessidade de também se inteirar das questões bioéticas, após ser constatada a reprodução do viés hierárquico de gênero, classe e raça. Assim, começaram os debates sobre a vulnerabilidade das mulheres. A desigualdade social, inclusive com base no gênero, foi afirmada como instância necessária para uma reflexão bioética.

---

11 Sobre esse tema, recomenda-se a leitura do estudo feito por Andrade (1997).

Em suma, tanto a Criminologia crítica como a Bioética crítica, em suas vertentes feministas, revelaram que não é somente durante o processo que o sistema penal atua com seletividade em relação às mulheres, visto que a discriminação está presente até mesmo na criação de tipos legais, em virtude da estereotipia.

## Buscar a igualdade ou marcar a diferença?

A questão central é a existência de diferenças entre o homem e a mulher, principalmente quanto à função reprodutiva, mas é possível escolher entre abrandar essas diferenças ou realçá-las.

É preciso considerar também que, na verdade, o movimento feminista é composto por duas linhas mestras que debatem a seguinte questão: deve ser buscada a igualdade ou marcada a diferença em relação ao masculino?

O fato é que a sexualidade feminina é o ponto que mais despertou discriminações. Historicamente, o exercício da sexualidade da mulher foi condicionado a ser exercido somente com a finalidade de reprodução. Sendo assim, o controle social manifestou-se, essencialmente, pela regulação moral da sexualidade da mulher. De modo geral, é possível afirmar que, da submissão à figura paterna, a mulher passava à submissão ao marido.

Nesta altura lembramos uma interessante obra denominada *Que é a mulher*, fruto de um simpósio realizado na Universidade da Califórnia, no Centro Médico de São Francisco, em 1963, que trata dos papéis sexualmente determinados das mulheres. Essa obra, rica por sua natureza interdisciplinar, relata que o primeiro impulso de apoio à emancipação da mulher veio de um médico e filósofo, chamado Averroes, que fez um notável apelo filosófico em favor dos direitos da mulher, ao argumentar que ela possui a capacidade de desempenhar todas as ocupações do homem e que algumas vezes até o ultrapassa (Farben; Wilson, 1966).

O médico Averroes, que viveu de 1126 a 1198, deu exemplos de aptidão das mulheres na guerra e afirmava que não via impe-

dimento algum a que exercessem o governo. Essas ideias tiveram uma considerável repercussão na época, surgindo vozes que proclamavam a importância da educação das mulheres, principalmente para atuarem em áreas como a medicina e a cirurgia, além de fortes opiniões sobre emancipação e sufrágio feminino (ibidem, p.16).

No entanto, na mesma obra, também é descrita a crença que existia sobre a relação das mulheres com a feitiçaria. Há a referência ao documento *Malleus maleficarum*, no qual os atos de bruxaria eram justificados pela inferioridade genética da mulher. Desse modo, acreditava-se que o sangue das mulheres exalava vapores e assim lançava feitiços (ibidem, p.17).

Zaffaroni, que também menciona o *Malleus maleficarum* (traduzido como *Martelo das bruxas*), explica que esse livro representa o primeiro modelo integrado de Criminologia e Direito Penal. Segundo o autor, ali consta que a mulher, feita de uma costela, cujo formato é curvilíneo, se contrapõe à postura vertical do homem. Assim, essa curvatura lhe atribuía menos fê, isto é, a mulher era considerada mais fraca do que o homem na questão da fê (mais capaz de ofender o Criador), o que se reafirmava por meio de uma etiologia improvisada, na qual *femina* derivava de “fé” e *minus* (Zaffaroni, 2003, v.1). Dessa forma, ao longo dos tempos, constata-se que a mulher sofreu as mais variadas formas de violência, desde expressões jocosas a respeito de sua função materna e salários inferiores, até a alegação de sua incapacidade de exercer direitos políticos, além de agressões verbais e físicas. Portanto, é possível visualizar o fenômeno da violência contra a mulher presente em todos os âmbitos sociais e em suas mais variadas formas, acentuando as suas diferenças.

Qualquer conduta que constranja, ofenda a integridade, cause dano, sofrimento físico, psicológico, sexual ou viole o bem-estar da mulher representa uma violência contra ela. Esses comportamentos são considerados expressões das relações de poder pautadas no gênero, que buscam tratar a mulher como um ser humano menos valioso do que o homem, apenas por ter características diferentes.

Vera Regina Pereira de Andrade explica que o movimento feminista está sempre debatendo esse dilema, indagando se a igualdade



deve ser buscada ou se é a diferença em relação ao masculino que deve ser enfatizada. Em seu trabalho, a autora esclarece sua posição, defendendo a minimalização do sistema penal, bem como a descriminalização de ofensas contra a moral sexual, como o adultério, a casa de prostituição e a sedução (Andrade, 1997, p.105-30).

A vertente do movimento feminista que acredita no sistema penal como o melhor meio de resolver os problemas de gênero confia na chamada “função simbólica” do Direito Penal. Ou seja, é alimentada a esperança de que esse ramo do Direito exerça uma pedagogia social e, assim, ocorra uma mudança nos valores e atitudes masculinas.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, as duas facetas do movimento feminista acabam por afetar a própria unidade do movimento. Ela salienta que redimensionar um problema social e convertê-lo em problema penal representa um alto risco, pois equivale a duplicá-lo (ibidem).<sup>12</sup> Essa conversão irá submeter o problema a um processo que, na verdade, desencadeia mais violência e muitos mais problemas do que se propõe resolver. Por ser um subsistema de controle social seletivo e desigual, conforme já foi apontado, o sistema penal é também um sistema de violência institucional.

Pereira de Andrade mostra que essa crença está baseada no mito de uma lei penal igual para todos, ou seja, acredita-se que os autores de comportamentos antissociais e os violadores de normas penalmente sancionadas têm “chances” de se converter em sujeitos de um processo de criminalização com as mesmas consequências (ibidem). Com efeito, não se trata de sustentar a igualdade absoluta entre o ser humano feminino e o ser humano masculino, levando em conta que inúmeras diferenças já foram ressaltadas, como a questão da reprodução, dentre outras. Porém, essas diferenças não impõem sustentar a superioridade ou a inferioridade.

Não se pode confundir vulnerabilidade, opressão e desigualdade com diferença. Essa é a ponderação feita por Débora Diniz e Dirce Guilhem ao afirmarem que “diferença é um valor moral da modernidade que merece e deve ser preservado”. Em vista disso,

---

<sup>12</sup> A autora demonstra, ao longo do texto, que, com uma ideologia extremamente sedutora, o sistema penal promete que o paraíso passa pela sua mediação.

ressaltam que o pressuposto da diferença é um dos componentes filosóficos do pluralismo moral, projeto em torno do qual boa parte das teorias críticas da Bioética se harmonizam, pois “[...] é o que garante a certeza de que, apesar de a humanidade divergir em pontos fundamentais sobre a existência, a coexistência mútua na diferença é possível” (Diniz; Guilhem, 1999). Assim, fica clara a necessidade de uma distinção fundamental entre vulnerabilidade e diferença, e, ainda, entre desigualdade e diferença. Dessa forma, o acesso e o usufruto do poder social concedido a cada pessoa é que torna desigualdade e diferença duas categorias apartadas.

Uma explicação didática é fornecida pelas professoras Diniz e Guilhem: “[...] dizer que homens são diferentes de mulheres – uma afirmação transcultural passível de ser consensual – não é o mesmo que afirmar que a socialização feminina deva ser pautada pela dominação masculina” (ibidem). Contudo, apesar dessa constatação, há vertentes femininas que ainda recorrem ao Direito Penal, sobrevalorizando a intervenção penal e acreditando em seu valor simbólico. De fato, o Direito Penal, em muitos casos, cumpre uma função inversa à declarada.

Isso pode ser observado claramente no próprio delito de infanticídio, que declara ter a missão de tutelar a vida do nascente ou recém-nascido e proteger, de certa forma, a infanticida que passou por transtornos físicos e mentais durante e logo após o parto. Em geral, está demonstrado, conforme frisa Zaffaroni, que os “[...] sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades” (Zaffaroni, 1991, p.149).

Paulo de Queiroz traz uma brilhante explicação sobre o tema ao revelar que

[...] ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade. Porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. (Queiroz, 1998, p.30)

O que conduziu Queiroz a desfazer o mito do direito penal igualitário foi constatar que não se trata de um problema circunstancial, que pode ser superado pela boa vontade de legisladores ou aplicadores da lei: trata-se de um problema estrutural.

Podemos concluir, então, que as diferenças contidas no Código Penal relativas ao tratamento das mulheres são baseadas em discriminações e preconceitos. Esse tratamento diferenciado, discriminatório e não emancipatório está a serviço de interesses masculinos e da perpetuação do dogma da superioridade masculina.

## **A missão da Bioética na tutela da vida sob a perspectiva da mulher**

Após termos abordado a questão do tratamento dispensado à mulher pelo sistema penal, para o qual ela é uma pessoa sujeita a maior proteção, passamos a uma análise do modo como a Bioética enfrenta as questões de gênero, a fim de tutelar a vida, inclusive a da mulher.

Como vimos, para o legislador de 1940, o casamento representava a grande realização feminina. Portanto, o objetivo primordial da mulher, segundo essa linha de pensamento, era o matrimônio, como se essa fosse a única maneira de ela se sentir completamente realizada. Todos esses dados confirmam a existência do sentimento patriarcal que perdurou ao longo do tempo na sociedade, e, indubitavelmente, contaminou os ordenamentos jurídicos no Brasil.

Em face desse contexto, Miguel Reale Júnior destaca que a “mulher do Código Penal” é o “oposto da mulher real”, ou seja, mulher ativa, no contexto social, político e econômico, dotada de sensibilidade diversa, motivo pelo qual o referido autor afirma sua predileção por esse tipo de ser humano (Reale Júnior, 1983, p.184). Vale lembrar que o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, é preciso lembrar que, em 1979, foi

elaborada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, que entrou em vigor em 1981. Segundo essa Convenção, ratifica-se a extensão dos direitos humanos às mulheres, com fundamento na igualdade de gêneros. De fato, diante de tais verificações, toda concepção machista e preconceituosa deve ser rechaçada, pois não é compatível com a isonomia constitucional. Disso surge uma indagação: como a Bioética deve enfrentar tais questões?

Volnei Garrafa (2006b, p.12-3) explica que, necessariamente, deve ocorrer essa expansão do campo de estudo e ação da Bioética, “[...] incluindo no contexto das questões relacionadas à qualidade da vida humana assuntos que até então tangenciavam sua pauta, como o tema dos direitos humanos e da cidadania”. Para ele, a questão da priorização na alocação de recursos sanitários escassos, a preservação da biodiversidade, a finitude dos recursos naturais planetários, o racismo, bem como outras formas de discriminação, devem ser incorporadas ao campo de ação e reflexão da Bioética.<sup>13</sup> Nesse sentido, entendemos que a missão da Bioética, ao verificar que o sistema penal classista e sexista reproduz a desigualdade social e, portanto, consagra a discriminação contra as mulheres, consiste em investigar a maneira mais adequada e socialmente comprometida de tutelar a vida, seja ela em seu início, curso ou fim. Em suma, a proposta inicial é tratar da entrada dos estudos relacionados à mulher no campo da Bioética.

A preocupação central é estudar as desigualdades sociais (em especial a assimetria de gênero) refletidas nas leis penais sob o olhar crítico da Bioética. Formalmente, num primeiro momento, nossa proposta estava vinculada apenas ao estudo da vida do nascente no delito de infanticídio. Entretanto, mediante uma análise mais aprofundada dessa problemática social, verificamos que, no histórico do infanticídio, muitos outros pontos são igualmente relevantes, como

---

13 O autor explica que foi em 2002, no VI Congresso Mundial de Bioética, realizado em Brasília, que veio à tona essa necessidade de propor soluções e intervir nessas gritantes questões relacionadas às desigualdades sociais, tanto que a temática do evento foi “Bioética, Poder e Injustiça”.

a forma de tratamento dispensado à mulher nesse delito, além de todas as oscilações pelas quais o infanticídio passou.

Fica evidente que se trata de um delito cujas raízes são bem mais profundas do que se pode imaginar numa primeira leitura do tipo penal. Por esse motivo é que se entendeu necessário examinar a difícil aliança entre a mulher e o sistema penal, que reforça a formação da identidade do ser social mulher, somada a outras desigualdades. Assim, ao reproduzir os elementos que provocam discriminação sexual, o sistema penal consolida a estrutura de gênero. Karyna Batista Sposato explica que, na verdade, “[...] há uma criação de delitos de gênero, acreditando-se que alguns crimes são tipicamente femininos, como o aborto, o infanticídio, o homicídio passional, dentre outros” (Sposato, 2007, p.259).

Fica assim o fato de que a prática reflexiva da Bioética crítica é essencial nesse contexto. As professoras de Bioética do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, Débora Diniz e Dirce Guilhem (1999), demonstram que a interação efetiva entre o feminismo e as questões bioéticas permitiu que situações e abordagens tradicionalmente silenciadas passassem a integrar as discussões sociais e acadêmicas.<sup>14</sup>

Com isso, a Bioética crítica representa mais do que a defesa da condição feminina, introduzindo o que se denomina de “nova onda reflexiva da Bioética”, na qual pessoas historicamente desconsideradas (sejam elas mulheres, crianças, minorias étnicas ou cidadãos idosos) passam a compor a pauta das discussões, ampliando-se, assim, seu foco de interesses. Ainda prevalece a crença de que a Bioética feminista se relaciona apenas às questões das mulheres na Bioética, ou ainda que são mulheres falando de Bioética. No entanto, embora tenha relação com ambas as coisas, a Bioética feminista não se restringe a esses pontos, pois estuda todas as questões bioéticas (eutanásia, aborto, infanticídio etc.) como “[...] compromisso compensatório do interesse de grupos e pessoas socialmente vulneráveis” (Diniz; Guilhem, 1999).

---

14 As autoras definem Bioética crítica considerando três eixos conceituais como referência: classe, raça e gênero.

Sem sombra de dúvida, isso se deu após a constatação de que a estrutura da Bioética era composta por “pressupostos absolutos, ocidentais (euro-americanos), racistas (da raça branca), classistas (capitalistas) e sexistas (masculinos)”, os quais serviram de inspiração para as teorias éticas. Portanto, foram reveladas as preferências ideológicas da disciplina, que não levavam em consideração as diferenças individuais e contextuais (ibidem). Na verdade, essas preferências ideológicas tradicionais da Bioética conduziram a disciplina a um certo elitismo, somado ao fato de os princípios éticos serem referenciados de modo descontextualizado e isolado de outras áreas do conhecimento. Portanto, a falência dessa preferência está relacionada ao fato de ouvir apenas algumas vozes e interesses, deixando à margem um conjunto de indivíduos e grupos tradicionalmente oprimidos e vulneráveis.

Por tais razões, essa Bioética voltada para pessoas com acesso aos serviços de saúde e com um corpo médico disposto a escutá-las, compreendê-las e respeitá-las, denominada de “Bioética para privilegiados”, ignora a “desigualdade social como uma instância necessária para a reflexão bioética”, pois não contempla a grande maioria dos desprivilegiados, os chamados “excluídos do projeto bioético”, socialmente vulneráveis (ibidem).

Nesse sentido, a Bioética principialista, composta pelos quatro princípios universais já citados, não considera as diferenças de gênero, raça e classe. É interessante notar que foram eleitos ícones pela Bioética tradicional, tais como as mulheres mutiladas em rituais e a recusa da transfusão sanguínea pelas testemunhas de Jeová. Porém, percebe-se que essa mesma Bioética não foi capaz de considerar que uma paciente ou uma enfermeira pudessem ter problemas pelo fato de serem mulheres, negras ou lésbicas (ibidem).<sup>15</sup>

Assim, as práticas cotidianas e normalizadas pela sociedade, tais como aquelas relacionadas ao racismo ou ao sexismo, foram esquecidas pela teoria bioética. Fala-se muito nas práticas eugênicas do nazismo e esquece-se de vários outros absurdos que resultam das

---

15 As autoras relatam que a categoria “outros(as)” não foi incluída na teoria dos quatro princípios.

desigualdades sociais, tais como a falta de leitos nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI).

Para Débora Diniz e Dirce Guilhem (1999), “[...] a ameaça que permanece é que as teorias bioéticas convertam-se em mecanismos de defesa da ordem estabelecida, impedindo que vozes discordantes da hegemonia social tenham acesso à crítica moral”. As teorias tradicionais da Bioética reproduzem o viés hierárquico de raça, classe e gênero; não contemplam a pluralidade de vozes morais de grupos e pessoas socialmente vulneráveis, e não rompem com as amarras dos princípios considerados universais.

Daí decorre a advertência de não ser essa a Bioética necessária, utilizada como recurso argumentativo sedutor para a legitimação dos interesses hegemônicos de cada sociedade. Na verdade, isso equivale a ignorar as experiências, os interesses e a vida moral daqueles que são “[...] tradicionalmente postos à parte das reflexões bioéticas, sejam eles os vulneráveis, os oprimidos, os desiguais, [...] fazendo que o fantasma do elitismo, do absolutismo e do imperialismo rondem cada vez mais intensamente a Bioética” (ibidem).

Então, diante da falência das teorias principialistas da Bioética, a missão da Bioética – por meio de projetos éticos – converte-se em amparar e defender pressupostos universais, do mesmo modo que fazem as teorias críticas fundamentadas nos direitos humanos ou nos ideais dos interesses das mulheres. No entanto, é preciso observar que existem dois tipos de universalismo: o universalismo burguês das primeiras teorias principialistas e o universalismo compensatório das teorias críticas (ibidem).<sup>16</sup>

Portanto, é correto afirmar que a missão da Bioética crítica (especificamente a Bioética crítica de inspiração feminista) é propor uma atenção voltada às condições de vulnerabilidade (e não a um ser humano considerado abstrato, genérico e universal), de modo a compensar as desigualdades. Busca-se uma visão aprofundada

---

16 As professoras de Bioética explicam que ainda há uma diferença muito grande de perspectiva sobre a ordem social: o primeiro universalismo a protege, ao passo que o segundo deseja subvertê-la.

do conflito moral, que não esteja compromissada com a hegemonia do poder, mas que analise criticamente as estruturas de poder presentes no universo social que influenciam lesivamente a escolha das pessoas, principalmente aquelas em situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, a introdução da perspectiva crítica na Bioética, especialmente por meio do feminismo, veio para abalar os pressupostos considerados “clássicos” da Bioética e buscar uma estratégia que compense as diversas formas de desigualdade social, que entendemos ser a única forma capaz de possibilitar os verdadeiros ideais da Bioética. A verdadeira função da disciplina é a não manutenção do seu *status quo*; ela deve defender o pluralismo moral como exercício da liberdade, buscando diminuir as desigualdades e as opressões. Para a Bioética crítica, o indivíduo deve ser considerado de maneira contextualizada, conforme uma análise crítica dos pressupostos “fundamentais e silenciosos da Bioética”, de modo a combater a chamada “acomodação teórica e instrumental” da disciplina.<sup>17</sup>

Pelo que foi exposto até agora, é correto afirmar que assuntos como a exclusão social e a vulnerabilidade devem ser incorporados à temática da Bioética. Na verdade, a missão do Direito Penal, estabelecida por Zaffaroni e Pierangeli (1999, p.93-4), está intimamente ligada à aspiração dos que defendem os direitos das mulheres, bem como está plenamente de acordo com a linha de pensamento traçada pela Bioética crítica: o fomento da integração social e a superação de antagonismos. Portanto, vai além de temas que estão “na moda” da Bioética, pois se dedica a uma análise dos efeitos perversos da teoria principalista, ao acreditar que o progresso científico-tecnológico pode submeter o cidadão a novas formas de escravidão, bem como à exclusão social, tendo em vista os altos custos de técnicas fantásticas, mas inacessíveis à maioria da população (Campbell, 2000, p.22).

Estamos assim diante de um campo bastante amplo, no qual pode ser observado outro fato que corrobora sua abrangência: a lista das redes incentivadas e apoiadas pela Associação Internacional da Bioética (IAB). Essa Associação defende o valor das discussões

---

17 Guilhem (2000) desenvolve, pontualmente, tais questões.



livres, abertas e ponderadas sobre os aspectos da Bioética, e, ao examinar sua lista, deparamos com a seguinte expressão: “Abordagens feministas da Bioética”, comprovando assim a diversidade de tópicos a serem abrangidos pela Bioética (ibidem, p.27). Isso significa que o círculo da Bioética inclui preocupações com a saúde humana como um todo.

Nesse sentido, o professor Alastair V. Campbell explica que a Bioética está inevitavelmente envolvida em questões sociais e políticas, e menciona que “[...] a revolta das feministas da Bioética contra a abordagem baseada em princípios também tem ajudado a abrir o debate de uma forma valiosa” (ibidem, p.34).

Constatada a maneira discriminatória pela qual a mulher é tratada pelo sistema penal, acredita-se que pouca proteção real pode ser esperada desse sistema, o que nos permite perguntar: será que o legislador penal, no delito de infanticídio, ao estabelecer uma pena reduzida para a mulher, teve o objetivo de tutelar a vida do nascente e proteger a infanticida influenciada pelo estado puerperal, ou teve como função latente consagrar a discriminação contra a mulher?

Como veremos nos dois próximos capítulos, é preciso analisar de modo profundo esse tema, bem como estudar as transformações pelas quais esse delito passou, desde a tutela da honra de mulher até os critérios fisiopsicológicos encontrados no temido estado puerperal.

Esboçar esse desenvolvimento do foco da Bioética, ampliando sua visão, representa um desafio que, apesar de contar com muitos adeptos, ainda encontra vozes que defendem a restrição da Bioética aos aspectos biotecnológicos. É evidente a existência de inúmeras conquistas científicas que merecem ser aplaudidas. Mas é inevitável apontar também as assimetrias e as desigualdades que permeiam esses avanços. Márcio Fabri dos Anjos (2000, p.50), professor doutor em Teologia, ressalta a necessidade de se pensar a Bioética levando em conta desigualdades tão brutais como as encontradas no Brasil. Não se questiona mais a necessidade de incluir na Bioética uma consideração eficaz das desigualdades sociais com que a vida é produzida. No entanto, não se pode negar que qualquer trans-

formação, independentemente do lugar e do tempo, é um processo dificultoso, que implica abandonar hábitos arraigados.

Antônio Alberto Machado destaca que toda mudança é um processo doloroso e traumático, quando se tem em mente que, em muitos casos, representa a “perda de privilégios e comodidades”. Em *Ensino jurídico e mudança social*, refletindo acerca do papel e da função do Direito, Machado ressalta a lentidão presente em toda mudança de cultura e de mentalidade, sempre um fenômeno gradual e paulatino (Machado, 2009, p.158). Com efeito, as mudanças relativas à cultura patriarcal e machista pertencem a esse contexto. Diante dessa realidade social, pedir ao Direito Penal, impregnado de toda uma cultura de humilhação, estereotipia e reprodução dos comportamentos impostos pelo patriarcalismo, que resolva problemas extremamente complexos relacionados à mulher, com raízes tão profundas, é um pedido difícil.

O infanticídio, conforme será verificado de maneira mais direta nos próximos capítulos, confirma a existência dessa cultura de estereotipia e humilhação no sistema penal, pois carrega o ônus do preconceito ao tratar da honra da mulher numa sociedade de bases patriarcais. O que se busca é demonstrar que o motivo da preservação da honra sexual da parturiente, encontrado no infanticídio, menospreza a existência do nascente ou neonato em nome do aspecto subjetivo da reputação da genitora. Além disso, a fórmula da influência do suposto estado puerperal elege uma ficção jurídica. Na realidade, ao impor uma pena reduzida, esse tipo surge para proteger a mulher debilitada pelo estado puerperal ou para legitimar a discriminação contra a mulher? O núcleo da questão consiste no próprio sentido dessa tutela. Vera Regina Pereira de Andrade (1997, p.105-30) indaga:

[...] até que ponto é um avanço para as lutas feministas a reprodução da imagem social da mulher como vítima, eternamente merecedora de proteção masculina, seja do homem ou do sistema penal? Ou, em outras palavras, de que adianta correr dos braços do homem (marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do sistema penal, se nessa corrida do controle social in-

formal ao controle formal reencontra a mesma resposta discriminatória, em outra linguagem?

É certamente com preocupações dessa natureza que Paulo César Corrêa Borges (2007b, p.193) sustenta que:

[...] o Código Penal Brasileiro está reclamando urgente atualização, notadamente quanto às questões de gênero, pois em diversas passagens estabeleceu tratamento discriminatório entre o homem e a mulher, ao arrepio da consagrada igualdade entre ambos na Constituição Federal de 1988.

Portanto, o conflito social que está por trás de toda forma de violência contra a mulher, inclusive a violência institucionalizada exercida por meio da discriminação, não pode ser tratado pura e simplesmente como matéria criminal. A superação desses problemas depende de profundas mudanças estruturais da sociedade, mediante a disseminação de uma nova cultura, fundada no respeito e na igualdade, intimamente relacionada com a missão da Bioética no contexto das desigualdades sociais.

# 3

## A POLÍTICA CRIMINAL E O INFANTICÍDIO

### **A função do Direito Penal: tutela dos bens jurídicos**

Os diversos ramos do Direito passam por uma contínua revisão de seus conceitos, princípios e proposições. O tempo atual tem deixado atônitos os juristas e, especialmente, os estudiosos da área penal, quando se trata de definir a função do Direito Penal. Observa-se a existência de vários referenciais que buscam identificar e revelar o significado dessa missão.

Por ser um instrumento de viabilização da convivência harmônica, o Direito Penal representa um processo vivo, composto de estruturas que utilizam um discurso na forma de diálogo, na constante busca de melhores critérios que possibilitem essa convivência e, por isso, está submetido a câmbios contínuos. De fato, a lei penal é uma ferramenta valiosa de ação do Estado e, conseqüentemente, provoca transformações no meio social. Com isso, é preciso conceber o Direito Penal como um fenômeno cultural que participa da dinâmica social e é influenciado por ela, além de exercer forte influência na sociedade. O engessamento jurídico-penal de forma alguma é desejável. Necessidade forçosa que passe por mudanças constantes com a finalidade de tornar-se cada vez mais democrático. A sociedade contemporânea exige essa contínua revisão de seus institutos, caso contrário, eles seriam fadados ao fracasso.

Apesar de todos os debates, a maioria das correntes que buscam definir a função do Direito Penal trata da tutela dos bens jurídicos, seja de maneira direta ou indireta. Em todas as definições, emerge uma característica comum: a passagem pela teoria do bem jurídico. Nesse sentido, por meio do Direito Penal, são tutelados os bens mais extremamente valiosos em determinada sociedade e que não podem ser protegidos a contento pelos outros ramos do Direito. Nas palavras de Claus Roxin (1997, t.1, p.51), a missão do Direito Penal é a “[...] proteção subsidiária de bens jurídicos”. Roxin define “bem jurídico” como as “[...] circunstâncias dadas ou as finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global” (ibidem).

Sabe-se, assim, que o Direito Penal tem a missão de tutelar os bens jurídicos considerados de extrema relevância. Uma das principais razões para a grande aceitação dessa teoria é a colocação do homem como sujeito e não como objeto, pois os bens jurídicos revelam que a dignidade da pessoa humana é o fundamento adotado.

Com efeito, as teorias funcionalistas dominantes na Alemanha, por exemplo, caminham no sentido de estudar o Direito Penal como um sistema aberto, ou seja, referido à sociedade do seu tempo. Essa abertura do sistema pode ser analisada sob dois pontos de vista: o científico e o objetivo.

Sob o aspecto científico do conhecimento, o sistema aberto de Direito Penal implica incompletude e provisoriedade. Cláudio do Prado Amaral (2007, p.41) explica que o Direito Penal não é um sistema definitivo e, portanto, está aberto a revisões e modificações. O que dá sentido ao trabalho científico é a possibilidade de progresso, resultando na abertura dos sistemas.<sup>1</sup> Sob o aspecto objetivo, a abertura do sistema resulta da essência do Direito Penal, concebido como um fenômeno no processo da História e, por isso, mutável. Prado Amaral salienta esse aspecto ao dizer que nele re-

---

1 Cláudio do Prado Amaral afirma que essa possibilidade de revisão e modificação favorece o espírito crítico do pesquisador.

side uma “[...] invejável qualidade do sistema aberto: sua aptidão prática” (ibidem, p.41-2).<sup>2</sup>

Para tornar útil essa noção de bem jurídico político-criminal, a proposta de Figueiredo Dias se desenvolve com base na Constituição, na qual os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal, ou seja, tornam-se bens jurídico-penais mediante a ordenação axiológica jurídico-constitucional (Dias, 1999, p.66). A seleção de bens a serem tutelados pelo Direito Penal ocorre por meio de um critério político, pois, com a evolução da sociedade, bens que eram tidos como extremamente valiosos em determinado contexto e, assim, mereciam proteção penal, podem posteriormente perder importância.

Rogério Greco cita a revogação dos delitos de sedução, rapto e adultério, como exemplo da constante mutação, na qual é possível verificar a existência de bens que eram considerados essenciais e que depois não merecem mais essa proteção. Essa revogação foi levada a efeito pela Lei n.11.106, de 28 de março de 2005. O autor explica que, em decorrência da evolução social, o papel outorgado à mulher na década de 1940, período no qual foi editado o Código Penal que ainda se encontra em vigor, embora com algumas alterações, não é mais o mesmo, no século XXI (Greco, 2008, v.1). Essa conclusão resulta da verificação da participação da mulher na vida política do país. Após muitas lutas, as mulheres passam a ocupar posições de destaque nos mais variados setores. Para Fábio Romeu Canton Filho (2010, p.24), as mulheres dirigem organizações e comandam equipes com muita competência, sem abandonar valores e princípios inerentes ao gênero feminino, tornando-se protagonistas da “[...] construção de sociedades mais justas e mais equilibradas”.

As constantes mutações no seio da sociedade implicam uma revisão contínua e a alteração dos bens jurídicos considerados objetos da proteção penal. No caso acima relatado, fica nítida essa descon sideração de bens não mais relevantes no contexto atual. Sérgio de

---

2 O autor ressalta ainda que essa abertura do sistema objetivo não se encontra, necessariamente, nas demais ciências, como na Física, por exemplo. Assim, a ciência penal “[...] jamais pode alcançar o fim, porque é essencialmente um processo infundável”.

Oliveira Médici acrescenta que alguns desses bens subsistem a toda espécie de movimento sociocultural, a saber, a vida e a integridade física, e por isso, podem ser considerados eternos. No entanto, o mesmo não ocorre em relação a bens que “[...] perdem relevo diante de novas concepções sociais, como a proteção ao dever de fidelidade no matrimônio e a conseqüente incriminação do adultério”.<sup>3</sup> Isso decorre da fluidez da valoração dos bens jurídicos que devem merecer a tutela penal em face das alterações dos padrões sociais e morais ao longo do tempo, das descobertas científicas e tecnológicas, bem como das transformações culturais.

Assim, o Direito Penal é convocado a atuar no contexto social. Entretanto, a atribuição da missão de dirigismo social às normas jurídico-penais é indevida, e essa problemática está intimamente ligada ao questionamento da função atribuída ao Direito Penal. Segundo Fernando Andrade Fernandes (2003, p.56), essa missão consiste em “[...] viabilizar as condições essenciais para a plena realização da personalidade humana”. Portanto, o ser humano deve ser sempre a referência central dessa proteção, legitimando-se então a interferência do Direito Penal no modelo social. Trata-se de assegurar aqueles bens jurídicos que são os pressupostos de uma existência em comum, punindo as violações em determinadas condições.

A ideia segundo a qual o Direito Penal possui a função de assegurar a coexistência livre e pacífica dos cidadãos surgiu no período do Iluminismo. Roxin explica que essa teoria parte da premissa do estabelecimento de um modelo ideal de contrato em que o Estado foi concebido. Trata-se de uma hipótese na qual foi celebrado um acordo por todos os habitantes de determinado território e, assim, foi delegada a garantia de convivência a certos órgãos (Roxin, 2008, p.33).

---

3 O autor, integrante da Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal (1998-1999) do Ministério da Justiça, afirma que a inclusão do casamento como bem jurídico-penal, se era justificada no início do século XX, “não encontra mais amparo no Direito brasileiro”, em face da adoção do divórcio em 1977 e do reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988. Assim, questões como bigamia, adultério, simulações de casamento podem ficar restritas ao âmbito do Direito Civil (Médici, 2004, p.180).

Isso significa que, como a liberdade do indivíduo é limitada pelo Direito Penal, a proibição apenas deve ocorrer no limite necessário para que se estabeleça uma coexistência livre e pacífica. Em suma, o Direito Penal não deve ser utilizado quando bastem outras medidas menos gravosas. É claro que punir toda e qualquer violação contratual não seria adequado, pois muitas vezes a proibição vigente no Direito Penal seria severa demais. Um exemplo disso é a constatação de que o Estado não possui legitimidade para tutelar moralmente os cidadãos.

Desse modo, ao verificar que a finalidade do Direito Penal é proteger bens essenciais ao convívio em sociedade, essa seleção de bens extremamente relevantes deve ser feita de acordo com a Constituição Federal, pois nela estão plasmados os princípios fundamentais do Estado. Os valores contidos na Constituição, como a liberdade e a igualdade, devem ser necessariamente resguardados pelo Direito Penal. Os bens tidos como fundamentais para o Direito Penal devem ser revelados pela Constituição. Lembramos que a Constituição Federal de 1988 é o marco do denominado *Estado de Direito, democrático, social e material, com fundamento na eminente dignidade da pessoa humana*.

Portanto, em um Estado social e democrático de direito material, toda ordem jurídica deve estrita obediência à Constituição Federal, devendo promover seus valores. Em suma, segundo a hierarquia das normas jurídicas, a legislação infraconstitucional tem a Constituição como seu fundamento. Diz Michele Cia que “[...] nesse contexto também se insere o Direito Penal, sobretudo por representar a intervenção mais grave e aflitiva sobre os cidadãos” (2007, p.12).

Luis Greco (2000, p.137), ao escrever um artigo em comemoração aos trinta anos da “Política criminal e o sistema jurídico-penal de Roxin”, sintetiza bem essa ideia, ao citar Wolter, aluno de Roxin, quando afirma que “[...] o Direito Penal é Direito Constitucional aplicado”.

Paulo César Corrêa Borges explica que os objetivos e os limites da ação estatal encontram-se fixados na Constituição de cada país, e, caso haja uma reforma constitucional, esta haverá de ser materializada em uma reforma penal. Assim, será mantida a relação entre a concepção de Estado constitucionalmente consagrada e os limites do poder criminalizador (Borges, 2005, p.52).



Seria inviável conceber um Direito Penal que não correspondesse à realidade na qual é aplicado. Com isso, a Constituição exerce a tarefa de apontar para o legislador os valores mais importantes para uma convivência pacífica na sociedade e, também, impõe que a proteção desses bens seja feita de maneira a garantir os direitos fundamentais de toda pessoa humana.

Paulo Corrêa Borges acrescenta que colocar a liberdade e a igualdade em primeiro plano é a principal característica do Direito Penal democrático (ibidem, p.66). É correto falar que a dignidade da pessoa é a “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”, desde os direitos pessoais (como o direito à vida e à integridade física e moral), até os direitos sociais (direito à saúde, à habitação, ao trabalho etc.). Vale dizer que a proteção à dignidade humana na área penal se dá por meio de bens jurídicos concretos, objetos de tutela, cumprindo assim a função de exteriorizar sua proteção (Fernandes, 2003, p.64-5).

Isso equivale a dizer que também deve haver uma preocupação com a proporcionalidade das sanções cominadas, ou seja, deve ser evitada a desproporção de penas para delitos que tutelem o mesmo bem jurídico.

Lembramos a observação de Sérgio de Oliveira Médici sobre essa questão:

[...] no Brasil, a intervenção legislativa na Parte Especial do Código processa-se sem um mínimo de estrutura orgânica. Não se respeita qualquer sequência lógica e, o que é pior, não se atenta à proporcionalidade das penas na cominação em confronto com a relevância da objetividade jurídica. (Médici, 2004, p.218)

Pode-se dizer que o Direito Penal é processo histórico e, portanto, mutável. E um caso dessa constante revisão é o delito de infanticídio, pois, além da tutela do bem jurídico “vida” do nascente ou recém-nascido, tutelava-se também a honra da mulher perante uma sociedade impiedosa. Na verdade, ainda há essa tutela, mas sob uma nova roupagem que será detalhada a seguir: o estado puerperal.

## A relação entre Direito Penal e Política Criminal: o desenvolvimento do enfoque político-criminal por Franz von Liszt e Claus Roxin

Pode-se dizer que foi com Franz von Liszt que a Política Criminal apareceu pela primeira vez de maneira evidente. Para Cláudio do Prado Amaral (2007, p.206), Von Liszt é o “grande arquiteto da Política Criminal”, pois foi pioneiro no desenvolvimento sistemático do enfoque político-criminal. É possível observar que, nesse momento, a Política Criminal já era concebida como uma disciplina científica. Diante disso, a alegação segundo a qual “política não é ciência” já estava superada em sua origem.

Para Von Liszt, a política criminal é uma disciplina científica que trabalha com os critérios que instituem uma luta eficaz contra os crimes. Entretanto, isso não significou uma confusão entre o Direito Penal e a Política Criminal (ibidem, p.207).<sup>4</sup> A proposta de Von Liszt, na qual foi adotado o referencial da racionalidade empírica por sua eficácia, foi alterada substancialmente por Claus Roxin, ao tratar de um segundo fator de racionalidade: o valorativo, de garantias.<sup>5</sup>

Enquanto Von Liszt tratava da Política Criminal em seu sentido prático, ou empírico, Claus Roxin complementava esse entendimento atribuindo também à Política Criminal um sentido científico, ou teórico, com uma base racional fundada em princípios orientadores. De fato, Von Liszt e Claus Roxin apresentam um pensamento convergente quando afirmam que a função do Direito Penal é proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do Estado. Porém, para Roxin, ao contrário de Liszt, a Política Criminal e o Direito Penal se mesclam.

Paulo Queiroz explica que grande parte da doutrina distingue Direito Penal, Política Criminal e Criminologia por meio da utili-

---

4 Explica que se tratava de “[...] uma política criminal sob os signos do empirismo e da eficiência”.

5 Amaral (2007, p.208), elucida que o referencial de racionalidade de Liszt não opera mais sozinho, por estar “operando conjuntamente com outro referencial de racionalidade”, que é o valorativo de Roxin.

zação da estrutura tridimensional do Direito, de modo que a Criminologia se ocuparia do crime como fato; a Política Criminal, como valor; e o Direito Penal, como norma. O professor da Universidade Católica de Salvador afirma que, atualmente, pode-se perceber que houve uma evolução ao se entender que Política Criminal, Criminologia e Direito Penal “[...] devem caminhar no sentido de um modelo integrado, imposto pela necessidade de um método interdisciplinar e pela unidade do saber científico” (Queiroz, 2005).

Em síntese, pode-se dizer que o caminho mais acertado é permitir que as decisões valorativas político-criminais adentrem o sistema do Direito Penal. Acreditamos na superação da visão do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia como disciplinas estanques, incomunicáveis. Conforme anota Nilo Batista, a Política Criminal tem atualmente uma amplitude enorme, não podendo ser reduzida ao papel de “conselheira da sanção penal”, limitada a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas (Batista, 2001, p.35).

Conforme o esclarecimento de Fernando Andrade Fernandes, o Direito Penal representa a veste, ou seja, a forma por meio da qual as proposições de Política Criminal se revelam, de forma que é somente com as normas do Direito Penal que a Política Criminal pode realizar sua exteriorização (Fernandes, 2003, p.82). Nesse contexto, Zaffaroni e Pierangeli explicam que a Política Criminal é a ciência (ou a arte) de escolher os bens que merecem ser tutelados juridicamente e determinar os caminhos, ou seja, os mecanismos para que essa tutela seja efetiva (Zaffaroni; Pierangeli, 1999, p.132). Assim, a finalidade da adoção de determinada Política Criminal é efetivar a tutela dos bens jurídicos, orientando os legisladores no combate à criminalidade, utilizando as formas mais adequadas.

As observações feitas até aqui sobre a relação entre a Política Criminal e o Direito Penal são importantes para uma maior compreensão do modo pelo qual se estrutura a Parte Especial do Código Penal. Na Parte Especial, são identificados os valores que, em determinado momento da cultura, são julgados merecedores da proteção penal. Para tanto, Sérgio de Oliveira Médici explica que algumas regras devem ser respeitadas. Para Médici, as disposições legislativas precisam ser

redigidas com clareza, precisão e ordem lógica. Além disso, devem ser evitadas formulações abertas e desproporções entre as penas previstas para delitos semelhantes (Médici, 2004, p.220).

É por meio da Política Criminal que o Estado determina a orientação a ser seguida na elaboração das leis penais, no que se refere à prevenção e à repressão à criminalidade. Assim, com base nos conhecimentos criminológicos e sociais, a Política Criminal indica o caminho para a prevenção e, se necessário, a repressão dos delitos. Portanto, é importante estudarmos a Política Criminal em relação à temática do infanticídio.

## **A atuação da Política Criminal na elaboração dos tipos penais**

Uma dinâmica complexa e encadeada rege a sociedade, na qual ocorrem trocas entre âmbitos interdependentes, como o econômico, o político e o estatal. Antes de adentrar especificamente no âmbito das questões relacionadas ao infanticídio, é preciso compreender essa dinâmica social, ou seja, as esferas da convivência humana, com suas características próprias e não estanques, visto que há interação entre os espaços estruturais.

Boaventura de Souza Santos analisa essas multifacetadas dimensões da realidade, separando-as em seis lugares: o espaço doméstico, o espaço da produção, o espaço do mercado, o espaço da comunidade, o espaço da cidadania e o espaço mundial (Santos, 2005, p.277-8). É interessante notar que, em cada um desses lugares, há uma determinada manifestação de poder. Assim, no espaço doméstico, a forma de poder de maior relevância é o patriarcado; no espaço da produção, encontra-se a exploração (do trabalho e da natureza); no espaço do mercado, destaca-se o consumismo; no espaço da comunidade, a diferenciação desigual tem lugar privilegiado; no espaço da cidadania, a principal forma de poder é a dominação institucionalizada e legitimada pela soberania do Estado e, no espaço global, situam-se as mais variadas formas de exclusão, resultantes

de relações globais capitalistas desiguais. Em todos esses espaços, as relações de poder estão intrinsecamente relacionadas a trocas desiguais. Esse mapeamento feito por Boaventura dos Santos identifica a complexidade dessas interações, internas e externas, e revela que, em maior ou menor grau, é possível identificar desigualdades, através das dinâmicas de violência e exclusão.

Assim, a subtração da igualdade no espaço doméstico em virtude das relações patriarcais é refletida nos demais espaços, atingindo não somente as mulheres, mas também outros membros da família. Leda Maria Hermann mostra que a redução da mortalidade infantil em países periféricos está intimamente relacionada ao aumento dos índices de alfabetização e educação das mulheres (Santos, 2005, p.277-8). Essa constatação foi obtida mediante a análise da importância que as mães dão ao bem-estar da prole e dada a oportunidade que têm quando é respeitada e fortalecida sua condição de agente no mercado de trabalho e nos espaços públicos, influenciado, assim, as decisões familiares e atuando resolutivamente na proteção dos filhos.

Assim, a chamada “diferenciação desigual” descrita por Boaventura de Sousa Santos exclui os diferentes por preconceito, estereotipia e outras manifestações, entre as quais estão incluídas as discriminações com base no gênero (ibidem, p.287). Essas discriminações de gênero permeiam todos os demais espaços estruturais, cristalizando-se assim em múltiplas formas de violência. Com isso, entende-se que cabe à Política Criminal analisar a idoneidade da proteção social na legislação vigente e, por meio de uma postura crítica, propor as reformas necessárias (Garcia, 1980, p.37). Em sua atuação, a Política Criminal pode se valer não apenas dos meios penais, mas também de outros instrumentos de proteção. Uma de suas atribuições é contribuir na elaboração das leis penais, definindo os bens a serem tutelados e as medidas de proteção a esses bens. Em outras palavras, a Política Criminal é indispensável à boa elaboração das leis penais. Para Zaffaroni e Pierangeli, a Política Criminal é um capítulo da política geral, relacionada ao fenômeno do crime, servindo para guiar as decisões tomadas pelo poder político, bem como proporcionar

argumentos para criticar tais decisões. Em suma, cumpre uma função de guia e de crítica (Zaffaroni; Pierangeli, 2001, p.132). Pode-se concluir, então, que cabe à Política Criminal criticar os valores e os caminhos já eleitos, trabalhando na construção da Parte Especial do Direito Penal. Disso decorrem questões que passam a anular ou condicionar os tipos e as respectivas sanções.

Entende-se que, para que o Direito Penal exerça de modo eficaz sua missão de garantir os valores mais altos da sociedade e das pessoas que a integram, quanto maior o relevo do bem, mais severa deve ser a sanção cominada (Médici, 2004, p.186). Nessa perspectiva, a Parte Especial do Código de 1940 inicia conceituando os crimes contra a vida, de forma a ressaltar a primazia do ser humano sobre os demais bens jurídicos, estando, nesse ponto, de acordo com os princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988.

Lembremos que uma lei não pode apresentar “[...] figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas” (ibidem, p.201). Com base nesse princípio, é fácil perceber como é inadequada a expressão “estado puerperal”, presente no delito de infanticídio, o qual tutela o bem mais valioso da sociedade. Não obstante, contém essa expressão extremamente ambígua, que confunde um elemento biopsicossocial com a defesa da honra da mulher, critério esse já utilizado anteriormente na tipificação do delito. No próximo capítulo, que cuida das oscilações legislativas atinentes ao infanticídio, o tema será estudado pormenorizadamente.

## **A tutela do bem jurídico no infanticídio: a vida**

Percorrido esse caminho inicial, é preciso ressaltar que as normas jurídicas são fruto de decisões políticas. Em outras palavras, no momento em que há a criminalização ou a descriminalização de determinada conduta, chegou-se a isso por uma decisão política que, necessariamente, gerou determinado resultado. Logo, o tratamento dispensado ao delinquente também é o resultado de decisões políticas. Por esse motivo é que se afirma que Política Criminal nada

mais é do que uma expressão da política “geral”. Com efeito, a atuação da Política Criminal se dá por meio de uma constante revisão do Direito Penal vigente, propondo medidas alternativas. Considere, assim, que deve haver uma percepção crítica da realidade socioeconômica onde opera. No Brasil, o precursor dessa corrente e seu principal adepto é Roberto Lyra Filho, com sua obra *Criminologia Dialética* (Lyra Filho, 1972).

É interessante notar que, segundo Vera Regina Pereira de Andrade, “[...] na arena dos saberes, talvez nenhum outro tenha sido tão prisioneiro do androcentrismo quanto a Criminologia, com seu universo, até então, inteiramente centrado no masculino”. Essa constatação se refere tanto ao objeto do saber (o crime e os criminosos), como aos produtores do saber (os criminólogos) (Andrade, 2004, p.2). A primeira questão que a professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) considera relevante quando trata da ausência da mulher como objeto e como sujeito da Criminologia, e do próprio sistema da justiça criminal, se relaciona aos silêncios do saber e do poder: “[...] o que sabemos da mulher no universo da chamada criminalidade (como autora e como vítima de crimes) e da criminalização?” (ibidem)

Dessa indagação, decorrem outras, entre as quais:

Por que as mulheres são muito menos criminalizadas do que os homens, como o evidencia a clientela prisional do mundo ocidental? Praticam elas menos crimes? De que crimes se trata? Quando as mulheres passaram a acessar, com regularidade, funções no sistema de justiça? Como as exercem e que impacto têm sobre o sistema de justiça? Reprodutor ou transformador? Como o sistema de justiça criminal trata a mulher no seu interior (funcionária) e no exterior (como autora e vítima de crimes)? É possível responder a essas questões? Existe um incognoscível criminológico? (ibidem, p.2)

A autora constata ainda que os homens “poderosos” ficam com o ônus da periculosidade, enquanto as mulheres “fragilizadas”

(como as crianças, os idosos, os homossexuais e os demais excluídos do pacto da virilidade) ficam com o “bônus”(?) da vitimização. Isso decorre do fato segundo o qual, nos Códigos, as mulheres sempre têm a seu favor “[...] a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional)”. Com base nessas constatações, Pereira de Andrade conclui que os chamados “[...] estados especiais são os álibis de sua fragilidade” (ibidem).<sup>6</sup>

Assim, fica ilustrada a dimensão dos desafios teórico-práticos que, a partir dos dados revelados pela Criminologia, a Política Criminal está convidada a enfrentar num tempo de profundas transformações nas relações sexuais e de gênero que não mais se legitimam, segundo Pereira de Andrade, fazendo eco a Boaventura de Sousa Santos, “[...] nem como desigualdades inferiorizadoras, nem como igualdades descaracterizadoras” (ibidem).

É nesse ponto, justamente ao se destacar a necessidade de serem realizadas constantes revisões do Direito Penal, que se insere a temática do infanticídio. Somente uma sistematização detalhada, fundada numa análise crítica do histórico desse delito, permitirá encontrar respostas, ainda que não absolutas, para as indagações que saltam aos olhos quando se aprofundam as reflexões sobre essa problemática.

---

6 Relata que “[...] a mulher só corresponde ao estereótipo de perigosa no trânsito!”.





# 4

## CRITÉRIOS DE CONCEITUAÇÃO LEGISLATIVA DO INFANTICÍDIO

### O infanticídio: uma prática antiga

A prática do infanticídio possui uma longevidade que perdura no tempo. Com essa frase de Joana Maria Pedro vemos que, apesar de muitas tentativas de controle, de atribuições de penas diversas, com a criminalização e a descriminalização, essa prática foi mantida pelo costume (Pedro, 2003a, p.21).<sup>1</sup>

Em *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*, consta que, entre 1900 e 1950, os jornais chamavam as mulheres acusadas de infanticídio de “mães desnaturadas”, “bestas” e “feras”. Já entre 1950 e 1996, foram veiculadas poucas notícias sobre inquéritos ou processos por infanticídio, e a forma pela qual se referiam às infanticidas também mudou, pois passaram a tratá-las como “[...] pobres mulheres, ignorantes e miseráveis” (ibidem, p.12).

Na verdade, as histórias que transmitem os sentimentos mais nobres são feitas de coragem, lutas e vitórias. No entanto, há também os esgotos, as canalizações e as fiações que se ligam com aquilo que está na superfície. São dessas histórias de esgotos e canalizações que fazem parte os delitos de infanticídio, revelando o outro lado do discurso enaltecedor das mães. Em outras palavras, elas mostram o

---

1 Ao longo de sua obra, a autora demonstra que em muitas culturas o infanticídio foi sancionado pelo costume e que a criminalização dessa prática passa, necessariamente, pelo debate sobre as relações de gênero.

avesso das “delícias da maternidade” (ibidem, p.10).<sup>2</sup> Sendo assim, pode-se afirmar que “[...] lidar com os temas bioéticos não é uma tarefa agradável”. Débora Diniz e Dirce Guilhem (2008, p.116) ressaltam que o sofrimento é a essência dos conflitos relacionados à bioética. Grande parte das questões a que se dedicam os pesquisadores da bioética está “[...] embebida no sofrimento, na dor da angústia da imoralidade, um sentimento tão degradante quanto o da perda da própria dignidade”.<sup>3</sup>

Com raras exceções, a característica comum dos temas bioéticos é a impossibilidade de um consenso moral. Por exemplo, a possibilidade de a eutanásia não ser penalizada é uma hipótese intolerável para os grupos contrários a ela. “O mesmo acontece com todos os outros temas bioéticos: aborto, infanticídio, suicídio assistido, novas tecnologias reprodutivas [...]” (ibidem, p.117).

Ao longo do tempo, o infanticídio foi alvo de leis, investigado pela Inquisição, ampla preocupação da Medicina e do setor público. Em nosso país, a maneira como essa prática foi registrada, discutida e enfrentada revela a forma pela qual foi construída a “civilização brasileira”, com a regulamentação das condutas sexuais das mulheres, no interior de relações hierarquizadas de classe e gênero (Pedro, 2003a, p.21).<sup>4</sup> É nítido o tratamento preconceituoso dispensado à mulher delinquente, já que, pelo ângulo negativo do escândalo e da punição, busca mostrar a maneira pela qual as moças de família que prezam a honra e a distinção devem se comportar. Nesse contexto, o aparato jurídico está preparado para exercer a pedagogia de condutas femininas.

---

2 São colocadas algumas questões a respeito das “delícias da maternidade”, tais como: é possível desfrutar dessa “delícia” sendo solteira ou viúva, vivendo na casa de patrões, no início do século XX? Como ser mulher e viver sua sexualidade, sem recursos e sem acesso a formas de contracepção?

3 As autoras demonstram que, por um lado, não é fácil para os defensores da santidade da vida humana, ou seja, aqueles que defendem a intocabilidade da vida, viver em uma sociedade na qual as mulheres praticam o aborto, por exemplo. Por outro lado, também não é uma experiência nada agradável ser obrigada a preservar uma gestação em nome de valores morais estranhos a si.

4 Joana Maria Pedro faz um estudo aprofundado sobre os casos de infanticídio ocorridos em Florianópolis e, nessa pesquisa, revela que isso é somente a ponta de um *iceberg*.

Não há dúvida de que existem formas justas e eficientes de diminuir sensivelmente o crime de infanticídio, como, por exemplo, proporcionar uma assistência de qualidade à saúde das mães e divulgar meios contraceptivos eficazes. No entanto, infelizmente, no século XX, foram encontrados inúmeros casos de infanticídio: corpos de recém-nascidos mortos que surgem na praia, em porões, na fossa, no poço, no bananal, mandados para o ex-namorado numa caixa de papelão, embaixo da cama, enterrados no quintal (ibidem, p.20). Na verdade, o infanticídio é considerado o último recurso quando as práticas contraceptivas e as técnicas abortivas não deram resultado. Assim, é preciso encarar o infanticídio como uma prática que, na maioria das vezes, ocorre como consequência de uma gravidez não desejada.

Existem muitas formas de esse crime ser efetivado, como não higienizar o neonato, jogá-lo no chão, enfiar um graveto em sua garganta ou encher sua boca com areia. Parte dessas práticas é feita de forma coletiva, acompanhada de uma justificativa sobrenatural e de forma ritual. Nessa categoria, as maneiras mais comuns foram a colocação de excrementos sobre o umbigo recém-cortado e o corte do cordão umbilical com foice suja. Além disso, entre os povos caçadores e coletores, era costume matar um dos gêmeos.<sup>5</sup>

Valéria Trigueiro Santos Adinolfi (2008, p.14) explica que a prática de infanticídio ocorre em diversos povos. Os esquimós *tetsilik*, por exemplo, recorrem a ele como meio de controle populacional, para obter equilíbrio entre o número de crianças e o número de caçadores, e, portanto, entre comida e demanda. As informações encontradas em épocas e contextos distintos revelam a existência de muitos casos de infanticídio. Diante disso, é pertinente destacar algumas dessas situações, embora não de forma a traçar uma “evolução histórica”, mesmo porque não se pode afirmar que houve uma evolução nesse sentido.

---

5 Há um interessante trabalho realizado por Adinolfi (2008), no qual se discute a prática de infanticídio no contexto de grupos indígenas e revela os desafios que isso representa para uma Bioética baseada em direitos humanos universais, com a inclusão de diferenças culturais, tendo em vista que em muitos casos há a participação de pais, avós, tios e outros membros da comunidade.

Um fato surpreendente é a prática da eliminação de recém-nascidos pelas escravas. Foi constatado que essa atitude era motivada pela tentativa de livrá-los da escravidão. Essa situação foi comprovada pela redução do número de infanticídios após a promulgação da Lei do Ventre Livre (Costa, 1983, p.6).

Nesse contexto de rejeição, recusa e abandono de recém-nascidos, surgiu na Itália, no século XVII, a instituição da “roda dos enjeitados” em alguns conventos, com a finalidade de acolher e batizar os recém-nascidos rejeitados. Essa “roda dos enjeitados” ficava num muro da instituição e tinha uma divisória ao meio. O recém-nascido era colocado de um lado e, então, puxando uma cordinha com uma sineta, era dado o aviso de que um bebê acabava de ser enjeitado. Com isso era garantido o anonimato dos pais, e, portanto, a honra das famílias, e se evitava o mal maior, o infanticídio (Pedro, 2003c, p.33). Lembremos que, com o surgimento da sociedade burguesa ocidental, foram instituídos papéis para os gêneros. A mulher ficou reduzida ao espaço privado do lar, da maternidade e da família. Já o espaço público e o conhecimento racional foram ocupados pelo homem. A transmissão da propriedade que se acumulava “[...] exigiu da mulher a fidelidade e o casamento como forma legítima de expressão de sua sexualidade, a dedicação à maternidade como constituição da identidade de gênero” (ibidem, p.27).

No Brasil, no final do século XIX, houve um aumento expressivo da preocupação do setor público e da sociedade como um todo em relação à prática do infanticídio, visível nas teses da Academia Imperial de Medicina, nas quais os principais temas debatidos diziam respeito à alta mortalidade infantil, correspondente a 51,9% da mortalidade total (ibidem, p.38). Assim, a atuação das parteiras, compartilhando segredos e dispensando cuidados às mulheres, foi perdendo lugar para o conhecimento médico, o controle da sexualidade feminina e a formulação de políticas públicas. Tratava-se, dessa forma, de uma batalha pela dominação de uma atividade de grande prestígio social, anteriormente controlada pelas mulheres. Foi uma luta de sexos e de classes, na qual as parteiras e curandeiras foram desqualificadas e substituídas pelo saber científico dos

médicos. Poder contar com o auxílio de médicos, pagando caro por isso, tornou-se sinal de “prosperidade familiar”. Entretanto, Joana Maria Pedro ressalta que com essa “medicalização do parto”, num primeiro momento, não houve nenhuma redução nem das mortes infantis, nem das mortes maternas (ibidem, p.40).

As parteiras afirmavam que os médicos não tinham paciência, recorrendo frequentemente ao parto com fórceps, realizado via vaginal (parto normal). Nele, o médico usa um instrumento cirúrgico, parecido com uma colher, que é introduzido no canal do parto ajustando-se nos lados da cabeça do bebê para auxiliar o obstetra a retirá-lo, em casos de emergência ou sofrimento fetal. Disso decorreu que o conhecimento médico foi sendo cada vez mais solicitado e utilizado também na formação dos processos judiciais. Assim, inúmeros personagens extrajurídicos começaram a participar dos processos, fornecendo laudos que os magistrados usavam em suas conclusões (Foucault, 1984, p.25).

Tornou-se então evidente a importância progressiva do conhecimento da Medicina Legal. Conforme o professor Juan Antonio Gisbert Calabuig, “[...] la Medicina Legal, o Judicial, o Forense, denominaciones sinónimas [...] nació com las exigencias de la justicia”. Para Calabuig, a Medicina Legal pode ser definida como “[...] un conjunto de conocimientos médicos y biológicos necesarios para la resolución de los problemas que plantea el Derecho, tanto en la aplicación práctica de las leyes como en su perfeccionamiento y evolución” (Calabuig, 1977, p.3). O juiz começa a contar com a colaboração de todos aqueles que, com conhecimento específico, facilitassem sentenças mais justas. Em princípio, pode-se dizer que “[...] la Medicina legal tiene el carácter de ciencia auxiliar del Derecho, pero auxiliar insustituible, sin el cual no se concibe una recta administración de justicia” (ibidem). Conforme destaca o professor Calabuig, a importância desse auxílio era “[...] de tal modo que algún autor há llegado a decidir que los médicos legistas eran el ‘ojo y la mano del Juez’” (ibidem, p.4).<sup>6</sup>

---

6 Assim, “[...] puede tratarse de prejuicios causados a la salud o a la vida, de la comprobación de ciertos estados fisiológicos o patológicos, de la determinación de la causa de la muerte, de relaciones significativas entre acciones y estados orgánicos, del establecimiento de la cronología de procesos biológicos, etc.”.

No Brasil, o Código Penal de 1890 já contava com a participação da Medicina Legal. Assim, o exame de corpo de delito no recém-nascido e de parto suposto na acusada eram obrigatórios, na acusação do crime de infanticídio (Pirangelli, 1983, p.5). Podemos mencionar aqui que o primeiro inquérito policial de acusação de infanticídio data de 1912. No entanto, foi somente em 1929 que Theodora Franzina da Luz foi processada judicialmente por esse delito, sendo levada a júri popular.<sup>7</sup> Joana Maria Pedro destaca o fato de que a ré, Theodora Franzina da Luz, mesmo tendo confessado ter amarrado um pano no pescoço do recém-nascido para asfixiá-lo, foi absolvida pelo júri em três ocasiões, apesar dos esforços do promotor para condená-la. Todavia, naquela mesma época, outras mulheres que (diferentemente da primeira) contrataram bons advogados foram condenadas, enquanto Theodora, com seu advogado dativo, foi absolvida. Assim, indaga-se: “[...] Estariam as mulheres pobres sendo consideradas incapazes, ainda, das normas ‘civilizadoras’ e, portanto, passíveis de maior condescendência?” (Pedro, 2003c, p.45). Nesse sentido, constata-se que o processo de eliminação do fruto de uma gravidez indesejada foi controlado e constituído no seio de relações de gênero hierarquizadas, nas quais os homens definem o que (e como) deve ser criminalizado.

Não eram apenas os jornais que divulgavam esses fatos e acusavam as mulheres de “mães desnaturadas”, pois os próprios inquéritos policiais, bem como os processos judiciais, também se tornaram peças pedagógicas. Assim, a chegada dos policiais nas casas, o desenterramento dos recém-nascidos narrados nos inquéritos policiais, as fotos publicadas nos jornais já representavam uma forma de punição, ainda que, ao findar do processo, não recebessem punição formal.

Desta forma, observa-se a “publicidade punitiva” do corpo e dos produtos do corpo feminino contida em tais casos. Há um processo instaurado em 1927, rico em detalhes, que serve para demonstrar essa estratégia de controle. Catharina Maria Rosa, residente no distrito de Cachoeira, município de Florianópolis, conta

---

7 Processo judicial n. 3.901, conforme pesquisa feita no Arquivo do Fórum de Florianópolis por Pedro (2003a, p.45).

em seu depoimento que namorava, há seis ou sete anos, Manoel Leopoldino da Costa, e que fora “deflorada” por ele, e, “sofrendo de dores terríveis e um inchume por todo o corpo [...]”, tomara inúmeros remédios, por exemplo, “saúde da mulher, chá de arruda, específico número um”, pois “ignorava seu estado de gravidez”. Não obstante tais fatos, meses depois, “sentindo fortes dores no ventre, indo ao bacio, deu à luz uma criança do sexo masculino, natimorta”. A própria Catharina conta que manteve o seu filho por três dias embaixo de sua cama e depois o enterrou numa pequena vala no quintal de sua casa, e que “[...] se assim procedeu, foi para evitar desgostos à sua família, com especialidade aos seus pais, que ignoravam em absoluto o estado da depoente” (ibidem, p.46-7).<sup>8</sup> Nesse caso, o próprio magistrado reconheceu que o inquérito policial, em si, já representava uma punição. A narração da chegada da polícia e o desenterramento do recém-nascido são reconhecidos como publicidade punitiva. O promotor pediu que a ré não fosse pronunciada e alegou que pretendia impedir o prosseguimento de submeter a “vexame uma mulher ciosa da tradição e honradez de sua família”. Em relação ao fato do ocultamento do cadáver, o juiz de Direito afirma que, com esse ato, Catharina “[...] tentou poupar uma família pobre, mas honesta, da vergonha intensa por que afinal veio a passar, com a divulgação dos fatos que esse processo registra” (ibidem, p.47).

A gravidez indesejada era ocultada de diferentes modos pelas mulheres: roupas largas, cintas apertadas, pouco contato social. Na verdade, o infanticídio revela a negação do “instinto do amor materno” como algo natural, supostamente existente em toda gravidez. Os casos de infanticídio, em sua maioria, são resultado do envolvimento da mulher numa relação extraconjugal. Portanto, divulgar esses casos de forma escandalosa por meio dos jornais tinha a finalidade de assustar as demais mulheres e de reafirmar os papéis de gênero, definindo o que era certo e errado no comportamento feminino. O objetivo principal era demonstrar o que acontecia com as mulheres

---

8 Processo judicial n. 106, conforme consta na pesquisa realizada no Arquivo do Fórum de Florianópolis.



que não se preservavam para a procriação legítima. As infanticidas geralmente eram mulheres pobres e sozinhas, que não correspondiam à expectativa da sociedade e serviam para ensinar, de maneira negativa, como deveriam se comportar as mulheres distintas e as mães exemplares. Conforme acrescenta Joana Maria Pedro, por serem geralmente solteiras, não participavam das chamadas “redes de solidariedade feminina”, que transmitem conhecimentos sobre métodos abortivos entre mulheres casadas. Assim, como não tinham acesso aos meios de interrupção de gravidez, tentavam esconder essa situação até o momento do nascimento, no qual “resolviam o problema” (ibidem, p.55-6). Uma sociedade hierarquizada por classe e gênero jamais aceitaria e reconheceria como pessoa um recém-nascido fruto de uma gravidez ilegítima. De fato, essa sociedade não pretende fazer nenhum investimento nas crianças indesejadas, pois são de responsabilidade exclusiva das mães. “A obrigação de ser mãe não criou a correspondente obrigação de ser pai.” Com essa frase, Joana Maria Pedro lembra que o infanticídio está intimamente ligado às relações de gênero e de classe (ibidem, p.57).

Nesse contexto, há um caso ocorrido em 1924 que merece destaque. Florência Batista entrou em trabalho de parto nos fundos da casa em que trabalhava. Sozinha, conta que ocultou o recém-nascido sob folhas de bananeira e, logo após, voltou para dentro da casa para continuar o trabalho. Quatro dias após o fato, estranhando o movimento de corvos em seu quintal, o patrão de Florência acabou encontrando os restos mortais de um recém-nascido sendo devorado pelas aves (Silva, 2003, p.60). Houve a denúncia por infanticídio. No entanto, por não conter o exame de “docimásia hidrostática”, o juiz de Direito, Mileto Tavares, julgou improcedente a denúncia. Segundo o juiz, esse exame era um requisito indispensável para a caracterização do crime.<sup>9</sup> Pode-se pensar que, conforme a decisão do magistrado,

---

9 A docimásia hidrostática é o exame mais antigo e mais usado na perícia médico-legal. Fundamenta-se na densidade do pulmão que respirou e do que não respirou, sendo que este último não flutuará, por ser mais pesado do que a água, enquanto o primeiro sobrenadará (França, 1998, p.299).

Florência ficou em paz. No entanto, será que os vizinhos, parentes, patrões e amigos também deixaram Florência em paz?

Certamente, Florência foi punida não pelo controle social formal, mas pelo informal, pois teve sua vida exposta diante de todos.

Estudando-se a fala de juízes, médicos, advogados e testemunhas, observa-se que as mulheres foram envolvidas num processo de controle sobre sua sexualidade e de criminalidade no seio de intrincadas relações culturais e sociais hierarquizadas. Com isso, não se trata de querer vitimizá-las, mas de problematizar essas condutas levando em conta os preconceitos e os estereótipos dos quais as mulheres têm sido alvo ao longo dos tempos.

As mulheres acreditavam encontrar no infanticídio uma forma de resguardar sua honra perante uma sociedade impiedosa. Palavras e expressões como “pobreza”, “loucura”, “mulher não honesta”, “vida desregrada”, “desnaturadas”, “loucas”, “desgraçadas” e “desumanas” apareciam constantemente nos processos judiciais e demonstram a existência de relações de exploração, que marcam profundamente, pois reforçam preconceitos raciais, sexuais, religiosos, dentre outros. Mulheres vistas e tratadas como produtos de “[...] políticas de controle e de homogeneização de determinados valores e comportamentos” (ibidem, p.88). Nesses processos, a atuação masculina era dominante em todas as instâncias do poder público. Os homens eram chamados a valorar as condutas dessas mulheres. Nos casos investigados, os homens envolvidos eximiam-se de toda culpa, geralmente negando a paternidade ou afirmando não ter participação “direta” no crime. A punição da mulher ocorria de diversas maneiras: pela publicidade que era dada aos processos, por meio da presença da polícia na casa da denunciada, chamando atenção da comunidade e dos jornais, com o comparecimento de vizinhos como testemunhas – tudo isso funcionava como punição para essas mulheres.

Quando não resultavam em prisão, já representavam uma exclusão da acusada do corpo social, devido ao escândalo que tal publicidade gerava. Esse isolamento provoca a chamada “morte social”, muitas vezes pior do que a morte biológica. Sem dúvida,

o escândalo é uma forma de punição, por ser “uma espécie de exclusão no próprio local”. Para Michel Foucault, não se trata de uma transferência para fora do corpo social, mas de um isolamento no interior do espaço público, moral e psicológico formado pela opinião. Portanto, é uma punição que a própria sociedade instituiu para as acusadas, no nível do escândalo, da vergonha, da humilhação de quem cometeu uma infração: “[...] Mostra-se a pessoa ao público, suscita-se no público uma reação de aversão, de desprezo, de condenação” (Foucault, 1979, p.82).

Assim, a punição pelo escândalo era aplicada junto com a punição criminal, como uma pena a que a sociedade submetia as acusadas. Outra forma de punição e exposição dessas mulheres ocorria na realização do “auto de exame de parto suposto”, que expunha ainda mais a mulher, ou seja, era mais uma forma de violência. Com esse exame, os peritos buscavam no corpo da mulher indícios do crime. Foi o que fizeram com Izabel de Oliveira, em 1937:

Passaram os peritos a fazer o exame ordenado e as investigações que julgavam necessárias, findos os quais declararam tratar-se de uma mulher de tipo mesoestênico, cabelos pretos, tegumentos descorados, mamas túrgidas, hiperpigmentadas e presença a expressão de leite, presença de linha fosca na parede abdominal, ventre de paredes muito flácidas e relaxadas apresentando vergões ou *striage gravidarum* no ventre; a vulva mostrava-se tumefeita; foram também constatados carúnculas mirtiformes, colo do útero e a porção vaginal deste estavam entreabertos [...].<sup>10</sup>

Assim, os peritos examinavam e valoravam os órgãos sexuais femininos. É nítido que muito mais do que o crime em si, era a honra das acusadas que estava em julgamento. Em outras palavras, o fim era muito mais pedagógico do que propriamente punitivo. Com isso, o processo judicial constituía-se em pedagogia para as

---

10 Ação criminal n. 92, arquivo do Fórum Municipal de Florianópolis, pesquisado por Neckel (2003, p.92).

camadas populares, divulgando os papéis sociais esperados para as mulheres, reproduzidos também através dos jornais, da Igreja e das conversas informais.

Na verdade, abria-se um leque de possibilidades para processar uma mulher. Inicialmente, as averiguações buscavam comprovar que o crime praticado tinha sido o infanticídio. No entanto, quando as provas deixavam dúvidas, procurava-se direcionar o processo para o crime de sonegação de cadáver.

Essas situações são resultado de uma série de discursos formulados pela Igreja, pela Medicina e pelo poder público, dentre outros segmentos sociais. Os julgamentos das réis acusadas de aborto e infanticídio constituíam um “[...] verdadeiro palco, no qual a tragédia pessoal de uma mulher servia como instrumento pedagógico”, divulgando, para toda a população, quais atitudes a sociedade esperava de uma mulher (Neckel, 2003, p.105). Em 1931, Jupyra foi condenada, apesar da falta da principal prova do crime: o corpo do recém-nascido. Ao condenar Jupyra, o juiz a condenou não somente pelo crime previsto no Código Penal, mas também por ter quebrado as regras da sociedade, tendo em vista que Jupyra saiu da casa do marido, abandonando o seu lar (ibidem, p.107).

Assim, os juízes e os promotores atuavam no sentido de impor as leis previstas no Código Penal, formuladas por grandes juristas brasileiros, que também legislavam de acordo com os grandes interesses da elite nacional. Os inquéritos policiais, as sessões do tribunal e a divulgação pelos jornais constituíam-se em expressa pedagogia, por meio da qual a população ia assimilando as regras que deveriam gerir a sociedade. As mulheres que praticavam aborto e infanticídio eram os exemplos negativos de como uma mulher, uma mãe, não deveria agir. Assim, o amor materno aparece como idealizado, e todo e qualquer desvio dessa conduta “natural” a todas as mães é duramente condenado (Silva; Pedro, 2003, p.112).

Nos séculos XVIII e XIX, quando a polícia encontrava um recém-nascido, ainda não existia um saber “científico” para afirmar, de fato, quem havia dado à luz e abandonado o feto. Já no século XX, os peritos médicos eram responsáveis por responder às ques-

tões que iam sendo levantadas, sendo detentores do conhecimento apropriado para investigar tais casos. Conforme será detalhado nos próximos tópicos, o Código Criminal de 1830 estava baseado no pressuposto de que o infanticídio era motivado para preservar a honra da mulher, permitindo assim a redução da pena da acusada. Já o Código Penal de 1940 traz um elemento distinto, retirado do conhecimento médico, que é a presunção do “estado puerperal” como justificativa para os atos de infanticídio. Portanto, desaparece o pressuposto da preservação da honra. Uma explicação didática sobre essa situação é trazida à baila:

[...] é o conhecimento médico adquirido acerca do corpo das mulheres, e especialmente sobre a concepção e o parto, que dá origem a este redutor de pena da ré, baseado no pressuposto de que o “estado puerperal” explicaria um ato tão contrário à “natureza do amor materno”. (Silva; Pedro, 2003, p.131)

A partir daí, o quesito de existência ou não do “estado puerperal”, elemento este retirado do conhecimento médico, passa a fazer parte das instruções do processo. Assim, o conhecimento médico, que servira num dado momento para constituir as mulheres como portadoras de um instinto natural e inerente – “o amor materno” –, foi também utilizado para incriminá-las quando estas não correspondiam às expectativas e aos papéis sociais esperados por uma sociedade que desejava ser “moderna e civilizada” (ibidem, p.137).

Convém observar que a relação entre o infanticídio e a legislação tem uma história que não segue um percurso linear. Em determinados momentos históricos, é possível perceber tanto avanços como barreiras significativas no tratamento desse delito. Na década de 1970, período de extrema importância na conquista de legislações mais liberais sobre a sexualidade das mulheres, o movimento feminista encontrou, principalmente em países europeus, repercussões que levaram a modificações significativas.

A campanha pelo controle da natalidade e a divulgação das últimas descobertas de métodos contraceptivos (incluindo a pílula) pro-

moveram o que Joana Maria Pedro descreve como “[...] uma verdadeira revolução no campo da sexualidade e do direito das mulheres ao controle sobre seu corpo” (Pedro, 2003b, p.169). Essa “revolução sexual” repercutiu na imprensa do mundo inteiro. Em plena vigência da ditadura militar no Brasil, coube às mulheres retomar, na década de 1970, o movimento feminista que estava adormecido desde meados de 1930. Enquanto nos Estados Unidos, na Alemanha e na França os movimentos se organizavam para obterem o direito de escolher quando ter filhos, no Brasil, tal movimento só ganhou força a partir de 1980. Antes disso, a luta era por liberdades democráticas e melhores condições de vida. Assim, no Brasil, como em outros países, a legislação referente a esses temas tem conhecido idas e vindas, ao sabor de debates legais, morais, médicos e religiosos.

As mulheres tiveram seu corpo, sua vida e seu destino determinados e organizados pelo homem. Por muito tempo, a mulher foi tratada como um erro, um deslize no processo de nascimento, um homem mal gerado, imperfeito. Num estudo sobre o aborto, as autoras destacam o pensamento de Tomás de Aquino, que vale a pena ser transcrito aqui, pois possibilita uma real ilustração do tema: “Não vejo que espécie de auxílio a mulher deveria prestar ao homem, caso se exclua a finalidade da procriação. Se a mulher não foi dada ao homem para ajudá-lo a gerar filhos, para que mais serviria?”<sup>11</sup>

A partir de 1950, ocorreram muitas mudanças no Brasil. O processo de urbanização e desenvolvimento industrial levou a sociedade a se tornar cada vez mais complexa. Nesse contexto de transformações, muitas verdades até então absolutas sofreram relativizações, principalmente devido à influência de diversos protestos e movimentos, inclusive o feminista.

Novas condições de vida se estabeleceram nas cidades. As relações entre homens e mulheres também sofreram modificações, resultando numa diminuição das diferenças entre os gêneros. Todavia, essa “aproximação” permitiu que antigos conflitos fossem

---

11 Trecho transcrito como epígrafe em Silva (2003, p.189).

evidenciados, ao mesmo tempo que certos aspectos tradicionais das relações de gênero já vinham com novas justificativas e novas máscaras (Carvalho; Pedro, 2003, p.223). Aumentava cada vez mais a participação das mulheres no mercado de trabalho. O aumento da participação feminina na vida econômica da sociedade transformou os parâmetros até então adotados na definição das funções da mulher. Então, questões antigas foram retomadas. Na abordagem ao infanticídio, surge como nova característica a ambiguidade com que o tema é tratado. Por um lado há condescendência diante da atitude da mãe e, de outro, verifica-se um misto de ironia e piedade.

Há um caso relatado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em 14 de março de 1973, no qual essa situação é muito fácil de ser percebida. O título da matéria é “Doméstica mata filha por ‘falta de dinheiro’”. Conforme essa notícia, a doméstica Maria Betanica dos Santos, 21 anos, matou a própria filha logo após o parto, por asfixia, e, em seguida, jogou a recém-nascida num terreno baldio, afirmando que não tinha condições financeiras para sustentá-la e, muito menos, educá-la. A doméstica contou ainda que ingeriu bebidas alcoólicas para tentar interromper a gravidez e que sua primeira reação foi matá-la, tendo em vista que o pai da recém-nascida fugiu logo que soube da gravidez.<sup>12</sup>

Com base nesse relato, é possível traçar algumas considerações. A autora do crime tenta justificar seus atos alegando ter sido abandonada pelo pai de sua filha e não ter condições financeiras para propiciar-lhe educação e sustento. Percebe-se que a notícia foi narrada dando destaque ao fato de a acusada não ter mostrado arrependimento, o que remete à imagem da mãe “desnaturada”, “desumana”, do início do século XX. Como se trata de uma notícia, o leitor menos atento pode pensar que o objetivo é apenas relatar o fato ocorrido. Entretanto, pelo título e nas entrelinhas, percebe-se a existência de ironias, algumas vezes sutis, passando despercebidas, outras vezes nem tanto. Algumas expressões, como “planejado friamente a execução do filho”, “sangue frio”, entre outras,

---

12 *O Estado de S. Paulo*, 14/03/74, n.17512, p.6 citado por Carvalho e Pedro (2003, p.224).

demonstram que não há nenhuma neutralidade quando se relatam tais casos. A ambiguidade no tratamento é verificada na maior parte das vezes, passando pela construção da imagem da mãe “desumana e desnaturada” e pelo olhar aparentemente mais benevolente para a mulher acusada de infanticídio.

É interessante notar que foram raras as notícias nas quais realmente a mulher sofreu uma pena imposta pelo juiz. Isso demonstra que, mais importante do que prender, era escandalizar. Em outras palavras, a pena, na maior parte dos casos, era imposta pela sociedade, não pelo juiz.

Verifica-se que os motivos mais citados pelas mulheres que praticaram o infanticídio são: situação financeira, medo da reação da família, desaparecimento do pai da criança após tomar conhecimento da gravidez e até a alegação de que o bebê tinha nascido sem vida, embora, no interrogatório, confessassem o crime. Nessas “razões” estão envolvidas as mulheres, as desigualdades sociais, econômicas e de gênero. O infanticídio muitas vezes foi utilizado quando as práticas abortivas ou os métodos contraceptivos não deram certo. Portanto, quer queira, quer não, pode-se afirmar que o infanticídio faz parte da maternidade, ou melhor, do lado obscuro da maternidade.

## **Critério psicológico: a defesa da honra**

Ao analisar o modo como o infanticídio foi tratado historicamente nos diversos ordenamentos jurídicos, observa-se que, antes de ser considerada um crime, essa prática já foi permitida, e vista até mesmo como um direito e, em outros casos, como um dever.

Mariano Castex, professor de Medicina Legal e Psicologia Forense da Universidade de Buenos Aires, relata que “[...] el infanticidio es una forma de homicidio que fue lugar común em civilizaciones como la helênica y la romana, considerándolo como una manera legítima de realización de cierto control de natalidad” (Castex, 2008, p.43).



Também as penas atribuídas a esse delito passaram por numerosas alterações, desde a impunidade absoluta até a aplicação da pena capital. Lembremos que, no século XVIII, os filósofos do Direito Natural se insurgiram contra a pena de morte para o infanticídio, alegando que esse delito não se dava por motivos perversos, mas por imperativo de honra.

A partir daí, os ordenamentos jurídicos passaram a tratar o infanticídio como homicídio privilegiado, quando praticado pela mãe em defesa da honra. Assim, recorriam ao critério psicológico, ou seja, alegavam motivo de honra (*honoris causa*) que levava a mulher a cometer esse crime para ocultar uma gravidez ilegítima, fora do casamento. Então, entende-se que a *honoris causa* é a necessidade psicológica da mulher de defender sua honra sexual em face de uma gravidez repudiada pela sociedade. Portanto, o medo da exposição do seu erro, imperdoável aos olhos da sociedade, gera na mulher “[...] que engravida fora do matrimônio, e que ainda não perdeu o pudor, um verdadeiro ‘estado de angústia’, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fructo de seu amor ilegítimo” (Lyra; Hungria, 1937, p.261). Conforme reitera Carlos Xavier de Paes Barreto, havia a necessidade de que a mulher fosse realmente honesta e salvaguardasse sua honra por meio dessa atitude:

É necessário, porém, que tenha honra a zelar, deshonra a ocultar, não se podendo aplicar quando se não acha nessas circunstâncias, como, por exemplo, tratando-se de quem tivesse processado o amante por crime de defloramento, ou dado à luz poucos meses depois de casada a filha do próprio marido. (Barreto, 1937, p.21)

Nessa mesma linha de pensamento, Aníbal Bruno também afirma que é a honra sexual da mulher que está sendo discutida:

A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama e respeito público de que goze a mulher pela sua vida de decên-

cia e bons costumes. Se sua existência anterior era desonesta ou sua desonra já era conhecida, não lhe cabe alegação da defesa da honra. (Bruno, 1972, p.148)

O professor Calabuig, em *Medicina legal y toxicologia*, também faz referência ao critério psicológico, quando afirma que o infanticídio é uma figura jurídica que consiste na morte violenta de um recém-nascido para salvar a honra da mãe (Calabuig, 1977, p.353).<sup>13</sup> Ao estabelecer que a *honoris causa* representa a origem do delito, Calabuig explica que “[...] son principalmente autores las solteras y viudas que disimularon el embarazo y parieron clandestinamente” (ibidem).

Jorge Paulete Vanrell e Maria de Lourdes Borborema ressaltam que a conservação da prole é um dos instintos mais enraizados na espécie animal e que, por isso, esse delito causa tamanho espanto, quer seja pela dor moral da desonra, do parto clandestino e do filho ilegítimo, fazendo que a mulher perca seu instinto mais elevado – a maternidade –, acabando por armar-lhe o braço infanticida “[...] que se tornará um instrumento para abater o próprio filho”. Vale destacar o entendimento dos autores:

Do ponto de vista “social”, trata-se da moça que foi seduzida ou enganada, engravidada e abandonada, condenada pela família e pela sociedade, que todos desampararam e se viu sozinha a viver sua desgraça, tentando ocultar de todos a vergonha que seu ventre representa, avolumando-se dia após dia, passando um atestado de sua desonra, e a gestante, totalmente abandonada, dá à luz às escondidas. Nessas circunstâncias, a ilegitimidade da gravidez, o abandono da puérpera pelo amante, a repulsa da família, o descaso da sociedade, o total desamparo, a vergonha, a dor moral e a honra seriamente abalada seriam elementos integrantes do trauma social referido. (Vanrell; Borborema, 2007, p.481)

---

13 Conforme o art. 410 do Código Penal da Espanha: “La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor”.

Nesse contexto, o Código Criminal de 1830 trouxe um abrandamento da pena do infanticídio, tendo em vista o fundamento da *honoris causa*. Assim, a pena desse crime era de um a três anos de reclusão.

O dr. Samuel Johnson, em *A Dictionary of the English Language* (1755), definia honra, no que diz respeito às mulheres, como sinônimo de “castidade” ou “virgindade”, ou, no caso da mulher casada, “fidelidade”. Assim, a honra está historicamente relacionada com a sexualidade, e a preservação da “honra” se equipara principalmente à manutenção da virgindade de mulheres solteiras.<sup>14</sup>

Na verdade, honra corresponde ao conjunto de qualidades essenciais ao valor de cada pessoa e pode ser analisada sob prismas subjetivos e objetivos. A honra subjetiva é a imagem que a pessoa tem de si mesma, ou seja, o sentimento que a própria pessoa tem de seu valor. Já a honra objetiva está relacionada ao modo como a pessoa é estimada pelos outros, isto é, o conjunto de qualidades que os outros atribuem ao sujeito, é a imagem que os demais formam a respeito do sujeito; (Mantovani, 1998, p.254-5). Assim, a honra constitui um valor intrínseco a cada um, em razão do princípio da dignidade da pessoa e, portanto, é tutelado objetivamente. Trata-se de um atributo originário do ser humano e, por isso, não pode ser atribuído, negado ou diminuído pela coletividade; somente a própria pessoa causar danos à sua honra com comportamentos contrários a própria dignidade (ibidem, p.260).

Genival Veloso de França diz que aqueles que fundamentam o infanticídio na defesa da honra alegam que a ideia de “redimir-se pelo infanticídio começa, consciente e inconscientemente, formando-se numa alma angustiada e sofrida”. Trancrevemos o trecho essencial, no qual o autor resume o entendimento da corrente que defende a utilização da *honoris causa*:

De princípio, consegue a mulher esconder a prova do pecado, mas a cada dia começa a crescer o perigo do escândalo que a gravidez lhe trará. Perde a coragem de simular um sorriso, o

---

14 HONRA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Honra>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

*ânimo* é enfraquecido e as ideias e os sentimentos descoordenados e desconcertantes. Já não demora o tempo em que se tornará difícil esconder o momento fatal da desgraça, da desonra e da humilhação ante uma família e uma sociedade impiedosa e inclemente. Um abismo de nuvens negras e tempestuosas, noites intermináveis, que abrem naquela alma insondáveis mistérios. A piedade, até mesmo o último dos sentimentos que é a piedade, lhe é negada antes mesmo de pedi-la, porque pedi-la seria vergonha e merecê-la, uma desonra. Ter o filho, desonra mais grave e consequências mais drásticas. Chega a hora fatal: sua alma é tomada de agitações que beiram o desatino, a dor fere-lhe o corpo inteiro numas contrações que se sucedem cada vez mais rápidas, a fronte borbulhante de suor e as mãos em garra procuram segurar qualquer coisa como o pobre náufrago que se apega à tábua de salvação. Nasce o filho e há um momento de alívio e surpresa, mas lhe destrói o último baluarte de defesa – a esperança – que, mesmo sendo remédio para todos os males e recurso inesgotável dos aflitos, não lhe pode socorrer. E ela, num momento instintivo, é levada automaticamente contra a prova de vergonha, e assim se efetiva o infanticídio. (França, 1998, p.296)

Em seguida, Genival Veloso de França adverte que seria inconcebível sobrelevar o estado subjetivo da honra ao indiscutível caráter objetivo da existência humana, pois o Estado moderno fundamenta-se no critério da defesa incondicional da vida como o maior bem social. Dessa forma, “[...] o instinto de maternidade e a proteção de uma vida desprotegida, carente e destituída de maldade falam mais alto do que a maior e mais intocável das honras” (ibidem, p.296).

Nesse sentido, o autor conclui que o fundamento da *honoris causa* representa uma “[...] flagrante confissão de que a sociedade não evoluiu nos seus conceitos e nem se redimiou de seus preconceitos falsos, posto que nenhuma gravidez pode ser considerada imoral a não ser que os propósitos que a motivaram sejam ilícitos

e imorais”. Então, faz a seguinte pergunta: “[...] Será que a prática do infanticídio restitui a honra de alguém?”. Assim, para esse autor, o fundamento da *honoris causa* representa “[...] o respeito à intolerância social que censura um tipo de maternidade chamada de intangível, que tortura a mãe solteira, destruindo-lhe a reputação” (ibidem).

Andrés Augusto Balestra (1978, p.3) alega que o tratamento fundado na defesa da honra é “[...] nada equânime e foi engendrado por um exagerado sentimentalismo surgido durante o período iluminista”. Os defensores dessa corrente baseiam-se na chamada honra sexual. Francesco Carrara justifica a conduta da infanticida alegando que ela age para salvaguardar a reputação que os outros possuem dela, fazendo de tudo para manter íntegra essa consideração popular, mesmo quando sua atitude “[...] provoque a destruição de uma vida, pois, no seu entender, a condição do nascimento, fruto de um ato sexual ilegítimo, permite-lhe eliminar a prova candente da sua desonra” (Carrara apud Balestra, 1978, p.7).<sup>15</sup> Para Balestra, por motivos de política criminal, há quem entenda que a sociedade deve reagir de forma piedosa ao deparar com o espetáculo do infanticídio, pois a conduta praticada pela mulher em salvaguarda da sua honra sexual denota menor periculosidade do que a conduta homicida (Balestra, 1978, p.8).

Nessa mesma linha, Alfredo Farhat, em sua obra, *Do infanticídio*, publicada em 1956, filia-se à corrente dos que defendem a *honoris causa* como elemento do crime. Para aqueles que compartilham esse pensamento, a infanticida deve ser tratada com piedade, pois a consideram menos perigosa para a sociedade do que o homicida comum, ou seja, ela oferece menos riscos para o convívio social. Para alguns estudiosos, entretanto, a corrente psicológica com base no motivo da honra afigura-se “aberrante e incongruente”, pois não é possível ora dar ao bem jurídico protegido (vida) relevância absoluta, ora outorgar-lhe lugar secundário, colocando a honra em

---

15 CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Parte Especiale. v.1, §1216.

primeiro plano. Balestra afirma ainda que “[...] essa posição aberra a ideias de dignidade humana, pois a culpa ou a vergonha dos progenitores não pode prevalecer sobre a vida de um ser desprotegido” (ibidem, p.15-6).

Entende-se assim que o critério de benevolência concedido à infanticida outorgou a um mesmo bem jurídico pesos diversos, contrariando toda a ordem do sistema. Além disso, acredita-se que o intuito da corrente que defende o critério psicológico era alterar os tabus morais que a sociedade da época impunham à mulher; porém, “[...] tal alteração não passou de uma farsa, pois a falta de coragem daqueles para equiparar a moral sexual da mulher à do homem levou-os a implantar um esdrúxulo e aberrante sistema” (ibidem, p.16-7). Assim, na realidade, com essa fórmula, procuravam diminuir o prejuízo provocado pelo falso puritanismo dos homens, obrigando a mulher a se desfazer de um filho “[...] para evitar que fossem, tanto ela como ele, marcados pelo carimbo da vergonha”. Nesse sentido, a aceitação dessa “absurda benevolência” é produto da incoerência do homem, que busca se manter perante a sociedade como “cidadão responsável e, o que é pior, impune” (ibidem, p.18).

Andrés Augusto Balestra pondera que, se o homem não tivesse (como o fez) determinado qualificação jurídica diversa para os filhos (legítimos e ilegítimos), os quais são seres humanos iguais e com os mesmos direitos, e se tivesse, enfim, “[...] assumido a responsabilidade dos atos que originou, sem dúvida, as mulheres não seriam impelidas à prática de tão deplorável conduta”. Porém, afirma o autor, o homem preferiu aceitar com benevolência a conduta infanticida, ao invés de reconhecer a sua imperfeição, “temeroso de perder a sua hegemonia patriarcalista” (ibidem, p.18-9). Já em 1890, ao tratar do infanticídio, a legislação penal não mais trazia o fundamento da “defesa da honra”, ou seja, o temor à vergonha da maternidade ilegítima. Já a legislação vigente, isto é, o Código Penal de 1940, adotou como atenuante no crime de infanticídio um elemento retirado do conhecimento médico: a condição fisiopsicológica denominada “estado puerperal”.

## **Critério fisiopsicológico: o estado puerperal**

O Código Penal de 1940, em seu art. 123, conceituou o crime de infanticídio utilizando como base a influência do estado puerperal na mulher, com a pena de detenção de dois a seis anos. Com isso, passa-se do motivo da “defesa da honra” para o chamado “estado puerperal”. Assim, os doutrinadores procuraram estabelecer um critério diverso da causa da honra, com o objetivo de chegar a um critério mais lógico e científico, “[...] a fim de eliminar a esdrúxula e inconcebível situação do sistema anterior” (Balestra, 1978, p.11).

O critério fisiopsicológico está relacionado à influência do puerpério no psiquismo da parturiente. Nesse sentido, a legislação penal brasileira de 1940 passou a atribuir uma pena mais branda ao infanticídio, não mais com fundamento na defesa da honra, mas relacionado à influência do “estado puerperal”.

“Transformações culturais operam câmbios conceituais.”

Essa frase de Cristiano Ávila Marona sintetiza bem o caminho percorrido, revelando que o tratamento do infanticídio é estabelecido de acordo com os valores predominantes em determinado momento histórico. (Marona, 2007, p.145)

A legislação vigente, ao incluir o “estado puerperal”, fundamenta essa escolha nas perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher após o parto. Não se pode negar que o parto envolve uma série de complicações. Ninguém duvida do intenso esforço muscular e das dores sofridas pela mulher. Além disso, ocorre uma perda considerável de sangue. No entanto, é preciso ressaltar que a expressão “estado puerperal” é alvo de duras críticas, pois comprová-lo representa uma enorme dificuldade. Alguns estudiosos chegam a afirmar que se trata de mera ficção jurídica, pois nem mesmo há um período de duração definida.

Almeida Junior e Costa Junior (1979, p.362) explicam que a finalidade de trazer o estado puerperal para o Código Penal foi contemplar os casos em que a mulher, em virtude das dores do fenôme-

no obstétrico, chega a matar o próprio filho. Na verdade, para esses autores, trata-se de uma situação passageira durante a qual, em face do trauma sofrido durante o parto, a mulher fica dominada por um estado psicológico peculiar. Assim, o infanticídio não possui como características a frieza do cálculo, nem a pura crueldade.

Pode-se dizer, fazendo eco com Andrés Augusto Balestra (1978, p.21), que se essa corrente fisiopsicológica, baseada no estado puerperal, eliminou a *honoris causa*, e provocou também, adversamente, uma verdadeira confusão. Se o estado puerperal priva a parturiente de sua capacidade de querer e entender a conduta que praticou, não é possível conceber que se coloque a fórmula do “estado puerperal” com o fim de reduzir a pena aplicada à infanticida, “pois as legislações, na sua parte geral, estipulam regra genérica para todos os casos de inimizabilidade”. Assim, instaura-se uma situação absurda, na qual a infanticida, embora considerada uma alienada mental, recebe uma pena, “[...] sendo que todos os outros que se encontram sob condição psicológica desse gênero não sofrem nenhuma punição por serem tidos penalmente irresponsáveis”.

Com isso, os defensores do critério fisiopsicológico “divorciaram-se do ordenamento jurídico”. Se o objetivo era estabelecer um novo critério no intuito de eliminar o já criticado motivo da honra, cientificamente insustentável, não o lograram, pois recorreram a um critério “abstrato e inconsistente”, que não se pode saber com exatidão quanto dura (ibidem, p.21-2). Verifica-se que os conceitos de puerpério, estado puerperal, depressão puerperal e tristeza puerperal muitas vezes são empregados tanto na doutrina como na jurisprudência como sinônimos. No entanto, é preciso deixar claro que esses fenômenos, embora guardem relação entre si, não podem ser confundidos. O puerpério pode ser conceituado como o período que vai do momento em que a placenta é expulsa ao retorno do corpo da mãe às condições pré-gravídicas. Esse período, conforme consta nas doutrinas, dura até oito semanas (Ferrari; Mantovani, 2002, p.19).

O puerpério representa a fase pós-parto, na qual a mulher passa por modificações gerais – genitais, psíquicas e somáticas –, com um retorno gradativo às condições anteriores. É um período variável,



que não evolui igualmente em todas as mulheres. Inicia-se em geral após a dequitação da placenta, embora também possa ocorrer com a placenta ainda inserida, caso cesse sua função endócrina nos casos de morte ovular. Com o retorno da ovulação e da função reprodutiva da mulher, ocorre o término do puerpério. Nas puérperas que estão amamentando, o retorno da ovulação é imprevisível, podendo demorar de seis a oito meses, dependendo da frequência da amamentação. Já nas mulheres que não amamentam, a primeira ovulação pode ocorrer após seis a oito semanas do parto.

Assim, do ponto de vista médico, o puerpério se divide em três momentos: o puerpério imediato (do primeiro ao décimo dia), o puerpério tardio (do décimo ao quadragésimo quinto dia) e o puerpério remoto (do quadragésimo quinto dia até o retorno da função reprodutiva). Paralelamente, o estado puerperal é tratado como o conjunto de perturbações físicas e psicológicas enfrentadas pela mulher em virtude do parto. Assim, como se pode observar, o puerpério não corresponde exatamente ao estado puerperal.

De acordo com Genival Veloso de França, à luz do conceito biopsíquico, o estado puerperal encontra sua justificativa no trauma psicológico e nas condições do processo fisiológico do parto sem assistência. Diante disso, a angústia, as dores e as aflições resultariam num estado confusional que culminaria no ato criminoso da mãe (França, 1975, p.240). Helio Gomes relata que as mulheres que cometem esse delito não possuem doenças mentais, como esquizofrenia ou psicose maníaco-depressiva, nem mesmo desordens de cunho psíquico. Para o autor, essas mulheres são consideradas “normais”, sob a óptica da psiquiatria (Gomes, 1997, p.746).

De acordo com as lições de Roberson Guimarães (2003):

[...] é fato biológico bem estabelecido que a parturição desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações bioquímicas no sistema nervoso central. A disfunção ocorreria no eixo hipotálamo-hipófise-ovários, e promoveria estímulos psíquicos com subsequente alteração emocional. Em situações especiais, como nas gestações conduzidas em segredo, não assistidas e com

parto em condições extremas, uma resposta típica de transtorno dissociativo da personalidade e com desintegração temporária do ego poderia ocorrer.

Para alguns estudiosos, o estado puerperal compreende “[...] o conjunto dos processos (mecânicos, fisiológicos e psicológicos) através dos quais o feto a termo ou viável separa-se do organismo materno e passa ao mundo exterior” (Fragoso apud Bitencourt, 2006, v.2, p.142). Nessa linha, Odon Ramos Maranhão estabelece a diferenciação entre o puerpério e o estado puerperal, e explica que o primeiro compreende o período que vai do fim do parto ao retorno do organismo às condições pré-gravídicas, enquanto o estado puerperal representa uma situação “[...] *sui generis*, pois não se trata de uma alienação, nem de uma semialienação” (2002, p.202).

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal indica que nem sempre o puerpério desencadeia o estado puerperal:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do Estado Puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica [...].

Delton Croce e Croce Júnior também trabalham o conceito de estado puerperal, afirmando que esse estado pode ocorrer em parturientes aparentemente normais:

Modernamente, o entendimento da Medicina Legal pátria admite por influência do estado puerperal o que, via de regra, pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que, estressadas pelos desajustamentos sociais, dificuldades da vida conjugal e econômica, [...] enfim, uma série de fatores situacionais constituídos pelas perturbações psicológicas da adaptação à natalidade, determinam enfraquecimento da vontade, obnubilação da consciência, podendo os sofrimen-

tos físicos e morais acarretados pela *délivrance* levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após o parto. (1998, p.470-1)

Dessa forma, percebe-se que os autores se posicionam de diversas formas quando conceituam o estado puerperal, demonstrando assim a complexidade do tema. Por essas razões, a influência desse estado na parturiente é muito debatida entre médicos e penalistas.

Quando se estuda a fisiologia do puerpério, percebe-se que realmente ocorrem muitas alterações no corpo da mulher, sendo que as principais mudanças acontecem na involução do útero, lóquios, colo, vagina, vulva, períneo e soalho pélvico. Logo após a dequitação placentária, a manutenção da contractilidade do útero resultará na involução uterina, bem como promoverá a hemóstase do sítio de inserção da placenta, que será sucedido pela trombose local dos vasos (França, 1998, p.256). Em geral, o útero alcança a cicatriz umbilical nas primeiras vinte e quatro horas, mantendo dextrodesvio e apresentando uma consistência firme. Dessa forma, a involução ocorre de forma gradativa e irregular, cerca de um centímetro por dia. No décimo dia do puerpério, já não há mais a possibilidade de ser palpado acima da sínfise púbica, tendo em vista que seu peso, que anteriormente era de um quilo, apresentou uma redução de menos da metade, e que tal processo ainda se desenrolará durante cinco a seis semanas.

Em relação aos lóquios, Areta Cavalcanti Ferreira, em recente estudo sobre o tema, explica que é a denominação dada ao fluxo genital proveniente da drenagem uterina puerperal, no qual o fluxo sanguíneo é de volume variável, geralmente não ultrapassando o de um fluxo menstrual (Ferreira, 2007). A partir do quinto dia de puerpério, esse fluxo apresenta coloração acastanhada e teor gradativamente serossanguíneo, finalmente tornando-se apenas seroso. Logo após o parto, o colo do útero apresenta-se com bordos edemaciados e lacerações que terão resoluções espontâneas, com limites não definidos.

Por sua vez, imediatamente após o parto, a vagina se encontra edemaciada, congesta e com as paredes completamente relaxadas,

transformando-se numa “[...] cavidade ampla, espaçosa, flácida e de tonalidade pálida”. A atrofia da mucosa vaginal, resultante do hipoestrogenismo, representa a principal alteração, e denomina-se crise vaginal. O início dessa recuperação só ocorre em torno do vigésimo quinto dia, tanto para as parturientes que passaram por um parto normal como para aquelas que fizeram cesariana (França, 1998, p.256).

É imperioso ressaltar, em relação ao aparelho cardiocirculatório, o aumento do débito cardíaco nas primeiras horas e dias do puerpério, resultante do represamento do sangue no nível da pelve e dos membros inferiores. Assim, o diafragma desce para permitir que desapareça a alcalose respiratória, bem como para que o coração retorne à sua posição original e conseqüentemente haja a normalização do seu eixo elétrico (Silva; Matos; Brambatti, 2006).

No tocante ao aparelho digestivo, verifica-se que o quadro de obstipação (comum no período de gestação) tende a desaparecer em virtude do retorno progressivo das vísceras abdominais ao seu sítio de origem e da diminuição da ação progesterônica na musculatura lisa do tubo digestivo (ibidem). Pode ocorrer uma postergação da primeira evacuação pós-parto, pois ocorre um relaxamento da musculatura abdominal e perineal, bem como epistomia e hemorróidas. No tocante ao aparelho urinário, a bexiga puerperal fica com capacidade aumentada nos primeiros dias, podendo armazenar grande quantidade de urina como decorrência de lesões traumáticas no trígono vesical e na uretra. Há também a possibilidade de ocorrer incontinência urinária nos primeiros dias.

Com relação às alterações na pele, é preciso enfatizar que os fenômenos de hiperpigmentação da face e das mamas, verificados durante a gestação, apresentam rápida regressão, embora possam deixar alterações definitivas na coloração da pele. Além disso, as estrias avermelhadas tornam-se brancas e diminuídas (Vanrell; Borborema, 2007, p.477). É frequente o ressecamento da pele em algumas mulheres, bem como o aumento da queda de cabelo e o enfraquecimento das unhas. Os distúrbios no metabolismo de hidrato de carbono, lipídios e proteicos, e no metabolismo basal, voltam à normalidade

na primeira semana. Além disso, logo após o parto, a puérpera passa por uma intensa perda de peso de cinco a seis quilos, podendo perder ainda mais dois ou três quilos nos dez primeiros dias.

Sabe-se que a experiência da maternidade, o manuseio do recém-nascido, o início da lactação e a alteração no ritmo do sono podem desencadear alterações psíquicas, tais como crises depressivas e instabilidade emocional, ou seja, significativas mudanças do estado de ânimo. Entre as principais modificações anímicas que podem acontecer com a maioria das mulheres deve-se destacar “[...] um estado de ânimo lábil, com certa tendência à depressão, o que as torna chorosas com facilidade e sem motivo aparente” (Vanrell; Borborema, 2007, p.476).

## **Depressão pós-parto**

Devemos mencionar que a depressão, em sentido amplo, representa a falta de vontade de viver, resultante do medo que a pessoa sente de enfrentar situações complexas que não acredita ter habilidades para superar. A depressão também pode ser compreendida como uma desorientação, na qual a pessoa não encontra mais motivos para continuar viva, podendo chegar ao suicídio (Ferrari; Mantovani, 2002, p.3). A depressão é citada para descrever a tristeza que pode acometer as pessoas tanto na infância como na adolescência, na vida adulta, durante e após a gestação. Felipe Aquino explica que “[...] a depressão não é apenas uma tristeza passageira, é mais do que isso; é uma perturbação da saúde mental que leva à somatização” (Aquino, 2004, p.8).

Nesse sentido, a depressão atinge o corpo todo, desencadeando alterações de humor, afetando o modo como a pessoa dorme e se alimenta, a maneira pela qual a pessoa se avalia e o que pensa sobre os outros e sobre as coisas. Não se pode tratar a depressão como uma fraqueza ou uma situação passageira que pode ser combatida apenas com o esforço individual. As pessoas que sofrem de depressão necessitam de auxílio médico para que possam enfrentar e superar

esse distúrbio, de modo que ele não se prolongue muito. A doença depressiva se manifesta de inúmeras formas, variando quanto à gravidade e à duração dos sintomas. A Psiquiatria utiliza o termo “depressão” para conceituar um desvio emocional com possível intercorrência patológica. Do ponto de vista da Psicopatologia, entre seus sintomas constam abatimento moral e comprometimento físico, perda do interesse e do amor próprio (Ferrari; Mantovani, 2002, p.3).

Alterações químicas no cérebro podem desencadear uma depressão. Quando os neurotransmissores não estão equilibrados, a pessoa sente que não possui mais controle para passar por algumas situações exigentes sem maiores transtornos. É interessante observar os sentimentos atribuídos à depressão na visão de José Alberto Del Porto:

Como sintoma, a depressão pode surgir nos mais variados quadros clínicos, entre os quais: transtorno de estresse pós-traumático, demência, esquizofrenia, alcoolismo, doenças clínicas etc. Pode ainda ocorrer como resposta a situações estressantes, ou a circunstâncias sociais e econômicas adversas. (1999)

A síndrome da depressão inclui não apenas alterações no humor (tristeza, irritabilidade, falta da capacidade de sentir prazer, apatia), mas também vários outros distúrbios, incluindo alterações cognitivas, psicomotoras e vegetativas (sono, apetite).

Sem dúvida, pode-se afirmar que o pós-parto é um período de vulnerabilidade e de fragilidade para a mulher, com possíveis alterações emocionais. Tais mudanças pertencem a três categorias: depressão puerperal, tristeza ou *baby blues*, e psicose puerperal. A depressão pós-parto, também chamada depressão puerperal, representa um quadro clínico severo e agudo que exige acompanhamento psicológico e psiquiátrico. Essa depressão resulta de uma combinação de fatores de ordem social, psicológica e biológica. Assim, devido à intensidade da experiência vivida, o ciclo gravídico-puerperal como um todo representa um período de risco para o psiquismo da mulher (Silva; Matos; Brambatti, 2006).

A depressão puerperal pode surgir logo na primeira semana após o parto e acomete entre 10% e 20% das parturientes. Mulheres que apresentam sintomas depressivos antes da gestação ou no seu decorrer, as vítimas de carência social e as que passaram por transtornos afetivos podem ser consideradas portadoras de fatores de risco capazes de desencadear a depressão pós-parto. Essa depressão apresenta os seguintes sintomas: mudanças bruscas de humor, irritabilidade, tristeza profunda, indisposição, sensação de incapacidade de cuidar do filho, eventualmente pensamentos suicidas e homicidas em relação ao bebê.

## **Tristeza materna**

A tristeza materna (*baby blues* ou *maternity blues*), que representa uma instabilidade emocional, é a reação pós-parto mais comum e menos grave. Essa tristeza acomete até 80% das mulheres. Esse índice pode ser até maior, pois muitos desses sintomas não são relatados, tendo em vista que as mulheres não os informam devido ao tabu cultural que idealiza a maternidade e julga qualquer afeto negativo da mãe para com o bebê como algo impensável. A instabilidade emocional geralmente resulta do fato de a mulher sentir que perdeu seu lugar de filha, ainda não se sente segura no papel de mãe, verifica que seu corpo está irreconhecível: já não é mais uma grávida, mas ainda não retomou a antiga silhueta. Esse quadro, que reúne indisposição, insegurança, baixa autoestima, mudanças bruscas de humor e sensação de incapacidade de cuidar do bebê, costuma ceder ao longo dos primeiros trinta dias (*ibidem*).

## **Psicose puerperal**

A psicose puerperal é considerada a reação pós-parto mais grave e mais rara. Trata-se de uma psicose desencadeada pelo parto que, clinicamente, se assemelha às psicoses de curta duração. Esse dis-

túrbio atinge de 0,1% a 0,2% das mulheres no período de até três semanas após o parto. Como o pós-parto é uma vivência crítica para a mulher diante das bruscas alterações nas taxas hormonais e de todo o estresse que o parto gera, há um aumento geral na incidência de distúrbios mentais, sobretudo para quem já passou por algum problema psiquiátrico (ibidem). A psicose puerperal se caracteriza por intensa agitação psicomotora, delírio, confusão mental e desvinculação da realidade. Um dos delírios mais comuns é achar que o bebê está morto ou defeituoso, foi trocado ou não nasceu.

## **A perícia médico-legal nos casos de infanticídio**

A tarefa da perícia médico-legal consiste em realizar exames na mãe e no neonato. Assim, o exame pericial será orientado para a busca dos elementos constituintes do delito a fim de caracterizar o estado de natimorto, o de feto nascente, o de infante nascido ou o de recém-nascido (diagnóstico do tempo de vida), a vida extrauterina (diagnóstico do nascimento com vida), a causa jurídica de morte do infante (diagnóstico do mecanismo de morte), o estado psíquico da mulher e a comprovação do parto progressivo.

A prova da existência de vida extrauterina do feto é feita de acordo com a respiração pulmonar autônoma. Hélio Gomes explica que a forma mais antiga de estabelecer essa prova é pela docimásia hidrostática de Galeno: “[...] A mais antiga e de uso mais difundido é, sem dúvida, a docimásia hidrostática de Galeno. É também a melhor, pela facilidade de execução e de interpretação dos resultados” (Gomes, 1997, p.754).

Genival Veloso de França (1998, p.240) afirma que a docimásia é um exame em quatro fases: em um primeiro momento, os pulmões, a traqueia, a laringe, a língua, o timo e o coração são colocados em um recipiente com água. Assim, verifica-se se esses órgãos flutuam por inteiro ou à meia-água. Caso isso ocorra, fica comprovada a respiração autônoma do feto. Porém, se esses órgãos não flutuarem, separam-se os pulmões das outras vísceras. Se o pulmão flutuar por inteiro ou à



meia-água e os demais órgãos não, fica provada a respiração autônoma. Mas caso os pulmões continuem no fundo do recipiente, ou seja, não flutuarem, serão cortados e seus fragmentos serão analisados. Se esses fragmentos flutuarem, o resultado também é positivo. Mas se todos os fragmentos continuarem no fundo do recipiente, a resposta é negativa, ou seja, não ocorreu respiração autônoma. Depois disso, passa-se à última etapa, na qual os fragmentos que estão no fundo são comprimidos com o dedo contra as paredes do recipiente. Se finas bolhas gasosas misturadas com sangue desprendem-se, fica comprovado que houve respiração. Caso isso não ocorra, a resposta é negativa.

Contudo, é preciso reconhecer que nem sempre as docimásias permitem que o perito chegue conclusivamente a uma resposta a respeito do nascimento do feto com ou sem vida. Várias situações interferem nessa perícia, como o congelamento, a putrefação e a insuflação de ar nos pulmões, que podem produzir um resultado não verdadeiro.

Por essas razões, Genival Veloso de França elege o infanticídio como o maior de todos os desafios da prática médico-legal, dada sua complexidade e as inúmeras dificuldades de tipificar o crime. Por isso, essa análise se chama “*crucis peritorum* – a cruz dos peritos” (ibidem, p.297).

## **Análise de posições jurisprudenciais**

Diante desses fatos, não basta fazer uma análise doutrinária, visto que é preciso ressaltar a maneira pela qual a jurisprudência brasileira trata o estado puerperal. Vejamos algumas decisões:

Influência do Estado Puerperal – TJSP: Se toda a ação da acusada se verifica durante o estado puerperal, agiu ela, em tais circunstâncias, em estado transitório de desmoralização psíquica. É do temor à vergonha da maternidade ilegítima, motivo que levou o legislador a admitir em casos tais um abrandamento da pena, no que teve em conta os princípios da criminologia moderna sobretudo os postulados dos iluministas. Por isso o in-

fanticídio é um *delictum exceptum*, um delito privilegiado. (RT 442/409)

TJPR: O estado puerperal existe sempre, mas nem sempre ocasiona perturbações emocionais na mulher que a possam levar à morte do próprio filho. O processo do parto, com suas dores, a perda de sangue e o enorme esforço muscular pode determinar facilmente uma momentânea perturbação da consciência. É esse estado que torna a morte do próprio filho um homicídio privilegiado. É claro que essa perturbação pode ocorrer mais facilmente se se trata de mulher nervosa ou angustiada, ou que dê à luz filho ilegítimo (RT 462/403). (Apud Carvalho, 2007)

É possível perceber que, no primeiro caso, há uma confusão entre estado puerperal e defesa da honra. Na verdade, o estado puerperal é utilizado como fundamento para que seja reconhecido o infanticídio, mas, na explicação, aparece a expressão “temor à maternidade ilegítima”. Com isso, resta evidente que a jurisprudência mistura os dois critérios. No segundo julgado, verifica-se o mesmo entendimento, mas com outras palavras. A justificativa para a caracterização do estado puerperal ocorre em virtude dos transtornos do parto, que implica fortes dores, grande perda de sangue e intenso esforço muscular. Entretanto, na última frase, há alegação de que esse estado ocorre com mais facilidade se o filho for ilegítimo.

Júlio Fabbrini Mirabete destaca um julgado que toma como presumido pelo Código Penal vigente a influência do suposto estado puerperal, fundado na concepção de que essa circunstância seria inerente a todos os partos:

Já se tem entendido, todavia, que a lei presume a existência de uma perturbação psíquica especial, sendo necessária prova contrária para se descaracterizar o infanticídio e punir-se a agente por homicídio, uma vez que “a influência do estado puerperal é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto e, dada sua grande frequência, deverá ser admitida sem maiores

dificuldades” (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.30, p.425; *Revista dos Tribunais*, v.655, p.272). (1996, p.89)

Dessa forma, verifica-se que, na prática, a comprovação da ocorrência do suposto estado puerperal é tarefa das mais árduas para o médico-legista, visto que é um estado transitório e que, uma vez findo, não deixa vestígios. Além disso, esses fatos geralmente ocorrem sem a presença de testemunhas idôneas e, quando a parturiente é submetida a uma perícia médica, os sinais do distúrbio já esmaeceram.

A expressão “logo após o parto”, presente no tipo penal do infanticídio, fundado no estado puerperal, é altamente questionável, uma vez que não há prazo fixado em lei estabelecendo sua duração e determinando até quando ocorre infanticídio e a partir de que momento a prática é de homicídio. Por tais motivos, pode-se dizer que o estado puerperal nada mais é do que uma ficção jurídica, criada para encobrir a “defesa da honra”.

Esses julgados demonstram que o motivo da honra, dada sua fragilidade científica, foi substituído pelo estado puerperal. Contudo, esse critério também é, sem dúvida, abstrato e inconsistente, gerando desordem e embaraço tanto na doutrina como na jurisprudência.

## **A impropriedade da manutenção do infanticídio como tipo autônomo**

Inicialmente, é preciso frisar que, ao escrever sobre o tema, Alfredo Farhat considerou o infanticídio no contexto da Medicina Legal um dos assuntos que mais prendem a atenção dos estudiosos, pois oferece elementos para “largas discussões doutrinárias”, evidencia “o choque de opiniões completamente antagônicas”, prolonga polêmicas e, assim, pode “[...] ferir fundo não só os espíritos menos prevenidos, como precavidas e lúcidas inteligências, devidamente abroqueladas da necessária defesa” (Farhat, 1956, p.29).

Uma dessas longas discussões doutrinárias se refere ao estado puerperal porque, inexistindo certeza quanto à comprovação desse estado, muitas injustiças podem ocorrer, seja a favor ou contra a agente, bem como inúmeras “[...] serão as dificuldades com que se defrontará o julgador diante da incerteza científica [...] quanto ao seu real significado” (Balestra, 1978, p.22).

Nesse aspecto, Leonídio Ribeiro é enfático: “[...] Depois de trinta anos decorridos da aplicação do novo Código Penal, não tive conhecimento da publicação de perícia onde ficasse provado ter a paciente matado o próprio filho em consequência de perturbação mental ligada ao estado puerperal” (apud Balestra, 1978, p.22). Um número razoável de estudiosos do assunto assevera que, se alguma perturbação psíquica surge durante o puerpério, não provém do mero processo do parto, mas de fenômenos patológicos existentes antes do puerpério.<sup>16</sup> Os que defendem esse entendimento afirmam que, se a mulher procede movida por distúrbios psíquicos preexistentes, ela deve ser tratada como inimputável ou semi-imputável, de acordo com o caso.

Na verdade, a necessidade de punir o infanticídio com benignidade, seja por motivo de honra ou em nome do questionável estado puerperal, veio do movimento iluminista do século XVIII, o qual procurava se opor ao “[...] implacável rigorismo das penas, decorrente da mentalidade mística existente durante o período medieval” (Balestra, 1978, p.25). Esse tipo de delito chegou a ser punido como homicídio agravado, sujeito à pena de morte por meio de graves execuções. Na Idade Média, as mães que matavam os próprios filhos de forma secreta, voluntária e perversa eram enterradas vivas ou empaladas, conforme o costume (França, 1998, p.295).

Assim, durante o período medieval, o sentido da pena era compensar a culpabilidade do autor mediante a imposição de um mal penal, de acordo com a teoria da retribuição. Na verdade, a justificação desse procedimento não decorria de qualquer fim a se alcan-

---

16 Nesse sentido, renomados psiquiatras, como Kraepelin, Ziino e Gabriel Tourdes, apud Balestra, 1978, p.23.

çar com a pena, mas só da realização de uma ideia: a justiça. Para essa teoria, portanto, a pena não serve para nada, é um fim em si mesma: tem de existir para que a justiça impere.

Ao discorrer sobre o tema das finalidades da pena estatal, Claus Roxin, explicando a teoria da retribuição, menciona a conhecida forma dialética de Hegel sobre a essência da pena como uma negação da negação do direito, que significa o mesmo: o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado. Na verdade, a teologia cristã também sustenta esse ponto de vista, considerando a justiça um mandato de Deus e a pena, a execução da função judicial divina.<sup>17</sup>

No entanto, a própria ideia de retribuição compensatória só é aceitável mediante um ato de fé, pois racionalmente não é possível compreender como se pode pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal: sofrer a pena. Numa época em que todo o poder estatal deriva do povo, não se pode mais admitir a legitimação de medidas estatais com a ajuda de poderes transcendentais, pois as nossas sentenças não são pronunciadas em nome de Deus, mas em nome do povo (Roxin, 1993).

A maior crítica a essa teoria da retribuição vigente no período medieval, ou seja, na época das penas mais cruéis, é ventilada por Roxin, quando questiona o que sabemos da justiça de Deus para acreditar que temos a capacidade de exprimir com a nossa sentença a vontade d'Ele, tendo em vista nossa defeituosa justiça terrena. Além disso, Roxin esclarece que essa teoria lembra muito o princípio arcaico de Talião (ibidem). Com o movimento iluminista, houve a proclamação de apenar com menor rigor a mãe que matasse seu filho para defender a honra perante uma sociedade impiedosa. Assim, esse pensamento se revela o oposto do vigente até então, fundado na teoria da retribuição.

Ao interpretar o pensamento de Beccaria em *Dos delitos e das penas*, Feurbach entendeu que o autor teve a intenção de conceder

---

17 A teoria da retribuição sempre imperou na Alemanha e ainda no presente conta com o maior número de adeptos, que acreditam nessa força sublime, superior à nossa frágil existência terrena (Roxin, 1993).

ao infanticídio um tratamento benévolo. Todavia, Andrés Augusto Balestra afirma que Feuerbach e seus seguidores incorreram em grave engano ao pretender interpretar o pensamento daquele ilustre iluminista mediante a análise de um único trecho da obra toda (Balestra, 1978, p.27). Em outras palavras, Balestra procura demonstrar que Beccaria jamais afirmou a conveniência de se tratar o infanticídio com benevolência. Na verdade, o que Beccaria pretendeu demonstrar foi “[...] a necessidade de se modificar o consenso popular imposto pelos falsos virtualistas, a fim de a mulher não se ver impelida a matar o filho, no intuito de subtrair-se à vergonha que os falsos tabus lhe impingiam” (ibidem, p.27-8).

Assim, ao dizer “proteger com leis eficientes”, Beccaria não pensava em leis que apenassem a infanticida benignamente, mas em leis que lhe permitissem “[...] viver de cabeça erguida, mesmo tendo concebido fora do matrimônio”. Essa intenção é claramente revelada quando acrescenta que seu intuito foi apenas o de “[...] indicar as origens desse delito a fim de se criarem leis preventivas” (ibidem, p.28). O espírito de benevolência para com a infanticida não foi efetivado por meio das ideias de Beccaria, mas em virtude de princípios éticos instaurados pelos homens quanto à moral sexual da mulher, “[...] homens que preferiram, em salvaguarda do seu orgulho de machos feridos, transgredir valores morais e jurídicos quanto à vida do recém-nascido” (ibidem). Parafrazeando Costa Jr., Balestra completa seu raciocínio ao afirmar que “[...] permitiram, em conluio tenebroso, a destruição de um ser, durante ou logo após sua saída do órgão que lhe serviu de garantia e sacrário” (Costa Jr. apud Balestra, 1978, p.28).<sup>18</sup>

Nessa mesma linha e pelas mesmas razões, o estado puerperal recebeu severas críticas ao longo dos tempos, sendo inclusive considerado simples ficção jurídica, no sentido de justificar a já citada benignidade de tratamento penal, pois, na verdade, serviu para mascarar a causa principal do delito, ou seja, “[...] a pressão social exercida sobre a mulher” (França, 1998, p.295). Na verdade, conforme os ensina-

18 COSTA JÚNIOR, J. B. de Oliveira e. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.II, p.78.

mentos de Genival Veloso de França, não há nenhum elemento psicofísico capaz de fornecer à perícia elementos consistentes e seguros para afirmar que uma mulher matou o próprio filho motivada por uma alteração chamada “estado puerperal” (ibidem). Por tais razões, afirma-se que “[...] nada é mais fantasioso do que o chamado estado puerperal”. França justifica seu entendimento ao afirmar que o verdadeiro motivo do infanticídio é manter a dignidade perante a família, os parentes e a sociedade. Em sua grande maioria, são pacientes sem precedente psicopático. O autor é enfático ao esclarecer que o infanticídio não ocorre em partos assistidos, aceitos e desejados. Na verdade, os transtornos emocionais do mecanismo do parto estão dentro dos limites fisiológicos suportáveis pela mulher (ibidem).

Assim, verifica-se que nenhum dos critérios já estudados – a *honoris causa* e o estado puerperal – resiste à crítica. Com isso, indaga-se qual a melhor forma de tratar o delito praticado pela genitora contra o próprio filho. Na verdade, como tipo autônomo, o infanticídio ainda acarreta outras inquietações. Por se tratar de crime próprio, em que somente a mãe (parturiente) pode ser sujeito ativo, há grande discussão doutrinária também referente ao concurso de agentes. Como já foi visto, o crime de infanticídio encontra-se descrito no art. 123 do Código Penal: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. No entanto, pode ocorrer que um terceiro realize o verbo típico ou concorra para a prática do crime. Surge a questão: o terceiro é autor ou também partícipe de homicídio ou infanticídio?

A maioria da doutrina reconhece como possível o concurso de agentes (coautoria e participação), fundada no art. 30 do Código Penal.<sup>19</sup> Entretanto, há opiniões contrárias, alegando que o estado puerperal é uma condição personalíssima, ou seja, para os adeptos dessa última corrente, quem colabora com a morte do recém-nascido pratica homicídio.

Durante quarenta anos, Néelson Hungria foi o maior defensor da incomunicabilidade. Em 1937, apreciando a legislação penal en-

---

19 Art. 30, CP: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

tão vigente e o Projeto Sá Pereira, dizia: “É bem de ver ainda que não pode invocar a *honoris causa* [...] “o copartícipe no crime da parturiente, seja ele quem for” (apud Jesus, 2001a, p.5).<sup>20</sup> Ao analisar o Código Penal de 1940, de quem foi o principal autor, afirmava tratar-se de um crime personalíssimo; assim, a condição “sob a influência do estado puerperal” seria incomunicável. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico-penal, ser chamadas circunstâncias, pois estas só condizem com o maior ou menor grau de criminosidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime.

Assim, entendia-se que o partícipe (instigador, auxiliar ou coexecutor material) do infanticídio deveria responder por homicídio. Portanto, o *privilegium* legal é inextensível. A quebra da regra geral sobre a unidade de crime no *concursum delinquentium* é, na espécie, justificada pela necessidade de evitar-se o contrassenso, inclusive irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado “sob a influência do estado puerperal” (ibidem).<sup>21</sup>

Hungria foi reconhecido como uma pessoa dotada de “fascinante cultura jurídica e conhecedor profundo da doutrina e da legislação estrangeira, especialmente a italiana e a suíça”. Indubitavelmente, era um “[...] brilhante expositor, notável crítico e argumentador insuperável” (Jesus, 2001a, p.5). Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, Hungria pode ser conceituado como “um homem em dia com a ciência de seu tempo” (apud Jesus, 2001a, p.5).<sup>22</sup> Há, entre os doutrinadores, a alegação de que Nelson Hungria dificilmente mudava de opinião, sendo conhecido pela firmeza de suas posições. Todavia, em relação ao tema do concurso de pessoas no infanticídio, modificou sua posição na última edição de sua obra, adotando

20 *Direito Penal*, Parte Especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937. p.266.

21 *Comentários ao Código Penal*. 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.259, n.58, verbete “infanticídio e concurso de agentes”.

22 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis et al. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p.8. Nota introdutória de Heleno Cláudio Fragoso.



a tese da comunicabilidade, admitindo que mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas de homicídio (Jesus, 2001a, p.5).

Rogério Sanches coloca três situações para análise, dentro desse espírito. Se, por exemplo, a parturiente e o médico executam o núcleo matar, os dois serão considerados coautores de infanticídio, conclusão extraída da leitura dos arts. 29 e 30 do Código Penal. No segundo exemplo, a parturiente, auxiliada pelo médico, executa o verbo matar, sendo que ambos responderão por infanticídio, porém o médico na qualidade de partícipe. Já num terceiro exemplo, o médico, induzido pela parturiente, isolado, executa a ação matar, sendo em princípio o único executor, despertando a tese de que ambos respondem por homicídio (Cunha, 2010, p.41).

No entanto, se a mãe mata a criança, responde por delito menos grave (infanticídio); se induz ou instiga o terceiro a executar a morte do filho nascente ou neonato, responde por delito mais grave (coautoria em homicídio). Uma parte da doutrina tenta solucionar essa incongruência afirmando que os dois agentes (a parturiente e o médico) respondem por infanticídio (ibidem).<sup>23</sup> Para outros, o médico responde por homicídio e a parturiente por infanticídio (ibidem).<sup>24</sup> É evidente a polêmica doutrinária em relação a tal questão.

Assim, cabe citar a conclusão de Balestra, ao entender que, se for eliminada a figura em questão (o tipo autônomo do infanticídio), não só desaparecerá a “velha falha técnica que se apresenta nos casos de codelinquência”, como também “[...] estabelecer-se-á maior homogeneidade no sistema, pois será mantido o mesmo sentido axiológico para todos os casos em que se protege o mesmo bem jurídico vida” (Balestra, 1978, p.71). Assim, fazendo eco a considerável parcela doutrinária, é desnecessário o dispositivo específico do infanticídio, podendo, “[...] sem nenhum malefício ou nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira” (França, 1998, p.296).

Portanto, se a mãe deliberadamente mata seu filho ao nascer, sem nenhuma razão que justifique seu ato, “[...] não há porque dei-

---

23 Nesse sentido, Damásio, Delmanto, Noronha e Fragoso.

24 Nesse sentido, Bento de Faria e Frederico Marques.

zar de merecer o rótulo de homicida, pagando a pena que é devida nessa tipificação criminal dolosa” (ibidem, p.296-7). No entanto, se o infanticídio for provocado por graves pressões sociais e morais, sob os “olhares mais ferinos da coletividade”, Veloso de França acredita que pode ser diminuída a pena por motivo de “relevante valor moral” (ibidem, p.297).

Se o parto desencadeia acessos que tornam a mulher relativamente perturbada na sua maneira de entender, ou seja, provoca motivações que agravam uma predisposição psicopática de modo a obnubilarem a consciência do caráter criminoso, tem-se a questão da imputabilidade penal, reduzindo-se a pena de acordo com o parágrafo único do art. 26 do Código Penal.<sup>25</sup> Se a infanticida, ao tempo da ação ou da omissão, for inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso em virtude de grave perturbação do entendimento por patologia mental, deverá ser tratada como inimputável, isto é, isenta de pena.<sup>26</sup> Rogério Sanches explica que, dependendo do grau de desequilíbrio fisiopsíquico oriundo do parto, a gestante pode ser considerada portadora de doença ou perturbação de saúde mental, aplicando-se as disposições do art. 26, *caput*, ou parágrafo único, do Código Penal, caso tenha ela retirada total ou parcialmente a capacidade de entendimento ou autodeterminação (Cunha, 2010, p.43).

Portanto, com a mudança dos costumes, muitos dos fatores a que se concedia grande importância em 1940 – data da promulgação do nosso Código Penal vigente – já se encontram ultrapassados. Tanto o motivo da honra na puérpera como o tão famoso quão desacreditado “estado puerperal” ficaram por demais fragilizados. Vale lembrar que o Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940, inspirado no Código Rocco,

---

25 Art. 26, parágrafo único: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

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

da Itália. No entanto, é preciso que a legislação penal responda às exigências da sociedade atual.

A primeira iniciativa de reformular o Código Penal foi do presidente Jânio Quadros, que incumbiu o ministro Nelson Hungria de fazê-lo. O Anteprojeto foi apresentado em 1963 e promulgado em 1969 para vigorar a partir de 1970. Após sucessivas prorrogações da *vacatio legis* e de numerosas emendas, foi revogado em 1978. Em 1980, Ibrahim Abi Ackel, então ministro da Justiça, constituiu uma comissão para rever a Parte Geral e outra para rever a Parte Especial, presididas pelo professor Assis Toledo. O trabalho foi concluído, publicado e republicado após revisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas não foi encaminhado ao Congresso Nacional (Anteprojeto, 1998, p.11). Mais tarde, o ministro da Justiça, Maurício Corrêa, tentou levar adiante o projeto de atualização. A Comissão encerrou os trabalhos, que se denominaram “Esboço de Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial”, em 1994. Esse histórico é relevante para o Anteprojeto de Código Penal de 1998, que deu sequência ao trabalho da Comissão de que fizeram parte Luiz Vicente Cernicchiaro (presidente), René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Juarez Tavarez, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Licínio Leal Barbosa e os consultores Evandro Lins e Silva e Damásio Evangelista de Jesus, tendo como base o Esboço de 1994, inspirado no Anteprojeto de 1984.<sup>27</sup>

Nesse contexto, o Anteprojeto de Código Penal de 1998 tratou o infanticídio de modo a mantê-lo como tipo autônomo, consistindo em “[...] matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste”. Aqui, a expressão “estado puerperal” foi substituída por “influência perturbadora deste” (*ibidem*, p.34). Com efeito, apesar de o Anteprojeto de Código Penal de 1998 ter mantido o tipo penal autônomo do infanticídio, substituiu acertadamente a questionável expressão “estado puerperal” por “influência perturbadora deste”, com pena de detenção de dois a quatro anos. Em outras palavras, o “estado puerperal”, expressão

---

27 Ariel Dotti, Miguel Reale Junior e Juarez Tavarez solicitaram desligamento no dia 2 de março de 1998.

tão combatida pela doutrina médica, deu lugar a uma fórmula mais ampla, abrangendo as diversas formas de perturbação que podem decorrer do parto.

Para Fernando Andrade Fernandes, já no primeiro momento da dinâmica punitiva estatal, isto é, na cominação, sobressai a finalidade de prevenção geral, tanto positiva como negativa. Nessa fase, o legislador deve considerar o valor social do bem jurídico objeto da tutela. Logo, “[...] na sua previsão abstracta [sic] na lei, a gravidade da pena altera-se conforme o valor que a Ordem Jurídica atribui ao bem jurídico protegido, levando-se em conta a hierarquia de valores que a própria Constituição estabelece” (Fernandes, 2001, p.771).

O autor ressalta ainda que há casos em que já na “própria fixação da moldura penal” o legislador considera que determinadas circunstâncias são carecedoras de um juízo mais ou menos grave de censura. Do mesmo modo, em determinados casos, o legislador valora previamente as razões de prevenção especial a serem consideradas no momento da aplicação da pena em concreto, “fixando a moldura penal em atenção para com essas razões” (ibidem, p.772).

Parte-se do pressuposto de que somente os bens jurídicos de eminente “dignidade de tutela” devem gozar de proteção penal. É indiscutível a dignidade de tutela do supremo bem jurídico tutelado no infanticídio: a vida. No entanto, Fernandes aponta que, quando um legislador tipifica uma conduta, deve considerar não somente a importância do bem, mas também critérios de imputação do agente. Em outras palavras, o problema do infanticídio não é específico de bem jurídico, mas um problema claro de imputação.<sup>28</sup>

Isso equivale dizer que a autora do delito de infanticídio encontra-se em um estado diferenciado, seja ele denominado de “estado puerperal” ou não, ocorrendo menor necessidade de prevenção geral, no sentido positivo, ligada à “[...] necessidade de estabilização das expectativas de vigência das normas que protegem bens jurídicos essenciais, considerados detentores de dignidade penal,

---

28 Explicação apresentada pelo professor. Fernando Andrade Fernandes em aula no dia 15 de setembro de 2010, disciplina Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, do curso de pós-graduação em Direito da FCHS/Unesp-Franca/SP.

motivando ao agir conforme o comando normativo”, e, no sentido negativo, voltada para a “[...] intimidação dos integrantes do corpo social para que não cometam delitos, através da coação psicológica que representa a pena”, como também de prevenção especial, em sua vertente positiva, vinculada ao objetivo de (re)socialização, e, em sua vertente negativa, ligada à ideia de intimidação pessoal do condenado e à “sua segregação do meio social para que não pratique novos delitos” (ibidem, p.770). Nessa linha de entendimento, em virtude de uma menor necessidade de prevenção, não havendo necessidade de (re)socialização da autora do delito, justifica-se uma tipificação penal diferenciada para o infanticídio, orientada aos fins político-criminais de prevenção.

Acredita-se que a solução trazida pelo Anteprojeto de Código Penal de 1998, no qual é mantido o tipo autônomo do infanticídio, sendo substituída a fragilizada expressão “estado puerperal” por “influência perturbadora deste”, possui muitos méritos. Todavia, parece mais adequada a sugestão doutrinária de retirada desse tipo penal específico. Com isso, o delito passa a ser considerado um homicídio e a autora pode ser considerada portadora de doença ou perturbação de saúde mental, aplicando-se as disposições do art. 26, *caput*, ou parágrafo único, do Código Penal. Assim, além de resolver a grande discussão doutrinária referente ao concurso de agentes, estará servida a função de proteger o bem jurídico mais importante (a vida), livre de valorações preconceituosas, aberrantes, incongruentes e “fora de moda”<sup>29</sup> (*honoris causa*), assim como de expressões consideradas até mesmo ficções jurídicas (“estado puerperal”).

---

29 Conforme Raúl Zaffaroni “[...] eso de ocultar la deshonra es algo pasado de moda” (Castex, 2008, p.36).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se vale da corrente crítica da Bioética, desenvolvida principalmente com base em considerações sobre a insuficiência da Bioética principalista, que não consegue atender aos conflitos específicos do contexto social de países como o Brasil, pois considerou apenas algumas vozes e interesses, deixando à margem um conjunto de indivíduos e grupos tradicionalmente oprimidos e vulneráveis. A Bioética crítica distingue situações emergentes (clonagem, diagnóstico genético e transplantes) de situações persistentes (a pobreza, a desigualdade de gênero e a concentração de poder). Assim, lembrando que a Bioética crítica opta por ficar ao lado dos historicamente discriminados, novos temas foram incorporados.

Verifica-se que a vulnerabilização de grandes parcelas da sociedade não ocorreu por questões fisiológicas, mas por questões sociais. Parte-se da premissa de que não há lugar para a neutralidade. Assim, a interação efetiva entre o feminismo e as questões bioéticas permitiu que situações e abordagens tradicionalmente silenciadas fossem postas na mesa de discussões.

Acredita-se que a diferença é um valor moral moderno importante que merece atenção e deve ser preservado. Todavia, dizer que homens e mulheres são diferentes não é o mesmo que dizer que a socialização feminina deva ser pautada pela dominação masculina. Assim, cabe traçar uma estratégia que compense as diferentes formas de desigualdade social.

Ficou constatado que o infanticídio é uma prática muito antiga na história humana, ocasionado por diversos motivos: nascimento

com anomalias inaceitáveis, sacrifícios em rituais religiosos, gênero, raça, classe social, controle de natalidade, preservação da honra, ausência de condições financeiras, dentre outros. Assim, não é possível tratar o infanticídio sem focar a desigualdade de gênero, a vulnerabilidade, a pobreza, enfim, sem ter uma perspectiva crítica sobre a sociedade e a moralidade. Assim, pode-se afirmar que realmente lidar com temas bioéticos não é tarefa agradável, pois o sofrimento é a essência dos conflitos relacionados a essa temática.

O infanticídio escancara o avesso das chamadas “delícias da maternidade”, revelando o lado obscuro do “instinto natural das mães”. Mais do que isso, aprofundando o estudo do delito, é possível verificar que realmente as muitas práticas de infanticídio resultam da necessidade da mulher de se proteger de uma sociedade extremamente machista e impiedosa, que a pune não somente por meios formais, como também, e ainda de forma mais intensa, por meios informais.

Acredita-se que melhor se estaria protegendo a vida do recém-nascido, bem como eliminando velhos preconceitos e ficções jurídicas criadas para fundamentar o infanticídio, se o delito fosse tratado de outro modo. Eliminada a figura em questão (o tipo autônomo do infanticídio), não só desaparecerá a larga discussão doutrinária que se apresenta nos casos de codelinquência, como é lícito concluir também que, desse modo, estabelecer-se-á maior homogeneidade no sistema, pois será mantido o mesmo sentido axiológico para todos os casos em que se protege o mesmo bem jurídico: a vida.

Entende-se que, dependendo do grau de desequilíbrio fisiopsíquico oriundo do parto, a gestante pode ser considerada portadora de doença ou perturbação de saúde mental, aplicando-se as disposições do art. 26, *caput*, ou parágrafo único, do Código Penal, caso tenha ela retirada total ou parcialmente a capacidade de entendimento ou autodeterminação.

Nesse contexto, é evidente a impropriedade de manter o infanticídio como tipo autônomo, podendo, assim, sem nenhum malefício e nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira. Com efeito, a função de proteger o bem jurídico mais importante

(vida), estará sendo realizada, livre de valorações aberrantes e ultrapassadas (*honoris causa*), consideradas até mesmo ficções jurídicas, desigualdades inferiorizadoras e álibis da fragilidade da mulher (“estado puerperal”), e estará também em harmonia com o sistema, pois entende-se não ser possível ora dar ao bem jurídico protegido (vida) relevância absoluta e ora colocá-lo em segundo plano.

A vida do nascente ou recém-nascido estará tutelada de maneira mais adequada, o que mostra, sem dúvida, uma evolução do Direito Penal, que estará dando mais um passo no sentido de se desvincular de sua alta carga moralizante. Além disso, pode-se concluir que essa alteração representa uma forma mais eficaz de viabilizar os ideais bioéticos, de modo a incluir o respeito, a valorização das mulheres e a proteção à vida, acima de tudo.





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADINOLFI, Valéria Trigueiro Santos. *Bioética, direitos humanos e o infanticídio e morte intencional de crianças em grupos indígenas brasileiros*. 2008. 79 f. Monografia (Especialização em Bioética), Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2008. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/bioetica,%20direitos%20humanos%20e%20o%20infanticidio%20e%20morte%20intencional.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2010.
- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. *Perícia médica judicial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ALMEIDA JÚNIOR, Antonio Ferreira do; COSTA JÚNIOR, João Batista de Oliveira. *Lições de medicina legal*. 16.ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Lições de medicina legal*. 22.ed. Rio de Janeiro: Ed. Nacional, 1998.
- AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007 (Monografias, 44).
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Masculino e feminino: igualdade e diferença na Justiça*. Porto Alegre: Sulina: Themis, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.137, p.2, abr. 2004.

- ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Orgs.). *A bioética no século XXI*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000.
- ANTEPROJETO de Código Penal – 1998. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: Paloma, 1998.
- AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. *A luta contra a depressão*. Lorena: Cléofas, 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Bioética, derecho y argumentación*. Lima-Bogotá: Pa-lestra: Temis, 2004.
- BALESTRA, Andrés Augusto. *Infanticídio impropriedade uma figura autônoma*. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARBOSA, Heloisa Helena. *Princípios da bioética e do biodireito*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em: 29 jan. 2009.
- BARRETO, Carlos Xavier de Paes. Infanticídio. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.71, n.409/411, p.18-23, jul./set. 1937.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BÍBLIA Sagrada: Livro do Gênesis 22, 1-19. 29.ed. São Paulo: Ed. Ave Maria, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2.
- BORGES, Paulo César Corrêa.. *Direito penal democrático*. Franca: Lemos & Cruz, 2005.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP, 2007a.
- \_\_\_\_\_. A questão de gênero no código penal. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP, 2007b.
- BRANDÃO, Margarida Luiza Ribeiro; BINGEMER, Maria Clara L. (Orgs.). *Mulher e relações de gênero*. São Paulo: Loyola, 1994 (Seminários especiais, Centro João XXIII).

- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, t.4.
- CALABUIG, Juan Antonio Gisber. *Medicina legal y toxicologia*. Valencia: Sección Saber, 1977.
- CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Orgs.). *A bioética no século XXI*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000, p.22-34.
- CANTON FILHO, Fábio Romeu. Mulheres avançam no universo produtivo. *Jornal do Advogado*, São Paulo, ano 35, n.348, p.24, mar. 2010.
- CASTEX, Mariano N. *Estado puerperal e infanticídio*. Buenos Aires: AdHoc, 2008.
- CARVALHO, Marcel Almeida Nogueira. *A influência do estado puerperal na parturiente*. 15 jun. 2007. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=295](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=295)>. Acesso em: 29 jan. 2009.
- CARVALHO, Maristela Moreira de; PEDRO, Joana Maria; OLIVEIRA, Núcia Alexandra Silva de. Corpos femininos em debate: aborto e infanticídio na imprensa de Florianópolis, uma história de controle e normatização (1950-1996). In: PEDRO, Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema' – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v.74, p.1-43, 1998.
- CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: sexto código de ética médica brasileiro já está em vigor*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2010.
- COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. 3.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, v.3 (Ciências criminais).
- DEL PORTO, José Alberto. Conceito e diagnóstico. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.21, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516)>. Acesso em: 20 ago. 2009.
- DEL PRIORE, Mary. *Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia*. Rio de Janeiro: José Olympo, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. Bioética feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v.7, n.2, 1999. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.
- \_\_\_\_\_. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- DINIZ, Maria Helena *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DUSILEK, Darci. *Os desafios contemporâneos da bioética*. Disponível em: <[http://www.unigranrio.br/comite\\_etica/galleries/download/comitebioetica.doc](http://www.unigranrio.br/comite_etica/galleries/download/comitebioetica.doc)>. Acesso em: 9 mar. 2010.
- FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FARBEN, Seymour M.; WILSON, Roger H. *Que é a mulher*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.
- FARHAT, Alfredo. *Do infanticídio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1956.
- FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. (Teses).
- \_\_\_\_\_. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- FERRARI, Anna Carollina Lourieri de Moraes; MANTOVANI, Jéssica Freire. *Um estudo sobre a depressão pós-parto*. Relatório para título de Bacharel em Psicologia. Lorena: [s.n.], 2002.

- FERREIRA, Areta Cavalcanti. *O estado puerperal*. 2007. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2007.
- FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, ano 17, n.209, p.12-3, abr. 2010.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Bioética e biodireito*. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%20C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 27 jan. 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1984.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial Byk-prociencx, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Medicina legal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, v.1. t.1.
- GARCIA, Maria. Entrevista. *Jornal do Advogado*, São Paulo, ano 35, n.348, p.12-3, mar. 2010.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 6.ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, v.5 (Ciências criminais).
- GARRAFA, Volnei. Multi-intertransdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). *Bases conceituais da bioética*: enfoque latino-americano. São Paulo: Gaia, 2006a.
- \_\_\_\_\_. O novo conceito de bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Orgs.). *Bases conceituais da bioética*: enfoque latino-americano. São Paulo: Gaia, 2006b.
- \_\_\_\_\_. *De uma “bioética de princípios” a uma “bioética interventiva”*: crítica e socialmente comprometida. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/institucional/snvs/coprh/seminario/bio\\_prin\\_bio\\_int.pdf](http://www.anvisa.gov.br/institucional/snvs/coprh/seminario/bio_prin_bio_int.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2009.

- GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). *A bioética no século XXI*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000.
- GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- GOMES, Hélio Medicina legal. 32.ed. rev. e atual [atualizador: Hygino Hércules]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- GRANDE *Enciclopédia Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultura, 1998.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico penal de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.8, n.32, p.120-63, out./dez. 2000.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 10.ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008, v.1.
- GUILHEM, Dirce. *As escravas do risco: mulheres, bioética e AIDS*. 2000. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2000.
- GUIMARÃES, Roberson. O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4066>>. Acesso em: 1 dez. 2009.
- HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha, lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à lei n. 11.340/2006 comentada artigo por artigo*. Campinas, SP: Servanda, 2007.
- HIPÓCRATES. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hip%C3%B3crates>>. Acesso em: 19 fev. 2010.
- HONRA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Honra>>. Acesso em: 19 fev. 2010.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v.8.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Nélon Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.8, n.99, p.5, fev. 2001a.

- \_\_\_\_\_. Direito penal: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001b. v.2.
- KLANOVICZ, Luciana Rosar Fornazari. Com a palavra, os leitores. In: PEDRO, Joana Maria. (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- KLANOVICZ, Luciana Rosar Fornazari.; OLIVEIRA, N. A. S. ; CARVALHO, M. M. . Uma história de notícias: o debate sobre aborto em jornais e revistas (1994-1996). In: PEDRO, Joana Maria. (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- KOTTOW, Miguel. Bioética e política de recursos em saúde. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. *A bioética no século XXI*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000.
- \_\_\_\_\_. Bioética prescritiva: a falácia naturalista: o conceito de princípios na bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: parte especial por Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Ensino jurídico e mudança social*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte speciale I: delitti contro la persona*. Padova: Cedam, 1998.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARONA, Cristiano Ávila. Direito penal sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Orgs.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Dirceu de. Algumas questões suscitadas por toda uma existência (do delito) de discrepâncias e contrastes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.455, p.292-7, set. 1973.



- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*: 121 a 234 do código penal. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1996, v.2.
- \_\_\_\_\_. *Código penal interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito penal*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2.
- MONDARDO, Dilsa; FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Ética holística aplicada ao direito*. Florianópolis: OAB/SC, 2002
- MOREIRA FILHO, José Roberto. A bioética e a relação médico-paciente. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, maio 2005. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=518](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=518)>. Acesso em: 29 jan. 2009.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução ao biodireito*: da zetéctica à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- NECKEL, Roselane et al. Aborto e infanticídio nos códigos penais e nos processos judiciais: a pedagogia de condutas femininas. In: PEDRO, Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, v.2.
- ODÁLIA, Nilo. *O que é violência*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1985 (Primeiros passos, 59).
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.14, n.163, p.18-9, jun. 2006.
- PEDRO, Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003a.
- \_\_\_\_\_. A repercussão das disputas legislativas: a legislação sobre o aborto e a imprensa. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Práticas Proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003b.
- \_\_\_\_\_. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003c.
- PENNA, João Bosco. *Enfermidade incurável x deformidade permanente sob a óptica médica e médico-legal*. Franca: Ed. Unesp/FHDSS, 2004.

- PENNA, João Bosco; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; SILVA, Lillian Ponchio e. *Por uma bioética trabalhista*. 1 set. 2009. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=545](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=545)>. Acesso em: 19 fev. 2010.
- PIRANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- \_\_\_\_\_. *É realmente possível distinguir direito penal de política criminal?* 8 set. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=373](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=373)>. Acesso em: 9 mar. 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1981.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ROXIN, Clauss. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2.ed. Lisboa: Veja, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t.1.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SAADA, Alya. Introdução. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de Vergílio Ferreira. 2.ed. Lisboa: Presença, [19--].
- SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos de ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, v.1.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, Cristiani Bereta da. Amores e dores, brigas e intrigas de Zulmas, Marizas, Florências... Processos Judiciais 1900 a 1996. In: PEDRO,

- Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- SILVA, Cristiani Bereta da et al. A prática do aborto sob falas autorizadas: seus usos e abusos na mídia impressa brasileira. In: PEDRO, Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- SILVA, Cristiani Bereta da; PEDRO, Joana Maria. Um outro olhar sobre o corpo e práticas femininas - Medicalização do aborto e infanticídio na cidade de Florianópolis. In: PEDRO, Joana Maria (Org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.
- SILVA, Fabrícia Martins; MATOS, Jane Cristina de; BRAMBATTI, Viviane. *A enfermagem como facilitadora na potencialização do poder vital da mulher puérpera: a aplicação de um modelo de cuidado*. 2006. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliomed.ccs.ufsc.br/ENF0460A.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2010.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o biodireito. In: MONDARDO, Dilsa; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Ética holística aplicada ao direito*. Florianópolis: OAB/SC, 2002.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1951, v.1.
- SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Orgs.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SUFRÁGIO feminino. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio\\_feminino](http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio_feminino)>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2003, v.1.
- VALLS, Alvaro L. M. *Da ética à bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. *Vademecum de medicina e odontologia legal*. Leme: Mizuno, 2007.

- VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- VINES, Juliana. A mulher moderna e o dom da maternidade. *Jornal de Londrina*, Londrina, 5 mar. 2008. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/jl/geral/conteudo.phtml?id=743906&tit=A-mulher-moderna-e-o-dom-da-maternidade&tl=1>>. Acesso em: 19 fev. 2010.
- WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Coord.). *O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais*. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3.ed. São Paulo RT, 2001.

SOBRE O LIVRO

*Formato:* 14 x 21 cm

*Mancha:* 23,7 x 42,5 paicas

*Tipologia:* Horley Old Style 10,5/14

*1ª edição:* 2011

EQUIPE DE REALIZAÇÃO

*Coordenação Geral*

Kalima Editores

ISBN 978-85-7983-192-8



**CULTURA**  
**ACADÊMICA**   
*Editora*