

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LILLIAN PONCHIO E SILVA

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

FRANCA

2010

LILLIAN PONCHIO E SILVA

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

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. João Bosco Penna

FRANCA

2010

Silva, Lillian Ponchio e

O estado puerperal e suas interseções com a bioética /Lillian
Ponchio e Silva. –Franca: [s.n.], 2010

128 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador : João Bosco Penna

1. Direito penal – Infanticídio. 2. Bioética. I. Título.

CDD – 341.55622

LILLIAN PONCHIO E SILVA

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

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. João Bosco Penna

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2010.

Dedico a minha mãe, Eliana, pelo amor, apoio e compreensão incondicionais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter iluminado todo o caminho que trilhei. A tarefa de agradecer está intimamente relacionada ao reconhecimento de que não se está só nesta vida. A conclusão bem-sucedida de um trabalho nunca é produto exclusivo de seu autor, é resultado de um esforço coletivo.

Agradeço aos familiares que apoiaram a minha decisão de cursar o mestrado, especialmente minha vó Júlia e meu vô Ulisses: razão do meu viver, meu porto seguro. Ao tio Zig, pelas palavras de força e por estar sempre comigo. Ao meu namorado Lucas, pelo carinho.

Ao meu orientador, imensamente, Prof. João Bosco Penna, pela valiosa orientação e pelo grande incentivo para o desenvolvimento do presente trabalho. No decorrer do mestrado, tive o privilégio de aproveitar sua competência como docente e pesquisador e a grata satisfação de fortalecer nossa amizade. Obrigada pela condução com profundidade e maestria. Guardarei todas as lições diárias, profissionais e de vida. Deixo meu carinhoso reconhecimento por tudo.

De forma especial também é o agradecimento ao Prof. Paulo César Corrêa Borges, pelas brilhantes aulas e por estar sempre à disposição para sanar minhas dúvidas, com seu qualificado olhar auxiliou-me na definição de inúmeros caminhos traçados neste trabalho, tornando-se um grande amigo e um exemplo a ser seguido.

À Profa. Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas, grande responsável por despertar meu amor à pesquisa, sempre presente em minha trajetória acadêmica. Aos professores do Mestrado: Fernando Andrade Fernandes, responsável por descortinar a realidade do Direito Penal e Antônio Alberto Machado, ensinando-me sempre a ter o olhar crítico necessário.

Às generosas e altamente proveitosas observações do Prof. José Duarte Neto, membro da minha banca de qualificação.

Fundamental também foi a colaboração dos funcionários da Unesp, em especial, Laura Jardim, pela paciência em me ajudar na formatação deste trabalho.

Não poderia deixar de mencionar também minha grande amiga Talita Rampin, pelo apoio, pelas ricas discussões durante as aulas e em todos os congressos nacionais e internacionais.

Agradeço aos demais colegas do mestrado, pela amizade e pelos exemplos profissionais que são. Construir em conjunto, é a grande lição.

“Ignorar as experiências, os interesses e mesmo a vida moral dos tradicionalmente postos à parte das reflexões bioéticas, sejam eles os vulneráveis, os oprimidos, os desiguais ou meramente os imorais, fará com que o fantasma do elitismo, do absolutismo e do imperialismo rondem cada vez mais intensamente a bioética.”

(Debora Diniz e Dirce Guilhem)

SILVA, Lillian Ponchio. **O estado puerperal e suas interseções com a bioética**. 2010. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2010.

RESUMO

O trabalho utiliza como fundamento a vertente crítica da Bioética, desenvolvida a partir de constatações no que diz respeito à insuficiência da Bioética principalista, que não consegue solucionar os conflitos existentes e persistentes no contexto social de países com grandes níveis de desigualdades, pois pressupõe um sujeito livre de qualquer tipo de opressão. Assim, ao considerar somente algumas vozes e interesses, deixa à margem da pauta de discussões indivíduos e grupos tradicionalmente oprimidos e vulneráveis. Na verdade, a vulnerabilização de parcelas da sociedade não ocorreu por questões fisiológicas, mas sim por questões sociais. Por tais razões, parte-se da premissa de que não há lugar para a neutralidade. Logo, a interação efetiva do feminismo possibilitou que situações e abordagens tradicionalmente silenciadas fossem integradas à agenda bioética. A abordagem crítica diferencia situações emergentes - tais como clonagem, diagnóstico genético e transplantes - de situações persistentes - tais como a pobreza, a desigualdade de gênero e a concentração de poder. Com efeito, vale dizer que tal vertente crítica, ao superar o mito da neutralidade, escolhe ficar ao lado dos historicamente discriminados. Indubitavelmente, a diferença é um valor moral extremamente importante que merece e deve ser preservado. Todavia, afirmar que homens e mulheres são diferentes, não é o mesmo que dizer que a socialização feminina deva ser pautada pela dominação masculina. Assim, constata-se que o infanticídio - prática muito antiga na história humana – é ocasionado por inúmeros fatores: nascimento com anomalias inaceitáveis, sacrifícios em rituais religiosos, opressão de gênero e raça, desigualdades sociais, controle de natalidade, preservação da honra, ausência de condições financeiras, dentre outros. Logo, não é possível tratar do infanticídio sem focar a desigualdade de gênero, a vulnerabilidade, a pobreza, enfim, perspectivas críticas sobre a sociedade e as moralidades. Assim, busca-se analisar o verdadeiro sentido das expressões relacionadas ao infanticídio: o “estado puerperal” e a “*honoris causa*”. Portanto, a grande indagação é: qual é a melhor maneira de tratar esse delito à luz da Bioética crítica? Por isso, segue-se a linha segundo a qual a Bioética se faz com a razão e, talvez ainda com maior intensidade, com o coração.

Palavras-chave: estado puerperal. bioética. infanticídio.

SILVA, Lillian Ponchio. **O estado puerperal e suas interseções com a bioética**. 2010. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2010.

ABSTRACT

The work uses as its foundation the critical stage of Bioethics, developed from the findings regarding the inadequacy of Bioethics theprinciplist, which can not solve the existing conflicts and persistent in the social context of countries with high levels of inequality, because it involved a subject free from any kind of oppression. Thus, when considering only a few voices and interests, makes the margin of the agenda of discussions individuals and groups traditionally oppressed and vulnerable. Indeed, the increasing vulnerability of segments of society did not occur for physiological, but by social issues. For these reasons, it starts with the premise that there is no place for neutrality. Thus, the effective interaction of feminism made it possible situations and approaches traditionally silenced were integrated into the bioethics agenda. The critical approach differentiates emergent situations - such as cloning, genetic diagnosis and transplantation - persistent situations - such as poverty, gender inequality and the concentration of power. Indeed, that is such a critical stance, to overcome the myth of neutrality, choose to stay alongside the historically discriminated against. Undoubtedly, the difference is a very important moral value that deserves to be preserved. However, to assert that men and women are different, is not to say that female socialization should be guided by male domination. Thus, it appears that infanticide - very ancient practice in human history - is caused by several factors: birth defects with unacceptable sacrifices in religious rituals, gender and racial oppression, social inequalities, birth control, preservation of honor, no financial conditions, among others. It is hardly possible to treat infanticide without focusing gender inequality, vulnerability, poverty, finally, critical perspectives on society and the morals. Thus, attempts to analyze the true meaning of terms related to infanticide: “the puerperal state” and “the question of honor”. So the big question is: what is the best way to treat this crime in the light of bioethics criticism? Therefore, it follows the line that the Bioethics is done with reason, and perhaps even more intensely, with the heart.

Keywords: puerperal state. bioethics. infanticide.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 A BIOÉTICA: ANÁLISE DO CAMPO DE ESTUDO.....	13
1.1 A Bioética: conceitos e desafios	13
1.2 A Bioética principialista.....	17
1.2.1 Princípio da Autonomia.....	19
1.2.2 Princípio da Beneficência.....	22
1.2.3 Princípio da Justiça.....	24
1.3 Alargamento do foco da Bioética: expansão do campo de estudo.....	26
1.3.1 A Bioética feminista: olhar crítico frente às desigualdades sociais.....	28
1.4 Natureza transdisciplinar da Bioética	31
1.4.1 Bioética e Direito Penal: a superação das barreiras entre as disciplinas	34
CAPÍTULO 2 BIOÉTICA, DIREITO PENAL E MULHER	38
2.1 A complexa relação entre a mulher e o Direito Penal	38
2.2. Criminologia crítica, Bioética crítica e o movimento feminista	49
2.3 Buscar a igualdade ou marcar a diferença?.....	51
2.4 A missão da Bioética na tutela da vida sob a perspectiva da mulher	55
CAPÍTULO 3 A POLÍTICA CRIMINAL E O INFANTICÍDIO.....	64
3.1 A função do Direito Penal: tutela dos bens jurídicos	64
3.2 A relação entre Direito Penal e Política Criminal: o desenvolvimento do enfoque político-criminal por Franz Von Liszt e Claus Roxin	69
3.3 A atuação da Política Criminal na elaboração das leis penais	71
3.4 A tutela do bem jurídico no delito de infanticídio: a vida	74
CAPÍTULO 4 CRITÉRIOS DE CONCEITUAÇÃO LEGISLATIVA DO INFANTICÍDIO	76
4.1 O Infanticídio: uma prática antiga	76
4.2 Critério psicológico: a defesa da honra	89
4.3 Critério fisiopsicológico: o estado puerperal	94

4.3.1 Depressão pós-parto	101
4.3.2 Tristeza materna	103
4.3.3 Psicose puerperal	103
4.3.4 A perícia médico-legal nos casos de infanticídio	104
4.4 Análise de posições jurisprudenciais	105
4.5 A impropriedade da manutenção do infanticídio como tipo autônomo	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

A problemática que envolve o delito de infanticídio é excessivamente ampla. Tão ampla quanto os enfoques possíveis e as variadas linhas de aproximação a partir dos quais o delito permite ser tratado.

Dessa forma, levando-se em consideração a impossibilidade de se querer abarcar todos os pontos de relevo dogmático e político-criminal em torno do infanticídio, o que aqui se pretende, com maior rigor, é discutir alguns pontos nevrálgicos do que se vem debatendo até agora em relação ao delito. Mas, mesmo assim, o tema ainda seria extremamente amplo.

Em outras palavras, significa que a preocupação maior está centrada no 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, para além do mais, avançar em algumas questões para problemas específicos: a análise do estado puerperal (expressão extremamente ambígua e muita contestada pelos médicos), a tutela do bem jurídico no infanticídio, bem como o tratamento dispensado à mulher nessa problemática.

Observa-se que esse delito, consistente na conduta da mãe em matar o seu próprio filho durante ou logo após o parto, passou por múltiplas oscilações valorativas ao longo dos tempos, ora sendo aceito como uma prática social ora sendo cruelmente apenado. No entanto, atualmente, está tipificado como um tipo autônomo, com uma pena abrandada caso comparada a do homicídio, delito este que também tutela o mesmo bem jurídico.

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

Vale ressaltar que, na legislação penal brasileira, a tipificação do infanticídio sempre foi embasada 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 utilizado como critério a suposta influência do estado puerperal, considerada por muitos estudiosos do assunto como uma ficção jurídica, por não ter nem mesmo um período de duração definido, o que impossibilita a sua comprovação pela perícia médica.

Sendo assim, em um primeiro momento, o presente trabalho parte de uma análise do campo de ação da Bioética. Desta forma, são estudados os conceitos e definições da

disciplina, começando pela teoria principialista criada por Beauchamp e Childres, que consagra os princípios básicos da autonomia, beneficência e justiça como os seus fundamentos orientadores, funcionando como instrumentos práticos utilizados para analisar os conflitos surgidos no campo da Bioética.

Paralelamente, após discorrer sobre os principais pontos da teoria principialista e analisar criticamente cada um de seus desdobramentos, foi constatado que a simples adoção de princípios universais, sem o enfrentamento da realidade na qual serão aplicados, é escancaradamente inadequada. Portanto, após revelar que o tema estava reduzido às questões específicas relacionadas aos campos da Biomedicina e da Biotecnologia, foi evidenciada a necessidade de ampliação de sua pauta.

A partir daí, em virtude da 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 as questões relacionadas à qualidade da vida humana, à cidadania, o racismo, bem como outras formas de discriminação.

Mergulhada neste contexto, ao constatar que os grupos oprimidos continuaram à margem, isto é, ficaram excluídos do projeto tradicional da Bioética, é que surge a Bioética de inspiração feminista, utilizando como fundamento um olhar crítico frente a todas as formas de opressão, bem como as desigualdades sociais - em especial a assimetria de gênero.

Em busca desse propósito, temas que até então não faziam parte das discussões do campo da Bioética, rasgam a cortina que veda os olhos para a realidade e passam a entrar em cena. Isso ocorreu, também, ao constatar a natureza transdisciplinar da Bioética, que se relaciona, intimamente, com as demais searas do Direito, como é o caso de sua estreita relação com o Direito Penal. É indispensável ressaltar que ambas as disciplinas possuem como finalidade primordial tutelar a vida.

No entanto, a partir daí surgem indagações: como se dá a atuação do Direito Penal na tutela de bens jurídicos em relação às questões de gênero? Qual o papel da Bioética ao constatar que, muitas vezes, essa missão de proteção do Direito Penal não é desempenhada de maneira humanamente adequada?

Isso quer dizer que não é somente a vida em si, mas também o seu perfeito e harmonioso desenvolvimento deve ser protegido e garantido. Nessa linha, por ser considerada o bem jurídico mais importante, tanto a Bioética, como o Direito Penal, possuem o objetivo primordial de cuidar dos temas relacionados à vida, em busca de revelar tratamentos mais apropriados, de acordo com a Constituição Federal.

Nesse ponto, é necessário focalizar a investigação no essencial: é preciso passar pela política criminal que orientou a tipificação do infanticídio, contemplar os seus critérios de conceituação legislativa, aprofundando nos questionamentos relacionados à defesa da honra da parturiente e à suposta influência do estado puerperal, bem como analisar as decisões jurisprudenciais, a fim de verificar se, realmente, à luz da Bioética crítica, é apropriada a manutenção do infanticídio enquanto tipo autônomo.

Portanto, assume como indispensável a necessidade de que a problemática do infanticídio seja revisitada. Em outras palavras, depois de demonstrar que o Direito Penal deve manter-se rigorosamente preso a um programa de política criminal que pune comportamentos contrários a bens jurídicos dignos de tutela penal, haverá de se debater até que ponto é defensável que o infanticídio continue nos moldes em que se encontra atualmente.

No entanto, a Bioética não busca respostas definitivas para os conflitos, mas sim busca uma solução pacífica para as diferenças. Assim, ao longo do trabalho comprova-se que a Bioética está inevitavelmente envolvida em questões sociais e políticas. Eis onde o estudo ganha dimensão e atualidade.

CAPÍTULO 1 A BIOÉTICA: ANÁLISE DO CAMPO DE ESTUDO

1.1 A Bioética: conceitos e desafios

Toda reflexão feita pelo ser humano, seja ela relacionada ao plano biológico, moral ou social, tem por necessidade 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 sim a parte mais importante, por deter em suas mãos o seu próprio destino e o destino das demais partes. Assim, todas as questões que envolvem a ciência da vida, passam necessariamente pelos posicionamentos filosóficos sobre o papel do ser humano no quadro de um sistema social.¹

Dentre esses posicionamentos, é imprescindível destacar o entendimento de Jean Paul Sarte ao afirmar 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.”²

Com base nesses ensinamentos, pode-se dizer que o homem é responsável não apenas por si mesmo, como 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, envolvendo a humanidade inteira em cada decisão tomada. Nesse sentido, o homem, condenado a ser livre, carrega em seus ombros o peso do mundo inteiro.

Dessa maneira, a realidade social, por estar em constante transformação, é construída pelos sujeitos em relação, independentemente da consciência que tenham sobre estes processos. Sendo assim, 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 que envolvem o universo jurídico a serem enfrentados, pois acalora importantes questionamentos em diversas searas do saber.

Há uma reflexão muito interessante relacionada ao desenvolvimento do homem e da ciência que faz a seguinte revelação: quanto mais o poder tecnológico permite que o homem

¹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 55.

² SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução de Vergílio Ferreira. 2. ed. Lisboa: Presença, [19--]. p. 254.

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.³

É exatamente dentro desse contexto de infindáveis indagações que o termo “Bioética” foi originalmente proposto, em 1971, pelo oncologista e biólogo Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, na sua obra “*Bioethics: bridge to the future*”. O autor tratou do tema dando ênfase a ideia de uma “ponte” entre as ciências da vida e os estudos dos valores.⁴

O estudo de Potter estava relacionado, basicamente, às preocupações com os problemas ambientais inerentes às questões de saúde. Pode-se notar que havia também um grande interesse pelos aspectos morais ligados à prática da medicina. Daury Cesar Fabríz ressalta que, apesar desse uso restrito da concepção inicial de “Bioética”, utilizada apenas nas questões médicas e ambientais, a proposta de Potter concedia um sentido macro, que já permitia uma visão além desses temas, relacionada à ideia geral de “ciência da sobrevivência”.⁵

Assim, essa abordagem mais ampla, referente a uma ética global, abrangeu o desenvolvimento e o progresso que traziam não somente benefícios, mas também danos ao meio ambiente. Portanto, fomentou discussões sobre responsabilidade e senso de humanidade. Todas essas questões já apontavam para a natureza da Bioética como um estudo que ultrapassa as barreiras que até então separavam as searas do saber.

Vale ressaltar que a Grande Enciclopédia Larousse Cultural explica que o termo “Bioética” designa o conjunto de problemas decorrentes da responsabilidade moral dos médicos e biólogos, em suas pesquisas teóricas e na aplicação prática dessas pesquisas.⁶

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 da América, em 1978, e trazia esse conceito não muito amplo 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 tal definição como mais abrangente.⁷

³ VALLS, Alvaro L. M. **Da ética à bioética**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 140-141.

⁴ Volnei Garrafa explica que essa ideia original de Potter foi utilizada e modificada também por outros pesquisadores. GARRAFA, Volnei. O novo conceito de bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 11.

⁵ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 73.

⁶ GRANDE Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultura, 1998. p. 779.

⁷ FABRIZ, op. cit., p. 75.

Torna-se oportuno ressaltar que a palavra Bioética foi formulada a partir da junção dos termos gregos “*bios*”, que representa vida, e “*ethos*”, que significa ética, ou seja, a ética perante a vida. No juramento de Hipócrates (séculos IV-I a.C.) já podem ser encontradas as premissas sobre as quais os profissionais de medicina deveriam pautar suas atitudes. Portanto, fica constatado que, inicialmente, esse termo foi mesmo utilizado restritamente no âmbito da medicina.⁸

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

Ao tratar de temas relacionados à ética não há como negar a existência de infundáveis posicionamentos sobre o seu conceito. Entretanto, dentre essas tantas concepções sobre a ética, pode-se dizer, de um modo simples, que o termo é utilizado para designar a investigação sobre as dimensões daquilo que é bom.

Não deve causar surpresa o fato de que cada sociedade possui o seu código de ética, o seu costume social, ou seja, o 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 todos e esse conceito de bem-estar precisa ter sido estabelecido de forma democrática.⁹

Com efeito, apregoava-se cada vez mais a necessidade de se estabelecer um vínculo maior entre a ética e as práticas relacionadas à saúde. Assim, emerge a discussão sobre a institucionalização de comitês de ética com a finalidade de debater tais temas. Na verdade, tal 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 estado de coma devido à ingestão de álcool e barbitúricos e, posteriormente, foi transferida para outro hospital, também em Nova Jersey. O caso ficou famoso em virtude dos pais adotivos de Karen, católicos praticantes, terem pedido à diretoria do hospital que fosse desconectado o respirador que mantinha a jovem viva, após receberem a notícia de irreversibilidade da situação, na qual foi constatada a impossibilidade de vida consciente.

⁸ O juramento de Hipócrates. HIPÓCRATES. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hip%C3%B3crates>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

⁹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 76.

Doutor Morse, o médico responsável pelo caso, não atendeu a solicitação da família por se julgar legalmente e moralmente impedido de praticar tal ato. Em decorrência dessa situação, a família de Karen iniciou um processo, no qual o Tribunal Supremo de Nova Jersey proferiu uma sentença histórica, reconhecendo o direito da jovem de morrer em paz e com dignidade.¹⁰

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

Assim, 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 saídas humanamente adequadas.

Nesse diapasão, na Conferência de Amsterdã em 1992, foi criada a Associação Internacional da Bioética, com o objetivo de estabelecer e facilitar um intercâmbio de informações nas diversas partes do mundo, 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”.¹¹

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.”¹²

Assim, fica evidente que se trata de um campo bastante amplo, que trilha por diversos caminhos ao tratar de inúmeros temas, 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, pois abrange a reprodução, a sexualidade, a família, o começo e o fim da vida, afetando

¹⁰ Daury Cesar Fabrizz ressalta que inúmeros desdobramentos resultaram desse fato, como, por exemplo, a criação de comitês e subcomitês de ética por vários hospitais norte americanos, com o objetivo de possibilitar o diálogo em situações clínicas, como forma de dividir responsabilidades. FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 84.

¹¹ CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 26.

¹² Ibid., p. 27.

os seres vivos de modo profundo e, muitas vezes, irreversível. Por isso, Miguel Kottow afirma que 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.”¹³

Essa constatação, na qual a Bioética é considerada uma disciplina mais que contestadora, decorre do fato de compreender as inúmeras situações que são abarcadas por ela, pois vai além da relação paciente e médico, pesquisador e pesquisado, Estado e cidadão, por abranger concepções de mundo e de vida de diversos segmentos, tais como os católicos, os ateus, os judeus, os budistas e os protestantes, de modo que possam ficar estabelecidas suas próprias orientações, revelando, assim, a multiplicidade das sociedades contemporâneas. Desse modo, o respeito às diferenças, com base na ética da tolerância, é imprescindível. Com efeito, a Bioética é lançada nesse universo, que não apresenta certezas, mas está repleto de “grandes indagações”.¹⁴

Interessante notar ainda que a Bioética, após essa relevante expansão a partir de 1971, com os já citados estudos de Potter, foi consolidada nos anos 90 através de inúmeros congressos nacionais e internacionais. A tal respeito, pode-se afirmar que a Bioética passou por diversas fases, sempre com a finalidade de alargar o foco de sua investigação. Vale dizer que, atualmente, é a época da “maturidade da nova disciplina”.¹⁵

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

1.2 A Bioética principialista

Em primeiro lugar, é adequado mencionar que são inúmeras as orientações no campo da Bioética e que tais orientações podem ser classificadas em modelos diferentes de análise teórica. É

¹³ KOTTOW, Miguel. 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. p. 40.

¹⁴ FABRIZ, Dauri Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 88.

¹⁵ SAADA, Alya. Introdução. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 19.

oportuno enfatizar que todas as correntes que tratam da Bioética possuem extrema relevância (com suas inevitáveis limitações) e o fim único de consagrar e preservar a dignidade humana.

Refletindo sobre esse contexto, para o propósito do presente trabalho, em um momento inicial é imprescindível destacar a teoria principialista, criada por Beauchamp e Childres, que consagra os princípios básicos da autonomia, beneficência e justiça como fundamentos orientadores. Tais princípios representam uma espécie de instrumento prático utilizado para analisar os conflitos surgidos no campo da Bioética. Há um grande consenso no sentido de que entre esses princípios não há uma hierarquia estabelecida, devendo a aplicação ser feita de acordo com o caso em concreto.¹⁶

Assim, esses princípios nem sempre convivem pacificamente, pois muitas vezes são criadas situações conflitantes. Na verdade, na implementação dos citados princípios em cada caso concreto, verifica-se que, constantemente, surgem grandes problemas. Eis por que o valor da dignidade da pessoa humana é que deve reger tais conflitos.¹⁷

Daury Cesar Fabriz relata que a Bioética laica contemporânea se estabelece a partir desses três critérios principiológicos – beneficência, autonomia e justiça – denominados de “a trindade bioética”. Isso não quer dizer que não existam outros valores, mas todos os demais precisam ter a “trindade bioética” como ponto de partida.¹⁸

Sob tal aspecto, para o presente trabalho, é oportuno que haja uma releitura crítica dos princípios adotados, na busca de identificar qual o espírito da Bioética laica. É nesse sentido que a reflexão deve ser feita, exatamente com o propósito de revelar se a Bioética deve ser encarada, unicamente, como um conjunto estático de mandamentos fabricado para o consumo universal.

¹⁶ GARRAFA, Volnei. **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>. Acesso em: 22 nov. 2009.

¹⁷ Fernando Andrade Fernandes 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. FERNANDES, Fernando Andrade. 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. p. 64.

¹⁸ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 106.

1.2.1 Princípio da Autonomia

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

Aline Mignon de Almeida, com muita precisão, salienta que o princípio da autonomia é, indubitavelmente, considerado o princípio essencial da Bioética, pois todos os demais estão vinculados a ele. A propósito, significa que o indivíduo tem de ter a liberdade de fazer o que desejar. No entanto, para que desfrute plenamente dessa liberdade, precisa estar informado.¹⁹

O princípio da autonomia representa, nesse diapasão, a capacidade da pessoa de tomar suas próprias decisões. Nessa mesma linha, parece acertado dizer também que o cientista deve, através da ponderação, decidir qual método será utilizado e qual o caminho será traçado em suas pesquisas para que se alcance o fim almejado. Representa, portanto, a escolha do cientista, bem como a decisão do paciente em participar daqueles testes e experiências.²⁰

Em suma, o princípio da autonomia implica na capacidade do indivíduo decidir sobre determinadas atividades que alterem suas condições físicas e mentais. Por isso, para que tenha essa capacidade plena de decidir, é preciso que tenha uma informação adequada sobre o tratamento ou pesquisa que será efetuado.

Em assim sendo, decorrem questionamentos importantes, como por exemplo, a justificada redução da autonomia individual por expor a perigo a saúde de uma determinada coletividade. Ou seja, essa autonomia deve ser manifestada levando em consideração o efeito gerado nas demais pessoas.

Daury Cesar Fabríz explica que no âmbito de pesquisas ou aplicação de novas tecnologias que envolvam populações, o princípio da autonomia deve ser atentamente observado, pois quando a comunidade deixa-se submeter a determinados testes, para que se efetue uma pesquisa ou um estudo, ela deve necessariamente ser informada, de modo

¹⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 7.

²⁰ VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 228.

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.”²¹

Através dessa idéia de que a liberdade, consagrada pelo princípio da autonomia, somente pode ser plenamente exercida mediante informações adequadas, pode ser traçado 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 cediço, mencionados 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 direito de ir-e-vir pra quem não tem para onde ir e vir, assim como não adianta assegurar a autonomia se a pessoa não souber exatamente do que se trata determinada situação.

Fazendo eco com Antonio Augusto Cançado Trindade:

A denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e 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.²²

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 das profundas desigualdades que os cercam. Daí decorre

²¹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 111.

²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2003. v. 1. p. 475.

a indagação: é realmente possível exercer a liberdade contida no princípio da autonomia sem que haja uma informação adequada?

Cabe aqui uma advertência feita por 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. Assim, o professor doutor em Teologia explica que “[...] quem está despojado de poder se torna vulnerável. E a vulnerabilidade expõe as pessoas a grosseiros e sutis desrespeitos de sua autonomia.”²³

É imprescindível mencionar também 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 reprodução assistida e a manipulação genética.²⁴

Foram dois anos de trabalhos, coordenados pela Comissão Nacional de Revisão do Código de Ética Médica, que contaram com a contribuição da participação ativa de diversas entidades. A finalidade principal foi dar uma atenção especial aos avanços tecnológicos e científicos, bem como a 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.

Vale ressaltar que o ponto de destaque foi, especificamente, em relação à autonomia. O curioso é que 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.”²⁵

Nesse sentido, constata-se que foi dada uma atenção especial ao princípio da autonomia. Entretanto, 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 todos os fatores históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais

²³ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 59.

²⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: sexto código de ética médica brasileiro já esta em vigor. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

²⁵ Ibid.

envolvidos, será capaz de proporcionar uma compreensão adequada de tais princípios, condicionados pela base material da sociedade.

1.2.2 Princípio da Beneficência

Já o princípio da beneficência, por sua vez, decorre do latim “*bonum facere*” (fazer o bem) e implica no bem do paciente ser promovido primeiramente. É de extrema importância na delimitação dos padrões de conduta e abrange um outro princípio, o da não maleficência (“*primum non nocere*”), que significa não impingir qualquer 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 riscos.²⁶

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

Por isso, o princípio da beneficência também é chamado de princípio da não-maleficência, pois implica no mandamento segundo o qual os médicos, bem como os cientistas, não deverão realizar qualquer conduta que venha a causar ao paciente um mal despropositado.

Esses profissionais devem contribuir para o bem-estar das pessoas que são atendidas, o que engloba a saúde físico-funcional dos pacientes. Assim, deve ser avaliada toda e qualquer conduta, mediante a ponderação dos benefícios e dos riscos.

Em assim sendo, decorrem algumas questões, tais como: o que é fazer o bem na seara da saúde? Qual é a melhor política em relação à assistência à saúde? Daury Cesar Fabríz revela que tais indagações implicam muito mais atitudes políticas do que morais. Assim, uma normatização jurídica deve conter disposições que indiquem as ações a serem estabelecidas como procedimentos adequados a serem seguidos, voltados para a melhoria da saúde.²⁷

²⁶ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 7.

²⁷ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 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 grande 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 causalidades. Da mesma forma, as políticas relativas à assistência médica ignoram os meios realmente eficazes de fazer com que as doenças não se alastrem, que ocorram menos acidentes e outras enfermidades.²⁸

Em suma, precisam ser estabelecidas premissas a respeito da atenção médica da cidadania. A tal respeito, Miguel Kottow, professor da Faculdade de Medicina e Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade do Chile, já se manifestou sustentando 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.²⁹

É por tais razões 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.

Em sendo assim, 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 tais doenças? Será que todos os cidadãos têm acesso aos benefícios trazidos pelo desenvolvimento da ciência? Nesse sentido, a Bioética está, inevitavelmente, atrelada às questões sociais e políticas.

²⁸ CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 30.

²⁹ KOTTOW, Miguel. Bioética e política de recursos em saúde. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 74.

1.2.3 Princípio da Justiça

Em um primeiro momento, é imperioso ressaltar que temas relacionados à justiça vêm sendo indagados 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 seria justiça.

O estudo clássico de John Rawls “Uma teoria da justiça” realizado em 1971 também é considerado um marco muito importante nessa busca de definição da justiça, que vem recebendo inúmeras contribuições.³⁰ Márcio Fabri dos Anjos resalta que, numa perspectiva de libertação, “justiça é um conceito denso e fundamental”, pois em sua raiz teológica, este conceito se baseia na condição existencial de todos os seres humanos como semelhantes uns aos outros.³¹

A justiça, no campo da Bioética, 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-se ao contexto da cidadania.

Com relação a essa problemática, Daury Cesar Fabriz faz uma interessante observação ao constatar que, na seara da Bioética, o princípio da justiça está ao lado do princípio da beneficência, pois ambos apontam para o bem entre as pessoas.³²

É inegável que o ideal de justiça é considerado supremo em toda sociedade humana. Por isso, na Bioética, implica no compromisso da sociedade em manter as pesquisas e a aplicação dos seus resultados. Isso significa, também, que os avanços científicos devem ser utilizados de modo universal, beneficiando todos os indivíduos, independente 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. Noutra giro, há ainda quem afirme que a lei é que deve estar afinada ao sentimento de justiça. Logo, essa discussão carrega uma alta carga de subjetividade.³³

³⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1981.

³¹ 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, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 61.

³² FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 111.

³³ *Ibid.*, p. 112. Conclui que Direito e justiça sempre se apresentaram como “conceitos afins”.

No bojo desses questionamentos vale ressaltar que a lei pode ser considerada injusta quando for elaborada de maneira não democrática e arbitrária. Portanto, nem sempre lei é sinônimo de justiça.

Na verdade, o método lógico-formal proposto por 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.

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, conseqüentemente estará optando pela reprodução dos valores burgueses contidos nessas normas. Tal significa dizer que esse positivismo normativista implica numa ausência de reflexão, ou seja, forma o “senso comum teórico” que tem como característica aceitar tudo de maneira acrítica.³⁴

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

Um 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 a sua realidade.

Miguel Kottow traz uma possível definição que contempla uma ordem justa e que abrange as diversas facetas da pobreza. Pois bem, 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 que 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.³⁵

Isso leva a conclusão de que a justiça não é meramente um valor político no qual todos os membros da comunidade concordam de forma igualitária, mas sim a obtenção de condições para que todos os membros dessa comunidade possam chegar a concordar com um

³⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

³⁵ KOTTOW, Miguel. Bioética e política de recursos em saúde. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 70.

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.”³⁶

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, é um requisito para que desfrute dos outros direitos, de acordo com a visão integrada de todos os direitos humanos. Com as dificuldades de acesso à saúde e o alto custo destes serviços, as questões relativas à justiça social estão cada vez mais presentes e necessitam ser consideradas 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 da 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 existentes em um mundo globalizado.

Por todas essas razões, a Bioética, antes restrita aos problemas individuais, passa a discutir os conflitos coletivos. Dessa forma, ficou evidenciada a incapacidade da teoria principialista universal em resolver essas situações, necessitando de novos referenciais teóricos, mais próximos da realidade onde atua.

1.3 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 escancaradamente inadequada.

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

Antes desse período, o tema estava reduzido às questões específicas relacionadas aos campos da biomedicina e da biotecnologia, em conformidade com os interesses dos países

³⁶ KOTTOW, Miguel. Bioética e política de recursos em saúde. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 71.

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”.³⁷

Assim, constata-se que o percurso da construção de tal Declaração foi longo e penoso, permeado de avanços e retrocessos. Na verdade, a ampliação da pauta, abrangendo não 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), com a presença de especialistas e representantes de 11 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 das discussões, incluindo não somente os interesses dos países desenvolvidos. Assim, foram incorporados, de modo definitivo à agenda 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.³⁸

Nesse sentido, destaca-se a necessidade de uma adequação das bases teóricas que sustentam a disciplina à 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 solicitado pelo governo dos EUA (Relatório Belmont) a um comitê de especialistas para impedir abusos que começavam a acontecer com relação às pesquisas com seres humanos, acabaram sendo confundidos com a própria Bioética.³⁹

Ao tratar dessa problemática, constata-se que as nações do chamado Terceiro Mundo possuem o hábito, no mais diversos campos, de importar ciência e tecnologia das nações industrializadas, de maneira acrítica, muitas vezes com consequências desastrosas para os povos que recebem tais importações. Atualmente, passou-se a importar (também

³⁷ GARRAFA, Volnei. O novo conceito de bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano.** São Paulo: Gaia, 2006. p. 9.

³⁸ Ibid., p. 10.

³⁹ Ibid., p. 12. Volnei Garrafa pontua que o princípio da “não maleficência” foi incorporado como um quarto princípio por Tom Beauchamp e James Childress em 1979.

acriticamente) o que Volnei Garrafa chama, não por acaso, de “pacotes éticos”, como, por exemplo, o princípalismo.⁴⁰

Surge então a necessidade de um maior comprometimento com questões concretas existentes em países com grandes níveis de desigualdade social. A grande força propulsora por trás de tudo isso foi a exigência da participação direta da sociedade civil nas discussões das questões relacionadas à Bioética, visando o bem estar-futuro das pessoas e da comunidade.

Portanto, há uma superação da índole meramente individual da disciplina, passando por um novo ritmo, no qual se discute a responsabilidade do Estado frente aos cidadãos, principalmente os mais frágeis e necessitados. E isso, sem dúvida, é promissor.

1.3.1 A Bioética feminista: olhar crítico frente às desigualdades sociais

A limitada visão sobre a pauta das discussões bioéticas vai, nesse diapasão, perdendo espaço, cedendo lugar para novos horizontes, abarcando temas comprometidos com a realidade social dos países. Nesse sentido, Volnei Garrafa explica que, foi no final do século XX, que começou a ocorrer um alargamento do foco da Bioética, incluindo as questões relacionadas à qualidade da vida humana, cidadania, racismo e outras formas de discriminação.⁴¹

Alya Saada explica que, ainda para alguns estudiosos do assunto, o elemento “bio” da (bio)ética relaciona-se apenas à biomedicina e a biotecnologia. No entanto, outra parcela entende num sentido mais amplo de vida. Assim, enquanto que 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 da exclusão social, vulnerabilidade, racismo e saúde pública também devem ser incorporados à Bioética.⁴²

Por essas e outras razões é que fica demonstrada a falência do princípalismo resultante da cultura pós-industrial, nos países com profunda desigualdade social. Com efeito,

⁴⁰ GARRAFA, Volnei. O novo conceito de bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 14.

⁴¹ Ibid., p. 12.

⁴² SAADA, Alya. Introdução. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 19.

fica exposta a fratura do principialismo apresentado à Bioética, por padecer de deficiências estruturais. Assim, começam a surgir propostas realmente comprometidas com o social.

Desta forma, tendo em vista a incapacidade das preferências ideológicas tradicionais da Bioética, é que surgiu a necessidade de se repensar sobre esses princípios. Trata-se, portanto, de uma inversão daquela situação já citada, na qual são importadas, acriticamente, ciências, tecnologias e “pacotes éticos”. Isso ocorreu a partir da constatação de que nem todos os indivíduos estão incluídos nessa pauta de discussões da Bioética principialista, pois os grupos oprimidos continuam à margem, excluídos do projeto tradicional da Bioética.

Débora Diniz e Dirce Guilhem demonstram que, apesar do encantamento que produzem, os princípios da Bioética não parecem ser aplicados, de modo igualitário, para todos os indivíduos. As professoras de Bioética do programa de pós-graduação da Universidade de Brasília relatam que a Bioética desenvolvida foi voltada para aqueles que possuem 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.⁴³

Nesse contexto, surge a Bioética de inspiração feminista, no início dos anos 90. As professoras de Bioética acima citadas 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 idéias bioéticas imperantes”.⁴⁴

No que tange ao presente tema, convém destacar que a Bioética feminista utiliza como fundamento um olhar crítico frente a todas as formas de opressão, bem como às desigualdades sociais, em especial a assimetria de gênero.

Deste 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 a reprodução dos interesses da classe econômica dirigente. Logo, esse rompimento é necessário, pois vai além do senso comum, que aceita os princípios universais, sem maiores questionamentos, afirmando ser “neutro”.⁴⁵

Valer dizer que, ao deixar tudo como está, de maneira acrítica, há a crença na neutralidade. Em outras palavras, a pessoa que não sai do chamado senso comum teórico,

⁴³ 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.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69.

acredita estar livre 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 característica a interrupção da crítica, bem como a ausência de fundo humanístico. Entretanto, é preciso ressaltar que a omissão (mera aceitação) gera a manutenção da ordem.

Sendo assim, 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.

Vale ressaltar que se constituir como a contrapartida crítica das teorias principialistas da Bioética não era a principal meta da Bioética de inspiração feminista. Mas, verifica-se que, cada vez mais, esse fato se consolida. Diante disso, a crítica a todos os modos de opressão social pode, indubitavelmente, ser considerado o referencial analítico.⁴⁶

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 que formam o conceito político de vulnerabilidade.

Débora Diniz e Dirce Guilhem trazem, como brilhante exemplo, o consentimento das mulheres às tecnologias reprodutivas. Essas professoras afirmam que tal consentimento não indica, necessariamente, “[...] o exercício livre da vontade, da autonomia ou mesmo dos direitos reprodutivos.” É preciso considerar que, muitas mulheres submetem-se a essas técnicas como um meio de obedecerem aos papéis que são esperados, tendo em vista que a “maternidade é quase um imperativo social”.⁴⁷

Desse modo, temas até então à margem das discussões do campo da Bioética, rasgam a cortina que veda os olhos para a realidade e passam a entrar em cena. Trata-se, portanto, da constatação da impossibilidade de se cogitar sobre a 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 em manter os interesses e valores das classes dominantes.

Nesse sentido, não são necessários, nesse contexto, os princípios universais, mas sim princípios que compensem a vulnerabilidade social. Portanto, afirma-se que a Bioética

⁴⁶ 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.portalmédico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

⁴⁷ Ibid.

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 compensar os interesses de pessoas socialmente vulneráveis.

É nesse contexto que emergem inúmeras indagações sobre as diversas formas de opressão e desigualdade social. Pois bem, nesse ponto é que surge a seguinte questão: será que o delito de infanticídio, nos moldes em que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, consistente na conduta da mãe em matar o próprio filho durante o estado puerperal, com uma pena muito inferior a do homicídio e que reflete, ainda que indiretamente, valores morais ultrapassados e não compatíveis com o valor da dignidade humana, é adequado?

Acerca desse problema, verifica-se que a Bioética, no contexto das desigualdades sociais, lança interessantes perguntas. Portanto, como se dá a ética da vida mediante essas desigualdades relacionadas, especialmente, às questões de gênero?

Márcio Fabri dos Anjos, ao tratar da Bioética nesse contexto profundamente desigual, marcado por diversas formas de opressão, explica que é necessário que se desvende a lógica da reprodução da desigualdade na sociedade e, com muita sabedoria, afirma que “a Bioética se faz com razão e coração”.⁴⁸

Reflexões como esta retomam a necessidade de um maior aprofundamento quando se estuda determinado tema. Portanto, deve-se levar em conta o caráter do tratamento desigual realizado pelas leis penais quando se refere às mulheres. Será que esse tratamento está baseado em diferenças emancipatórias ou discriminatórias?

É precisamente para discutir esta entre outras questões, na busca de romper uma visão conservadora, alienada aos problemas sociais e ausente de consciência reflexiva, é que se desenvolve a Bioética crítica. Na verdade, é para superar essa visão fragmentada, que importa “pacotes éticos” de maneira acrítica, que surge essa vertente da Bioética, revelando a maneira pela qual os excluídos do projeto bioético principialista são tratados.

1.4 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

⁴⁸ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 62-63.

Bioética. As pretensões em torno de uma resposta plausível para essa questão oscilam entre o tratamento da Bioética de forma “interdisciplinar” e “transdisciplinar”. Isso decorre da necessidade de um maior aprofundamento na verificação sobre as bases que sustentam tal disciplina.

Logo, para muitos estudiosos do assunto, a proposta da Bioética é de natureza interdisciplinar, pois busca uma integração entre diversas disciplinas. Noutra giro, outra parcela fala em caráter transdisciplinar. No entanto, para que isso seja possível é preciso pensar a partir de um novo paradigma para a ciência e para o conhecimento, o que é de grande dificuldade para aqueles que possuem formação cartesiana de disciplinas, que as concebem, equivocadamente, como disciplinas totalmente independentes e isoladas, que mascaram a unidade da ciência. Essa situação gera uma tensão decorrente do isolamento na tomada de decisões éticas.⁴⁹

Nessa esteira, Volnei Garrafa 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.⁵⁰

De acordo com essa orientação, a transdisciplinaridade, para ir além das fronteiras, necessita da liberdade que é inerente ao ser humano. Revela-se, assim, a natureza dinâmica de tal atividade, ao contemplar vários níveis de realidade ao mesmo tempo.

Na verdade, ao iniciar os estudos sobre a Bioética, desde logo se verifica a sua natureza transdisciplinar entre os campos do saber. A transdisciplinaridade, conforme explica Volnei Garrafa, é “[...] uma abordagem que vai além, proporcionando a liberdade de olhar o outro lado sem sermos acusado de estar pisando onde não devemos e sem temer a acusação de estar pisando onde não devemos.”⁵¹

No âmbito dessa dinâmica, busca-se romper 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. A propósito, esse pensamento reducionista consiste em recortar ao máximo o que se está estudando, para facilitar sua manipulação.

⁴⁹ DUSILEK, Darci. **Os desafios contemporâneos da bioética**. Disponível em: <http://www.unigranrio.br/comite_etica/galleries/download/comitebioetica.doc>. Acesso em: 9 mar. 2010. Palestra Proferida ao Corpo Clínico do Hospital Evangélico do Rio de Janeiro, em Comemoração ao dia do Médico. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da UNIGRANRIO.

⁵⁰ GARRAFA, Volnei . Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 75.

⁵¹ Ibid., p. 76.

Com efeito, é nessa perspectiva que Volnei Garrafa faz a importante constatação de que tal distanciamento entre disciplinas “impede o desenvolvimento do processo de humanização”, fazendo com que se tornem não apenas impessoais, mas também desvinculadas de qualquer contexto cultural e social.⁵²

Vale ressaltar que a abordagem separatista e reducionista foi alvo de severas críticas ao longo do século XX. No entanto, tal abordagem ainda não foi superada completamente. Convém admitir que somente uma abordagem transdisciplinar possibilitará uma superação das barreiras existentes nas fronteiras das disciplinas, incentivando a evolução do conhecimento.

É necessário insistir que a Bioética e o Biodireito possuem a finalidade de 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.⁵³

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, Biodireito também pode ser compreendido como o conjunto de normas jurídicas positivadas que visam impor ou proibir uma determinada conduta, estabelecendo as sanções.

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

Volnei Garrafa, de maneira brilhante, ressalta ainda o caráter do conhecimento empírico, considerado perfeito e estável. Por outro lado, revela que o conhecimento científico é perfectível, ou seja, em constante processo de adições e aperfeiçoamento, pois a “[...] ciência não se define pela certeza, mas pela incerteza.”⁵⁴

⁵² GARRAFA, Volnei . Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 78. 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 principialismo bioético ante o pluralismo moral, a variedade cultural e os macroproblemas sociais das nações periféricas.”

⁵³ PENNA, João Bosco; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; SILVA, Lillian Ponchio e. **Por uma bioética trabalhista**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=545>. Acesso em: 19 fev. 2010.

⁵⁴ Conforme o autor, o objetivo principal, ao tratar da natureza transdisciplinar da bioética, é associar ao invés de isolar, é estimular o pensamento na 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. GARRAFA, op. cit., p. 79.

Ao fazer uma pesquisa, pode-se concluir que a grande maioria das questões relacionadas à Bioética e ao Biodireito envolve a eutanásia, o aborto, a pesquisa de embriões, as células-tronco e a evolução das ciências biomédicas. Em suma, são discussões que possuem como núcleo as dimensões da vida e morte do ser humano.

No entanto, o presente estudo visa ir além dessas questões já muito debatidas, embora ainda não sejam consensuais. Logo, em virtude de suas naturezas, parte-se da premissa segundo a qual Bioética e Biodireito precisam transitar, também, na seara do Direito Penal e das demais ciências com as quais se relacionam.

Na verdade, busca-se discutir a possibilidade de se analisar o delito de infanticídio à luz da Bioética crítica. Em outras palavras, acredita-se que a Bioética, por ser transdisciplinar, vai além de temas relacionados ao momento da vida e da morte, como também compreende todo o curso da vida, bem como a qualidade dessa vida.

1.4.1 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.

Assim, vale dizer que o direito à vida é garantido pelo Estado constitucional democrático brasileiro a todos os indivíduos que se encontrem em território nacional. Logo, constata-se que o constituinte de 1988 concebe a vida como um direito humano fundamental.

Na verdade, a vida antes mesmo de ser um direito, “[...] é pressuposto e fundamento maior de todos os direitos.” Portanto, pode ser entendida como um princípio que deve ser observado a todos sem distinção. Assim, todos têm direito à vida, bem como o dever de respeitar a vida.⁵⁵

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, estabelece que a personalidade civil da pessoa começa do “nascimento com vida”. No instante em que se inicia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente comprovado através do exame de docimásia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade.

⁵⁵ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 267.

Nesse mesmo sentido, a Resolução n.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.”⁵⁶

Conforme leciona 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.⁵⁷

Pois bem, por todas essas razões é que o Direito, através de suas normas, busca conceder um tratamento mais rigoroso, no que se refere aos apenamentos, na hipótese de o direito à vida ser violado.

Daury 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 deve ser protegido e garantido.⁵⁸

Nessa linha, por ser considerada o bem jurídico mais importante, tanto a Bioética, como o Direito Penal, possuem o objetivo primordial de proteger a vida, tanto que é ela que inaugura a parte Especial do Código Penal.

Mergulhado neste contexto, João Bosco Penna busca sintetizar essas ideias, acentuando que a vida representa, inquestionavelmente, o fundamento dos demais direitos. Vale aqui destacar a sua lição:

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.⁵⁹

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.

Aliás, é brilhante a constatação de Daury Cesar Fabríz ao afirmar que a Bioética, por ser ciência da vida, possui o “[...] livre exercício do especular em torno das várias

⁵⁶ apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22-23.

⁵⁸ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 268-269.

⁵⁹ PENNA, João Bosco. **Enfermidade incurável x deformidade permanente sob a óptica médica e médico-legal**. Franca: Ed. Unesp/FHDSS, 2004. p. 17.

possibilidades dos elementos que integram a vida.” Sendo assim, conclui o autor que “[...] cabe ao Direito proceder ao enquadramento legal, no sentido de se preservar a integridade da vida e da pessoa humana.”⁶⁰

Nesse sentido, a vida é considerada a premissa maior, sendo que existem 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.

A partir dessas constatações, verifica-se que, o Direito Penal, assim como todo Direito, constitui um processo vivo. Desta forma, é impossível que se mantenha imutável. Além disso, é fenômeno cultural e, portanto, deve corresponder as necessidades de cada momento histórico.

Tais observações são apropriadas tendo em vista todos os avanços da ciência no campo da vida. Assim, as tecnologias inovadoras relacionadas a esse campo representam um desafio para o Direito, que tem a missão primordial de assegurar o direito à vida e a dignidade humana, como também a integridade das futuras gerações.

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

Nessa diversidade de temas, encontram-se assuntos ligados ao progresso desenfreado da ciência, como também alguns debates antigos, mas que, necessariamente, precisam ser revisitados, assentados sobre múltiplas reflexões.⁶¹

A vida, bem jurídico de maior transcendência, deve ser protegida não apenas pelos seus critérios biológicos, mas também pelo aspecto da dignidade inerente a ela. Quando se trata de vida digna, direitos como a liberdade e a igualdade encontram-se inseridos em seu conteúdo.

Diante disto, uma questão que pode ser colocada como problemática diante 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 em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, lançando-se ao rio, ou, como contemplado na Ordenação

⁶⁰ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 273.

⁶¹ 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.

de Carlos V, o sepultamento do criminoso em vida, o seu empalamento, afogamento ou dilaceração com tenazes ardentes.⁶²

No entanto, atualmente, o delito é etiquetado doutrinariamente como uma 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, 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 razão de o bem jurídico tutelado ser o mesmo, representa uma das “formas visíveis de injustiça”.⁶³

É notória a intensidade de alterações pelas quais o delito de infanticídio passou ao longo dos tempos. Entende-se que, por ser uma forma de homicídio, cujo objetivo principal é tutelar a vida, necessariamente vislumbra-se uma intensa relação com a Bioética.

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 dos direitos humanos terem que ser observados como valores supremos e transcendentais, exige-se que a problemática do infanticídio seja revisitada.

Não são somente os avanços científicos que afetam o ser humano, mas também questões que permeiam a sociedade há muitos anos, como é o caso do infanticídio, e, portanto, indubitavelmente, deve ser considerado um problema bioético, de modo que seja intensamente debatida a problemática sobre qual seria a melhor forma de se tutelar a vida nesse caso.

A temática dos direitos humanos impõe uma reflexão que se insere em 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, de maneira crítica, deve estudar esse delito, não somente como uma questão da seara penal, mas também como um problema fundamental da Bioética, em sua árdua missão de verificar quais as maneiras mais adequadas de se tutelar a vida.

⁶² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2. p. 42

⁶³ 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. p. 51.

CAPÍTULO 2 BIOÉTICA, DIREITO PENAL E MULHER

2.1 A complexa relação entre a mulher e o Direito Penal

Após ficar constatada a estreita relação entre a Bioética e o Direito Penal, isto é, em virtude do fato dessas disciplinas trilharem o mesmo caminho na busca das maneiras humanamente mais adequadas de se 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 este considerado extremamente necessário para uma compreensão aprofundada do delito de infanticídio, objeto do presente trabalho.

A análise desses campos leva em consideração a imensa contribuição da mulher na vida social, política, econômica e cultural, assim como sua função na família, de forma a deixar evidente a existência de diversos fatores culturais que desaguaram na consolidação do dogma da superioridade masculina. Com relação a essa complexa temática, que cuida da maneira pela qual o sistema penal trata a mulher, vale ressaltar que o ponto que mais gera discriminações está relacionado à sexualidade feminina, dentro da qual se compreende a função materna.

Segundo a historiadora da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Ana Paula Vosne, a responsabilidade da mulher pelo cuidado dos filhos é fruto do resultado de um processo datado historicamente. A professora explica ainda que essa imagem foi reforçada no século XVIII, no qual o objetivo principal era a manutenção da sociedade patriarcal. Assim, com o tempo, “[...] as mulheres tiveram de lutar para terem um espaço maior na sociedade.”¹

Uma das principais lutas foi pelo acesso ao sufrágio. As mulheres eram equiparadas aos doentes, deficientes mentais e às crianças, consideradas intelectualmente incapazes de exercer direitos políticos.

O senador norte-americano George G. Vest em 1897 escreveu que o exercício do voto degradaria a mulher, por iria lhe subtrair a capacidade de influir, “[...] com seu carinho delicado e gentil os atos do marido.” Leda Maria Hermann relata que este não foi o único político a defender isso. Grover Cleveland, ex-presidente americano, disse em público que “[...]

¹ 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.

um dos grandes encantos das mulheres está no fato de elas não serem particularmente receptivas ao raciocínio.” Há ainda, em 1900, um tratado de obstetrícia sustentando que a mulher “[...] tem cérebro muito pequeno para o intelecto, mas grande o bastante para o amor”, dando embasamento médico para essa forma de discriminação.²

O direito de votar somente foi estendido à mulher na década de 30 do século passado. Foi precisamente em 1933 que o código eleitoral brasileiro concedeu o direito ao voto às mulheres.³

Maria Garcia, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 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 às advogadas era paternalista, “[...] éramos tratadas como se fôssemos umas bobinhas, não advogadas.”⁴

Nessa mesma entrevista, a professora Maria Garcia deixa claro o seu pensamento ao afirmar que “[...] não pense que sou feminista, não sou. Sou feminina. Apenas uma mulher.” E conclui de modo brilhante afirmando que ser mulher é ser autêntica, sensível, forte e saber sentir a diferença.⁵

Diante disto, fica nítida a maneira pela qual a mulher é tratada no seio social, no qual teve que 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 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 como cumpridora desses códigos, 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 ao ressaltar que “[...] a história mostrou-nos que os homens sempre

² Leda Maria Hermann explica que: “Da subserviência à figura paterna a mulher passava diretamente à submissão e obediência ao marido.” 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. p. 61.

³ SUFRÁGIO feminino. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sufr%C3%A1gio_feminino>. Acesso em: 18 abr. 2010.

⁴ GARCIA, Maria. Entrevista. **Jornal do Advogado**, São Paulo, ano 35, n. 348, p. 12-13, mar. 2010.

⁵ Ibid.

detiveram todos os poderes concretos; desde os primórdios tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência, seus códigos estabeleceram-se contra elas.”⁶

Na verdade, essa vigilância social é encontrada tanto nos meios formais de controle social, dentre os quais se vislumbra a inserção do Direito Penal, mas também pode ser constatada nos meios informais, tais como a igreja, a mídia, a escola, a prática da medicina, o mercado de trabalho e a opinião pública.

A consequência mais imediata desse problema é o processo de segregação e preconceito encontrado nas leis penais, de modo que fica evidente a impregnação de valores extremamente machistas.

É lícito concluir que essa situação representa o oposto da aspiração 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 com a lógica da segregação inerente ao Direito Penal e a lógica da inclusão dos direitos humanos.

Vale 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.

Com relação a essa problemática, verifica-se que a seara penal, muitas vezes soluciona questões essenciais, mas, noutro giro, age de modo a reforçar antigas discriminações. Portanto, não seria exagero dizer que há uma grande necessidade de se rever a crença sobre o funcionamento do sistema penal em relação às questões de gênero, levando em consideração que, em sua atuação, 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 elas quais forem, resultam das gerações anteriores. Em outras palavras, o momento vivido atualmente, baseado em atitudes discriminatórias, é fruto do que foi vivenciado até então. Em sendo assim, pode-se dizer que há uma transferência dos valores considerados importantes em determinados momentos históricos, sejam eles positivos ou negativos.

Analisando a transmissão desses valores, é possível perceber, por exemplo, que em determinados momentos, a sociedade ficou atrelada ao valor do “santo”, isto é, o valor religioso, de modo que todos os outros valores derivavam deste primeiro.

Tudo isso, na verdade, demonstra que o Direito Penal não somente transporta, como também acaba por reproduzir esses valores considerados extremamente relevantes no meio

⁶ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 179.

social, em determinada época. Logo, observa-se que, por um período extenso, a mulher foi trata de maneira discriminatória, ou seja, como um objeto pertencente ao homem, vestígio este sombrio e brutal da cultura patriarcal.

Seja como for, tudo isso revela a lógica de reprodução dos valores pelo sistema penal. Aliás, é forçoso reconhecer que existem diversas passagens que podem servir como nítidos exemplos desse processo de segregação, como é o caso da civilização judaico-cristã, ao ressaltar a inferioridade biológica e intelectual da mulher, sendo que as genealogias bíblicas não listavam as filhas mulheres, além da submissão amplamente presente nos livros do Antigo Testamento. De um modo geral, a obediência total e irrestrita da mulher perante o homem representava regra inquebrantável e somente a fertilidade conferia à mulher algum prestígio.⁷

Com suas diferentes nuances, dentre esses espaços, destaca-se que o senso comum, fruto da cultura patriarcal, trata a mulher de maneira discriminatória, ao utilizar-se de expressões (infelizmente) aceitas no meio social, consideradas normais, mas que contém um forte conteúdo de violência, pois acaba por atingir, de maneira intensa, a dignidade humana.

Exemplos dessas expressões são encontrados facilmente, tais como “mulher gosta de apanhar”, “mulher é o sexo frágil”, “mulher no volante perigo constante”, dentre outras. Indubitavelmente, essas inúmeras manifestações no seio social podem ser encontradas, ainda que de modo não tão explícito, também no sistema de justiça criminal, baseado em valores que consagram o moralismo sexista.⁸

Essas são, por assim dizer, constatações de que existe uma infinidade de mecanismos que acabam por legitimar tais comportamentos, pois fazem com que a prática cotidiana violenta faça parte das relações sociais. Em suma, é de clareza solar a alta carga de violência contida nessas práticas, levando em consideração o fato de que muitos não conseguem visualizar isso prontamente.

Portanto, é preciso lembrar que, inúmeras vezes, o Direito Penal age de modo a confirmar a superveniência dos valores patriarcais na sociedade. Logo, diante de uma realidade social profundamente injusta, essa análise das várias facetas da violência é fundamental. Tais expressões 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.

⁷ Leda Maria Hermann explica que: “Da subserviência à figura paterna a mulher passava diretamente à submissão e obediência ao marido.” 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. p. 54.

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 275-276.

Um exemplo dessa situação de submissão e discriminação pode ser encontrado na 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. Em outras palavras, essa é mais uma constatação da submissão da mulher em relação ao homem, também no campo criminal, de fato que essa situação permite que a mulher concilie suas tarefas de dona de casa e mãe, constituindo-se, dessa forma, numa alternativa de subsistência.⁹

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 dados disponibilizados 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.¹⁰

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 (artigos 12 e 16 da Lei 6368/76) e à nova Lei de Drogas (artigos 28 e 33 da Lei 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.”¹¹

Edson Ferreira e Cistina 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 dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como se trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.¹²

Os autores ainda complementam esse ensinamento de Mandela, ao pontuarem que não é somente pelo modo que uma nação trata seus cidadãos mais baixos, mas sim pelo modo como os maltrata, ou, até mesmo, pelo modo como os ignora.

⁹ SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Org.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁰ FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr. 2010.

¹¹ *Ibid.*, p. 13. Fica claro que, muitas vezes, essas mulheres praticam uma conduta tipificada como crime por desconhecerem os grandes riscos que correm ao decidirem transportar drogas para dentro dos presídios pelas mais diversas razões, entre as quais, questões afetivas, necessidade financeira para si e para seus filhos, medo e coação moral.

¹² MANDELA, Nelson. Longo caminho para a liberdade. Porto: Campo das Letras, 1995 apud FERREIRA; ZACKSESKI, op. cit., p. 13.

Vale ressaltar que o estudo demonstra graficamente que o perfil da mulher presa no Presídio Feminino de Brasília é de uma cidadã pobre, parda, com ensino fundamental incompleto, jovem, com idade entre 18 a 25 anos, solteira, católica, presa por uso e tráfico de drogas.¹³

Portanto, lamentavelmente, é nítida a forma com que as instâncias de controle recrutam sua clientela no segmento mais vulnerável. Assim, “[...] há uma contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.”¹⁴

Parece acertado dizer que fica escancarada a profunda sintonia existente entre os mecanismos de controle social informal (igreja, escola, família, entre outros) 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. Acerca desse problema, na previsão do crime de adultério, o homem apenas era considerado autor deste delito caso promovesse a manutenção de uma concubina. No entanto, para a mulher ser considerada como autora, um pequeno desvio de conduta era mais do que suficiente para configurar o adultério.

É certo, portanto, que o Código Penal de 1940 trilha, em muitas de suas passagens, essa mesma linha de cunho 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”.¹⁵

Nesse mesmo diapasão, Miguel Reale na obra “Novos Rumos do Sistema Criminal” menciona que vários autores enaltecem a virgindade, chegando até mesmo a considerá-la como um estado santo. Além disso, verifica-se que as mulheres são tratadas pelos estudiosos do campo penal como “ingênuas donzelas”.¹⁶

Em outras palavras, é dessa forma que foi edificado o Direito Penal, com base na cultura patriarcal, extremamente discriminatória. Ao optar por esse tipo de tutela, no Direito Penal, a mulher é considerada como uma desprotegida, enquanto o homem é visto como o “assaltante da honra feminina”. Galdino da Siqueira relata que o legislador do Código Penal,

¹³ 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, Edson; ZACKSESKI, Cristina. O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr. 2010.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 148.

¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 78

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.”¹⁷

Na precisa observação de Miguel Reale, o fato é que esse tabu da virgindade implica em dizer que esse pensamento reflete o que é vivenciado na sociedade, na qual a mulher é vista apenas nos “limites estreitos das tarefas domésticas”.¹⁸

Torna-se então evidente que há um condicionamento obrigatório dos papéis a serem desempenhados pela mulher na sociedade e, assim, esta visão foi refletida também no Direito Penal. Outro fato que confirmava isso era o 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 relação aos gêneros e afirma que a discriminação das mulheres na definição do delito de sedução representava o ápice da afronta à dignidade feminina.¹⁹

O legislador penal distinguia a mulher virgem do homem virgem, que na cultura machista deve ser “iniciado sexualmente” após os 14 anos.²⁰ Portanto, caso fosse seduzido por uma mulher, estaria recebendo, na verdade, “um benefício”. Por outro lado, a mulher virgem seduzida não seria beneficiada, mas, ao contrário, isso seria um malefício na ótica 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.”²¹

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 senso comum, dotado de ausência crítica, com a finalidade de revelar a intensa carga moralizante contida no ordenamento jurídico, principalmente na seara penal. Para que isso seja feito de maneira efetiva, não basta um

¹⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1951. v. 1. p. 254.

¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 179.

¹⁹ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 172

²⁰ 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, como 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, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 225–226.

²¹ 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, op. cit., p. 172 -173

simples conhecimento descritivo das normas, mas sim uma reflexão verdadeiramente comprometida em desvendar os valores consagrados por tais normais.

Dessa forma, a exclusão, a opressão e a dominação são valores amplamente presentes nas discriminações, sejam elas baseadas no gênero, cor, raça, classe, etnia, crença e demais preconceitos, fulminando na colocação de mulheres, pobres, negros e homossexuais à margem da sociedade.

É muito interessante o posicionamento de Nilo Odália ao afirmar que, inúmeras vezes, um comportamento extremamente violento pode passar despercebidamente, ou seja, como se fosse um ato natural, necessitando de um certo esforço para que haja a percepção que se trata de uma violência.²²

Tal constatação revela os valores transmitidos e consagrados pelas leis penais. Se for feita uma leitura apenas superficial de tais normas, não é possível revelar essa alta carga discriminatória. Na verdade, isso acaba por reforçar a convicção da seletividade do sistema penal em relação às mulheres.

Não seria despropositado concluir que fica comprovado 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, por ser o Direito Penal uma espécie de controle formal, acaba por reproduzir os valores reconhecidos na sociedade. Nesse ponto, é necessário ressaltar o modo pelo qual a mulher é decodificada pelo sistema penal.

Todas essas 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 a 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.”²³

²² ODÁLIA, Nilo. **O que é violência**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. (Primeiros passos, 59). p. 23.

²³ 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. 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.”²⁴

O autor observa ainda que essa 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, consistente na tarefa de manter uma 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 de “mulher honesta”, na qual a decência e a honra do comportamento sexual são atributos ligados por essa ideologia a um perfil específico de mulher, ou seja, “[...] trata-se da mulher casada, do lar, educadora dos filhos, sem trabalho externo.”²⁵

Mais um fato que comprova o ranço machista na sociedade brasileira presente no Código Penal era a intitulação “crimes contra os costumes”. Paulo César Corrêa Borges explica que a palavra “costumes” era utilizada como um sinônimo de “moral pública sexual”.²⁶

É certo que esse título foi alterado recentemente, com a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, passando a conter a denominação de “crimes contra a dignidade sexual” e, embora tenha sido considerado por muitos como um grande passo, ainda falta muito para que o Direito Penal realmente desvincule-se de sua alta carga moralizante preconceituosa.

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira ressalta ainda 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 capaz, por si só, de repercutir no modo pelo qual o discurso do sistema punitivo desempenha suas funções.²⁷

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

²⁴ 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, jun. 2006.

²⁵ Ibid..

²⁶ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 164.

²⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 19.

preconceituosas como mulher honesta e mulher virgem”, eliminadas somente em 2005, o legislador de 1940 discriminou à mulher, numa clara afronta à igualdade material.²⁸

Daí a necessidade de se 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.²⁹

É interessante observar também que o conceito de honestidade era diferente na relação homem e mulher. Assim, convém lembrar que, 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 ao caráter sexual. Sem diminuir a importância da retirada da expressão “mulher honesta” da legislação penal, isso ainda não implica na superação completa da questão.

É certamente com preocupações dessa natureza que Paulo César Corrêa Borges sustenta ainda 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 sim a chamada moral pública sexual, reconhecendo que ainda falta muito para que haja uma real superação das discriminações decorrentes da visão machista do legislador penal de 1940, “[...] para a implementação prática e legislativa da igualdade entre homens e mulheres, no Brasil.”³⁰

Ainda sobre essa efetiva superação das discriminações, o autor acima citado 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.”³¹

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 de clareza solar a proteção da família nos moldes patriarcais, que busca a procriação “legítima”. Ou seja, a

²⁸ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 165.

²⁹ Ibid. 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 numa “coisa” que vive para servir os apetites sexuais masculinos.

³⁰ Ibid., p. 175.

³¹ 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, Paulo César Corrêa. A questão de gênero no código penal. In: _____. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007. p. 193.

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.

Mergulha nesse contexto, é extremamente interessante a constatação de Vera Regina Pereira de Andrade, no momento em que estabelece a ligação entre o casamento, a família e a reprodução legítima. Conforme explica 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.³²

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 objetivos.”³³

Assim, não basta simplesmente “[...] jogar na lata do lixo da história legislativa conceitos legais arraigados na tradição jurídica brasileira”, senão de fazer refletir no 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 com 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.”³⁴

Em sendo assim, avaliar toda essa complexidade inerente ao fenômeno da discriminação em relação à mulher somente é possível a partir de uma abordagem crítica da realidade, ou seja, a única que pode proporcionar uma compreensão adequada do tema.

³² Sobre o assunto, recomenda-se a leitura completo do estudo: 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. Nesse mesmo trabalho, a autora explica os mecanismos através dos quais a violência institucional conserva e reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista.

³³ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³⁴ 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. 19, jun. 2006.

2.2 Criminologia crítica, Bioética crítica e o movimento feminista

Constatado, portanto, o conteúdo discriminatório com base no gênero presente em muitos dispositivos penais, busca-se avaliar os diversos movimentos que contribuíram para que esse tema entrasse na pauta das discussões atuais.

Tais movimentos, com fundamento 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 implementação de justiça social. Assim, propalam a necessidade de rompimento com a mera reprodução acrítica do saber jurídico.

Antônio Alberto Machado explica que, na verdade, as correntes críticas do Direito buscam realizar uma “interpretação transcendente da ordem normativa”, isto é, orientadas pelo critério da inclusão social, visam fazer do Direito um dos “[...] instrumentos de transformação sociopolítica, econômica e cultural.”³⁵

No entanto, desde já, é preciso esclarecer que os ordenamentos jurídicos, em geral, sempre foram tidos como mecanismos de manutenção da ordem, sem qualquer compromisso com a transformação social.

Pois bem, parte-se primeiro de uma análise da Criminologia tradicional, considerada a ciência que estuda o delito, o delinqüente, a vítima, bem como o controle social dos delitos. Assim, contempla diversas searas do conhecimento, tais como a Sociologia, a Política, a Economia, a Psicologia, entre outras.

Constata-se que, inicialmente, 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 delinqüente e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito.³⁶

Assim, a Criminologia tradicional justificava etiológicamente a clientela do sistema penal afirmando que os criminosos seriam, dessa forma, indivíduos com alta carga de periculosidade, com uma maior tendência a cometer crimes.

³⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

³⁶ 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). p. 66.

Com efeito, surge a Criminologia crítica para romper com o “senso comum” que não se aprofunda nas raízes dos problemas. Portanto, parte do pressuposto de que o sistema penal protege os interesses que são próprios das classes dominantes, mantendo o “*status quo*”, perpetuando, assim, a desigualdade social.

Nesse diapasão, o pensamento crítico estabelece um diálogo com as determinantes sociais do fenômeno jurídico. Assim, as teorias críticas são sensíveis aos problemas reais da sociedade e comprometidas com a transformação democrática.³⁷

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 existência digna, visto que a desigualdade social no Brasil é gritante, devendo, desse modo, ser combatida. Apenas dessa forma é que será implementada a igualdade material, que é a essência do Estado Democrático. Com efeito, o autor conclui que o Direito Penal poderá ser considerado democrático na medida em que não for utilizado como “[...] instrumento de opressão de classes sociais subalternas e alcançar todas as classes sociais na mesma proporção.”³⁸

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”. Nesse sentido, 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”.³⁹

Importa, por conseguinte, situar a entrada do movimento feminista no âmbito da Criminologia crítica, que foi responsável por revitalizar a discussão sobre a utilização 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 uma visão predominantemente masculina nos conceitos jurídicos.

Essa entrada do movimento feminista foi muito importante, pois houve uma contribuição na ampliação do objeto de estudo da Criminologia crítica. Verificou-se que a seletividade presente no sistema penal, num primeiro momento, não abrangia a desigualdade de gêneros, mas tão somente a desigualdade de grupos e classes.

³⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

³⁸ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 19.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 162.

Assim, as criminólogas feministas afirmam que, quando o Direito Penal exclui o gênero “mulher” do seu objeto, exclui, assim, o controle social, a criminalidade e a criminalização da metade da população, formada por mulheres. Dessa forma, a Criminologia feminista, ao entrar no campo criminológico, situou as categorias de patriarcalismo ao lado de 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.⁴⁰

Essa introdução da questão de gênero na Criminologia crítica trouxe uma dupla contribuição: propiciou uma maior compreensão sobre o funcionamento do sistema penal, como também mostrou que, sob o aparente mito da neutralidade e tecnicismo através do qual são aplicadas as normas e são formulados os conceitos jurídicos, há uma visão predominantemente masculina.⁴¹

Em nome disso, percebeu-se a necessidade do movimento feminista também se interar às questões bioéticas, após ser constatada a reprodução do viés hierárquico de gênero, classe e raça. Assim, começaram os debates sobre a vulnerabilidade das mulheres. Dessa forma, a desigualdade social, inclusive com base no gênero, foi colocada como uma instância necessária para a reflexão bioética.

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, até mesmo na criação de tipos legais, através da estereotipia, a discriminação está presente.

2.3 Buscar a igualdade ou marcar a diferença?

A questão central é a existência de diferenças entre o homem e a mulher, principalmente quanto às funções reprodutivas. Mas, vale ressaltar que 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?

⁴⁰ Sobre esse tema, recomenda-se a leitura do estudo feito por 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.

⁴¹ Ibid.

O fato é que a sexualidade feminina é o ponto que mais desperta 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 um modo geral, é possível afirmar que, da submissão à figura paterna, a mulher passava à submissão do marido.

Vale destacar a existência de 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. Esta obra, rica por sua natureza interdisciplinar, relata que o primeiro impulso em 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.⁴²

O médico Averroes, que viveu de 1126 a 1198, deu exemplos de aptidão das mulheres na guerra e afirmava que não via impedimento algum a que exercessem o governo. Essas idéias 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.⁴³

Noutro giro, a referida obra mostra, também, a crença que existia sobre a relação das mulheres com a feitiçaria. Há a referência ao documento “*Malleus Maleficarum*” no qual consta que os atos de bruxaria eram justificados pela inferioridade genética da mulher. Assim, acreditava-se que o sangue das mulheres exalava vapores, lançando, dessa forma, feitiços.⁴⁴

Zaffaroni também menciona o documento “*Malleus Maleficarum*” (traduzido para “Martelo das feiticeiras”) e explica que representa o primeiro modelo integrado de Criminologia e Direito Penal. Segundo o autor, nesse documento 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 fé, isto é, a mulher era considerada mais fraca que o homem na questão da fé (mais capaz de ofender o Criador) o que se reafirmava por meio de uma etiologia improvisada, na qual “*femina*” derivava de “fé” e “*minus*”.⁴⁵

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, salários

⁴² FARBEN, Seymour M.; WILSON, Roger H. **Que é a mulher**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.

⁴³ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

inferiores, alegação de incapacidade de exercer direitos políticos, 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.

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

Vera Regina Pereira de Andrade explica que o movimento feminista está sempre se debatendo nesse dilema, indagando se a igualdade deve ser buscada ou se é a diferença em relação ao masculino que deve estar bem marcada. A autora, desde o início, deixa claro seu posicionamento, no qual acredita na minimalização do sistema penal, bem como na descriminalização das ofensas contra a moral sexual, tais como o adultério, a casa de prostituição e a sedução.⁴⁶

Vale ressaltar que, a vertente do movimento feminista que acredita no sistema penal como sendo o melhor meio de resolver os problemas em relação ao gênero, confia na chamada “função simbólica” do Direito Penal. Ou seja, a esperança alimentada é de que esse ramo do Direito exerça uma pedagogia social e, assim, ocorra uma mudança de consciência e atitude masculinas.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, essas duas facetas do movimento feminista acabam por afetar a própria unidade do movimento. A autora salienta que redimensionar um problema social e convertê-lo em problema penal representa uma trajetória de alto risco, pois equivale a duplicá-lo.⁴⁷

Nesse sentido, essa conversão irá submeter tal problema a um processo que, na verdade, desencadeia mais violência e bem mais problemas do que se propõe a resolver. O sistema penal, por ser um subsistema de controle social seletivo e desigual, conforme já foi demonstrado, é também um sistema de violência institucional.

Vera Regina Pereira de Andrade demonstra ainda que essa crença está baseada no mito da lei penal ser igual para todos, ou seja, acredita-se que os autores de comportamentos anti-

⁴⁶ 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. p. 105-130.

⁴⁷ Ibid. A autora demonstra, ao longo do texto, que através de uma ideologia extremamente sedutora, o sistema penal promete que o paraíso passa pela sua mediação.

sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas tem “chances” de converter-se em sujeitos de processo de criminalização, com as mesmas conseqüências.⁴⁸

Com efeito, não se trata de sustentar a igualdade absoluta entre o ser humano feminino e o ser humano masculino, levando em consideração que inúmeras diferenças já foram ressaltadas, como por exemplo, a questão da reprodução. Entretanto, essas diferenças não implicam em sustentar a superioridade ou inferioridade.

Vale dizer que não se pode confundir vulnerabilidade, opressão e desigualdade com diferença. Essa ponderação é feita por Débora Diniz e Dirce Guilhem ao afirmarem que “diferença é um valor moral da modernidade que merece e deve ser preservado”. Em nome disso, ressaltam ainda que o pressuposto da diferença é um dos componentes filosóficos do pluralismo moral, projeto este em torno do qual boa parte das teorias críticas da Bioética 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.”⁴⁹

Portanto, fica clara a advertência, no sentido de ser fundamental diferenciar vulnerabilidade de diferença e, ainda, desigualdade de 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 trazida à baila pelas professoras acima citadas, ao afirmarem que “[...] 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.”⁵⁰

No entanto, apesar dessa constatação, vertentes femininas ainda recorrem ao Direito Penal, sobrevalorizando a intervenção penal e acreditando em seu valor simbólico. Na verdade, o Direito Penal, em muitos casos, cumpre como 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.

⁴⁸ 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. p. 105-130.

⁴⁹ 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.portalmédico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

⁵⁰ Ibid.

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.”⁵¹

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.⁵²

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

Logo, pode-se concluir que as diferenças trazidas no Código Penal, no tratamento das mulheres, são baseadas em discriminações e preconceitos. Em suma, esse tratamento diferenciado está a serviço de interesses masculinos e da perpetuação do dogma da superioridade masculina, pois são diferenças discriminatórias, e não emancipatórias.

2.4 A missão da Bioética na tutela da vida sob a perspectiva da mulher

Após ter ficado demonstrada a questão do tratamento dispensado à mulher pelo sistema penal, no qual ela é considerada uma pessoa sujeita a uma maior proteção, passa-se a uma análise do modo pelo qual a Bioética enfrente tais questões de gênero, com a finalidade de tutelar a vida, inclusive a da mulher.

Além disso, ficou evidenciado que, na visão do legislador de 1940, o casamento representava a grande realização feminina. Portanto, o objetivo primordial da mulher, seguindo essa linha de pensamento, era o matrimônio, como se fosse a única maneira dela se sentir completamente realizada.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução por Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 149.

⁵² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 30.

Todas essas constatações confirmam a existência do sentimento patriarcal que perdurou ao longo dos tempos na sociedade e, indubitavelmente, contaminou os ordenamentos jurídicos no Brasil.

Mergulhado nesse 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 este pelo qual o referido autor afirma sua predileção por esse tipo de ser humano.⁵³

Vale lembrar que o artigo 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, Convenção esta que reafirmou a extensão dos direitos humanos às mulheres, com fundamento na igualdade de gêneros.

Com efeito, desnecessário dizer que, diante de tais verificações, qualquer concepção machista e preconceituosa deve ser rechaçada, pois não se compatibiliza com a isonomia constitucional. Portanto, surge a questão: como a Bioética deve enfrentar tais questões?

Volnei Garrafa 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.” Conforme o autor, 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.⁵⁴

Nesse sentido, acredita-se 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, é investigar qual é 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.

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 184.

⁵⁴ O autor explica que foi em 2002, no Sexto Congresso Mundial de Bioética, realizado em Brasília, que foi trazida à tona essa necessidade de propor soluções e intervir nessas gritantes questões relacionadas as desigualdades sociais, tanto que a temática do evento foi “Bioética, Poder e Injustiça”. GARRAFA, Volnei. O novo conceito de bioética. In: _____; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 12-13.

Portanto, a preocupação central é estudar as desigualdades sociais (em especial a assimetria de gênero) refletidas nas leis penais, com o olhar crítico da Bioética. Vale dizer que, formalmente, num primeiro momento, a proposta do presente trabalho estava vinculada apenas ao estudo da vida do nascente no delito de infanticídio.

Entretanto, ao fazer uma análise mais aprofundada sobre esta problemática social, verificou-se que, no histórico do infanticídio, muitos outros pontos são igualmente relevantes, tais como a forma de tratamento dispensado a mulher nesse delito, bem como 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 tais motivos, é que se entendeu necessário tratar da 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 consolidada 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, homicídio passional, dentre outros.”⁵⁵

Portanto, o fato é que a prática reflexiva da Bioética crítica nessa problemática é essencial. As professoras de Bioética do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, Débora Diniz e Dircem Guilhem, demonstram que a interação efetiva do feminismo às questões bioéticas permitiu que situações e abordagens tradicionalmente silenciadas fossem postas na mesa de discussões sociais e acadêmicas.⁵⁶

Em sendo assim, a Bioética crítica representa mais do que a defesa da condição feminina, pois representa o que se denomina de “nova onda reflexiva da Bioética”, na qual pessoas historicamente desconsideradas (sejam elas mulheres, crianças, minorias étnicas ou idosos) passam a compor a pauta das discussões, ampliando-se, assim, o foco da Bioética.

Há ainda a crença de que a Bioética feminista relaciona-se apenas às questões das mulheres na Bioética, ou ainda que são mulheres falando de Bioética. No entanto, ainda que tenha relação com ambas as coisas, a Bioética feminista não se restringe a esses pontos, pois representa a análise de todas as questões bioéticas (eutanásia, aborto, infanticídio, entre

⁵⁵ SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Org.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 259

⁵⁶ As autores definem bioética crítica considerando três eixos conceituais como referência: classe, raça e gênero. 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.portalmédico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

outras) sob o “[...] compromisso compensatório de interesse dos grupos e pessoas socialmente vulneráveis.”⁵⁷

Sem sombra de dúvida, isso se deu a partir da constatação de que a estrutura da Bioética estava composta por “pressupostos absolutos, ocidentais (euro-americano), racistas (branco), classistas (capitalista) e sexistas (masculino)”, 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.⁵⁸

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 foi denominada de “Bioética para privilegiados”. Tal 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.⁵⁹

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 pelos religiosos Jeová. Noutra giro, 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.⁶⁰

Assim, as práticas cotidianas e normalizadas pela sociedade, tais como aquelas relacionadas ao racismo ou sexismo, foram esquecidas pela teoria Bioética. Fala-se muito nas práticas eugênicas do nazismo e esquece-se de vários outros absurdos que são frutos das desigualdades sociais, tais como a falta de leitos nas Unidades de Tratamento Intensivo (UTI).

⁵⁷ 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.portalmédico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid. As autores relatam que a categoria “outros(as)” não foi incluída pela teoria dos quatro princípios.

Para Débora Diniz e Dirce Guilhem, “[...] 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.”⁶¹

Portanto, as teorias tradicionais da Bioética reproduzem o viés hierárquico de raça, classe e gênero. Assim, não contemplam a pluralidade de vozes morais de grupos e pessoas socialmente vulneráveis e não rompe com as amarras dos princípios considerados universais.

Daí decorre a advertência no sentido de não ser essa a Bioética necessária, utilizada como um 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 com que o fantasma do elitismo, do absolutismo e do imperialismo rondem cada vez mais intensamente a Bioética.”⁶²

Portanto, fica demonstrada a falência das teorias principialistas da Bioética. Na verdade, a missão da Bioética é, através de projetos éticos, amparar e defender pressupostos universais, do mesmo modo como 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.⁶³

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 do conflito moral, que não esteja comprometida com a hegemonia do poder, mas sim que analise criticamente as estruturas de poder presentes no seio social que influenciam lesivamente na escolha de pessoas, principalmente aquelas em situações de vulnerabilidade.

Dessa forma, a entrada da perspectiva crítica na Bioética, especialmente o feminismo, veio para abalar os pressupostos considerados “clássicos” da Bioética. Busca-se uma

⁶¹ 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.portalmédico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid. As professoras de Bioética explicam 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.

estratégia que compense as diversas formas de desigualdade social, sendo esta a única forma capaz de possibilitar os verdadeiros ideais da Bioética.

Entende-se assim que verdadeira função da disciplina é a não manutenção do seu “*status quo*”, devendo defender o pluralismo moral como exercício da liberdade, buscando diminuir as desigualdades e opressões.

O indivíduo, para a Bioética crítica, deve ser considerado de maneira contextualizada, a partir de uma análise crítica dos pressupostos “fundamentais e silenciosos da Bioética”, de modo a combater a chamada “acomodação teórica e instrumental” da disciplina.⁶⁴

Portanto, 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 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, bem como a superação de antagonismos.⁶⁵

Portanto, vai além de temas que estão “na moda” da Bioética, pois parte para uma análise dos efeitos perversos da teoria principialista, 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.⁶⁶

Assim, trata-se de um campo bastante amplo, no qual pode ser observado outro fato que corrobora a amplitude do termo: a lista das redes incentivadas e apoiadas pela Associação Internacional da Bioética (IAB). Esta Associação defende o valor das discussões livres, abertas e ponderadas sobre os aspectos da Bioética e, ao examinar sua lista, é encontrada a seguinte expressão: “abordagens feministas da Bioética”, comprovando, assim, a diversidade de tópicos a serem abrangidos pela Bioética.⁶⁷

Isso significa que o círculo da Bioética inclui preocupações com a saúde humana como um todo. Nesse sentido, Alastrair V. Campbell explica que a Bioética está inevitavelmente envolvida em questões sociais e políticas. O professor menciona ainda que

⁶⁴ GUILHEM, Dirce. **As escravas do risco: mulheres, bioética e AIDS**. 2000. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2000. Desenvolve, pontualmente, tais questões.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 93-94.

⁶⁶ Artigo de Alastrair V. Campbell, professor de Ética na Medicina. CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 22.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 27.

“[...] a revolta das feministas da Bioética contra a abordagem baseada em princípios também tem ajudado a abrir o debate de uma forma valiosa.”⁶⁸

Assim, parte-se da premissa de ter ficado demonstrada a pertinência do tema do presente trabalho que, ao constatar a maneira discriminatória pela qual a mulher é tratada pelo sistema penal, acredita-se que pouca proteção real pode ser esperada desse sistema. Daí emerge o questionamento: 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 tem como função latente consagrar a discriminação contra a mulher?

Como será estudado nos próximos capítulos, é preciso analisar de modo aprofundado esse tema, bem como estudar as transformações pelas quais esse delito passou, desde a tutela da honra de mulher aos critérios fisiopsicológicos encontrados no temido estado puerperal.

Portanto, vislumbrar esse desenvolvimento do foco da Bioética, ampliando a sua visão, representa um desafio que, apesar de contar com muitos adeptos, como ficou demonstrado, ainda encontra vozes que buscam restringir a Bioética aos aspectos biotecnológicos.

É evidente a existência de inúmeras conquistas científicas que merecem ser aplaudidas. Mas, é inevitável apontar também assimetrias e desigualdades que permeiam os avanços. Márcio Fabri dos Anjos, professor doutor em Teologia, ressalta a necessidade de se pensar a Bioética levando em conta desigualdades tão brutais, como as encontradas no Brasil.⁶⁹

Assim, fica reforçada a necessidade de se abrigar na Bioética uma consideração eficaz das desigualdades sociais com que a vida é produzida. No entanto, não se pode negar que qualquer transformação, independente do lugar e do tempo é um processo dificultoso, pois implica em abandonar hábitos arraigados.

Antônio Alberto Machado destaca que toda mudança é um processo doloroso e traumático, ao levar em consideração que, em muitos casos, representa a “perda de privilégios e comodidades”. Na obra “Ensino Jurídico e Mudança Social”, refletindo acerca do papel e da função do Direito, o autor ressalta a lentidão presente em toda mudança de cultura e mentalidade, por ser um fenômeno gradual e paulatino.⁷⁰

⁶⁸ CAMPBELL, Alastair. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 34

⁶⁹ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 50.

⁷⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 158.

Com efeito, as mudanças relacionadas à cultura patriarcal e machista estão mergulhadas nesse contexto. Diante de tal 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 contundente nos próximos capítulos, confirma a existência dessa cultura de estereotipia e humilhação no sistema penal, pois carrega o pesado fardo do preconceito ao tratar da honra da mulher numa sociedade com bases patriarcais.

Assim, o que se busca é demonstrar que o motivo da preservação da honra sexual da parturiente, já 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 verdade, ao impor uma pena reduzida, esse tipo surge para proteger a mulher debilitada pelo tortuoso estado puerperal ou para legitimar a discriminação contra a mulher? O núcleo da questão consiste no próprio sentido desta tutela. Vera Regina Pereira de Andrade indaga:⁷¹

[...] 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 nesta corrida do controle social informal ao controle formal reencontra a mesma resposta discriminatória em outra linguagem?

É Certamente com preocupações dessa natureza que Paulo César Corrêa Borges 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 arripio da consagrada igualdade entre ambos na Constituição Federal de 1988.⁷²

⁷¹ 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. p. 105-130.

⁷² BORGES, Paulo César Corrêa. A questão de gênero no código penal. In: _____. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007. p. 193.

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 uma matéria criminal. A superação desses problemas depende de profundas mudanças estruturais da sociedade, através da disseminação de uma nova cultura, fundada no respeito e na igualdade, que está intimamente relacionada com a missão da Bioética no contexto das desigualdades sociais.

CAPÍTULO 3 A POLÍTICA CRIMINAL E O INFANTICÍDIO

3.1 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 seara penal, em razão de se definir qual a função do Direito Penal. Observa-se, assim, a existência de diversos entendimentos que buscam identificar e revelar o significado dessa missão.

O Direito Penal, por ser um instrumento de viabilização de convivência harmônica, representa um processo vivo, composto por 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 contínuo câmbio.

Na verdade, a lei penal é uma ferramenta valiosa de ação do Estado e que, conseqüentemente, provoca transformações no meio social. Obviamente, é preciso conceber o Direito Penal como um fenômeno cultural, que participa da dinâmica social, sendo influenciado por ela, bem como exercendo também fortes influências na sociedade.

Assim, um engessamento jurídico-penal de forma alguma é desejado. Daí decorre a necessidade de constantes mudanças, com a finalidade de torná-lo cada vez mais democrático. A sociedade contemporânea exige essa constante revisão de seus institutos, caso contrário seria algo fadado ao fracasso.

Apesar de tamanha discussão, a maioria das correntes que busca definir a função do Direito Penal trata da tutela dos bens jurídicos, seja de maneira direta ou indireta. Portanto, em todas as definições, uma característica comum emerge: a passagem pela teoria do bem jurídico.

Nesse sentido, através do Direito Penal são tutelados os bens que são extremamente valiosos em determinada sociedade e que não podem ser protegidos, de maneira satisfatória, pelos outros ramos do Direito.

Nas enfáticas palavras de Claus Roxin a missão do Direito Penal é a “[...] proteção subsidiária de bens jurídicos.”¹ O referido autor define bem jurídico como sendo as “[...]”

¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 51.

circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global.”²

Afirma-se, dessa maneira, que o Direito Penal possui 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 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: científico e objetivo.

O sistema aberto de Direito Penal, sob o aspecto científico, implica na incompletude e a provisoriade do conhecimento científico. Cláudio do Prado Amaral explica que o Direito Penal não é um sistema definitivo e, portanto, não é fechado, pois está aberto a revisões e modificações. Por isso, o que dá sentido ao trabalho científico é a possibilidade de progresso, resultando na abertura do sistema científico.³

Já sob o aspecto objetivo, significa que a abertura do sistema resulta da essência do Direito Penal, concebido como um fenômeno no processo da História e, por isso, mutável. Claudio do Prado Amaral, enaltece esse aspecto, ao dizer que é nesse ponto que reside uma “[...] invejável qualidade do sistema aberto: sua aptidão prática.”⁴

Pois bem, para tornar essa noção de bem jurídico político-criminalmente útil, a proposta de Figueiredo Dias desenvolve-se a partir da Constituição, na qual os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal, ou seja, bens jurídico-penais, através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.⁵

Essa seleção de bens a serem tutelados pelo Direito Penal ocorre por meio do critério político, pois com a evolução da sociedade, bens que eram tidos como extremamente valiosos em determinado contexto e, assim, mereciam proteção penal, podem não mais gozar de tamanha importância.

² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 56

³ Cláudio do Prado Amaral afirma que essa possibilidade de revisão e modificação favorecem o espírito crítico do pesquisador. AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. (Monografias, 44). p. 41

⁴ Ibid., p. 41-42, 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.”

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 66.

Rogério Greco cita a revogação dos delitos de sedução, rapto e adultério, como exemplo da constate mutação, na qual é possível verificar a existência de bens que eram considerados essenciais e que já não merecem mais essa proteção. Essa revogação foi levada a efeito pela Lei 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 40, período no qual foi editado o Código Penal que se encontra ainda em vigor, embora com algumas alterações, não é mais o mesmo papel do século XXI.⁶

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 no mais variados setores. Fábio Romeu Canton Filho relata que as mulheres, em suas missões, dirigem estruturas 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.”⁷

Assim, essas constantes mutações no seio da sociedade, implicam numa alteração dos bens jurídicos considerados como objetos da proteção penal. No caso acima relatado, fica nítida essa passagem de desconsideração de bens não mais relevantes no contexto atual. Portanto, a revisão é contínua.

Sérgio de Oliveira Médici acrescenta que, alguns desses bens subsistem a toda espécie de movimento sócio-cultural, como a vida e a integridade física e que podem, por isso, 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 consequente incriminação do adultério.”⁸

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, problemática esta intimamente ligada ao questionamento da função atribuída ao Direito Penal. Fernando

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. v. 1.

⁷ CANTON FILHO, Fábio Romeu. Mulheres avançam no universo produtivo. **Jornal do Advogado**, São Paulo, ano 35, n. 348, p. 24, mar. 2010.

⁸ 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, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 180

Andrade Fernandes ressalta que essa missão consiste em “[...] viabilizar as condições essenciais para a plena realização da personalidade humana.”⁹

Portanto, o ser humano deve ser sempre a referência central dessa proteção, legitimando-se, desse modo, a interferência do Direito Penal no respectivo modelo social. Trata-se, então, de assegurar os bens jurídicos, que são os pressupostos para uma existência em comum, punindo as violações em determinadas condições.

Na verdade, essa idéia 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.¹⁰

Tal 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.

Há uma clara constatação de que punir toda e qualquer violação contratual não seria adequado, pois muitas vezes, a proibição através do Direito Penal seria severa em demasia. Um exemplo dessa situação 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 em consonância com a Constituição Federal, pois nela estão plasmados os princípios fundamentais do Estado.

Os valores contidos na Constituição, tais como a liberdade e a igualdade, necessariamente devem ser observados, com olhos de lince, pelo Direito Penal. Assim, os bens tidos como fundamentais para o Direito Penal devem ser revelados a partir da Constituição.

Vale ressaltar 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.

⁹ FERNANDES, Fernando Andrade. 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. p. 56

¹⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

Portanto, em um Estado Social e Democrático de Direito material toda a ordem jurídica deve estrita obediência à Constituição Federal, devendo promover seus valores. Em suma, vale dizer que, de acordo com a hierarquia das normas jurídicas, a legislação infra-constitucional tem a Constituição como seu fundamento. Michele Cia desataca que “[...] nesse contexto também se insere o Direito Penal, sobretudo por representar a intervenção mais grave e aflagante sobre os cidadãos.”¹¹

Luis Greco, ao escrever um artigo em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin” sintetiza bem essa ideia, ao citar Wolter, aluno de Roxin, no momento em que afirma que “[...] o direito penal é direito constitucional aplicado.”¹²

Paulo César Corrêa Borges explica que os objetivos e limites da ação estatal encontram-se fixados na Constituição de cada país e, caso haja uma reforma constitucional, essa haverá de ser materializada em uma reforma penal. Desta forma, será mantida a relação entre concepção de Estado constitucionalmente consagrada e os limites do poder criminalizador.¹³

Inviável seria a concepção de um Direito Penal sem que guarde correspondência com a realidade sobre a qual é aplicado. Assim, a Constituição exerce a tarefa de apontar para o legislador quais são 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 atribuídos a toda pessoa humana.

Paulo Corrêa Borges explica ainda que colocar a liberdade e a igualdade em primeiro plano é a principal característica do Direito Penal democrático.¹⁴ É correto, assim, falar que a dignidade da pessoa humana é a “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”, desde os direitos pessoais (tais como o direito à vida, 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 seara penal se dá através dos concretos bens jurídicos objetos de tutela, cumprindo assim a função de exteriorizar a sua proteção.¹⁵

¹¹ CIA, Michele. Simbolismo penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007. p. 12.

¹² 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. 137, out./dez. 2000.

¹³ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005. p. 52.

¹⁴ Ibid., p. 66.

¹⁵ FERNANDES, Fernando Andrade. 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. p. 64 - 65

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

Vale destacar a observação de Sérgio de Oliveira Médici sobre essa problemática:

[...] 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.¹⁶

Portanto, pode-se dizer que o Direito Penal é processo histórico e, portanto, mutável. Um exemplo dessa constante revisão que deve ser efetuada é encontrado no 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 posteriormente: o estado puerperal.

3.2 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 em Franz Von Liszt que a Política Criminal aparece, pela primeira vez, de maneira contundente. Cláudio do Prado Amaral trata Von Liszt como um “grande arquiteto da Política Criminal”, pois foi pioneiro no desenvolvimento da importância do enfoque político-criminal de maneira sistemática.¹⁷

Portanto, é possível observar que, nesse momento, a Política Criminal já era concebida como uma disciplina científica. Portanto, vale pontuar que a alegação segundo a qual “política não é ciência” já estava superada.

Assim, para Von Liszt, a política criminal é uma disciplina científica que trabalha com os critérios que determinam uma luta eficaz contra os crimes. Entretanto, isso não significou para ele misturar o Direito Penal com a Política Criminal.¹⁸

¹⁶ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

¹⁷ AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. (Monografias, 44). p. 206.

¹⁸ *Ibid.*, p. 207, explica que se tratava de “[...] uma política criminal sob os signos do empirismo e da eficiência.”

Pois bem, a tal proposta de Von Liszt, na qual foi adotado o referente de racionalidade empírico, de eficácia, foi alterada substancialmente por Claus Roxin ao tratar de um segundo fator de racionalidade: o valorativo, de garantias.¹⁹

Dessa forma, Von Liszt tratava da Política Criminal em seu sentido prático, ou empírico. Noutra giro, Claus Roxin complementava esse entendimento, atribuindo também à Política Criminal um sentido científico, ou teórico, com uma base racional fundada em princípios orientadores.

Na verdade, Von Liszt e Claus Roxin apresentam um pensamento convergente no sentido de afirmar que a função do Direito Penal é proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do Estado. Porém, para Roxin, ao contrário de Lizst, a Política Criminal e o Direito Penal mesclam-se.

Paulo Queiroz explica que grande parte da doutrina distingue Direito Penal, Política Criminal e Criminologia através da utilização da estrutura tridimensional do Direito, de modo que a Criminologia se ocuparia do crime enquanto fato, a Política Criminal enquanto valor, e o Direito Penal enquanto norma. O professor da Universidade Católica de Salvador afirma que, atualmente, pode-se perceber que houve uma evolução no sentido de 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.”²⁰

Em síntese, pode-se dizer que o caminho que se reputa mais acertado é permitir que as decisões valorativas político-criminais adentrem no sistema do Direito Penal. Portanto, acredita-se numa superação da visão do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia como disciplinas estanques, incomunicáveis.

Vale ressaltar, conforme anota Nilo Batista, que a Política Criminal tem, atualmente, uma amplitude enorme, não podendo reduzi-la ao papel de “conselheira da sanção penal”, limitada a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas.²¹

Conforme o esclarecimento de Fernando Andrade Fernandes, o Direito Penal representa a veste, ou seja, a forma através da qual as proposições de Política Criminal revelam-se, de forma que é somente através das normas de Direito Penal que a Política Criminal pode realizar sua exteriorização.²²

¹⁹ AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. (Monografias 44). 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.

²⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **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>. Acesso em: 9 mar. 2010.

²¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan 2001. p. 35.

²² FERNANDES, Fernando Andrade. 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. p. 82.

Neste contexto, Zaffaroni e Pierangeli, com muita precisão, 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 esta tutela seja efetiva.²³ 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.

Na verdade, todas essas observações traçadas até aqui sobre a relação entre a Política Criminal e o Direito Penal são importantes para uma maior compreensão sobre o modo pelo qual se estrutura a Parte Especial do Código Penal. Sendo assim, através da Parte Especial são identificados os valores que em determinado momento da cultura são julgados merecedores da proteção penal.

Nesse sentido, Sérgio de Oliveira Médici explica que algumas regras devem ser respeitadas. Conforme o autor, 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.²⁴

Portanto, é por meio da Política Criminal que o Estado determina a orientação a ser seguida na elaboração das leis penais, no que se refere a prevenção e repressão à criminalidade. Assim, a partir dos conhecimentos criminológicos e sociais, indica o caminho para a prevenção e, se necessário, para a repressão dos delitos. Daí resulta a importância do estudo da Política Criminal na temática do infanticídio.

3.3 A atuação da Política Criminal na elaboração dos tipos penais

A 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, nas questões relacionadas ao infanticídio, é preciso compreender essa dinâmica social, ou seja, as esferas da convivência humana, com suas características internas próprias, mas que não são estanques, visto que há interação entre os espaços estruturais.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 132.

²⁴ MÉDICICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 220.

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.²⁵

Interessante notar que, em cada um desses lugares descritos há uma determinada manifestação de poder. Em sendo 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 das relações globais capitalistas desiguais.

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

Assim, a subtração da igualdade no espaço doméstico através das relações patriarcais é refletida nos demais espaços, atingindo não somente as mulheres, como 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.²⁶

Essa constatação foi obtida através de uma análise da importância que as mães dão ao bem-estar da prole e a oportunidade que tem quando a sua condição de agente é respeita e fortalecida, no mercado de trabalho e nos espaços públicos, influenciado, assim, nas decisões familiares e atuando resolutivamente na proteção dos filhos.

Assim, a chamada “diferenciação desigual” tratada por Boaventura de Sousa Santos exclui os diferentes por diversas formas: preconceito, estereotipia e outras manifestações, nas quais as discriminações com base no gênero estão incluídas.²⁷

Tais discriminações pautadas no gênero permeiam todos os demais espaços estruturais, cristalizando-se, assim, em múltiplas formas de violência. Desta forma, entende-se

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 277-278.

²⁶ 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. p. 62.

²⁷ SANTOS, op. cit., p. 287.

que, cabe à Política Criminal analisar a idoneidade da proteção social encontrada na legislação vigente e, por meio de uma postura crítica, propor as reformas necessárias.²⁸

Vale ressaltar que, em sua atuação, a Política Criminal pode se valer não apenas dos meios penais, como também dos demais instrumentos de proteção. Portanto, contribuir na elaboração das leis penais, definindo os bens a serem tutelados, bem como as medidas de proteção a esses bens, é uma das atribuições da Política Criminal.

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.²⁹

Pode-se concluir, então, que cabe a Política Criminal criticar os valores e os caminhos já eleitos, trabalhando na construção da Parte Especial do Direito Penal. Assim, emergem 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 garantia dos valores mais altos da sociedade e das pessoas que a integram, quanto maior o relevo do bem, mais severa deve ser a sanção cominada.³⁰

Nesta 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.

É necessário ainda destacar que uma lei não pode apresentar “[...] figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas.”³¹ Através desses ensinamentos, é fácil contemplar a inadequação da expressão do “estado puerperal” presente no delito de infanticídio, delito este que tutela o bem mais valioso da sociedade, mas que contem tal expressão extremamente ambígua, pois confunde esse elemento biopsicossocial com a defesa da honra da mulher, critério este já utilizado anteriormente na tipificação do delito, que será estudado pormenorizadamente no próximo capítulo, que cuida das oscilações legislativas sofridas pelo infanticídio.

²⁸ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. 1. t. 1. p. 37.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 3. ed. São Paulo RT, 2001. p. 132.

³⁰ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 186.

³¹ *Ibid.*, p. 201.

3.4 A tutela do bem jurídico no infanticídio: a vida

Percorrido este caminho inicial, é preciso ressaltar ainda que as normas jurídicas são frutos de decisões políticas. Em outras palavras, no momento em que há a criminalização ou descriminalização de determinada conduta, foi através de uma decisão política que, necessariamente, se chegou a determinado resultado. Logo, o tratamento dispensado ao delinquente também é o resultado de decisões políticas. Por esses motivos 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 através de uma constante revisão do Direito Penal vigente, propondo medidas alternativas. Considera, assim, que deve haver uma percepção crítica acerca da realidade socioeconômica onde opera. Vale ressaltar que, no Brasil, o principal adepto é Roberto Lyra Filho, que com sua obra “Criminologia Dialética” é considerado o precursor dessa corrente.³²

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 refere-se ao objeto do saber (o crime e os criminosos), bem como aos produtores do saber (os criminólogos).³³

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 relaciona-se 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?”³⁴

Dessa indagação, decorrem muitas outras, tais como:

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 tem sobre o sistema de justiça? Reprodutor ou transformador? Como o sistema de justiça criminal trata a mulher no seu interior

³² LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia dialética**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. 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. A autora cita a obra “O Homem criminoso” do médico italiano César Lombroso.

³⁴ Ibid..

(funcionária) e desde o exterior (como autora e vítima de crimes)? É possível responder a essas questões? Existe um incognoscível criminológico?³⁵

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, as mulheres, nos Códigos, sempre têm a seu favor “[...] a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional)”. Com base nessas constatações, Vera Regina Pereira de Andrade conclui que os chamados “[...] estados especiais são os álibis de sua fragilidade.”³⁶

Com efeito, fica ilustrada a dimensão dos desafios teórico-práticos que a Política Criminal, a partir desses dados revelados pela Criminologia, está convidada a enfrentar num tempo de profundas transformações nas relações sexuais e de gênero, e que não mais se legitimam, segundo Vera Regina Pereira de Andrade, fazendo eco com Boaventura de Sousa Santos, “[...] nem desigualdades inferiorizadoras, nem igualdades descaracterizadoras.”³⁷

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

³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. 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.

³⁶ Ibid. Relata que “[...] a mulher só corresponde ao estereótipo de perigosa no trânsito!”

³⁷ Ibid.

CAPÍTULO 4 CRITÉRIOS DE CONCEITUAÇÃO LEGISLATIVA DO INFANTICÍDIO

4.1 O Infanticídio: uma prática antiga.

A prática do infanticídio possui uma longevidade que se perdura no tempo. Com esta frase, Joana Maria Pedro mostra que, apesar de muitas tentativas de controle, de atribuições de penas diversas, através da criminalização e descriminalização, essa prática foi mantida pelo costume.¹

Na obra “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 no período de 1950 a 1996 poucas notícias sobre inquéritos ou processos por infanticídio foram veiculadas e a forma pela qual se referiam às infanticidas também mudou, pois passaram a ser tratadas como “[...] pobres mulheres, ignorantes e miseráveis.”²

Na verdade, as histórias que transmitem 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 se considera a superfície. São destas histórias de esgotos e canalizações que fazem parte os delitos de infanticídio, revelando outras percepções do discurso enaltecido das mães. Em outras palavras, mostra o avesso das “delícias da maternidade.”³

Sendo assim, pode-se afirmar que “[...] lidar com os temas bioéticos não é uma tarefa agradável.” Débora Diniz e Dirce Guilhem ressaltam que o sofrimento é a essência dos conflitos relacionados à bioética. Grande parte das disputas a que os pesquisadores da bioética dedicam-se a pensar está “[...] embebida no sofrimento, na dor da angústia da imoralidade, um sentimento tão degradante quanto o da perda da própria dignidade.”⁴

¹ A autora demonstra, ao longo de sua obra, 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. PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 21.

² Ibid., p. 12.

³ Ibid., p. 10. 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 às formas de contracepção?

⁴ 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 dos seres humanos, 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 próprios. DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 116.

A característica dos temas bioéticos, com raras exceções, é a impossibilidade de consenso moral. Por exemplo, a possibilidade da 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 [...]”⁵

Sendo assim, ao longo dos tempos, o infanticídio foi alvo de leis, de investigação pela Inquisição, de preocupações da medicina e do setor público. Portanto, a maneira como está prática foi registrada, discutida e enfrentada revela a forma pela qual foi sendo construída a “civilização brasileira”, por meio da regulamentação das condutas sexuais das mulheres, no interior de relações hierarquizadas de classe e gênero.⁶

É nítido o tratamento preconceituoso dispensado à mulher delinquente, tratamento este que busca, através do escândalo e punição, mostrar pelo lado negativo, a maneira pela qual as moças de família que prezam a honra e a distinção devem se comportar. Portanto, o aparato jurídico está preparado para exercer a pedagogia de condutas femininas.

Não há dúvidas de que existem formas mais justas e eficientes de diminuir sensivelmente o crime de infanticídio, como por exemplo, propiciar uma assistência a saúde de qualidade às mães e divulgar meios contraceptivos eficientes.

No entanto, infelizmente, no século XX foram encontrados inúmeros casos dessa prática, tais como corpos de recém-nascidos mortos aparecendo boiando na praia, nos porões, na fossa, no poço, no bananal, mandados para o ex-namorado numa caixa de papelão, embaixo da cama e enterrados no quintal.⁷

Na verdade, o infanticídio é considerado o último recurso adotado quando as práticas contraceptivas e técnicas abortivas não dão resultado. Assim, é preciso encarar o infanticídio como uma prática que ocorre, na maioria das vezes, como consequência de uma gravidez não desejada.

Existem muitas formas desse crime ser efetivado, tais como: não higienizar o recém-nascido, jogá-lo no chão, enfiar um graveto em sua garganta ou encher a sua boca com areia. Parte dessas práticas é feita de forma coletiva, acompanhada de justificativa sobrenatural e na forma de ritual. Nesta categoria, as maneiras mais encontradas foram a colocação de

⁵ DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p.117.

⁶ Joana Maria Pedro faz um estudo aprofundado sobre os casos de infanticídio ocorridos em Florianópolis e, nesta pesquisa, revela que isso somente mostra a ponta de um “iceberg”. PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas**: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 21.

⁷ Ibid., p. 20.

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.⁸

Valéria Trigueiro Santos Adinolfi explica que a prática de infanticídio ocorre entre diversos povos. Os esquimós Tetsilik, por exemplo, o fazem como meio de controle populacional, para obter um equilíbrio entre o número de crianças e o número de caçadores e, portanto, entre comida e demanda.⁹

Assim, essas informações encontradas em épocas e contextos distintos, revelam a existência de muitos casos de infanticídio. Diante disto, considera-se essencial, para o presente trabalho, destacar algumas dessas situações, não de forma a se traçar uma “evolução histórica”, mesmo porque não dá pra se afirmar que houve uma evolução nesse sentido. Portanto, passa-se a análise dessa prática em diversos momentos e em diferentes culturas.

Um fato surpreendente é a prática da eliminação de recém-nascidos pelas escravas. Foi constatado que tal atitude estava ligada à tentativa de livrá-los da escravidão. Essa situação foi comprovada pela redução do número de casos, após a Lei do Ventre Livre.¹⁰

Neste contexto de rejeição, recusa e abandono de recém-nascidos, surgiu na Itália, no século XVII, a instituição da “roda dos expostos”, a partir das confrarias de caridade, com a finalidade de acolher e batizar recém-nascidos rejeitados. Essa “roda dos expostos” era fixada num muro da instituição e possuía uma divisória ao meio. O recém-nascido era colocado de um lado e, então, puxava-se uma cordinha com um pequeno sino para avisar que um bebê acabava de ser exposto. Assim, garantia o anonimato dos pais, protegendo, portanto, a honra das famílias e tinha o objetivo de evitar um mal maior, o infanticídio.¹¹

Convém destacar que, com o nascimento da sociedade burguesa ocidental, foram instituídos os 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 atribuídos ao homem. A transmissão da propriedade que se acumulava “[...] exigiu da mulher a fidelidade e

⁸ Há um interessante trabalho realizado por: 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. Discute a prática de infanticídio no contexto desses grupos indígenas e revela os desafios que isso gera 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.

⁹ Ibid., p. 14.

¹⁰ COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983. p. 65.

¹¹ PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 33.

o casamento como forma legítima de expressão de sua sexualidade, a dedicação à maternidade como constituição da identidade de gênero.”¹²

No Brasil, no final do século XIX, houve um aumento expressivo da preocupação do setor público e da sociedade como um todo em relação a tal prática. Essa situação é 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.¹³

Assim, a participação das parteiras, compartilhando segredos e cuidados com as mulheres, foi perdendo o lugar para o conhecimento médico no controle da sexualidade feminina e na formulação de políticas públicas.

Correspondia, desta forma, a 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 pelos conhecimentos científicos dos médicos.

Poder contar com o auxílio dos 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 redução alguma, nem das mortes infantis, nem das mortes maternas.¹⁴

As parteiras afirmavam que os médicos não tinham paciência, recorrendo, frequentemente, ao parto com fórceps, realizado via vaginal (parto normal), no qual há a utilização de um instrumento cirúrgico parecido com uma colher, introduzido no canal genital da parturiente, ajustando-se nos lados da cabeça do bebê para auxiliar o obstetra a retirá-lo do canal de parto em casos de emergência ou sofrimento fetal.

Nesse diapasão, o conhecimento médico foi sendo solicitado e utilizado, cada vez mais, também na formação do processo judicial. Portanto, inúmeros personagens extrajurídicos começaram a participar dos processos, auxiliando por meio de laudos os magistrados em suas conclusões.¹⁵

Daí decorre a conclusão segundo a qual a participação do conhecimento da Medicina Legal era cada vez mais importante. Conforme o professor Juan Antonio Gisbert Calabuig, “[...] *la Medicina Legal, o Judicial, o Forense, denominaciones sinónimas [...] nació com las exigencias de la justicia.*” Assim, para Calabuig, a Medicina Legal pode ser definida como

¹² PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX.** Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 27.

¹³ Ibid., p. 38.

¹⁴ Ibid., p. 40.

¹⁵ FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1984. p. 25.

*“[...] 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.”*¹⁶

Portanto, o juiz começa a contar com a colaboração de todos aqueles que podiam auxiliar, com conhecimento específico, na busca de sentenças mais justas. Numa primeira conclusão, 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.”*¹⁷

O professor Calabuig destaca ainda a importância desse auxílio e afirma isso *“[...] de tal modo que algún autor há llegado a decidir que los médicos legistas eran el ‘ojo y la mano del Juez.’”*¹⁸

No Brasil, o Código Penal de 1890 já contava com a participação do conhecimento 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.¹⁹

Desta forma, as práticas anteriormente realizadas por mulheres (parteiras e curandeiras) transmitidas por muitas gerações, cederam lugar ao conhecimento médico e masculino.

É interessante destacar também que o primeiro inquérito policial de acusação de infanticídio data de 1912. No entanto, foi somente em 1929 que uma mulher, Theodora Franzina da Luz, foi processada judicialmente por esse delito, sendo levada a júri popular.²⁰

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 por três ocasiões, apesar dos esforços do promotor para condená-la. Todavia, naquela mesma época, outras mulheres que (diferentemente da primeira) contrataram bons advogados, por terem melhores condições econômicas, foram condenadas, enquanto Theodora, com seu advogado dativo, foi absolvida. Assim, indaga-se *“[...] estariam as mulheres pobres sendo*

¹⁶ CALABUIG, Juan Antonio Gisber. **Medicina legal y toxicología**. Valencia: Sección Saber, 1977. p. 3.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., p. 4. 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.”*

¹⁹ PIRANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Javoli. 1983. p. 5.

²⁰ Processo judicial n. 3901, conforme pesquisa feita no Arquivo do Fórum de Florianópolis por: PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 45.

consideradas incapazes, ainda, das normas ‘civilizadoras’ e, portanto, passíveis de maior condescendência?”²¹

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 de exemplo para demonstrar essa estratégia de controle. Catharina Maria Rosa, residente no distrito de Cachoeira, município de Florianópolis, conta 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, como 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.”²²

Nesse caso, o próprio magistrado reconheceu que o inquérito policial, por si só, já representava uma punição. A narração da chegada da polícia e o desenterramento do recém-nascido são reconhecidos como uma 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 este ato Catharina “[...] tentou poupar uma

²¹ PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 45

²² Ibid., p. 46-47. Processo judicial n. 106, conforme consta na pesquisa realizada no Arquivo do Fórum de Florianópolis.

família pobre, mas honesta, da vergonha intensa por que afinal veio a passar, com a divulgação dos fatos que este processo registra.”²³

Observa-se ainda que a gravidez indesejada era ocultada por diferentes formas pelas mulheres. Muitas usavam roupas largas, cintas apertadas e evitavam o contato com demais pessoas. 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 resultados do envolvimento das mulheres em casos extraconjugais. Portanto, divulgar esses casos de forma escandalosa por meio dos jornais tinha a finalidade de assustar as demais mulheres, instituindo os papéis de gênero e definindo o que era certo e errado no comportamento feminino.

Desta forma, o objetivo principal era demonstrar o que acontecia com as mulheres que não se preservavam para a procriação legítima. Portanto, as infanticidas geralmente eram mulheres pobres e sozinhas que não correspondiam a expectativa da sociedade e serviam para ensinar, pelo lado negativo, como deveriam se comportar as mulheres distintas e as mães exemplares.

Joana Maria Pedro revela ainda que, por serem geralmente solteiras, não participavam das chamadas “redes de solidariedade feminina” que compartilhavam 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 esse problema”.²⁴

Uma sociedade hierarquizada por classe e gênero jamais aceitaria e reconhecera como pessoa um recém-nascido fruto de uma gravidez ilegítima. Na verdade, uma sociedade com essas características não pretende fazer qualquer investimento nessas crianças indesejadas, pois são de responsabilidade exclusiva das mães.

“A obrigação de ser mãe não criou a correspondente obrigação de ser pai.” Com esta frase, Joana Maria Pedro mostra que a prática do infanticídio está intimamente ligada às relações de gênero e de classe.²⁵

Neste 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 bananeiras e, logo após, voltou pra dentro da casa pra continuar o seu trabalho. Quatro dias após tal fato, estranhando o movimento de corvos em seu quintal,

²³ PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 47.

²⁴ Ibid., p. 55-56.

²⁵ Ibid., p. 57.

o padrão de Florência acabou encontrando os restos mortais de um recém-nascido sendo devorado pelas aves.²⁶

Houve a denúncia por infanticídio. No entanto, por não conter o exame de “docimásia hidrostática” o Juiz de Direito Miletto Tavares julgou improcedente a denúncia. Segundo o juiz, este exame era um requisito indispensável para a caracterização do crime.²⁷

Pode-se concluir que, conforme a decisão do magistrado, Florência ficou em paz. No entanto, será que os vizinhos, parentes, patrões e amigos também deixaram Florência em paz?

Indubitavelmente, Florência foi punida não pelo controle social formal, mas sim pelo informal, pois teve sua vida exposta aos vizinhos, parentes e amigos. Assim, este entre outros fatos foram estudados, analisados e julgados pelo saber médico e jurídico da época.

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

As mulheres acreditavam encontrar no infanticídio uma forma de resguardar a sua honra perante uma sociedade impiedosa. Palavras e expressões tais como “pobreza”, “loucura”, “mulher não honesta”, “vida desregrada”, “desnaturadas”, “loucas”, “desgraçadas” e “desumanas” apareciam constantemente nos processos judiciais.

Isso demonstra a existência de relações de exploração, as quais 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.”²⁸

Nesses processos, a participação masculina era dominante em todas as instâncias dos poderes públicos. Os homens eram chamados a valorar as condutas dessas mulheres. Nos casos investigados, os homens envolvidos eximiam-se de qualquer culpa, geralmente negando a paternidade ou afirmando não ter participação “direta” no crime.

Portanto, a punição ocorria por diversas maneiras, ou seja, através da publicidade que era dada aos processos, por meio da presença da polícia na casa das denunciada, chamando

²⁶ 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. p. 60

²⁷ 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, Genival Veloso. **Medicina legal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 299.

²⁸ Ibid., p. 88.

atenção da comunidade e dos jornais, bem como o comparecimento dos vizinhos como testemunhas funcionavam como uma punição para essas mulheres.

Quando não resultavam em prisão, já representavam, assim mesmo, uma exclusão da acusada do corpo social, devido ao escândalo que tal publicidade gerava. Tal isolamento leva a chamada “morte social”, muitas vezes, pior que a morte biológica. Sem dúvida, o escândalo é uma forma de punição, por ser “uma espécie de exclusão no próprio local.” Michel Foucault explica que não é uma transferência para fora do corpo social, mas sim um isolamento no interior do espaço público, moral e psicológico formado pela opinião. Portanto, é uma punição que a própria sociedade instituía sobre as acusadas, ao 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.”²⁹

Assim, a punição por meio do escândalo apresentava-se junto à punição criminal, como uma punição que a sociedade instituía sobre as acusadas. Outra forma de punição e exposição dessas mulheres ocorria por meio da realização de um “auto de exame de parto suposto”, expondo ainda mais a mulher, ou seja, representava mais uma forma de violência. Com este exame, os peritos buscavam no corpo da mulher mais um indício do crime. Foi o que fizeram com Izabel de Oliveira em 1937:

Passaram os peritos a fazer o exame ordenado e investigações que julgavam necessárias, findos os quais declararam tratar-se de uma mulher de tipo mesostenico, 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 [...].³⁰

Assim, os peritos examinavam e valoravam os órgãos sexuais femininos. É nítido que, muito mais 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.

Sendo assim, o processo judicial constituía-se, nesses casos, em pedagogia para as camadas populares, divulgando os papéis sociais esperados para as mulheres, circulando também através dos jornais, da Igreja e das conversas informais.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 82.

³⁰ Ação criminal n. 92, arquivo do Fórum Municipal de Florianópolis, pesquisado por: 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. p. 92.

Na verdade, abria-se um leque de possibilidades para se 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, pelo poder público, dentre outros segmentos sociais. Os julgamentos das réus 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 que a sociedade esperava de uma mulher.³¹

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 de seu marido, abandonou o seu lar.³²

Assim, os juízes e os promotores atuavam no sentido de impor as leis previstas no Código Penal, formuladas por grandes juristas brasileiros e que legislavam, também, de acordo com os grandes interesses da elite nacional. Assim, os inquéritos policiais, as sessões do tribunal e a divulgação por meio dos jornais, constituíam-se em uma pedagogia, segundo a 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, sendo que todo e qualquer desvio dessa conduta “natural” a todas as mães, é duramente condenado.³³

Portanto, percebe-se que, nos séculos XVIII e XIX, quando a polícia encontrava um recém-nascido, ainda não dispunha de um saber “científico” para afirmar, de fato, quem houvera dado à luz e abandonado. Já no século XX, os peritos médicos eram responsáveis por responder às questões que iam sendo problematizadas, pois eram detentores de um conhecimento mais apropriado para investigar tais casos.

Na verdade, conforme será detalhado nos próximos tópicos, o Código Criminal de 1830 estava baseado no pressuposto de que o infanticídio era motivado pra preservar a honra

³¹ 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. p. 105.

³² Ibid., p. 107

³³ 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. p. 112.

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’.³⁴

Assim, 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.

Sendo assim, o conhecimento médico que serviu, num 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 as expectativas e aos papéis sociais esperados por uma sociedade que desejava ser “moderna e civilizada”.³⁵

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 avanços, como também barreiras significativas no tratamento desse delito.

Na década de 70, 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) promoveram o que Joana Maria Pedro denomina de “[...] uma verdadeira revolução no campo da sexualidade e do direito das mulheres ao controle sobre seu corpo.”³⁶

Essa “revolução sexual” repercutiu na imprensa do mundo inteiro. Em plena vigência da Ditadura Militar no Brasil, coube às mulheres retomar, na década de setenta, o movimento Feminista, que estava adormecido desde meados de 1930.

³⁴ 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. p. 131.

³⁵ Ibid., p. 137.

³⁶ PEDRO, Joana Maria. 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, 2003. p. 169.

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 também em outros países, a legislação referente a esses temas tem percorrido caminhos de 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. Vale destacar que, por muito tempo, a mulher foi tratada como sendo um erro, um deslize no processo de nascimento, um homem mal gerado, imperfeito. Num estudo que trata sobre o aborto, as autoras desse trabalho destacam o pensamento de Tomás de Aquino, o qual vale a pena ser transcrito nesse momento, pois possibilita uma maior compreensão 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?”³⁷

No entanto, a partir de 1950, ocorreram muitas mudanças no Brasil. O processo de urbanização e desenvolvimento industrial fizeram com que a sociedade ficasse cada vez mais complexa. Assim, neste contexto de transformações, muitas verdades até então absolutas, sofreram relativizações, principalmente devido à influência de muitos protestos e movimentos, inclusive o feminista.

Novas condições de vida se estabeleceram nas cidades. As relações entre homens e mulheres também sofreram modificações, de forma que isso trouxe como resultado uma diminuição das diferenças entre ambos. Todavia, essa “aproximação” fez com que conflitos deixassem certas permanências em evidência, sendo que muitos aspectos tradicionais das relações de gênero já apresentavam novas justificativas, como também novas máscaras.³⁸

Assim, cada vez mais a participação das mulheres no mercado de trabalho aumentava. Esse aumento da participação feminina na vida econômica da sociedade transformou os parâmetros anteriormente utilizados nas definições das funções da mulher.

³⁷ Trecho transcrito como epígrafe: 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. p. 189.

³⁸ 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. p. 223.

Nesse sentido, questões antigas passam a ser revisitadas. Uma nova característica percebida na abordagem sobre o infanticídio relaciona-se com a ambiguidade com que o tema passa a ser tratado. Por um lado há uma certa condescendência diante da atitude da mãe. Noutra giro, verifica-se um misto de ironia e piedade.

Há um caso relatado pelo jornal “O Estado” em 14 de março de 1973, no qual essa situação fica 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, sendo que a asfixiou 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 o seu primeiro instinto foi matá-la, tendo em vista que o pai da recém-nascida fugiu logo quando soube da gravidez.³⁹

Com base nesse relato, é possível traçar algumas considerações. Verifica-se que a autora do crime tenta justificar seus atos alegando ter sido abandonada pelo pai de sua filha e não ter condições financeiras para propiciar educação e sustento. Percebe-se, ainda, que a notícia foi narrada destacando que a acusada não mostrou nenhum arrependimento, o que remete à imagem da mãe “desnaturada”, “desumana”, do início do século XX.

Como se trata de uma notícia, um leitor menos atento pode pensar que o objetivo é apenas relatar o fato ocorrido. Entretanto, pelo título e pelas entrelinhas, percebe-se a existência de ironias, algumas vezes sutis, passando despercebidamente, outras vezes nem tanto. Algumas expressões, tais como “planejado friamente a execução do filho”, “sangue frio”, dentre outras, demonstram que não há neutralidade alguma quando se relatam tais casos.

Assim, a ambigüidade no tratamento é verificada na maior parte dos casos, passando pela imagem de uma mãe “desumana e desnaturada” como também pelo olhar aparentemente mais benevolente sobre a mulher acusada de infanticídio.

Interessante notar que são 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 e não pelo juiz.

Verifica-se ainda que, dentre os motivos alegados pelas mulheres que praticaram o infanticídio, os mais citados são: situação financeira, medo da reação da família,

³⁹ O Estado, 14/03/74 n. 17512, p. 6 citado por 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. p. 224.

desaparecimento do pai da criança após tomar conhecimento da gravidez e muitas ainda alegavam que o bebê tinha nascido sem vida, mas, diante do interrogatório, confessavam o crime.

Nessas questões 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 davam certo. Portanto, quer queira, quer não queira, indubitavelmente pode-se afirmar que o infanticídio é uma parte da história da maternidade, ou melhor, do lado obscuro da maternidade.

4.2 Critério psicológico: a defesa da honra

Ao analisar o modo pelo qual o infanticídio foi tratado ao longo dos tempos, nos diversos ordenamentos jurídicos, observa-se que, antes mesmo de ser considerado um crime, tal prática já foi permitida, sendo considerada 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 en civilizaciones como la helênica y la romana, considerándolo como una manera legítima de realización de un cierto control de natalidad.*”⁴⁰

Consequentemente, as penas atribuídas a esse delito também passaram por intensas alterações, desde a impunidade absoluta, até a aplicação da pena capital. Imperioso destacar que, no século XVIII, os filósofos do direito natural insurgiram-se contra a pena de morte para o infanticídio, alegando que este delito não se dava por motivos perversos, mas sim por imperativos de honra.

A partir daí, os ordenamentos jurídicos passaram a tratar o infanticídio como um homicídio privilegiado quando praticado pela mãe para defender a sua honra. Assim, apoiavam-se no critério psicológico, ou seja, no motivo de honra (“*honoris causa*”) que levava a mulher a cometer esse crime para ocultar uma gravidez ilegítima, fora do casamento.

Sendo assim, entende-se que a “*honoris causa*” é a necessidade psicológica da mulher de defender a sua honra sexual, em face de uma gravidez repudiada por toda a sociedade.

⁴⁰ CASTEX, Mariano N. **Estado puerperal e infanticidio**. Buenos Aires: AdHoc, 2008. p. 43.

Portanto, o medo da descoberta do seu erro, imperdoável aos olhos da sociedade gera na mulher “[...] que se 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.”⁴¹

Além disso, observa-se a necessidade de que realmente a mulher fosse honesta e necessitava ter sua honra salvaguardada por meio dessa atitude, conforme explica Carlos Xavier de Paes Barreto:

É necessário, porém, que tenha honra a zelar, deshonra a occultar, 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 mezes depois de casada a filha do próprio marido.⁴²

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 decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra já era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra.⁴³

O professor Calabuig, em sua obra “*Medicina Legal y Toxicologia*”, também faz referência ao critério psicológico, ao afirmar que o infanticídio é uma figura jurídica consistente na morte violenta de um recém-nascido para salvar a honra da mãe.⁴⁴

Ao estabelecer que a “*honoris causa*” representa a origem do delito, Calabuig explica ainda que “[...] *son principalmente autores las solteras y viudas que disimularon el embarazo y parieron clandestinamente.*”⁴⁵

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

⁴¹ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. **Direito penal:** parte especial por Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937. p. 261.

⁴² BARRETO, Carlos Xavier de Paes. Infanticídio. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 71, n. 409/411, p. 21, jul./set. 1937.

⁴³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** parte especial: crimes contra a pessoa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. t. 4. p. 148.

⁴⁴ CALABUIG, Juan Antonio Gisber. **Medicina legal y toxicologia.** Valencia: Sección Saber, 1977. p. 353. Conforme o artigo 410 do Código Penal da Espanha, “*La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada com la pena de prisión menor.*”

⁴⁵ Ibid.

ilegítimo, fazendo com 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. Nestas circunstâncias, a ilegitimidade da gravidez, o abandono da puerpera 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.⁴⁶

Mergulhado 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 1 a 3 anos de reclusão.

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 de uma mulher casada, “fidelidade”. Assim, a honra está relacionada, historicamente, com a sexualidade: preservação da “honra” equiparando principalmente a manutenção da virgindade de mulheres solteiras.⁴⁷

Na verdade, a honra corresponde ao conjunto de qualidades essenciais ao valor de cada pessoa e pode ser analisada sob os 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 as demais pessoas formam a respeito do sujeito.⁴⁸

Assim, constitui um valor intrínseco a cada um em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, tutelado objetivamente. Trata-se de um atributo originário das pessoas e, por isso, não pode ser atribuída, negada ou diminuída pela coletividade, podendo somente a própria pessoa causar uma diminuição de sua honra com comportamentos contrários a sua própria dignidade.⁴⁹

⁴⁶ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007. p. 481.

⁴⁷ HONRA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Honra>>. Acesso em: 19 fev. 2010.

⁴⁸ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: parte speciale I: delitti contro la persona**. Padova: Cedam, 1998. p. 254-255.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 260.

Genival Veloso de França explica 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.” Vale destacar o trecho nevrálgico 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 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 a 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.⁵⁰

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 que a maior e mais intocável das honras.”⁵¹

Nesse diapasão, 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” e traz a seguinte pergunta: “[...] será que a prática do infanticídio restitui a honra de alguém?” Assim, conforme o 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.”⁵²

⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 296.

⁵¹ *Ibid.*, p. 296.

⁵² *Ibid.*

Andrés Augusto Balestra alega que esse tratamento fundamento na defesa da honra é “[...] nada equânime e foi engendrado por um exagerado sentimentalismo surgido durante o período iluminista.”⁵³

Sendo assim, os defensores da corrente em questão baseiam-se na chamada honra sexual. Francesco Carrara justifica a conduta da infanticida alegando que ela age para salvaguardar a reputação que os outros dela possuem, 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.”⁵⁴

Andrés Augusto Balestra explica ainda que, por motivos de política criminal, há quem entenda que a sociedade deve reagir de forma piedosa ao deparar-se 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.⁵⁵

Nessa linha, Alfredo Farhat, em sua obra, “Do infanticídio”, publicada em 1956, filia-se a corrente dos que defendem a “*honoris causa*” como elemento do crime.⁵⁶ Sendo assim, aqueles que compartilham desse pensamento, afirmam que a infanticida deve ser tratada com piedade, pois a consideram menos perigosa para a sociedade do que uma homicida comum, ou seja, oferece menos riscos para o convívio social.

Noutro giro, a corrente psicológica com base no motivo da honra afigura-se, para parcela dos estudiosos, como “aberrante e incongruente”, pois não é possível ora dar ao bem jurídico protegido (vida) relevância absoluta e, noutro instante, outorgar-lhe lugar secundário, colocando a honra em primeiro plano. Balestra afirma ainda que “[...] essa posição aberrante a ideias de dignidade humana, pois a culpa ou a vergonha dos progenitores não pode prevalecer sobre a vida de um ser desprotegido.”⁵⁷

Portanto, entende-se que esse critério de benevolência concedido à infanticida outorgou a um mesmo bem jurídico pesos diversos, contrariando-se, assim, 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 impunha à mulher, porém, “[...] tal alteração não

⁵³ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 3.

⁵⁴ CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**, Parte Speciale v. 1º, § 1216 apud BALESTRA, op. cit., p. 7.

⁵⁵ BALESTRA, op. cit., p. 8.

⁵⁶ FARHAT, Alfredo. **Do infanticídio**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1956.

⁵⁷ BALESTRA, op. cit., p.15 - 16

passou de uma farsa, pois a falta de coragem daqueles para equiparar a moral sexual da mulher à do homem levou-os a implantarem um esdrúxulo e aberrante sistema.”⁵⁸

Assim, na realidade, mediante essa fórmula, procuraram diminuir o prejuízo provocado pelo falso puritanismo dos homens, obrigando a mulher a desfazer-se 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 manter-se perante a sociedade como “cidadão responsável e, o que é pior, impune”.⁵⁹

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 a prática de tão deplorável conduta.” Entretanto, afirma o autor, o homem preferiu aceitar com benevolência a conduta infanticida, ao invés de reconhecer a sua própria imperfeição, “temeroso de perder a sua hegemonia patriarcalista.”⁶⁰

Entretanto, em 1890, a legislação penal, ao tratar do infanticídio, já 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 1940, adotou como atenuante no crime de infanticídio um elemento retirado do conhecimento médico: a condição fisiopsicológica do “estado puerperal”.

4.3 Critério fisiopsicológico: o estado puerperal

O Código Penal de 1940, em seu artigo 123, conceituou o crime de infanticídio utilizando como base a influência do estado puerperal na mulher, trazendo a pena de detenção de dois a seis anos. Nesse sentido, passa-se do fundamento da “defesa da honra” para o chamado “estado puerperal”.

⁵⁸ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 16-17.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 18-19.

Sendo assim, os doutrinadores procuraram estabelecer um critério diverso da causa da honra, com o objetivo de obterem um critério mais lógico e científico, “[...] a fim de eliminar a esdrúxula e inconcebível situação do sistema anterior.”⁶¹

“Transformações culturais operam câmbios conceituais.” Esta frase de Cristiano Avila Marona sintetiza bem esse caminho percorrido, revelando que o tratamento concedido ao infanticídio é estabelecido de acordo com os valores predominantes em determinado momento histórico.⁶²

A legislação vigente, ao trazer o “estado puerperal”, fundamenta essa escolha nas perturbações fisiopsíquicas sofridas pela mulher no momento do 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 comprovar esse estado representa uma enorme dificuldade. Parcela dos estudiosos chega a afirmar que se trata de uma mera ficção jurídica, pois nem mesmo tem um período de duração definido.

Na verdade, ao longo da história, com a evolução da sociedade, a noção de “honra” foi sofrendo alterações e, assim, o critério psicológico não foi mais considerado adequado para compor o tipo penal do infanticídio. A honra passou a ser vista sob diferentes prismas, cedendo lugar ao chamado “estado puerperal”. Nesse diapasão, novos estudos surgiram sobre o trauma sofrido pela mulher no momento do parto.

Dessa forma, diante das mudanças dos valores, não era mais correto tratar gravidez alguma como ilegítima. A honra deixou de ser vista como um valor tão precioso e fundamental como a própria vida. Assim, o conceito puramente psicológico deixou de ser utilizado e o critério fisiopsicológico passou a ser adotado.

Esse critério fisiopsicológico está relacionado com a influência exercida pelo 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 sim relacionado com a influência do “estado puerperal”.

⁶¹ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 11.

⁶² MARONA, Cristiano Ávila. Direito penal sexual. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Org.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 145.

Almeida Junior e Costa Junior explicam que a finalidade de trazer o estado puerperal para o Código Penal foi a de contemplar os casos em que a mulher, em virtude das dores do fenômeno obstétrico, chega a matar seu próprio filho.⁶³

Na verdade, conforme os autores acima mencionados, trata-se de uma situação intermediária que, em face do trauma sofrido no momento do parto, a mulher fica dominada por elementos psicológicos peculiares. Assim, acreditam que o infanticídio também não possui como características a frieza do cálculo e nem a pura crueldade.

Pode-se dizer que, fazendo eco com Andrés Augusto Balestra, se essa corrente fisiopsicológica baseada no estado puerperal eliminou a “*honoris causa*”, provocou também, noutro giro, uma verdadeira confusão. Em outras palavras, 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 a infanticida, “pois as legislações, na sua parte geral, estipulam regra genérica para todos os casos de inimputabilidade.” Assim, instaura-se uma situação absurda, na qual a infanticida, embora considerada como 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 como penalmente irresponsáveis.”⁶⁴

Nesse sentido, os defensores do critério fisiopsicológico “divorciaram-se do ordenamento jurídico”. Vale a pena destacar ainda que, se o objetivo foi estabelecer um novo critério no intuito de eliminar o já criticado motivo de honra pela sua fragilidade científica, não o alcançaram, pois firmaram-se num critério “abstrato e inconsistente”, no qual não se pode determinar, com exatidão, o período de sua duração.⁶⁵

Além disso, verifica-se ainda que os conceitos de puerpério, estado puerperal, depressão puerperal e tristeza puerperal, muitas vezes são utilizados tanto na doutrina, como na jurisprudência, como se fossem sinônimos. No entanto, é preciso deixar claro, desde logo, que esses fenômenos, embora guardem relação entre si, não podem ser confundidos.

Portanto, o puerpério pode ser conceituado como o período que vai desde o 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.⁶⁶

⁶³ ALMEIDA JÚNIOR, Antonio Ferreira do; COSTA JÚNIOR, João Batista de Oliveira. **Lições de medicina legal**. 16. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979. p. 362.

⁶⁴ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 21.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 21-22.

⁶⁶ 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. p. 19.

Assim, 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 pré-gravídicas. É um período variável, que não evolui igualmente em todas as mulheres. Inicia-se 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, o puerpério, sob o ponto de vista médico, divide-se 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 da mulher).

Noutro giro, o estado puerperal é tratado como sendo o conjunto de perturbações físicas e psicológicas enfrentadas pela mulher em virtude do parto. Assim, como pode ser observado, o puerpério não compreende a mesma situação do 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.⁶⁷

Helio Gomes relata que as mulheres que cometem esse delito não possuem doenças mentais, tais como esquizofrenia ou psicose maníaco-depressiva e nem mesmo desordens de cunho psíquico. Conforme o autor, essas mulheres são consideradas “normais” sob a ótica da psiquiatria.⁶⁸

De acordo com as lições precisas de Roberson Guimarães:

[...] é fato biológico bem estabelecido que a parturição desencadeia uma súbita queda em níveis hormonais e alterações em bioquímicas no sistema nervoso central. A disfunção ocorreria no eixo hipotálamo-hipófise-ovariano, 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

⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-prociencx, 1975. p. 240.

⁶⁸ GOMES, Hélio **Medicina Legal**. 32. ed. rev. e atual. [atualizador: Hygino Hércules]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 746.

típica de transtorno dissociativo da personalidade e com desintegração temporária do ego poderiam ocorrer.⁶⁹

Há quem alegue ainda que 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.”⁷⁰

Nesse diapasão, 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 que o segundo, ou seja, o estado puerperal, representa uma situação “[...] sui generis, pois não se trata de uma alienação, nem de uma semi-alienação.”⁷¹

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 também trabalha o conceito de estado puerperal afirmando que este pode ocorrer em parturientes aparentemente normais. Conforme os ensinamentos do referido autor:

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 sofrimentos físicos e morais acarretados pela délivrance levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após a mesma.⁷²

Dessa forma, percebe-se que os autores posicionam-se 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 os médicos e penalistas.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 142.

⁷¹ MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 202

⁷² CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 470-471.

Quando se estuda a fisiologia do puerpério, percebe-se que ocorrem, realmente, muitas alterações no corpo da mulher, sendo que as principais mudanças acontecem na involução do útero, lóquios, colo, vagina, vulva, períneo e assoalho 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.⁷³

Assim, verifica-se que o útero alcança a cicatriz umbilical nas primeiras vinte e quatro horas, mantendo dextrodesvio e apresentando uma firme consistência. Desta forma, a involução ocorre de forma gradativa e irregular, acerca de um centímetro por dia. Portanto, 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 tal processo ainda se desenrolará por cerca de 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.⁷⁴

Observa-se que a partir do quinto dia de puerpério, esse fluxo apresenta a coloração acastanhada e gradativamente serossanguíneo, finalmente tornando-se apenas seroso. Logo após o parto, o colo apresenta-se com bordos edemaciados, com lacerações que terão resoluções espontâneas e com limites não definidos.

A vagina, por sua vez, imediatamente após o parto, encontra-se edemaciada, congesta e com suas 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, quanto para aquelas que tiveram cesarianas.⁷⁵

É imperioso ressaltar, em relação ao aparelho cardiocirculatório, o aumento do débito cardíaco nas primeiras horas e dias do puerpério, resultante da incorporação de sangue represado ao nível da pelve e membros inferiores. Assim, o diafragma desce para possibilitar

⁷³ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 256.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ FRANÇA, 1998, op. cit., p. 256.

que a alcalose respiratória desapareça, bem como para que o coração retorne à sua posição original e haja, conseqüentemente, normalização do seu eixo elétrico.⁷⁶

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 diminuição da ação progesterônica na musculatura lisa do tubo digestivo.⁷⁷

Pode ocorrer uma postergação da primeira evacuação pós-parto, pois ocorre um relaxamento da musculatura abdominal e perineal, bem como epistomia e hemorróidas. Já no tocante ao aparelho urinário verifica-se que a bexiga puerperal fica com capacidade aumentada nos primeiros dias, podendo armazenar grande quantidade de urina, como decorrência das lesões traumáticas no trígono vesical e na uretra. Há também a possibilidade de ocorrer incontinência urinária nos primeiros dias.

Com relações às alterações na pele, é preciso enfatizar que os fenômenos de hiperpigmentação da face e das mamas, verificados durante a gestação, apresenta uma rápida regressão, embora possam deixar alterações definitivas na coloração da pele. Além disso, as estrias avermelhadas tornam-se brancas e diminuídas.⁷⁸

É frequente o ressecamento da pele em algumas mulheres, bem como o aumento da queda de cabelo e enfraquecimento das unhas. Nesse diapasão, os distúrbios no metabolismo de hidrato de carbono, lipídios e protéicos, quanto o de 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007. p. 477.

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.”⁷⁹

4.3.1 Depressão pós-parto

É imperioso mencionar que a depressão, em um sentido amplo, representa a falta de vontade de viver que resulta do medo que a pessoa carrega de enfrentar situações complexas nas quais não acredita ter habilidades para superá-las. Pode também ser compreendida como uma desorientação, na qual a pessoa não encontra mais motivos para continuar viva, podendo desencadear o suicídio.⁸⁰

A depressão é utilizada para descrever a tristeza que pode acometer as pessoas tanto na infância, na adolescência, na vida adulta, durante e após a gestação. Sendo assim, Felipe Aquino explica que “[...] a depressão não é apenas uma tristeza passageira, é mais do que isto; é uma perturbação da saúde mental que leva à somatização.”⁸¹

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 é vista por si mesma e o que pensa sobre as outras pessoas e coisas. Não se pode tratar a depressão como uma fraqueza ou uma situação passageira que pode ser enfrentada apenas com o esforço da pessoa.

Assim, as pessoas acometidas pela depressão necessitam de auxílios médicos para que possam enfrentar e superar esse momento vivido, para que não se prolongue por muito tempo. As doenças depressivas manifestam-se por inúmeras formas, variando quanto à gravidade e duração dos sintomas.

As alterações químicas no cérebro podem resultar na depressão. Quando os neurotransmissores não estão equilibrados, a pessoa sente que não possui mais o controle para passar por algumas ocasiões sem maiores transtornos.

A psiquiatria utiliza o termo “depressão”, para conceituar um desvio emocional com possível intercorrência patológica, vinculando-se à Psicopatologia cuja sintomatologia

⁷⁹ VANRELL, Jorge Paulete; BORBOREMA, Maria de Lourdes. **Vademecum de medicina e odontologia legal**. Leme: Mizuno, 2007. p. 476.

⁸⁰ 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. p. 3.

⁸¹ AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **A luta contra a depressão**. Lorena: Cléofas, 2004. p. 8.

demonstra sintomas como abatimento moral e, como consequência, comprometimento físico, perda do interesse e do amor próprio.⁸²

É interessante observar os sentidos que foram atribuídos para a depressão na visão de José Alberto Del Porto:

Enquanto 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.⁸³

Enquanto síndrome, a depressão inclui não apenas alterações do humor (tristeza, irritabilidade, falta da capacidade de sentir prazer, apatia), mas também uma gama de outros aspectos, incluindo alterações cognitivas, psicomotoras e vegetativas (sono, apetite).

Indubitavelmente, pode-se afirmar que o pós-parto é um período de vulnerabilidade e de fragilidade da mulher, podendo ocasionar alterações emocionais. Tais mudanças são classificadas em três categorias: depressão puerperal, tristeza ou *baby blues* e psicose puerperal.

A depressão pós-parto, também conceituada como 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, todo ciclo gravídico-puerperal, devido à intensidade da experiência vivida, representa um período de risco para o psiquismo da mulher.⁸⁴

Tal depressão pode começar logo na primeira semana após o parto e acomete entre 10% e 20% das parturientes. As mulheres que apresentam sintomas depressivos antes ou durante a gestação, vítimas de carência social e que passaram por transtornos afetivos podem ser consideradas como portadoras de fatores de risco que podem desencadear a depressão pós-parto.

⁸² 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. p. 3.

⁸³ 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>. Acesso em: 20 ago. 2009.

⁸⁴ 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.

Tal depressão apresenta os seguintes sintomas: mudanças bruscas de humor, irritabilidade, tristeza profunda, indisposição, sensação de incapacidade de cuidar do filho, podendo desenvolver pensamentos suicidas e homicidas em relação ao bebê.

4.3.2 Tristeza materna

Já a tristeza materna (*baby blues* ou *maternity blues*) representa uma instabilidade emocional, é a reação pós-parto mais comum e menos grave. Essa tristeza acomete até 80% das mulheres. Vale ressaltar que 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 da ordem do impensável.

É interessante observar que tal instabilidade emocional resulta do fato de que a mulher sente que perdeu o lugar de filha, não possui segurança no papel de mãe, verifica que seu corpo está irreconhecível, já não é mais uma grávida, bem como ainda não retomou a sua forma original.

O quadro regride, normalmente, por volta de um mês e apresenta sintomas como indisposição, insegurança, baixa auto-estima, mudanças bruscas de humor e sensação de incapacidade de cuidar do bebê.⁸⁵

4.3.3 Psicose puerperal

Por outro lado, a psicose puerperal é considerada a reação pós-parto mais grave e mais rara. Trata-se de uma psicose desencadeada pelo parto, assemelhando-se, clinicamente, às psicoses de curta duração.

⁸⁵ 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.

Esse distúrbio atinge de 0,1% a 0,2% das mulheres, no período de até três semanas após o parto. Verifica-se que o pós-parto é uma fase crítica para a mulher por causa das bruscas alterações nas taxas hormonais, de todo o estresse que o parto gera, resultando num aumento geral na incidência de distúrbios mentais, sobretudo para aquela que já sofreu um problema psiquiátrico anteriormente.⁸⁶

Esse estado anormal de funcionamento psíquico caracteriza-se por uma 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.

4.3.4 A perícia médico-legal nos casos de infanticídio

Portanto, é tarefa da perícia médico-legal realizar os exames na mãe e no recém-nascido. Assim, o exame pericial será orientado na busca dos elementos constituintes do delito a fim de caracterizar: os estados de natimorto, o de feto nascente, o de infante nascido ou o de recém-nascido (diagnóstico do tempo de vida), a vida extra-uterina (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 pregresso.

A prova da existência de vida extra-uterina do feto é feita de acordo com a respiração pulmonar autônoma. Hélio Gomes explica que a forma mais antiga de se estabelecer essa prova é através da docimásia hidrostática de Galeno. Conforme o autor, “[...] 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.”⁸⁷

Genival Veloso de França⁸⁸ afirma que essa docimásia é feita através de quatro fases: num primeiro momento, os pulmões, a traquéia, a laringe, a língua, o timo e o coração são colocados em um recipiente com água. Assim, verifica-se se estes órgãos flutuam por inteiro ou à meia-água. Caso isto ocorra, resta comprovada a respiração autônoma do feto.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ GOMES, Hélio **Medicina legal**. 32. ed. rev. e atual. [atualizador: Hygino Hércules]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 754.

⁸⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 240.

Entretanto, se esses órgãos não flutuarem, separa-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.

Sendo assim, 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 a respiração autônoma. Depois disso, passa-se a última etapa, na qual esses fragmentos que estão no fundo são comprimidos, com o dedo, contra as paredes do recipiente. Assim, se finas bolhas gasosas misturadas com sangue desprendem-se, fica comprovado que houve a respiração. Caso isso não ocorra, a resposta é negativa.

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

Por tais razões, Genival Veloso de França elege o infanticídio como o maior de todos os desafios da prática médico-legal pela sua complexidade e pelas inúmeras dificuldades de tipificar o crime. Por isso, foi essa perícia chamada de “*crucis peritorum* – a cruz dos peritos.”⁸⁹

4.4 Análise de posições jurisprudenciais

Nesse diapasão, não basta fazer uma análise meramente doutrinária, visto que é preciso ressaltar a maneira pela qual a jurisprudência brasileira trata o estado puerperal. Vale anotar 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 infanticídio 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

⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 297.

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).⁹⁰

É possível perceber que, no primeiro caso acima relatado, 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 “temos 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 em fortes dores, grande perda de sangue e intenso esforço muscular. Entretanto, na última frase, há alegação 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, a partir da concepção de que tal 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 a sua grande freqüência, deverá ser admitida sem maiores dificuldades’(Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume 30, página 425; Revista dos Tribunais, volume 655, página 272).⁹¹

Desta forma, verifica-se que a comprovação, na prática, 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 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, pelo fato de que não há prazo fixado em lei

⁹⁰ apud 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>. Acesso em: 22 nov. 2009.

⁹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial: 121 a 234 do código penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 2. p. 89.

estabelecendo o seu tempo de duração e determinando até quando ocorre infanticídio e a partir de que momento a prática é a 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 de honra, pela sua fragilidade científica, foi substituído pelo estado puerperal. Entretanto, este critério também se revela, indubitavelmente, abstrato e inconsistente, gerando uma desordem, um embaraço, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

4. 5 A impropriedade da manutenção do infanticídio como tipo autônomo

Inicialmente, é preciso frisar que Alfredo Farhat ao escrever sobre o tema, considerou, no quadro da Medicina Legal, o infanticídio como sendo, indubitavelmente, um dos assuntos que mais prendem a atenção dos estudiosos, pois oferece elementos para “largas discussões doutrinárias”, evidencia “o choque de opiniões completamente antagônicas”, prolongando polêmicas, podendo, desta forma, “[...] ferir fundo não só os espíritos menos prevenidos, como precavidas e lúcidas inteligências, devidamente abroqueladas da necessária defesa.”⁹²

Ora, uma dessas longas discussões doutrinárias acima citadas refere-se ao estado puerperal. Isso 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.”⁹³

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.”⁹⁴

⁹² FARHAT, Alfredo. **Do infanticídio**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1956. p. 29.

⁹³ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 22.

⁹⁴ RIBEIRO, Leonídio. **Reforma do Código Penal**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973. p. 50 apud BALESTRA, op. cit., p. 22.

Parcela considerável de estudiosos do assunto assevera que, se alguma perturbação psíquica surge durante o puerpério, não provém do mero processo do parto, mas sim em virtude de fenômenos patológicos existentes antes do puerpério.⁹⁵

Aqueles que compartilham desse entendimento afirmam que, se a mulher assim procede movida por distúrbios psíquicos pré-existentes, ela deve ser tratada como inimputável ou semi-imputável, de acordo com o caso concreto.

Na verdade, a necessidade de se punir o infanticídio com benignidade, seja por motivos de honra ou desse questionável estado puerperal, teve início com o movimento iluminista do século XVIII, o qual procurou opor-se ao “[...] implacável rigorismo das penas, decorrente da mentalidade mística existente durante o período medieval.”⁹⁶

Esse tipo de delito chegou a ser punido como homicídio agravado sujeito à pena de morte através de graves execuções. Na Idade Média, as mães que matavam seus próprios filhos de forma secreta, voluntária e perversa eram enterradas vivas ou empaladas conforme o costume.⁹⁷

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

Claus Roxin, ao tratar sobre o tema das finalidades da pena estatal, no momento em que explica essa 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 este ponto de vista, considerando a justiça como mandato de Deus e a pena como execução da função judicial divina.⁹⁸

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

⁹⁵ Nesse sentido, renomados psiquiatras como Kraepelin, Ziino e Gabriel Tourdes apud BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 23.

⁹⁶ BALESTRA, op. cit., p 25

⁹⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 295.

⁹⁸ A teoria da retribuição sempre imperou na Alemanha e ainda no presente conta com o maior número de adeptos, que acredita nessa força sublime, superior a nossa frágil existência terrena. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

a ajuda de poderes transcendentais, pois as nossas sentenças não são pronunciadas em nome de Deus, mas em nome do povo.⁹⁹

A maior crítica a essa teoria da retribuição vigente no período medieval, ou seja, na época das penas mais cruéis, é trazida por Roxin, mediante o seguinte questionamento: o que sabemos nós da justiça de Deus para acreditarmos ter 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.¹⁰⁰

Nesse diapasão, com o movimento iluminista, houve a proclamação de se apenar com o menor rigor a mãe que matasse seu filho para defender a sua honra perante uma impiedosa sociedade. Portanto, tal pensamento revela-se o oposto daquele proclamado até então, através da já citada teoria da retribuição.

É preciso esclarecer que Feurbach, ao interpretar o pensamento de Beccaria, constante na obra “Dos delitos e das Penas” entendeu que este teve a intenção de se outorgar ao infanticídio um tratamento benévolo.

No entanto, Andrés Augusto Balestra afirma que Feuerbach e seus seguidores incorreram em um grave engano ao pretenderem interpretar o pensamento daquele ilustre iluminista mediante a análise de um único trecho do contexto de uma obra toda.¹⁰¹

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 seu filho, no intuito de subtrair-se à vergonha que os falsos tabus lhe impingiam.”¹⁰²

Sendo assim, ao dizer “proteger com leis eficientes”, Beccaria não pensou em leis que apenassem a infanticida benignamente, mas sim leis que lhe permitissem “[...] viver de cabeça erguida mesmo tendo concebido fora do matrimônio.” Essa intenção é revelada claramente quando acrescenta que seu intuito foi apenas o de “[...] indicar as origens desse delito a fim de se criarem leis preventivas.”¹⁰³

Portanto, esse espírito de benevolência para com a infanticida não foi efetivado por meio das ideias de Beccaria, mas sim em virtude dos princípios éticos instaurados pelos homens quanto à moral sexual da mulher, “[...] homens esses que preferiram em salvaguarda

⁹⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p 27.

¹⁰² Ibid., p 27-28.

¹⁰³ Ibid., p 28.

do seu orgulho de machos feridos, transgredir valores morais e jurídicos quanto à vida do recém-nascido.”¹⁰⁴

Balestra, parafraseando Costa Jr. completa seu raciocínio ao afirmar que “[...] permitiram, em conluio tenebroso, a destruição de um ser, durante ou logo após a sua saída do órgão que lhe serviu de garantia e sacrário.”¹⁰⁵

Nessa mesma linha e pelas mesmas razões, o estado puerperal recebeu severas críticas ao longo dos tempos, sendo, inclusive, considerado como uma 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.”¹⁰⁶

Na verdade, conforme os ensinamentos de Genival Veloso de França, não há nenhum elemento psicofísico capaz de fornecer a perícia elementos consistentes e seguros para se afirmar que uma mulher matou seu próprio filho motivada por uma alteração chamada “estado puerperal”.¹⁰⁷

Por tais razões, afirma-se que “[...] nada é mais fantasioso do que o chamado estado puerperal.” Genival Veloso de França justifica seu entendimento ao afirmar que o verdadeiro motivo do infanticídio é manter uma dignidade ante 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.¹⁰⁸

Assim, verifica-se que nenhum dos critérios já estudados - a “*honoris causa*” e o estado puerperal – resiste à crítica. Portanto, indaga-se sobre qual é a melhor forma de se tratar o delito praticado pela genitora contra seu próprio filho.

Na verdade, o infanticídio enquanto tipo autônomo, 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

¹⁰⁴ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 28.

¹⁰⁵ COSTA JR, J. B. de Oliveira e – Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. II, p. 78 apud BALESTRA, op.cit., p. 28.

¹⁰⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 295.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

após.” No entanto, pode ocorrer que 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 sendo possível o concurso de agentes (coautoria e participação), fundada no artigo 30 do Código Penal.¹⁰⁹ Entretanto, há opiniões em sentido contrário, alegando que o estado puerperal é uma condição personalíssima, ou seja, para os adeptos desta última corrente, quem colabora com a morte do recém-nascido pratica homicídio.

Nélson Hungria, durante quarenta anos, foi o maior defensor da incomunicabilidade. Em 1937, apreciando a legislação penal então 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.”¹¹⁰

Ao analisar o Código Penal de 1940, de quem foi seu 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 dizem com o maior ou menor grau de criminalidade 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 contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado “sob a influência do estado puerperal”.¹¹¹

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

¹⁰⁹ Art. 30, CP: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”

¹¹⁰ “Direito Penal”, Parte Especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937, p. 266 apud JESUS, Damásio Evangelista de. Nélson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 5, fev. 2001.

¹¹¹ “Comentários ao Código Penal”, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, V: 259, nº 58, verbete “infanticídio e concurso de agentes” apud JESUS, 2001, op. cit., loc cit.

insuperável.”¹¹² Nas palavras de Heleno Claudio Fragoso, Hungria pode ser conceituado como “um homem em dia com a ciência de seu tempo”.¹¹³

Há entre os doutrinadores a alegação de que Néelson 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 a tese da comunicabilidade, admitindo que mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio.¹¹⁴

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 artigos 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.¹¹⁵

No entanto, se a mãe mata a criança, responde por delito menos grave (infanticídio), sendo que se induz ou instiga o terceiro a executar a morte do filho nascente ou neonato, responde por delito mais grave (coautoria em homicídio). Parcela da doutrina tenta solucionar essa incongruência afirmando que os dois agentes (parturiente e médico) respondem por infanticídio.¹¹⁶ Para outros, o médico responde por homicídio e a parturiente por infanticídio.¹¹⁷ Assim, verifica-se a grande discussão doutrinária em relação a tal questão.

Portanto, vale anotar a conclusão de Andres Augusto 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 co-delinquencia” como, também, “[...] estabelecer-se-á maior homogeneidade no sistema, pois manter-se-á o mesmo sentido axiológico para todos os casos em que se protege o mesmo bem jurídico vida.”¹¹⁸

¹¹² JESUS, Damásio Evangelista de. Néelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 5, fev. 2001.

¹¹³ Jiménez de Asúa, Luis et al. **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 8. Nota introdutória de Heleno Cláudio Fragoso apud JESUS, 2001, op. cit., loc cit.

¹¹⁴ JESUS, 2001, op. cit., loc cit.

¹¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 3. (Ciências criminais). p. 41.

¹¹⁶ Ibid. Nesse sentido, Damásio, Delmanto, Noronha e Fragoso.

¹¹⁷ Ibid. Nesse sentido, Bento de Faria e Frederico Marques.

¹¹⁸ BALESTRA, Andrés Augusto. **Infanticídio impropriedade uma figura autônoma**. 1978. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 71.

Assim, fazendo eco com considerável parcela doutrinária, é desnecessário o dispositivo específico do infanticídio, podendo, “[...] sem nenhum malefício ou nenhuma injustiça, ser retirado da codificação penal brasileira.”¹¹⁹

Portanto, se a mãe deliberadamente mata seu filho, ao nascer, sem nenhuma razão que justifique seu ato “[...] não há por que deixar de merecer o rótulo de homicida, pagando a pena que é devida nessa tipificação criminal dolosa.”¹²⁰

No entanto, se o infanticídio for provocado por graves pressões sociais e morais, sob os “olhares mais ferinos da coletividade”, Genival Veloso de França acredita que pode ser diminuída a sua pena por motivo de “relevante valor moral”.¹²¹

Se o parto desencadeia acessos que tornam a mulher relativamente perturbada na sua maneira de entender, ou seja, dentro de motivações que agravam uma predisposição psicopática, de modo a enfraquecer a consciência do caráter criminoso, trata-se de uma questão referente à imputabilidade penal, reduzindo-se a pena de acordo com o parágrafo único do artigo 26 do código Penal.¹²²

Todavia, sendo a infanticida, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente capaz 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.¹²³

Rogério Sanches explica que, dependendo do grau de desequilíbrio fisiopsíquico oriundo do parto, pode sim a gestante ser considerada portadora de doença ou perturbação de saúde mental, aplicando-se as disposições do artigo 26, “caput” ou parágrafo único do Código Penal, caso tenha ela retirada total ou parcialmente a capacidade de entendimento ou autodeterminação.¹²⁴

Portanto, com a mudança dos costumes, muitos dos fatores que se concedia grande importância em 1940 - data da promulgação do nosso Código Penal vigente - já se encontram ultrapassados. Assim, tanto o motivo da honra na puerpera quanto o tão famoso quão desacreditado “estado puerperal” ficam por demais fragilizados.

¹¹⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 296.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 296-297.

¹²¹ *Ibid.*, p. 297.

¹²² 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.”

¹²³ 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.”

¹²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 3. (Ciências criminais). p. 43.

Vale lembrar que o Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940, inspirado no Código Rocco, 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, sendo que o Ministro Nelson Hungria ficou incumbido de fazê-lo. O Anteprojeto foi apresentado em 1963, 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 o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi Ackel, 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 efetuada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas não foi encaminhado ao Congresso Nacional.¹²⁵

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.

Tal histórico é relevante para chegar ao Anteprojeto de Código Penal de 1998, que deu sequência a esse citado trabalho, no qual fizeram parte da Comissão: Luiz Vicente Cernicchiaro (presidente), René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Licínio Leal Barbosa e os consultores Evandro Lins e Silva e Damásio Evangelista de Jesus, tomando como ponto de partida o Esboço de 1994, inspirado no Anteprojeto de 1984.¹²⁶

Nesse diapasão, o Anteprojeto de Código Penal de 1998 tratou o infanticídio de modo extremamente interessante, mantendo-o como um tipo autônomo, consistente em “[...] matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste.” Assim, a expressão “estado puerperal” foi substituída por “influência perturbadora deste”.¹²⁷

Com efeito, apesar do Anteprojeto de Código Penal de 1998 ter mantido o tipo penal autônomo do infanticídio, substituiu a questionável expressão “estado puerperal”, de modo mais acertado, por “influência perturbadora deste”, com pena de detenção de dois a quatro anos.

¹²⁵ ANTEPROJETO de Código Penal – 1998. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: Paloma, 1998. p. 11.

¹²⁶ Ariel Dotti, Miguel Reale Junior e Juarez Tavares solicitaram desligamento no dia 2 de março de 1998.

¹²⁷ ANTEPROJETO..., op. cit., p. 34.

Em outras palavras, o “estado puerperal”, expressão tão combatida pela doutrina médica, deu lugar a uma fórmula mais ampla, abrangendo as diversas formas de perturbação que podem decorrer do parto.

Vale ressaltar que Fernando Andrade Fernandes entende que já no primeiro momento da dinâmica punitiva estatal, isto é, na cominação, sobressai a finalidade de prevenção geral, tanto positiva, quanto negativa. Nesta fase, o legislador deve considerar o valor social do bem jurídico objeto da tutela. Logo, “[...] na sua previsão abstracta 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.”¹²⁸

O autor ressalta ainda que há casos em que já na “própria fixação da moldura penal” o legislador considera determinadas circunstâncias como 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”.¹²⁹

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, Fernando Andrade Fernandes ressalta que, quando um legislador tipifica uma conduta, tem que considerar não somente a importância do bem, mas também critérios de imputação do agente. Em outras palavras, significa que o problema do infanticídio não é específico de bem jurídico, mas sim um problema claro de imputação. (informação verbal)¹³⁰

Equivale a dizer que a autora do delito de infanticídio encontra-se em um estado diferenciado, seja ele denominado de “estado puerperal” ou não, ocorrendo uma 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, 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 coacção psicológica que representa a pena”, como também de prevenção especial, em sua vertente positiva, vinculada ao objetivo de

¹²⁸ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. (Teses). p. 771

¹²⁹ Ibid., p. 772

¹³⁰ Explicação apresentada pelo Prof. Fernando Andrade Fernandes na aula do 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.

(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.”¹³¹

Portanto, 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.

No entanto, parece ser mais adequada a sugestão doutrinária de retirada deste tipo penal específico, passando a ser considerado como um homicídio, sendo que a autora pode ser considerada portadora de doença ou perturbação de saúde mental, aplicando-se as disposições do artigo 26, “caput” ou parágrafo único do Código Penal.

Assim, além de resolver a grande discussão doutrinária referente ao concurso de agentes, estará cumprindo a função de proteger o bem jurídico mais importante (a vida), livre de valorações preconceituosas, aberrantes, incongruentes e “fora de moda”¹³² (“*honoris causa*”), como também de expressões consideradas até mesmo como ficções jurídicas (“estado puerperal”).

¹³¹ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. (Teses). p. 770.

¹³² Conforme Raúl Zaffaroni “[...] *eso de ocultar la deshonra es algo pasado de moda.*” CASTEX, Mariano N. **Estado puerperal e infanticídio**. Buenos Aires: AdHoc, 2008. p. 36.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho toma por base a corrente crítica da Bioética, desenvolvida principalmente a partir de considerações sobre a insuficiência da Bioética principalista, que não consegue atender os 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 (tais como clonagem, diagnóstico genético e transplantes) de situações persistentes (tais como a pobreza, a desigualdade de gênero e a concentração de poder). Assim, a partir do momento em 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 sim por questões sociais. Parte-se da premissa de que não há lugar para a neutralidade. Assim, a interação efetiva do feminismo às questões bioéticas permitiu que situações e abordagens tradicionalmente silenciadas fossem postas na mesa de discussões.

Acredita-se que a diferença é um valor moral da modernidade muito importante que merece e deve ser preservado. Entretanto, afirmar que homens e mulheres são diferentes, não é o mesmo que dizer que a socialização feminina deva ser pautada pela dominação masculina. Assim, busca traçar uma estratégia compensatória para 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 do infanticídio sem focar a desigualdade de gênero, a vulnerabilidade, a pobreza, enfim, perspectivas críticas sobre a sociedade e as moralidades. Sendo assim, pode-se afirmar que realmente lidar com os temas bioéticos não é uma tarefa agradável, pois o sofrimento é a essência dos conflitos relacionados a essa temática.

Portanto, o infanticídio escancara o avesso das chamadas “delícias da maternidade”, revelando o lado obscuro do “instinto natural das mães”. Mais do que isso, ao fazer um estudo aprofundado sobre o delito, é possível verificar que realmente ocorreram tantas práticas de infanticídio com o intuito de se proteger de uma sociedade extremamente machista e

impiedosa, que pune a mulher não somente pelos meios formais, como também, ainda de forma mais intensa, pelos 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.

Logo, 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 manter-se-á o mesmo sentido axiológico para todos os casos em que se protege o mesmo bem jurídico vida.

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

Neste contexto, é de clareza solar a impropriedade da manutenção do infanticídio enquanto tipo autônomo, podendo, assim, sem nenhum malefício ou 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 “fora de moda” (“*honoris causa*”), consideradas até mesmo como 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 uma maneira mais adequada o que mostra, sem dúvidas, 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 tal alteração representa uma forma mais eficaz de tornar possíveis os ideais bioéticos, de modo que essa situação tenha um fim que inclua o respeito, a valorização das mulheres e a proteção à vida acima de tudo.

REFERÊNCIAS

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 JUNIOR, Antonio Ferreira do; COSTA JUNIOR, João Baptista de Oliveira e. **Lições de medicina legal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nacional, 1998.

_____.; COSTA JÚNIOR, João Batista de Oliveira. **Lições de medicina legal**. 16. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. (Monografias, 44).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. 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.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. 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.

ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **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: Palestra : 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. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.

_____. A questão de gênero no código penal. In: _____. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo: Ed. Unesp, 2007.

_____. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005.

BRANDÃO, Margarida Luiza Ribeiro; BINGEMER, Maria Clara L. (Org.). **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. (Org.). **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>. 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: Ed. Unesp, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: sexto código de ética médica brasileiro já esta em vigor**. Disponível em:
<<http://www.portalmedico.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>. 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. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUSILEK, Darci. **Os desafios contemporâneos da bioética**. Disponível em: <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 IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr. 2010.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e biodireito**. Disponível em: <<http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%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. 12-13, 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-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: _____.; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006.

_____. O novo conceito de bioética. In: _____.; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. (Org.). **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006.

_____. **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>. Acesso em: 22 nov. 2009.

_____.; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). **A bioética no século XXI**. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000.

_____.; 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. 120-163, 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. Nelson Hungria e o concurso de pessoas no crime de infanticídio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 5, fev. 2001.

_____. **Direito penal:** parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001. 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.

_____.; 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. (Org.). **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. 292-297, set. 1973.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

_____. **Manual de direito penal**: parte especial: 121 a 234 do código penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 2.

MONDARDO, Dilsa; FAGUNDEZ, 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>. Acesso em: 29 jan. 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Introdução ao biodireito**: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito. 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. 18-19, jun. 2006.

PEDRO, Joana Maria (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

_____. 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, 2003.

_____. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: _____. (Org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003

PENNA, João Bosco. **Enfermidade incurável x deformidade permanente sob a óptica médica e médico-legal**. Franca: Ed. Unesp/FHDSS, 2004.

_____.; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; SILVA, Lillian Ponchio e. **Por uma bioética trabalhista**. Disponível em: <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>. 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, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

_____. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Clauss. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

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 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.

_____. 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.

_____.; 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 puerpera**: 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. (Org.). **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>. 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. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____.; _____. _____. 3. ed. São Paulo RT, 2001.