

Os movimentos sociais femininos na contramão do patriarcado penal brasileiro do século XXI

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Resumo

As opressões das mulheres ao longo do século XIX não produziram mudanças significativas diante do intenso autoritarismo do patriarcado brasileiro. No século XX, os movimentos sociais feministas se estruturaram e diplomas normativos limitaram poderes e outorgaram direitos às mulheres. No século XXI, a sociedade brasileira se apresenta mais inclusiva, mas discussões acerca do crime de aborto reproduzem lógicas já superadas e o crime de infanticídio se mantém no Código Penal, mesmo após o denominado “pacote anticrime”, cuja revisão foi ultimada em fins do ano de 2019. O patriarcado penal ainda se faz presente no Código Penal brasileiro.

Abstract

The oppression of women throughout the 19th century did not produce significant changes in the face of the intense authoritarianism of the Brazilian patriarchy. In the 20th century, feminist social movements were structured and normative diplomas limited powers and granted rights to women. In the 21st century, Brazilian Society appears more inclusive, but discussions about the crime of abortion reproduce outdated logic and the crime of infanticide remains in the Penal Code, even after the so-called “anti-crime package”, whose review was finalized at the end of the year 2019. Criminal patriarchy is still present in the Brazilian Penal Code.

Palavras-chave: Patriarcado e opressões femininas. Movimentos sociais feministas. Conquistas civilizatórias dos séculos XX e XXI. Sociedade e Legislação inclusivas. Crime de aborto – movimentos retrógrados em estado democrático. Crime de infanticídio. Conduta humana atípica.

Keywords: *Patriarchy and female oppression. Feminist social movements. Civilizations achievements of the 20th and 21st centuries. Inclusive Society and legislation. Abortion crime – retrograde movements in a democratic state. Crime of infanticide. Atypical human conduct.*

* Pós-doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. <http://orcid.org/0000-0002-9862-93973568244>.

A história da emancipação das mulheres se distingue em graus e fases distintas nos diversos países do mundo. Em comum com a hegemonia do patriarcado há uma história de avanços e retrocessos na causa feminista e nas sazonais implantações de políticas públicas afirmativas. A conscientização do povo para a inclusão da mulher nos diversos segmentos produtivos da sociedade como forma de reduzir as opressões – a igualdade de gênero – como motor desse novo milênio sem qualquer nostalgia do obscurantismo de décadas anteriores em que a mulher tinha seu destino traçado para o casamento, no cuidado da prole e da família, na vocação religiosa e nas pouquíssimas atividades remuneratórias, mediante prévia aquiescência do patriarca – marido ou pai –, sem considerar o longo período em que não se incluía no sufrágio popular.

A Constituição Imperial brasileira, em 1824, expressamente vedou o voto feminino e a Constituição seguinte, a primeira republicana, ignorou a existência das mulheres ao mencionar em seu texto apenas as pessoas do sexo masculino que não se incluíam na condição de eleitor. Nesses termos, previa no artigo 70 da Constituição de 1891:

São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, que se alistarem na forma da lei. Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais, ou para as dos Estados- &1º Os mendigos; &2º- Os analfabetos; &3º- As praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; &4º- Os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer dominação, sujeitas a voto de obediência, regras, ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual. São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

Na imposição autoritária de fundo conservador, o texto constitucional republicano não só ignorou a existência das mulheres, como revelou nítida a intenção de ofuscar opressões retratadas por uma parcela de mulheres, o que anos depois fez eclodir o primeiro partido político feminino, o Partido Republicano Feminino, em 1910. Na tentativa de alcançar a mínima inclusão social na sociedade patriarcal excludente, o partido político feminino foi um importante avanço, apesar do direito ao voto só ter sido conquistado em 1932 com a publicação do Código Eleitoral Brasileiro.

Importante o registro de Celi (Pinto, 2023, p.41) acerca da irrisignação feminista e a condição da mulher no período imperial, segundo a qual:

(...) No caso das mulheres, os índices de analfabetismo eram ainda mais alarmantes, mas mesmo assim os jornais de diferentes tamanhos a alcançavam tinham importância para divulgar notícias e construir opinião. A presença dessa intensa atividade jornalística deve-se a uma característica da época que pode passar despercebida

ao observador atual: a mensagem escrita era a única forma de comunicação de massas. Daí a proliferação de jornais, pasquins e panfletos.

Nesse contexto, a matéria veiculada no Jornal O Sexo Feminino, em 25 de outubro de 1873, já registrara as constantes opressões no intitulado “O que queremos”, na lavra de Francisca Senhorinha Motta Diniz. Segue:

O que queremos. Queremos a nossa emancipação — a regeneração dos costumes; queremos reaver nossos direitos perdidos; queremos a educação verdadeira que não nos tem dado o dom de que possamos educar também nossos filhos; Queremos a instrução para conhecermos nossos direitos e deles usarmos em ocasião oportuna; Queremos conhecer os negócios de nosso casal para bem administrá-los quando a isso formos obrigadas; Queremos, enfim, saber o que fazemos, o porquê, o pelo quê das coisas; Queremos ser companheiras de nossos maridos e não escravas; Queremos saber como se fazem os negócios fora de casa; Só o que não queremos é continuar a viver enganadas. Francisca Senhorinha Motta Diniz (PINTO, 2023, p.42)

Desde o Brasil colonial, tal qual sua metrópole, o patriarcado era dominante em todos os estratos sociais onde os homens apresentavam as regras, o modo de cumpri-las e indicavam a forma de sua execução. Portanto, a tridimensionalidade do modelo girava em torno dos interesses do patriarcado. Quanto mais se propagassem falsas ideologias, a exemplo da compleição física feminina frágil, pouca inteligência, dentre outras condições biológicas que coincidissem com os interesses unilaterais do dominador, mais seriam em larga escala fomentadas. Afinal, a opressão era a forma de se manter a hegemonia masculina nas sociedades patriarcais.

No domínio do público pelo privado, quando as mulheres passam a se apropriar do universo destinado, exclusivamente, ao gênero masculino, a dominação masculina passa a ceder espaço rumo a uma sociedade mais inclusiva. Hannah Arendt, em *A condição humana*, já indicava que a par da dicotomia dos espaços, a localização das atividades humanas, e não as prévias convenções sociais, deve ser a tônica distintiva das relações sociais. Fez registrar que:

Embora a distinção entre o privado e o público coincida com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a permanência e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham o seu lugar adequado no domínio privado, O

significado mais elementar dos dois domínios indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência, Se examinarmos essas coisas, independentemente de onde as encontremos em qualquer civilização veremos que cada atividade humana assinala sua localização no mundo. (ARENDT, 2017, p.90)

Giddens também se dedicou ao estudo do crime e do gênero quando apresenta importante contributo acerca dos “papéis de gênero” na sociedade, e sua necessária revisão. Nesse aspecto, acredita-se que o reexame das sutis distinções entre a realidade dos delitos atribuídos à condição de sujeito ativo por qualquer pessoa e àqueles atribuídos exclusivamente às mulheres seja revelador do quanto as distinções aprofundam mazelas entre os gêneros, reafirmando a dominação masculina da sociedade que para outros setores da sociedade se apresenta plural, evolucionista e não patriarcal.

A identidade, e o poder (Castells, 2018) a ela ínsito no processo de descobrimento e de reconhecimento, será importante para a ruptura do ciclo repetitivo, já naturalizado na opressão feminina. Afinal, as políticas públicas e mesmo o recrudescimento das punições devem ter por fim ingressar na ordem social para emancipar o povo às melhores condições de sociabilidade e inclusão nos países democráticos, a exemplo do Brasil.

Nesse contexto, o movimento feminista brasileiro passou a ser percebido nessa condição na década de 70 do século XX paralelamente a movimentos da mesma natureza em diversos países. O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio foram importantes conquistas desse período como forma de limitar o poder do patriarcado.

No século XXI citem-se as Leis n. 11.340, em 2006, lançando luzes aos crimes de homicídio praticados contra mulheres, a lei Maria da Penha, a Lei n. 11.104, em 2015, criando a figura do feminicídio como crime de homicídio qualificado, cujas penas passariam a ser exasperadas, a Lei n. 13.718, em 2018, tipificando a importunação sexual contra mulheres, que passou a ser incluída como crime, sem olvidar para o recrudescimento da lei penal nas penas mínima e máxima do crime de feminicídio, em 2024, no dia 09 de outubro, através da Lei n. 14.994. Essas novas leis, somadas a outras políticas públicas giram em torno da grande preocupação em reduzir as taxas de letalidade feminina por crimes e promover inclusão das mulheres na sociedade patriarcal brasileira.

Na seara política, importantes conquistas relacionadas ao respeito à igualdade de gênero nas disputas políticas e nas relações de trabalho, além da tipificação de todas as condutas inerentes ao menosprezo das mulheres, se apresentaram como medidas importantes rumo à emancipação da sociedade brasileira.

Entretanto, quanto aos crimes de aborto e de infanticídio, algumas perplexidades devem ser registradas. Por primeiro, no crime de aborto, tal qual

previsto pela lei penal de 1940, admite-se nas seguintes hipóteses, segundo o artigo 128: “aborto necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” Somadas a essas hipóteses, consta a admitida por força de determinação judicial, pelo STF, na ADPF 54 para admitir o aborto nos casos de fetos sem mínima massa encefálica, impedindo o nascimento com vida, a denominada “anencefalia”.

Causa espécie que as hipóteses acima mencionadas em lei, as duas expostas admitindo o aborto, sobreviveram a regimes antidemocráticos – o Estado Novo e a Ditadura Militar – sem que qualquer movimento contrário surgisse para restringir o direito assegurado a todas as mulheres que se encontrassem nas condições ali elencadas. Maior indignação surge porque nesses momentos políticos a pauta emancipatória feminina era absolutamente incipiente quando comparada às conquistas do momento atual. Rediscutir, duvidar e obstaculizar o direito ao aborto nas hipóteses acima legisladas corresponderia a um retrocesso de várias gerações, de intensas lutas feministas em prol de maior igualdade na sociedade patriarcal.

Na linha repressiva, o Código Penal de 1890, no artigo 298, tipifica o crime de infanticídio apresentando fim especial de agir relacionado à ocultação de “desonra própria” diante do forte patriarcado da sociedade brasileira, segundo termos do

Artigo 298 - Matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e impedir sua morte. Pena - prisão celular por seis a vinte e quatro anos. Parágrafo único - Se o crime for perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria. Pena- prisão celular por três a nove anos.

Interessante a definição de prazo para que fosse manifestado o desejo criminoso da mãe e o questionável prazo, já que ultrapassados os 07 dias legais, e se praticado o crime, ao certo a conduta delituosa seria tipificada como homicídio na sua forma qualificada.

Após décadas de vigência do Código Penal de 1890, que veio à lume na recém-inaugurada fase republicana no Brasil, o Código Penal de 1940 também tipificou o crime de infanticídio, incluindo, no entanto, o estado puerperal da mãe sem a determinação temporal de prazo. Nesses termos o artigo 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena: detenção, de dois a seis anos.”

Ora, à primeira vista referido crime soa como medida justa porque clama para o apelo, e horror, de uma mãe cometer um ato abominável, que é o homicídio de um filho. No entanto, rememore-se que referido Código Penal foi publicado no ápice

do Estado Novo imposto por Getúlio Vargas, em período de exceção democrática, em que o Poder Legislativo teve suas funções interditadas, governadores e prefeitos afastados e uma grande censura inaugurada sob o argumento da “ordem e progresso”.

Vistas essas questões, registre-se que a palavra infanticídio deriva do latim *infanticidium* – na literalidade correspondendo ao assassinio de criança.

Costuma-se confundir o estado puerperal com outros distúrbios decorrentes e/ou manifestados pela gravidez/parto/puerpério, como a depressão pós-parto, psicoses, neuroses, febre puerperal, infecção puerperal etc. Todavia, esse é um grande equívoco, pois esses males são passíveis de diagnóstico bem definido, não se enquadrando no artigo 123 do Código Penal, mas sim no artigo 26 ou parágrafo único, conforme o caso. O tratamento benigno dispensado à infanticida acarreta pesos diferentes a um mesmo bem jurídico, o que contraria a ordem do sistema, pois, enquanto se agrava a pena daquele que mata descendente, despreza-se essa condição de parentesco nas hipóteses de infanticídio, a mesma crítica podendo ser feita em relação ao motivo torpe.¹

Examinar o crime de infanticídio sob o viés sociológico impõe analisar o Código Penal vigente como um de seus objetos, já que a análise sociológica não guarda semelhança com o discurso jurídico em que parâmetros relacionados à análise da conduta, configuração da tentativa, dolo e suas espécies, atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena não se correlacionam com o empirismo sociológico. Em verdade, apesar da lei penal se referir a infanticídio, mais correta seria a expressão “neonaticídio”, diante da impossibilidade de a mãe permanecer em estado puerperal por muitos dias.

No entanto, a análise sociológica é bem mais ampla e não impõe fronteiras, já que a natureza humana e suas opressões são os maiores objetos de análise nesta pesquisa. Nessa linha, ainda que existam diversos ordenamentos jurídicos que punam de forma muito semelhante ao Direito Penal brasileiro, alguns países adotam o mesmo modelo de punição à mãe que mata o filho em estado puerperal, o infanticídio. As semelhanças entre os países a serem citados coincidem com a experiência brasileira no que tange ao processo de colonização, à desigualdade social acentuada, ao patriarcalismo, às ditaduras e à igreja intimamente afeta às questões do Estado por longo período. Na análise macro, questões subjacentes serão extraídas do discurso jurídico punitivista.

Citem-se os sistemas penais da Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Guatemala, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai, Argentina, El Salvador,

¹ MUAKAD, Irene Batista. O Infanticídio. São Paulo: Ed. Mackenzie. 2001.p.170/171.

Costa Rica, México, Panamá, Paraguai, Venezuela, Alemanha, França, Espanha, Itália e Portugal, na mesma esteira em que caminha e se perpetua a legislação penal brasileira: em silêncio, observando todas as conquistas sociais das mulheres em diversos setores produtivos do país, mas firme na sanha positivista de embasamento legal apócrifo, discriminatório e opressivo.

É muito comum afirmações no sentido de que o crime de infanticídio e o crime de homicídio são os mais antigos da humanidade, já que comprovação bíblica do infanticídio existiria em Gênesis, livro no qual se relata episódio em que Abraão iria matar o próprio filho Isaque e fora impedido por um anjo, uma vez que Deus comprovara sua devoção. Da mesma forma, haveria comprovação desse crime na Lei das XII Tábuas (tábua 4ª), que autorizava o pai a matar o próprio filho que padecesse de deformidade física ou mental. Na Antiguidade, também há registros do crime de infanticídio ao serem citados os crimes em que o pai era autorizado a cometer contra seu próprio filho, nas hipóteses de deformidade ou pela frustração em não ter um filho – filho varão –, ou por insuficiência de recursos materiais que garantissem a subsistência, não raro, adotando-se os mesmos critérios os soldados e outras autoridades em cumprimento de ordem superior de um monarca, imperador ou ditador.

Importante apresentar essas definições de crime de infanticídio para apresentar que não serão essas formas de condutas incriminadas as que serão aqui examinadas porque desde o primeiro Código Penal brasileiro, de 1830, e os demais (1890, 1940 vigente após reformas) adotaram-se formas distintas de tipificar o infanticídio, mas a que será examinada, no presente trabalho, será a atual, vigente desde o Código Penal de 1940, consistente na conduta de matar o “próprio filho” em estado puerperal durante ou logo após o parto (artigo 123 CP).

Relembre-se que embora o critério vigente para aferir a prática do crime seja a ocorrência do estado puerperal, o primeiro Código Penal republicano, em 1890, atribuía à desonra própria, *honoris causa*, o motivo para a prática do crime de infanticídio. Em 1890, nos artigos 197-198, isso era suficiente para a tipificação da conduta, quando a mãe era incriminada por matar o próprio filho para ocultar desonra nos primeiros 07 dias de vida, ainda que não verificado o estado puerperal.

O que há de se reputar de oculto no discurso jurídico? Esse será o objeto principal da análise, ponto central da análise sociológica na verificação dessa espécie de crime contra a vida que ostenta baixos índices quando comparados a outros crimes dolosos contra a vida humana. Tratando-se de estatísticas, por essência sazonais, o objeto de estudo sociológico não perde sua importância, já que há fatores de relevo ao Direito e à Sociologia na análise da sociedade patriarcal brasileira que merecem vir à baila.

Assim, destaque-se a estatística colhida no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sendo ali apontado que entre os anos de 2016 a 2019 o número de novos casos anuais de infanticídio que ingressaram na Justiça havia subido de 165 casos para 1.723. Fatores intrínsecos à coleta desses dados também não constitui objeto de pesquisa, já que a sua menção se esgota para, tão-somente, corroborar a importância da análise

sociológica, ainda que a estatística dos crimes de infanticídio seja considerada baixa quando comparada aos nascimentos de parturientes que não tenham sido acometidas pelo estado puerperal.

O crime de infanticídio no atual Código Penal, bem como nos anteriores, confirma a cultura de opressão e estigma no sistema penal brasileiro contra as mulheres. A sanha punitivista é clara e o discurso tendencioso para que a sociedade acredite que a suposta “malfeitora”, que “a mãe desnaturada e perversa” merece punição de 02 a 06 anos de pena reclusiva por ter matado o filho, o próprio filho, em estado puerperal, durante ou logo após o parto. Percebe-se que o pleonasma utilizado- “o próprio filho”, impõe caráter interpretativo tendencioso à sanha punitivista opressora ao gênero mulher.

As relações de poder subjacentes ao tipo penal em exame revelam o interesse em manter o mesmo modelo patriarcal e as mesmas opressões às mulheres, que, por muitas décadas, foram naturalizadas na sociedade brasileira, a exemplo dessa opressão que permanece, e resiste, a todas as políticas emancipatórias femininas do século XXI.

O apelo midiático reforça a suposta legitimidade do discurso penal, autoritário, opressor e discriminatório, ao não admitir a condição emocional, física e psíquica da mulher genitora como causa absolutamente suficiente para não incriminar a conduta!

O interesse estatal em incutir a figura materna como figura santa, ou às vias de uma suposta santificação, singela, serena e com amor infinito ao gerar uma vida humana em seu próprio ventre jamais poderia se coadunar com tamanha monstruosidade, que seria ceifar um pequeno ser, ainda que sob o denominado “estado puerperal”. O Estado utiliza seu braço repressor para expurgar da sociedade as “genitoras criminosas”, que foram agraciadas com o dom de dar à luz, com o pesado fardo de uma punição criminal rígida e com seu processo criminal antecedente não menos cruel. A sociedade brasileira, ou os que elaboraram a norma, são os que não toleram a alegação do estado puerperal como motivo justificante para a não incriminação desse delito?

Seria razoável conceber, numa visão de sistema, que o mesmo diploma repressivo, que usualmente é idealizado para ser utilizado como última *ratio*, preveja esse crime como um dos que o Estado deve se desincumbir em processar e condenar, se confirmada a realização da conduta indesejada, quando esse mesmo diploma normativo prevê que em todos os crimes, desde a parte especial do referido Código, alcançando todas as leis especiais (todo o ordenamento jurídico penal), não haverá crime se o sujeito ativo comprovar que o praticou, por exemplo, quando comprovado estar alcoolizado ou que tenha suprimido sua consciência por substâncias entorpecentes, desde que comprovado o motivo de força maior ou caso fortuito (artigo 28 do Código Penal), isto é, desde que comprovado que o agente, deliberadamente, não se colocou naqueles estados anímicos, o que é absolutamente razoável e justo não serem aplicadas penas, ainda que crimes gravíssimos tenham sido praticados por pessoas nessas condições.

E o que dizer das mulheres que praticaram crime de infanticídio? O estado puerperal é idealizado, é controlado, é previsto? Qual distinção do estado puerperal, que acomete algumas parturientes durante ou logo após o parto, com o estado etílico ou entorpecida de pessoas que se encontram nessas condições por força de um atuar externo?

Não há distinção entre os dois casos – estado puerperal e alcoolismo – quanto aos aspectos fisiológicos, não restam dúvidas. O estado puerperal é afeto exclusivamente às mulheres parturientes, enquanto alcoolismo, na modalidade fortuita, consistindo na sua imprevisibilidade e inevitabilidade, pode ser verificado em detrimento de qualquer pessoa. De comum nas duas situações há a falta de consciência de quem pratica a conduta.

Reitere-se que na primeira hipótese – estado puerperal e morte do próprio filho – há tipificação por crime doloso contra a vida em detrimento da mulher pelo crime de infanticídio, enquanto que na segunda hipótese- alcoolismo involuntário (ou uso de substância psicotrópica de forma involuntária, por extensão de entendimentos dos Tribunais brasileiros), há absolvição imposta pelo próprio texto legal pelo entendimento de que nesses casos o sujeito ativo do delito não teria plena consciência para o atuar reprovável.

Ora, é fato historicamente provado que a ingestão de álcool, e muito mais o uso de psicotrópicos, não integrava, em essência, o universo feminino. Homens utilizavam álcool com muito mais frequência. Nessa quadra, admitir-se a absolvição pelo estado de consciência ser viciado, ora pelo álcool, ora pelo uso de psicotrópico, na forma involuntária, é medida de justiça que sempre atingiu, majoritariamente, o universo masculino.

E o estado puerperal? O estado puerperal, que não deve ser confundido com puerpério, que é inato a qualquer gestante, acomete em torno de 10 a 15 % das puérperas² e os sintomas associados incluem perturbação do apetite, do sono, decréscimo de energia, sentimento de desvalia ou culpa excessiva, pensamentos recorrentes de morte, rejeição do bebê, até culminar com atos mais graves contra o neonato, o qual seria configurado o crime de infanticídio. A opressão é clara quando se percebe que não há qualquer interesse estatal, qualquer projeto de lei, qualquer movimento social feminista que critique a inversão de valores que ultrapassa as legislações, com sutileza, decorrendo décadas de novas conquistas de gênero com a abominável e cruel incriminação contra a mulher parturiente, segundo o crime de infanticídio da legislação brasileira.

Impõe-se registrar a Exposição de Motivos do referido Código, Decreto-Lei n. 2848, de 07/12/40, relativamente ao crime de infanticídio, sob a lavra do jurista Francisco Campos quando textualmente reconhece que a perturbação psíquica deve diminuir a capacidade de entendimento, *verbis*:

² American Psychiatric Association

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: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio.

Com efeito, esclarece Muakad³ que autores clássicos do campo médico-legal consideram que o estado puerperal dura alguns minutos, não podendo ultrapassar 48 horas e que regride sem tratamento, não deixando sequelas, o que dificulta o diagnóstico. Alerta, também, que por essas razões não é possível serem encontrados sinais de estado puerperal progresso dificultando, sobremaneira, a prova pericial.

A título de registro histórico, importante citar que os primeiro e segundo Códigos Penais brasileiros previam a conduta da “infanticida” motivada para ocultar “a própria desonra”, a fim de reafirmar a condição de pessoa excluída da sociedade dominante de homens, cujas regras eram traçadas por eles e para eles. Não havia espaço público para as mulheres que, diante do estágio de evolução social daquele período histórico, não havia muita força para a irresignação feminina. Assim, nos Códigos de 1830 havia pena de reclusão de até 12 anos e no de 1890 penas que chegavam ao limite de 24 anos de reclusão!

Ao comentar as mudanças significativas do crime de infanticídio nos dois Códigos Penais, a antropóloga Fabíola Rodhen cita autores de relevo à época, segundo a qual

O que assistimos é a passagem do infanticídio, como um crime que poderia ser cometido por qualquer pessoa, a um ato de definição realizado exclusivamente pela mãe. E além disso, sob a influência do estado puerperal, o que significa que a mulher agiu sob o efeito de perturbações de diversas ordens decorrentes do parto. Se recorremos aos comentaristas do Código de 1940, não resta dúvida sobre o significado deste artigo. Tiago Ribeiro Pontes (1976) afirma que o infanticídio é o crime da puérpera perturbada pelo estado puerperal. O autor recorre ao próprio Souza Lima e a Fernando Magalhães para explicar que, após o parto, a mulher pode sofrer perturbações *que retiram temporariamente a razão*, levando-a mesmo a cometer crimes como o assassinato do filho recém-nascido. Ou seja, não há possibilidade de infanticídio cometido

³ MUAKAD, Irene Batista. O infanticídio. São Paulo: Ed. Mackenzie. 2002. p.142.

por outra pessoa que não seja a mãe, que, pode definição, *está fora de seu estado normal. O crime é cometido por alguém que não estava plenamente consciente*. E apesar da pena prevista, parece bastante difícil a condenação de um indivíduo que não pode ser totalmente responsabilizado pelo ato que cometeu, já que não estava no seu juízo perfeito.⁴ (grifos nossos)

Causa perplexidade a assertiva reconhecendo que a mãe não se encontrava plenamente consciente como sujeito ativo de um delito, que como qualquer outro, o pressuposto inafastável é a vontade livre e consciente. Frise-se: para qualquer pessoa humana o requisito indispensável para a responsabilização penal é vontade livre e consciente.

O estado puerperal foi novidade trazida no Código Penal de 1940, que ainda vige, já que sobreviveu por décadas e revisões, e ainda é aplicado em tempos atuais porque as Reformas Penais de 1984 e de 2019 o revisaram sem qualquer alteração. O critério impõe a comprovação biológica e psíquica, próprios do denominado estado puerperal, aferível por perícia médica, que, à primeira vista, se conclui como uma conquista feminina... Conquista?

Não foi conquista, não foi emancipação e muito menos a idealizada igualdade de gêneros na política, no fruto da política, que são as Leis. Ao contrário, houve retrocesso, porque se nos Códigos anteriores bastasse comprovar a “desonra”, sem comprovar o “estado puerperal”, aqui a desonra dissociada desse estado anímico não impõe a configuração do crime de infanticídio (como era), mas crime de homicídio, cujas penas são duas ou três vezes maiores, quando, não raro, configurando, também, a qualidade de crime hediondo!

O discurso feminista passa ao largo dessa abordagem e a produção dos tribunais é completamente dissociada dos seus próprios termos, já que se reconhece o estado puerperal e se pune, com certeza de que se faz justiça diante do direito positivo vigente no país, quando não se atenta que o requisito basilar é ter consciência e vontade para a prática de qualquer delito! Nesse caso, a mulher parturiente não tem consciência e sua vontade é completamente viciada!

Punir a mulher, nessas condições, interessa a quais atores? O que se quer preservar nessa insensatez autoritária? Qual viés religioso que se oculta no discurso jurídico-legal?

Aduz-se que quem pratica uma conduta em estado puerperal não tem vontade livre e consciente, mas, sobretudo, está doente e não pode sofrer a repressão estatal muito menos o estigma de uma criminosa e o estigma de delinquente penal.

⁴ RODHEN, Fabíola. A Arte de Enganar a Natureza- contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz.2003.p.167.

Não há qualquer dissenso quanto ao reconhecimento de que há distúrbio psíquico de que a parturiente é acometida por força do estado puerperal e até reforçado em Projetos de Lei recente que objetiva apenas impor novas regras no concurso de crimes ao crime de infanticídio. Nesse ponto, o Projeto de Lei n. 541, de 2023, que tramita na Câmara dos Deputados Federais, acresce o parágrafo único ao artigo 123 e o artigo 123-A ao Código Penal Brasileiro, Lei n. 2848, de 07/12/40, tendo a seguinte justificação:

*"A medida proposta pelo projeto de lei é justa, pois somente a mãe deve receber o benefício da pena reduzida, pois se encontra com seu estado psíquico alterado, mas aqueles que alheios a essa condição peculiar da agente a auxiliam a praticar o delito, deve responder por homicídio." (grifos nossos)". Do mesmo modo que ocorre com o crime de instigação e induzimento ao suicídio, a reprimenda a quem, *côncio do estado de desequilíbrio emocional da mãe* instiga, induz a prestar auxílio material para que ela mate o filho merece uma grave reprimenda penal. Deve-se punir duramente aquele que levou a mãe em puerpério a matar o filho. (grifos nossos)*

Aduza-se que na lei penal brasileira, em vigor, não há qualquer benefício penal para a mãe que praticou o crime de infanticídio, leia-se "mãe doente", proibindo-se a concessão de perdão judicial, que para os crimes contra a vida só se aplicam na modalidade não intencional, ou culposa, segundo o parágrafo 5º do artigo 121 – "Na hipótese do homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária"–, bem como não poderá ter a concessão de penas alternativas ou suspensão condicional da pena pelas penas fixadas no tipo penal, muito menos obter acordo de não persecução penal, como medida de não penalização, por se tratar de crime praticado contra a pessoa.

Registre-se que é imprescindível que a conduta humana seja analisada na formação analítica de um crime pressupondo vontade livre e consciente de uma pessoa para a prática de uma conduta tipificada previamente pela lei penal. Todos os casos inerentes à sanidade mental humana – inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal – são reservados à aplicação das medidas de segurança e giram em torno na culpabilidade.

Importante destaque apresentado por Rodhen na Europa quanto ao crime de infanticídio, segundo a qual

Um último comentário poderia ser feito a partir do estudo de Richard Lalou (1986) sobre o infanticídio nos Tribunais franceses entre 1825 e 1910. O autor tenta demonstrar, a partir de estatísticas,

a extensão desse fenômeno que, segundo ele, era comum em toda a Europa e que começou a diminuir no fim do século XIX. Destaca que 70% dos acusados, na sua grande maioria jovens mulheres solteiras, não eram julgados por falta de provas. Além disso, a pena de morte prevista era considerada pelos próprios magistrados como excessivamente pesada. E assim como no Brasil, invocava-se em favor da mulher a tese da não responsabilidade ou da loucura puerperal. Lalou (1986:194) argumenta que a indulgência frequente pode ser relacionada à dificuldade da sociedade em lidar com um crime de tal ordem. “invocar a loucura quando uma mulher mata sua criança parece assaz sintomático da atitude da sociedade a respeito do infanticídio. O assassinato de uma criança recém-nascida não pode pertencer à razão, tendo que ser justificado pela demência doentia da mãe que pariu.”⁵

Por fim, a mulher parturiente é a única eleita pelo legislador penal brasileiro, que em estado de comprometimento da vontade livre e consciente sofre reprimenda penal e tem contra si negadas medidas atenuantes de pena, sem olvidar para o estigma de ser uma criminosa pelo simples fato de ter se apresentado doente durante, ou logo após o parto. Trata-se de reminiscência do acentuado patriarcado brasileiro que resistiu, incólume, às mais variadas leis emancipatórias para a inclusão das mulheres em uma sociedade plural.

Referências bibliográficas

- AKOTIRENE, Carla. *Interccionalidade*. São Paulo: editora Jandaíra. 2019.
- ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: editora Pólen livros. 2019.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. São Paulo: ed. GEN.13ª edição 2017.
- ARAÚJO, Clara, PICANÇO, Felícia e SCALON, Ceci (organizadoras). *Novas Conciliações e Antigas Tensões?* São Paulo: ed. EDUSC. 2007.
- ARAÚJO, Clara, GAMA, Andréa, PICANÇO, Felícia e CANO, Ignácio (organizadores). *Gênero, Família e Trabalho no Brasil do século XXI*. Rio de Janeiro: editora Gramma. 2018.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. v.2. São Paulo: editora Círculo do Livro. 1990.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: editora Pólen. 2019.
- BORGES, Juliana. *Prisões. Espelhos de nós*. São Paulo: editora Todavia. 2020.
- BOURDIER, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: editora Bertrand Brasil. 2019.

⁵ RODHEN, Fabíola. A Arte de Enganar a Natureza- contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz.2003.p.173-174.

BOURDIER, Pierre. *A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos*. Rio Grande do Sul: editora Zouk. 2019.

BRIOLI, Flávia. *Gênero e desigualdade: limite da democracia no Brasil*. São Paulo: editora Boitempo, 1ª edição. 2018.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: editora civilização brasileira. 2003.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam*. São Paulo: editora N-1 Edições. 1ª edição. 2019.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: editora Paz e Terra. 2018

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO- Decreto-Lei n.2848, de 07 de dezembro de 1940.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: editora Berthrand Brasil. 5ª edição. 2018.

DINIZ, Débora. *Cadeia: relato sobre mulheres*. Rio de Janeiro: editora Civilização brasileira. 2ª edição. 2015.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. São Paulo: ed.Artmed. 4ª edição. 2015

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. São Paulo: editora Record. 2020.

LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. São Paulo: editora Cultrix. 2019. 1ª edição.

LINS, Valéria Maria Cavalcanti e NOGUEIRA, Karina. *Mães encarceradas e filhos abandonados*. Paraná: editora Juruá. 2019.

MATTOS, Carmem Lúcia Guimarães de, ALMEIDA, Sandra Maciel de e outros. *Mulheres privadas de liberdade: vulnerabilidade, desigualdade, disparidades socioeducacionais e suas intersecções de gênero e pobreza*. São Paulo: editora Paco Editorial. 2016. 1ª edição.

MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio*. São Paulo: Ed. Mackenzie. 2002.

MUSUMECI, Bárbara Soares. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: editora Garamond. 1ª edição. 2006.

NOGUEIRA, Oracy. *Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil*. São Paulo: editora Tempo Social, v. 19 n. 1, p. 287-308, 2007.

PAIVA, Anabela. *A dona das chaves*. Rio de Janeiro: editora Record. 1ª edição. ano 2010.

PINTO, Celi. *Uma História do Feminismo no Brasil*. Porto Alegre: editora Zouk. 2003. 2ª edição.

PINSKY, Carla Bassanezi. *Mulheres dos anos dourados*. São Paulo: editora Contexto. 2014.

RODHEN, Fabíola. *A Arte de Enganar a Natureza- contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz. 2003.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado e Violência*. São Paulo: editora Expressão Popular. 2ª edição. 2015.

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. *Filhos do Cárcere*. Rio Grande do Sul: editora Núria Fabris. 1ª edição. 2013.

VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras. 2017.

ZEM, Celia Regina. *Maternidade na prisão: análise e avaliação das relações de apego entre filho e mães encarceradas*. Paraná: editora Juruá. 2020.