

HISTÓRIA DO DIREITO

O crime de aborto no Código Penal de 1890

Um debate entre a literatura penal, os bons costumes, a honra e os vestígios de crime em processos e inquéritos (1890-1942)

The crime of abortion in the 1890 Penal Code

A debate among penal literature, good manners, honor, and the traces of crime in processes and inquiries (1890-1942)

Gustavo Silveira Siqueira¹

Bianca Jandussi Walther de A. C. Guedes²

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <https://orcid.org/0000-0003-1968-5639>.

² Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <https://orcid.org/0000-0001-9803-3721>.

RESUMO

O presente artigo analisa o crime de aborto sob a ótica da legislação, da literatura jurídica e de alguns inquéritos policiais e processos do período que abrange o Código Penal de 1890. A ideia central foi comparar os diferentes discursos produzidos para entender em que medida a criminalização do aborto teve por escopo a proteção da vida do feto ou se foi uma questão de criminalizar condutas desviantes dos padrões morais socialmente estabelecidos para as mulheres.

Palavras-chave: Crime de aborto, Código Penal de 1890, História do Direito.

ABSTRACT

This article analyzes the crime of abortion from the perspective of legislation, penal literature, and some police prosecutions and criminal cases from the period that covers the penal code of 1890. The main idea was to compare different speeches to understand the extent that the criminalization of abortion was aimed at protecting the life of the embryo or whether it was a matter of criminalizing deviating conduct from moral standards established for women.

Keywords: Crime of Abortion, Penal Code of 1890, Legal History.

*Onde calcular é
impossível, impõe-se sugerir.*

Marc Bloch

Introdução

O aborto é tema que levanta fervorosos debates de cunho moral, social e religioso. As leis penais hoje vigentes no Brasil ainda contêm lógicas de disciplinamento das condutas sexuais e reprodutivas das mulheres baseadas em uma concepção de “moral e bons costumes”.

Esse tema espinhoso é pouco explorado na história do direito, razão pela qual buscamos entender as lógicas e as mentalidades que circulavam ao final do século XIX e início do século XX³. A opção pela temática veio pela vontade de compreender as razões dessa criminalização no Código Penal da República.

A criminalização do aborto interfere na vida e no corpo das mulheres e escancara as desigualdades entre os sexos e também entre as classes. A legislação reflete, portanto, as relações sociais de poder existentes também no cotidiano privado em uma determinada época. Há uma dimensão biopolítica⁴ nas leis sobre aborto, no sentido de implicar uma ação política estatal de controle sobre a vida biológica dos indivíduos e de seus comportamentos. A mesma ação que “promove” a vida e direitos também aumenta o “controle” sobre os corpos e sobre a vida da população, como veremos nos argumentos daquele período.

A primeira parte do artigo explica a elaboração do Código Penal de 1890. Em seguida, analisamos a literatura jurídica do período e, por fim, destacamos processos judiciais, notícias de jornais e inquéritos policiais que podem auxiliar no entendimento da prática do aborto naquele período.

A metodologia utilizada no trabalho é influenciada pela obra de António Manuel Hespanha⁵. Partindo da análise dos principais juristas da época, bem como da análise de inquéritos e processos de 1890 a 1942, em pesquisa a documentos no Arquivo Nacional e algumas publicações jornalísticas da época, tentamos entender as relações sociais e jurídicas em torno da criminalização do aborto no Brasil República e as relações entre a teoria, a lei e a prática do aborto.

1. O Código Penal de 1890

Existiam vários grupos na disputa pelo poder, com interesses plurais e distintas concepções de como estruturar a nascente República. Dentre esses grupos, destacavam-se aqueles que

3 Segundo Hespanha, a consideração da história a partir das categorias, problemáticas e conceitos do presente subverte tais fundamentos e torna a história um mero pano de fundo para consagrar o presente e legitimar determinado discurso. No entanto, como bem ressaltou o citado autor, não há essa linearidade das categorias e dos conceitos, havendo, sim, rupturas na história e nas diversas culturas, sendo o sentido de um determinado conceito ou de uma determinada categoria jurídica eminentemente relacional, temporal e local (Hespanha, 2012, p. 21).

4 Foi utilizada neste trabalho a noção de biopoder e biopolítica de Foucault, 2013.

5 Não concebemos a História como linear, mas procuramos suas rupturas e mudanças de categorias jurídicas. Tentamos, como ensina Hespanha, entender o direito dentro dos campos sociais.

defendiam um modelo liberal, que se contrapunham aos de influência positivista⁶. O país vivia a transição do regime escravo para o trabalho livre, e um turbilhão de ideias novas surgiam no país. Como veremos, a influência europeia seria marcante na literatura nacional e tocava as noções sociais e jurídicas do país. Ao mesmo tempo que movimentos sociais demandavam, cada vez mais, direitos trabalhistas, a República começava a instituir os seus parâmetros legais (Siqueira, 2014).

Os militares⁷, apesar da não existência de uniformidade de pensamento entre eles (Costa, 1999, p. 396), tiveram forte presença nos primeiros anos da República.

Para os militares ligados ao Marechal Floriano Peixoto, Presidente Provisório, a República deveria ser dotada de um Poder Executivo forte e de um regime próximo ao ditatorial. A autonomia das províncias era vista com reservas por servir aos interesses dos grandes proprietários de terras, bem como pelo risco sempre presente de fragmentação do país, dadas as constantes revoltas (Costa, 1999, p. 401).

Essa forma de governar, nos primeiros anos da República, foi o que, entre outros fatores, permitiu uma rápida aprovação do Código Penal de 1890⁸, sem debates parlamentares (Sontag, 2014, p. 173 e 216). Era preciso reformar a legislação vigente, pois as transformações políticas e as ideias de um novo país exigiam uma nova ordem jurídica⁹. O Código de 1890, no que concerne ao crime de aborto, como veremos, foi mais rigoroso do que o Código de 1830, e isso não parecia ter uma relação direta com o caráter anticlerical da Primeira República¹⁰. Pelo menos, era isso que as fontes demonstraram: nenhuma relação direta entre esses movimentos e o processo de legislação e aplicação em relação ao aborto. Talvez a percepção fosse de “quebra de valores antigos” Carvalho (1987, p. 26 e 27) da sociedade, especialmente na cidade do Rio de Janeiro após a proclamação da República, objeto deste trabalho. Esse afrouxamento escandalizava parte da elite mais conservadora, e, assim, alguns setores da sociedade passaram a ser objeto de ações

6 Sobre as fases do Império e da República no Brasil: Costa, 1999. Nesse livro, a autora sustenta que, apesar das inúmeras transformações ocorridas entre 1822 e 1889, as estruturas socioeconômicas do Brasil não sofreram grandes alterações, de modo a gerar maiores e mais amplos conflitos sociais. Ressalta, inclusive, que o sistema de “clientela” e “patronagem” mantido pela elite e que permeava a sociedade reduziu sobremaneira as tensões de classe e raça.

7 De acordo com Carvalho (1987, cap. 2), o período de transição para a República foi constituído de uma grande circulação de ideias, a maioria importadas da Europa, mal concebidas e internalizadas, capazes de abranger os mais variados e opostos interesses, como “escravocratas e abolicionistas, militares e civis, fazendeiros, estudantes, profissionais liberais e pequenos comerciantes”. A ideia de povo e pátria (visão integradora e comunitária muito defendida por Silva Jardim) unia todos nas diferenças e foi útil para a luta de certos setores por uma ampliação da noção de cidadania. Entre esses grupos, estavam os militares, cuja mais forte inspiração ideológica era o positivismo comteano transmitido por Benjamin Constant, apesar de que havia outras inspirações ideológicas. Isso fez com que militares buscassem maior peso nas decisões políticas, reivindicando a condição de plenos cidadãos, surgindo a ideia do chamado “soldado-cidadão”.

8 Decreto n.º 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 28 jan. 2021. O CP 1890 foi fortemente influenciado pela Escola Positivista de Lombroso, segundo a qual o crime não pode ser explicado sem a influência de fatores bioantropológicos, fatores estes que impelem necessariamente um sujeito à prática de um crime, ou não.

9 Sontag, no capítulo 3 (2015, p. 173 a 252), desenvolve as razões do prestígio do Código de 1830 e do desprestígio do Código de 1890, mostrando-nos que nem sempre as críticas eram devido ao conteúdo objetivo deste, mas uma questão de imagem. A escola positiva, proeminente à época, de espírito reformista e crítico do direito vigente, construiu a ideia de um código insuficiente (“O pior de todos os códigos conhecidos”), mesmo sendo considerado como verdadeiro decalque, apenas com algumas alterações, da anterior codificação, segundo citação de Nilo Batista no texto.

10 O anticlericalismo permeou a sociedade brasileira desde os tempos de colônia, mas durante a República foi mais explícito e levou à laicização do Estado, separando-o definitivamente da Igreja. Apesar da estreita ligação do Antigo Regime Português com a Igreja Católica, no Brasil, a Igreja estava “estritamente sujeita ao poder civil”, com a monarquia exercendo poderes eclesiásticos de mando e desmando. “A Igreja transformara-se, por esse modo, em simples braço do poder secular, em um departamento da administração leiga (...). Pode-se acrescentar que, subordinando indiscriminadamente clérigos e leigos ao mesmo poder por vezes caprichoso e despótico, essa situação estava longe ser propícia à influência da Igreja e, até certo ponto, das virtudes cristãs na formação da sociedade brasileira”, nas palavras de Buarque de Holanda (1995, p. 118-119). Ver também Souza (2005).

moralizantes por parte de autoridades Republicanas. Mas considerando que o Código foi elaborado sem uma discussão parlamentar, faltam fontes robustas para confirmar mais afirmações.

Nesse contexto, surge o Código que vigorou até 1942, não livre de críticas e de inúmeras tentativas de reformas; algumas levadas a efeito, muitas outras esquecidas. Galdino Siqueira, por exemplo, afirmava que o Código de 1890 reproduziu os fundamentos do direito penal como prescritos no Código Criminal do Império (1830), mas nem sempre de forma bem trabalhada, pois, na preocupação de emendar, acabou incorporando inovações da legislação estrangeira sem método e sem técnica rigorosa¹¹.

2. Aborto na legislação penal e nos livros de Direito Penal

O crime de aborto era previsto no capítulo IV do Título X:

TÍTULO X

Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida

CAPITULO IV

DO ABÔRTO

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonna propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.

O bem jurídico protegido era a “segurança de pessoa e vida”, e os autores que analisamos, em sua maioria, descreviam a ideia de um bem jurídico duplo: a vida do ser em formação no

11 Siqueira (2003[1921], vol. 1, p. 12). Daí, Nilo Batista ter afirmado que o código de 1890 não era mais que “um decalque alterado do diploma anterior” (Zaffaroni, Batista et al., 2003, p. 446).

ventre materno e a saúde e vida da mulher. Por outro lado, fontes diferentes mostraram outras concepções: a preocupação maior nos inquéritos policiais era verificar se o caso era ou não de infanticídio. A mulher era a menor das preocupações, até porque era vista como transgressora, independentemente se comprovado ou não o aborto. Demonstraremos esses argumentos no decorrer do artigo.

No Código Criminal do Império (1830)¹², o aborto estava previsto no título que tratava dos crimes contra a segurança individual e incluía crimes tão díspares entre si, tais como: ameaça, abertura de cartas, e invasão de casa alheia. O Código de 1890 colocou o aborto no título que tratava dos crimes contra a “segurança de pessoa e vida”, que são: homicídio, infanticídio, suicídio, aborto, lesões corporais. Outras alterações também foram incluídas em 1890: a criminalização da mulher que cometesse aborto em si mesma, o aumento de penas e o agravamento da pena no caso de aborto provocado por terceiros e que resultasse na morte da mulher grávida. Tais mudanças estavam em consonância com as críticas feitas pelos juristas que comentavam o Código do Império¹³, assim como com uma crescente necessidade de se disciplinar e vigiar socialmente a sexualidade feminina (Foucault, 2015, p. 131 e 132; Araújo, 2004, p. 55-56), tais alterações não chegaram a ser objeto de severas críticas.

Outra hipótese é que o aumento das penas poderia estar associado com uma maior aproximação entre direito e medicina. No século XIX, a medicina passou a ter um maior destaque e proximidade com as questões de Estado, surgindo especialidades médicas como a ginecologia e a medicina legal e, com isso, a necessidade de monopólio da atividade, combatendo parteiras e, por isso, a força da lei muitas vezes era mais direcionada às parteiras iletradas¹⁴.

2.1 O crime de aborto na literatura penal

As primeiras produções literárias sobre o Código de 1890 foram elaboradas na forma de comentários à lei penal, assumindo a função de intérpretes da lei. Essa forma de escrever sobre o direito penal facilitava o estudo de cada tipo penal, sem, contudo, aprofundar nas questões mais práticas do crime de aborto.

Para João Vieira de Araújo (2004, p. 57), sobre o crime de aborto, não se viam citações de jurisprudência, em razão de a ciência “ser muda para esta categoria de fatos”.

12 Art.199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas.

Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: jan. 2021.

13 Thomaz Alvez Júnior, que publicou suas *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal* (1883, tomo III, Seção III, p. 277) – que se constituiu em obra bastante detalhada do código de 1830 –, afirmou que o Código de 1830 andou mal em não incriminar a mãe que provoca o aborto em si. Para melhor visualizar o crime de aborto no período do império, ver Guedes, 2018.

14 Para melhor entender sobre o papel da medicina nesse controle social da sexualidade e da reprodução feminina: Roth (2020) e Rohden (2003).

É possível perceber também variações no conceito do crime e a tentativa de modificação da nomenclatura do crime para “feticídio”^{15 16} com base nos estudos do jurista italiano Francesco¹⁷. Essa sugestão não foi acatada pela maioria da literatura pátria em razão do próprio conceito de aborto adotado pela maioria dos juristas analisados, pois o crime existia em qualquer fase da gestação e não apenas na fase fetal. Além disso, a pesquisa por inquéritos e processos não mostrou nenhum resultado quando procuramos a palavra “feticídio”¹⁸.

O conceito de crime de aborto adotado pela maioria dos juristas brasileiros consistia na “interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do produto da concepção”, desde que esse fruto tenha por característica um “estado de vida”, que seria uma espécie de “viabilidade” para viver (Soares, 2004, p. 619). A maioria dos autores, como veremos, também concordava com a necessidade de morte dentro ou fora do útero para que o crime se configurasse.

Passemos à análise de alguns comentadores do Código Penal de 1890.

João Vieira de Araújo¹⁹ pertenceu à chamada “Escola de Recife”, uma vertente marcada pelo cientificismo, e foi um dos maiores críticos do código de 1890, sendo, inclusive, autor do Projeto de codificação de 1893, a primeira das muitas propostas de substituição do código (Sontag, 2015, p. 18-19 e 181).

Em sua obra, *O Código Penal Interpretado*, v. 2, teceu críticas à redação do crime de aborto previsto no Código de 1890, chegando a asseverar que se tratava de um dos capítulos “mais defeituosos do código”. Afirmava existir uma correlação social, econômica e jurídica entre aborto, suicídio e infanticídio, e que, mesmo nas hipóteses passíveis de punição, elas deveriam ser mais brandas (Araújo, 2004, p. 54).

Nesse sentido, discorreu sobre a incoerência (“desproporcionalidade”) na positivação de algumas das penas, especialmente no crime de autoaborto.

Em fragmento intrigante, Araújo afirmava que durante o período intrauterino não há vida, nem pessoa, tampouco direitos. Para ele, o aborto “não é nada mais que o malogro da esperança de vida” (Araújo, 2004, p. 57). Assim, essa prática não deveria ser criminalizada quando feita pela própria mulher, sem prejuízo a um terceiro, o que destoava um pouco da visão de seus contemporâneos.

15 A. Tocci diferencia aborto de feticídio e de infanticídio, muito embora ressalte que essa distinção não foi adotada pelo Código Penal Italiano do século XX. O “feticídio” ocorreria quando a morte do feto se desse no momento do parto, ou seja, no exato instante do expulsivo (Tocci, 1954, p. 214).

16 Interessante o texto do Dr. Souza Lima sobre o crime de aborto no *Diário de Notícias* (1892 e 1893).

17 Francesco Carrara foi um jurista italiano de renome no século XIX, representante da Escola Clássica de Direito, cujo princípio do livre-arbítrio era a lente principal para analisar o crime e o criminoso. Publicou *Programma del Corso de Diritto Criminale* em vários volumes e também o *Programma de Diritto Criminale dettato nella r. Università*, além de outras obras de Direito Penal.

18 A pesquisa concentrou-se em duas bases do Arquivo Nacional: 1) a base SIAN (Sistemas de Informações), no período de 1830 a 1942 com as palavras “aparecimento de feto” (33 ocorrências); “aborto” (45 ocorrências); “ocultação de feto” (duas ocorrências); “feticídio” (nenhuma ocorrência); 2) a base do Acervo Judiciário da Cidade do Rio de Janeiro do Arquivo Nacional com a palavra “aborto”, que retornou 12 ocorrências, das quais a maioria não era de aborto. Não encontramos uma explicação para este fato.

19 João Vieira de Araújo foi lente da Faculdade de Direito do Recife, deputado federal e constituinte. Elaborou uma série de projetos de reforma, nunca aprovados, dos códigos de 1830 e de 1890. Além disso, foi um penalista identificado com a escola positiva italiana e pertencente à chamada “Escola de Recife”, famosa por uma abordagem mais cientificista do direito e um dos principais comentadores dos códigos de 1830 e 1890. Para melhor conhecer seu pensamento e sua influência neste período, a obra de Ricardo Sontag (2014) é fundamental.

Araújo teceu elogios ao Código Criminal do Império e classificou “como verdadeiro retrocesso” (Araújo, 2004, p. 56) a inclusão da criminalização do aborto autoprovocado, afirmando que tal crime seria um dia apagado dos códigos mais modernos e passaria a ser tratado na esfera cível²⁰. A crítica era bem enfática: “é sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuízo para terceiro é considerado como não constituindo um crime” (Araújo, 2004, p. 55).

Assim, para Araújo, em seu livro *O Código Penal Interpretado*, volume 2, publicado no ano de 1901, o crime de aborto não deveria sequer ser considerado um crime, pois não havia “vida” antes do nascimento.

Na pesquisa realizada com inquéritos e processos do período compreendido entre 1890 e 1942 no Arquivo Histórico Nacional, percebemos que o aborto, assim como o infanticídio²¹, era praticado em razão da falta de métodos contraceptivos eficazes.

O lugar do crime era o da clandestinidade, do segredo, só se tornando um problema público quando, de alguma forma, uma pista surgia para além da esfera privada; seja com o aparecimento de um feto em via pública, seja com a morte de uma mulher em situação suspeita, seja com a descoberta de uma relação considerada ilícita para os padrões morais da época.

Algo que apenas reforça o que foi por nós verificado no Arquivo Nacional²² foi o trabalho realizado sobre aborto e infanticídio no início do século XX por Fabíola Rohden (2003, p. 127), “A arte de enganar a natureza – contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX”. A pesquisa destacou que aborto e infanticídio provavelmente eram cometidos com mais frequência do que os inquéritos e processos davam conta, pois o interesse por esses crimes só surgia quando uma prova material (um feto morto, a morte de uma mulher) era revelada.

Prosseguindo no estudo do crime de aborto, Araújo esclareceu que a legislação não deixava expressa a necessidade de morte do concepto para a configuração desse crime. No entanto, citando Giuseppe Zanardelli²³, jurista italiano que redigiu o código que nos serviu de “modelo” (Araújo, 2004, p. 59), concordava que era preciso que houvesse a morte do produto da concepção, dentro ou fora do útero, para a configuração do crime, uma vez que a essência do delito consistiria na interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do feto.

O Código de 1890, ao contrário do italiano, não exigia a expulsão do feto do útero, podendo a ação destruir o concepto ainda no ventre materno. Araújo destacava que, desde que essa

20 O autoaborto é criminalizado hoje no art. 124, *caput*, 1ª parte, CP 40.

21 Não é o foco deste trabalho, mas infanticídio e aborto eram crimes que se confundiam em larga escala na prática. Alguns inquéritos de “aparecimento de feto” e de “aborto” eram investigações de infanticídio.

22 Em pesquisa no Sistema de Informações do Arquivo Nacional, utilizando a palavra “aborto” para o período que vai de 1830 a 1942, foram encontrados apenas 45 documentos, praticamente todos do Século XX, sendo: dez processos criminais; um Habeas corpus; um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino de 1932, defendendo o aborto; 33 inquéritos criminais. Na mesma base, pesquisando a palavra “feticídio” para o mesmo período, não foram encontradas quaisquer ocorrências. Usando a expressão “aparecimento de feto”, no mesmo sistema, mesmo período, foram encontrados apenas 33 documentos, todos inquéritos policiais do século XX, pois as investigações não foram adiante. Em outra base, a do Acervo Judiciário do AN, curiosamente apenas um processo de aborto surgiu em meio a 12 ocorrências versando sobre outros temas. Era um processo referente ao período do Código Criminal do Império; em verdade, o único deste período encontrado na pesquisa.

23 Sontag (2015, p. 213) afirma que o código italiano, que serviu de fonte ao código de 1890, é conhecido como “Código Zanardelli” em homenagem a este jurista e político que atuou intensamente para a unificação da lei penal italiana quando foi Ministro da Justiça.

morte fosse ocasionada por razões independentes da vontade do agente, haveria punição, ao menos por tentativa, seguindo também os termos do art. 14, parágrafo único²⁴.

Araújo também observou que o legislador não elencou os meios abortivos para não gerar uma lista taxativa, limitando a possibilidade de punição do crime, já que os meios poderiam ser os mais diversos possíveis.

Afirmou, por fim, que o Código Penal de 1890 piorou a disposição da matéria em relação à anterior codificação. Além de ter instituído o autoaborto²⁵, previu penas desproporcionais, não fazendo distinção entre a existência ou não de consentimento da mulher para a punição do aborto que resultava em morte da mulher (Araújo, 2004, p. 56)²⁶.

Outro jurista da época que comentou especificamente o crime de aborto foi Galdino Siqueira²⁷. O autor classificava o crime de aborto como crime de periclitación²⁸ (crime de perigo, de ameaça) da vida e não como “crime para a proteção” do corpo e da vida. Dessa forma, o crime de aborto teria por finalidade proteger a espécie humana, o “ser vivo que tem probabilidade de viver no futuro” e a integridade da mulher (Siqueira, 2003, p. 603). Siqueira citou o jurista austríaco Franz Ritter Von Liszt²⁹ e defendeu que o crime de aborto tem um duplo aspecto, de um lado sendo “homicídio” ou periclitación da vida do feto e, de outro, periclitación da vida da mulher grávida (2003, p. 595).

Siqueira explicava que o aborto se caracterizaria pela destruição da vida antes que tenha nascido e respirado pelos pulmões, que é o que torna a existência independente (2003, p. 556). Do ato de respirar sozinho pelos pulmões até sete dias de vida extrauterina seria caso de infanticídio e não de aborto. Depois de sete dias, seria homicídio. De fato, esse parecia ser o critério usado pelos peritos quando faziam inspeção em um feto encontrado morto. Em todos os casos de “aparecimento de feto” analisados nos inquéritos disponíveis no Arquivo Nacional, o principal exame de corpo de delito feito nos corpos dos fetos era para verificar se respiraram fora do útero³⁰.

Discordando de Araújo, Siqueira afirmava não ser necessária a morte do conceito para se configurar o crime de aborto, bastando a ação de provocar sua expulsão dolosa e prematura³¹. Aqui, o autor não explicou muito bem como se poderia comprovar o crime de aborto sem a

24 Art. 14. “São considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso, ou o máo emprego desses meios.

Paragrapho unico. Não é punível a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuser”.

25 Sobre a criminalização do autoaborto no Brasil, importante a leitura do artigo de Cunha (2018).

26 Araújo (2004 [1901], vol. 2 p. 56).

27 Galdino Siqueira foi professor de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito de Niterói e, assim como João Vieira de Araújo, ligado ao positivismo criminológico.

28 Crime de perigo é aquele que expõe a vida a perigo (ameaça à vida).

29 Franz Ritter Von Liszt, austríaco que fez parte da chamada “escola moderna” alemã e integrou a famosa corrente causal-naturalista da teoria do delito.

30 “Docimásia hidrostática de Galeno” é o nome deste exame, que serve para verificar se uma criança respirou pelos pulmões ao nascer. A medicina legal cada vez mais se fazia presente nos estudos do crime e do criminoso no século XIX e início do século XX (Hercules, 2014, p. 689-690).

31 Esse é o posicionamento de Tardieu, Liszt e outros. Liszt apresenta como objeto do crime de aborto o fruto que ainda não atingiu a vida independente fora do útero; e como ação o aborto propriamente dito, que seria a provocação ilegal do nascimento prematuro, sem dolo de matar e sem necessariamente provocar a morte. Para ele, o nascimento doloso e prematuro de uma criança para ocultar “desonra” seria passível de punição por aborto. Liszt apresenta ainda um outro elemento do crime que seria o “homicídio” do feto dentro do útero.

morte, nem adentrou na dificuldade probatória deste seu entendimento, apenas citou várias leis estrangeiras que corroboravam este seu entendimento. O problema para a produção de provas estaria na dificuldade de se diferenciar o aborto do parto prematuro.

Oscar Macedo Soares³² também teceu críticas à desproporcionalidade das penas e à nomenclatura do tipo penal, entendendo que o crime deveria se chamar “feticídio” e não aborto, pois a vítima não seria a mulher grávida, mas o feto em qualquer fase de vida intrauterina. Nesse ponto, divergiu frontalmente de Siqueira e Araújo, que entendiam que o crime de aborto tem um bem jurídico de caráter duplo a ser tutelado: a vida em formação e a mulher.

Soares afirmava que o aborto era das matérias mais controvertidas do Código. O primeiro problema aparecia logo na classificação jurídica desse crime: alguns autores incluíam o aborto entre os delitos sociais; outros, entre os atentados contra a ordem nas famílias; outros, entre os crimes contra a pessoa; e outros, justificando o Código vigente, entre os crimes contra a segurança da pessoa e vida (Soares, 2004, p. 618).

Mesmo defendendo o último entendimento, Soares excluía a mulher grávida como vítima do crime de aborto, entendendo que apenas o feto seria a vítima em qualquer fase da vida intrauterina (2004, p. 618).

Ressalvava, entretanto, que não era todo e qualquer fruto da concepção que sujeitaria o agente à pena por crime aborto, sendo necessário um “estado de vida”³³. Entendia que existiriam três hipóteses em que, embora tivesse ocorrido a expulsão violenta e prematura do fruto da concepção, não restaria configurado o crime de aborto, por não haver atentado contra pessoa e vida, a saber: a) quando se verificasse a eliminação de uma mola hidatiforme³⁴; b) quando o feto já estivesse morto por qualquer causa estranha aos meios abortivos; e c) quando o feto nascesse vivo e viável, embora ainda pouco desenvolvido (sétimo e oitavo mês de gestação) (2004, p. 619).

Soares também criticava a desproporcionalidade das penas, o que era muito comum entre os autores da época, além da ausência da previsão de agravantes no aborto consentido pela gestante (2004, p. 621).

Nelson Hungria³⁵ considerava como elemento essencial para a caracterização do aborto a interrupção da gravidez, havendo ou não a expulsão do feto. Classificando o crime de aborto como um “delito de perigo”, defendia que para a consumação do crime não seria preciso que o agente alcançasse o fim visado (a interrupção da gravidez). A expulsão do feto seria apenas causa de aumento da pena (1937, p. 273).

32 Jurista formado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, atuou como advogado, jornalista e também deputado federal pelo Rio de Janeiro.

33 O autor não desenvolve o que seria esse “estado de vida”, mas dá a entender que significa um estado em que uma vida viável (viabilidade, vitalidade) está em formação.

34 Também chamada de “gravidez molar” ou “gravidez em mola”, é um tumor benigno que surge durante uma complicação na gestação. É uma condição rara em que surge um amontoado de células, mas não um embrião.

35 Nelson Hungria Hoffbauer foi jurista, delegado, magistrado e ministro do STF por dez anos. Integrou a comissão redatora do Código Penal de 40. Ele comenta o código de 1890 em 1937, ou seja, mais tardiamente já que nasceu um ano depois da promulgação do Código Penal de 1890. Fonte: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/nelson-hungria-hoffbauer>> (CPDOC-FGV).

Em interessante passagem, Hungria citava o médico francês Klotz-Forest³⁶, que era contra a criminalização do aborto. Esse médico defendia que a mulher deveria ter o direito de dispor livremente de seu corpo, de recusar a maternidade e, além disso, considerava o feto como parte das entranhas maternas. O francês trazia dois argumentos contrários à incriminação do aborto: a impotência da pena para coibir a frequência com que esses crimes são cometidos e o fato de que apenas as mulheres menos abastadas sofrem os rigores da lei penal quando se trata de crime de aborto (1937, p. 274).

Muito embora Hungria tenha se mostrado contrário a esse posicionamento, é interessante perceber como existiam também argumentos contrários à criminalização do aborto na época.

Hungria refutava o argumento da impotência da pena para coibir esse tipo de crime: “ter-se-ia que concluir pela extinção dos códigos penais, porque estes não conseguem eliminar a criminalidade em geral” (1937, p. 276). Para combater o argumento existente, à época, de que apenas as mulheres mais pobres é que sofrem os rigores da lei, Hungria afirmava que “a punição do aborto não se justifica apenas como proteção de uma *spes hominis*, mas também como proteção à vida ou saúde da própria gestante” (1937, p. 276). Aqui, concordava com João Vieira de Araújo e Galdino Siqueira, que entendiam que o crime de aborto tem esse aspecto duplo de proteção. No entanto, Hungria esquivou-se de adentrar em uma discussão social muito maior. O fato de a lei supostamente visar a proteger também a saúde da mulher desmentiria a realidade de que as mulheres mais pobres são as mais afetadas por essa criminalização?

Analisando os arts. 300 e 301 do Código de 1890, Hungria destacava que a lei não distinguia entre gérmen, embrião e feto, devendo ser considerado crime a interrupção em qualquer fase da gestação.

Tentando descrever o crime no dia a dia da sociedade, Hungria afirmava que quando a mulher não conseguia o seu fim de abortar, acabava cometendo infanticídio, ou abandonando o feto para morrer ou deixando o bebê nas chamadas “rodas dos expostos”, principalmente em Igrejas e Orfanatos.

Hungria se mostrou contrário a qualquer isenção de pena para o aborto no caso de gravidez fruto de violência, como o estupro. Essa questão não chegou a ser tratada pelos demais tratadistas, mas já debatida em jornais. Aqui, é importante destacar o artigo da advogada Myrthes de Campos, publicado em 1915 e que defendia o aborto nos casos de estupro durante a Guerra Mundial³⁷.

Apesar de considerar o crime de aborto como aquele que visa à proteção de um bem jurídico duplo, a vida em potencial e a saúde da mulher, Hungria defendia que a mulher estuproada deveria manter a gestação: “toda mulher solteira, que abortasse, acharia logo de acusar de violência o seu sedutor” (1937, p. 279). Nessa frase, sobressai a pouca importância que de fato tem a vida do nascituro e a saúde da mulher. A questão moral que circunda o tema acabava prevalecendo.

36 Escreveu, no início do século XX, o livro *De L'avortement: est-ce un crime?*, Paris, Éd. Victoria, 1919, no qual defendia a não incriminação do aborto.

37 A advogada brasileira, Myrthes de Campos, escreveu um artigo para o jornal “O Paiz”, em novembro de 1915, no qual defendeu o aborto nos casos de estupros violentos durante a guerra. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/7/art20180717-02.jpg>>.

Bento de Faria³⁸ escreveu as “Anotações Theorico-Praticas” e lembrava que, na prática, o que se vê não é uma genuína preocupação com essas vidas, não mais do que a preservação da moral e dos chamados “bons costumes” (Faria, 1929).³⁹ A frase é de Faria e ilustra muito bem o pensamento da época e ajuda a explicar as citações de Hungria apresentadas acima. A preservação da “moral” e dos “bons costumes” parecia ser a principal preocupação do tipo penal.

A questão do dolo, para Faria, era fundamental para a caracterização do crime e, ao mesmo tempo, é o que trazia maiores dificuldades na produção das evidências materiais. Citava como exemplo o chamado “aborto terapêutico”⁴⁰ para mostrar que é tão intencional quanto o criminoso, mas possui uma finalidade que justifica legitimamente a ação, do que resulta que a diferença será muito tênue, pois residirá unicamente no dolo (Faria, 1929, p. 524).

Faria considerava igualmente aborto criminoso a expulsão de um feto vivo e viável, mas ainda pouco desenvolvido (Faria, 1929, p. 524). Para ele, a hipótese na qual uma mulher acelera o parto aos oito meses de gestação para parecer que não engravidou antes do casamento, comete aborto (Faria, 1929, p. 521).

Sobre a questão da desonra da mulher, a atenuante prevista no parágrafo primeiro do art. 301 do Código, Faria afirmava que somente a ilegitimidade da prole é que pode ser considerada uma desonra (gravidez quando solteira ou viúva; ou de relação extraconjugal, quando casada) (Faria, 1929, p. 521).

Faria destacava que era preciso que a mulher tivesse honra para salvaguardar, ou seja, que fosse considerada honesta⁴¹. Dizia o autor que tal atenuante não se aplicaria “à mulher de vida manifestamente licenciosa”, referindo-se à mulher de comportamento sexual desregrado e livre, mesmo que não seja uma comerciante do sexo. Também afirmava que não haveria desonra a ocultar quando a mulher seduzida está processando seu amante, pois, nesse caso, a perda de sua honra já se tornou pública, não havendo o que ocultar (Faria, 1929, p. 521). O segredo e a honra andavam de mãos dadas.

Interessante notar que referida atenuante demonstrava bem a questão moral que subjaz o crime de aborto, a importância do segredo, da honra, das aparências, de como tudo isso superava e muito o valor da vida. É como se primeiro viesse a preservação da moral e da ordem das famílias, depois a vida de um ser em formação e, por último, a vida de um ser formado, a mulher. O bem jurídico dúplice nos livros jurídicos parecia tentar esconder a principal necessidade de se criminalizar o aborto.

38 Advogado, jornalista e ministro do Supremo Tribunal Federal de 1925 a 1945. Teve forte atuação, quando ainda estudante, nos primeiros anos da República em alguns eventos marcantes como, por exemplo, sua atuação ao lado das forças legais contra a Revolta da Armada, de 1893. Após a derrota dos revoltosos, Bento de Faria foi agraciado com honrarias militares por Floriano Peixoto. Fonte: CPDOC-FGV.

39 No mesmo sentido: “Na verdade, por trás do fato de a conceituação de crime ser estritamente legal está o que a sociedade teve por bem apontar como sendo um crime, mesmo eu este tipo de agressão social fosse – pelo número e pela reação social por ele provocada – considerado banal” (Cancelli, 2001, p. 100 e 101).

40 Aquele realizado para salvar a vida da gestante.

41 “A virtude é o que se esperava de todas elas; e virtude, no caso, significava castidade para as solteiras e total fidelidade para as casadas”. (Cancelli, 2001, p. 170).

3. Inquéritos e Processos Criminais

Os consultados trazem muitas discussões técnico-jurídicas, muita literatura estrangeira e, no caso do aborto especificamente, algumas discussões médico-legais, mas rara jurisprudência. O interesse da justiça e da polícia pelo crime de aborto não é evidente nesse período.

A pesquisa foi realizada em 2018 no Arquivo Nacional (AHN), na base SIAN (Sistemas de Informações do Arquivo Nacional). Fizemos a pesquisa livre no período de 1830 a 1942, usando as seguintes palavras: “aborto”, “aparecimento de feto”, “feticídio” e “ocultação de feto”, e também na base do Acervo Judiciário do Arquivo Nacional para o mesmo período (1830-1942), mas, nesta última, apenas com a palavra “aborto”. Utilizando a palavra “aborto” para o período que vai de 1830 a 1942, foram encontrados apenas 45 documentos, praticamente todos do Século XX: dez processos criminais, um Habeas corpus, um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino de 1932⁴² e 33 inquéritos criminais que não chegaram a virar processos. Usando a expressão “aparecimento de feto”, no mesmo sistema, foram encontrados apenas 33 documentos, todos inquéritos policiais do século XX⁴³.

Dessa forma, analisamos um número muito maior de inquéritos que de processos. Entretanto, mesmo os inquéritos examinados possuíam pouca ou quase nenhuma informação (principalmente nos de “aparecimento de feto”) se comparados aos processos. Foram enfrentadas algumas dificuldades práticas, pois nem todos os documentos solicitados foram disponibilizados, assim como a leitura de alguns foi bastante prejudicada; seja pelo estado de conservação, seja pela grafia usada.

Abaixo, relatamos os documentos que acreditamos ser mais interessantes e curiosos para o debate e para confrontarmos com as discussões da literatura.

Um caso bem interessante foi de um inquérito⁴⁴ da 11ª Pretoria do Rio de Janeiro, datado de 1904, no qual um surdo-mudo, de nome “Pedro Nolasco”, encontrou um feto do sexo feminino, envolto por panos, nas águas do rio Babilônia, sob a ponte que atravessava a rua São Francisco Xavier. A testemunha acusou uma “creoula”⁴⁵ e um cabo do 22º Batalhão de Infantaria, seu desafeto, de terem praticado um crime. O feto foi levado para necropsia, e os peritos concluíram que a criança nasceu viva, pois o exame dos pulmões revelava que havia respirado. Além disso, foi observada uma fratura no crânio, o que indicaria um provável infanticídio.

No entanto, o relatório do delegado concluiu pela improcedência da acusação feita ao cabo, que negou veementemente a autoria do crime. O inquérito foi arquivado por falta de provas.

Em outros dois documentos analisados, foi possível perceber como as desavenças entre vizinhos ou parentes resultavam, muitas vezes, em acusação de crime e até em processo e prisão⁴⁶.

42 Em pesquisa no Arquivo Nacional, encontramos um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, datado de 1932, no qual Inês Teltscher escreve uma carta à adoentada Bertha Lutz para cobrar uma maior radicalidade do movimento feminista, que deve ir além da busca pelo direito ao voto, para demandar a liberdade sobre o próprio corpo e o direito da mulher de escolher se quer ou não ter um filho: “Pois é lógico que a mulher que não deseja o filho é porque não está em condições de criá-lo. Estabeleça-se desde já a igualdade dos sexos!” (Q0.ADM.COR.A932.76).

43 A pesquisa na base retornou 33, mas só se pôde ter acesso a 31.

44 T8.0.IQP.1408 (1904) – SIAN, AHN.

45 Forma com que se referiam a uma mulher negra.

46 CS.0.IQP.1740 (1916) e CS.0.HCO.1602 (1915) – SIAN, AHN.

O mais intrigante foi um processo de habeas corpus, datado de 1915⁴⁷, em que eram pacientes Evenina dos Santos e Ignácia Maria do Nascimento, presas na Delegacia do 18º Distrito Policial sob as seguintes acusações: Evenina, de ter abortado (caso de autoaborto com prisão), e Ignácia, de tê-la auxiliado.

Alegaram no pedido de liberdade que a notícia do crime chegou ao delegado por meio de cartas anônimas, o que deixava entrever que se tratava de uma vingança pessoal. Além disso, o próprio delegado informou ao juiz que o exame em Evenina demonstrava que ela nunca pariu, nem teve parto recente, e que o suposto “cadáver” de um feto era, na verdade, uma boneca, “numa infeliz brincadeira”, nas palavras do próprio delegado.

Apesar disso, as duas ficaram presas por mais de sete dias, incomunicáveis, sem terem recebido nota de culpa ou qualquer intimação. O processo tem esse relato dramático, deixando claro que foi uma retaliação perpetrada por algum inimigo dessas mulheres. Na documentação, não há informações de como o juiz decidiu, nem de como o inquérito foi encerrado.

Um caso semelhante foi o inquérito de 1916⁴⁸, no qual Guiomar da Silva, solteira, doméstica e analfabeta, alegava ter sofrido aborto forçado por uma mulher de nome “Emília”, que teria lhe forçado a beber um abortivo (“beberagem”). Após exame em Guiomar, os peritos concluíram que ela nunca esteve grávida, o que teria afastado o elemento material do crime de aborto. O processo acabou sendo arquivado, pois a história toda não passou de uma invenção. Além disso, não se chegou a encontrar a acusada de nome “Emília”, o que deixou dúvidas se era mesmo uma vingança ou se era apenas insanidade mental.

Outro inquérito⁴⁹ de “aparecimento de feto”, datado de 1911, tratava de um suposto feto que teria sido enterrado no quintal de uma casa. Os vizinhos avisaram a polícia e alegaram que a esposa de um soldado que trabalhava fora da cidade e “vinha pouco para casa” teria ficado grávida e, surpreendida com a volta repentina do marido, abortou e enterrou o feto no quintal.

A acusada alegava ter passado mal em razão da surpresa pelo retorno do marido e que enterrou o feto no quintal por “ignorância”. O inquérito não conseguiu apurar muita coisa, ademais, não se conseguiu caracterizar o aborto, pois o exame no feto concluiu que não era um “feto” em razão de não possuir forma humana. Ficava a dúvida se realmente era um feto enterrado. O inquérito foi arquivado por não se comprovar o aborto criminoso.

Nesse caso, ficou evidente a vigilância e o julgamento morais sobre esta mulher, pois se percebe a desconfiança em relação ao comportamento sexual dela enquanto o marido estava fora a trabalho. A questão para a vizinhança não era o feto, nem o aborto, mas desmascarar uma eventual “relação ilícita”.

Em outro processo⁵⁰, datado de 1919, Ambrosina Magalhães Delgado foi presa e acusada de ter provocado aborto em Maria Vieira da Silva (doméstica, solteira, analfabeta), que veio a falecer em seguida. O laudo da perícia foi inconclusivo sobre se houve mesmo o aborto. A capitulação do crime não foi a do art. 300, §1º, mas a do art. 301. Ou seja, ela foi condenada por praticar aborto e, mesmo a vítima tendo falecido, ela não foi condenada pela qualificadora.

47 CS.0.HCO.1602 (1915) – base SIAN, AHN.

48 CS.0.IQP.1740 (1916) – 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. SIAN – AHN.

49 T8.0.IQP.3834 (1911) – SIAN, AHN.

50 CS.0.PCR.3046 (1919) – SIAN – AN.

Houve também uma série de inquéritos em que se investigava aborto como resultado de violência física contra a mulher⁵¹. Todos acabaram arquivados por falta de provas suficientes para dar início a um processo. Em alguns casos, o exame médico deixava dúvidas se o aborto havia sido mesmo consequência da agressão; em um caso específico, não se chegou a descobrir o agressor; em outro, a mulher alegou que caiu da escada para defender seu companheiro.

Verificou-se também que em todos os processos e inquéritos consultados, mulheres de camadas populares estavam envolvidas, geralmente domésticas e sem educação formal. Havia um ideal de mulher, da época, como claramente se percebe na literatura penal. Mas as mulheres envolvidas nos casos de aborto, ao contrário desse ideal preconizado, eram mulheres que trabalhavam fora, pobres, com comportamento distante do apregoado pela sociedade e que acabavam sendo julgadas mais pelo comportamento social que pelo crime de aborto em si.

Aparentemente, a polícia não via necessidade em prosseguir com as investigações. Nos autos consultados, a aplicação do dispositivo legal parecia não ser prioridade para as autoridades. Poucas investigações eram feitas e concluídas. Se é possível alegar que o número de abortos era menor que o número de comunicações de crimes, o número de investigações era bem menor que o número de comunicações.

O aborto era o retrato do desvio da imaculada função da mulher-mãe, da mulher casta e honesta. O aborto provocado de forma intencional, nesse sentido, tinha um significado social, representando um comportamento sexual desviante no seio de uma ética da virgindade e da fidelidade conjugal⁵². A honra sexual e a castidade eram as bases da família e, esta, o núcleo da nação. Sem o reforço da moralidade, havia a crença de que a modernidade e o afrouxamento dos costumes pudessem levar à dissolução da família, aumentando a criminalidade e gerando caos social, mas a honra sexual e a castidade passaram a reforçar relações hierarquizadas de poder baseadas não só nas diferenças entre homens e mulheres, mas também naquelas de raça e classe⁵³.

A mulher que se desviasse do seu papel, ou ao menos tentasse se desviar dele, era taxada de prostituta. Assim bem nos mostra o caso do médico Abel Parente⁵⁴, muito debatido nos periódicos da época⁵⁵, em que fica evidente a mentalidade do período em relação à sexualidade da mulher e do aborto como uma conduta social desviante. Parente foi um médico italiano que

51 CS.0.IQP.2352 (1918): inquérito arquivado, que apurou crime de aborto decorrente de agressão física do “amásio”; CS.0.IQP.1918 (1917): inquérito arquivado no qual marido é acusado de agredir mulher e, como consequência, provocar o aborto nela; MW.0.IQP.1493 (1907): inquérito arquivado em que companheiro é acusado de agredir mulher e de fazê-la abortar; OR.0.IQP.8747 (1906): aborto após pancadas de agressor não identificado e, por isso, o inquérito foi arquivado; 70.0.IQP.10555 (1930): inquérito arquivado de aborto provocado por espancamento cometido pelo companheiro. Nada foi comprovado; 70.0.IQP.9291 (1929): inquérito arquivado de agressão e aborto provocado por marido na esposa; CR.0.IQP.626 (1909): inquérito arquivado de aborto por agressão física.

52 Foucault (2015, p. 112) explica que “nas relações de poder, a sexualidade não é o elemento mais rígido, mas um dos dotados de maior instrumentalidade: utilizável no maior número de manobras e podendo servir de ponto de apoio, de articulação às mais variadas estratégias”.

53 Para melhor compreensão dessa temática da honra na sociedade brasileira recomendamos a leitura do livro de Caulfield (2000). Nesse estudo, a autora aborda a honra sexual a partir do grande interesse que despertava no início do século XX no Brasil e, especialmente no Rio de Janeiro, para a garantia de uma estabilidade social em meio urbanização e modernização da vida nas cidades.

54 Recomendamos a leitura do artigo de Fabíola Rohden sobre o caso Abel Parente (Rohden, 2001).

55 Em pesquisa na Hemeroteca Digital da BN, foram encontrados alguns periódicos, como o “Diário de Notícias (RJ)” e “O Paiz (RJ)”, em que o “invento” do Dr. Abel Parente era fortemente debatido. Ele, um ginecologista italiano, descobriu uma forma de fazer contracepção em mulheres e passou a anunciar nos jornais da época, o que chamou a atenção de outros médicos e de juristas, pois um promotor público instaurou inquérito para apurar como era feita essa contracepção. Chegou-se a discutir se seria hipótese de crime de aborto e também se as mulheres iriam virar todas prostitutas, já que poderiam separar a sexualidade da reprodução. Foi um caso interessante do final do século XIX.

descobriu um método contraceptivo temporário e passou a anunciar nos jornais da época, o que levou outros médicos a condenarem o “invento” por trazer questões morais, tais como o descontrolo do apetite sexual feminino e com o conseqüente “risco de todas virarem prostitutas”. No mesmo momento em que havia a valorização da maternidade e da mulher-mãe, há a tentativa de criminalização da mulher que se nega a corresponder a este ideal (Soihet, 1986, p. 200).

Outro caso que escandalizou a época por sua tragicidade foi o de Maria Rosa Martins⁵⁶. O evento foi cercado de mistério e de detalhes horripilantes, bem explorados pelo periódico “A Noite” e pela peça acusatória da promotoria. Maria começou a passar muito mal no meio da rua, agonizando de dor. Não conseguia dizer sequer seu nome aos transeuntes e acabou morrendo na calçada, antes de o socorro chegar.⁵⁷

O corpo foi levado para o necrotério público como indigente. Ao realizarem a necropsia, descobriram a cabeça de um feto dentro do seu útero completamente dilacerado e a polícia começou a investigar o caso. O jornal “A Noite” divulgava as características físicas da vítima para tentar elucidar o evento⁵⁸. Ao fim, duas parteiras foram acusadas do crime de aborto seguido de morte. Das acusadas, ambas foram condenadas por exercício ilegal da função de parteira e uma delas foi condenada a seis anos e um mês de prisão. Em sede de apelação, curiosamente, a que havia sido condenada do crime de aborto seguido de morte, foi absolvida.

O mais revelador é a descrição da vítima, tanto no jornal, quanto nos autos do processo, como uma mulher de “temperamento difícil”, incapaz da candura necessária à manutenção da família e do lar. Relatavam que residia ainda com o marido para evitar “escândalo”, mas os dois estavam separados e ela “não devia mais obediência” a ele devido à separação e ao seu “temperamento”. Em razão disso, acabou morrendo na “ânsia de encobrir uma falta”⁵⁹. Não ficava claro se o filho era fruto das tais “relações ilícitas” (fora do casamento). A essas mulheres, nada mais restava quando a honra era o bem jurídico mais valorizado na prática cotidiana. Morta pela prática do aborto, Maria Rosa Martins agora tinha o corpo vilipendiado pelas notícias de jornais.

Foram poucos os casos de autoaborto vistos nesta pesquisa: ao todo, seis e, quando as mulheres não alegavam uma queda, um acidente, a necropsia no feto, atestava que este havia nascido morto, e o inquérito era encerrado. Ao contrário das intermináveis discussões travadas nos livros jurídicos que vimos, os delegados não tinham subsídios (ou não encontravam?) para prosseguir a investigação para atestar se a morte no ventre se deu de forma criminoso.

Em interessante estudo, Rohden (2003, p. 123) partindo da análise de textos médicos e dos depoimentos em inquéritos e processos que analisou, afirma que esses crimes surgem, na maioria dos casos, como um meio trágico e desesperado de restringir o número de filhos. Uma ocorrência que corrobora com essa afirmação foi um inquérito da 8ª Pretoria do Rio de Janeiro em que se investigou uma suspeita de infanticídio. O exame de infanticídio provou que o feto nasceu vivo e que a causa da morte foi asfixia por sufocamento. Os pais foram considerados suspeitos, mas o delegado acabou arquivando por não conseguir provas suficientes⁶⁰. Mais uma vez, não foram ou não quiseram ser encontrados subsídios. A honra e as questões internas da família não pareciam ser preocupações policiais naquele momento.

56 CS.0.PCR.6998 (1933) – SIAN – AHN e Jornal “A Noite”, 1933, ed. 07762 (1).

57 OR.0.IQP.6132 (1908) – SIAN – AHN.

58 Jornal “A Noite”, 1933, edição 07762 (1): caso envolvendo a morte de Maria Rosa Martins.

59 Jornal “A Noite”, 1933, edição 07762 (1) e inquérito CS.0.PCR.6998 (1933) – SIAN – AHN (ARQUIVO NACIONAL).

60 OR.0.IQP.6132 (1908) – SIAN – AHN.

4. Considerações Finais

A pesquisa demonstrou que o aborto era um crime que não costumava ser do interesse da polícia e do Poder Judiciário. Se foi possível perceber discussões técnicas nos livros jurídicos sobre o que era aborto, sobre a desproporcionalidade da pena, sobre a tentativa, o aborto culposo ou demais detalhes, na esfera prática, os temas pareciam ter menor valor. O crime parecia ser praticado e “resolvido” em segredo. O crime só vinha à luz quando uma mulher passava mal ou morria em situação que levantava suspeitas. Ou seja, o crime só “era documentado” quando existia uma família sem uma “honra para salvar”.

Se segredo preservava a honra, como a pesquisa em processos e inquéritos demonstrou, a honra parecia ter a mais valor que a vida. Talvez por isso, apenas uma pequena parcela do problema social do aborto era levada ao conhecimento da polícia e, conseqüentemente, do Poder Judiciário. O aborto era um crime muito discutido teoricamente, mas bastante escondido na prática. Parecia ser incomodo investigar ou condenar alguém.

O que foi visto foram tragédias, conflitos familiares e de vizinhança, vergonha e embaraço. A polícia pouco ou quase nada queria (ou podia) fazer. As investigações escancaravam o sofrimento, o abandono, a desinformação, a constante vigilância moral e a violência que atingiam muitas mulheres. Além disso, ficava evidente a impotência da lei para proteger o “bem jurídico duplo” dos livros jurídicos: a vida do feto e a vida da mulher. A honra parecia ser o principal bem jurídico a ser tutelado, e o tipo penal do aborto servia como alerta, mas não como punição. Melhor seria esconder o crime do que expor a honra, a família e a violação aos bons costumes.

Por outro lado, foi interessante perceber que, em quase todos os livros consultados, existiu o argumento da não criminalização do aborto. Mesmo que todos os autores comentassem o tipificado no texto legal, foi sempre possível perceber uma contestação, no mínimo teórica, à criminalização do aborto, mesmo que por meio da citação de autores estrangeiros.

O crime de aborto continua previsto no Código Penal brasileiro de 1940, mesmo após as alterações mais recentes, como a exclusão do crime de adultério em 2005. Talvez as experiências jurídicas descortinadas em torno das questões morais e sociais que circundam o tema desde o final do século XIX e início do século XX possam fomentar uma melhor conscientização e futuras alterações na legislação.

O próprio ato de criminalizar o aborto, no início da República no Brasil, não era um tema pacífico. Agora, mais de cem anos depois, o tema volta ao debate e talvez seja importante entender, não apenas as funções sociais do processo de criminalização, mas seus efeitos na saúde e na sociedade brasileira.

Referências

Fontes Documentais (pesquisa no Arquivo Nacional em 2018):

Apelação Crime. Partes: Manuel José Rodrigues e Justiça; Ano: 1877/78; Maço 183; n.º 1311; GAL. C; 84-Relação do Rio de Janeiro. Acervo Judiciário do Arquivo Nacional (AHN).

Inquéritos policiais constantes das coleções das 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª e 14ª Pretorias Criminais do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notações respectivas: 6Z, 70, 72, OR, T7, 7C, T8, MW e 7G.

Inquéritos policiais e processos judiciais constantes da coleção da 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notação: CS.

Inquérito policial constante da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Localização: CQ.0.IQP. 626 (1909).

Inquéritos policiais constantes da coleção da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notação: CR.

Brasil, 1890. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Brasil, 1830. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Brasil. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro Manoel Ferraz de Campos Salles. Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p.18. Disponível em: <<http://brasil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000021.html>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Referências bibliográficas:

Obras da época

Araújo, João Vieira de. (2004 [1901]). *O Código Penal Interpretado*, v. 1 e 2, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.8, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Faria. Antônio Bento de. (1929 [1904]). *Anotações Theorico-praticas ao Codigo Penal do Brasil*, v.1, 4. ed. Rio de Janeiro: J.R.B dos Santos Editor.

Hungria, Nelson; LYRA, Roberto. (1937). *Compendio de Direito Penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho. Acervo da Biblioteca FND-UFRJ.

Piragibe, Vicente. (1938) *Consolidação das Leis Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Acervo Biblioteca STF.

Siqueira, Galdino. (2003 [1921]). “Direito Penal Brasileiro” (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. 1 e 2, *Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal*, v.4, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Soares, Oscar de Macedo. (2004 [última edição data de 1910]). *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. único, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.6, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Literatura:

Batista, Nilo (2011). *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan.

Batista, Vera Malaguti (2011). *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.

Bueno, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha (2008). “Notícias históricas do direito penal no Brasil”. In. BITTAR, Eduardo (Org.) *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas.

Cabanellas, Guillermo (1945). *El aborto. Su problema social, médico e jurídico*. Buenos Aires: Arengreen.

Cancelli, Elizabeth (2001). *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: UNB.

Carvalho, José Murilo de (1987). *Os Bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia da Letras, 2ª ed.

Carvalho, Paula Torres de. (2012) “Aumentam na Europa os bebês abandonados em ‘rodas’ modernas”. *Público*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2012/06/11/sociedade/noticia/aumentam-na-europa-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Castelbajac, Matthieu de. (2009/2010). “Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil”. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo v. 10, n. 3, nov. 2009/fev. 2010. p. 39-72.

Caufield, Sueann (2000). *In Defense of honor: sexual morality, modernity, and Nation in early-twentieth-century Brazil*. Duke University Press Books.

Costa, Emília Viotti da. (1999). *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP.

Cunha, Bárbara Madruga da. (2019). “Uma análise histórica da criminalização do auto-aborto no Brasil (1890-1940): dos discursos médicos ao positivismo criminológico”. *Revista Em Perspectiva [OnLine]*, v. 4, n.1: Disponível em: <<https://bityli.com/tuaWW>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Drumond, J. E. Pizarro (1952). “Galdino Siqueira e a Ciência Penal no Brasil”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, n. 583 e 584, p. 523-525, jan-fev. 1952.

Fernandes, Paulo Sérgio Leite (1972). *Aborto e Infanticídio*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias.

- Fonseca, R. M. (2006). "Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX". In: *Quaderni Fiorentini*, n. XXXV. Disponível em: <<https://bityli.com/3d-7Vy>>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- Foucault, Michel (2015). *História da Sexualidade I: A vontade de Saber*, Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra.
- Foucault, Michel (2013). *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Lisboa: Ed. Edições 70.
- Guedes, Bianca Jandussi Walther de Almeida. (2018). *Doutrina e Prática do Aborto: 1830, 1890 e 1940*. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito). Orientação: Gustavo Siqueira. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Acervo Biblioteca de Direito da UERJ.
- Hercules, Hygino de C. (2014). *Medicina Legal: texto e atlas*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2 ed., p. 689-690.
- Hentz, Isabel Cristina (2013). *A honra e a vida: debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil Republicano (1890-1940)*. Dissertação (Mestrado em História) – UFSC.
- Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Holanda, Sérgio Buaque de. (1995). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 26ª ed.
- Machado, Érica Babini Lapa do Amaral (2016). "A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos humanos". *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 166-179, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://bityli.com/zQbvg>>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- Mammanna, Caetano Zamitti (1969). *O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião*, v. 1 e 2. São Paulo: Letras Editôra.
- Pedro, Joana Maria (2012). "Mulheres do sul". In: *História das mulheres no Brasil*. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto (p. 278-321).
- Rohden, Fabíola (2003). *A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX*. Rio de Janeiro: Fiocruz.
- Rohden, Fabíola (2001) "O caso Abel Parente: esterilização, loucura e imoralidade". In: *Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher* [online]. 2nd ed. rev. and enl. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ. Antropologia & Saúde collection, p. 173-220. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8m665>> Acesso em: 20 jan. 2021.
- Silva, Marinete dos Santos. (2012). "Reprodução, sexualidade e poder: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930". *Revista História, Ciências e Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 4, out-dez 2012, p. 1241-1254.

- Soihet, Rachel. (1986). "Opressão e moralidade da mulher pobre", In: *História e Sexualidade no Brasil*. Ronaldo Vainfas (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal (p. 191-212).
- Sontag, Ricardo. (2015). *Código Criminológico? Ciência jurídica e codificação penal do Brasil 1889-1899*. Rio de Janeiro: Revan Editora, 1ª edição.
- Souza, Luiz Antônio F. de et al. (2003) *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências na primeira República*. Revista Justiça e História, TJRS. Porto Alegre, v. 3, n. 6.
- Souza, Ricardo Luiz de (2005) *O anticlericalismo na cultura brasileira: da colônia à República*, publicado na Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, n. 37, p. 175-199.
- Siqueira, Gustavo (2014). *História do Direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Tocci, Arturo. (1954). *Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale*. Milano: DOTT A. Giuffré Editore.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. (2003). "História da Programação Criminalizante no Brasil". In: *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan.

Periódicos

- A Noite 1933, edição 07762 (1): caso envolvendo a morte de Maria Rosa Martins.
- Commercio do Espírito Santo 1892 a 1910. Edição 261, de setembro de 1894, p. 2. Publicação de interpretação do tipo penal de aborto.
- Diário de Notícias (RJ) – 1893. Ed. 02897 (1). A questão Abel Parente e sua defeza official pelo Dr. Francisco de Castro (critério de busca: "feticídio").
- Diário de Notícias (RJ), 1893, edição 02767(1) e edição 02768 (1) – desconfianças em relação ao "Invento" do Dr. Abel Parente e até um inquérito policial foi instaurado para apurar tal descoberta, que seria uma espécie de contraceptivo.
- Diário de Notícias 1885 a 1895. Rio de Janeiro. Edições 2.420 (1892) e 2.898 (1893). Folheto e texto do Dr. Souza Lima sobre o crime de aborto.
- O Paiz (RJ) – 1893. Ed. B04042(1). As discussões envolvendo o "invento" do Dr. Abel Parente (critério de busca: "feticídio")

Sítios eletrônicos consultados:

Biblioteca Digital do Senado Federal: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/>.

Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP: <http://www.teses.usp.br/>.

Câmara dos Deputados – Diários e Anais: <http://imagem.camara.leg.br/diarios.asp>.

Hemeroteca Digital: <http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>.

Scielo Books: <http://books.scielo.org>.

Senado Federal – Anais: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/>.

Sistema de Informações do Arquivo Nacional (SIAN): <http://sian.an.gov.br>.

Data de Recebimento: 12/04/2021

Data de Aprovação: 06/05/2021