Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Bianca Jandussi Walther de Almeida Costa Guedes

Doutrina e Prática do Aborto:
1830, 1890 e 1940

Rio de Janeiro
2018

Bianca Jandussi Walther de Almeida Costa Guedes

Doutrina e prática do aborto:
1830, 1890 e 1940

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Teoria e Filosofia do Direito

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira de Siqueira

Rio de Janeiro
2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G924 Guedes, Bianca Jandussi Walther de Almeida Costa.

Doutrina e prática do aborto: 1830, 1890 e 1940 / Bianca Jandussi Walther de Almeida Costa Guedes. - 2018.
120 f.
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira de Siqueira.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Aborto - Teses. 2. Brasil. [Código criminal (1830)] –Teses. 3.Direito – História – Teses. I.Siqueira, Gustavo Silveira de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.62

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Bianca Jandussi Walther de Almeida Costa Guedes

Doutrina e prática do aborto:

1830, 1890 e 1940

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Teoria e Filosofia do Direito

Aprovada em: 18 de setembro de 2018

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo Silveira de Siqueira (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Profª. Drª. Vera Malagutti Batista

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Alan Wruck

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Dr.ª Clara Borges

Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2018

A todos os homens e mulheres que estiveram e estão à frente
de seu tempo, em constante ato de coragem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu filho Samuel, que transforma a minha vida a cada dia, que alimenta minha força para seguir em frente cada vez melhor. Não tinha ideia do quão revolucionário é o poder de gerar e de parir. Tão forte o amor que brotou que, por um tempo, não consegui dar andamento à pesquisa, pois aborto não era um assunto com o qual queria ter de lidar em período tão sublime.

Agradeço ao meu companheiro de vida, Marcel, que lutou comigo pelo nosso filho e que me apoiou e suportou neste período de muito trabalho e cansaço.

Agradeço a Ana, por ser meu braço direito e esquerdo, meu colo, meu abraço para meu filho nas minhas ausências.

Agradeço à minha analista, pois sem ela não conseguiria conciliar tantas mudanças vividas com a chegada de um bebê e este trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Gustavo, por ter me aceitado como orientanda, pela compreensão e por toda ajuda e paciência nesta nem tão longa, mas difícil caminhada antes e depois do nascimento do Samuel. Nutro elevada estima e o tenho como referência teórica no estudo da História do Direito, segundo a qual me oriento. Se não fui exemplar é apenas culpa do meu modo caótico de organizar meus estudos acadêmicos e minha vida pessoal.

Agradeço também aos Professores da UERJ Vera Malagutti e Guilherme Leite pelos conselhos, contatos e pelas indicações de leitura, sempre muito úteis.

Agradeço pelas valiosas sugestões apresentadas ao trabalho pelo Prof. Alan Wruck e que ajudaram a direcioná-lo melhor.

Agradeço ao Professor da UFMG Ricardo Sontag pela gentileza e pelos esclarecimentos prestados em alguns momentos da realização deste trabalho.

Agradeço aos funcionários da Bibiblioteca Nacional, da Biblioteca da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), do Arquivo Nacional e da Biblioteca do Tribunal de Justiça (TJ) pela gentileza e por toda a ajuda para a conclusão desta dissertação.

Agradeço aos funcionários da Secretaria do Mestrado e da Biblioteca de Direito da UERJ, sempre muito solícitos e imprescindíveis para a pesquisa.

A UERJ, onde me formei e onde hoje tenho a oportunidade de concluir este mestrado, tão importante para as minhas aspirações acadêmicas.

RESUMO

Guedes, Bianca Jandussi W. de A. C. *Doutrina e Prática do Aborto:* 1830,1890 e 1940. 2018. 120 f. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho tem por fim analisar o crime de aborto sob a ótica da legislação, da doutrina e de parte da prática, comparando, quando possível, os diferentes discursos produzidos para tentarmos responder em que medida a criminalização do aborto tem por escopo a proteção da vida daquele que ainda não nasceu ou se é uma questão de criminalizar condutas desviantes dos padrões morais estabelecidos para a mulher. A resposta a essa pergunta pode explicar o recrudescimento na penalização do aborto de 1830 para 1890 (de 1890 para 1940 isso não é tão evidente) e a dimensão biopolítica desta criminalização. Para tanto, estudamos alguns dos mais relevantes comentadores dos Códigos de 1830, 1890 e 1940 e seus posicionamentos sobre o crime de aborto. Além disso, realizamos pesquisa de inquéritos e processos no Arquivo Nacional para comparar a visão mais técnico-jurídica produzida pela doutrina com aquela mais prática, produzida em contato com as mazelas da sociedade. Percebe-se que o tratamento do assunto nos inquéritos e processos distancia-se daquele mais técnico dos comentadores dos Códigos. Nestes, há uma preocupação em analisar o crime em detalhes, elucubrando sobre questões que dificilmente aparecerão em um inquérito ou processo. Na prática, o que se vê é uma enorme dificuldade de se provar o crime, de iniciar sequer um processo, tornando um fato já trágico, ainda mais penoso e vergonhoso para os envolvidos, pois tudo é desvelado perante a sociedade sem que tenha qualquer desfecho, restando apenas a mancha na reputação dessas mulheres, quando não a morte. Para elas, nada mais resta, nem mesmo a morte importa. A lei não consegue ter muita aplicação, sendo apenas veículo para se expor a tragicidade da vida de muitas mulheres que já estão fora dos padrões morais e sociais impostos.

Palavras-chave: Crime de aborto. Doutrina Penal. Código Criminal de 1830. Código Penal de 1890. Código Penal de 1940. História do Direito.

ABSTRACT

Guedes, Bianca Jandussi W. de A. C. *Doutrina e Prática do Aborto:* 1830, 1890 e 1940. 2018. 120 f. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The purpose of this study is to analyze the crime of abortion from the point of view of the legislation, doctrine and partial practice, comparing, when possible, the different discourses produced to try to answer to what extent the criminalization of abortion is intended to protect the life of the abortion who has not yet been born, or whether it is a question of criminalizing deviant behavior from established moral standards for women. The answer to this question may explain the recrudescence in the penalization of abortion from 1830 to 1890 (from 1890 to 1940 this is not so obvious) and the bio-political dimension of this criminalization. Therefore, it was studied some of the most relevant commentators of the Codes of 1830, 1890 and 1940 and their positions on the crime of abortion. In addition, it was carried out a research on surveys and processes in the National Archives to compare the more technical-legal vision produced by the doctrine with the more practical one, produced in contact with the illnesses of society. It is perceived that the treatment of the subject in the inquiries and processes distances itself from that more technical of the commentators of the Codes. In these, there is a concern to analyze crime in detail, on issues that hardly appear in an investigation or process. In practice, what is seen is an enormous difficulty to prove the crime, to start even a process, making an already tragic fact, even more painful and shameful for those involved, since everything is unveiled before society without any outcome, leaving only the stain on the reputation of these women, if not death. For them, nothing else remains, not even death matters. The law cannot have much application, being only a vehicle to expose the tragic life of many women who are already outside the moral and social standards imposed.

Keywords: Abortion crime. Criminal Doctrine. Criminal Code of 1830. Criminal Code of 1890. Penal Code of 1940. History of Law.

LISTA DE TABELAS

ANEXO A – Pesquisa SIAN por datas (1830 a 1839)..... 115
ANEXO B – Pesquisa SIAN e Acervo Judiciário do AN (1830-1939)..... 117
ANEXO C – Crime de aborto (1830-1939).....118
ANEXO D – "Radiografia" da maternidade criminosa (1830-1839).....119

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
NA	Arquivo Nacional
BN	Biblioteca Nacional
CLP	Consolidação das Leis Penais de 1932
CP	Código Penal
CPDOC	Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil
FND	Faculdade Nacional de Direito
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PL	Projeto de Lei
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
SIAN	Sistema de Informações do Arquivo Nacional
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro

Se a fragilidade do sexo é invocada como argumento decisivo, quando se trata de justificar todos os actos de tyrannia que a lei permitte o homem exercer sobre a mulher, qual o motivo porque essa mesma fragilidade não se faz valer, nem no que toca a imputabilidade, nem mesmo no que pertence à gradação penal? Não comprehendo.

(Tobias Barreto)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	**O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830: VIDA OU HONRA?**.....	22
1.1	**O código criminal de 1830 e seu contexto histórico**.....	22
1.2	**Principais doutrinadores e comentadores**.....	25
1.2.1	Thomaz Alves Júnior	28
1.2.2	Braz Florentino Henriques de Souza.....	33
1.2.3	Vicente Alves de Paula Pessoa.....	35
1.2.4	Antônio Luiz Ferreira Tinôco.....	39
1.2.5	Tobias Barreto.....	41
1.2.6	João Vieira de Araújo.....	45
1.3	**Inquéritos e processos criminais**.....	46
2	**O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL DE 1890: A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO**.....	49
2.1	**O Código Penal de 1890 e seu contexto histórico**.....	49
2.1.1	Transição do Império para a Primeira República e as reformas legislativas....	49
2.1.2	Positivismo vs Classicismo na Doutrina Penal.....	50
2.1.3	O Código Penal de 1890.....	52
2.2	**Principais doutrinadores e comentadores**.....	54
2.2.1	João Vieira de Araújo.....	55
2.2.2	Galdino Siqueira.....	59
2.2.3	Oscar de Macedo Soares.....	65
2.2.4	Nelson Hungria.....	68
2.2.5	Bento de Faria.....	70
2.3	**Consolidação das Leis Penais de 1932 (“O Código Piragibe”)**	72
2.4	**Inquéritos e Processos Criminais**.....	73
3	**O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL DE 1940 (1940-1950): QUE VIDA IMPORTA?**.....	83
3.1	**Principais comentadores**.....	85
3.1.1	Nelson Hungria.....	85

3.1.2 Edgar Magalhães Noronha..... 88
3.1.3 Aníbal Bruno..... 91
3.1.4 José Frederico Marques..... 92
3.1.5 Heleno Cláudio Fragoso..... 93
CONCLUSÃO...... 96
REFERÊNCIAS..... 105
ANEXO A – Pesquisa SIAN por datas (1830 a 1839)..... 114
ANEXO B – Pesquisa SIAN e Acervo Judiciário do AN (1830-1939)..... 116
ANEXO C – Crime de aborto (1830-1939)..... 117
ANEXO D – "Radiografia" da maternidade criminosa (1830-1839)..... 118

INTRODUÇÃO

A ideia, desde o início, foi escrever sobre o crime de aborto, em razão de toda a polêmica que este assunto traz e, principalmente, pelas discussões sobre os direitos das mulheres, que o tema tangencia, *versus* direito à vida. Estes debates chacoalharam o noticiário dos últimos seis anos no bojo das últimas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)[1].

O aborto é tema que levanta fervorosos debates de cunho moral, social e religioso, o que levou à criminalização da prática em diversos países; entre estes, o Brasil. As leis penais hoje vigentes não estão diretamente sob a influência da religião, muito embora contenham lógicas de disciplinamento das condutas sexuais e reprodutivas das mulheres baseadas no vago conceito de "moral e bons costumes".

A religião, portanto, se tornou um parâmetro tão determinante nas discussões sobre aborto que qualquer tentativa laica de conduzir um debate revela-se uma luta maniqueísta do bem contra o mal. Apesar da força do argumento religioso, em maio deste ano foi realizado um referendo sobre a legalização do aborto na Irlanda, país de forte raiz católica, e o "sim" sagrou-se vitorioso com mais de 60% dos votos. E essa vitória tem impactado outros países, como a Argentina, onde vem sendo discutido um projeto sobre a legalização do aborto, debate este que provocou um verdadeiro racha na sociedade, existindo grandes chances de o projeto passar. Na América do Sul, somente Uruguai e Guianas descriminalizaram a prática.

Este tema espinhoso, apesar de frequente em muitas monografias de graduação e dissertações de mestrado, é pouco explorado na história do direito, daí a importância e relevância deste trabalho. Além disso, o longo recorte cronológico se justifica por facilitar a percepção das continuidades e rupturas existentes.

O enfoque dado às discussões tem variado no tempo e no espaço, como será demonstrado: desde vida *versus* honra (predominante no século XIX) até vida *versus* autonomia reprodutiva das mulheres (debate mais atual). Isso quando o

[1] ADPF 54 (2012), HC 124.306 (2016), ADPF 442 (2017).

aborto não era tratado como questão de Estado, ora estimulado[2] para o controle de natalidade, ora reprimido para incentivar o aumento populacional[3]. No entanto, essas discussões não aparecem, pelo menos não nos comentários ao Código dos mais importantes juristas dos períodos analisados, onde prevalecem argumentos mais técnico-jurídicos e embasados na Medicina Legal, muito em voga principalmente no século XIX.

Os debates em torno deste tão polêmico assunto se intensificaram na sociedade brasileira nos últimos anos, especialmente no Poder Judiciário e no Poder Legislativo. Isso ocorreu em razão do julgamento da Ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54 pelo STF, em 2012, considerado por muitos como um avanço na questão da descriminalização do aborto[4], bem como em razão do Projeto de Lei (PL) nº 478/2007[5], conhecido como Estatuto do Nascituro, e do Projeto de Lei (PL) nº 5069/2013[6], de autoria do deputado cassado e preso Eduardo Cunha (PMDB/RJ), considerados verdadeiros retrocessos na luta pela descriminalização do aborto.

A escolha do tema sob uma perspectiva histórica deve-se à curiosidade despertada pelo professor e orientador Gustavo Silveira de Siqueira e ao fato de que a história consegue resgatar muitos dos porquês que vão ficando pelo caminho; sem querer com isso dizer que o presente é o resultado de um processo linear e evolutivo de fatos encadeados. Neste estudo, busca-se evitar fazer uma leitura equivocada

---

[2] Não se trata de um estímulo explícito, mas há de se atentar para o fato de que as mulheres não tinham opções seguras para evitarem filhos até o século XIX (ROHDEN, 2003, p. 15).

[3] A reprodução e o controle de natalidade são transformados em questões de interesse público a partir da relação com temas muito em voga no final do século XIX e início do século XX, tais como eugenia e desenvolvimento da nação (Ibid., p. 19).

[4] ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 12.04.2012, Plenário, DJE 30.04.2013. Existem entendimentos contrários à ideia de que houve avanço em relação à autonomia da mulher.

[5] **PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 26 fev. 2018.

[6] **PL 5069/2013**. Tipifica como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>. Acesso em: 26 fev. 2018.

dos conceitos e institutos do passado[7], procurando não os posicionar como meras premissas inexoráveis do presente sem, contudo, deixar de ter em mente que muito do que hoje está estabelecido tem uma explicação, uma origem no passado.

A circulação das ideias positivistas no século XIX, sobretudo no meio jurídico, justifica um amplo emprego de expressões e conceitos utilizados para erigir explicações funcionalistas e organicistas da sociedade. Havia um papel a ser cumprido por cada um na sociedade e o da mulher era o de mãe, esposa e do lar, a mantenedora oficial da base da sociedade, a família. Essa função de mantenedora do lar vai retornar no período da ditadura do "Estado Novo", momento em que foi promulgado o código de 1940. 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 conjugal[8].

A teoria positivista, com bastante espaço de divulgação, do século XIX às primeiras décadas do século XX, pregava o sexo feminino como base da família e da sociedade, sendo assim a mulher deveria utilizar todas as características tidas como atributos naturalizados seus para organizar o seio familiar. Apenas através desse papel abnegado e resignado, consciente da sua coadjuvância e domesticidade, a sociedade poderia evoluir. Essa era a imagem construída com muito afinco da mulher durante a República[9] e o aborto criminoso era o retrato do desvio dessa tão imaculada função.

---

[7] Segundo Hespanha, a consideração da história a partir das categorias, problemáticas e conceitos do presente subverte os mesmos 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, A. M. *A Cultura Jurídica Europeia*: síntese de um milênio, Almedina, 2012, p. 21.

[8] FOUCAULT (História da Sexualidade I, 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".*

[9] PEDRO, 2012, p. 292, apud AZEVEDO, Fátima Gabriela Soares de. *A função social da mulher: a discussão sobre o papel feminino em jornais, revistas e no parlamento no Brasil de 1910 a 1934*, 109 folhas. Dissertação de Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito. Orientação: Gustavo Siqueira. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2016. Acervo da Biblioteca de Direito da UERJ.

Essa forma de enxergar o papel da mulher na sociedade neste período foi muito bem retratada na peça de Henrik Ibsen, *A Casa de Bonecas*, na qual a sociedade, predominantemente "machista" e "burguesa", é retratada de forma corajosa e até mesmo transgressora. A peça data de 1879, mas é atemporal, pois aborda uma temática que até hoje importa ao debate.

Veja-se trecho emblemático da obra, no qual o marido, Helmer, e a esposa, Nora, conversam:

> HELMER – Antes de mais nada você é esposa e mãe.
> NORA – Já não creio nisso. Creio que antes de mais nada sou um ser humano, tanto quanto você...ou pelo menos, devo tentar vir a sê-lo. Sei que a maioria lhe dará razão, Torvald, e que essas ideias também estão impressas nos livros. Eu porém já não posso pensar pelo que diz a maioria nem pelo que se imprime nos livros. Prefiro refletir sobre as coisas por mim mesma e tentar compreendê-las. (IBSEN, 2010, p. 98)

Neste período, o que se percebe, não só na Europa mas também no Brasil, é uma valorização da "mulher-mãe", da "mulher-esposa", numa crescente condenação do trabalho e da vida fora do lar, de forma que a reprodução passou a ser tema de gradativo interesse público. A importância do casamento e a valorização da maternidade são cada vez mais objeto de interesse da sociedade, para a manutenção de determinada ordem na família e na sociedade. Existia um ideal de mulher e qualquer uma que se desviasse dele, ou ao menos tentasse se desviar dele, era taxada de prostituta. Assim bem nos mostra o caso do médico Abel Parente[10], um daqueles polêmicos, bem debatidos nos periódicos da época[11], em que fica evidente a mentalidade de seu período em relação à sexualidade da mulher e do aborto como uma conduta social desviante. Então, no mesmo momento em que

---

[10] Recomendamos a leitura do artigo de Fabíola Rohden sobre o caso Abel Parente: ROHDEN, Fabíola. 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, 2001. Antropologia & Saúde collection, pp. 173-220. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8m665>. Acesso em: 20 jul. 2018.

[11] 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.

há a valorização da maternidade e da mulher-mãe, há a criminalização da mulher que se nega a corresponder a este ideal, é a "mãe puta" (SOIHET, 1986, p. 200).

Em relação ao tipo penal de aborto, a escolha veio pela vontade de buscar as razões dessa criminalização ao longo da história do Direito Penal. A maternidade criminosa é, portanto, o objeto geral deste estudo, por meio da pesquisa sobre o tipo penal de aborto desde a primeira codificação criminal do Brasil, Código Criminal do Império de 1830 e, posteriormente, pelos Códigos Penais de 1890 e 1940. A despeito das transformações operadas na sociedade ao longo desses períodos, principalmente no comportamento feminino, é interessante notar um recrudescimento no tratamento penal do aborto, especialmente de 1830 para 1890. O objeto específico é a análise da legislação, da doutrina penal e dos inquéritos e processos concernentes ao crime de aborto nesses períodos, da vigência do código do Império até a década de 30 do século XX (ainda sob a vigência do código de 1890, mas já no contexto em que será elaborado o código de 40)[12].

O criticado Código de 1890 trouxe algumas inovações para o crime de aborto em relação ao Código criminal de 1830, em tese mais consentâneas com o espírito das mudanças do período, como: a criminalização da mulher que cometesse aborto em si mesma; 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 Império. Portanto, à exceção de alguns autores, como João Vieira de Araújo[13], tais alterações não chegaram a gerar muitas críticas.

Galdino Siqueira já afirmou que "a história do direito penal dos povos é um fragmento da psychologia da humanidade"[14]. O agravamento de penas, a criação de

[12] Não foram encontrados inquéritos e processos após 1942, ano da vigência do código atual. No Arquivo Nacional, após pesquisa juntamente com funcionários na base SIAN, houve um direcionamento ao Museu da Justiça. Porém, os funcionários do Museu não souberam informar muita coisa, indicando a biblioteca do TJRJ, onde nada foi encontrado nesse sentido. Devido ao tempo exíguo de elaboração deste trabalho, a decisão tomada foi limitar a pesquisa.

[13] Tece fervorosas críticas ao crime de autoaborto e à desproporcionalidade das penas no crime de aborto. ARAÚJO, *O Código Penal Interpretado***,** v. II, 2004 [1901], p. 55-56.

[14] Prefácio à reedição do livro *Direito Penal Brazileiro*, 1921, no qual reproduz alguns dos ensinamentos de Ihering.

novos tipos penais, a *abolitio criminis*[15], a proporcionalidade das penas, tudo isso reflete o grau de civilidade de uma determinada sociedade e o que é considerado de maior ou de menor importância, de forma que o direito penal só se encarregue (ou pelo menos deveria) daquelas mais caras à sociedade.

Dessa forma, pensar sobre o que se transformou e o que permaneceu, sobre como essas mudanças ou permanências foram percebidas e quais as suas implicações, são questões que norteiam este trabalho. Para pensar sobre essas questões, a pesquisa parte de uma perspectiva da história social, procurando perceber quais as relações entre a legislação e as mudanças políticas, sociais e culturais pelas quais o Brasil passava do século XIX para o XX – como o fim do trabalho escravo, o fim do período Imperial e o início da República, a profissionalização e aumento do poder da medicina, as transformações no papel social da mulher, o "Estado Novo" etc.

É especialmente pertinente para uma pesquisa sobre aborto, mesmo partindo de uma perspectiva histórica, incorporar as relações de gênero como ponto de análise, pois de outra forma não seria possível lidar com temas conexos como sexualidade, maternidade/paternidade, papéis sexuais, papéis sociais instituídos para homens e mulheres. Esses assuntos são marcados por tais relações, que, em última análise, são relações de poder. A criminalização do aborto foi implementada e colocada em prática por homens para interferir na vida e no corpo das mulheres. A legislação reflete, portanto, as relações sociais e políticas de poder em uma determinada época.

Há uma forma de controle sobre os corpos das mulheres e sobre a vida dos fetos em seus aspectos biológicos. Há uma dimensão biopolítica[16] nas leis sobre aborto, no sentido de implicar em uma ação política estatal de controle sobre a vida biológica dos indivíduos. A mesma ação que "promove" a vida e direitos também aumenta o controle sobre os corpos e sobre a vida da população. Assim, gênero, biopolítica e classe permeiam este trabalho como lentes que auxiliam a ler as fontes e os discursos nelas presentes, mesmo que nem sempre apareçam explicitamente, formando apenas discussões de fundo ou apenas atestando a questão da

[15] Ocorre quando determinada conduta deixa de ser considerada crime. Um exemplo é o adultério, que deixou de ser crime pela Lei 11.106/2005.

[16] Foi utilizada neste trabalho a noção de biopolítica de FOUCAULT, Michel.

representatividade social do aborto. São categorias que perpassam diversos dos temas elencados ao longo do texto e estão presentes como uma preocupação constante na interpretação das fontes e na compreensão dos períodos históricos em análise.

Uma vez apresentado rapidamente o tema sob uma perspectiva ampla e também histórica, o problema proposto para análise é: em que medida a criminalização do aborto tem por escopo a proteção da vida daquele que ainda não nasceu ou se é apenas a criminalização de uma conduta desviante dos padrões morais estabelecidos? Essa proteção tem sido a mesma ao longo dos anos?

A metodologia utilizada parte da análise dos principais juristas, ao menos os mais proeminentes em cada época, que comentaram os códigos de 1830, 1890 e 1940, bem como da análise de inquéritos e processos de parte dos períodos analisados (1830 a 1939) em pesquisa a documentos no Arquivo Nacional. A pesquisa de inquéritos e processos de 1942 a 1970 não retornou resultado na Base SIAN do Arquivo Nacional. Em seguida, foram realizadas pesquisas no Museu da Justiça e na Biblioteca do TJRJ, que também não trouxeram qualquer resultado para esse tipo de documento.

As primeiras produções dos penalistas foram elaboradas na forma de comentários à lei penal, assumindo a função de intérpretes da lei, artigo por artigo. Esta 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, até mesmo pela parca, quase nula, jurisprudência. No entanto, como este trabalho pretendeu estudar o crime de aborto, fundamental foi a pesquisa nesses comentários aos Códigos, onde se via a interpretação dada por cada jurista sobre o crime em análise, permitindo perceber discussões mais técnico-jurídicas, em formato de verdadeiros relatórios sobre o crime. Aqui, o que se percebe é que os autores acabam se mostrando muito repetitivos, falando todos quase sempre sobre os mesmos assuntos, abordando as mesmas discussões e, curiosamente, fazendo citações parecidas. Em razão disso, optou-se por relatar o estudo de cada um, pinçando as discussões mais proeminentes em cada período e fazendo alguns comentários pontuais nelas, de forma que o leitor possa ter uma ideia de como pouco ou quase nada mudou nos livros jurídicos quando se trata de comentar crimes.

É possível perceber também variações no conceito de aborto e alguns juristas criticando a tentativa de modificação da nomenclatura do crime de aborto para "feticídio"[17] sugerida por Souza Lima[18] com base nos estudos de Carrara[19]. Essa sugestão não foi acatada pela maioria da doutrina pátria, tampouco na prática, pois não foi encontrado qualquer resultado na pesquisa por inquéritos e processos com a palavra "feticídio" (v. Anexo A).

Há três principais correntes para o conceito de abortamento criminoso (MAMMANA, 1969, p.129-130): a primeira, praticamente superada em meados do século XX, funda-se em um conceito médico-obstétrico, que afirma que se caracteriza pela interrupção precoce e violenta da gestação antes dos nove meses ou 275 dias; a segunda, essencialmente jurídica e com muitos adeptos, é capitaneada por Carrara, para quem só há crime de aborto quando se verificar a morte do feto; a terceira, também jurídica e igualmente contando com muitos adeptos, apoia-se na doutrina de Tardieu, que entende que a morte não é fundamental, podendo o crime de aborto se caracterizar apenas com a expulsão violenta e prematura do produto da concepção, independentemente das circunstâncias de idade, formação regular e vitalidade.

O conceito de crime de aborto adotado pela maioria dos juristas brasileiros consiste na "interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do produto da concepção" e desde que este fruto tenha por característica um "estado de vida"[20], que seria uma espécie de viabilidade para a vida. A maioria concorda com a necessidade de morte dentro (a expulsão não seria essencial, portanto) ou fora do útero para que o crime se configure, além da existência de um verdadeiro "estado de gravidez" (TOCCI, 1954, p.39).

---

[17] Em seu livro *Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale*, Arturo 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 (1954, p. 214).

[18] Interessante o texto do Dr. Souza Lima sobre o crime de aborto no **Diário de Notícias,** Rio de Janeiro. Edições 2.420 (1892) e 2.898 (1893).

[19] Francesco Carrara foi um jurista italiano de renome no século XIX.

[20] SOARES, Oscar Macedo. *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, 2004*,* p. 619.

O trabalho foi estruturado de acordo com a ordem cronológica dos Códigos em análise. Não se pode dizer que seja a melhor forma de se organizar um trabalho, no entanto foi a que pareceu mais didática. No entanto, foi incluída uma questão temática mais evidente em cada período, mesclando, mesmo que timidamente, cronologia e temática. Assim, no capítulo 1 é abordado o crime de aborto no contexto do Código Criminal de 1830, partindo de uma breve contextualização histórica do período; depois, é feito um exame da doutrina da época, autor por autor; e, ao final, é abordada a prática pela lente de um único processo que foi encontrado em pesquisa no acervo judiciário do Arquivo Nacional. Duas questões aparecem no período: a honra e a vida, em primeiro lugar, e as intermináveis discussões, praticamente inócuas, sobre a tentativa. Optou-se por destacar a temática da honra e da vida.

O capítulo 2 segue a mesma sequência, qual seja, se inicia com uma breve descrição da conjuntura histórica do final do Império e da Proclamação da República; após o que são explorados os principais autores do período; por fim, uma investigação sobre alguns inquéritos e processos encontrados no AN sob a égide do Código Penal de 1890 (esta parte final está muito rica, pois foi encontrado muito material de pesquisa). Um assunto recorrente no estudo da doutrina foi o do bem jurídico e a novidade do chamado “bem jurídico duplo”, que era muito mais na retórica que na prática.

Finalmente, no capítulo 3, o trabalho prossegue com um arranjo semelhante: breve retrato histórico do período em que foi elaborado o Código Penal de 1940 e levantamento dos principais comentadores do código. Houve, contudo, alguns inesperados contratempos na pesquisa para este capítulo. Talvez por ser o código vigente até hoje, foi mais difícil encontrar obras dos primeiros dez anos de vigência, que era uma primeira concepção do trabalho. Foi encontrada uma obra de Antônio Bento de Faria[21], datada de 1942, na biblioteca de Direito da UERJ, mas os volumes disponibilizados não tratavam da parte especial do código, mas apenas da parte geral. Os volumes acessíveis mais recentes datam de 1958[22].

---

[21] Dados para pesquisa: nº 343 (81) (094.4) B 823 – AMP, 1942, Antônio Bento de Faria, Código Penal de 1940.

[22] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. 1, 2. ed. São Paulo:J. Bushatsky, 1958. Acervo de obras raras da Biblioteca de Direito da UFRJ; e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código*

A ideia era também realizar análise de inquéritos policiais e processos do período, mas a pesquisa no Arquivo Nacional e no Museu da Justiça não retornou resultado. Será usado, quando possível, o anuário estatístico do IBGE relativo ao período de 1941 a 1945, que, pode-se adiantar, não retornou nada de relevante, mas apenas uma tabela do ano de 1943, em que o crime de aborto mostra-se crime de rara passagem policial (apenas dois crimes de aborto como motivo determinante da condenação no Brasil no ano de 1943)[23].

Penal, v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Acervo de obras raras da Biblioteca de Direito da UERJ.

[23] Tabela 2 do anuário "motivos determinantes da condenação" em 1943, p. 517. In: *Anuário Estatístico do IBGE, 1941-1945*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=720>. Acesso em: 20 mai. 2018.

1 **O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830: VIDA OU HONRA?**

1.1 **O Código Criminal[24] de 1830 e seu contexto histórico**

A independência e o consequente surgimento do Brasil Império não vieram por um viés revolucionário e um corte abrupto com a Metrópole, mas foram resultado de um longo processo, que comportou rupturas e continuidades em relação ao período colonial. Foram fatores internos e externos, mais estes que aqueles, que levaram às crescentes discussões sobre a autonomia do Brasil e que culminou na independência do Brasil colônia em relação a Portugal[25].

Ao contrário do que defenderam alguns historiadores, esta independência não se deu de forma pacífica, muito embora tenha prescindido da mobilização de massas (COSTA, 1999, p. 9). Houve lutas, dissenso[26], mas foi um processo relativamente rápido e sem maiores desgastes se comparado com o de outras colônias. Além disso, a emancipação do Brasil não provocou grandes alterações na ordem social e econômica existente, tampouco houve modificação da forma de governo, pois o Brasil continuou como uma monarquia por longos sessenta e sete anos.

Apesar disso, não se pode supor que existisse uma elite política homogênea no Brasil, com projetos claros para a construção de uma nova nação. Mesmo no interior do núcleo promotor da independência, que tinha como expoente José Bonifácio, não havia acordo sobre como organizar o Estado. E isso se refletia também nas discussões jurídicas.

---

[24] Alguns autores da época, como João Vieira de Araújo, entendiam que o qualificativo “criminal” é muito mais abrangente e, portanto, mais adequado que o vocábulo “penal” (ARAÚJO, João Vieira de. *Codigo Criminal Brasileiro: commentario philosóphico-scientifico*, 1889, p. 1-2).

[25] Para maior aprofundamento, v. DOLHNIKOFF, Miriam. *História do Brasil Império*. Coleção História na Universidade. São Paulo: Editora Contexto, 2017.

[26] Foram vencidos movimentos autonomistas em diversas regiões, bem como grupos que sustentavam a permanência da união do Brasil com Portugal, como o caso do Pará.

No Brasil, durante o domínio português, vigoraram as Ordenações Filipinas, cujo Livro V confundia direito, moral e religião, transformando vícios e pecados em crimes e instituindo penas infamantes e cruéis. Com a proclamação da independência, já no sec. XIX fez-se necessário uma legislação de caráter nacional e mais consentânea com as modernas teorias de Direito Penal, muito embora o país continuasse a ser escravagista. Dessa forma, surgiu no Brasil independente a primeira legislação criminal nacional, o Código Criminal de 1830[27].

O Código Criminal do Império do Brasil, datado de 1830, de inspiração francesa[28], muito embora não adote a teoria tripartite[29] do *Code Penal* e tenha recebido críticas por isso, foi aprovado por uma Comissão especial mista, formada por deputados e senadores para regulamentar as relações sociais na nova ordem política e jurídica que se inaugurava. Vigorou por sessenta anos e suas determinações valiam para a população geral, incluindo a escrava. Coube ao estadista Bernardo Pereira de Vasconcelos a apresentação do projeto que serviu de base para a codificação que ora é analisada.

Durante as discussões em torno das disposições do novo Código Criminal, sancionado em 16 de dezembro de 1830, vários pontos polêmicos foram alvos de calorosos debates, como a pena de morte e a pena de galés. Sobre a pena de morte, o Desembargador Vicente Alves de Paula Pessoa chegou a afirmar que tal pena só se mantém por razões políticas mal explicadas, pois a vantagem que a sociedade acredita levar com a morte do criminoso não compensa o espetáculo desmoralizante do assassinato de um ser humano desarmado (PESSOA, p. 8 e

---

[27]Trata-se da Lei de 16 de dezembro de 1830, sancionada por D. Pedro I, depois de aprovada na Câmara dos Deputados e, em seguida, no Senado.

[28] Em interessante trabalho, Vivian Chieregati Costa, além de relatar o escasso material historiográfico sobre a codificação penal deste período, nos ensina que a influência do Código Penal francês de 1810 foi menor do que se propagava à época (COSTA, 2013, p. 241).

[29] A teoria tripartite é aquela que foi adotada pelo Código Francês do século XIX e que divide as infrações penais em crime, delitos e contravenções. A diferença estava na gradação da pena, uma questão de política criminal, pois as infrações mais leves eram consideradas contravenções e as mais graves, crimes. O Código Criminal de 1830, de forte influência francesa, muito elogiado pelos juristas da época, foi, por outro lado, bastante criticado por não adotar essa teoria, tendo considerado crime como sinônimo de delito no seu art. 1º. Para melhor estudo do teor dessas críticas, v. Tobias BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*, 1892, p. 74-78.

108)[30]. Ao fim, ambas as penalidades acabaram sendo incluídas no texto final, a primeira no art. 38, por meio da forca, e a segunda no art. 44.

O Código Criminal de 1830 foi o primeiro código penal autônomo da América Latina[31], com forte influência filosófica do utilitarismo de Bentham[32], tendo sido bastante elogiado por juristas de diversos países, dada a sua originalidade e modernidade dos princípios adotados. Chegou a ser traduzido para o francês, tamanha a sua proeminência à época.

Interessante frisar que o Código traz diversas disposições que ressaltam o "caráter frágil" e digno de proteção da mulher, como, por exemplo, no art. 45, § 1º[33], que diz que a pena de galés jamais será imposta às mulheres; e no art. 219[34], que dispõe que é crime de defloramento ter relações com mulher virgem menor de dezessete anos. Neste dispositivo salta aos olhos a valorização da virgindade, da castidade como virtude da mulher. Na esteira dessa valorização, cabe ressaltar que

---

[30] A partir de 11 de setembro de 1830, entrou em pauta a inclusão ou não da pena capital nas discussões sobre o projeto de código criminal. Assim ao longo dos debates, em um amplo discurso contrário a essa ideia, o deputado André Rebouças defendeu a grave desobediência às leis divinas que esta proposta cometeria caso fosse aprovada. Em longo discurso, Rebouças também defendeu a inutilidade da pena capital discutida na câmara enfatizando o caráter vergonhoso e irracional deste tipo de punição:

> "Até é vergonhosissimo que uma associação qualquer, uma cidade, e peior, uma nação, julgue que a sua segurança depende da aniquillação de um ou mais individuos, que pôde prender metter em cadêas e que se acha habil para levar apparatosamente ao patibulo. Não é pois a necessidade, é o ódio". [português no original]

Diários da Câmara dos Deputados, In: *Coleção de Anais da Câmara dos Deputados*, digitalizada no sítio da Câmara dos Deputados. Sessão de 11 de setembro de 1830, p. 490 e seguintes. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp#/>. Acesso em: 26 fev. de 2018.

[31] FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1985, p. 60-61.

[32] A própria Constituição de 1824 dispunha que "nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública" (art. 179, § 2°). O Relatório elaborado pela Comissão encarregada da redação final do Projeto do Código Criminal do Império trazia a confissão expressa de que aquele trabalho se baseara no art. 179, § 2°, da Constituição do Império, do qual se extrai o princípio de que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública (ALVES Jr, 1833, tomo I, p. 24)

[33] *Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:*
§ 1. Às mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo á prisão, em lugar, e com serviço analogo ao seu sexo.

[34] *Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.*
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

a pena para o estupro (art. 222[35]) de mulher “honesta”, diga-se aquela que segue a cartilha da moral e dos bons costumes e que preserva sua virgindade até o casamento, era muito maior que a pena de estupro para a mulher prostituta, a degradada, a que já não tem honra a resguardar. A proteção, nesse caso, é seletiva, pois a prostituta representa uma ameaça à moral dos lares burgueses, uma moral que se constitui dúbia, pois variável a depender do comportamento da vítima. É no rol das prostitutas que se insere a mulher que aborta intencionalmente, pois deve ser considerada prostituta toda mulher que renega “o esplendor da maternidade” (SOIHET, 1986, p.191) e cuja moral só poderia ser corrompida.

1.2 **Principais doutrinadores e comentadores**

No que concerne ao crime de aborto, o Código Criminal do Império possui a seguinte redação:

> **TITULO II dos crimes contra a segurança Individual**
>
> **CAPITULO I DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA PESSOA, E VIDA**
>
> **SECÇÃO II - Infanticidio**
>
> Art.199. Occasionar 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.

---

[35] *Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.*
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.
Penas - de prisão por um mez a dous annos.

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

O crime de aborto, localizado na parte terceira do Código, que trata dos crimes particulares[36], está sob o título que abarca os crimes contra a segurança individual, situando-se ao lado de crimes completamente distintos quanto ao bem jurídico tutelado, como o homicídio e os crimes de ameaça e abertura de cartas. Não foi dado o *nomen juris* "aborto" para a descrição da conduta, estando previsto sob a mesma seção do crime de "infanticídio", mas com penas bem menores do que as deste. Além disso, o aborto só era considerado crime quando realizado por terceiros, não se criminalizando ainda o autoaborto.

Antes do código de 1830, vigorava o Livro V[37] das *Ordenações Filipinas*, que não previa especificamente os crimes de aborto e infanticídio[38], mas levantava suspeitas sobre toda mulher grávida que não retornasse do parto com um bebê em seus braços, tornando a maternidade potencialmente criminosa desde o início. Sobre o infanticídio, que não é o tema deste trabalho, mas é com ele conexo, Phaelante da Camara disse:

> Ao tempo da promulgação do nosso Codigo de 1830, o Brasil regia-se, mesmo em materia criminal, pelas ordenações do Reino, que, não considerando o infanticidio de modo especial sob ponto de vista algum, apenas no Liv. I, tit. 15 § 4º exigia vigilancia da parte da policia no sentido de verificar – *se andando alguma mulher prenhe, se suspeitasse mal do parto, não dando d'elle conta*.[39].

---

[36] O Código Criminal de 1830 fez uma divisão tripartite em "crimes públicos" (arts. 68 a 178), "crimes particulares" (arts. 179 a 275) e "crimes policiais" (art. 276 a 307). Tobias Barreto criticou sobremaneira essa divisão adotada pelo código (BARRETO, 1892, p. 76-78).

[37] Este livro definia os crimes e as penas e é um exemplo clássico do paradigma penal do suplício, tratado por Foucault no seu livro *Vigiar e Punir* (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987).

[38] O livro V possui 143 títulos e pode ser acessado neste site: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

[39] Comenta o infanticídio no código de 1890: CAMARA, Phaelante da. *O duello e o infanticidio*. Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 83-84.

Comentando o crime de aborto, afirmou Alfredo Balthazar da Silveira[40]: *"As primitivas leis do velho reino de Portugal e Algarves nada dispunham sobre as penas, que deveriam ser infligidas aos que praticassem o crime de aborto (...)".* No entanto, não se pode afirmar que tais atos eram vistos com olhos benevolentes. Havia uma espécie de polícia moral[41] na época que vigiava o comportamento das pessoas. Era recomendável que mulheres grávidas que perdessem a aparência de gravidez sem, contudo, apresentarem alguma criança, ou mulheres que escondessem a gravidez fossem observadas por esta "polícia", e que tais atitudes fossem reportadas à Justiça, pois poderiam ser indicativos de aborto ou infanticídio.

A questão principal nesta época não era o aborto ou o infanticídio em si, mas o que eles representavam:

> As autoridades têm interesse nelas apenas porque traem a provável dissimulação de um adultério, sendo a missão geral dos quadrilheiros derrubar as relações inconfessáveis que são trazidas à notoriedade pública. **Não é o aborto por si mesmo, mas o segredo acerca do aborto que o Estado combate em nome dos bons costumes.** Assim, o aborto não constitui um delito, mas o sinal de uma conduta faltosa. Não é proibido, porém tem que ser denunciado. Neste ponto, há pouca diferença entre a mulher que não dá conta da criança concebida no seu seio e a outra que procura por um aborto. Ambas são alvo das insinuações de má reputação[42] (grifo nosso).

Havia uma clara relação entre aborto e infanticídio e regramentos morais para o controle do corpo e do comportamento femininos. Não eram criminalizados, mas eram mal vistos, pois indicativos de relações extraconjugais, no caso de mulheres casadas e viúvas; de desvirginamento (defloramento) no caso de mulheres solteiras; de comportamento sexual desviante de forma geral.

---

[40] Comenta o crime de aborto no Código Penal de 1890. SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. *O aborto criminoso, suas causas, seus remedios*. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 7.

[41] As atribuições dos quadrilheiros estão descritas em: *Ordenações Filipinas***.** Liv. I. Tít. LXXIII, "Dos quadrilheiros". Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p166.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

[42] CASTELBAJAC, Matthieu de. 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. 42.

Mary del Priore[43], ao estudar a condição feminina e a maternidade no período colonial, aponta para a percepção das práticas de aborto e infanticídio como estreitamente ligadas às relações consideradas ilícitas. Segundo a autora, chá de arruda, assim como outras beberagens e poções, golpes na barriga, levantamento excessivo de peso, entre outros métodos eram utilizados em tentativas desesperadas das mulheres de se livrarem da prova de "amores lascivos" e "ilícitos contratos"[44]. Del Priore traz, ainda, a ideia de que as mulheres que abortavam eram duplamente malvistas: pelo Estado e pela Igreja. A Igreja as condenava por fazer uma associação direta entre aborto e relações fora da legitimidade do casamento; já para o Estado, estas mulheres iam contra a política de aumento da população e do povoamento da colônia.

Essa mentalidade continuou prevalecendo também no período do Império, muito embora a passagem do Livro V das Ordenações Filipinas para o Código Criminal de 1830 tenha se revelado como ir da escuridão à luz, de um direito penal arcaico para um direito penal iluminista, muito mais próximo da noção que temos hoje de direito penal. Até mesmo a forma de a doutrina comentar o código já se assemelha em muito ao que se tem hoje como direito penal.

Passa-se, agora, aos comentaristas do código de 1830.

1.2.1 Thomaz Alves Júnior

Bacharel em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de São Paulo, lente catedrático da Escola Militar do Rio de Janeiro, advogado da Corte, Thomaz Alves Júnior publicou suas *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, que se constitui em obra bastante detalhada do código de 1830.

No tomo III, seção terceira, da referida obra, o autor tece minuciosos comentários ao crime de aborto. Primeiro, traz uma análise comparativa entre

[43] PRIORE, Mary del. *Ao sul do corpo:* condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: Edunb, 1993.

[44] Essa era a visão geral que predominava sobre as mulheres que praticavam aborto e infanticídio. Isso não significa, no entanto, que tais práticas fossem utilizadas apenas em casos de relações extraconjugais.

diferentes códigos e projetos (ALVES, 1883, p.271-273) para mostrar que o crime de aborto é previsto em diversas legislações, ora considerado como crime contra a segurança da pessoa, ora como crime contra a ordem da família. Não explica muito bem a segurança de que pessoa, já que o nascituro ainda não é pessoa; nem se é mesmo uma questão de segurança ou se o crime é para a proteção da vida, na verdade de uma vida em potencial.

Ressalta o autor que, entre os códigos estudados, todos procuram distinguir aborto de infanticídio, considerando este mais grave do que aquele:

> Esta distinção é evidente: a mulher pejada não é ainda mãi; não é detida pelo amor de uma criança, que não conhece: é mais escusável quando se deixa arrastar pelo temor da deshonra: sua acção é menos atroz, por isso que tem menos repugnancia a vencer: e depois será certo que este ser que ella destroe continuará a viver ou nasceria viável? A criminalidade pois é menos grave, os resultados menos funestos. Estes dous motivos devem collocar o aborto, para os olhos do legislador abaixo do infanticídio [grafia original]

Para Alves, no entanto, vida uterina ou extrauterina é vida, que deve importar sempre o mesmo direito. O conceito de vida, entretanto, não aparece. Com essa afirmação de que a vida intrauterina importa, qualquer que seja a fase, tenta justificar o desuso e a dificuldade da distinção feita pelo direito canônico entre feto animado e inanimado (Ibid., p.274), bem como procura deixar clara sua posição de considerar o crime de aborto um crime contra vida. Embora, ao longo do texto, deixe transparecer que o crime visa também à proteção da paz (da moral) no seio das famílias.

O art. 199 pune o aborto provocado por terceiro na gestante, pouco importando o meio utilizado, podendo ser interno ou externo, havendo distinção de pena para o caso de se ter ou não o consentimento da mulher. O verbo é “ocasionar”, o que significa que só um terceiro poderia cometer este crime. O Código de 1830 não estabeleceu punição para o autoaborto. Então, o consentimento da mulher era só considerado para fins de aplicação de uma pena menor para aquele que provocasse o aborto. Exigia-se o dolo de ocasionar o aborto na mulher, o que pressupunha o prévio conhecimento da gestação.

Partindo dessa exigência, passa a analisar a hipótese em que o aborto fosse provocado sem intenção. Seria punível na forma do art. 199? Alves (Ibid., p. 276) afirma que o código de 1830, ao contrário do Código da Baviera (um dos códigos

citados na obra) não traz regra para a hipótese de aborto não intencional. Para solucionar essa ausência de norma, sugere aplicar o art. 193[45] (homicídio sem agravante) no grau mínimo, pois entende que existe a circunstância atenuante do art. 18, § 1º[46], afirmando que seria a forma mais proporcional de se penalizar o crime realizado sem dolo.

Ao comentar sobre a não previsão legal do crime de autoaborto, indaga se tal omissão do legislador seria justificável (Ibid., p. 277) e apresenta diversas legislações[47] que punem essa modalidade criminosa para ao fim arrematar que nosso código andou mal ao não incriminar o fato praticado pela própria mãe. Segundo o autor, a mãe também deveria ser responsabilizada, deixando claro que a lei deveria prever uma atenuante para o caso de o aborto vir a ser cometido para ocultar desonra, pois se tal é previsto para o crime de infanticídio, muito justo que também fosse previsto para o aborto, já que crime menos grave que aquele.

Generosamente (com o leitor, claro), cita Conselheiro Ferrão, um comentador do Código português (Ibid., p.277) que elogiou a postura do nosso código de não incriminar a mãe em nenhuma hipótese, ressaltando para tanto a dificuldade de se provar o fato em relação à mãe e os inconvenientes que se seguiriam desta dificuldade.

Além disso, pontua que o código de 30 abstraiu de qualquer ideia de cumplicidade com a mãe, pois a existência de qualquer partícipe no crime de aborto será, em verdade, o autor exclusivo do crime, punível ainda quando a participação limitasse-se à administração de remédios ou meios abortivos, que, segundo Alves, "não são mais que atos preparatórios de que a mãe poderia ou não fazer uso" (Ibid., p. 278).

Traz ainda uma controvérsia (Ibid., p. 279), que adviria da legislação francesa, sobre a admissibilidade da tentativa para o crime de aborto. Aliás, esta discussão sobre a tentativa vai aparecer em todos os autores deste período, demonstrando

---

[45] *Art.193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circumstancias aggravantes*
Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no mínimo

[46] *Art.18. São circumstancias attenuantes dos crimes:*
1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar.

[47] Relaciona o Código Português (art. 358, §§2º e 3º); o Código Espanhol (art. 339); o Código da Baviera (art. 172); o código francês (art. 317); e, por fim, cita os Códigos da Alemanha sem mencionar os dispositivos legais, mas afirmando que todos punem o autoaborto.

clara dissonância entre a teoria e a prática, pois esta última revela a dificuldade que é investigar e solucionar crimes de aborto consumados. Na prática, a tentativa é raramente trabalhada, não passando tais discussões de conjecturas doutrinárias.

Para solucionar a questão da tentativa, afirma que é preciso verificar que sentido se deve dar à palavra “aborto”. Neste ponto, argumenta, com base em autores da Medicina Legal, que o aborto ocorre com a expulsão[48] prematura do feto. Então, dada a expulsão violenta e prematura, haveria aborto e, consequentemente, crime. Assim, o crime de aborto não admitiria tentativa, do que se infere que os meios empregados, interna ou externamente, para o aborto deveriam ser considerados meros atos preparatórios, desde que não constituíssem hipóteses de crimes autônomos, mas nunca seriam elementos de uma tentativa.

Importante destacar a crítica que faz sobre a ausência de julgados sobre aborto e a dificuldade de se interpretar a lei em face dessa ausência. Chega a afirmar, ironicamente, que parece que “vivemos em terras de costumes os mais puros!” (Ibid., p. 282), tamanha a pobreza de estatísticas criminais sobre aborto e infanticídio. Ele, por fim, diz acreditar que a dificuldade de averiguar tais crimes é uma das causas de sua ausência nas estatísticas e nos tribunais.

Essa observação crítica do autor vem ao encontro do que se observou na busca por processos judiciais envolvendo aborto no Arquivo Nacional. Pesquisando a palavra "aborto" para o período que vai de 1830 a 1939 no SIAN (Sistema de Informações do Arquivo Nacional), foram encontrados 45 documentos, todos do Século XX, sendo: dez processos criminais; um Habeas corpus; um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino de 1932, defendendo o aborto; além de 33 inquéritos criminais que não chegaram a virar processos. No mesmo sistema, pesquisando a palavra "feticídio" para o mesmo período não foram encontradas ocorrências. Usando a expressão "aparecimento de feto"**,** nessa mesma base, mesmo período, a busca resultou em 33 documentos, todos inquéritos policiais do século XX, pois as investigações não foram adiante; ora por dificuldades de encontrar provas e pistas para descobrir o autor ou autores do fato, ora pelo fato de se ter concluído pela não existência de crime com base no laudo médico-legal e, em

[48] Doutrinadores do código de 1890 e do código de 1940 entendem, em sua maioria, que a expulsão do fruto da concepção não é condição essencial para a existência do crime de aborto, o que modificará essa discussão sobre tentativa.

alguns poucos casos, com base nas provas testemunhais, quando não eram conflitantes entre si. Alguns desses casos serão analisados mais detidamente no capítulo seguinte.

Sobre essa parca estatística dos crimes de aborto e de infanticídio, há um trecho em que o autor diz que o remédio para tais crimes não estaria no Direito Penal, mas na regeneração dos bons costumes, o que indica que, no fundo, o bem jurídico a ser protegido na criminalização de aborto seria a ordem social e da família, bem como os chamados “bons costumes”, mais que a proteção da vida (ALVES, op. cit. p.282):

> Melhor é que sempre assim seja: que fique sepultado em segredo factos reveladores da desordem dos sentimentos do coração, da descrença dos espiritos, da degeneração da sociedade, que não encontram remedio no isolamento das penitenciarias, e sim na cultura dos principios de moral e religião.
> À escola e à religião compete regenerar os bons costumes, o que de certo não consegue o legislador, nem mesmo servindo-se das penas de Draco. [grafia original]

Sobre o art. 200, tece inúmeras críticas ao dispositivo, principalmente à desproporcionalidade da pena prevista, pois maior que a do aborto propriamente dito (art. 199) e à desnecessidade da previsão da primeira parte do art. 200, bastando, segundo o autor, que se aplicasse a teoria da cumplicidade, considerando os atos da primeira parte do art. 200 como atos de participação no crime de aborto (Ibid., p 287).

Explica que no art. 199, pune-se o provocador, o executor do aborto, o que dá causa, o que faz abortar, ou seja, o que faz expulsar prematuramente o feto. Já o art. 200 tem por criminoso o fornecedor dos meios abortivos e que nada tem a ver com a aplicação do mesmo e com o seu resultado e, por isso, destaca que o código menciona que o crime ocorre ainda que o aborto não se verifique. Frise-se, aliás, que o único processo[49] que se pôde ter acesso nesta pesquisa, e que se deu sob a égide deste código, versa sobre esta hipótese.

Também procura esclarecer o que seria “com conhecimento de causa” de que trata a lei, chegando a concluir pela necessidade de se definir muito bem esta interpretação, para evitar injustiças como a responsabilização quando a substância

[49] 84 – Relação do Rio de Janeiro. Ano: 1877/1878. Maço 183, nº 1311, GAL C.

não tivesse aplicação alguma para o fim de aborto e este se desse. Então conhecimento de causa é conhecimento da substância ministrada e das suas qualidades abortivas. Importante destacar o distanciamento com a prática. No único processo analisado, as supostas "substâncias abortivas" foram examinadas e o laudo atestou que uma delas (pílulas) não era propriamente abortiva e a outra (pó) o resultado foi inconclusivo. Mesmo assim, contrariando o dispositivo legal, o acusado chegou a ser condenado.

1.2.2 Braz Florentino Henriques de Souza

Ao contrário de Thomaz Alves Júnior, que comentou o crime de aborto em detalhes, fazendo comparações com legislações estrangeiras e tecendo análises sobre a redação dos dispositivos e sobre a proporcionalidade das penas, Braz Florentino, em seu *Código Criminal do Império do Brasil Annotado*[50] não tece quaisquer comentários ao crime de aborto.

Já no livro *Lições de Direito Criminal*, o crime de aborto aparece em algumas poucas passagens. Na primeira, quando comenta sobre o delito consumado (SOUZA, 2003, p. 52) e ressalta a importância de se diferenciar o resultado que se espera de um crime da execução deste. Explica que sempre que a lei exija tão somente a realização do fato para a caracterização do crime, independentemente do resultado, o crime será considerado consumado. Diferente é o caso de quando a lei penal exige a configuração de determinado resultado para que haja a consumação, tal o caso do homicídio e do aborto. Então, o aborto aparece como exemplo de crime em que o resultado seria um elemento essencial, necessário para a sua consumação. Daí pode-se dizer que o autor parece entender aborto como uma ação violenta que leva à morte do concepto (fruto da concepção), sendo a morte este resultado imprescindível.

Em passagem muito interessante, o autor vai explicar melhor a questão da tentativa no crime de aborto. Numa nota de rodapé (SOUZA, 2003, p. 69), quando aborda a chamada "tentativa completa" ou "crime frustrado", diferencia esta da

[50] SOUZA, 1858, p. 82.

tentativa incompleta (que seria a tentativa propriamente dita), explicando que a primeira é o que ocorre nos crimes de homicídio e aborto, pois são crimes em que o resultado é elemento essencial, ou seja, determinado resultado é parte integrante do tipo penal, dele não podendo prescindir.

Define tentativa incompleta como sendo aquela em que o agente, antes de finalizar os atos executórios, detém-se voluntariamente ou é detido contra a sua vontade. Já quando o agente finaliza os atos de execução, sem que o efeito desejado ou o mal do delito tenha sido produzido, diz-se que há tentativa completa ou crime frustrado, que seria o crime consumado subjetivamente, mas não objetivamente (Ibid., p. 68-69). No crime frustrado, o agente não pode mais voluntariamente desistir de praticar o crime, pois finalizou todos os atos de execução, mas o resultado não aconteceu e, portanto, o crime não se consumou.

A tentativa que ele admite para o crime de aborto, então, é a tentativa completa e não a tentativa propriamente dita, parecendo concordar com o entendimento de Thomaz Alves de Sousa neste ponto – muito embora este último não tenha feito uma análise esmiuçada das modalidades de tentativas quando defendeu o não cabimento de tentativa para o crime de aborto, o que leva a crer que estivesse tratando da tentativa propriamente dita.

Em outra passagem das suas lições, o crime de aborto vai aparecer uma vez mais quando do estudo da reincidência e do que seriam crimes de mesma natureza[51]. Em determinada passagem do texto, cita uma legislação estrangeira (SOUZA, 2003, p. 347) que enumera delitos que se consideram de mesma natureza, onde o crime de aborto aparece como tendo a mesma natureza do infanticídio, mas não do homicídio. No entanto, Souza diz que esse não foi o sistema adotado pelo código criminal de 30, que não enumerou de forma taxativa os delitos de mesma natureza. Defende, assim, ser necessário que procuremos interpretar o Código por si mesmo, focando na sistemática em que foi desenvolvido, no seu espírito. Nesse sentido, devem ser considerados delitos de mesma natureza todos aqueles que se acham sob uma denominação comum, pois a natureza dos crimes deve resultar da lei, tal o espírito do código. Seguindo esse entendimento, homicídio (art. 192 e 193)

[51] O § 3º do art. 16 do Código Criminal do Império prevê como circunstância agravante a reincidência em crimes da mesma natureza. E então passa o autor a discutir sobre o que seriam crimes de mesma natureza.

tem a mesma natureza do suicídio (art. 196), pois que sob a mesma denominação de “homicídio”; aborto (art. 199 e art. 200) a mesma natureza do infanticídio (art. 197 e art. 198), pois sob a mesma rubrica “infanticídio” e outros exemplos (Ibid., p. 348).

Essas questões (tentativa completa e incompleta, natureza do crime) não possuíam muita importância na prática, no entanto os juristas parecem se interessar bastante por esse tipo de infrutífera discussão. Nos casos reais, as supostas precisões da lei e da teoria cediam lugar a vazios. A dificuldade de se investigar um suposto crime consumado, de colher provas suficientes para dar início a um processo era uma constante na seara policial envolvendo o crime de aborto. Com relação à natureza do crime, o fato de estarem sob a mesma denominação talvez explique o fato dessas duas categorias (aborto e infanticídio) não se distinguirem tão bem aos olhos dos agentes da lei.

1.2.3 Vicente Alves de Paula Pessoa

Político e magistrado brasileiro, Paula Pessoa escreveu suas anotações ao código criminal de 1830, aproveitando-se de sua prática como aplicador das leis e de estudioso do direito. O livro *Código Criminal do Império do Brazil Commentado e Annotado* foi publicado em 1885 e contém atualizações legislativas até 1884. Passa a comentar o crime de aborto, previsto no art. 199, a partir da página 361.

Antes de entrar na análise do crime de aborto pelo autor, é interessante notar algumas passagens do livro em que o lugar de submissão e de inferioridade (muitas vezes colocando a mulher como digna de maior proteção e cuidado) da mulher em relação ao homem fica evidente. São passagens curiosas e a criminalização do aborto não deixa de estar inserida neste contexto de controle do corpo da mulher, de docilização desta para um maior controle do homem sobre sua prole e sobre a “ordem da família”.

Comentando, por exemplo, o crime do art. 219[52] (defloramento), Pessoa (1885, p. 386) critica a idade de dezessete anos como tendo sido escolhida de forma

[52] Art.219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

apressada e impensada, já que afirma que é sabido que "*a mulher não attinge o seu maior desenvolvimento moral e physico antes dos 21 ou 22 annos*". Em outra passagem, quando comenta o art. 6º do Código, que trata da "cumplicidade" em direito penal (Ibid., p. 28), escreve que a mulher deve obediência ao seu marido nos termos da lei civil e, portanto, indaga o autor se seria justo considerá-la cúmplice do marido quando não se poderia dela exigir que denunciasse o mesmo. Em outro momento, ao comentar o art. 14 do código, que trata dos crimes justificáveis, o autor (Ibid., p.61) assim escreveu num trecho: *"(...) é certo que os bons exemplos são a melhor escola de educação e a honra dos pais impõe sempre ao filho, em todas as circumstancias, que elles completem o seu dever, o marido como cidadão e chefe de família, e a mulher como esposa fiel e submissa (...)".* Essa mulher é a que vai ser vigiada em sua vida sexual e reprodutiva, de forma que o valor da mulher é dado pela sua honra, conceito sexualmente localizado, pois intimamente relacionado à virgindade ou a relações legitimadas pelo casamento. O aborto seria ameaçador de toda essa ordem, muito mais que uma ameaça à vida ou a segurança individual.

Ao comentar o crime de aborto, inicia com uma citação de Tertuliano[53] (Ibid., p. 362), que entende o aborto como um homicídio, mesmo antes da formação do feto. Cita em seguida Hipócrates[54] que, sob juramento, prometeu em uma de suas obras nunca fornecer a uma mulher grávida qualquer medicamento abortivo. Essas citações históricas têm o condão de revelar seu entendimento e, ao mesmo tempo, trazer autoridade ao argumento, no caso, o de que o aborto criminoso seria um atentado à vida de um ser humano ainda em formação. Contudo, na mesma linha dos demais doutrinadores, não entra na discussão do que seria vida e vida em formação. Conceitua aborto, com base em Tardieu[55], como sendo a expulsão violenta e prematura de um produto qualquer da concepção. Aborto pode se dar por

---

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

[53] Romano que se converteu ao cristianismo nos seus primórdios.

[54] Ateniense considerado o patrono da medicina ocidental e de sua abordagem mais científica.

[55] PESSOA não cita a obra, mas trata-se de Auguste Ambroise Tardieu, médico francês do século XIX, estudioso da Medicina Legal.

causas naturais e espontâneas ou ser provocado intencionalmente; nesta última hipótese seria criminoso.

Traz, igualmente, a título de ilustração, o pensamento de Aristóteles, que, segundo Pessoa, distinguia entre feto animado e inanimado para que se incriminasse ou não a mulher pelo aborto. Assim, o feto animado, ou seja, aquele que se movimenta no ventre materno seria digno de uma proteção maior. Em seguida arremata que a lei romana não fazia tal distinção, "nem Cícero na oração a Cluentio"[56] (Ibid., p. 362), pela dificuldade intrínseca que ela traz para as provas.

Complementa sua análise do tipo penal com citações de juristas franceses para sustentar e justificar sua posição no sentido de que o aborto é crime grave, equiparável ao homicídio, seja o feto formado ou não, ou seja, em qualquer fase da gestação, com argumentos que misturam direito e moral religiosa cristã, o que oculta outras razões para se condenar o aborto, além da defesa da vida e de quem deve viver. O autor fez uso dogmático da história do direito[57] para mostrar e confirmar seu ponto de vista, usando-a como discurso legitimador. Vê-se que o autor não cita a legislação que vigorava antes, no caso, o livro V das Ordenações Filipinas, que nada dispunha especificamente sobre o crime de aborto; prefere ir a Roma e à Grécia para buscar, provavelmente sem beber nas fontes primárias, os argumentos que corroboram os seus.

Depois, seguindo a linha dos demais comentadores, passa à discussão sobre a tentativa. O autor não especifica a modalidade de tentativa de que trata, mas podemos deduzir que aborda a tentativa incompleta ou propriamente dita. Defende que a tentativa de aborto não deve ser punida em razão da incerteza das provas e para evitar que a "*honra e o repouso das famílias sejam temerariamente perturbados por indícios equívocos*" (Ibid., p. 363).

Pessoa busca argumentos menos técnicos e mais práticos para defender o não cabimento da tentativa. Talvez por atuar como aplicador da lei ele consiga

---

[56] Cícero, na oração "Pro Cluentio" argumentava que certa mulher tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e de um cidadão destinado à República, o que significava que o aborto, neste período de Roma, era visto como lesão a um direito do marido no Digesto.

[57] Importante a leitura de texto de FONSECA, R. M. O deserto e o vulcão – reflexões e avaliações sobra a História do Direito no Brasil. *Forum Historiae Iuris – erste europäische Internetzeitschrift für Rechsgeschichte*. Frankfurt, 2012. Disponível em: http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/ Acesso em: 21 mar. 2017.

enxergar melhor a inocuidade de algumas discussões teóricas. A enorme dificuldade de se provar a tentativa, somada às questões morais da família e da sociedade que circundavam a criminalização do aborto, levam-no a não admitir a punição por tentativa para evitar os chamados “processos indiscretos” (Ibid., p. 363), desvelando aqui que o crime de aborto também tem como finalidade a proteção de uma ordem moral das famílias, mais que a vida de um ser que ainda não viveu. É o caso mesmo de se perguntar: qual a real importância da tentativa neste crime? Parece até uma obsessão dos juristas, um apego exagerado a um tema sem muita aplicabilidade prática. Para sustentar sua posição, faz uso de diversas citações de juristas franceses e de decisões da jurisprudência francesa, seguindo a forma de manual sempre adotada, chegando mesmo a defender a isenção de pena[58] para o crime de aborto quando o mesmo não se consuma.

Em outra passagem (Ibid., p.364), diferencia de forma breve aborto de infanticídio, dizendo que o primeiro consiste na morte de um ser que “não viu o dia”, enquanto o último seria um homicídio de um recém-nascido. Mas não entra em outras discussões sobre até que momento se considera um bebê recém-nascido.

Por fim, analisa a hipótese do aborto seguido de morte da mãe. Entende que feto ainda não é um ser humano pela lei penal e por isso deve a sua morte ser punida como aborto e não como homicídio, mas quem acaba matando a mãe como consequência dos meios abortivos comete homicídio, mas com dolo eventual ou indireto, pois quis o resultado ao menos indiretamente[59].

Pessoa não dedica qualquer comentário ao art. 200, que criminaliza o fornecimento de drogas para fins abortivos.

O que se percebe em suas notas ao crime de aborto é que o autor avança e depois recua, retomando um ou outro argumento, lança mão de outro novo e o deixa meio solto, sempre fazendo diversas citações da literatura jurídica estrangeira,

---

[58] Ele não explica o que se considera isenção de pena na época. Hoje, a isenção de pena é um instituto de política criminal que, embora reconheça a existência da infração penal, deixa o Estado de aplicar a pena, ou seja, exclui a punibilidade. As hipóteses estão previstas no atual art. 181 do Código Penal de 40.

[59] Também não entra em maiores detalhes sobre o que se entende por dolo eventual. Parece que é o mesmo entendimento que se tem hoje sobre esta espécie de dolo (o agente assume a possibilidade do resultado mais grave quando realiza o aborto). Hoje, está presente no aborto majorado pelo resultado (art. 127, CP) a figura do preterdolo (crime qualificado pelo resultado), pois querendo (dolo direto) ou assumindo (dolo eventual) o resultado mais grave, o agente responderá pelos dois crimes (aborto e homicídio).

especialmente a francesa. Em diversas passagens deixa seu argumento transparecer por meio de longas citações alheias, tornando difícil sua assimilação, pois seu pensamento aparece bastante entrecortado.

1.2.4 Antônio Luiz Ferreira Tinôco

Antônio Luiz Ferreira Tinôco foi magistrado no Estado do Rio de Janeiro, tendo se dedicado também ao ensino superior, ocupando primeiro a cátedra de Direito Civil por um ano e, posteriormente, a de Direito Criminal, na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, onde ficou por cinco anos. Como magistrado e professor, viveu o estudo e a aplicação do direito penal em seu cotidiano.

Em sua obra *Codigo Criminal do Imperio do Brazil Annotado*, (TINÔCO, 1886, p. 379), inicia seus comentários sobre o crime de aborto previsto nos arts. 199 e 200 do código criminal. Faz uma análise bem enxuta do dispositivo discutindo alguns pontos que considera essenciais, tais como tentativa. Parece que estas eram as questões mais comumente suscitadas no estudo dos dispositivos pelos doutrinadores da época, uma vez que era marcante a falta de jurisprudência, já explicitada por Thomaz Alves Júnior (1883, p.282).

Primeiro, ele aborda a discussão sobre se a mulher que aborta deve ser também punida. Conclui que não se pode fazer uma interpretação ampliativa do art. 199 do código criminal, pois o mesmo só trata da hipótese de criminalização de um terceiro que “ocasiona” o aborto na mulher que permitiu que assim se procedesse.

Em seguida, afirma que o emprego de substâncias venenosas para realizar o aborto é elementar do crime de aborto, não podendo ser considerada como agravante do crime na forma do art. 16, § 2º do Código[60].Isso porque o veneno pode ser considerado um meio abortivo, pois o art. 200 não enumera quais meios são estes, podendo abranger toda uma variedade substâncias e situações.

[60] Art.16. São circumstancias agravantes:
2º Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação.

Assim como os juristas anteriormente analisados, o autor também estuda a admissibilidade ou não da tentativa e, apesar de não entrar na discussão sobre as modalidades de tentativa, presume-se que seja a tentativa propriamente dita, de que também tratou Thomaz Alves Júnior (1883, p. 279). Porém, ao contrário deste, entende cabível para o crime do art. 199 (TINÔCO, op. cit., p. 380). No entanto, Tinôco passa a explicar esse seu ponto de vista de forma bastante confusa. Primeiro, diz que o art. 199 pune o aborto consumado para, depois, afirmar que o crime do art. 199 pode ser tentado ou consumado[61].

Sobre o art. 200, afirma que se trata de um dispositivo *sui generis* que pune o mero fornecimento de drogas abortivas, não entrando na discussão sobre "conhecimento de causa" como fez Thomaz Alves (1883, p. 284-287). Por fim, com respeito à segunda parte do art. 200 do código, indagou se o agravamento da responsabilidade ali previsto pode ser aplicado às parteiras. Citando o código francês, em língua francesa, afirma que ambos os códigos são omissos e, mencionando uma jurisprudência francesa, conclui que sim, que o dispositivo deve ser aplicado às parteiras, pois se achariam elas em posição idêntica aos dos citados na segunda parte do art. 200[62]. O autor, contudo, não teceu maiores explicações. Poderia ter analisado melhor a questão do "conhecimento de causa" e a interpretação da segunda parte do art. 200, que faz uso da fórmula geral "ou praticante de taes artes", o que poderia englobar as parteiras, como fez Thomaz Alvez Júnior. E, assim, sem elaborar muito seus comentários, finalizou o estudo do crime de aborto, deixando algumas questões em aberto.

---

[61] *O delicto do art. 200 é sui generis, e consiste no fornecimento de drogas para que o aborto se verifique. No art. 199, ao contrario, o legislador pune facto diverso — o.aborto consummado. Neste caso —art. 199 — o emprego do meios pode dar em resultado um crime consummado ou tentado. Naquelle —art. 200 — o fornecimento de drogas, quer sejam ou não empregadas,constituo por si só a infracção punida. No caso do art. 199 a applicação constitue o principio de execução.* (Ibid., p. 380)

[62] 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 (grifo nosso)

1.2.5 Tobias Barreto

Em sua obra *Menores e Loucos*, Barreto comenta o art. 10[63] do código criminal, onde estão elencados aqueles que não serão considerados criminosos, mesmo que cometam crimes. Neste livro, o autor não trata do crime de aborto, nem de qualquer outro crime especificamente, mas da redação do art. 10, tecendo críticas ao código de forma geral e à redação deste artigo de forma específica. Uma das reprimendas que faz está no fato de ter o referido dispositivo legal igualado homens e mulheres, quando, na opinião do autor, deveria ter estipulado idades distintas para a menoridade da mulher e do homem, uma vez que ambos os sexos são tratados de maneiras muito diversas pela legislação civil (BARRETO, 1886, p. 25). Apesar de não tratar do aborto, esta obra mostra-se importante para este trabalho por desvelar o lugar ocupado pelas mulheres na sociedade do período.

Barreto demonstra indignação com a injustiça do tratamento jurídico-penal da mulher em relação ao homem, quando, na esfera cível, a mulher acaba sendo submetida a uma permanente tutela por ser considerada fraca e incapaz de gerir sua vida pessoal e suas propriedades. Na seguinte passagem fica clara a sua crítica (Ibid., p. 27):

> Quando se considera que as leis encurtam o diâmetro do circulo de actividade juridica das mulheres, em relação á sua pessoa e á sua propriedade, que expressamente assignalam-nas como fracas e incapazes de consultar os seus próprios interesses, e dest'arte, ou as mantém sob uma tutella permanente, ou instiluem para ellas, em virtude mesmo do dogma da sua fraqueza, certos benefícios ou isempções de direito; em summa, quando se attende para a distincção sexual, tão claramente accentuada nas relações juridico-civis, é natural presuppôr que se tem reconhecido uma differença fundada na organisação physica e psychica dos mesmos sexos. Mas isto posto, é também o cumulo da inconsequencia e da injustiça não reconhecer igual differença no domini juridico-penal, quando se trata de imputação e de crime.[reprodução do original]

---

[63] Art.10. Tambem não se julgarão criminosos:
1º Os menores de quatorze annos.
2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.
3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis.
4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.

Em verdade, o autor não defende a igualdade entre homens e mulheres, tampouco critica a legislação cível. A sua questão está mais para a defesa de uma coerência sistemática no tratamento do homem e da mulher e na crítica à legislação penal que falhou nisso do que para a proteção de direitos das mulheres. Apesar disso, em um trecho, deixa claro que considera uma anomalia a desigualdade civil e política entre homens e mulheres, principalmente no aspecto educacional, conforme trecho abaixo (Ibid., p. 29):

> Não é aqui o lugar próprio de levantar novos protestos contra esta anomalia, que se ha culminado no absurdo de negar-se a mulher até o direito de instruir-se, e na qual, por conseguinte, a sociedade moderna, em sua maioria, está muito atrás da igreja medieval.

A principal questão para Barreto está no fato de que, se a fragilidade do sexo é invocada como argumento decisivo quando se trata de justificar todos os atos de controle e privação que a lei permite ao homem exercer sobre a mulher, qual o motivo por que essa mesma fragilidade não se faz valer no que toca a imputabilidade penal, nem mesmo no que concerne à gradação penal?

O autor reconhece que o Código trouxe algumas diferenças de tratamento entre o sexo feminino e o masculino[64], mas ressalta que falta homogeneidade na legislação. Para ele, o ato criminoso requer consciência da lei e que esta possui grau diverso nos homens e nas mulheres, pois estas carecem de instrução adequada e são afastadas da vida pública. Não seria o caso também de defender a impunidade do sexo feminino, mas apenas de reconhecer um tratamento penal mais condizente com o tratamento dado à mulher na esfera cível (Ibid., p. 35):

---

[64] O autor citou como exemplos os arts. 43 e 45:

Art.43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto

Art.45. A pena de galés nunca será imposta:
1º Às mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo a prisão em lugar, e com serviço analogo ao seu sexo.

> Insisto no meu argumento: a medida legal da capacidade feminina deve ser uma só. O direito civil e o direito criminal não são, por assim dizer, duas faces do mesmo espelho, uma de augmentar, outra de diminuir, de modo que a mulher se veja, por esta, com cara de criança, por aquella, com cara de homem. [reprodução do original]

Já na obra *Estudos de Direito*, publicada postumamente por Sylvio Romero em 1892, Tobias Barreto chega a comentar o crime de aborto de forma superficial ao estudar a tentativa[65], especificamente a tentativa por omissão (BARRETO, 1892, p. 211-212). Como se pode ver, todos os autores deste período trataram da tentativa de aborto, o que demonstra um claro distanciamento da realidade prática. É explicável talvez pela quase inexistente jurisprudência e pela insistência inútil de discutir tecnicismos, o que ajuda mais no estudo teórico dos institutos, mas em nada na prática jurídica, onde o que mais se vê é o arquivamento de inquéritos e processos por falta de provas quando o crime é consumado. O que dizer de uma hipótese de tentativa?

Em uma primeira passagem, defende ser cabível a tentativa que se perpetraria omissivamente nos casos de delitos comissivos[66] e cita dois exemplos, no mínimo curiosos, envolvendo o aborto e essa suposta tentativa de crime comissivo que se realizaria por omissão, que ele mesmo entende ser difícil de perceber e admitir na prática. Este é o primeiro exemplo com o qual trabalha o autor:

> Que a tentativa dos delictos *commissivos,* que se perpetram *omissivamente,* é logicamente concebivel e praticamente realisavel, alguns exemplos bastam para provar. Assim no caso figurado por mim já uma vez, não verificada a morte do recem-nascido, por vir em seu auxilio uma circumstancia allleia á vontade da mãe delinquente, a tentativa por omissão é incontestavel [grafia original]

Apesar de mais factível, esse primeiro exemplo não parece ser tão incontestável assim na prática, dada a dificuldade de se realizar a prova da intenção de abortar ou de matar, considerando a hipótese de infanticídio.

O outro exemplo fornecido é deveras curioso e parece mais um enredo de dramaturgia. Trabalha com a hipótese de a mulher sofrer um aborto e correr risco de morrer toda vez que um desejo seu no estado de gravidez não é atendido; sabendo disso, seu marido, quando surge um novo desejo, deixa de acudi-la com o intuito de

---

[65] BARRETO, 1892, p. 202 – “VI – Um ensaio sobre a tentativa em matéria criminal”.

[66] Delito comissivo é aquele que se executa e consuma por uma ação.

fazê-la abortar e, quem sabe, vê-la morrer. Trata-se, segundo o autor, de exemplo (tragicômico) de delito comissivo por omissão, que, na prática pode até resultar num inquérito para apuração, mas que não chegará sequer a um processo. Assim redigiu Barreto sobre referida hipótese:

> Mais ainda: suponhamos que Pedro, homem casado, já tem a experiencia feita por tres ou quatro vezes que um desejo de sua mulher, no estado interessante, não sendo logo satisfeito, produz o aborto, e com este sempre um decrescimento de saúde. Já ouvio até do medico a singular declaração de que, se o phenomeno se, repetir, a morte é probabilissima. Porém elle mostra-se surdo a tal observação. A joven gravida insiste agora em querer satisfazer um dos seus caprichosos appetites; mas Pedro responde·lhe com a indifferença, e não só deixa de acudir ao seu appello, como tambem previne e ordena a creadagem que *nada faça.* A habitação é solitaria; a doente está prostrada. A isto junta-se a particularidade de haver Pedro escripto a sua amante, dizendo-lhe em termos claros: desta yez, creio eu, ficaremos livres do embaraço que se oppõe á nossa felicidade. A infeliz esposa aborta em fim,e pouco falta que succumba, o que ter·se-hia dado, a não ser a interposição de circumstancias estranhas, que desmancharam o criminoso plano de Pedro. [grafia original]

E arremata: “Semelhante acto será juridicamente inapreciável? E se não é, como me praz assegural-o, qual então o seu caracter, senão de uma tentativa de delicto comissivo, que se commete por omissão?” [grafia original].

Ao fim, o próprio autor (BARRETO, 1892, p. 212) reconhece que a linha que separa o ético e moral do jurídico é muito tênue, tornando difícil sua percepção e aceitação. Fato é que na teoria se pode discutir essas questões como um exercício para melhor compreender os institutos de direito penal, mas o que se passa na prática é sempre mais complexo, pois a questão fundamental passa a ser provar a autoria do crime e isso é extremamente difícil no crime de aborto.

Em outro momento (Ibid., p. 215), passou a analisar o art. 200 do código para novamente tratar da tentativa e do crime impossível. O art. 200 consiste no crime de aborto provocado pelo ato de fornecer drogas ou quaisquer meios com conhecimento de causa, que seria o dolo propriamente dito, “o conhecimento do mal”. Ele afirma que fornecer drogas que não possuem efeito abortivo, mesmo achando que possuem este efeito, seria hipótese de crime impossível, pois a tentativa só teria lugar se a droga pudesse provocar de fato o aborto ainda que este não ocorresse por circunstâncias alheias à vontade do agente.

1.2.6 João Vieira de Araújo

Em sua obra *Ensaio de Direito Penal* [1884], João Vieira de Araújo, lente da Faculdade de Direito do Recife, comenta, na forma de lições, o código criminal do Império. São, ao todo, dezenove lições sobre questões de teoria geral do direito criminal. Ele, nesta obra, não faz comentários específicos sobre os tipos penais, mas os utiliza para exemplificar situações que melhor explicam os institutos penais do dolo, da culpa, da tentativa, e da chamada "cumplicidade" etc.

Em sua décima terceira lição, que trata da tentativa por meios impróprios, também chamada de "tentativa por meios inadequados", ele discute o chamado "crime impossível". Sobre esta hipótese, indagou (ARAÚJO, 1884, p. 147):

> Se a tentativa é em si um crime, o é, porém em relação a outro crime, cuja execução fica incompleta; mas quando é impossível a execução mesma pela impropriedade do meio, ou do fim, como se poderá dizer jamais que haja este princípio de execução?

Afirma que a imputabilidade penal é distinta da moral porque deve se manifestar por um ato externo que constitua crime, ao menos um princípio de execução de um crime. Daí resulta que a tentativa por impossibilidade de meio ou de fim não poderá ser objeto de imputabilidade penal.

Prosseguindo neste seu estudo, menciona um exemplo de impossibilidade absoluta do meio quando alguém fornece a uma mulher grávida, a seu pedido, uma substância para provocar um aborto, mas que se mostra completamente inofensiva para este fim, nenhum mal ocasionando à mãe e ao feto. Trata-se de hipótese de impossibilidade de se imputar qualquer responsabilidade penal aos envolvidos. Essa a voz quase uníssona dos doutrinadores de direito penal, mas na prática viu-se um escravo liberto ser condenado mesmo quando o laudo das substâncias não atestou a função abortiva das mesmas. Teria sido a condição social do réu? Talvez.

O crime de aborto, como se pode perceber, foi bastante mencionado em exemplos de estudos do instituto da tentativa neste período, não obstante sejam exemplos mais teóricos que práticos. O que se verificou nos inquéritos e processos, de uma maneira geral, é uma profunda dificuldade de se apurar esse crime, mesmo na modalidade consumada.

1.3 **Inquéritos e Processos Criminais**

Em pesquisa na base do Arquivo Nacional, utilizando a palavra "aborto" para o período que vai de 1830 a 1939 (mais de cem anos), foram encontrados apenas 45 documentos, todos do Século XX, e nenhum do período do Império (v. Anexo A).

Em outra base, a do acervo judiciário do Arquivo Nacional, havia apenas doze processos com a palavra “aborto” para o mesmo período de mais de cem anos, sendo três no STF e nove em diversos juízos e pretorias. Desses doze documentos, só sete puderam ser acessados, sendo nenhum destes processos do STF. Desses sete, seis deles não tratavam de aborto, mas de outras questões cíveis, como arrecadação de bens, penhora, cobranças, infração de postura municipal etc. Não se encontrou explicação para o fato de terem aparecido numa pesquisa sobre “aborto”.

À parte disso, foi justamente nesta base que foi encontrado um processo relativo ao período de vigência do código criminal de 1830, um processo de 1877[67], portanto antes da Lei Áurea, mas que trata da acusação feita contra um escravo liberto. Interessante notar que no curso do processo, em todas as peças do inquérito e do processo, as autoridades referem-se ao acusado, após a qualificação, não pelo seu nome, mas como “escravo liberto”, “esse preto”, em explícita demonstração de como os escravos, mesmo quando libertos, eram tratados como pessoas sem nome e sem história.

Trata-se de uma “Apelação Crime” pela qual Manoel[68] José Rodrigues recorre da sua condenação. Foi acusado e condenado em grau mínimo das respectivas penas por decisão do Júri pelo crime de fornecer, com conhecimento de causa, substâncias abortivas para Cândida Rosa do Amor Divino, uma menina de dezesseis para dezessete anos, menor de idade, uma de nove filhos de um homem muito pobre, de nome Agostinho Pereira dos Santos.

---

[67] Processo encontrado na base do Acervo Judiciário do Arquivo Nacional: Fundo/Coleção “Relação do Rio de Janeiro- 84”; Partes: Manuel José Rodrigues/Justiça; Ano: 1877/1878; Maço 183; número 1311; Gal. C.

[68] No processo a grafia está “Manoel”, mas na pesquisa realizada na base do AN está como “Manuel”.

O crime pelo qual respondeu é o do art. 200, 1ª parte[69], do código criminal de 1830. Em sua peça acusatória, o promotor público assim se refere ao denunciado após qualificá-lo pelo nome: “preto que foi escravo de D. Maria Fortunato de S. José”. Curioso notar que o exame realizado nas supostas substâncias abortivas atesta que as mesmas não podem ser consideradas propriamente abortivas. Além disso, o exame feito em um pó que também alegam ter sido fornecido pelo acusado à menor não teve um resultado conclusivo. Mesmo assim foi acusado e condenado, pois as provas testemunhais e sua condição social, bem como sua confissão[70] (não se sabe em que condições) lhe eram mais desfavoráveis, mesmo sendo a vítima também pobre.

Relata o promotor que a intenção do acusado era ocultar as “relações ilícitas” que teve com a menor, não ficando claro se a ilicitude estava no fato de a menina ser menor ou no fato de a relação ter acontecido fora do casamento e ser, portanto, ilegítima. Em outras passagens referem-se a ele como “sedutor” da menor Cândida, como aquele que a corrompeu e a deflorou, mas não o acusam do crime de defloramento (art. 219), nem de sedução (art. 224), apenas do crime do art. 200, muito embora não tenha ficado cabalmente comprovado que as substâncias eram mesmo abortivas. Aqui fica evidente a dissonância entre a teoria e a prática. Na teoria, como foi visto, o fornecimento de drogas que não possuem efeito abortivo seria hipótese de crime impossível, mesmo que a intenção fosse a de cometer o crime. Na prática, outras circunstâncias importam mais, como a confissão, a posição social do acusado, a moral social.

No exame físico da vítima, os peritos tiveram de responder a quatro perguntas: primeira, se a examinada estava grávida; segunda, qual o tempo de gestação; terceira e mais surpreendente, qual o modo por que foi operada a gravidez; quarta e última, se havia sinais de tentativa de aborto. As respostas foram

---

[69] 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.

[70] A confissão em juízo competente, segundo o art. 94, do Código de Processo Criminal da época provava o delito, desde que fosse livre e coincidente com as circunstâncias do fato. A questão que não aparece é se a confissão foi mesmo “livre”.

que sim, que a menina estava grávida de aproximadamente seis meses e que o modo como engravidou foi por cópula carnal (será que haveria na época outro meio?). Com relação à tentativa não puderam responder por faltar os elementos materiais que provassem esse desígnio. Essa resposta parece bem comum nos casos de aborto que analisamos e apenas corrobora a desarmonia entre doutrina e prática. Vários juristas gastaram sua pena para discutir a tentativa do crime de aborto, alguns deles descendo a minúcias, quando, na prática, era praticamente impossível demonstrar que houve uma tentativa nesse tipo de crime. Resta a pergunta: a tentativa importa?

Além disso, frise-se que a questão central parecia não ser o aborto ou o fornecimento dos medicamentos para o fim de abortar, mas as tais “relações ilícitas”, a honra da menina pobre que foi “corrompida” inocentemente por um “escravo liberto”. No entanto, a capitulação do crime foi a de aborto e não a de defloramento, talvez pelo fato de a pena de aborto ser maior, talvez pelo fato de a vítima, apesar de menor, ser pobre e, assim, entenderem pela falta do elemento moral do crime (sedução, engano, fraude). Quem poderá dizer?

Este foi um dos poucos casos encontrados no Arquivo Nacional em que a insuficiência das provas não impediu o prosseguimento da persecução penal e cujo desfecho foi a prisão do acusado, bem como o improvimento do pedido em sede de apelação ao final. Uma injustiça? Possivelmente. Mas em uma época em que cada um deve saber seu lugar na sociedade, a noção de justiça fica nebulosa na prática penal.

2 **O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL DE 1890: A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO.**

2.1 **O Código Penal de 1890 e seu contexto histórico**

2.1.1 Transição do Império para a Primeira República e as reformas legislativas

Alguns historiadores, principalmente os que sustentavam uma versão mais republicana dos fatos[71], afirmam que as ideias republicanas começaram a aparecer logo após a independência[72], tendo surgido principalmente no Nordeste, na província de Pernambuco. Nesse passo, a passagem do Império para a República não foi marcada por fortes rupturas, tampouco pela mobilização de massas (COSTA, 1999, p.15), muito embora seus primeiros anos tenham sido de incertezas políticas. Havia vários grupos na disputa pelo poder, com interesses diversos e com distintas concepções de como estruturar a nascente República. Entre esses grupos destacavam-se aqueles que defendiam um modelo liberal, que se contrapunham aos de influência positivista[73].

Os militares tiveram forte presença nos primeiros anos da República, com o Marechal Deodoro da Fonseca à frente do Governo Provisório. No entanto, não havia uniformidade de pensamento entre eles (Ibid., p.396), existindo profundas rivalidades internas. Apesar disso, havia uma ligeira aproximação, pois não

[71] Emília Viotti da Costa analisa as versões republicanas e monarquistas para o período de transição do Império para a República. Segundo a versão dos republicanos, a República sempre fora uma aspiração nacional. Já a versão dos monarquistas, muito embora abafada pela derrota sofrida, não desapareceu e sustentou que a proclamação da República não passou de um levante/golpe militar que se deu à revelia das aspirações populares. A verdade é que são faces da realidade, interpretações feitas de acordo com as ideologias assumidas. (1999. p. 387- 393).

[72]Há muito debate em torno desta afirmação, que não é o escopo deste trabalho.

[73] Sobre as fases do Império e da República no Brasil recomendo o livro “Da monarquia à república: momentos decisivos”, de Emília Viotti da Costa, São Paulo: UNESP, 1999. Neste 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.

representavam os interesses de apenas uma única classe social, como era o caso dos defensores de uma República Liberal[74], e eram todos, positivistas ou não, contrários aos interesses das elites agrárias.

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

Essa forma praticamente ditatorial dos primeiros anos da República (durante o Governo Provisório) foi o que, entre outros fatores, permitiu uma rápida aprovação do Código Criminal de 1890, sem sequer ter havido debates parlamentares para tanto[75].

2.1.2 Positivismo vs Classicismo na Doutrina Penal

No Direito Penal, especialmente durante o século XIX e início do século XX, a doutrina nacional se inspirava em fontes europeias, sobretudo a francesa, italiana e, mais recentemente, a alemã. Então, também aqui se verificou a sucessão de escolas penais desde o classicismo, passando pelo positivismo e pelo dogmatismo alemão. Muito embora não se possa falar exatamente em corpo doutrinário coerente sobre os fenômenos do crime, a classificação em escolas penais fornece um aparato doutrinário mais ou menos harmônico sobre os objetivos e fundamentos do sistema penal. Destacaram-se neste período as escolas clássica e positiva.

No final do século XIX, a Escola Positiva tornava-se cada vez mais presente entre os juristas da época, principalmente entre os criminalistas. Até então, predominava o pensamento da Escola Clássica de Direito, sob forte influência do

---

[74]Elite política e econômica dos grandes Estados.

[75] SONTAG, Ricardo. *Código Criminológico? Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 173 e 216.

Iluminismo, seguindo a ideia de que o livre-arbítrio deveria prevalecer como princípio. Um sinal dessa mudança já é perceptível no código penal de 1890, muito embora ele tenha mantido, contraditoriamente, muitos dos princípios da Escola Clássica[76].

As divergências entre ambas as escolas de pensamento eram acentuadas, principalmente no Direito Penal. Os clássicos focavam na ação (delito) e nas penas (castigos pelos crimes cometidos). Além disso, defendiam que todo indivíduo poderia apresentar um comportamento delitivo, a depender de determinadas condições sociais favoráveis à delinquência. A pena, por servir apenas como castigo, deveria ser apenas a de prisão, visto que defendiam a unicidade da pena, que deveria ser graduada proporcionalmente à gravidade do delito. Por isso, não faltaram críticos, à época da elaboração do código de 1830, a penas como a de morte e de galés.

A Escola Positiva, por seu turno, pugnava que indivíduos estariam determinados de antemão ao comportamento desviado, a depender de condições biológicas e sociais, e que o livre-arbítrio não teria o condão de oferecer resistência a essas inclinações natas. Criminosos e não criminosos seriam diferenciados apenas por questões bioantropológicas. Aqui, o olhar volta-se para o indivíduo e não para suas ações. A penalidade, para a Escola Positiva, deveria ter um caráter para além da mera reprimenda, passando a ter uma função de defesa da sociedade, por meio de uma dupla função, preventiva e repressiva. Nesses termos, as penas deveriam variar, para além do cárcere.

Na visão da escola positiva o que importa não é o crime em seu aspecto abstrato, mas o crime no seu aspecto fenomênico e o seu agente, o homem criminoso. Estes deveriam ser o centro da investigação criminológica. Essas ideias fundamentaram a formação das ciências criminológicas e a aplicação de dados biopsicológicos e sociológicos à interpretação do crime. Baseava-se, assim, a responsabilidade penal no conceito de “perigosidade criminal do agente” (BRUNO, 1959 [1956], v.1, t.1, p. 97-108), que é a noção de que existem homens que se encaminham naturalmente para a prática de um crime. Por isso a proeminência da

[76] Especula-se que a presença incompatível de ambas as Escolas no Código Penal de 1890 é que o tenha tornado bastante criticável à época (CANCELLI, 2001, p.31 e 32).

medicina legal e da criminologia, revelando uma tendência de fazer o crime parecer mais científico e menos abstrato.

2.1.3 O Código Penal de 1890

O direito penal é fruto das transformações teóricas que ocorreram ao longo do século XIX, com as mudanças políticas que ocorriam no Brasil e a influência de teóricos europeus no pensamento de juristas e políticos. Antes, mesmo quando existiam discussões em torno de “penas” e “crimes”, elas não eram feitas dentro de um quadro teórico[77] de Direito Penal.

No final do Século XIX, com a Proclamação da República, era preciso reformar a legislação vigente, pois as transformações políticas e as ideias de um novo país exigiam uma nova ordem jurídica[78]. Neste contexto, surge o Código Penal de 1890[79], o Código da Primeira República, de inspiração italiana e que vigorou até 1942, não livre de críticas e de inúmeras tentativas de reformas; algumas levadas a efeito, muitas outras esquecidas. Ainda de inspiração clássica, acabou não satisfazendo as aspirações da época, pois elaborado em apenas três meses, sem os necessários debates.

Galdino Siqueira (1921, v. 1, p. 12) afirma que o código de 1890 reproduziu os fundamentos do direito penal como prescritos no anterior código, mas nem sempre

---

[77] Não se pretende dizer que haja um quadro teórico único, mas apenas que, neste período, formou-se um arcabouço teórico que deu os contornos do direito penal tal como é conhecido, mesmo considerando suas diversas correntes dogmáticas. Foi no sec. XIX que surgiram as bases para se definir crimes e penas além de outras categorias de direito penal que vigoram até hoje.

[78] SONTAG, 2015, no capítulo 3, desenvolve muito bem sobre as razões do prestígio do Código de 30 e do desprestígio do Código de 90, mostrando-nos que nem sempre as críticas eram devido ao conteúdo objetivo do mesmo, 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 peior 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.

[79] *Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.* Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 23 fev. 2018. 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.

de forma bem trabalhada, pois na preocupação de emendar, acabou incorporando inovações da legislação estrangeira sem método científico e sem técnica rigorosa[80].

A criminologia, como *ciência* distinta do Direito Penal e da Política Criminal, surge no século XIX, momento de alta do discurso médico-científico (BATISTA, 2011, p. 44). Porém, sua chegada deu-se efetivamente na passagem para a República, com o processo de maturação e absorção do positivismo criminal, já na vigência da Primeira República.

Entre as razões para a maior influência da criminologia positivista no pensamento jurídico brasileiro, em substituição à Escola Clássica de Direito e seu princípio do livre-arbítrio[81], estão as transformações política e jurídica do período. Estas acarretaram mudanças na legislação penal, justamente em função das modificações do regime político – a República precisava constituir sua própria forma de governo, estabelecer uma nova relação com a sociedade, mais consentânea com os novos ideais emergentes, redefinir seus dispositivos de controle, e neste sentido, reformular suas leis e, com especial atenção, as normas sobre criminalidade (DIAS, 2015). Não por coincidência, o código penal (1890) foi promulgado antes da Constituição (1891) e essa pressa com que foi elaborado será uma das justificativas mais frequentes para as suas tão criticadas deficiências. Imperioso ressaltar que não houve propriamente debates parlamentares antes da promulgação do Código Penal de 1890, conforme relata Ricardo Sontag em sua obra "Código Criminológico?"[82].

O Código Penal de 1890 vigorou até 1942[83] e foi dividido em quatro livros: dos crimes; das penas; das contravenções em espécie; e das disposições gerais. Esse código optou por dividir o delito em crime e contravenção e trouxe a inovação do crime por omissão, além de ter abolido a pena de morte e centrado nas penas de prisão (carcerocentrismo), o que comprova a influência da Escola Clássica. Além

---

[80] Daí Nilo Batista ter afirmado que o código de 1890 não era mais que "um decalque alterado do diploma anterior" (*Apud* SONTAG, Op. Cit., p.190)

[81] Muito embora o código de 1890 ainda apresentasse, em sua formulação, muitos dos princípios fundantes da Escola Clássica, passou a olhar o mundo social através da lente da criminalização e da bipartição do mundo entre criminosos e não criminosos. Talvez a presença pouco compatível dessas duas Escolas de pensamento no código é que o tenha transformado em um documento tão cheio de imperfeições jurídicas, falhas técnicas e omissões.

[82] SONTAG, Ricardo. Op. Cit., p.173 e 216.

[83] Em 1932 foi elaborada a Consolidação das Leis Penais e em 1940 o Estado Novo aprovou o novo Código, que entrou em vigor somente em 1942 (CANCELLI, 2001, p.37).

dessas novidades, o código penal de 1890 trouxe uma outra relacionada ao tema que ora tratamos: a punição da mulher que provoca o aborto em si mesma, o que foi alvo de críticas de alguns dos comentadores do código, mas que fora uma reivindicação comum entre os comentadores do código de 30.

2.2 **Principais doutrinadores e comentadores**

O crime de aborto, localizado no capítulo IV do Título X, é classificado pela legislação desse período como crime contra a segurança de pessoa e vida, possuindo a seguinte redação:

> **TITULO 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 cellular por dous a seis annos.
> No segundo caso: – pena de prisão cellular 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 cellular 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 cellular 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 reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra 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 cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.

O bem jurídico tutelado pelo crime é a “segurança de pessoa e vida” e a doutrina, em sua maioria, vai identificar e trabalhar com a ideia de um bem jurídico duplo: a vida do ser em formação no ventre materno e a saúde e vida da mulher. Na prática, não será um, nem outro. A preocupação maior nos inquéritos observados era verificar se o caso era ou não de infanticídio (não se trata mais de ser em

formação, mas de nascido vivo). A mulher era a menor das preocupações, até porque era vista como transgressora, independentemente se comprovado ou não o aborto. Mesmo quando morria não se tornava fonte de apreensão.

Em seguida, serão analisados os principais doutrinadores do período:

2.2.1 João Vieira de Araújo

João Vieira de Araújo foi lente (catedrático) 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. Possui trabalhos sobre o anterior código, mas, como vimos, são trabalhos que não se debruçaram especificamente sobre os crimes, mas sobre a teoria penal geral e seus conceitos fundamentais.

Passou a ser comum a doutrina escrever longos comentários ou anotações ao código e, dessa forma, a análise doutrinária, muitas vezes, era feita por artigos, com muitas citações de legislação e de juristas estrangeiros, o que se pressupunha atestar erudição e conhecimento. Sobre o crime de aborto, não se vê citações de jurisprudência, em razão de a mesma "ser muda para esta categoria de fatos" (ARAÚJO, 2004 [1901], p. 57).

João Vieira de Araújo foi um positivista (SONTAG, 2015, p. 18-19 e 181) pertencente à chamada "Escola de Recife", uma escola marcada pelo cientificismo, e 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.

Em sua obra *O Código Penal Interpretado*, v. II,[84] tece críticas à redação do crime de aborto previsto no código de 1890, chegando mesmo a asseverar que se trata de um dos capítulos mais defeituosos do código. Um exagero, até pela desimportância prática do delito. Afirma que existe uma correlação social, econômica e jurídica entre aborto, suicídio e infanticídio, e que, mesmo nas hipóteses passíveis de punição, as mesmas deveriam ser mais brandas.

---

[84] ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal Interpretado*, v. II, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.8, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1901]. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/, p. 54 e ss.

Nesse sentido, discorre sobre a incoerência na aplicação de algumas das penas estabelecidas (desproporcionalidade), especialmente no crime de autoaborto, e compara com a penalidade do auxílio ao suicídio[85]. Além disso, ressalta o fato de ser a jurisprudência muda na discussão dessas questões e, por isso, recorre a uma série de citações da doutrina estrangeira, especialmente a italiana, cujo código serviu-nos de fonte. De fato, já foi visto no primeiro capítulo deste trabalho esse problema da forma como os doutrinadores abordam a matéria penal, o qual perdura até os dias de hoje. O crime de aborto não possui jurisprudência, sendo poucos os inquéritos que chegam a virar processo.

Em fragmento intrigante, Araújo afirma 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"[86]. Nesses termos, este crime não deveria ser criminalizado quando feito pela própria mulher, sem prejuízo a terceiro, o que destoa um pouco da visão de seus contemporâneos. Enaltece o código criminal de 1830 neste aspecto e sentencia como verdadeiro retrocesso a inclusão da criminalização do aborto autoprovocado, chegando ao ponto de profetizar que tal crime será riscado dos Códigos mais modernos e passará a ser tratado na esfera cível, profecia esta que não veio a se concretizar[87].

No que se refere à criminalização do autoaborto, Vieira de Araújo foi bastante enfático em sua crítica (2004 [1901], p. 55):

---

[85] Trecho (p. 56) em que Vieira de Araújo faz a comparação com o auxílio ao suicídio para criticar a falta de proporcionalidade da pena no crime de aborto (com redação no original e observações nossas em parêntesis):

> *"O novo código peiorou a disposição na matéria, punindo com a mesma pena geral do homicídio simples aquelle facto (o aborto) sem distincção (entre consentido e não consentido), elle que admitiu concausas como as do art. 295 e pune o auxilio ao suicídio com 2 a 4 annos, maximo este inferior ao mínimo do art. 300, § 1º. A regra aqui é punir o facto, ainda que tenha consentido a mulher, mas a pena não póde ser superior á daquelle que determina ou auxilia outrem a suicidar-se".*

[86] Interessante observar que Vieira de Araújo defende a criminalização do aborto realizado por terceiro, com ou sem consentimento da mulher, mas o bem jurídico tutelado, no caso, não seria a vida do ser em formação. Ele deixa claro que o bem jurídico tutelado deve ser duplo: direito a não ver perturbado o processo fisiológico de formação de uma vida humana; bem como a vida e integridade física da mulher (ARAÚJO, 2004 [1901], v. II, p. 57).

[87] O autoaborto é criminalizado até hoje no art. 124*, caput*, 1ª parte, CP 40.

> É sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuízo para terceiro é considerado como não constituindo um crime, e isto foi reconhecido, embora desprezado, por Lucchini e seus sabios collegas, na ultima redacção do código que nos serviu de fonte.

Então, para Araújo, o crime de aborto não deveria sequer ser considerado um crime grave, pois não se trata somente de proteger a vida daquele que ainda não nasceu. Tanto não se trata disso que ele fala em "prejuízo a terceiro", não considerando nesta hipótese a morte do fruto da concepção.

De fato, além da dificuldade de se produzir prova de autoaborto[88], em pesquisa realizada de inquéritos e processos do período, percebe-se, nas entrelinhas, que o aborto, assim como o infanticídio[89], era praticado em escala considerável, dada a falta de métodos contraceptivos eficazes. Contudo, não se tornavam casos de polícia a menos que uma prova, um rastro viesse à tona.

O lugar desses crimes é, portanto, 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 visto no Arquivo Nacional é a pesquisa realizada sobre aborto e infanticídio no início do século XX por Rohden (2003, p. 127), na qual destaca 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 esclarece que a legislação não deixa expressa a necessidade de morte do concepto para a configuração desse crime. No entanto, citando Zanardelli[90], jurista italiano que redigiu o código que nos serviu de "modelo" (ARAÚJO, 2004 [1901], v. 2, p.59),

---

[88] A complexidade está em que, muitas vezes, não se tem testemunhas, a mulher alega queda ou outros acidentes e o laudo médico não consegue ser conclusivo. O que resta é muito pouco e o inquérito acaba sendo arquivado.

[89] 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 verdadeiras investigações de infanticídio.

[90] Sontag (Op. cit., p. 213) refere-se ao código italiano, que serviu de fonte ao código de 1890, como "Código Zanardelli".

concorda que é preciso que haja a morte do produto da concepção, dentro ou fora do útero, para a configuração do crime, uma vez que a essência do delito consiste na interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do feto. Neste ponto, importante ressaltar que entende que o crime de aborto também se volta à proteção da mulher grávida.

Esse caráter dúplice do bem jurídico é destacado por praticamente todos os doutrinadores deste período, mas é apenas retórico e hipócrita, pois o pano de fundo não deixa de ser a tão enaltecida honra, como era no código anterior. Pior que neste, o código da Primeira República ainda criminalizou a mulher que provocasse em si mesma o aborto, tornando todo aborto, natural ou intencional, um verdadeiro tabu, pois toda mulher passava a ser alvo de suspeitas nesses casos.

O código de 1890, ao contrário do italiano, não exige a expulsão do feto do útero materno, podendo a ação destruir o concepto ainda no ventre materno. Araújo destaca que, desde que essa morte não tenha sido ocasionada por razões fortuitas e independentes da vontade do agente, haverá punição, ao menos por tentativa, nunca impunidade, seguindo também os termos do art. 14, parágrafo único do Código[91]. Então, o autor parece admitir a tentativa, sem entrar em maiores discussões a respeito deste tema. Com efeito, a insistência na temática da tentativa parece ter arrefecido um pouco nesta fase.

Araújo observa 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 podem ser os mais diversos possíveis.

Faz interessante análise sobre a primeira e a segunda parte do art. 300 do código, afirmando que o dispositivo legal erigiu a segunda parte do art. 300, na qual não há a ejeção do fruto da concepção, em crime *sui generis*[92], mesmo tratando-se de verdadeira tentativa.

---

[91] *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 punivel a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer.

[92] O autor usa a expressão *sui generis* para definir algo que não tem uma classificação ou nomenclatura prévia ou que foge à regra geral, algo que juristas continuam a fazer até os dias de hoje. *Sui generis* está para o Direito assim como "virose" está para a Medicina.

Araújo destaca que os parágrafos 1º e 2º são agravantes[93] do crime de aborto, passando, em seguida, a discorrer sobre a desproporcionalidade da pena do parágrafo 1º, que não seguiu sequer o estabelecido no modelo italiano no qual pretendeu se espelhar.

Ainda sobre a desproporcionalidade das penas, chegou a sentenciar (ARAÚJO, 2004 [1901], v.2, p. 54-55):

> O Capítulo relativo ao aborto é um dos mais defeituosos do novo código, que tendo tomado como fonte o italiano, alterou o respectivo systema, não mantendo as distincções que alli se notam para graduar a pena, dando assim logar a dúvidas inextricaveis na pratica e que a mais simples leitura suggere confrontando o texto com a fonte[94].

O autor aduz, por fim, que o Código Penal de 1890 piorou a disposição da matéria em relação à anterior codificação. Além de ter instituído o autoaborto, previu penas desproporcionais, não fazendo sequer distinção entre a existência ou não de consentimento da mulher para a punição do aborto que resulta em morte, punindo indistintamente as duas hipóteses, o que se configura em evidente injustiça.

2.2.2 Galdino Siqueira

Galdino Siqueira é considerado por Nelson Hungria[95] como o mais completo tratadista de Direito Penal do Brasil, tamanha a importância de sua obra. Nas suas "considerações gerais" (SIQUEIRA, 2003 [1921], v. 2, p.551), Galdino Siqueira afirma que os crimes previstos neste título são punidos por quase todos os povos e,

---

[93] Note que neste período considerava-se o resultado morte como uma agravante do crime de aborto (art. 300, §1º) e, pelo tamanho da pena, a morte é resultado de um dolo eventual. Só a título de observação, hoje se trata de causa de aumento de pena, prevista no art. 127, CP. A morte, no caso, vem a título de culpa.

[94] Preferiu-se manter o português original da obra. Desde o Século XIX a língua portuguesa vem passando por diversas modificações introduzidas por reformas ortográficas. A última entrou em vigor em 1º de janeiro de 2009.

[95] DRUMOND, J. E. Pizzarro. *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.

portanto, fazem parte do instinto de conservação do homem, sendo considerados crimes naturais em contraposição aos crimes de criação política[96].

No Código Criminal do Império, o aborto estava previsto no Título II, que tratava dos crimes contra a segurança individual, que incluía crimes tão díspares tais como: ameaça, abertura de cartas, e invasão de casa alheia. Para Siqueira, o código de 1890 corrigiu este equívoco, alocando o aborto no título X, que trata dos crimes contra a "segurança de pessoa e vida", que são: homicídio, infanticídio, suicídio, aborto, lesões corporais e duelo.

O legislador de 1890 teria tomado posição no sentido de considerar o crime de aborto um crime de maior gravidade e, por isso, aumentou penas, incluiu o crime de autoaborto, colocou uma rubrica específica para o crime de aborto (no Código de 30 o aborto ficava na mesma rubrica de "infanticídio") e incluiu este crime no rol dos crimes contra a vida. Houve, claramente, uma exasperação da resposta penal, ao menos na lei. Na prática, pouco ou quase nada muda.

Aparentemente ignorando esse fato ou talvez discordando do estabelecido pelo legislador, o autor classifica o crime de aborto como crime de periclitação[97] 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 está para nascer, ou seja, o "ser vivo que tem probabilidade de viver no futuro" e a mãe (Ibid., p. 603).

O crime "de perigo", não seria apenas para a proteção do feto (na verdade, não só o feto, mas todas as fases do concepto), mas também para a proteção da vida e da integridade física da mulher, assumindo melhor o papel de crime de periclitação da vida, pois os meios abortivos também colocam em risco a vida e a saúde da mulher. Para corroborar este seu entendimento, cita Liszt[98], que entende que o crime de aborto tem um duplo aspecto, de um lado sendo homicídio [sic] ou periclitação da vida do feto e, de outro, periclitação da vida da mulher grávida (Ibid., p. 595).

---

[96] O autor não explica nem desenvolve esses conceitos.

[97] Crime de perigo é aquele que expõe a vida a perigo.

[98] Franz Ritter Von Liszt, austríaco que fez parte da chamada "escola moderna" alemã e integrou a famosa corrente causal-naturalista da teoria do delito.

Nesse ponto, foi observado que Araújo igualmente partilha desse entendimento, que foi uma novidade positiva trazida pelos juristas neste tema, apesar da exasperação das penas levada à efeito pelo legislador do Código de 90.

Sendo assim, em um primeiro momento poderia se pensar que existe divergência entre Siqueira e Araújo, uma vez que este último enfatiza, para criticar a inclusão do crime de autoaborto na legislação, que durante o período intrauterino não há vida, nem pessoa, tampouco direitos, afirmando que o aborto não seria nada mais que o "malogro da esperança de vida". Mas a verdade é que não chega a ser uma dissensão propriamente dita, pois ambos os juristas entendem que o crime de aborto tem dupla finalidade protetiva, sendo uma delas a proteção da chamada *spes hominis*, ou seja, daquele que ainda não tem condições de vida independente, mas que representa o futuro da espécie humana.

Siqueira traz, ainda, uma curiosidade histórica sobre o direito romano, segundo o qual, por influência do estoicismo, o aborto não era considerado um crime de homicídio, pois o concepto era considerado um ser ainda desprovido de alma e, portanto, parte das entranhas e do corpo da mulher[99]. E emenda que foi com o cristianismo que o produto da concepção passou a ser digno de proteção e direitos, citando a famosa frase de Tertuliano que diz que "já é homem aquele que futuramente o será" (Ibid., p. 593).

O autor explica que o aborto se caracteriza pela destruição da vida antes que tenha respirado pelos pulmões, que é o que torna a existência independente[100]. Do ato de respirar sozinho pelos pulmões até sete dias de vida será caso de infanticídio, segundo o autor. Depois de sete dias, homicídio. Para tal conclusão vale-se dos ensinamentos de Medicina Legal, tão em voga neste período do século XIX. De fato, este parece ser o critério usado pelos peritos quando fazem inspeção em um feto. Em todos os casos de "aparecimento de feto" analisados no AN, o principal exame

[99] Não é o escopo deste trabalho, mas recomendamos a leitura de texto de Judith Jarvis Thompson, "A defense of abortion", in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, No. 1. (Autumn, 1971), p. 47-66. A autora vale-se também da mesma influência estoica para defender o aborto de forma bastante polêmica.

[100] Ibid., p. 556.

feito no corpo dos fetos era para verificar se respiraram[101], ou seja, para determinar se nasceram vivos ou mortos.

Aduz, ainda, que, em obstetrícia, a expulsão do feto depois de seis e até nove meses de vida intrauterina é considerada parto prematuro e, não, aborto. Aqui, o autor não faz maiores explanações, mas é claro que esta assertiva terá complicações na prática. Ele se vale da Medicina Legal para tal afirmação, pois, mesmo nesta época, as chances de sobrevivência são maiores em partos a partir de seis meses. No entanto, não parece que Siqueira tenha considerado que a partir de seis meses de gestação não se dá o crime aborto. O caso concreto e suas circunstâncias é que vão determinar se houve ou não esse crime.

Mais adiante, faz uma crítica à concepção de Carrara[102], também adotada por Souza Lima[103], que diz que o crime de aborto deveria se chamar "feticídio", pois se trata de crime que se assenta na morte do feto. Segundo Siqueira, esse entendimento não satisfaz às exigências de uma previdente política criminal por ser unilateral, no sentido de que se esquece de que o sujeito passivo deste crime é também a mulher, cuja vida é igualmente posta em perigo (Ibid., p. 594). E não apenas isso: a nomenclatura "feticídio" não foi muito bem aceita pelos juristas pátrios por considerar aborto apenas a morte do feto, que é o concepto em estágio mais avançado de desenvolvimento[104], o que contraria a tendência dos penalistas estudados de considerar crime de aborto o atentado ao concepto em qualquer fase da gestação.

Siqueira defende ainda que a morte do feto não é essencial para a existência do crime de aborto, embora possível e muitas vezes visada pelo agente. Para ele, basta que se procure intencionalmente a expulsão violenta e prematura do produto da concepção para que reste configurado o crime de aborto, adotando, portanto,

---

[101] "Docimásia hidrostática de Galeno" é o nome deste exame, que serve para verificar se uma criança respirou pelos pulmões ao nascer.

[102] Francesco Carrara foi um importante jurista italiano do Século XIX, muito citado, assim como Zanardelli, pelos juristas brasileiros da mesma época.

[103] Agostinho de Souza Lima foi um importante tratadista de Medicina Legal no Brasil do século XIX, num momento em que a Medicina e o Direito se alinharam para a busca de uma "melhor" justiça penal.

[104] Segundo Siqueira, considera-se feto o fruto da concepção do terceiro ao sétimo mês da gestação.

definição de Tardieu. Siqueira, assim como Araújo, traz citação de Zanardelli, autor do projeto italiano que nos serviu de inspiração, na qual afirma ser necessária a morte, dentro ou fora do útero, do produto da concepção para se configurar o crime de aborto.[105] No entanto, ao contrário de Araújo, discorda deste entendimento, alinhando-se a uma posição, segundo ele mesmo diz, mais jurídica, que afirma não ser necessária a morte do concepto para se configurar o crime de aborto, bastando a ação de provocar a expulsão dolosa e prematura do mesmo[106]. Aqui, o autor não explica muito bem como se poderia comprovar o crime de aborto sem a morte, nem adentra na dificuldade prática deste seu entendimento, apenas citando várias leis estrangeiras que corroboram e dão autoridade a essa sua compreensão.

Aponta, ademais, (Ibid., p. 593) a distinção que existia no direito canônico entre feto animado e inanimado, sendo o primeiro aquele já formado e o último aquele ainda sem forma humana. Essa distinção se refletia na penalidade imposta, devendo ser mais branda nos casos de fetos inanimados. Relata que o direito secular também acolheu tal distinção, mas se perdia em interminável discussão sobre o momento em que se poderia considerar um feto animado ou não, dada a enorme dificuldade de se precisar a data em que tem início a gestação. Na maioria dos casos, considerava-se animado o feto quando apareciam seus primeiros movimentos na barriga da mãe, por volta do quarto mês de gestação, mas isso é

---

[105] E´ tambem a concepção que presidiu á elaboração do art. 381 do actual codigo italiano, que, embora não encerre uma definição, todavia tem como pressupposto tal definição, segundo poz em relevo ZANARDELLI, em seu relatorio, Vol. II, p. 322, dizendo que “o aborto criminoso importa sempre a destruição do féto, aconteça dentro ou fóra do ventre materno. A essencia do crime consiste, com effeito, no impedimento do processo physiologico da maturidade do féto, que se póde dizer concluída sómente com o parto normal” (SIQUEIRA, 2003, [1921], Vol. II, p. 594, redação original);
Mas Zanardelli, depois de haver notado que alguns codigos distinguem entre a morte do feto dentro do utero e a expulsão do feto immaturo, que tenha vindo a morrer em consequencia dos meios empregados, observa, que tal distincção é ociosa, porque o aborto criminoso importa sempre a destruição do feto, succeda esta dentro ou fóra do ventre materno, pois que a essencia do crime consiste no impedir o processo physiologico da madureza do feto, a qual só se póde dizer completa quando vem o parto normal. (ARAÚJO, *O Código Penal Interpretado***,** v. II, 2004 [1901], p. 59, redação original)

[106] 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 uma outra ação elemento do crime que seria o “homicídio” do feto dentro do útero.

complicado para se comprovar na prática. Alude que na França, justamente por essa dificuldade probatória, não se adota referida distinção.

O problema deste entendimento está na dificuldade de se diferenciar aborto de parto prematuro, até mesmo para se produzir provas para a persecução penal. Atualmente, entende-se que aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do concepto, em qualquer fase gestacional. Então, hoje, é preciso que haja a destruição do fruto da concepção para que se caracterize o aborto.

Analisando os arts. 300 e 301 do código, Siqueira afirma que, diferentemente da sistemática do código de 1830, tornaram o crime de aborto um crime formal[107], pois "torna-o consistente na 'provocação, haja ou não a expulsão do fructo da concepção'" (Ibid., p. 595). Sobre esses efeitos, expulsão ou não do feto, enfatiza que são condições de punibilidade, no sentido de que a punição irá variar a depender da hipótese, e não elementos do crime[108].

Destaca que a hipótese do art. 300 é de crime de aborto sem consentimento da gestante, apesar de não ter vindo expresso no dispositivo como deveria, mas que se pode depreender da interpretação conjunta com o art. 301, que se refere ao caso de ter havido esse consentimento[109].

---

[107] Crime formal é aquele que se considera consumado independentemente do resultado, o que condiz com o entendimento do autor de não ser necessária a morte do feto.

[108] Não integra o fato típico, só servindo para se saber que tipo de pena se aplicar. Havendo a expulsão do feto a pena é maior.

[109] **Art.** 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:
No primeiro caso: – pena de prisão cellular por dous a seis annos.
No segundo caso: – pena de prisão cellular 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 cellular 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 prissão cellular 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 reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Comparando uma vez mais o código de 1890 com o de 1830, Siqueira (Ibid., p. 596), afirma que o atual fez bem em não especificar os tipos de meios utilizados para o aborto, se internos ou externos. Então, nos termos do código de 1890 bastam que os meios sejam idôneos para a provocação do aborto. O dolo consistirá na ciência da gravidez e no emprego do meio abortivo com o fim de ocasionar o aborto.

Por fim, adentra na questão do aborto culposo, afirmando que existem autores que o admitem, muito embora a maioria não considere possível a sua incriminação. O código de 1890 não incrimina o aborto culposo a não ser na hipótese do art. 302, que trata expressamente de morte da gestante ocasionada por imperícia ou negligência.

2.2.3 Oscar de Macedo Soares

Formado em Direito pela Academia de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, atuou como advogado, jornalista e também deputado federal pelo Rio de Janeiro.

Em seu livro *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* também faz críticas à redação do Capítulo IV do Título X do CP 1890, especialmente à desproporcionalidade de penas, neste ponto concordando com Vieira de Araújo. Já quanto à criminalização da gestante quando esta provoca em si mesma o aborto, diverge deste último e se alinha a Galdino Siqueira. Faz crítica à nomenclatura, 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. O problema está em que só se considera “feto” o fruto da concepção com mais de três meses de vida intrauterina e não em qualquer fase da gestação. Além disso, nesse ponto diverge de Siqueira e Araújo, que entendem que o crime de aborto tem um bem jurídico de caráter duplo a ser tutelado, a vida em formação e a mulher.

Soares inicia afirmando que o aborto é das matérias mais controvertidas do código penal da República. O primeiro problema aparece na questão da classificação jurídica desse crime. Soares (2004, p. 618) diz que uns, seguindo Puglia, incluem o aborto entre os delitos sociais; outros, como Ambrosoli, entre os

atentados contra a ordem nas famílias; outros, como Pessina, entre os crimes contra a pessoa; e outros, como o Souza Lima, justificando o Código vigente, entre os crimes contra a segurança da pessoa e vida, ao lado das lesões corporais, do homicídio e do infanticídio. Soares (Ibid., p. 618) alinha-se a este último entendimento, mas excluindo a mulher grávida como vítima do crime de aborto e entendendo que apenas o feto é a vítima em qualquer fase da vida intrauterina.

Ressalva, entretanto, que não é todo e qualquer fruto da concepção que deve estar sujeito à pena de aborto, devendo estar caracterizado o "estado de vida"[110]. Alinhando-se a Souza Lima, contra o entendimento de Tardieu, entende (Ibid., p. 619) que existem três hipóteses em que, muito embora tenha havido a expulsão violenta e prematura do fruto da concepção, não se dará o crime de aborto por não haver atentado contra pessoa e vida, a saber: a) quando se verifica a eliminação de uma verdadeira mola hidatiforme[111]; b) a de um feto já morto anteriormente por qualquer causa estranha aos meios abortivos; e c) finalmente, a de um feto vivo e viável, embora ainda imaturo.

Nos dois primeiros casos, não haveria vida a ser preservada. Na terceira hipótese, o nascimento de um bebê vivo e viável, a mãe ou quem com ela age terá, segundo o autor, duas opções: matá-la em seguida ao nascimento, cometendo infanticídio, crime cuja penalidade absorve a do aborto; ou, ao contrário, proporcionar a essa criança um destino escondido, lançando-o na "roda dos expostos"[112], por exemplo, ou qualquer lugar onde sejam ministrados os cuidados necessários à proteção de sua vida e à sua manutenção oculta, roubando seus direitos civis (Ibid., p. 620), o que, para Soares, trata-se, então, do ato de supressão de criança, uma das modalidades jurídicas do "crime de parto suposto e outros fingimentos" (art. 285, parte final).

---

[110] 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.

[111] 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.

[112] O tema da maternidade indesejada e das modernas "rodas dos expostos" é tratado no texto de CARVALHO, Paula Torres de. Aumentam na Europa os bebés abandonados em "rodas" modernas. *Público*. 11 jun. 2012. Disponível em: <https://www.publico.pt/2012/06/11/sociedade/noticia/aumentam-na-europa-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Soares entende que a figura do aborto do art. 300, em suas diversas modalidades, é o aborto criminoso provocado sem consentimento da gestante, uma vez que a figura do aborto com consentimento da gestante está expressamente prevista no art. 301. Aqui parece haver concordância entre praticamente todos os autores.

Outra crítica que Soares (Ibid., p. 621) faz ao código de 1890 no que toca ao crime de aborto está na desproporção de alguns dos seus dispositivos, o que pode levar a interpretações injustas e absurdas. Essa era uma crítica muito comum ao tipo penal de aborto do código de 1890. Por exemplo, não havia previsão de agravantes no aborto consentido pela gestante (art. 301) como há no aborto não consentido (art. 300), o que gerava uma desigualdade na aplicação da pena, uma vez que a pena única de um a cinco anos do art. 301 não pode ser a mesma para o caso de seguir-se a morte da gestante. Chegou a propor uma solução (Ibid., p. 621):

> Melhor avisado andaria o legislador se em vez de redigir a figura do art. 301 como se acha dissesse, por exemplo, no caso de ser aborto provocado com consentimento da gestante, penas – as mesmas com reducção da terça, quarta, ou sexta parte, de modo que a penalidade abrangeria todas as modalidades do aborto criminoso. O consentimento da gestante entraria como elemento de minoração da penalidade.

Prosseguindo na crítica, analisou a penalidade para a hipótese de morte da mulher em decorrência do aborto quando houve seu prévio consentimento (art. 301). Observa (Ibid., p. 623) que o legislador somente previu o homicídio preteritencional[113] na hipótese do art. 300; de modo que não se sabe qual a pena a ser aplicável ao que causar a morte da mulher que consentiu no emprego dos meios abortivos, ou os solicitou (art. 301). Indaga-se: se deve aplicar as mesmas penas do art. 300, § 1º, ou as do homicídio qualificado ou simples, conforme as circunstâncias em que ocorrerem, sempre, contudo, atenuadas pela falta do dolo direto de matar? Soares não chegou a desenvolver uma resposta neste livro.

Essa era uma crítica recorrente dos autores que comentaram o código de 1890. João Vieira de Araújo entendia ser aplicável o art. 294, parágrafo 2º em tal situação, ou seja, tratar como hipótese de homicídio simples. No entanto, este

---

[113] É aquele que tem dolo para praticar o crime antecedente (aborto) e culpa no consequente (a morte da gestante).

dispositivo tem a mesma pena do art. 300, parágrafo 1º, mantendo a desproporcionalidade. Por essa razão, Galdino Siqueira não adota essa interpretação (SIQUEIRA, 2003 [1921] v. 2, p. 597) e Soares evita fornecer uma resposta.

Por fim, analisa o art. 302, que prevê o aborto necessário ou legal praticado por médico ou parteira para salvar a gestante de morte inevitável, punindo o dispositivo aquele que causa a morte da gestante de forma culposa, por imperícia ou negligência. Aqui, o autor destaca, na esteira do que defendia Vieira de Araújo, que o art. 302 contempla uma hipótese inútil, pois já prevista no art. 297[114] do código.

2.2.4 Nelson Hungria

Considera como elemento essencial para a caracterização do aborto a interrupção da gravidez, havendo ou não a expulsão do feto. Classifica o crime de aborto como um “delito de perigo”, defendendo que para a consumação desse tipo de crime não é preciso que o agente alcance o fim visado (a interrupção da gravidez). Dessa forma, a simples tentativa já seria qualificada como crime de aborto, bastando o emprego dos meios abortivos. A expulsão do feto seria apenas causa de aumento da pena. Hungria não desenvolve bem essa sua compreensão do crime de aborto, deixando muitas questões no ar, bem como caindo em contradição em trecho no qual enfatiza que mesmo com a expulsão do feto, se o mesmo nascer vivo e “vital”, não se configuraria mais o crime. (HUNGRIA, 1937, p. 273). Mas e se foi oferecido abortivo de forma dolosa? Ele propõe uma definição e não aplica, não respondendo a esse tipo de indagação. Além disso, é muito complicado comprovar na prática policial o uso desses meios abortivos.

[114] Art. 297. Aquelle que, por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regularmentar commetter, ou for causa involuntaria, directa ou indirectamente de um homicidio, será punido com prisão cellular por dous mezes a dous annos.

Em interessante passagem, cita um médico francês, Klotz-Forest[115], que iniciou campanha contra a criminalização do aborto. Esse médico defendia que a mulher tem o direito de dispor livremente de seu corpo, de recusar a maternidade e, além disso, considerava o feto como parte das entranhas maternas. Menciona, igualmente, mais dois argumentos contrários à incriminação do aborto, que são: a impotência da pena para coibir a frequência com que esses crimes são cometidos; o fato de que apenas as mulheres menos abastadas sofrem os rigores da lei penal quando se trata de crime de aborto. Muito embora Nelson Hungria mostre-se totalmente contrário a este posicionamento, foi benevolente de sua parte compartilhar com seu leitor uma visão bem diferente do que vinha sendo defendido na legislação penal desde o Código Criminal de 1830. Esse tipo de entendimento somente aparecia de forma breve quando os autores citavam determinado período em Roma em que se considerava o feto como parte das entranhas da mulher. Algo como uma curiosidade histórica.

Hungria refuta o argumento da impotência da pena para coibir esse tipo de crime com a seguinte sentença, no mínimo tautológica: *"(...) ter-se-ia que concluir pela extincção dos codigos penaes, porque estes não conseguem eliminar a criminalidade em geral*." (Ibid., p. 276). Para combater o argumento de que apenas as mulheres mais pobres é que sofrem os rigores da lei é ainda pior, pois foge da questão afirmando que *"a punição do aborto não se justifica apenas como protecção de uma spes hominis, mas também como protecção à vida ou saude da própria gestante*" (Ibid., 276). Aqui, concorda com João Vieira de Araújo e Galdino Siqueira, que entendem que o crime de aborto tem esse aspecto duplo de proteção (a esperança de vida e a saúde e vida da mulher). No entanto, Hungria "responde" sem responder, "argumenta" sem argumentar. A verdade é que se esquivou de adentrar em uma discussão social muito maior. Por acaso o fato de a lei supostamente visar proteger também a saúde da mulher desmente a realidade de que as mulheres mais pobres são as mais afetadas por essa criminalização?

---

115 Escreveu, no início do século XX, o livro *De L´avortement: est-ce um crime?*, no qual argumenta pela não incriminação do aborto.

Analisando os arts. 300 e 301 do Código de 1890, Hungria entende que são elementos essenciais do crime de aborto: 1) a existência de uma gravidez; 2) emprego de meios para a interrupção desta (consiga ou não o agente o seu fim); 3) dolo específico de provocar a interrupção da gravidez. Destaca que a lei não distingue entre gérmen, embrião e feto, devendo ser considerado crime a interrupção em qualquer fase da gestação. O problema da prova na prática vai aparecer principalmente na assertiva “consiga ou não o agente o seu fim” e na questão de ser “em qualquer fase da gestação”.

Quando o agente 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. Casos que surgiam como “aparecimento de feto” muitas vezes eram indicativos de infanticídio, mas as investigações não conseguiam avançar muito. Os inquéritos acabavam arquivados por falta de meios para se apurar o fato. A questão de ser “em qualquer fase da gestação” também complica sobremaneira a produção de uma prova. Um aborto no início da gestação só aparece nas delegacias quando a mulher morre ou passa mal. Muito raro chegar ao conhecimento da autoridade policial de outra forma.

Hungria se mostra contrário a qualquer isenção de pena para o aborto no caso de gravidez fruto de violência física, como o estupro. Apesar de considerar que o crime de aborto visa a proteção de um bem jurídico duplo, a vida em potencial e a saúde da mulher, trata de defender que a mesma leve adiante uma gestação fruto de uma violência por temer abusos do tipo: “toda mulher solteira, que abortasse, acharia logo de acusar de violência o seu sedutor” (Ibid., 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 é o ponto de maior relevo.

2.2.5 Bento de Faria

Foi um importante jurista, além de ministro do STF por aproximadamente 20 anos. Escreveu as “Annotações Theorico-Praticas” ao código de 1890, cuja primeira edição data de 1904, onde comenta tanto a parte geral quanto a parte especial.

No capítulo quatro do seu primeiro volume, comenta especificamente o crime de aborto. Após apresentar diversos conceitos de aborto, adentra na discussão se seria necessária a morte do fruto da concepção, ao que conclui que não, pois o abortamento criminoso já se configuraria com a aceleração do parto, seguindo mais a linha de Tardieu. No entanto, havia muita discussão teórica em torno da necessidade de ocorrer a morte para se caracterizar o aborto criminoso, mas a questão pode complicar na prática: pois como criminalizar a mãe ou uma parteira quando o parto é acelerado dolosamente e nada de mal acomete o recém-nascido?

Citando Von Liszt[116], e seguindo o entendimento da maioria dos autores do período sobre a questão do bem jurídico, destaca o duplo aspecto protetivo da norma que criminaliza o aborto: a vida do feto e a vida e a saúde da gestante. No entanto, 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 [1904], v.1, p. 524) considera que são três os elementos do delito: 1º) a gravidez; 2º) o dolo; 3º) os meios adequados que são empregados. Não importando se há expulsão do produto da concepção, morte ou qual o estágio de desenvolvimento do mesmo.

A questão do dolo é fundamental para a caracterização do crime e, ao mesmo tempo, é o que traz dificuldades na produção das evidências materiais. Cabanellas (1945, p. 168) chega à conclusão de que as sanções penais não chegam a ser efetivas em razão da dificuldade de caracterizar um aborto intencional como um delito. Cita como exemplo o chamado “aborto terapêutico”[117]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 criminoso ou não.

Faria (Op. cit., p. 524) considera igualmente aborto criminoso a expulsão de um feto vivo e viável, mas imaturo. Para ele, a hipótese na qual uma mulher acelera o parto aos oito meses de gestação para parecer que não engravidou antes do

[116] Liderou a moderna Escola Alemã de Direito Penal. A obra usada por Bento de Faria foi “Direito Penal Alemão”, v. 2, p. 48.

[117] Aquele realizado para salvar a vida da gestante.

casamento comete aborto. Mais uma vez, o grande problema aqui é a dificuldade da prova e nem todos concordam com este entendimento.[118]

Sobre a questão da desonra da mulher, atenuante prevista no parágrafo primeiro do art. 301 do Código, Faria (Ibid., p. 521) afirma 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 destaca que é preciso que a mulher tenha honra para salvaguardar, ou seja, que seja honesta. Então, diz o autor, tal atenuante não se aplicaria "à mulher de vida manifestamente licenciosa" (refere-se à mulher de comportamento sexual desregrado e livre, mesmo que não seja uma comerciante do sexo). E vai além, diz que também não haveria desonra a ocultar quando a mulher seduzida está processando seu amante, pois, neste caso, a perda de sua honra já se tornou pública, não havendo o que ocultar (Ibid., p. 521). O segredo e a honra andavam de mãos dadas.

Interessante notar que referida atenuante demonstra bem a questão moral que subjaz o crime de aborto, a importância do segredo, da honra, das aparências, de como tudo isso superava 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 era dúplice só na retórica da doutrina.

2.3 **Consolidação das Leis Penais de 1932 ("O Código Piragibe")**

Como foi visto, o primeiro código penal da República não foi laureado como seu antecessor. Muito provavelmente, a pressa com que foi elaborado e promulgado esteja na origem das inúmeras críticas que recebeu. A ideia de sua reforma ficou latente durante seus anos de vigência, mas como as propostas não obtiveram êxito, o código foi sendo acrescido de alterações e aditamentos ao longo dos anos. Essas legislações esparsas retificadoras ou complementares foram compiladas e sistematizadas na Consolidação das Leis Penais por Vicente Piragibe, desembargador e jurista e, por isso, a Consolidação também era chamada de

[118] Souza Lima, citado pelo próprio Bento de Faria (1929, v.1, p. 524-525).

“Código Piragibe”. A Consolidação foi aprovada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932, no governo Vargas e vigorou até a entrada em vigor do Código Penal de 1940 como estatuto penal do Brasil.

Com relação ao crime de aborto não houve qualquer modificação na redação, no estabelecimento das penas e na forma como está disposto no código. Continuou a ser tratado no título dos crimes contra a segurança de pessoa e vida, arts. 300 a 302.

2.4 **Inquéritos e Processos Criminais**

Os livros de Direito Penal e os Comentários ao Código Penal da época trazem muitas discussões técnico-jurídicas, muita doutrina estrangeira e, no caso do aborto especificamente, algumas discussões médico-legais, mas rara ou nenhuma jurisprudência. O interesse da justiça e da polícia pelo crime de aborto não é evidente neste período, nem o é hoje, sendo raros os inquéritos e mais raros ainda os processos.

Em pesquisa no Arquivo Nacional, utilizando a palavra "aborto" para o período que vai de 1830 a 1939 (mais de cem anos), 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 que não chegaram a virar processos. Na mesma base, pesquisando a palavra "feticídio" para o mesmo período não foram encontradas quaisquer ocorrências, o que demonstra que o termo não vingou na prática criminal como queriam alguns autores inspirados em Carrara. 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 por dificuldades de encontrar provas e pistas para descobrir o autor ou autores do fato.

Em outra base, a do Acervo Judiciário do AN, mostraram-se vários resultados, mas apenas um processo de aborto referente ao período do Código Criminal do Império; em verdade o único deste período encontrado na pesquisa. Os demais não

versavam sobre crime de aborto, muito embora tenham retornado na pesquisa. Não se encontrou uma explicação para esse fato.

Foi analisado um número muito maior de inquéritos que de processos. 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.

Obteve-se acesso efetivo a trinta e um[119] (31) inquéritos que versavam sobre “aparecimento de feto”[120] e os casos são os mais variados, envolvendo desde o encontro fortuito de um feto em local ermo, até a suspeita de aborto ou de infanticídio. Todos, sem exceção, foram arquivados por falta de provas ou por ter o delegado concluído pela não existência de crime, especialmente nos casos em que a necropsia no feto atestava ter o mesmo nascido morto.

Um caso bem interessante foi de um inquérito[121] 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. Essa testemunha se utilizou do fato para acusar uma “creoula”[122] e um cabo do 22º Batalhão de Infantaria, seu desafeto. 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, notaram 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. Era muito comum, e isso pôde ser atestado, pessoas procurarem a

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

[120] Após verificação que alguns inquéritos de “aparecimento de feto” tratavam de investigação de aborto e de infanticídio, houve entendimento que essa nomenclatura era usada para abarcar casos que iam além do simples encontro de um feto ou recém-nascido morto, também incluindo hipóteses de suspeita de autoaborto, aborto e infanticídio.

[121] T8.0.IQP.1408 (1904) – SIAN, AN.

[122] Forma com que se referiam a uma mulher negra.

autoridade policial para fazer falsas acusações contra rivais e usar a polícia para vinganças pessoais.

Em outros dois documentos analisados, agora sobre “aborto” e não “aparecimento de feto”, foi possível perceber como as desavenças entre vizinhos ou parentes resultavam, muitas vezes, em acusação de crime e até em processo e prisão[123]. O mais intrigante foi um processo de habeas corpus, datado de 1915, 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 demonstra que a mesma 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, mas termina sem uma continuação. Parece que faltam documentos, pois não há informações de como o juiz decidiu, nem de como ficou o inquérito. Provavelmente elas foram libertadas e o inquérito arquivado.

Semelhante caso, porém não menos insólito que o anterior, foi um inquérito de 1916[124], no qual Guiomar da Silva, solteira, doméstica e analfabeta, alega ter sofrido aborto forçado por uma mulher de nome “Emília”, que teria lhe forçado a beber um abortivo (“beberagem”). Após exame de aborto 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 acabou deixando dúvidas se era mesmo uma vingança ou se era apenas insanidade mental, esta última hipótese a mais provável.

---

[123] CS.0.IQP.1740 (1916) e CS.0.HCO.1602 (1915) – SIAN, AN.

[124] CS.0.IQP.1740 (1916) – 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. SIAN – AN.

Outro inquérito[125] de “aparecimento de feto”, datado de 1911, trata de um caso em que um feto foi enterrado no quintal de casa e os vizinhos avisaram a polícia. A esposa de um soldado da brigada policial que trabalhava fora da cidade e vinha pouco para casa ficou grávida e, surpreendida com a volta repentina do marido, abortou e o enterrou no seu quintal. Alega que passou mal pela surpresa do retorno do marido e que o enterrou no quintal por “ignorância”, por não saber que era proibido. 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”, pois “não possuía forma humana”. Acabou arquivado por não se comprovar o aborto criminoso. Neste caso ficou evidente a vigilância e o julgamento morais sobre esta mulher, pois se percebe nas entrelinhas certa 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”.

Neste estudo, verificou-se que a grande maioria dos processos e inquéritos que se pôde ter acesso referentes aos “crimes de aborto” tem mulheres de camadas populares envolvidas, geralmente domésticas e sem instrução (v. Anexo D). Havia um ideal de mulher, a mulher casta, pura, aquela restrita ao âmbito doméstico. As mulheres envolvidas nos casos de aborto, ao contrário deste ideal preconizado, eram mulheres que trabalhavam fora para ajudar no seu sustento e no da família, com comportamento bem distante do apregoado pela imprensa e pela sociedade. Acabavam julgadas mais pelo comportamento social que pelo aborto em si.

O caso de Maria de Lourdes da Silva[126], pobre, analfabeta, no qual acusa a parteira Ramona Gimene de ter-lhe ministrado abortivo, é emblemático, pois percebeu-se que ela só fez essa acusação depois que um vizinho seu foi à polícia denunciá-la, juntamente com outras vizinhas, por ter enterrado um feto nas proximidades. Nesse inquérito, Maria de Lourdes tem a preocupação de mostrar inocência a todo custo, dizendo que não sabia que o remédio ministrado era abortivo, que não tinha experiência prévia, pois jamais havia engravidado. O inquérito ouviu diversas testemunhas, mandou exumar o “feto”, mas depois se

[125] T8.0.IQP.3834 (1911) – SIAN, AN.
[126] CS.0.IQP.7444(1936) – SIAN – AN.

verificou que seria impraticável, pois muito pouco desenvolvido e sem ossificação. Com isso, o delegado excluiu a apuração de crime de aborto, mas manteve a acusação de enterrar "cadáver" (que cadáver, se "não tinha forma humana"?) em contravenção dos regramentos sanitários (art. 364, CLP)[127]. Essa foi mais uma das contradições observadas no estudo.

O inquérito[128] em que Francisca Maria da Conceição é acusada de ter batido na filha e lhe provocado aborto sem consentimento é outro caso em que o comportamento moral e social parece ter mais importância que o crime de aborto em si. E o mais interessante é que a acusada é quem foi primeiro à delegacia para denunciar que a filha menor havia sido deflorada.

Durante a investigação foi realizado "auto de exame de aborto criminoso" na filha e os peritos chegaram à conclusão de que não houve abortamento criminoso, pois não puderam constatar quaisquer sinais de violência física. No entanto, confirmaram que houve a expulsão recente de um produto da concepção. O delegado acabou arquivando o inquérito, pois parecia mais uma briga de família. Este inquérito deixa claro que também nas famílias menos abastadas e mais desestruturadas as exigências da moral e dos "bons costumes" não davam descanso. As mulheres eram constantemente vigiadas e qualquer "escorregada" era uma mancha à sua honra. E esta deixava qualquer discussão sobre bem jurídico (vida do feto e vida da mulher) em segundo plano.

Foi observado também um processo[129], envolvendo Maria Ferreira de Mendonça (menor e prima do acusado), de 1914, que é bastante trágico e igualmente desvela o código moral do período. A denúncia (peça acusatória) do promotor revela que, Maria, sob promessa de casamento, foi deflorada por seu primo, de nome Paulo Ferreira das Chagas. Quando este descobriu que a prima estava grávida passou a oferecer-lhe uma substância abortiva por medo de tudo vir

---

[127] Art. 364 - Inhumar cadaver em contravenção dos regulamentos sanitarios, ou transportal-o parafóra do cemíterio, salvo o caso·de exhumação competentemente autorisada:
PENA - de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico - O facultativo que, sem desígnio criminoso, passar certidão de obito de individuo que depois se reconheça que estava vivo ainda, incorrerá nas penas de multa de 100$ a 200$000 e privação do exercicio da profissão por um anno.

[128] CS.0.IQP.2230 (1912) – SIAN – AN.

[129] CS.0.PCR.1350 (1914) – SIAN – AN.

à tona. No decorrer do inquérito não se pôde verificar com segurança se a substância era mesmo abortiva, mesmo assim o inquérito seguiu adiante e a peça acusatória do promotor foi recebida. No curso do processo, a menor, vítima, tomada pela vergonha e pela exposição da sua desonra cometeu suicídio. O processo acabou prescrevendo e não houve prisões, só o fim trágico de uma jovem moça que vivia uma época em que ter honra valia mais que a vida.

Em outro caso, um inquérito[130] que apurou a morte de Judith Borges Monteiro, ocorrido também em 1914, é dos mais funestos, muito embora tenha terminado como quase todos os pesquisados: arquivado. Izidoro Borges Monteiro, pai de Judith, denunciou José Ramos, companheiro da mãe de Judith, por ter provocado aborto, por meio de substâncias abortivas, em sua filha, o que a teria levado a óbito. O que se revelou durante as investigações foi que Judith, de 25 anos, morava com a mãe e o companheiro desta, de nome “José Ramos”. Este, além de maltratar a mãe de Judith, mantinha relações sexuais com a enteada. Quando esta apareceu grávida, o aborto foi o meio que ele encontrou de manter em segredo tais “relações ilícitas e imorais”. O médico demorou a emitir atestado de óbito por desconfiar de ação criminosa, até porque a causa da morte revelada foi choque hipovolêmico[131] por hemorragia uterina. Apesar dos esforços do pai, a mãe de Judith defendeu o acusado e nada ficou cabalmente comprovado. As investigações tiveram de ser encerradas.

Em inquérito datado de 1938 investigou-se “Maria de tal” pelo crime de aborto que resultou na morte de Maria Luiza Bessa, de 24 anos, solteira, funcionária de um banco (um dos raros casos em que a vítima não era doméstica). No decorrer do inquérito, apuraram que “Maria de tal” seria Maria Pavlak, parteira. Esta, no entanto, negou tudo em seu depoimento à polícia. Somente após a morte é que o médico esclareceu que não se tratava de apendicite, mas de perfuração do útero e do intestino delgado em razão de manobras abortivas violentas. Nos depoimentos prestados pelas testemunhas fica patente a vergonha, o embaraço e as tentativas de todos de manter as circunstâncias do crime em segredo. Em seu testemunho,

---

[130] 72.0.IQP.1042 (1914) – SIAN – AN.

[131] É o choque fatal causado perda excessiva de sangue.

Alexandra Krupenevitch, enfermeira que atendeu a vítima, relatou ter presenciado a falecida pedir perdão para sua mãe, em seu leito de morte, por “ter sido desobediente”[132]. A vida mais uma vez perde para a honra e para os padrões morais impostos. Apesar dos esforços dos policiais, o inquérito acabou como a maioria: arquivado.

Outro caso que escandalizou por sua tragicidade foi o de Maria Rosa Martins[133] e foi um dos poucos processos em que houve a prisão efetiva. 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. O corpo foi levado para o necrotério público como indigente. Ao realizarem a necropsia, descobriram a cabeça de um feto dentro de um útero completamente dilacerado. A polícia passou a investigar para descobrir quem era a morta e quem a havia matado. O jornal “A Noite” ajudou muito neste caso, divulgando as características da vítima para elucidar o evento. Ao fim, chegaram ao nome de duas parteiras, porém a sentença condenou apenas uma delas a seis anos e um mês de prisão. A outra foi absolvida. Em sede de apelação, curiosamente, a que havia sido condenada foi absolvida do crime de aborto seguido de morte (art. 300, § 1º, CLP), mantida a condenação por exercício ilegal da função de parteira (art. 156, CLP).

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 de do lar. Relatam 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”. Sequer fica 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.

---

[132] 6Z.0.IQP.22570 (1938) – SIAN – AN, fl. 97.

[133] CS.0.PCR.6998 (1933) – SIAN – AN e Jornal “A Noite”, 1933, ed. 07762 (1).

Outro processo[134] em que a ré foi presa foi um de 1919, no qual Ambrosina Magalhães Delgado foi acusada de ter provocado aborto em Maria Vieira da Silva (doméstica, solteira, analfabeta), que veio a falecer em seguida. No entanto, em razão de o laudo do Instituto Médico-legal ter sido inconclusivo sobre se houve mesmo aborto, a capitulação do crime não foi a do art. 300, §1º, CP 1890, mas a do art. 301 do mesmo dispositivo legal. A ironia está em que o crime do art. 301 é também crime de aborto, só que com consentimento da gestante e sem o aumento da pena pela morte. A morte é só um mero detalhe na vida já inumanizada dessa mulher.

Houve também uma série de inquéritos em que se investigava aborto como resultado de violência física contra a mulher[135]. 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. Era muito comum a mulher fazer esse tipo de alegação (quedas, escorregões, acidentes domésticos) para proteger o companheiro ou para se livrar de uma acusação de autoaborto.

Foram poucos os casos de autoaborto vistos nesta pesquisa: ao todo, seis (v. Anexo C) e, quando as mulheres não alegavam uma queda, um acidente, a necropsia no feto atestava que o mesmo havia nascido morto e o inquérito era encerrado. Ao contrário das intermináveis discussões travadas nos manuais jurídicos que vimos, com que subsídios o delegado poderia prosseguir a investigação para atestar se a morte no ventre se deu de forma criminosa, quando apenas a palavra da mãe existia – ou no máximo uma autopsia inconclusiva?

---

[134] CS.0.PCR.3046 (1919) – SIAN – AN.

[135] 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 aborto na mesma;MW.0.IQP.1493 (1907): inquérito arquivado em que companheiro é acusado de agredir mulher e de fazê-la abortar; 0R.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.

Fernandes (1972, p. 132-133), em obra que estuda o aborto e o infanticídio, ressalta que, como se trata de crime da competência do Tribunal do Júri (art. 2º, Lei 263, de 23 de fevereiro de 1948), o Conselho de sentença (formado pelos jurados) acaba se identificando com a situação difícil atravessada pelas acusadas, deixando de analisar o delito em seus aspectos técnico-legais e absolvendo na maioria dos casos. Observa, contudo, que o mesmo tratamento não é dispensado a terceiros, quando partícipes do delito. O Júri, segundo Fernandes, tem aversão a parteiras "curiosas", imperitas e a médicos inescrupulosos. Estes, muitas vezes, escapavam dos rigores da lei por conseguirem mascarar o aborto provocado e também por terem melhores advogados, já que geralmente pertenciam às classes mais abastadas[136].

Em interessante estudo, Rohden (2003, p. 123 e 125), 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 nesse sentido foi um inquérito[137] 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 suficientes.

A pesquisa demonstrou que o aborto é um crime que não costuma ser do interesse da polícia nem da Justiça na prática. Só vinha à luz quando uma mulher passava muito mal ou morria em situação que levantava suspeitas e era a mesma pobre, sem um médico de família, sem uma família "com honra para salvaguardar" para ocultar a verdade, "o escândalo"; ou quando um feto aparecia morto e "tentava" contar a sua história, quase sempre sem sucesso.

Pode-se inferir, nesse sentido, que era bem provável que também as mulheres das classes mais abastadas praticassem o aborto em escala considerável, mas seus atos merecessem tão somente a atenção dos médicos e não da polícia, como ocorria com as mulheres pertencentes às classes menos favorecidas. O

[136] Processos em que médicos foram a julgamento, mas não foram condenados, nem presos: Processo CS. 0. PCR. 5883 (1931) – 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro; CS. 0. PCR. 7644 (1935) – 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

[137] 0R.0.IQP.6132 (1908) – SIAN – AN.

segredo preservava a honra e, como esses documentos mostraram, esta tinha mais valor que a vida. Talvez por isso, apenas uma pequena parcela do problema social do aborto era levada ao conhecimento da polícia e, consequentemente, da Justiça.

O que foi visto foram tragédias, conflitos familiares, vergonha e embaraço. A polícia pouco ou quase nada podia fazer. As investigações escancaravam a penúria, 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 tão falado “bem jurídico duplo” dos manuais: a vida do feto e a vida da mulher. Tratava-se de uma lei hipócrita, uma lei que condenava mulheres e fetos antes mesmo do crime de aborto acontecer. São vidas abandonadas pelo direito, que não têm mais valor e seu extermínio já não comove, nem provoca nada além de negligência. A criminalização é apenas um dispositivo biopolítico de normalização e controle dos corpos femininos, por meio de uma lei de exceção que pune mulheres das classes mais pobres da sociedade.

3 **O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL DE 1940 (1940 -1950): QUE VIDA IMPORTA?**

O chamado “Estado Novo” (1937 a 1945) surgiu com a outorga da Constituição de 1937 por Getúlio Vargas em novembro do mesmo ano. Conhecida como “Carta Polaca”, foi elaborada pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, sob a influência de diversas Constituições Europeias de vertente autoritária, como as da Espanha e da Itália. Foi um período turbulento que começou com a Revolução de 30 (início da chamada “Era Vargas”) e culminou com o fechamento do Congresso Nacional e a decretação de diversas leis de censura, com a intenção de conter o avanço do “liberalismo” e da oposição.

A imagem da mulher construída nesse período não era muito diferente daquela da mulher do século XIX, e a pesquisa de Nahes (2007, p. 17-18) demonstra bem isso. Em seu estudo, verificou que as publicações dessa época passaram a enfatizar a importância da mulher do lar como um dos pilares de um Estado autoritário em ascensão. As mulheres, que no início do século XX vinham tomando os espaços públicos, principalmente aquelas das classes menos abastadas, passaram a ser “bombardeadas” com estratégias para restringi-las ao âmbito doméstico[138].

O Código de 1940, Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940, foi elaborado nessa fase turbulenta da História, fruto de projeto do Prof. Alcântara Machado, da Faculdade de São Paulo. Em agosto de 1938, a versão completa foi entregue ao governo. No entanto, o referido projeto apenas serviu de ponto de partida para o definitivo, que passou por uma comissão revisora formada por juristas de renome como: Nelson Hungria, Roberto Lira, Narcélio de Queiróz e Vieira Braga, além da colaboração de Costa e Silva (BRUNO, 1959 [1956], p.169).

[138] “Numa época politicamente conturbada como essa, as lutas feministas que aparecem nos anos 20, com a ascensão do comunismo na Rússia, as reivindicações da mulher operária, do sufrágio feminino vão, no Brasil, experimentar uma pausa ou até mesmo um retrocesso, uma vez que à política tradicionalista e à ditadura do Estado Novo interessava, sobremaneira, manter a mulher presa ao lar, a cuidar da prole sem visível interferência no caos político que se anunciava. A visão da dicotomia feminina: mulher do lar / mulher prostituta, a valorização dos trabalhos do lar, do cuidado com os filhos e maridos, em detrimento do trabalho fora do lar, são uma consequência previsível do autoritarismo e do cerceamento de liberdades que se anunciava cada vez mais iminente nos anos 30” (NAHER, 2007, p. 27-28).

O trabalho final, revisado e alterado, foi apresentado em abril de 1940 e promulgado em 7 de dezembro de 1940, publicado no Diário Oficial em 31 de dezembro do mesmo ano e com data de vigência para 1º de janeiro de 1942, uma *vacatio legis* estendida em função da importância das modificações trazidas pela nova lei.

O Código foi dividido em uma parte geral e uma parte especial. Esta última distribuiu os tipos penais em onze títulos assim descritos: 1. Crimes contra a pessoa; 2. Crimes contra o patrimônio; 3. Crimes contra a propriedade imaterial; 4. Crimes contra a liberdade ou organização do trabalho; 5. Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; 6. Crimes contra os costumes; 7. Crimes contra a família; 8. crimes contra a incolumidade pública; 9. Crimes contra a paz pública; 10. Crimes contra a fé pública; 11. Crimes contra a Administração pública. Cada um desses títulos subdividindo-se em capítulos que representam o respectivo bem jurídico tutelado.

O título dos crimes contra a pessoa possui seis capítulos, o primeiro deles cuidando dos crimes contra a vida, onde se situa o crime de aborto. Importante ressaltar que o crime de aborto não sofreu nenhuma alteração desde o início de sua vigência, à exceção daquela trazida no bojo do julgamento da ADPF 54, datado de 2012[139]:

O código estabeleceu três modalidades de aborto criminoso: o autoaborto (art. 124, 1ª parte) e o consentimento da gestante para que outro lhe provoque (art. 124, 2ª parte); o aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante (art. 126); e o aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante (art. 125). O art. 127, CP trata do aborto qualificado[140]; o art. 128, I, do aborto necessário; e o art. 128, II do aborto quando a gestação foi decorrente de estupro (também chamado de aborto sentimental). Além disso, excluiu a minorante da pena que havia no código anterior para o aborto praticado para ocultar desonra da mulher. No entanto, admitia-

[139] O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. Acórdão, DJ 30.04.2013.

[140] Hoje não se fala mais em aborto qualificado, mas em aborto majorado pelo resultado.

se, ao menos nos primeiros anos de vigência do código, que o juiz pudesse levar em consideração esse fato, caso presente, para a quantificação da pena a ser aplicada.

Passa-se, agora, ao estudo da legislação:

> **TÍTULO I**
> **DOS CRIMES CONTRA A PESSOA**
> **CAPÍTULO I**
> **DOS CRIMES CONTRA A VIDA**
> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
> Pena - detenção, de um a três anos.
> **Aborto provocado por terceiro**
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.
> **Forma qualificada**
> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.
> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> **Aborto necessário**
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

3.1 **Principais comentadores**

3.1.1 Nelson Hungria

Nelson Hungria foi um dos mais importantes penalistas da história do país. Fez parte da comissão de revisão do projeto do Código Penal de 1940, além de ter sido ministro do Supremo Tribunal Federal por dez anos, entre a década de 50 e 60. Por isso a decisão de começar por ele.

Em sua obra “Comentários ao Código Penal”, de 1958 (4ª ed.), comenta em detalhes o crime de aborto no seu volume V. Seguindo os padrões dos manuais de Direito desde o século XIX, ele vai a Roma e à Grécia para mostrar uma

"evolução"[141] histórica do crime de aborto. Hungria, desde o início já se coloca contrário à prática de aborto quando escreve (HUNGRIA, 1958, v. 5., p. 273): "*na época atual generalizou-se, entre todos os povos civilizados, a incriminação do abôrto provocado, seja qual fôr a fase da gestação, não tendo passado de* ***efêmera e deplorável experiência****, em alguns países, a legislação permissiva de tal prática*." (grifo nosso).

Em seguida traz uma curiosidade do direito comparado: o código soviético de 1926, que permitia o aborto com consentimento da gestante, desde que realizado por pessoa habilitada e em condições de higiene. Nesse caso, o aborto tinha por bem jurídico a proteção da saúde da gestante, não apenas a vida do feto. Ato contínuo, no entanto, informa que tal lei foi modificada em 1936 para abolir a liberdade do aborto consentido, o que teria sido correto na opinião do autor, que considera o aborto *"um ato profundamente imoral e anti-social*" (Ibid., p. 284).

Depois, prossegue trazendo as mesmas discussões de quando comentou a anterior codificação. Vai repetir que foi o médico francês de nome Klotz-Forest quem primeiro iniciou a campanha contra a incriminação do aborto, resgatando a ideia romana de que o produto da concepção é parte das entranhas da mulher, podendo esta dispor livremente de seu corpo. O feminismo "exasperado" do início do século XX, nas palavras de Hungria, que, segundo o autor, teria assumido "proporções de um fenômeno de patologia social" teria se aproveitado desse argumento para defender a liberação do aborto[142]. Essa visão preconceituosa do movimento feminista alinha-se ao período histórico conturbado e ao retrocesso vivido por esse movimento durante o Estado Novo, uma ditadura que apregoava as virtudes da mulher restrita ao lar e ao cuidado com a prole[143].

---

[141] Incursões históricas para introduzir um tema do presente, como se houvesse uma linha reta, neutra e não histórica entre os institutos do direito do presente e aqueles desde os mais remotos tempos, prestam-se mais ao desconhecimento que ao conhecimento da História.

[142] Em pesquisa no Arquivo Nacional, encontrou-se 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 crial-lo. Estabeleça-se desde já a egualdade dos sexos!*" (Q0.ADM.COR.A932.76).

[143] "O direito ao voto e à profissão de professora de primeiras letras – "as normalistas" – eram as únicas conquistas sociais permitidas, uma vez que preservavam a visão da mulher educadora "de

Da mesma forma que nos comentários ao código anterior, Hungria refuta o argumento da inocuidade da pena para inibir a frequência desse tipo de crime com a seguinte sentença, no mínimo tautológica: *"Ora, com este raciocínio ter-se-ia de concluir, lògicamente, pela abolição dos códigos penais, porque êstes não conseguem eliminar, de todo, a criminalidade em geral*." (Ibid., p. 281). E para rejeitar o argumento de que apenas as mulheres mais pobres é que sofrem os rigores da lei, apenas afirma, como o fez em 1937, que *"a punição do aborto não se justifica apenas como protecção de uma spes hominis, mas também como protecção à vida ou saude da própria gestante*", fugindo da reflexão e do debate que este argumento traz. (Ibid., p. 282).

Hungria (Ibid., p. 277) defende que o aborto deve ser considerado crime em qualquer fase da gestação e que o feto se trata de uma vida independente, e não parte das entranhas da mãe. Além disso, assevera que, mesmo que não se considerasse essa autonomia do fruto da concepção, *"o direito ao abôrto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai, como, aliás, já reconhecia o direito romano*". Essa questão do direito à prole é um recurso retórico e "machista", pois o que vimos na prática é que a maioria dos casos de crime aborto que chegou à polícia envolvia mulheres solteiras e viúvas, sendo raros os casos de mulheres realmente casadas.

O autor entende (Ibid., p 288) que o crime de aborto é crime de dano, sendo necessário, para a sua consumação, que o feto morra dentro ou fora do útero (não considera que a expulsão do feto do útero seja condição necessária e suficiente para a caracterização do aborto, mas sim a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção). Estabelece, assim, os elementos essenciais do crime de aborto: o dolo; a gravidez; o emprego de meios dirigidos à provocação do aborto; a morte do produto da concepção. Sem qualquer desses elementos não se pode determinar que o crime de aborto tenha ocorrido. Admite, portanto, a tentativa do aborto quando a morte do feto não ocorre, ainda que este sobreviva com vida "desfalcada" ou "exígua".

Nessa questão da vida, Hungria vai além para afirmar que não é preciso que o produto da concepção seja vital, ou seja, que tenha viabilidade, pois o alvo da

---

crianças"; na época, as carreiras de professor de segundo e terceiro graus eram, predominantemente, exercidas por homens" (NAHER, 2007, p.28).

proteção penal é o germe da vida humana e, desde que esteja vivo dentro do útero e não seja um fruto patológico (como a mola hidatiforme, por exemplo), haverá crime de aborto, mesmo que não tivesse capacidade para viver fora do útero. O que se pode notar é que não se finge mais que o bem jurídico a ser tutelado é também a saúde e a vida da mulher como faziam os comentadores do código de 1890[144], tampouco a questão é a vida do feto, já que haverá crime mesmo que não tenha chance de sobreviver fora do útero.

Sobre a tentativa, afirma que não é caso de isenção de pena nem de impunidade, pois não se pode tolerar um ato "imoral" e que gera danos a "indeclináveis" interesses sociais (Ibid., p. 306). A questão da tentativa foi bastante debatida pelos comentadores do código de 1830 e o que observamos é que, na prática, a tentativa pouco ou nada importa. A dificuldade da prova se impõe como obstáculo muitas vezes intransponível. Além disso, existem juristas que defendiam a impunibilidade da tentativa para evitar "escandalosa" publicidade, o que levaria a "graves perturbações da paz" no seio das famílias[145].

Pouca coisa mudou nesses primeiros anos de vigência do código de 40 em relação ao que vigorava sobre este crime na anterior codificação. Não só na legislação, como também na forma de a doutrina abordar o tema.

3.1.2 Edgar Magalhães Noronha

Na lista dos maiores penalistas atuais, Magalhães Noronha foi Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, advogado e professor de Direito Penal.

Na obra *Direito Penal*, no volume que trata dos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio, comenta o crime de aborto de forma detalhada.

Começa o capítulo IV do livro conceituando aborto como sendo a interrupção da gravidez (antes do parto) com a consequente destruição do produto da

[144] Em uma passagem, quando comenta sobre a necessidade de se punir a tentativa, Hungria chega a colocar, entre parênteses, que um dos interesses tutelados pela lei é também a saúde da gestante (Ibid., p. 306).

[145] Carrara citado por N. Hungria em seus Comentários ao Código Penal, 1958, v. 5, p.305.

concepção, seja ele ovo, embrião ou feto[146]. Não considera a expulsão do feto condição necessária para a caracterização do aborto (NORONHA, 1969, v. 2, p. 51) o que, na prática, dificulta ainda mais a questão da probatória.

Na mesma linha dos autores do período, entende que o bem jurídico tutelado é a vida em formação; mesmo que não seja uma vida autônoma, é uma vida em potencial e que, portanto, merece ser protegida pelo direito, da mesma forma que Hungria entende que não importa a vitalidade e viabilidade fetal, sendo crime de aborto a interrupção de gravidez em qualquer das suas fases (Ibid., p. 54).

A forma de comentar o dispositivo legal está bem similar aos comentários de Hungria, muito embora mais concisa. Entretanto, justiça seja feita, foi um dos poucos que trouxeram um caso concreto para ser analisado. Noronha (Ibid., p. 55) expõe um fato complexo que lhe foi submetido à análise: um indivíduo desferiu uma facada no ventre de mulher grávida de nove meses com a intenção de matá-la e também de matar o fruto da concepção, de outra forma teria desferido a facada em outro lugar. No entanto, não mata a mulher, nem ela sofre abortamento. Como estava no final da gestação, dias depois entra em trabalho de parto e dá à luz uma criança que vem falecer dez dias depois, em consequência do ferimento que lhe foi produzido quando a mãe levou a facada.

Noronha (Ibid., p. 55-56) concluiu que houve tentativa de homicídio da mulher, mas não houve aborto, nem tentativa de aborto, pois o feto nasceu a termo. Então, concluiu tratar-se de homicídio consumado do bebê. Entende que seria uma desproporcionalidade não se pensar assim, uma vez que o feto nasceu vivo e veio a morrer já “ser humano” devido a uma ação causal do agente. Para Noronha, o caso não poderia ser aborto, mas também não poderia ser tentativa, pois se estaria a “premiar a conduta do agente”. A explicação de Noronha é no sentido de que o crime teria se consumado quando o feto já era “criatura humana” e, por isso, realizou-se o verbo do tipo, que é “matar alguém”, muito embora a ação tenha sido anterior. E sentencia (Ibid., p. 57): “*em tais circunstâncias não é absurdo considerar-se, desde o instante do ferimento, o feto como pessoa*”. Entende que não atende a

[146] Considera “ovo” o produto da concepção nas primeiras três semanas de gestação; “embrião” o produto nos três primeiros meses; e “feto” dos três meses ao final da gestação (NORONHA. 1969, v.2, p. 52).

princípios elementares de justiça (não cita quais) considerar este caso como tentativa de aborto, já que o feto nasceu vivo.

Caso semelhante aconteceu no Rio de Janeiro recentemente. Uma gestante foi baleada no ventre e o bebê nasceu vivo, porém, mesmo com todo cuidado hospitalar, veio a falecer dias depois em decorrência dos ferimentos. Mesmo hoje a pergunta é atual e não é de resposta imediata: qual o crime? Homicídio ou aborto?

O marco inicial da vida enseja debates em diversos campos, dentre eles o jurídico, religioso e filosófico. No Direito Penal brasileiro tem prevalecido que a vida intrauterina ("vida em potencial") tem início com o início da gestação, mas não entram em detalhes se seria com a fecundação ou com a nidação (fixação do embrião no útero materno). Tem-se no caso concreto que a conduta foi praticada em face da vida intrauterina, mas a morte se concretizou quando já havia atingido a vida extrauterina (após o parto).

Hoje, a parte geral do código penal (modificada pela reforma de 84) ajuda a solucionar tal imbróglio, pois o art. 4º, adotando a teoria da atividade, considera praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Assim, o dolo enquanto elemento subjetivo da infração e indicativo da tipicidade penal deve hoje ser aferido no momento da ação ou omissão. Então, atualmente, a solução seria diversa daquela dada por Noronha, pois haveria tentativa de homicídio da mulher e aborto do feto.

Noronha entende que o crime de aborto só pode ser doloso, não admitindo a modalidade culposa e esse tem sido o entendimento da maioria dos doutrinadores. Ele dispensa a exigência de certeza de gravidez, coisa difícil no início da gestação, mas exige uma "crença fundamentada na prenhez" (Ibid., p. 57) e o emprego de meios idôneos para a provocação do aborto.

O autor afirmou ao comentar o aborto necessário (art. 128, I) que melhor teria andado o legislador se estabelecesse "não há crime" em lugar de "não se pune", pois se trata de hipótese de verdadeira exclusão da ilicitude e não de exclusão de punibilidade. Esse é o entendimento que era adotado pela maioria dos penalistas à época e que vigora ainda hoje.

Sobre o aborto decorrente de estupro (os autores dos primeiros anos de vigência do código escrevem "aborto de estuprada"), entende que essa excludente atende aos apelos daqueles que entendem não ser humano a imposição à mulher

de gerar um fruto de uma violência. Noronha também exige que seja feita a prova cabal de que houve estupro, o que é muito difícil na prática, mas não exige sentença criminal transitada em julgado, pois *"em comarcas como as de São Paulo, Rio de Janeiro e outras, até a sentença transitar em julgado, a mulher (...) poderá ser mãe duas ou três vezes"* (Ibid., p. 63).

Assim como outros doutrinadores da época, traz a hipótese de aborto eugenésico, que é aquele para evitar o nascimento de crianças com deformidades físicas e mentais. Como todos os demais, traz um apanhado de legislação estrangeira para afirmar que a maioria proíbe esse tipo de prática e o nosso código não é diferente.

3.1.3 Aníbal Bruno

Este autor foi professor catedrático da Universidade de Recife, onde lecionou por muitos anos. Em seu livro, "Crimes contra a pessoa", analisa o título do código penal que abarca o crime de aborto.

O crime de aborto será estudado no capítulo V do livro, que foi estruturado como um manual com comentários ao código. Primeiro, trata do crime de aborto de forma geral, fazendo uma breve introdução histórica, destacando que no princípio (diga-se, em Roma, nos seus primórdios), o aborto era tratado com indiferença pelo direito, só depois vindo a ser criminalizado como frustração da esperança do pai de ver formada a sua descendência.

Depois, passa a uma ainda mais curta introdução do crime de aborto no direito brasileiro, onde aborda *en passant* o crime nos códigos de 1830 e 1890, para finalmente passar à análise do tipo penal de aborto propriamente dito.

Conceitua aborto como sendo a destruição da vida do ser humano em formação desde o início até o momento em que começa o processo do parto, destacando como bem jurídico a vida do ser humano em formação (BRUNO, 1975, p.56). Diferentemente dos comentadores do Código de 1890, o bem jurídico não seria duplo, não abarcando a saúde e a vida da mulher.

Entende o autor que é importante que a doutrina e a jurisprudência definam o aborto, já que a legislação adotou fórmula indeterminada (“provocar aborto”). Assim, propõe uma conceituação de aborto como sendo a interrupção do processo fisiológico de gestação, com a consequente morte do feto.

Exige a prova de que o “ser em formação ainda vivia quando se praticou a ação abortiva e de que em consequência dela é que veio a morrer” (Ibid., p. 161). Na teoria parece simples, mas na prática o que mais se percebe é a dificuldade de se fazer esse tipo de prova, ainda mais se levando em conta que o autor defende que a proteção penal se dá em qualquer fase da evolução do ser em formação, desde embrião até feto. Apesar de entender dessa forma, ressalva que os meios preventivos da concepção não devem ser considerados aborto.

Admite que os meios para se efetuar o aborto podem ser os mais diversos possíveis, desde que se mostrem capazes de produzir a morte do feto e que haja o dolo direto de produzir este resultado.

Admite a tentativa no caso de o feto sobreviver às manobras abortivas. Afirma que qualquer manobra quando o trabalho de parto já teve início será caso de homicídio ou infanticídio.

3.1.4 José Frederico Marques

Acadêmico e magistrado de destaque, possui extensa obra de inegável importância para o direito brasileiro. Podem ser citadas, entre outras: *Da competência penal* (1953), *Curso de direito penal*[147] (3 volumes., 1954), *Ensaio sobre a jurisdição voluntária* (1959), *Tratado de direito penal* (4 volumes., 1961), *Instituições de direito processual civil* (5 volumes., 1958), *Estudos de direito processual penal* (1960), *Instituições de direito processual penal* (4 volumes, 1961) e *Tratado de direito processual penal* (2 volumes, 1980).

Após dizer que o código não apresentou uma definição de aborto, conceitua-o como sendo a interrupção voluntária, intencional e artificial da gravidez com a

[147] Só foi encontrado o primeiro volume no setor de obras raras da Biblioteca da FND, UFRJ, e que não tratava do crime de aborto.

consequente morte do produto da concepção (MARQUES, 1961, 147-149). Então, considera elementos essenciais do crime de aborto: 1. a interrupção da gravidez; 2. a morte do embrião ou do feto. Assim como os demais doutrinadores, destaca que é prescindível que haja a expulsão do feto do ventre materno.

Afirma que é para a defesa da vida humana que a lei penal prevê o aborto entre as espécies delituosas. Então, o bem jurídico tutelado é a vida.

Destaca que o crime de aborto se desdobra em quatro espécies: 1. autoaborto (art. 124, 1ª parte); 2. provocar aborto sem consentimento da gestante (art. 125); 3. provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126); 4. consentir a gestante que terceiro lhe provoque o aborto (art. 124, 2ª parte). O núcleo comum do tipo penal é o verbo “provocar”, que é dar causa por qualquer meio apto a causar a interrupção da gravidez (Ibid., p. 155-156).

Entende ser possível a tentativa, caso o produto da concepção não morra por circunstâncias alheias à vontade do agente. No entanto, admite que não se enquadra nesta hipótese a aceleração do parto para antecipar o nascimento. A questão que se coloca, então, é como provar que a intenção era apenas acelerar o parto e não abortar?

Também não admite o crime na modalidade culposa, muito embora admita o dolo eventual, o que é controverso.

Destaca-se que o autor critica veementemente a adoção do art. 128, II, que exclui a ilicitude do aborto quando resultado de crime de estupro, afirmando que toda maternidade é sagrada e toda vida inviolável (Ibid., p 178).

E vai além, discordando de Noronha, ao não admitir o aborto sem a prova da cópula carnal praticada com violência ou grave ameaça, não permitindo que os casos de violência presumida (menor de 14 anos à época) autorizassem a interrupção da gestação com base no art. 128, II.

3.1.5 Heleno Cláudio Fragoso

Heleno Cláudio Fragoso foi um importante penalista do século XX. Formado em direito pela UFRJ no ano de 1951, foi professor da UERJ, da UFRJ e da

Faculdade Cândido Mendes. Sua atuação como advogado ganhou destaque nos anos da Ditadura Militar (1964-1985), quando atuou na defesa de diversos presos políticos de peso na cena nacional, lutando pelos seus direitos humanos.

Em sua obra *Lições de Direito Penal*, datada de 1958, sete anos após a sua graduação em direito pela UFRJ, comenta o crime de aborto no capítulo cinco do primeiro volume, páginas 48 a 53.

Não trouxe nenhuma novidade nos comentários ao dispositivo, abordando o tema de forma bem resumida e praticamente repetindo o que outros penalistas já vinham dizendo sobre o crime de aborto.

Começou com brevíssima explanação histórica, indo, como todos os demais juristas estudados, a Roma. Depois, passou pelo direito germânico e, por fim, abordou rapidamente dispositivos dos anteriores códigos de 30 e de 90.

Em seguida, conceituou aborto como sendo a interrupção da gravidez, em qualquer fase, com a consequente morte do produto da concepção (FRAGOSO, 1958, p. 49), ressaltando que a gestação não poderia ser patológica (molar ou extrauterina), uma vez que em tais casos a interrupção não seria criminosa, já que hipótese de aborto necessário.

A expulsão do feto sem a morte subsequente constituiria exemplo de tentativa, uma vez que considera o crime de aborto material, que se consuma com a morte do feto.

Depois, analisou o art. 127 (aborto qualificado), concluindo que a qualificação pela lesão grave ou pela morte será aplicável mesmo que o aborto não se verifique, bastando apenas que tais resultados tenham decorrido dos meios utilizados para a provocação do aborto.

Por fim, comenta o art. 128 (aborto necessário e aborto sentimental). Com relação ao aborto necessário (art. 128, I) entende tratar-se de hipótese de estado de necessidade (art. 20, CP[148]), mas sem a exigência de uma situação de perigo atual e com a obrigatoriedade de médico habilitado para realizá-lo.

---

[148] A parte geral do código de 1940 foi toda reformada em 1984 (Lei 7.209, de 11 de julho de 1984). Antes dessa reforma, o art. 20 tratava da hipótese de estado de necessidade:
Art. 20. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.
§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

O aborto sentimental (art. 128, II), por sua vez, é aquele praticado quando a gravidez resulta de estupro. Nesse caso, salienta ser necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso seja menor de idade ou incapaz por outras circunstâncias, devendo, igualmente, ser realizado por médico habilitado.

Fragoso (Ibid., p. 53) entende que nesses dois casos a antijuridicidade da ação de abortar é excluída de forma a torná-la lícita.

---

§2º Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.
Atualmente, o art. 20 dispões sobre “erro sobre elementos do tipo”.

CONCLUSÃO

1. A doutrina penal dos períodos analisados pouco variava na forma de comentar o tipo penal do aborto, abordando o tema quase sempre com o mesmo esquema: introdução histórica com ida a Roma; muitas citações de doutrina, principalmente italiana e francesa; e comentários técnico-jurídicos sobre o tipo penal de aborto e sobre alguns institutos da parte geral, só que pela lente do exemplo do aborto. Exemplos geralmente excêntricos, sem muita correspondência com a realidade prática.

Além disso, a leitura dos principais autores de um mesmo período tornou-se extremamente cansativa, pois era como reler o mesmo trabalho diversas vezes, apenas com pequenas alterações. Todos no formato de manuais técnico-jurídicos pairando sobre a realidade prática, sem qualquer contato, sem qualquer diálogo, como verdadeiros “autistas” sociais.

Não se via discussões sobre inquéritos, sobre processos, tampouco sobre “quando tem início a vida?”, “O que seria vida?”, “O que seria, então, vida em potencial?”, “E quem teria direito de decidir sobre essa vida?”, “O direito, a religião ou a mãe?”. Todas essas questões não aparecem nos textos jurídicos. Todos partem do pressuposto de que o crime de aborto protege uma “vida em potencial” e isto era o bastante. Afirmavam que o feto é pessoa em formação, ou seja, uma expectativa de vida e, por isso, o crime de aborto seria um crime contra a vida de forma geral, pois haveria lesão ao interesse relativo à aquisição da vida plena e da personalidade civil por este ser[149].

Ressalte-se que ainda é bastante nebulosa a determinação de quando ocorre o início da vida pela legislação brasileira, pois para o código civil tem-se a proteção desde a concepção; para a Constituição existe a proteção (não absoluta) à vida, mas sem precisar o momento em que surge o que se denomina vida; para o código penal, também não há nenhuma indicação precisa de quando a vida humana passaria a ser juridicamente tutelada, mostrando o atraso da nossa legislação no

[149] HUNGRIA, Nelson. 1937, p. 277.

tratamento dessa importante questão, que tem se mostrado um problema maior de saúde pública desde que se tem registro.

Em 1830 e em 1890, a moral da sociedade privilegiava a honra da mulher e da família mais que a vida de um ser em potencial. Se não fosse assim, não haveria a minorante “para ocultar desonra própria”, mas os autores não entravam nessa discussão. O bem jurídico era a “segurança individual” no primeiro caso e a “segurança de pessoa e vida” no segundo, mas, de forma geral, pontuavam que era a vida desse ser em formação. Sob a égide do código de 1890 houve um esforço de considerar o bem jurídico como duplo, ou seja, não só a vida do ser em formação, mas também a vida e a saúde da mulher, principalmente em razão de ter indicado a hipótese de aborto legal quando necessário para salvar a vida da gestante. Mas essa nova “roupagem” dada ao bem jurídico não correspondia ao que acontecia na prática. Em 1830 não havia essa preocupação: o bem jurídico de fato era a honra; de direito, a vida em potencial. A mulher não entrava nessa conta.

2. Nem sempre (e até hoje se vê isso) é claro o interesse da justiça e da polícia por eventos como o crime de aborto. Em verdade, os debates em torno da criminalização do aborto, por sofrerem forte influência de uma moral religiosa, são muito mais fervorosos que o efetivo “combate” a este tipo de crime. A verdade é que raras as vezes se tem um inquérito de aborto e mais raros ainda são os processos envolvendo esse crime, pois a maior parte dos inquéritos acabam arquivados por falta de provas; seja por se ter concluído que o feto nasceu morto (descarta especialmente o infanticídio) ou por dificuldades práticas de se apurar o aborto propriamente dito.

O que se infere é que as práticas eram toleradas em segredo desde que não viessem a público, um pouco na linha do desvio de conduta sendo determinado pelo controle social, o que se vê muito no estudo de criminologia. O aparecimento de um feto, a morte de uma mulher em decorrência do parto, a denúncia de um médico que fora chamado quando a situação se agravou porque a parteira ou a família, geralmente menos abastada, não sabiam mais como proceder: todas essas situações faziam com que a notícia de um possível crime de aborto ou infanticídio chegasse à esfera policial.

Percebeu-se na análise dos inquéritos uma dificuldade muito grande para se caracterizar o crime de aborto e uma preocupação maior em averiguar se o caso poderia ser de infanticídio, daí os laudos médico-legais procurarem responder com precisão ao quesito sobre se nasceu vivo ou morto. Como critério usado, a respiração ao nascer, averiguada por um teste chamado “docimasia hidrostática de Galeno”, recurso até hoje utilizado em medicina legal. Uma vez atestado que nascera morto, o inquérito era imediatamente arquivado. Então as infindáveis discussões da doutrina sobre a desnecessidade da expulsão do fruto da concepção para a configuração do crime de aborto perdem sentido, pois não importa se consideram que o aborto pode ocorrer mesmo sem a expulsão (morte intrauterina); a prática dirá o contrário.

3. O crime de aborto, no código de 1890 (código penal dos Estados Unidos do Brazil - Decreto 847, de 11 de outubro de 1890), está localizado no Título X, que trata dos crimes contra a segurança da pessoa e vida, capítulo IV, artigos 300 a 302. Trouxe algumas inovações em relação ao código criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830), como a criminalização do autoaborto e o aumento de pena para o aborto provocado por terceiros, quando resulta em morte da mulher, o que sequer vinha expresso na codificação anterior.

O Código Criminal do Império possui a seguinte redação:

> **TITULO II dos crimes contra a segurança Individual**
> **CAPITULO I DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA PESSOA, E VIDA**
> **SECÇÃO II - Infanticidio**
> Art.199. Occasionar 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.

O Código Penal da República, por sua vez, possui a seguinte redação:

> **TITULO 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 cellular por dous a seis annos.
No segundo caso: – pena de prisão cellular 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 cellular 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 prissão cellular 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 reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra 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 cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.

Como se pode depreender da leitura desses dispositivos, houve verdadeiro aumento da punição para esse tipo de crime de 1830 para 1890. O código penal da República, ao contrário do código do Império, introduziu o crime de autoaborto, punindo a gestante que realiza o aborto em si mesma, mas trazendo a minorante para o caso em que sua ação é para “ocultar desonra própria”. Além disso, aumentou a pena prevista para o aborto quando este resulta na morte da mulher, bem como promoveu a separação dos crimes de aborto e infanticídio em capítulos diferentes, muito embora na prática os dois ainda fossem muito confundidos. Mesmo em inquéritos para se apurar o crime de aborto, acabava-se verificando se não poderia ser caso de infanticídio, apurando-se, quando possível, se o feto nasceu vivo ou não.

O código de 1940 (Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940) possui a seguinte redação:

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

Dos crimes contra a pessoa

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro
Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada
Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevem a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O código penal de 1940 foi elaborado segundo a cultura, o costume e hábitos da década de 30, em plena “Era Vargas”, no ápice do “Estado Novo”. Foi um período bastante conturbado da política brasileira, bem como um momento de retrocesso do movimento feminista.

Nesse contexto, o código incluiu o aborto entre os “crimes contra a vida”, explicitando que o bem jurídico tutelado é a vida, mas, em se tratando de vida em potencial, prevê pena bem inferior à do homicídio. O aborto foi criminalizado em todas as hipóteses, apenas excluindo a punibilidade do aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), desde que precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal, em caso de incapacidade.

Apesar do nome dado a esta última hipótese admitida de aborto (“aborto sentimental”), frise-se a que preocupação nunca foi com o sentimento da vítima do estupro, mas servia apenas para evitar que um “bastardo” (filho ilegítimo) se

tornasse herdeiro do patrimônio familiar. Foi a forma que o legislador encontrou de prestigiar a paz e o patrimônio da família e evitar que não integrasse a família uma pessoa que não descendesse diretamente de seu “chefe”. Isso porque a lei civil presumia que o marido da mulher é o pai de seu filho[150].

Além disso, foi retirada a minorante “para ocultar desonra própria”, muito embora nos primeiros anos de vigência alguns autores, como Nelson Hungria, admitissem que o juiz pudesse considerar no caso concreto essa hipótese.

Processualmente, à exceção do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125), as outras espécies de aborto (arts. 124 e 126 do CP) possuem pena mínima de um ano, o que significa que é cabível o oferecimento da suspensão condicional do processo. Caso não seja cabível ou aceita a suspensão, é possível que o(a) acusado(a) seja pronunciado(a), ocorrendo o seu julgamento pelo tribunal do júri, por se tratar de crime doloso contra a vida.

4. A promulgação da “constituição cidadã”, como é denominada a atual carta política nacional, foi resultado de intensos debates junto à sociedade civil, que vivia um despertar democrático, depois de mais de vinte anos de ditadura militar. Pelo contexto em que promulgada, privilegiou uma série de direitos e garantias considerados “fundamentais”, a maioria deles elencados nos incisos do seu art. 5º. Entre esses direitos estão a “dignidade humana”, a “liberdade”, a “vida” e a “saúde”, clamados na luta pela prevenção de abortos inseguros e insalubres, pela revisão da criminalização do aborto, pelo respeito à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, assim como pela liberdade de planejamento familiar do casal, garantido pelo art. 226, § 7º[151]. Todas essas questões vêm sendo levantadas para se questionar a licitude da manutenção da criminalização do aborto.

No dia 13 de abril de 2012, o STF, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, julgou a ADPF nº 54, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como crime de aborto. A Suprema Corte considerou que a interrupção da gravidez

---

[150] DIAS, Maria Berenice. *Aborto é crime?*. Doutrina Adcoas, n.17, v.8, 2005, p.320-321

[151] O § 7º do art. 226 da Constituição estatui que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”.

de fetos anencéfalos é atípica, pois tais fetos não deveriam receber proteção jurídica, considerando que não possuem expectativa de vida extrauterina.

Esse julgamento foi importante porque trouxe uma abertura para a discussão do aborto e da autonomia, bem como do direito à saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No entanto, o referido julgado evidencia, numa primeira leitura, certo conservadorismo no que concerne à admissibilidade jurídica do aborto para outros casos, como, por exemplo, o de microcéfalos. Tanto é assim que há forte preocupação dos Ministros em diferenciar aborto de "antecipação terapêutica do parto", bem como de frisar que feto anencéfalo é já um "morto cerebral", o que faz com que a discussão não adentre nos pontos de tensão envolvendo aborto e direitos das mulheres.

Por fim, insta ressaltar que, por se tratar de ação do controle concentrado de constitucionalidade, a decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante.

Outra importante decisão do STF acerca do crime de aborto foi o julgamento do HC 124.306, em novembro de 2016, pela 1ª Turma. Nessa decisão, que foi tomada por maioria, o STF considerou que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto. Seria, assim, hipótese de atipicidade.

Vários foram os fundamentos invocados nessa decisão: desproporcionalidade da punição, direitos sexuais e reprodutivos, autonomia da mulher, paridade entre os sexos, integridade física e psíquica da gestante, entre outros. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (HC 124.306):

> "O bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é 'evidentemente relevante', mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres".

Essa decisão da 1ª Turma do STF, no entanto, não tem eficácia contra todos, tampouco efeito vinculante, porque foi tomada em um caso concreto específico no bojo de um habeas corpus. Assim, por mais que essa decisão possa influenciar outros órgãos do Judiciário, não é obrigatório que ela seja seguida.

Além dessas ações está em andamento a ADPF 442, que foi ajuizada pelo PSOL, o qual sustenta que os arts 124 e 126 (autoaborto e aborto com consentimento da gestante) do código penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.

A pretensão é que o STF exclua do âmbito de incidência dos dois artigos a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gestação, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento” (petição inicial na ADPF 442).

Em novembro de 2017, a relatora (Min. Rosa Weber) indeferiu pedido de medida cautelar de urgência que visava à suspensão de prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou decisões judiciais baseados na aplicação dos artigos 124 e 126 do código penal a casos de aborto voluntário realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez. Essa ação ainda está pendente de julgamento e em agosto haverá audiência pública para debater o tema, ainda muito espinhoso. Para se ter uma ideia das paixões e interesses que o assunto desperta, o STF contabilizou em torno de 500 inscritos na convocatória para a audiência pública, número considerável.

Ao que tudo indica, os debates ficarão em torno da questão da viabilidade da vida em potencial, se há vida, se não há vida em potencial, como foi na ADPF 54. A autora deste trabalho não crê que a autonomia sexual e reprodutiva da mulher vá de fato entrar no debate, bem como o direito a um aborto seguro e hígido, mas não deixa de ser um avanço toda a discussão que vem sendo travada nos Tribunais e na imprensa. Muito embora a moral e a religião tenham forte influência na questão da criminalização do aborto, trazer à luz os meandros desse crime pode contribuir para fazer enxergar que em nome da vida temos uma lei que mata mulheres; em nome da vida, crianças indesejadas vêm ao mundo para serem condenadas a sobreviver em ambientes carentes e hostis, com pouca chance de uma vida digna. Assim, tem-se que a manutenção da vida é feita à custa da morte.

A criminalização tem mesmo por finalidade a proteção da vida? A vida de quem é protegida?

REFERÊNCIAS

Fontes primárias:

Anais da Câmara dos Deputados, digitalizada no sítio da Câmara dos Deputados. Diários da Câmara dos Deputados, Sessão de 11 de setembro de 1830, p 490 e seguintes. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20b.asp#/> Acesso em: 26 fev. de 2018.

Inquéritos policiais constantes das coleções das 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª e 14ª Pretorias Criminais do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional. Notações respectivas: 6Z, 70, 72, 0R, T7, 7C, T8, MW e 7G.

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

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

Apelação Crime. Partes: Manuel José Rodrigues e Justiça; Ano: 1877/78; Maço 183; nº 1311; GAL. C; 84-Relação do Rio de Janeiro. Acervo Judiciário do Arquivo Nacional.

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

BRASIL, 1890. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao> Acesso em: 23 fev. de 2018.

BRASIL, 1830. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação> Acesso em: 26 fev. de 2018.

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://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000021.html>. Acesso em: 4 de mar. de 2017.

Obras Raras

ALVES Jr, Thomaz. *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*. Rio de Janeiro: B.L Garnier., Tomos I e III, 1883. Acervo da Biblioteca Nacional.

ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escriptas sobre o Codigo Criminal do Imperio do Brazil*. Recife: Typographia do Jornal do Recife, 1884. Acervo da Biblioteca da Faculdade Nacional de Direito, FND, UFRJ.

_____. *Codigo Criminal Brasileiro: commentario philosóphico-scientifico.* Recife: J. Nogueira de Souza, 1889. Acervo Pessoal.

_____. *O Código Penal Interpretado***,** v. I e II, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.8, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1901]. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

BARRETO. Tobias. *Estudos de Direito*. Publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C Editores, 1892. Acervo Biblioteca Digital do Senado.

_____. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.2, Brasília, Senado Federal, 2003 [1884]. Obra fac-similar Disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, v. 1, 2. ed. São Paulo:J. Bushatsky, 1958. Acervo de obras raras da Biblioteca de Direito da UFRJ

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

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Acervo de Obras Raras da Biblioteca de Direito da UERJ.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1954. Acervo de Obras Raras da UFRJ.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brazil Commentado e Annotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885. Acervo da Bibloteca Digital do Senado.

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

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brazileiro:(segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 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, 2003 [1921]. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

SOARES, Oscar de Macedo. *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, 2004 [última edição data de 1910]. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código Criminal do Império do Brasil Annotado*. Recife: Typographia Universal, 1858.

_____. *Lições de Direito Criminal*. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.3, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 [1872]. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Codigo Criminal do Imperio do Brasil Annotado*. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.1, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003 [1886]. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

VIVEIROS DE CASTRO, F.J. *Jurisprudência Criminal. Casos Julgados, jurisprudência estrangeira, doutrina jurídica*. H. Garnier, Rio de Janeiro, 1900. Acervo Biblioteca Nacional

_____. *Questões de Direito Penal*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1900. Acervo Biblioteca Nacional

_____. *Os delictos contra a honra da mulher*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932. Acervo Biblioteca Nacional

Literatura acadêmica:

AZEVEDO, Fatima Gabriela Soares de. *A função social da mulher: a discussão sobre o papel feminino em jornais, revistas e no parlamento no Brasil de 1910 a 1934.* Dissertação de Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito. Orientação: Gustavo Siqueira. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2016, acervo biblioteca de direito da Uerj.

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

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal I* Parte Geral Tomos 1º e 2º, 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959 [1956]. Acervo Biblioteca de Direito da UERJ.

_____. *Crimes contra a Pessoa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. Acervo Biblioteca de Direito da UERJ.

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

CABANELLAS, Guilhermo. *El aborto. Su problema social, médico e jurídico*. Buenos Aires: Arengreen 975, 1945.

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

CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, José Murilo. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CARVALHO, Paula Torres de. Aumentam na Europa os bebés abandonados em "rodas" modernas. *Público*. 11 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.publico.pt/2012/06/11/sociedade/noticia/aumentam-na-europa-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CASTELBAJAC, Matthieu de. 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.

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

COSTA, Vivian Chieregati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência*. Dissertação de Mestrado em Filosofia, USP – IEB, São Paulo, 2013.

DIAS, Rebeca F. *Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade.* Tese de Doutoramento em Direito, UFPR, Curitiba, 2015.

DOLHNIKOFF, Miriam. *História do Brasil Império*. Coleção História na Universidade. São Paulo: Editora Contexto, 2017.

DRUMOND, J. E. Pizzarro. *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. *Aborto e Infanticídio*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

FIGUEIRA, Oseas Batista, Jr. *Crime e Castigo: pena de morte e a manutenção da ordem no Império Brasileiro (1830-1876)*. Revista História e Diversidade, Cáceres-MT, v. 9, n.1, p.188-202, 2017.

FONSECA, R. M.. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *O deserto e o vulcão – reflexões e avaliações sobra a História do Direito no Brasil. Forum Historiae Iuris – erste europäische Internetzeitschrift für Rechsgeschichte*. Frankfurt, 2012. Disponível em: <http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. In: *Quaderni Fiorentini*, n. XXXV, 2006. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/35/0340.pdf> Acesso em: 2 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de Saber*, Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2015.

_____, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*, Petrópolis, Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HENTZ, Isabel Cristina. *A honra e a vida: debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil Republicano (1890-1940).* Dissertação de Mestrado em História, UFSC, 2013.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra, Almedina, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004

MAMMANA, Caetano Zamitti. *O abôrto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião*, v. 1 e 2. São Paulo: Letras Editôra, 1969.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1961.

NAHES, Semiramis. *Revista Fon Fon: a imagem da mulher no Estado Novo (1937/1945).* São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 2, 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969. Acervo biblioteca de Direito da UERJ.

PEDRO, Joana Maria. “Mulheres do sul”. In: *História das mulheres no Brasil*. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto, 2012, pp. 278-321.

PRIORE, Mary del. *Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia.* Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: Edunb, 1993.

ROHDEN, Fabíola. *A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX.* Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

_____. 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, 2001. Antropologia & Saúde collection, pp. 173-220. Disponível em <http://books.scielo.org/id/8m665> Acesso em: 20. jul. 2018.

SILVA, Marinete dos Santos. 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. "Opressão e moralidade da mulher pobre", In: *História e Sexualidade no Brasil*. Organização: Ronaldo Vainfas. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986, p. 191-212.

SONTAG, Ricardo. *Código Criminológico? Ciência jurídica e codificação penal do Brasil 1889-1899.* Rio de Janeiro: Revan Editora, 1ª edição, 2015.

SOUZA, Luiz Antônio F. de; SALLA, Fernando Afonso; ALVAREZ, Marcos César. *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, 2003.

TOCCI, Arturo. *Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale*. Milano: DOTT A. Giuffré Editore, 1954.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. *História da Programação Criminalizante no Brasil*. In:_____. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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). Folhetim 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:

Anuário Estatístico do IBGE: https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?id=720&view=detalhes
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
CPDOC – FGV: http://cpdoc.fgv.br
Hemeroteca Digital: http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/
Livro V das Ordenações Filipinas: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>
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
Supremo Tribunal Federal (STF): http://portal.stf.jus.br/

ANEXO A – Pesquisa SIAN por datas (1830 a 1939)

Anos	Aborto	Feticídio	Aparecimento de feto
1830 – 1899	-	-	-
1900	-	-	1
1901	-	-	2
1902	-	-	1
1903	-	-	1
1904	1	-	2
1905	-	-	-
1906	1	-	1
1907	1	-	-
1908	4	-	7
1909	2	-	7
1910	2	-	2
1911	-	-	2
1912	3	-	2
1913	-	-	-
1914	3	-	2
1915	1	-	1
1916	1	-	-
1917	1	-	-
1918	2	-	-
1919	2	-	1
1920	1	-	-
1921	-	-	-
1922	-	-	-
1923	1	-	-
1924	-	-	-

1925	1	-	-
1926	1	-	-
1927	-	-	-
1928	1	-	-
1929	1	-	-
1930	3	-	-
1931	1	-	-
1932	1	-	-
1933	2	-	-
1934	-	-	-
1935	2	-	-
1936	2	-	-
1937	1	-	-
1938	3	-	-
1939	-	-	-

ANEXO B – Pesquisa SIAN e Acervo Judiciário do NA (1830-1939)

	Inquérito	Prosseguiu com outra capitulação	Processo	Prescrito	Prisão	Arquivamento
Aborto	34	1	9	1	3	34
Aparecimento de feto	31		-		-	31

OBS: A pesquisa com “feticídio” não retornou resultado.

ANEXO C – Crime de aborto (1830-1939)

	Inquérito	Processo	Prisão
Autoaborto	5	1	1*
Aborto provocado por terceiro	27	8	4
Suspeita de infanticídio	4	-	-

*Trata-se de prisão durante o inquérito.

ANEXO D – “Radiografia” da maternidade criminosa (1830-1939)

Branca	Parda	Preta	Analfabeta	Sabe ler e escrever	Doméstica	Solteira
17%	17%	-	14%	5%	34%	17%

OBS1: Nem todos os documentos analisados tinham essas informações.

OBS2: Percentagem verificada com base em inquéritos e processos de aborto (41 ao todo).