



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bárbara Madruga da Cunha

A criminalização do autoaborto na Primeira República Brasileira: uma análise a partir dos autos criminais do arquivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1890-1940)

Florianópolis
2020

Bárbara Madruga da Cunha

A criminalização do autoaborto na Primeira República Brasileira: uma análise a partir dos autos criminais do arquivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1890-1940)

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Diego Nunes.

Florianópolis

2020

Ficha de identificação da obra

Cunha, Bárbara Madruga da

A criminalização do autoaborto na Primeira República Brasileira: uma análise a partir dos autos criminais do arquivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1890 1940) / Bárbara Madruga da Cunha ; orientador, Diego Nunes, 2020. 189 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Criminalização do autoaborto. 3. Código Penal de 1890. 4. História do direito penal. 5. Medicalização da justiça. I. Nunes, Diego . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Bárbara Madruga da Cunha

A criminalização do autoaborto na Primeira República Brasileira: uma análise a partir de autos criminais do Estado de Santa Catarina (1890-1940)

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Profa. Dra. Ana Lúcia Sabadell
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Ricardo Sontag
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa
Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestra em Direito.

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha
Coordenador(a) do Programa

Prof. Dr. Diego Nunes
Orientador(a)

Florianópolis, 2020.

AGRADECIMENTOS

O mestrado foi uma experiência única em minha vida, através da qual pude amadurecer profissional e academicamente, sobretudo porque pude compartilhá-la com algumas pessoas que foram fundamentais ao longo desses dois intensos anos. Fazer pesquisa acadêmica em um país cujo atual governo está desmantelando as políticas de educação requer coragem, assim como dedicar-se exclusivamente para o mestrado exige apoio. Encontrei ambos na minha família, a quem sou eternamente grata. À minha mãe, Claudia, por estar sempre disposta a me escutar e me ensinar tanto - obrigada por toda compreensão, amor e incentivo. Ao meu pai, Daniel, por ser minha proteção. À minha irmã, Isabella, por sempre acreditar no meu potencial. À minha avó Mabel, por ser tão presente e por saber que eu sempre posso contar com ela. À vó Rejane e ao Vô Sérgio pelo carinho de sempre. Aos meus padrinhos, Fernanda e Douglas, pelo afeto e incentivo. E um agradecimento especial ao meu primo Érico e à Tia Lúcia, que desde o processo seletivo se mostraram dispostos a me ajudar em tudo que precisei, e são minha referência familiar em Florianópolis.

No mestrado aprendi que a pesquisa, por mais solitária que possa parecer, é na verdade um processo que exige a presença do coletivo, visto que o diálogo e a troca de experiências constantes são fundamentais para a construção do trabalho acadêmico. Nesse sentido, agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Dr. Diego Nunes, por se fazer tão presente durante essa pesquisa. Pelos diálogos, incentivos, ensinamentos e, principalmente, por acreditar no meu trabalho e levar tão a sério a orientação. Sei que tenho sorte por ter um orientador tão dedicado à pesquisa como o professor Diego, que desenvolve um trabalho excepcional na universidade e sou muito grata por poder fazer parte disto.

Também não poderia deixar de agradecer ao Prof. Dr. Ricardo Sontag da Universidade Federal de Minas Gerais por ter me dado a oportunidade de incluir essa pesquisa no projeto intitulado “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada entre os séculos XIX e XX”, se tornando um importante interlocutor durante essa trajetória acadêmica, a qual não teria sido a mesma sem as suas contribuições. Ao Prof. Dr. Massimo Meccarelli da Università di Macerata por ter me acolhido de forma excepcional em sua universidade durante os meses que estive lá, período que foi decisivo para essa pesquisa pelo privilégio de aprimorar esse trabalho junto ao professor. À Prof. Ana Lúcia Sabadell da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ao Prof. Caetano Dias Corrêa da UFSC e também ao Prof. Ricardo Sontag, já mencionado, por terem gentilmente aceitado o convite para contribuir com essa pesquisa compondo a banca avaliadora da dissertação. Agradeço também a Maria Grazia, bibliotecária da Biblioteca Mario Sbriccoli e às técnicas-administrativas da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial à Cida e à Heloísa, por terem me dado todo suporte necessário.

Também não poderia deixar de agradecer a todos que constroem e participam do Grupo de Pesquisa Ius Commune. Entre eles, agradeço especialmente àqueles que deixaram de ser colegas e se tornaram amigos. À Mayessa Costa, amiga que levarei para vida toda, pela parceria incondicional. À Kristal Moreira, amizade que foi fundamental no meu primeiro ano de mestrado, por ter me apoiado quando mais precisei. Ao Gustavo Rosa pela acolhida sem igual. Ao Ricardo Abraham por fazer questão de me incentivar e estar presente nos momentos importantes. À Kely Silva por ter me acolhido durante os primeiros meses, e ao Mário Barbosa e ao César Rodrigues pela parceria no dia a dia universitário. Também agradeço à Bruna

Benhardt por ser uma amiga tão presente com quem sei que posso contar. Ao Adrian Amaral por me presentear com um mouse e insistir para que eu usasse, o que de fato agilizou bastante a escrita, à Júlia Farah por ter me ajudado com os artigos em alemão e a todos amigos que me emprestaram livros e enviaram materiais buscando contribuir com a pesquisa.

Também preciso registrar minha gratidão às amizades de longa data que foram fundamentais durante o mestrado. Agradeço especialmente à Giulia Bolzani, que gentilmente traduziu o abstract desse trabalho, pelo afeto e apoio constantes. À Letícia Loyola por estar sempre presente na minha vida. À Renata Annes, à Priscila Villani, à Verônica Carvalho, à Rapha Lorite, à Julia Vidal, ao Rapha Portelinha, ao Lawrence Estivalet, à Ana Wzorek, ao Victor Romfeld e ao Lucas Muniz por serem amigos tão especiais. Ao Marcos Bonfim por compartilhar das dificuldades da reta final do mestrado e ao Lucas Balduino por toda parceria durante o desfecho da dissertação.

Por fim, agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento e Pesquisa – CNPq, por ter financiado essa pesquisa e priorizado o pagamento das bolsas de mestrado e doutorado após o corte orçamentário que o órgão sofreu no ano de 2019 em razão do (des) governo do atual Presidente da República. E também registro minha gratidão à Universidade Federal de Santa Catarina e a todos/as professores/as, estudantes e técnicos/as administrativos, que lutam pelo direito à educação pública, gratuita e de qualidade, na qual essa universidade é referência.

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo construir uma narrativa histórica da criminalização do autoaborto no Brasil entre os anos 1890 e 1940, a partir da categoria historiográfica denominada história das dimensões jurídicas da justiça. Nesse sentido, busca analisar o delito de aborto através do estudo das produções normativas, das teorias doutrinárias e dos processos criminais, de modo a verificar as diferentes concepções que envolviam a criminalização das práticas abortivas, procurando relacioná-las. Para isso, investiga diferentes fontes históricas, analisando propostas legislativas, manuais de direito, jornais de época, além dos autos criminais tramitados durante o período em Santa Catarina, disponibilizados pelo Museu do Tribunal de Justiça do referido Estado. A pesquisa revela que a tipificação do autoaborto no Código Penal de 1890 estava em consonância com outros diplomas criminais estrangeiros, de modo que parece ter sido inserida no código no sentido de modernizar a legislação, visto que foi pouco debatida entre os juristas brasileiros da época. Também demonstra que o advento da “Escola Positiva Italiana” não foi determinante à criminalização da conduta e que tampouco levou a utilização de argumentos deterministas sobre o comportamento feminino nos escritos jurídicos. A análise, ademais, evidencia a ausência de práticas punitivas extrajurídicas por parte dos aparatos judiciais, que pareciam pouco empenhados na persecução do delito, e indica as concepções sociais sobre as práticas abortivas, tendo em vista o protagonismo do núcleo social das acusadas na abertura dos inquéritos policiais. Por fim, a pesquisa demonstra que, a despeito das condenações morais, da ascensão dos saberes clínicos e dos discursos médico-normativos, os juristas procuravam afirmar a autonomia do direito tanto nas produções intelectuais quanto nas decisões judiciais proferidas nos processos criminais.

Palavras-chave: Criminalização do autoaborto. Código Penal de 1890. História do direito penal. História das dimensões jurídicas da justiça. Medicalização da justiça.

ABSTRACT

The objective of the research is to construct a historical narrative regarding the criminalization of auto abortion in Brazil between the 1890's e 1940's, parting from the historical category denominated history of the juridical dimension of justice. In this sense, the present work analyzes the crime of abortion through the study of the normative productions, doctrinal theories and criminal processes, thus verifying the different conceptions that involved the criminalization of abortion practices, seeking to relate them. To this end, different historical sources were investigated and legislative proposals, law textbooks and newspapers of the time were analyzed, as well as criminal trials held in Santa Catarina during the period, which were made available by the state's Tribunal of Justice's Museum. The research reveals that the classification of auto abortion in the Penal Code of 1890 was in consonance with other foreign criminal diplomas in such way that it seem as though it was inserted in the Penal Code to modernize the legislation, since it was little debated between the Brazilian jurists of the time. It also shows that the advent of the "Positivist Italian School" was not determinant to the criminalization of the conduct and neither to the utilization of determinist arguments about the female conduct in the juridical texts. The analyses, moreover, demonstrates the lack of extra juridical punitive practices from the juridical apparats, which seemed little committed in the prosecution of the crime and also indicates the social conception of the abortive practices since the social nucleus of the accused had a protagonism in the opening of the police investigation. Finally, the research reveals that, in regard to moral condemnations, regardless of the ascension of clinical knowledge and of the medical normative discourse, jurists sought to affirm the autonomy of the law both in intellectual productions as well as in the judicial decisions issued on the criminal cases.

Keywords: Criminalization of auto abortion. Penal Code of 1890. History of criminal law. History of the juridical dimension of justice. Medicalization of justice.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|-----|
| Figura 1: Decreto 157 de 19 de setembro de 1931 | 126 |
| Figura 2: Decreto 179 | 127 |
| Figura 3: O Código dos Interventores | 129 |
| Figura 4: Edital de convocação Juri | 130 |
| Figura 5: Secretaria do Interior e Justiça | 131 |
| Figura 6: Regulador Gesteira | 139 |
| Figura 7: Elixir 914 | 140 |
| Figura 8: Iodobisman | 146 |
| Figura 9: Infanticídio? | 153 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CLP Consolidação das Leis Penais

CP Código Penal

SCP Suspensão Condicional da Pena

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1.INTRODUÇÃO | 13 |
| 2.A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO ENTRE O FINAL DO SÉCULO XIX E COMEÇO DO XX: A EXCEÇÃO DO CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO DE 1830 E OS DEBATES EM TORNO DO CÓDIGO PENAL DE 1890 | 22 |
| 2.1.A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO NA EUROPA OCIDENTAL E NA AMÉRICA LATINA | 22 |
| 2.2.A EMERGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1890): UM NOVO ENFOQUE AO DELITO DE ABORTO PELA TIPIFICAÇÃO DA CONDUCTA FEMININA..... | 33 |
| 2.3.OS PROJETOS DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL (1890-1940) E AS DIFERENTES DEFINIÇÕES DO DELITO DE ABORTO..... | 39 |
| 2.3.1 O projeto de João Vieira de Araújo (1893): a proposta de descriminalização do autoaborto | 41 |
| 2.3.2 O projeto de Galdino Siqueria (1913): o aborto enquanto crime de perigo | 43 |
| 2.3.3 O projeto de Sá Pereira (1927): a proposta de definição legal do aborto enquanto morte do feto e a previsão de penas mais brandas | 47 |
| 2.3.4 Os projetos de código de Alcântara Machado (1938; 1940): o aumento das sanções ao delito de aborto e a proposta de excludente de licitude em caso de gravidez decorrente de estupro | 49 |
| 2.3.5 O delito de aborto nos projetos de reforma do Código Penal..... | 54 |
| 3.ENTRE MÉDICOS E JURISTAS: A “ESCOLA POSITIVA ITALIANA” E A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO | 56 |
| 3.1.A CONSTRUÇÃO DA MATERNIDADE CIENTÍFICA PELA MEDICINA E OS DISCURSOS MÉDICOS SOBRE A DELINQUÊNCIA FEMININA..... | 59 |
| 3.2.O ABORTO CRIMINOSO NA DOUTRINA ITALIANA: A CENTRALIDADE DO AUTOABORTO E A PROBLEMÁTICA DAS PROVAS | 67 |
| 3.2.1 O “Programma del Corso di Diritto Criminale” de Francesco Carrara (1872): a defesa do aborto enquanto “feticídio” | 67 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.2 “Elementi di Diritto Penale” de Enrico Pessina (1880): o aborto enquanto “abactio partus” | 73 |
| 3.2.3 A “Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza” de Luigi Lucchini (1884): a defesa da necessidade de comprovação da morte do feto | 73 |
| 3.2.4 O “Progetto del Codice Penale” de Zanardelli (1888): o aborto enquanto morte do feto | 79 |
| 3.2.5 O “Manuale teorico-pratico di Diritto Penale” de Puglia (1895): a defesa da mera expulsão do feto enquanto elemento suficiente à materialidade do delito | 81 |
| 3.2.6 “Il Codice Penale per il Regno D’Italia” comentado por Crivellari (1896): as dificuldades práticas da caracterização do aborto enquanto morte do feto | 83 |
| 3.2.7 “Aborto, infanticidio ed esposizione d’infante” de Balestrini (1888): a crítica positivista à criminalização do autoaborto | 87 |
| 3.2.8 A penalística civil e a centralidade das provas no debate italiano | 93 |
| 3.3.O CRIME DE ABORTO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: A PUNIÇÃO DO CONSENTIMENTO FEMININO E O ENFOQUE NAS DEFINIÇÕES CLÍNICAS ... | 97 |
| 3.3.1 “A nova Escola Penal” de Viveiros de Castro (1883) e a delinquência feminina: o espaço público enquanto fator de criminalidade | 98 |
| 3.3.2 “Figura jurídica do aborto” de Souza Lima (1898): a defesa da concepção de fruto da concepção enquanto feto | 101 |
| 3.3.3 Os comentários ao delito de aborto de Macedo Soares (1910): a crítica velada a Souza Lima | 103 |
| 3.3.4 O código comentado de Vieira de Araújo (1902): a crítica à criminalização do autoaborto e a defesa do termo “feticídio” | 105 |
| 3.3.5 Os comentários ao código penal de Galdino Siqueira (1932): o aborto enquanto provocação do parto prematuro | 110 |
| 3.3.6 O “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil” de Piragibe (1931): o aborto enquanto crime formal..... | 116 |

| | |
|---|------------|
| 3.3.7 A ausência de argumentos deterministas nos comentários ao delito de aborto da doutrina brasileira..... | 118 |
| 4.A MULHER NO BANCO DOS RÉUS: A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO EM SANTA CATARINA..... | 121 |
| 4.1.CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CRIMINAL DE SANTA CATARINA NA PRIMEIRA REPÚBLICA..... | 122 |
| 4.1.1 O Estado de Santa Catarina nos primeiros anos da República e a competência estatal para legislar em matéria processual | 122 |
| 4.1.2 A permanência do Código Judiciário de 1928 em matéria processual durante a década de 1930..... | 127 |
| 4.1.3 O processo penal em Santa Catarina (1931-1942)..... | 133 |
| 4.2 AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO NOS PROCESSOS DE ABORTO | 138 |
| 4.2.1 A participação de profissionais da saúde nos processos de aborto: dos exames periciais aos depoimentos | 143 |
| 4.2.2 Do falatório da vizinhança ao acionamento dos aparatos judiciais: a pedagogia do escândalo como concepção social de justiça..... | 155 |
| 4.2.3 O problema das provas nos processos de aborto e a autonomia do direito perante o julgamento social das acusadas..... | 164 |
| 5.CONCLUSÃO | 175 |
| REFERÊNCIAS..... | 184 |

1. INTRODUÇÃO

A problemática do aborto induzido passou a ser discutida no Brasil na década de 70, com o fortalecimento do movimento feminista no país frente ao regime ditatorial (BARSTED, 1991). No meio acadêmico, iniciou-se a discussão acerca da sexualidade da mulher, enquanto que na área médica, estudos revelaram dados estatísticos sobre a incidência do aborto nas camadas populares, alertando que a criminalização gerava um problema de saúde pública (BARSTED, 1991).

No entanto, foi somente a partir da década de 80 que a descriminalização virou pauta política a ser defendida publicamente. Através da “campanha nacional pela descriminalização do aborto” (BARSTED, 1991, p.111), o tema passou a ganhar espaço na imprensa, nos partidos políticos e até nos grupos religiosos. De um lado, o movimento feminista defendia a autonomia do corpo da mulher e a laicidade do Estado, bem como buscava demonstrar que a prática do aborto era uma realidade na cultura feminina, de forma que os efeitos da criminalização só chegavam às camadas mais pobres da população. De outro, os setores mais conservadores da Igreja Católica enrijeciam sua postura dogmática, pleiteando a total criminalização do aborto, mesmo nas hipóteses legais previstas (BARSTED, 1991).

A criminalização do aborto no Brasil, assim como na América Latina¹, voltou a ser alvo de discussão nos últimos anos. Os movimentos feministas vêm reivindicando a legalização da conduta, defendendo que o tema deve ser abordado enquanto um problema de cunho social, mais especificamente de saúde pública. Diante da ineficácia da criminalização na diminuição da prática entre as mulheres (DINIZ, et. al, 2016; SINGH et. al, 2017), bem como do alto número de abortos ilegais realizados em condições de insegurança, sobretudo entre as mulheres pobres (DINIZ et. al, 2016), e o conseqüente alto índice de morte materna em decorrência da prática (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009; 2012²), a legalização do aborto continua se

¹ A título de exemplo, o Uruguai não só descriminalizou o aborto provocado como legalizou a prática em outubro de 2012. Esse ano, o movimento feminista argentino intitulado “Ni una a menos” mobilizou toda América Latina em torno da votação do projeto de lei que reconheceria o aborto enquanto um direito da mulher. O projeto foi aprovado na Câmara Legislativa, mas foi barrado pelo Senado argentino.

² As pesquisas feitas pelo Ministério da Saúde indicam que o aborto está entre o cinco principais fatores de morte materna. Na pesquisa feita em 2012, as hemorragias aparecem como a segunda causa que mais mata gestantes, enquanto que os abortamentos ocupam a quinta posição. Em razão do aborto provocado ser proibido no Brasil, pode-se considerar que parte dos números

mostrando a mais eficaz solução à problemática (GRIMES, et. al., 2014; SINGH et. al, 2017), à medida que garantiria a segurança do procedimento clínico, elucidaria suas condições e consequências à paciente e ainda proveria informações sobre os serviços estatais de pré-natal e de fornecimento de métodos contraceptivos.

O tema passou a circular no país, gerando debates diversos, sobretudo a partir da interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal de número 54 (ADPF 54), através da qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a interrupção da gravidez em caso anencefalia fetal enquanto uma hipótese legal de aborto. As discussões se intensificaram com o julgamento, realizado em novembro de 2016, do Habeas Corpus 124.306 proveniente do Estado do Rio de Janeiro, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual afastou a prisão preventiva dos acusados pela prática de aborto perante a justificativa de que a criminalização da conduta seria incompatível com diversos direitos fundamentais³, e da interposição da ADPF 442 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), no final do ano de 2017, pleiteando a descriminalização da conduta sob a mesma linha argumentativa, sustentando, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos penais. Em que pese a referida ação reconhecer os entraves morais que a pauta da legalização do aborto enfrenta, deixou de contextualizá-las no tempo e no espaço, tomando-as como atemporais. Em outras palavras, não se buscou analisar o momento histórico em que o aborto passou a ser criminalizado no Brasil, em sua multiplicidade de discursos sociais e práticas jurídicas, tampouco houve referências ao Código Penal de 1890, o primeiro a criminalizar a mulher que desse fim à própria gestação.

Isso, porém, não é uma particularidade da peça jurídica em questão. De modo geral, no debate sobre a legalização da conduta, a criminalização é tratada de forma a-histórica, como se o aborto provocado sempre tivesse sido considerado ilegal e em razão dos mesmos fundamentos morais que são invocados atualmente. Assim, contraditoriamente, o movimento em favor da descriminalização do aborto acaba por adotar uma visão tradicional do delito que procura naturalizar a legislação vigente através de uma retrospectiva histórica factualista, que busca encobrir as escolhas

relativos às hemorragias esteja associada a procedimentos abortivos malsucedidos que foram identificados enquanto hemorragias como forma de encobrir a cumplicidade ou o auxílio na realização de práticas ilegais.

³ Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: nov/2018.

políticas atuais com fatos históricos descontextualizados, justificando-as no suposto enraizamento de costumes.

Essa perspectiva busca elencar fatos e criar relações de causa e efeito entre eles, como se os acontecimentos históricos estivessem todos conectados em uma linha onde um evento desencadearia o outro. Trata-se de uma narrativa tradicional das introduções históricas dos manuais jurídicos, ao menos desde o final do século XIX. Nesse sentido, Galdino Siqueira (1932) ao comentar a primeira legislação brasileira que passou a criminalizar a mulher que interrompesse a própria gestação, sustentou que o aborto era penalizado desde o Império Romano, quando Septimo Severo determinou que a mulher casada que praticasse aborto deveria ser penalizada por ofender o direito do marido à prole, e que foi o cristianismo que introduziu a concepção do feto enquanto uma entidade a ser protegida. O autor, assim, desconsiderou todas as especificidades do direito romano enquanto um ordenamento jurídico pré-moderno, além de ignorar o lapso temporal de mais de mil e quinhentos anos entre o governo de Séptimo Severo e a outorga do Código Penal de 1890 e todas as diferentes relações estabelecidas com as práticas abortivas durante esse período, desprezando, ademais, as particularidades da história do Brasil, que está bastante distante do antigo Império Romano.

É importante destacar que o primeiro diploma legal a criminalizar o aborto no país foi o Código Criminal de 1830, primeira codificação brasileira após a Independência, para além da Constituição de 1824. Até sua promulgação os crimes eram disciplinados pelas Ordenações Filipinas e nessas não havia qualquer menção às práticas abortivas. O autoaborto, portanto, não era considerado crime no Império. Esta conduta só passará a ser tipificada sessenta anos depois, após a Proclamação da República, no Código Criminal de 1890.

Essa inovação legal, que inaugura a criminalização das mulheres pela prática de aborto, apesar de ser um fato de suma relevância, é comumente ignorado nos debates e pesquisas sobre o tema. Não se procura explorar o contexto jurídico-social em que se outorgou o Código Penal de 1890, encobrendo-se os debates doutrinários, as discussões políticas e os projetos sociais que circundaram a tipificação da conduta. Do mesmo modo, são escassas as pesquisas sobre aplicação dos dispositivos penais pelo Judiciário. Pouco se sabe sobre como eles eram interpretados pelos aparatos

legais nos anos seguintes à criminalização do aborto, nem como sua aplicabilidade afetava a vida das mulheres que foram acusadas.

As pesquisas já realizadas sobre o tema são restritas às áreas de história e antropologia. Esses trabalhos, de modo geral, sustentaram a existência de uma relação entre medicina e direito, alegando que ela teria sido fundamental à criminalização da mulher pela conduta de interromper a própria gestação. Nesse sentido, Rohden (2003) demonstrou a existência de uma mobilização de parte da comunidade médica pela criminalização do aborto, enquanto que Vazquez (2014) sustentou que argumentos baseados no determinismo biológico teriam sido utilizados nos processos criminais do Paraná em razão da ascensão da “Escola Positiva Italiana”. Já Pedro (2004) relacionou o desenvolvimento da medicina à criminalização de práticas costumeiras como o aborto provocado, concluindo que os juízes catarinenses teriam atuado com vistas a uma pedagogia higienista, de modo a avaliarem moralmente o comportamento das acusadas.

Essas pesquisas, entretanto, não se propuseram a analisar juridicamente o fenômeno, tampouco investigaram os escritos jurídicos sobre o tema para confirmarem se, de fato, as opiniões médicas sobre o aborto eram compartilhadas amplamente pela comunidade jurídica. Tendo em vista esse vazio, buscamos verificar nessa dissertação se, de fato, o desenvolvimento da ciência biológica calcado em argumentos deterministas e as reivindicações da comunidade médica adentraram aos discursos jurídicos sobre o delito de autoaborto e, em caso positivo, como o fizeram. Considerando, ademais, a emergência da chamada “Escola Positiva Italiana” durante o período histórico estudado, nos propomos a investigar como suas ideias circularam no Brasil, sobretudo naquilo que diz respeito ao nosso objeto de pesquisa.

De modo geral, nossa pesquisa tem por objetivo realizar uma narrativa da história da criminalização do autoaborto no Brasil, no período relativo aos anos 1890 e 1940, considerando a história dos aparatos institucionais e dos discursos jurídico-sociais que envolveram o tema, na tentativa de analisá-los conjuntamente. Nos utilizamos de fontes históricas diversas, buscando a construção de uma narrativa complexa acerca do nosso objeto, de modo a analisar não só os dispositivos legais criminalizantes, mas também o contexto em que foram elaborados, a forma como eram interpretados pela doutrina e o modo como eram aplicados pelo Judiciário.

Tendo em vista os objetivos propostos, no primeiro capítulo verificamos se a tipificação do autoaborto no Brasil no final do século XIX foi um fenômeno isolado ou se estava inserido em um contexto global. Ademais, buscamos analisar como a conduta era prevista em catorze legislações estrangeiras de países diversos, de modo a melhor compreender as opções legislativas brasileiras. Ainda verificamos as propostas de modificação dos dispositivos que criminalizavam o aborto nos projetos de código apresentados ao longo da vigência do diploma penal de 1890, no intuito de perceber se a criminalização do autoaborto fora objeto de críticas.

Já no segundo capítulo, procuramos analisar a literatura jurídica nacional existente sobre o tema no período a ser estudado, tendo em consideração a circularidade de ideais entre as obras dos principais doutrinadores que comentaram o crime de aborto e a doutrina estrangeira (composta praticamente apenas por autores italianos), buscando compreender como o delito era interpretado e percebido pelos juristas e como esses se utilizavam das ideais italianas. Assim, de início realizamos uma breve revisão bibliográfica das principais pesquisas que investigaram as teses médicas sobre as práticas abortivas, bem como analisamos a obra “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (2018 [1893]) de Césare Lombroso e Guglielmo Ferrero, de modo a demonstrar a presença de discursos normativos na produção intelectual médica, sobretudo no que diz respeito ao comportamento social feminino. Em seguida, estudamos as obras dos autores italianos citados pelos juristas brasileiros, buscando problematizar a polarização entre a “escola clássica” e a positiva durante a análise dos diferentes conceitos conferidos ao delito (o aborto como provocação do parto prematuro, morte ou expulsão do feto). Neste capítulo também nos debruçamos sobre o estudo da doutrina nacional, procurando perceber como se deram os diálogos com a produção jurídica italiana, bem como as particularidades do tratamento jurídico conferido ao delito de aborto pelos juristas brasileiros.

Por fim, no terceiro capítulo nos dedicamos à investigação dos autos criminais tramitados entre os anos de 1890 e 1940 em Santa Catarina, local onde se desenvolveu o presente trabalho. Para isso, realizamos uma breve pesquisa sobre a reestruturação da organização judiciária catarinense após a Proclamação da República, buscando compreender como se dava o rito processual penal a partir dos códigos judiciais catarinenses. Feita essa breve explanação instrumental à compreensão dos autos criminais a serem trabalhados, passamos à análise da participação dos profissionais de saúde durante a persecução penal do delito de

aborto, buscando perceber como as relações entre direito e medicina se manifestavam nos processos. Em seguida, analisamos a participação social nos autos criminais de aborto, dando especial enfoque aos depoimentos prestados pelas testemunhas, em sua maioria vizinhos ou pessoas que faziam parte do convívio das acusadas, no intuito de perceber como a comunidade social via as práticas abortivas e o acionamento dos aparatos judiciais. Por fim, buscamos demonstrar como a insuficiência de provas foi utilizada como argumento central às sentenças absolutórias, ainda que médicos e testemunhas buscassem atestar a ocorrência do delito.

Nosso trabalho, portanto, se propôs a uma narrativa histórica da criminalização do autoaborto no Brasil, a partir de categorias jurídico-históricas. Assim, de início, é importante destacar que rejeitamos o paradigma positivista na metodologia da história, à medida que reconhecemos que o fato de trabalharmos com documentos oficiais, como os processos criminais, e obras de juristas renomados da época, não nos leva a possibilidade de uma interpretação única ou de uma análise asséptica das fontes. Pietro Costa é certo ao afirmar que toda “observação é necessariamente ‘sobrecarregada de teoria’” (2010, p.20), sendo inevitável perceber os fatos “através da mediação da cultura, da linguagem, do saber próprios do ambiente histórico e da camada profissional aos quais se pertence” (2010, p.20).

Não se teve, portanto, a pretensão de recompor os fatos tais quais ocorreram ou avaliar o mérito dos julgamentos – até porque se trataria de uma tarefa um tanto ambiciosa e absolutamente impossível. Nesse sentido, adotamos a concepção de Paolo Grossi, para quem “os institutos jurídicos são antes de tudo uma mentalidade” (2009, p.19). O que se buscou, através da análise dos arquivos, foram os discursos neles presentes, por compreendermos que esses eram capazes de nos revelar as concepções acerca do crime de autoaborto, a expectativa normativa sobre os comportamentos femininos, bem como o tratamento penal conferido às mulheres.

Compartilhamos da visão de Grinberg (2009), de que os processos usualmente estão carregados de versões múltiplas acerca dos fatos, que muitas vezes são modificadas de um depoimento para o outro. Comportam, assim, narrativas descontínuas, que evidenciam a complexidade inerente ao fato histórico. Apesar de, em grande parte das vezes, não podermos saber quais versões foram honestas e quais foram simuladas, é preciso perceber que os discursos em si são enriquecedores, pois nos revelam os comportamentos esperados ou socialmente

aceitos, os julgamentos morais, as “histórias nas quais as pessoas acreditam e àquelas nas quais não se acredita” (2009, p.128).

Com esse mesmo propósito procuramos trabalhar, cumulativamente, com uma perspectiva epistemológica feminista. Nos propomos a utilização do gênero enquanto categoria de análise, cuja teórica principal é Joan Scott (1989). A autora propôs uma historiografia que busque compreender as relações sociais, bem como seus contextos específicos, partindo da ideia de gênero⁴ enquanto referência ao poder político concebido. Para ela, utilizar o gênero enquanto categoria analítica seria aprofundar os sentidos construídos sobre masculino e feminino em determinado contexto histórico-social, abandonando “a noção a-histórica, se não essencialista, de mulheres” (1989, p.18). Nesse sentido, buscamos analisar nosso objeto de estudo de forma a verificar as concepções sociais e jurídicas do conceito de “mulheres” e as suas possíveis implicações nas teorias doutrinárias e no decurso dos autos criminais.

A partir dessas perspectivas, a análise documental, tanto da doutrina quanto dos autos criminais, se deu no sentido verificar como o autoaborto era social e juridicamente percebido, quais casos eram considerados mais justificáveis ou condenáveis (para além das disposições legais), quais os discursos presentes pró e contra a criminalização, como se dava a persecução penal das acusadas, se havia e como se configurava a circularidade de ideais com a doutrina estrangeira. Esses elementos são essenciais à análise jurídica, à medida que nos permitem compreender o fenômeno jurídico penal de forma mais ampla, a partir da perspectiva de sujeitos múltiplos – o que Mário Sbriccoli denominou de “o penal” (2011), enquanto o conjunto de “pratiche che hanno il compito di comporre le necessita` dell’ordine con le occorrenze del potere, insieme a quello di tenere in prudente equilibrio le mutevoli pretese della repressione con le ragionevoli aspettative dei consociati” (2009c, p.1310-1311).

Nesse sentido, nos apropriamos da categoria historiográfica intitulada como “história das dimensões jurídicas da justiça”, a partir da qual buscamos esboçar as relações entre as dimensões formais e materiais do fenômeno jurídico, contrapondo os institutos e aparatos legais às concepções materiais de justiça (MECCARELLI,

⁴ Para Scott (1989) gênero é um saber, uma percepção baseada nas diferenças percebidas entre os sexos, de modo a hierarquiza-las, constituindo-se na forma primeira de significar as relações de poder. Destas relações de poder, emerge uma posição dominante, a qual se declara como a única possível, levando à construção de narrativas históricas uníssonas, como se “as posições normativas fossem o produto de um consenso social e não de um conflito” (1989, p.21).

2015). Essa chave interpretativa possibilitou observar o objeto de pesquisa por diversos ângulos - de um lado enquanto história do pensamento jurídico, de outro como história da justiça criminal, seja esta compreendida como aparato ou discurso penal (NUNES, 2017).

Estudar os aparatos da justiça significa construir uma narrativa histórica das normas, técnicas e procedimentos, percebendo, ao mesmo tempo, seu funcionamento intrínseco na organização geral e no exercício efetivo dos poderes em uma determinada sociedade (COSTA, 2012). Por de trás da operacionalidade dos aparatos, no entanto, há quem os opera. Assim a história da justiça não é só dos aparatos, mas também das pessoas que os compõem. Nesse sentido, precisamos compreender a formação social, cultural e profissional dos quadros institucionais (COSTA, 2012). Conforme elucida Costa, “capire che cosa fanno i giudici (come intervengono sul conflitto e come lo compongono) è in realtà capire che cosa essi dicono”⁵ (COSTA, 2012, p. 26), pois ao dizerem, estão atuando. Assim como os demais atores processuais, a manifestação do juiz é sua ação, à medida que a dimensão performativa é uma das características primordiais do discurso jurisprudencial. Quem move os aparatos são (tradicionalmente) homens empenhados em dizer o direito (COSTA, 2012). O discurso da justiça, no entanto, não pode ser tratado de forma singular, pois ele transcende as manifestações institucionais, englobando uma multiplicidade de imagens, teorias e representações da justiça. Em nossa pesquisa, nos atemos aos textos, tanto aqueles que pretendiam representar uma “verdade” sobre o objeto, que pretendiam trazer conhecimento sobre o tema, quanto aqueles que estavam diretamente envolvidos na prática jurídica, que buscaram torcer uma argumentação em prol de uma decisão interessada⁶. Assim, buscamos confrontar o mundo ideal, prescrito pelos doutrinadores e pelas normas, e o mundo real, onde o direito se materializava, na tentativa de construir uma narrativa capaz de considerar a complexidade do nosso objeto.

Para tanto, iniciaremos com a análise das produções normativas sobre o delito de aborto, em seguida adentraremos ao estudo da doutrina jurídica buscando verificar como os dispositivos legais eram interpretados, para então analisarmos os processos

⁵ Em tradução livre: “entender o que os juízes fazem (como eles estão envolvidos no conflito e como eles o inventam) é realmente entender o que eles dizem”.

⁶ Essa distinção entre textos de conhecimento e textos de práxis é abordada por Pietro Costa em texto já referenciado (2012).

criminais, de modo a relacionarmos as diferentes dimensões jurídicas do delito de aborto na conclusão da pesquisa.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO ENTRE O FINAL DO SÉCULO XIX E COMEÇO DO XX: A EXCEÇÃO DO CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO DE 1830 E OS DEBATES EM TORNO DO CÓDIGO PENAL DE 1890

O autoaborto foi tipificado no Brasil a partir do Código Penal de 1890. Até então, pela redação do Código Criminal de 1830, apenas era considerado crime “ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada” (BRASIL, 1830), sendo a pena majorada caso não houvesse consentimento da gestante. Assim, em 1890, passou-se a classificar enquanto crime de aborto dois tipos penais: o aborto realizado por terceiro e aquele praticado pela mulher – o qual nos referimos enquanto “autoaborto”.

Com o objetivo de compreendermos os contextos nos quais essa mudança legislativa se deu, naquele determinado momento histórico, analisaremos, inicialmente, alguns códigos penais estrangeiros, de modo a verificar se a tipificação do autoaborto foi um fenômeno isolado no Brasil ou se estava inserido em um contexto global, abrangendo os países da América Latina e da Europa Ocidental. Posteriormente, exploraremos o processo de elaboração do Código Penal de 1890, bem como as alterações provocadas na concepção do delito pela sua outorga, para, por fim, analisarmos nesse capítulo os projetos de código criminal de João Vieira de Araújo (1893), Galdino Siqueira (1913), Virgílio de Sá Pereira (1928; 1930) e Alcântara Machado (1938; 1940), no sentido de verificarmos se a criminalização do aborto foi alvo de discussões por essas propostas legislativas.

2.1. A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO NA EUROPA OCIDENTAL E NA AMÉRICA LATINA

O processo de codificação moderna se deu no início do século XIX, no contexto europeu, após as transformações oriundas das revoluções burguesas, cujo marco foi a Revolução Francesa de 1789, a partir das quais se estabeleceram ordenamentos jurídicos sistemáticos baseados no princípio da legalidade. A França é considerada o primeiro país a elaborar um código criminal em sentido moderno, com a publicação do código napoleônico, em 1810 (NUNES, 2018), seguida pela Espanha, cujo primeiro diploma penal data de 1822. No entanto, foi a partir da segunda metade do século XIX, que a maior parte dos países europeus passou a dispor de um código penal em

seus ordenamentos. Desse modo, o primeiro código criminal de Portugal foi publicado em 1852, mesmo ano que a Áustria instituiu o seu diploma, já o da Bélgica data de 1867; da Hungria, de 1878; da Holanda, de 1881, da Itália, de 1889⁷. Na América Latina, o processo de codificação penal foi contemporâneo ao europeu, concentrando-se nas décadas finais do século XIX⁸, de forma que o Código Criminal do Império do Brasil de 1830 foi um dos pioneiros.

Nesse primeiro momento, buscaremos realizar uma análise sintética a partir da comparação de algumas dessas legislações, com o intuito de verificar se o autoaborto foi tipificado em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros durante o século XIX. Para isso, trabalharemos com catorze diplomas penais de países europeus e latino-americanos. Assim, não faremos uma análise exaustiva de todos os códigos penais desses continentes, tampouco buscaremos analisar os contextos locais e os ordenamentos jurídicos em suas especificidades. Na verdade, nosso objetivo com essa análise comparada é mais modesto, à medida que buscamos tão somente verificar se a tipificação do autoaborto no código penal brasileiro de 1890 estava inserida em um contexto mais amplo. Por esse motivo, as legislações que nos serviram como fonte não foram escolhidas em razão das possíveis relações ou influências que elas tiveram com o diploma penal brasileiro – pelo contrário, buscaremos perceber se outros países, a despeito de suas especificidades e conjunturas locais, criminalizaram a conduta nesse período e como a tipificaram, de modo que possamos questionar se as particularidades do contexto brasileiro foram determinantes ao fenômeno a ser analisado.

Utilizaremos como fonte, além do código penal francês de 1810 e do espanhol de 1822, os diplomas penais do Haiti (1835), de Portugal (1852), da Áustria (1852), do Chile (1874), de Cuba (1879), da Argentina (1886), da Guatemala (1889), da Itália (1889) e da Colômbia (1890), além dos dispositivos penais que criminalizavam o aborto transcritos dos códigos penais da Hungria (1878), da Holanda (1881) e da Bélgica (1867), pelo jurista italiano Luigi Lucchini (1884), em sua definição de “aborto procurato”, no Digesto Italiano de 1884.

⁷ Antes da unificação do direito penal italiano, o Código Sardo de 1859 também pode ser considerado como um código no sentido moderno do termo.

⁸ Apenas como forma de ilustração, o primeiro código penal da Venezuela é de 1863, o do Equador de 1872, o do Chile data de 1874, o de Cuba de 1879, o da Argentina de 1886, o da Guatemala de 1889, o da Colômbia de 1890 e o do Uruguai foi publicado em 1898.

A partir da análise dessas legislações, é possível afirmar que a criminalização do autoaborto foi um fenômeno internacional durante o século XIX, no qual o Brasil certamente não foi pioneiro. O “Code Pénal” francês de 1810, já previa que a mulher que praticasse aborto em si ou tivesse consentido com a sua realização, deveria responder em igual pena ao terceiro que realizasse manobras abortivas:

Article 317. Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. **La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi** (FRANÇA, 1810, grifos nossos).

Também o “Código Penal Español” de 1822, em seu artigo 640, tipificava a conduta de modo semelhante. Assim, antes mesmo da elaboração do Código Criminal do Império, de 1830, já existiam legislações que criminalizavam a conduta da mulher em dar fim à própria gestação. Ademais, é inegável que tais codificações eram conhecidas por juristas brasileiros do período. O código napoleônico, inclusive, foi uma das fontes legislativas que permearam os projetos que culminaram no Código Criminal de 1830 e, apesar da autonomia da legislação brasileira frente ao modelo francês (como reforçam as diferenças mencionadas ao tipo penal do aborto), ela também demonstrou similaridades (NUNES, 2018). Do mesmo modo, é possível afirmar que um dos protagonistas do processo legislativo, Pereira Vasconcelos, teve acesso ao Código Penal Espanhol de 1822, e o utilizou na elaboração de seu projeto de codificação (COSTA, 2013).

Assim, a existência de dois códigos penais anteriores a 1830, que criminalizavam o autoaborto, e que se constituíram em fontes importantes para a elaboração do Código Criminal do Império, demonstra que os legisladores optaram por não tipificar aquela conduta. As razões para tal escolha, no entanto, são desconhecidas. Trata-se de um tema de pesquisa a ser explorado, à medida que não há investigações no sentido de verificar se a criminalização do autoaborto foi objeto de discussão pelas comissões do Senado e da Câmara que examinaram os projetos de código criminal apresentados por José Clemente Pereira e Bernardo Pereira Vasconcelos, nem se há distinções nesse sentido entre um projeto e outro. Tendo em vista os limites dessa pesquisa, cujo objeto é o Código Penal de 1890, manteremos

essa lacuna em aberto, já que nos importa compreender a tipificação (e não a ausência de previsão criminal) do autoaborto no Brasil.

Pela redação do Código Criminal de 1830, a conduta feminina na tipificação do delito de aborto só era relevante para a graduação da pena, à medida que a falta de consentimento por parte da mulher que sofresse o aborto provocado implicava na duplicação da sanção:

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 (BRASIL, 1830).

O mero fornecimento de substâncias ou instrumentos abortivos já configurava o delito, independentemente do consentimento da mulher e da efetivação do aborto. Nesse caso, se os meios fossem fornecidos por pessoas que trabalhassem com a área da saúde, as penas também seriam duplicadas:

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 (BRASIL, 1830).

São esses artigos que tratavam do delito no Código do Império, o qual incluía o aborto no capítulo “Dos crimes contra a segurança da pessoa, e da vida”. Pela leitura dos dispositivos, podemos perceber dois tipos penais distintos englobados pelo delito. Cometer um aborto, no sentido jurídico do termo, poderia se referir tanto à provocação da interrupção da gravidez, quanto ao mero fornecimento dos meios abortivos. Assim, segundo o artigo 199, seria imprescindível o resultado da conduta – como no código penal francês de 1810. Enquanto que para o artigo 200, a efetivação do aborto não era relevante ao tipo penal, visto que se buscava punir o fornecimento dos meios, em orientação semelhante ao código espanhol de 1822. Perceba-se, ademais, que o mero provimento de métodos abortivos era considerado mais grave do que a efetiva provocação do aborto, visto que o tempo de sanção imposto a essa conduta era maior. Enquanto que ao artigo 199 era prevista pena de prisão com trabalho de um a cinco anos, ao artigo 200, que tipificava o aborto enquanto crime de mera conduta, a pena era de dois a seis anos. De todo modo, a leitura dos dispositivos deixa claro que não há qualquer previsão de pena à mulher que procurasse dar fim à própria gravidez.

Já nos catorze diplomas penais analisados, o autoaborto foi criminalizado, bem como as práticas abortivas realizadas por terceiro, sendo ambas condutas consideradas tipos criminais distintos que configuravam o delito de aborto⁹. Em todas as legislações citadas, a diferença entre um tipo penal e outro não estava na conduta, mas no sujeito que a praticasse. Quanto à classificação do delito, o código penal do Chile de 1874, foi um dos únicos¹⁰ a não incluir o aborto no capítulo relativo aos crimes contra a pessoa, classificando-o enquanto uma conduta contra a ordem das famílias e contra a moralidade pública. Ainda que a maior parte dos códigos classificasse o delito de forma semelhante, as definições sobre em que consistia a ação de praticar aborto variavam. Nesse sentido, a pesquisa comparada também permitirá uma melhor compreensão do conceito de aborto adotado pelo ordenamento brasileiro e dos entendimentos da doutrina jurídica sobre o tema¹¹.

De modo geral, pode-se perceber nas legislações analisadas, dois conceitos distintos ao delito de aborto¹², ou seja, duas compreensões diversas sobre em que consistia a ação a ser incriminada¹³. O primeiro, menos frequente, entendia que o delito se consumava pelo mero empregar dos meios abortivos. Assim, bastava que a mulher estivesse grávida e que ingerisse substâncias ou praticasse atos com o fim de provocar a interrupção da gravidez. Desse modo, ainda que o aborto não se realizasse, a conduta era punida, visto que os meios haviam sido aplicados. Prescindia-se, assim, do resultado, constituindo-se em crime de mera conduta, de modo que caso o aborto se efetivasse, as penas seriam maiores. Essa concepção foi

⁹ Em termos dogmático-jurídicos, verificou-se que nessas legislações o delito de aborto sempre compreendia dois tipos penais distintos, cuja diferença se dava quanto ao sujeito ativo, sendo um tipo de mão própria (que só podia ser praticado pela mulher em seu próprio corpo) e outro comum (que podia ser praticado por qualquer pessoa que não a gestante). Assim, o fato de o autoaborto ter sido praticado com auxílio de terceiro, por exemplo, não era previsto como uma condição agravante ou majorante da pena, nas legislações estudadas. Tratavam-se sempre de tipos penais distintos e independentes classificados como crime de aborto.

¹⁰ Não tivemos acesso a íntegra dos códigos da Bélgica (1867), da Hungria (1878) e da Holanda (1881), de modo que não podemos afirmar em qual capítulo o delito de aborto estava inserido nessas legislações.

¹¹ O que será melhor abordado no capítulo dois.

¹² A mera análise dos dispositivos penais do código penal da Holanda de 1881, transcritos por Lucchini (1884), não permite afirmar em que consistia o delito de aborto àquele ordenamento, à medida que ele dispunha que o crime consistia em “produre l'aborto o la morte del suo feto” (LUCCHINI, 1884, p.108). Desse modo, segundo a legislação húngara seria possível realizar um aborto sem que houvesse o resultado morte. Entretanto não havia elementos na redação do tipo, que definissem a conduta de provocar um aborto enquanto aplicação dos meios abortivos ou, por exemplo, como expulsão prematura do feto.

¹³ Não estamos nos referindo a dois conceitos distintos à palavra “aborto”, mas sim à definição do delito, ou seja, do tipo criminal. Pela redação dos códigos, parece que em todos entendia-se que abortar era interromper a gravidez.

adotada pelo código penal da Espanha, em 1822, sendo incorporada em redação praticamente idêntica pela Colômbia em 1890. Assim, dispunha o diploma espanhol:

Art. 639. El que empleando voluntariamente y á sabiendas alimentos, bebidas, golpes, ó cualquier otro medio análogo, procure que alguna muger embarazada aborte, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusion de dos á seis años. Si lo hiciera con consentimiento de la muger, será la reclusion de uno á cuatro años; si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusion de seis á diez años en el primer caso, y de cuatro á ocho en el segundo (ESPANHA, 1822).

A definição do delito de aborto enquanto mero emprego dos meios não parece ter sido dominante entre as nações estudadas. Portugal (1852), Bélgica (1867), Hungria (1878), Itália (1889), Chile (1879), Cuba (1879), Guatemala (1889), Argentina (1886) e Haiti (1835) adotaram o mesmo conceito cunhado pelo código francês de 1810, segundo o qual abortar significava interromper forçadamente a gravidez. Com exceção do Haiti, cuja redação do artigo que tipificava a conduta era praticamente uma cópia do “Código Penal” de 1810, os demais diplomas legais tipificaram a conduta de formas diversas e particulares – mas fato é que em todos o aborto era um crime de resultado, não bastando a mera aplicação dos meios. Ainda que alguns compreendessem a possibilidade de tentativa, a consumação do crime não estava no emprego de métodos abortivos, mas sim na morte ou na expulsão prematura do feto ou do produto da concepção¹⁴.

Note-se que a definição do que seria o resultado do crime variava entre essas legislações. A legislação húngara de 1878, por exemplo, entendia que o delito consistia em provocar o aborto ou a expulsão do feto. A simples leitura do dispositivo não permite afirmar se os húngaros consideravam necessário que o feto expulso estivesse morto. Já o diploma austríaco (1854), o definia como a ação de causar o aborto de seu próprio feto ou provocar o parto de modo que a criança nasça morta¹⁵.

¹⁴ Os termos “feto” e “produto da concepção” foram alvo de debate pelos doutrinadores brasileiros (e também pelos italianos), sendo conceituados de formas distintas a partir de definições clínicas do que seria um feto. Assim, nessa explanação os termos aparecem em relação de alternância, pois não podemos afirmar, a partir da mera leitura dos dispositivos penais das legislações analisadas, se os juristas locais entendiam que o delito de aborto consistia na morte ou expulsão do feto ou do mero produto da concepção. Essa diferenciação entre um termo e outro será retomada no capítulo dois.

¹⁵ “§. 144. Abtreibung der eigenen Leibesfrucht. Eine Frauensperson, welche absichtlich was immer für eine Handlung unternimmt, wodurch die Abtreibung ihrer Leibesfrucht verursacht, oder ihre Entbindung auf solche Art, daß das Kind todt zur Welt kommt, bewirk wird, macht sich eines Verbrechens schuldig” (ÁUSTRIA, 1854).

Os demais códigos apenas se referiam a ação de provocar um aborto, deixando em aberto a necessidade de expulsão do produto da concepção.

O fato dessas legislações definirem o aborto como um crime de resultado não significa que nelas não havia dispositivos relativos à venda e à administração de substâncias abortivas. Pelo contrário, parecia existir, ao menos no âmbito legal, um forte apelo sanitário durante o período, que se manifestava na previsão de delitos que buscavam responsabilizar médicos e farmacêuticos que não seguissem os protocolos e formalidades impostos pela lei. Tratava-se dos crimes contra a saúde pública. No código português de 1848, um desses delitos fazia menção direta às substâncias abortivas:

Art. 248.º Aquelle que, sem legitima auctorisação vender, ou expozer á venda, ou subministrar substancias venenosas ou abortivas; ou sem as formalidades requeridas pelos respectivos regulamentos, quando for legitimamente auctorisado, será punido com prisão de seis mezes até dois annos, e mulcta correspondente (PORTUGAL, 1848).

No rol de delitos contra a saúde, é possível perceber uma reiterada menção aos boticários associada a venda e prescrição de substâncias perigosas à saúde. Assim, estavam comumente associados a “drogas” e “substâncias venenosas”, entre as quais poderiam ser classificados os abortivos. Nesse sentido, parecia comum a previsão de penas àquele que manipulasse remédios, de forma a alterar dosagens ou trocar uma substância por outra, não respeitando as receitas médicas¹⁶. O código penal espanhol de 1822, por exemplo, tinha um capítulo dedicado somente a “los boticarios que venden ó despachan venenos, drogas ó medicamentos prejudiciales á la salud sin receta de facultativo aprobado, ó equivocando lo que este haya dispuesto” (ESPANHA, 1822, p.74).

A maior parte dos códigos analisados¹⁷ ainda determinava que os profissionais de saúde que realizassem um procedimento abortivo ou fornecessem os meios para a realização do delito deveriam responder por penalidades específicas, como a privação do exercício da profissão, ou deveriam ter suas penas majoradas ou agravadas.

¹⁶ A título de exemplo, têm-se os artigos 319 e 321 do código italiano de 1889, o artigo 304 do código colombiano de 1890, o artigo 230 do código da Guatemala de 1889, além do já mencionado diploma português.

¹⁷ Com exceção da legislação austríaca (1854) e da húngara (1878).

Também é possível perceber uma tutela à pessoa da gestante em alguns ordenamentos, à medida que o delito de aborto era considerado mais grave caso envolvesse violência contra ela. Nesse sentido, o código do Chile de 1874 criminalizava o aborto praticado por terceiro que o causasse através do uso de violência contra a mulher:

Art. 342 El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1 Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, **si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada**. 2 Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3 Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere (CHILE, 1874, grifos nossos).

Em mesmo sentido, em redações quase idênticas, previam os códigos criminais da Guatemala (1889)¹⁸ e de Cuba (1879)¹⁹. Outros códigos, como o espanhol de 1822, o belga de 1867, o colombiano de 1890 e o argentino de 1886, determinavam que aquele que agredisse uma gestante de modo a provocar o abortamento deveria responder pelo delito com penas específicas, ainda que não tivesse a agredido com a intenção de interromper a gravidez.

Algumas legislações também previam penas mais graves caso a prática do aborto acabasse por resultar na morte da mulher. Era o caso dos códigos belga, húngaro, holandês e argentino. Apenas o diploma legal da Hungria não diferenciava as penas previstas ao aborto agravado pelo resultado morte a partir do consenso da mulher às práticas abortivas, de modo que nos demais códigos, caso ela não tivesse consentido com a provocação da interrupção da gravidez a pena seria mais grave.

Quanto a criminalização do autoaborto, de modo geral os códigos previam penas iguais ou menores à mulher que decidisse dar fim à própria gestação em relação ao terceiro que realizasse as manobras abortivas. Com exceção do código penal espanhol, em que a maior punição ao delito de aborto era prevista à gestante, a qual poderia responder por pena de reclusão de quatro a oito anos - enquanto que o

¹⁸ Conforme o artigo 299: “1º. Con seis años de prisión correccional, si ejerciere violencia en la mujer embarazada. 2º. Con cinco años de prisión correccional, si aunque no ejerciere violencia, obrare sin consentimiento de la mujer. 3º. Con cuatro años de prisión correccional si la mujer lo consintiere” e o artigo 300 “Será castigado con dos años de prisión correccional el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo” (GUATEMALA, 1889).

¹⁹ Segundo o artigo 423: “El que de propósito causare un aborto será castigado: - 1º. Com la pena de reclusion temporal, **si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada**. - 2º. Com la pena de prision mayor si, aunque no la ejerciera, obrare sin consentimiento de la mujer. - 3º Com la de prision correccional em sus grados medio y máximo, si la mujer lo consintiera” [grifos nossos] (CUBA, 1879).

terceiro que realizasse a conduta contra a vontade da mulher, sofreria pena de dois a seis anos. Curiosamente, o código colombiano, apesar de tipificar o delito de modo praticamente idêntico ao diploma espanhol, como já destacamos, não adotou as mesmas penas deste, prevendo uma punição menor ao crime de autoaborto, de forma que à conduta da mulher que buscasse dar fim à própria gravidez e à do terceiro que a auxiliasse fossem previstas penas iguais.

Entre as legislações que estipulavam penas menores ao autoaborto, o código austríaco de 1854 determinava que o pai, caso fosse responsável, também deveria responder por esse delito (e não pelo crime de aborto provocado por terceiro), mas com penas agravadas:

§. 144. Abtreibung der eigenen Leibesfrucht.

Eine Frauensperson, welche absichtlich was immer für eine Handlung unternimmt, wodurch die Abtreibung ihrer Leibesfrucht verursacht, oder ihre Entbindung auf solche Art, daß das Kind todt zur Welt kommt, bewirkt wird, macht sich eines Verbrechens schuldig.

§. 145. Strafe.

Ist die Abtreibung versucht, aber nicht erfolgt, so soll die Strafe auf Kerker zwischen sechs Monaten und einem Jahre ausgemessen; die zu Stand gebrachte Abtreibung mit schwerem Kerker zwischen einem und fünf Jahren bestraft werden.

§. 146.

Zu eben dieser Strafe, jedoch mit Verschärfung, ist der Vater des abgetriebenen Kindes zu verurtheilen, wenn er mit an dem Verbrechen Schuld trägt (ÁUSTRIA, 1854, grifos nossos).

Dentre as legislações analisadas, somente os códigos da França (1810), da Áustria (1854), da Bélgica (1867), da Holanda (1881) e da Argentina (1886) não consideraram questões relativas à honra como possibilidades de diminuição da pena. A honra podia estar associada tanto às motivações do delito quanto à vida pregressa da mulher, a qual deveria ser analisada, segundo alguns ordenamentos. Esse era o caso das legislações espanhola (1822) e colombiana (1890), que previam penas menores à mulher que praticasse o aborto com o intuito de “encubrir su fragilidad”, desde que ela apresentasse “buena fama anterior”. Ademais, pelo diploma espanhol, o estado civil da mulher era relevante. Assim, só responderiam por penas menores ao delito de autoaborto, aquelas que, além dos requisitos já expostos, fossem solteiras ou viúvas:

ART. 640. La muger embarazada que para abortar emplee á sablendas alguno de los medios espresados , y aborte efectivamente, sufrirá una reclusion de cuatro á ocho años. Pero si fuere soltera ó viuda no corrompida

y de buena fama anterior, y resultare á juicio de los jueces de hecho que el único y principal movil de la accion fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrán solamente uno á cinco años de reclusion (ESPAÑA, 1822).

Os demais códigos previam punições mais brandas²⁰ à mulher que cometesse o crime com o intuito de ocultar a sua desonra. A desonra também poderia ser compreendida a partir do estado civil da mulher, fazendo referência a relações extraconjugais ou não oficializadas. Nesse sentido a legislação húngara não fazia referência direta à honra, mas à gravidez ilegítima. Já o código italiano de 1889 entendia que os familiares da gestante também deveriam ter suas penas reduzidas, caso tivessem realizado o delito para proteger a honra da mulher:

Articolo 385. Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore próprio o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva, o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due terzi, e alla reclusione è sostituita la detenzione (ITÁLIA, 1889).

Das legislações analisadas, o código penal da Colômbia, de 1890, foi o único a prever expressamente uma causa excludente de antijuridicidade específica ao delito de aborto²¹, a qual poderia ser invocada quando a interrupção da gravidez fosse o único meio de salvar a vida da gestante. Esse diploma legal também foi o único que fez menção à Igreja nos dispositivos relativos ao aborto, buscando justificar a presença da excludente:

640.(...) No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como um medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando em conformidad com los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial. – No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que geralmente son condenados por la Iglesia. Unicamente se limita a eximir de pena al que com rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para ocurrir a dichos medios (COLÔMBIA, 1890).

Por outro lado, a falta de previsão expressa que autorizasse a realização de aborto necessário, não significa necessariamente que esse era considerado ilegal pelos ordenamentos. Os códigos do Chile (1874), Cuba (1879) Argentina (1886),

²⁰ Com exceção do diploma italiano (1889), o qual entendia que o motivo deveria ser considerado na dosimetria da pena enquanto uma causa minorante.

²¹ Nos referimos aqui às excludentes previstas no título relativo ao delito de aborto dos códigos penais. Isso não exclui a possibilidade de que o aborto necessário fosse compreendido pela comunidade jurídica local como uma hipótese de excludente prevista na parte geral como, por exemplo, o estado de necessidade de terceiro.

Guatemala (1889), previam penas aos profissionais da saúde que, abusando do exercício de sua profissão, interrompessem propositalmente uma gestação. O Código da Argentina (1886) é exemplificativo:

8. Los médicos, parteras ó farmacéuticos que **abusaren de su ciencia ó arte** para causar aborto ó cooperasen á causarlo, incurrirán en las penas del inciso 7º e inhabilitación especial por tiempo doble que el de la condena (ARGENTINA, 1886, grifos nossos).

Desse modo, é possível que a prática de aborto em caso de risco à saúde e à integridade física da gestante não fosse interpretada juridicamente enquanto uma conduta abusiva. Nesse sentido, teríamos que verificar a doutrina ou a jurisprudência de cada um desses países para podermos chegar a essa conclusão. No entanto, ainda que o código brasileiro de 1890 não previsse uma excludente expressa no tipo penal do aborto autorizando a prática em caso de necessidade, a doutrina brasileira entendia que quando a interrupção da gravidez tivesse sido provocada em vistas à manutenção da vida ou da saúde da gestante, aquele que fosse responsável pelo aborto estaria isento de pena (CUNHA, 2019). Os juristas fundamentavam legalmente essa exceção em uma norma geral que determinava que não seriam considerados criminosos aqueles que praticassem um delito para evitar mal maior. Assim, é possível que nos países mencionados pudesse haver fundamentações em sentido semelhante, de forma a permitir o aborto necessário.

De todo modo, apesar das particularidades de cada código e das limitações inerentes a uma análise comparada meramente legislativa, é possível perceber uma homogeneidade quanto à criminalização do autoaborto nos contextos europeu e latino-americano, à medida que todos os países analisados tipificavam a conduta no século XIX. Nesse sentido, o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, parece ter sido uma exceção, ao não prever punições à mulher que desse fim à própria gestação. Também se pode verificar que a maior parte dos ordenamentos legais conceituava o aborto enquanto um crime de resultado, ainda que o entendimento sobre o que consistiria esse resultado variasse. Enquanto que algumas legislações determinavam que o aborto consistia na expulsão prematura do fruto da concepção, outras impunham a necessidade de morte do feto. No entanto, a maioria dos códigos apenas se referia a “fazer abortar” ou “provocar aborto”. Essa variação de definições acerca do resultado da conduta pode ser indicativa de uma ausência de clareza sobre

a materialidade do delito, sendo difícil precisar pela mera leitura dos dispositivos se nesses ordenamentos jurídicos o aborto consistiria na interrupção da gravidez²², na morte ou na expulsão do feto ou do fruto da concepção.

2.2. A EMERGÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1890): UM NOVO ENFOQUE AO DELITO DE ABORTO PELA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA FEMININA

Aos vinte dias do mês de novembro de 1905, Pilar²³, solteira, lavradora, então com 18 anos, foi autuada, na vila de Parati, em Santa Catarina, pelo crime de autoaborto, previsto no artigo 301 do Código Penal de 1890. Questionada pelo escrivão do cartório, Pilar explicou que estava sendo perseguida pelo cunhado, João, que tinha intenções libidinosas com ela. Assim, ficou grávida do marido de sua irmã, que ao ter conhecimento do fato, a convidou para residir em sua casa. Pilar mudou-se para a casa da irmã e dias depois foi presenteada com uma garrafa que continha uma bebida para “expulsar o fruto”. Ao beber aquele líquido, passou a ficar gravemente enferma, estado que se encontrava no momento do “auto de pergunta”. Esses foram os fatos narrados por Pilar.

Um mês depois, o escrivão remetia os autos ao Promotor Público da Comarca. Apesar de Pilar ter afirmado que sua irmã e seu cunhado haviam lhe fornecido a substância abortiva, somente ela foi autuada. Feita a audiência, a primeira testemunha, ao ser questionada se sabia se João havia dado o remédio a Pilar, disse que ela apenas contou-lhe que tinha comido mandioca, mas quando perguntada se naquela ocasião Pilar havia tomado “uma garrafada de remédio”, respondeu que sim, afirmando que a moça havia mandado fazer o abortivo. A segunda testemunha, por sua vez, relatou que só tinha conhecimento de que o filho era do cunhado de Pilar. A terceira confirmou a paternidade do feto e disse que a moça era de “bom procedimento [sic]”. A quarta era um vizinho de Pilar, que afirmou que o autor do crime era João, o

²² Parece redundante referir-se à interrupção da gravidez e à morte do feto como coisas distintas. No entanto, esse tema foi discutido pela doutrina ao tratar da materialidade do delito, de modo que bastando a interrupção da gravidez, não haveria necessidade de demonstrar a viabilidade do feto (vide capítulo dois).

²³ Todos os nomes dos acusados, vítimas, denunciadores e testemunhas foram modificados ou suprimidos, de modo a manter o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Assim, Pilar é um pseudônimo, o qual foi criado a partir da letra inicial do nome original da acusada com o intuito de facilitar a consulta às referências pelo leitor.

cunhado, e que considerava que a moça era boa e que vivia na companhia de seu pai. A quinta, por sua vez, disse que só considerava Pilar boa até acontecer o referido caso. Colhido os testemunhos, os autos foram remetidos ao juiz de direito da comarca, Dr. Cigidio Francisco das Chagas. Apesar dos parentes de Pilar envolvidos no delito não terem sido autuados anteriormente, o juiz intimou-os para comparecer em juízo para serem processados pelo crime previsto no artigo 301, do qual, segundo o magistrado, também estavam sendo acusados.

O Oficial de Justiça ao cumprir a ordem que lhe foi dada, não encontrou Pilar, João e sua esposa no lugar que lhe era indicado como residência dos mesmos, tampouco as testemunhas. Um novo mandato foi expedido, mas não se sabe o que ocorreu depois, se o processo foi encerrado em virtude do sumiço dos réus, se o Oficial de Justiça faltou com a verdade ou se o restante dos autos foi perdido ou mesmo eliminado.

Os autos criminais não são claros; os testemunhos, fragmentados. Não se pode saber ao certo o que aconteceu com Pilar, se ela foi abusada pelo cunhado ou com ele teve um caso, se ela foi pressionada pelo casal a provocar o aborto ou se o fez por vontade própria. Não se sabe quem a denunciou, só que ela estava gravemente enferma. A leitura dos autos, no entanto, deixa uma certeza: o foco do processo era Pilar. Apenas seu “auto de pergunta” está documentado, o que leva a crer que apenas ela foi interrogada em cartório. Na audiência, o juiz questionava as testemunhas se a moça era boa, se vivia com seu pai – demonstrando que seu comportamento social era relevante ao desfecho processual. O enfoque, portanto, recaía sobre o delito de autoaborto supostamente realizado por Pilar, apesar de João e sua esposa poderem ter realizado o tipo previsto no caput do art. 301. Se esse caso tivesse ocorrido na vigência do Código do Império, apenas o casal seria réu do processo, visto que até a outorga do Código Penal da República, a mulher que provocasse ou procurasse aborto para si, não era criminalizada.

O caso de Pilar, portanto, é representativo de uma nova concepção do delito de aborto, acolhida pelo Código Penal da República, na qual a conduta feminina adquiriu maior relevância penal. Assim, em seu artigo 301, parágrafo único, o Código Penal de 1890, tipificava o autoaborto:

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 ([BRASIL, 1890, grifos nossos).

Essa inovação, no entanto, não foi a única em relação à matéria. Ao compararmos os diplomas legais, é perceptível que o Código de 1890 buscou descrever de forma mais completa as diversas situações que poderiam envolver o delito. Assim, em seu artigo 300, fica claro que o delito se configurava independentemente da “expulsão do fructo da concepção” (BRASIL, 1890), enquanto que o primeiro parágrafo previa penas maiores caso o abortamento resultasse na morte da mulher:

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 (BRASIL, 1890).

Também nesse caso o Código de 1890 previa pena de privação do exercício da profissão a “medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina”. A previsão de aumento de pena aos profissionais de saúde não se tratava exatamente de uma novidade, visto que o artigo 200 do Código Criminal do Império previa penas dobradas ao “medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes” que realizassem o delito (BRASIL, 1830). No entanto, percebe-se que pela redação do Código de 1830, os práticos - aqueles que aprendiam o ofício pela tradição, sem formação acadêmica – eram considerados profissionais da saúde tanto quanto os médicos graduados, enquanto que no Código de 1890, havia a necessidade de especificar que a pena recaia somente aos médicos ou às parteiras legalmente habilitadas.

Isso pode ser explicado porque o exercício de atividades próprias da profissão de médico por pessoa não habilitada para tanto era também criminalizado pelo Código da República, em delito previsto no capítulo “Dos crimes contra a saude publica”:

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:
 Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Parapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa (BRASIL, 1890).

Assim, aquele que realizasse manobras abortivas próprias da medicina, sem ser legalmente habilitado enquanto médico ou parteira, incorreria na prática do tipo previsto no artigo 156, sem prejuízo das penas previstas ao delito de aborto. Dessa forma, o Código da Republica parecia atender a uma demanda da classe médica pelo monopólio do ofício, visto que além de criminalizar o exercício da medicina por pessoa que não fosse legalmente habilitada para tanto, previa um tipo penal específico a quem realizasse a profissão de curandeiro²⁴.

De modo geral, em relação ao aborto, o código aumentou as disposições sobre a matéria, buscando especificar condutas e suas respectivas penas. No entanto, além de expandir o rol de ações típicas previstas, estipulou de forma indireta a figura do aborto legal, o qual poderia ser realizado para salvar a vida da gestante, conforme pode se extrair da redação do artigo 302:

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 profisção por igual tempo ao da condemnação (BRASIL, 1890).

A leitura dos artigos 300 e 302 indica uma preocupação do legislador em punir mais severamente aquele que realizasse um aborto malsucedido que resultasse na morte da gestante, independentemente de a prática ter sido necessária ou consentida. Em relação às penas, o Código de 1890 também inovou ao prever a prisão enquanto punição ao delito de aborto²⁵. Perceba-se que no caso de o crime ter sido praticado por médico ou parteira habilitada, além da pena de prisão, a punição envolvia a privação do exercício da profissão - e não a imposição de um trabalho forçado por tempo dobrado, como estipulava o Código do Império.

²⁴ Conforme redação do artigo 158, era considerado crime: “Ministrar, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fôrma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro: Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000” (BRASIL, 1890).

²⁵ Essa alteração do regime de penas não foi uma característica exclusiva do delito de aborto, visto que uma das principais alterações do Código Penal de 1890 em relação ao anterior, foi justamente a centralidade do cárcere no sistema de penas (SONTAG, 2014, p.337).

Houve, assim, mudanças significativas em relação à matéria com a outorga do Código Penal da República, tendo em vista a previsão de agravante pelo resultado morte, o reconhecimento da legalidade do aborto nas situações em que ele era necessário para conservar a saúde da gestante, a alteração do regime de pena de trabalho forçado à prisão celular e, como já reiterado, a tipificação do delito de autoaborto.

Curiosamente, em relação a outros delitos, o Código de 1890 trouxe poucas inovações, ao menos no tocante à parte especial. Nesse sentido, ao analisar o processo de elaboração do novo diploma penal, Nilo Batista (2016) concluiu que o principal objetivo do novo código era expurgar os artigos que remetiam ao regime escravocrata, visto que o processo de reforma da legislação penal teve início já no Império, logo após a abolição em 1888. Nesse ano, Joaquim Nabuco apresentou projeto de lei, com a intenção de adaptar a legislação criminal à nova realidade (BATISTA, 2016) e consolidar as legislações esparsas em um só diploma legal (MACHADO, 1941). A dissolução da Câmara dos Deputados, no entanto, impediu sua conversão em lei (BATISTA, 2016). Com o mesmo intuito, o jurista João Vieira de Araújo elaborou uma “Nova Edição oficial do Código Criminal”, em 1889, submetendo-a ao então Ministro da Justiça, Candido de Oliveira, o qual nomeou uma comissão²⁶ para avaliar o trabalho (MACHADO, 1941). O parecer do governo foi negativo, indicando uma recodificação (SONTAG, 2014, p.336), sendo Batista Pereira exclusivamente designado para tanto (PEREIRA, 1898). Quando a República foi proclamada, os trabalhos foram interrompidos até que em junho de 1890, o novo Ministro da Justiça, Campos Salles, renovou o convite, o qual foi novamente aceito. Batista Pereira finalizou o trabalho em cerca de três meses, sendo nomeada nova comissão para examinar o anteprojeto, o qual foi aprovado em menos de duas semanas (BATISTA, 2016). O código, portanto, foi gestado sob o regime monárquico, sendo redigido por um monarquista, de forma que o novo regime político não criou exigências determinantes ao empenho codificatório (SONTAG, 2014).

Apelidado de “o pior de todos os códigos conhecidos” por João Monteiro, professor da Faculdade de Direito de São Paulo (SONTAG, 2014), o código logo adquiriu má fama entre os juristas. De acordo com Alcântara Machado²⁷ (1941), quem

²⁶ Segundo Machado (1941), tal comissão era composta por Visconde de Assis Martins, Antônio Rodrigues Torres Neto e João Batista Pereira.

²⁷ Professor de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

encabeçou o movimento das críticas à obra de Batista Pereira foi Eduardo Durão, através da publicação de uma série de artigos reproduzidos na revista “O Direito”. Em 1905, Paulo Egídio teria questionado o embasamento do código: “É uma obra clássica? É uma obra neoclássica? É uma obra positiva? É uma obra metafísica? É uma obra inspirada no lombrosismo, no garofalismo, no ferrismo? [...] Ele não tem sistema” (ASSP, 1905, p.511 apud ALVAREZ, 1996, p.71).

Dentre os fatores atribuídos para a impopularidade do diploma legal está a deficiência política do novo código em criminalizar os alvos sociais indesejáveis à nova organização social (ALVAREZ, SALLA, SOUZA, 2003; BATISTA, 2016), visto que mantinha como princípio norteador o ideal liberal de igualdade formal. Nesse sentido, Esmeraldino Bandeira teria afirmado que “nada há de mais profundamente desigual do que a igualdade de tratamento entre indivíduos diferentes” (s.d, apud ALVAREZ, 1996, p.236). O jurista estava defendendo, assim, as ideias da chamada “Nova Escola Penal” ou “Escola Positiva Italiana”, a qual atribuía as causas da criminalidade às características fisiológicas ou socio-culturais do autor do delito, defendendo uma resposta individualizada do sistema penal.

Segundo Nilo Batista (2016), tal insuficiência política pode ser percebida através da publicação de leis extravagantes, que buscavam preencher essas lacunas, constituindo um duplo nível de legalidade (SBRICCOLI, 2011). A proliferação de legislações especiais culminou na Consolidação das Leis Penais, de autoria de Vicente Piragibe, a qual foi oficializada pelo decreto n. 22.213 de 1932. Dentre as inovações trazidas por essas leis extravagantes, destacamos a criação de instruções para a realização de exames periciais, mediante o decreto n. 1.631, de 1907; a introdução da suspensão condicional da execução penal, pelo decreto n. 16.588 de 1924; e a jurisdicionalização do livramento condicional, através do decreto n. 16.665 de 1924 (QUEIROZ, 2016).

Quanto à reputação do diploma de 1890, Sontag explica que “o prestígio do código não é tanto uma questão de realidade, mas de imagem, da imagem que os sujeitos capazes de produzir socialmente o prestígio elaboraram do objeto que foi etiquetado” (2014, p. 190). Assim, apesar dessa imagem negativa poder estar associada ao argumento da defesa social, reproduzido pela escola positiva, e às falhas técnicas decorrentes do curto espaço de tempo em que fora aprovado,

a identificação entre o plano dos erros e o do prestígio, em que a falta de prestígio é considerada uma consequência natural dos erros, pressupõe um juízo historicamente impossível. [...] segundo o qual se aceitaria que os atores da época teriam se atido a tal critério (SONTAG, 2014, p. 217).

A forma como o código foi elaborado também parece ter sido um fator que contribuiu para sua má fama (SONTAG, 2014). No caso dos juristas não identificados com o positivismo, como Carvalho Durão, a rapidez com que o projeto foi aprovado e a ausência de um debate político amplo, que envolvesse a comunidade jurídica em geral, levava a uma certa desconfiança em relação ao novo código, que podia ser considerado como uma obra excessivamente individual (SONTAG, 2014, p.209).

Apesar das críticas, fato é que o Código Penal de 1890 teve uma longa duração – cerca de cinquenta anos, sendo substituído apenas em 1940. Sontag explica esse paradoxo, reforçando a tese de Batista (2016):

O fato de as leis especiais conseguirem atingir os ‘alvos sociais’ da Primeira República, ao mesmo tempo, é um sinal dos limites do código e um dispositivo que permitia a sua sobrevivência. Ainda nessa direção, seria possível pensar, mais genericamente, na duplicação do ordenamento jurídico penal, no duplo nível de legalidade de Mario Sbriccoli ([1998] 2009, p. 594-597) – que compreende, além das leis especiais, os regulamentos, a política etc. – característico dos sistemas penais liberais e que se faz presente também no Brasil (SONTAG, 2014, p.190).

Essa pode ser uma das razões que explicam a sobrevivência do código por um longo período. De todo modo, ainda que sejam atribuídas causas diversas à impopularidade do Código Penal de 1890, fato é que a insatisfação da comunidade jurídica com a codificação penal levou a algumas tentativas de substituição do diploma, através da produção de novos projetos de código penal. No item a seguir analisaremos as propostas de codificação elaboradas durante o período, no sentido de verificar se o delito de aborto, sobretudo o de autoaborto, foi objeto de discussão.

2.3. OS PROJETOS DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL (1890-1940) E AS DIFERENTES DEFINIÇÕES DO DELITO DE ABORTO

Do ponto de vista da história das codificações penais, o período que se deu entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX foi marcado por uma grande efervescência legislativa, no qual novos códigos foram promulgados, projetos foram apresentados e institutos jurídicos ganharam corpo (SONTAG, 2014). Nesse contexto,

os projetos de reforma ao Código Penal de 1890 teriam sido elaborados diante de uma necessidade de atualizar o ordenamento, frente o desenvolvimento da ciência penal e as novas necessidades sociais resultantes dos progressos científicos. Esse argumento foi utilizado pelo ministro Francisco Campos no início de sua Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, de forma a defender a substituição do diploma legal da Primeira República, por esse conter falhas intrínsecas:

Retardado em relação à ciência penal de seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos púnicos (CAMPOS, 1940, p.120).

A deficiência do código em atender às demandas sociais e em incorporar o que tinha de mais atual em termos de doutrina penal foi um argumento utilizado por juristas do período enquanto um dos motivos para a impopularidade do diploma legal – conforme já exploramos no item precedente. Nesse tópico, portanto, verificaremos se esse discurso se mostrou central nas propostas de reforma quando o tema tratado era o delito de aborto. Dessa forma, analisaremos os projetos quanto às possíveis discussões e propostas de alteração do tipo penal em questão, averiguando quais as motivações e os argumentos que foram utilizados para embasá-las.

Diante da impopularidade do código penal da Primeira República dentre os juristas, três projetos de reforma foram propostos durante a sua vigência, para além daquele elaborado por Alcântara Machado, do qual resultou no novo diploma legal de 1940. O primeiro projeto foi apresentado em 1893 por João Vieira de Araújo, portanto, apenas três anos depois da outorga do código republicano. A rapidez com que se reivindicou a renovação da legislação penal também foi retratada pelo ministro Francisco Campos, através da memorável frase na qual ele afirma que “com o atual Cód. Penal [de 1890] nasceu a tendência de reformá-lo” (1940, p.120).

O trabalho de João de Vieira de Araújo foi discutido já em 1894, na Câmara dos Deputados, sendo o primeiro projeto de código a ser discutido dessa forma em sede parlamentar (SONTAG, 2014). A comissão encarregada de discutir o projeto terminou seus trabalhos com uma composição bastante diversa da inicial, cerca de dois anos após sua criação, quando o projeto revisto foi apresentado à Câmara dos Deputados (SONTAG, 2014). Assim, a partir da proposta inicial de Araújo, foi elaborada uma segunda versão pela comissão revisora em 1896, a partir da qual o autor escreveu

um projeto substitutivo em 1897, o qual foi rejeitado pelos parlamentares em 1899, que elaboraram e aprovaram projeto diverso, o qual foi encaminhado ao Senado e nunca chegou a ser votado (SONTAG, 2014). Nessa pesquisa, nos ateremos a análise do trabalho inicial de Araújo, apresentado em 1893.

2.3.1 O projeto de João Vieira de Araújo (1893): a proposta de descriminalização do autoaborto

Apesar da filiação do autor à chamada “Escola Positiva” se mostrar clara desde 1888, seu projeto era tímido quanto às propostas positivistas, provavelmente por defender o gradualismo das reformas (SONTAG, 2014). Em sua exposição de motivos, antes de adentrar à fundamentação dos dispositivos da parte geral, Araújo discorreu muito brevemente sobre as razões que o levaram a propor um novo código, que basicamente se limitavam à melhoria da legislação vigente. Após uma brevíssima introdução feita em apenas três parágrafos, o autor já começou a discorrer sobre a orientação teórica adotada na classificação dos crimes. Nesse sentido, Araújo não abordou as motivações gerais do projeto, mas optou por discorrer as alterações atinentes a cada instituto jurídico ou tipo penal.

Quanto ao crime de aborto, o jurista realizou modificações significativas na definição do delito. Entre elas, estava a supressão do tipo penal do autoaborto, de modo que, diante da ausência de tipificação da conduta, a prática seria considerada lícita, mantendo a orientação do Código Criminal do Império. Segundo o autor, em sua exposição de motivos: “Nós, que desde 1830, alcançamos aquelle *desideratum*, não punindo o aborto procurado pela mulher, não devemos voltar atrás, quando tudo leva a crer que os outros codigos riscarão a sua sancção penal nesse ponto” (ARAÚJO, 1893, p. 21, grifos do autor). As razões para tanto, contudo, não foram exploradas pelo jurista, que se limitou a justificar seu posicionamento afirmando que “é sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuizo para terceiro é considerado como não constituindo um crime” (ARAÚJO, 1893, p.21) e que “a sancções das leis civis é preferível á das leis penaes” (ARAÚJO, 1893, p.21).

Apesar de descriminalizar o autoaborto, o trabalho de Araújo previa penas àquele que realizasse o procedimento com o consentimento da gestante. Em outras palavras, pela proposta do jurista, se uma mulher decidisse interromper sua gravidez,

teria que fazê-lo sozinha, caso contrário, aquele que a auxiliasse na realização das práticas abortivas deveria ser incriminado.

Outra questão bastante interessante do projeto de Araújo quanto a conceituação do delito, estava na definição dos tipos penais de aborto, os quais eram diferenciados pela consensualidade da conduta. Assim, segundo a proposta, o aborto só seria considerado um delito de resultado, se praticado com o consentimento da mulher, de modo que, nessa situação, era necessário que o abortamento de fato se efetivasse para que a ação fosse reputada crime. Em sendo a prática realizada contra a vontade da mulher, a mera aplicação dos meios abortivos já era considerada ilícita, se tratando, portanto, de um delito de mera conduta:

Art. 326. Fazer abortar, consentindo a mulher:

Pena – de prisão de um a tres annos.

[...]

Art. 327. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto sem o consentimento da mulher ou contra a sua vontade:

Pena – prisão por dous a seis annos.

Si realizar-se o aborto, o duplo da pena (ARAÚJO, 1893, p.60).

Assim, caso a conduta não fosse consensual, a materialização do resultado, ou seja, a efetiva realização do aborto, seria considerada apenas como uma causa de aumento de pena. Ademais, se o delito fosse praticado pelo marido, as penas também seriam majoradas. E caso resultasse na morte da mulher, o agente deveria responder pelas sanções previstas ao homicídio²⁸.

O aborto realizado com o consentimento da gestante também teria sua pena aumentada caso resultasse em morte. O projeto ainda previa sanções maiores ao agente que empregasse meios mais perigosos do aqueles previamente consentidos:

Art. 326. Fazer abortar, consentindo a mulher:

Pena – de prisão de um a tres annos.

a. Si, como effeito do aborto ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher:

Pena – prisão por dous a quatro annos.

b. Si a morte resultar por se haver empregado meios mais perigosos do que aquelles em que a mulher havia consentido:

Pena – prisão por tres a seis annos (ARAÚJO, 1893, p.60).

²⁸ “Art. 327. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto sem o consentimento da mulher ou contra a sua vontade: Pena – prisão por dous a seis annos. Si realizar-se o aborto, o duplo da pena. Paragrpho unico. Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher: Pena – a do art. 307. As penas estabelecidas neste artigo serão augmentads de um sexto, si o culpado for o marido” (ARAÚJO, 1893, p.60).

Pode-se afirmar, portanto, que o consentimento da gestante com a prática do aborto foi um elemento central no projeto de Araújo tanto para a caracterização do delito, quanto ao estabelecimento das penalidades. Nesse último caso, a exceção estava na única causa de diminuição de pena prevista, a qual se aplicaria aos casos em que o crime fosse praticado por motivos de honra. Essa minorante foi estipulada aos dois tipos criminais, sem distinções quanto a existência ou não de consentimento da gestante. Assim, enquanto o Código Penal de 1890 restringia a redução da pena por motivo de ocultação da desonra ao autoaborto, Araújo, além de não considerar ilícito o abortamento realizado pela mulher, entendia que tal minorante também deveria ser aplicada aos familiares.

Além da tentativa de reforma de Araújo, outras duas foram realizadas nas décadas que seguiram, sendo a primeira encabeçada por Galdino Siqueira e segunda por Virgílio Sá Pereira.

2.3.2 O projeto de Galdino Siqueira (1913): o aborto enquanto crime de perigo

Em 1913, Galdino Siqueira, promotor público do Distrito Federal, sob indicação do então Ministro da Justiça, Rivadávia da Cunha Correia, apresentou seu “Projecto de Codigo Penal Brasileiro”, o qual sequer chegou a ser objeto de consideração legislativa (SONTAG, 2014). Segundo Siqueira (1913), seu projeto se justificava pela necessidade de uma nova codificação do direito penal diante do atraso que o Código Penal de 1890 representava:

Tendo ante si o longo periodo de tempo decorrido da independencia, com todos esses ensinamentos que o tempo e a experiencia ministram; como paradigma o codigo de 1830 e as diversas leis penaes posteriores, onde se condensavam muitos principios emninentemente juridicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfeitissimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido pelas sciencias sociaes e anthropologicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar-se que o codificador, já distinguido pelo ultimo governo do Imperio em igual imcumbencia, nos dotasse com um codigo que correspondesse á nossa civilização, ás tradições do nosso direito. A decepção foi, porém, completa (SIQUEIRA, 1913, p. 6).

Siqueira (1913), assim, elogiava o código do Império em detrimento ao Código Penal de 1890, afirmando que o único ponto positivo desse estava na reprodução do código anterior ou de leis especiais. Segundo o autor, até o poder público teria

considerado o trabalho de Batista Pereira “imprestável” (1913, p.6), visto que o Congresso Nacional havia submetido o projeto de Araújo à discussão parlamentar. No entanto esse projeto estaria estacionado no Senado, o qual já teria manifestado a intenção de não revivê-lo (SIQUEIRA, 1913, p. 7), de forma que a elaboração de uma nova codificação se fazia necessária, impondo-se enquanto um dever de patriotismo (SIQUEIRA, 1913, p.8). O autor ainda destacava a necessidade de reforma do sistema penitenciário, a qual só seria possível com a reforma legislativa.

Após a exposição de motivos para a elaboração de seu trabalho, Siqueira buscou explicar a orientação do projeto e o sistema de classificação por ele adotado. São constantes as referências do autor a Von Liszt, sobretudo a sua obra traduzida ao português por José Hygino, intitulada “Direito penal alemão”. Nesse sentido, não se pode afirmar que Galdino Siqueira orientava suas ideias pela Escola Positiva Italiana. Pelo contrário, em seu projeto ficam claras suas críticas à antropologia criminal:

Evidentemente, assentando a responsabilidade penal sómente sobre o elemento objectivo, o facto da convivencia social, a escola anthropologica fêre fundo a consciencia juridica da actualidade, que vê na culpa, isto é, na responsabilidade pelo resultado produzido, a condição primordial da repressão. Além disso, torna assás precaria a liberdade individual, sujeita ao arbitrio administrativo (SIQUEIRA, 1913, p. 12).

As principais críticas de Siqueira aos autores italianos estavam, portanto, centradas em dois pontos: a supressão da análise da culpa, sem a qual não se poderia estabelecer a ligação subjetiva entre a ação e o resultado produzido, de modo que a responsabilidade pelo fato pudesse ser atribuída ao agente; e a ameaça à liberdade individual, visto que as ideias da antropologia criminal levariam à supressão do “processo criminal com os seus meios de defesa e o seu systema de provas para substituir tudo pelo arbítrio administrativo” (1913, p.14). Nesse sentido, a Escola Positiva teria destituído o direito de sua autonomia:

Querendo assim explicar a criminalidade, com dados anthropologicos, a conclusão a que chegou a escola lombrosiana foi de destituir o direito de disciplina autonómica, e convertel-o em méro capitulo de uma sociologia criminal, que na concepção de FERRI, é uma sciencia pratica com estreita base de dados biologicos e estatisticos (SIQUEIRA, 1913, p. 14).

A solução tampouco estaria em resgatar as ideias metafísicas, baseadas no livre-arbítrio, à medida que Siqueira criticava duramente a chamada “Escola

Clássica”. Na verdade, o autor deixou clara sua filiação a corrente de pensamento²⁹ encabeçada por Von Liszt, Hamel e A. Prins, a qual defendia a existência de três ciências criminais: a dogmática penal, a criminologia e a política criminal, que deveriam estar integradas no estudo da criminalidade, mantendo-se direcionadas a seus objetos de estudo específicos. Nesse sentido, tal orientação teórica se materializaria no projeto de Siqueira, segundo o próprio autor, pela consideração da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado produzido pela ação, pelo princípio da legalidade - “nullum crimen sine lege” (SIQUEIRA, 1913, p. 15), e na previsão das penas, de modo que se deixasse “ao juiz os elementos necessarios para medir a pena em concreto, já pela escolha das penas alternativas e facultativas, já pela largueza da escala penal” (SIQUEIRA, 1913, p.18). Quanto ao regime de penas, ele defendia, a partir da classificação propostas por Liszt, que na execução penal deveriam ser previstas:

penas de intimidação para os delinquentes de ocasião (reprimenda, multa, prisão cellular); penas de correcção para os delinquentes susceptíveis de emenda (casa de correcção, multas, penas concernentes a direitos civicos); penas de segurança para os incorrigíveis (deportação, prisão perpetua ou por tempo indeterminado) (SIQUEIRA, 1913, p. 18).

Vistas as concepções de Siqueira acerca do ordenamento penal, passamos a análise do delito de aborto em específico. A primeira proposta de modificação feita pelo jurista foi deslocar o delito para o título “Da periclitação da vida”, classificando-o junto a crimes como o de exposição de menores e o de duelo, enquanto um crime de perigo que prescindiria, portanto, da efetiva lesão. Essa alteração da classificação do delito, apesar de não ter sido explorada pelo autor, parece estar associada a definição por ele atribuída: “o abortamento se manifesta por um duplo aspecto, pois de um lado é homicídio ou periclitação do feto ou producto da concepção, em qualquer phase de sua evolução e de outro, periclitação da mulher grávida” (SIQUEIRA, 1913, p. 105). Nesse sentido, a morte do feto não seria imprescindível para a caracterização do delito. A principal inovação do projeto de Siqueira quanto essa matéria em específico

²⁹ “Contra essa concepção unilateral, subjectiva, comprometedora da liberdade individual, se foi operando desde logo a necessaria reacção, cujo orgam mais autorizado foi e tem sido a *União Internacional de Direito Penal*, fundada por LISZT, HAMEL e A. PRINS, e cujo objetivo é estudar a criminalidade e a repressão adequada, tanto no ponto de vista sociologico, como no ponto de vista juridico” [grifos do autor] (SIQUEIRA, 1913, p.14).

estava em considerar a provocação do nascimento prematuro como uma espécie de aborto, ainda que o agente não tivesse intenção de suprimir a vida do feto:

o crime consiste quer na provocação (illegal) do nascimento prematuro, embora o dolo do agente não se dirigisse á morte do feto; nem esse resultado tenha sido produzido, quer no homicidio ou destruição do producto da concepção no seio materno (SIQUEIRA, 1913, p. 105)

Segundo o autor, o crime poderia ser praticado contra o embrião humano em qualquer fase de desenvolvimento, de forma que o direito penal entrasse em coerência com os preceitos do direito civil, o qual considerava o ser humano desde a sua concepção. Nesse sentido, ainda que não houvesse pessoa com existência própria, deveria se proteger a “*spes hominis*” (SIQUEIRA, 1913, p. 105). Assim, não seria necessário que o produto da concepção já fosse um feto em pleno desenvolvimento, bastando que ele estivesse em condições normais de evolução (SIQUEIRA, 1913, p. 106).

Ainda que o autor tenha se limitado a fundamentar apenas essas duas alterações por ele propostas, na redação dos dispositivos que tipificavam a conduta, modificou outras questões em relação ao código de 1890. Siqueira alterou a denominação do delito para “abortamento provocado”, suprimiu o aumento de pena em caso de morte da gestante e alterou as penas previstas³⁰. Desse modo, caso o delito fosse cometido sem o consentimento da mulher grávida, a pena seria de reclusão por três a seis anos, independentemente da expulsão do feto, em oposição ao código então vigente que previa prisão celular por dois a seis anos ao aborto que resultasse na ejeção do fruto da concepção, e seis meses a um ano, caso não houvesse. Ademais, a proposta de Siqueira previa além da privação do exercício da profissão, penas majoradas a “quem exerça a medicina ou por parteira” (SIQUEIRA, 1913, p.159), retirando a necessidade dos profissionais serem diplomados ou

³⁰ “Art. 75. – Provocar a expulsão prematura do producto da concepção, ou produzir a sua destruição no ventre materno: §1º. – Si o crime fôr cometido pela propria mulher grávida, ou por outrem com o consentimento della: Pena – reclusão por 1 a 5 annos. §2º. - Si o crime fôr cometido sem o consentimento ou sem a sciencia da mulher grávida: Pena – reclusão por 3 a 10 annos. §4º. – Si o crime fôr cometido por quem exerça a medicina ou por parteira, a pena será a dos §§ 1º. ou 2º., augmentada de um sexto e mais a da privação da profissão por tempo equal ao da condemnação.

Art. 76. – Si o abortamento fôr procurado pela propria mulher grávida para occultar a deshonra, a pena será a do §1º. do artigo precedente diminuida de um ou dous terços, e a reclusão será substituida pela detenção” (SIQUEIRA, 1913, p.160).

legalmente habilitados³¹. Por fim, em caso de autoaborto com o intuito de ocultação da desonra, o jurista ampliou a possibilidade de diminuição da pena, que no código vigente era de um terço, para “um ou dous terços” (SIQUEIRA, 1913, p. 160), e previu a alteração regime da pena de reclusão para detenção.

Mais de uma década depois da apresentação da proposta de Siqueira, o governo federal nomeou o desembargador Virgílio de Sá Pereira para organizar um novo projeto de substituição ao código então vigente, conforme veremos a seguir.

2.3.3 O projeto de Sá Pereira (1927): a proposta de definição legal do aborto enquanto morte do feto e a previsão de penas mais brandas

A terceira tentativa de reforma da legislação penal se deu através do projeto apresentado por Virgílio Sá Pereira em 1927. Nesse trabalho, o autor se limitou a estruturar o código, deixando de fundamentar suas escolhas legislativas. A exposição de motivos foi publicada separadamente, no mesmo ano, mas ficou restrita a conteúdos da parte geral, mais especificamente à aplicação da lei penal e ao conceito de delito (SONTAG, 2014). Nela, Pereira também demonstrou simpatia pela Escola Positiva Italiana, mas se distanciou em vários aspectos do modelo positivista (SONTAG, 2015). Em 1930, Pereira publicou uma nova e mais completa exposição de motivos, mas novamente enfocou nos dispositivos relativos à parte geral, deixando de fazer qualquer menção sobre a criminalização das práticas abortivas.

Quanto ao aborto, o projeto de Sá Pereira iniciava o capítulo relativo ao delito com a criminalização da gestante que desse fim à própria gestação. Para conceituar o tipo o autor utilizou as expressões “causar o aborto” (PEREIRA, 1928, p.51) e “destruir no ventre o seu fructo” (PEREIRA, 1928, p.51), de forma a substituir, portanto, a descrição do Código Penal de 1890, que definia a conduta enquanto “provocar o aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção” (BRASIL, 1890). Pela proposta de Pereira, portanto, a caracterização do delito também prescindiria da expulsão do feto. No entanto, a redação do artigo enfatiza a necessidade de morte do produto da concepção, em qualquer fase de sua evolução, para a materialização do

³¹ No Código Penal de 1890 não constavam as expressões “diplomado” ou “legalmente habilitado”, mas sua referência aos profissionais da saúde era mais restrita à medida que remetia somente aos médicos e parteiras, em oposição a Siqueira que reportava a qualquer pessoa que exercesse a medicina, de forma que o tipo penal abrangesse os práticos, assim como determinava o Código Criminal do Império.

crime. Essa compreensão do delito fica mais evidente, diante da supressão do termo “ou”, na definição do autoaborto, o qual consistiria na ação da “mulher que causar o proprio aborto, ou permittir que outrem o cause, que destruir no proprio ventre o seu fructo, ou permitir que outrem o destrúa, será punida com detenção” (PEREIRA, 1928, p.50). Perceba-se, ademais, que a sanção prevista ao delito praticado pela mulher era a de detenção e que o autor deixou de estipular mínimo e máximo de duração temporal à pena.

Na verdade, as penalidades prescritas por Pereira (1928) às diferentes modalidades de aborto eram, de modo geral, mais brandas do que em relação ao Código Penal de 1890. Assim, enquanto a legislação oficial determinava que o terceiro que interrompesse a gestação com o consentimento da gestante deveria ser preso por um a cinco anos, o projeto de Pereira propunha uma pena de até três anos, sem mínimo previsto. Já à hipótese de o abortamento resultar na morte da mulher, o jurista determinava que o autor da conduta deveria responder por homicídio, estipulando pena de três a nove anos, se demonstrado o consentimento da mulher com a realização do procedimento³². Ainda que Pereira igualasse a punição do aborto com resultado morte àquela prevista ao homicídio, a penalidade proposta era significativamente mais branda do que a então vigente, a qual estipulava prisão de seis a vinte e quatro anos.

Ademais, o trabalho inovou em relação aos anteriores, ao prever expressamente uma possibilidade de aborto legal, autorizando a prática por médico diplomado, caso esse verificasse que o procedimento era necessário para “salvar a vida ou a saúde de alguma mulher” (PEREIRA, 1928, p.51). Para o autor, trataria-se de uma hipótese de estado de necessidade, para qual estipulava uma série de requisitos:

Art. 196. Não será passível de pena o medico diplomado que, para salvar a vida ou a saúde de alguma mulher, lhe causar o aborto, como recurso extremo.

§ 1º. Para que, neste caso, o estado de necessidade se reconheça, será mister:

1, que haja consentimento escripto da propria mulher, se o póde dar, ou de quem por lei a represente, ou das pessoas de sua familia que, segundo as circumstancias, presumidamente sejam as mais idoneas e capazes;

³² “Art. 195. Será punido por homicídio aquelle que causar a morte de uma mulher por ter lhe provocado o aborto, ou lhe haver destruido no ventre o fructo da concepção. A pena será de prisão por três a nove annos, se provar o delinquente ter agido com o consentimento da victima, ou, por cinco a quinze annos, no caso contrario” (PEREIRA, 1928, p.51).

2, que outro medico diplomado concorde por escripto com a provocação do aborto, e só a impossibilidade provada de se satisfazer a esta exigencia lhe escusará a preterição (PEREIRA, 1928, p. 150).

Segundo a proposta, ainda que observadas tais condições, se o procedimento resultasse na morte da mulher em razão de imprudência ou negligência do médico, esse responderia por pena de detenção de seis meses no mínimo, mais a interdição do exercício da profissão. Por outro lado, o jurista (PEREIRA, 1928) não previu penas específicas aos médicos ou parteiras que realizassem o aborto sem que se verificasse o estado de necessidade, de modo que ser profissional de saúde não era considerado pelo jurista como condição para aumento de pena no crime de aborto praticado por terceiro.

Em meados de 1930, a Câmara dos Deputados organizou uma Subcomissão Legislativa para analisar o trabalho de Pereira (SONTAG, 2014). Com a chamada “Revolução de 1930”, os trabalhos da comissão foram interrompidos, sendo retomados no ano seguinte. No final de 1933, o projeto substitutivo foi publicado no Diário Oficial (SONTAG, 2014). Restaurado o regime constitucional, Vicente Rão assumiu a pasta da Justiça e convidou, em nome do governo federal, Alcântara Machado para elaborar um novo código. Segundo o próprio Machado (1941), ele deixou de aceitar o convite tendo em vista que o projeto anterior estava em discussão no legislativo, passando a presidir a Comissão de Constituição e Justiça, encarregada de revisar o trabalho iniciado por Sá Pereira. Em 1937, com o advento do Estado Novo e a dissolução do Senado, Francisco Campos, novo Ministro da Justiça, reforçou o convite a Machado. Aceitando a incumbência que lhe foi atribuída, Alcântara Machado apresentou seu anteprojeto ao governo em novembro de 1938³³.

2.3.4 Os projetos de código de Alcântara Machado (1938; 1940): o aumento das sanções ao delito de aborto e a proposta de excludente de licitude em caso de gravidez decorrente de estupro

Em sua exposição de motivos, Machado buscou justificar porque não se dedicou a revisar o projeto elaborado pela comissão legislativa, a partir da proposta

³³ Machado (1941) explicou que apresentou, primeiramente, somente a proposta de parte geral do código para então, depois da aprovação do Ministro Francisco Campos, iniciar a redação da parte geral. Assim, o projeto em sua íntegra foi entregue em novembro de 1938, segundo os relatos do jurista (MACHADO, 1941, p.18).

apresentada por Sá Pereira, mas buscou criar algo novo. Segundo o jurista isso se mostrava necessário diante da orientação do trabalho anterior, que o tornara desatualizado frente aos novos acontecimentos do período:

Redigiu-o a Comissão Legislativa (e não podia deixar de fazê-lo) acordemente com as condições políticas e sociais do tempo. [...] Os movimentos subversivos de 1935 patentearam a gravidade e a extensão dos perigos a que nos expunha a deficiência do nosso aparelhamento repressivo. A constituição de 10 de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido á política nacional, tornando imperiosa a mudança das diretrizes penais. Reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política, são imperativos a que não pode fugir o 'legislador [...] (MACHADO, 1938, p. 203).

Além da necessidade da legislação penal acompanhar o novo regime constitucional, o trabalho também se justificaria pela exigência de um ordenamento penal mais repressivo. Nesse sentido, Machado fez duras críticas ao projeto elaborado pela comissão legislativa, que segundo ele apresentava penas muito brandas³⁴. Além da questão relativa às sanções penais, o autor justificou as orientações da parte geral de sua proposta legislativa, fazendo poucas menções aos delitos em espécie.

Machado estruturou todo seu trabalho da seguinte forma: primeiro, expôs sua proposta de definição dos institutos e tipos criminais, para em seguida, reproduzir os dispositivos respectivos da legislação vigente, disposta na consolidação de Vicente Piragibe, e do projeto elaborado pela comissão legislativa, nos quais fez alguns comentários entre parênteses. Desse modo, a partir do trabalho de Alcântara Machado, também poderemos verificar quais foram as alterações que a referida comissão fez ao analisar o projeto originário de Sá Pereira (1928).

Quanto ao delito de aborto, ao compararmos o trabalho primário de Pereira (1928) com a revisão feita pela referida comissão, ao menos com aquilo que Machado (1938) reproduziu da mesma, é possível perceber que a principal alteração feita foi em relação à pena prevista ao aborto agravado pelo resultado morte. Como já expusemos, Pereira (1928) propunha que a essa situação o agente respondesse por homicídio. Já o projeto da comissão abrandava a sanção prevendo prisão de dois a seis anos em caso de consentimento da gestante, e de três a nove anos, se o aborto tivesse sido realizado contra a vontade da mesma. Portanto, há poucas variações,

³⁴ “Se no tocante á criminalidade político-social o projeto se revela dessa benignidade incrível, não menor é sua complacencia para com os criminosos comuns” (MACHADO, 1938, p.204).

quanto ao crime de aborto, entre a obra originária de Sá Pereira (1928) e aquela revisada pela comissão legislativa.

Já Alcântara Machado, em seu trabalho apresentado em 1938, propôs uma modificação em relação ao conceito do delito. O autor exprimiu uma definição clara do que consistiria a ação: “Art. 314 – Provocar o próprio aborto, isto é, a expulsão prematura ou a destruição, no próprio ventre, do produto da concepção, ou consentir que outrem o faça” (MACHADO, 1938, p. 435). O jurista, portanto, seguia uma concepção semelhante a de Galdino Siqueira, segundo a qual a mera expulsão prematura do feto, ainda que não resultasse na interrupção de seu desenvolvimento, era considerada uma modalidade de aborto. Ademais, o autor inseriu no título do delito, um novo tipo penal, relativo a venda, fabricação e importação de substâncias abortivas, para o qual era prevista uma sanção pecuniária: “Art. 317 – Importar, fabricar, anunciar ou expôr á venda substancia ou objéto destinado á provocação do aborto. Pena – multa de 500\$000 a 2:000\$000” (MACHADO, 1938, p. 436). Também previu a modalidade culposa ao terceiro que, ciente da existência da gravidez, provocasse o aborto ou o parto prematuro. A esse caso, a sanção prevista também consistia em multa³⁵. O autor ainda adicionou uma causa de aumento de pena ao delito praticado dolosamente por terceiro, se dele resultasse lesão grave ou gravíssima à gestante³⁶. No projeto da comissão, a pena só era aumentada se do delito sucedesse a morte da mulher.

Quanto às penas, Machado cumpriu com o que afirmara em seu parecer. Em todos os tipos penais relativos ao aborto, o tempo de sanção por ele proposto foi maior do aquele disposto no projeto da comissão. Enquanto o trabalho revisado de Sá Pereira previa apenas pena de detenção ao autoaborto, Machado (1938) estipulou o tempo mínimo de seis meses e máximo de dois anos. Por outro lado, o jurista (MACHADO, 1938) inovou ao estipular a legalidade da prática à gestante, caso a concepção fosse resultante de estupro. Essa hipótese de aborto legal também se estendia ao médico, desde que a mulher consentisse com o procedimento. Machado (1938) também manteve a licitude do aborto necessário, já prevista no projeto de Sá

³⁵ “Art. 315 – Provocar culposamente em outrem o aborto ou o parto prematuro, conhecendo a existência da gravidez. Pena – multa de 500\$000 a 5:000\$000” (MACHADO, 1940, p. 435).

³⁶ “Art. 322 – Provocar em outrem aborto: [...] §4º. As penas cominadas nos §§ anteriores serão aumentadas: I – de um a dois terços, se a gestante em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, sofrer lesão grave ou gravíssima” (MACHADO, 1938, p.435).

Pereira (1928), mas retirou a necessidade de consentimento da gestante ou de seus familiares:

Art. 316 – Não será punível o aborto provocado por médico habilitado, quando outro meio não houver de salvar a vida da gestante.

§1º. – Não será punível o aborto provocado por médico habilitado, com o consentimento da gestante ou, se esta fôr incapaz de presta-lo, de seu representante legal, quando a gravidez resultar de estupro.

§ 2º. – Responderá, em todo o caso, pela morte ou lesão resultante da intervenção, o médico que se houver culposamente (MACHADO, 1940, p. 436).

Ademais, o jurista ao invés de compreender o motivo de honra enquanto uma causa de diminuição da pena, optou por prescrever penas menores ao delito, de forma que a mulher que praticasse a conduta para ocultar sua desonra, deveria responder por detenção de um a seis meses (MACHADO, 1938). Mesma pena era prevista ao “ascendente, descendente, cônjuge, irmão ou irmã” (MACHADO, 1938, p.435) que, por igual motivo, realizasse a conduta com o consentimento da gestante.

Pode-se perceber, portanto, que Alcântara Machado (1938), por um lado, intensificou as sanções penais, aumentando sua duração, e acrescentou tipos criminais ao delito de aborto, de forma a criminalizar um maior número de condutas – mas, por outro, reduziu as penas caso o delito fosse praticado por motivos de honra e previu duas possibilidades de aborto legal, sendo que uma delas, a de abortamento em caso de gravidez resultante de estupro, não havia sido discutida até então nos projetos anteriores.

O trabalho de Machado (1938) foi analisado por uma comissão revisora³⁷ composta por Costa e Silva, Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcelio de Queiroz e Vieira Braga, que revisaram o projeto e elaboraram um substitutivo, o qual foi encaminhado para o autor no final do ano de 1939 (MACHADO, 1941). O jurista parece ter ficado bastante incomodado com a forma como se deu a revisão, que segundo ele, se fez “a portas fechadas, em segredo absoluto, sem que sequer fosse

³⁷ Sontag (2009) sustentou que a dinâmica das comissões tendia a autonomizar o processo de elaboração dos códigos das instituições políticas, visto que deslocava as discussões políticas do plenário para procedimentos de cunho técnico. Nesse sentido, Roberto Lyra teria afirmado que a delegação tinha tido total autonomia para reelaboração do anteprojeto de Machado, sem ingerências do governo central. No entanto, segundo o pesquisador (SONTAG, 2009), é preciso analisar com cautela as afirmações de Lyra. O fato do trabalho da comissão revisora ter sido realizado de forma independente em relação às instituições políticas do Estado, não implica na autonomia em relação às políticas estatais, sobretudo porque a referida comissão foi organizada por um órgão administrativo, o Ministério da Justiça.

ouvido o autor do trabalho revisto” (MACHADO, 1941, p.23). Essa crítica, no entanto, não pode ser completamente dissociada do ressentimento pessoal do jurista de ter sido excluído do processo de revisão, não tendo sido convidado, sequer informado sobre a instituição do referido grupo de trabalho.

Dentre as diversas críticas feitas por Machado (1941) ao trabalho da comissão, não há nenhuma que faça referência direta ao delito de aborto. No entanto, dentre as falhas apontadas, uma chama atenção. Segundo o jurista, “o substitutivo é profunda e visceralmente desumano” (MACHADO, 1941, p.32) e dentre as razões de sua desumanidade estava o fato de ter suprimido “a detenção, a domicílio, do valetudinário e da mulher honesta, em se tratando de pena por tempo não excedente a um mês” (MACHADO, 1941, p.32). Era o caso do autoaborto praticado por motivo de honra, se a condenação estipulasse a pena mínima prevista³⁸.

Apesar das discordâncias, Machado acabou por aceitar a tarefa de analisar as propostas da comissão, apresentando nova versão do projeto em 1940. Ao compararmos os trabalhos, as modificações relativas ao delito de aborto foram bastante pontuais, resumindo-se, de modo geral, a supressão ou modificação de uma ou outra expressão. A principal alteração não estava na conceituação dos tipos penais compreendidos no delito, mas sim nas sanções. Nesse sentido, a revisão de Machado, quanto ao crime de aborto, se deu sobretudo no aumento das penas previstas. Assim, no trabalho de 1938 a penalidade do autoaborto era de detenção por seis meses a dois anos, enquanto que a proposta de 1940 previa detenção de um a três anos. Da mesma forma, no abortamento realizado por terceiro sem consentimento da gestante, a pena passou de dois a oito anos para três a dez anos. Apenas a prática da conduta com consentimento da gestante teve o máximo da pena reduzido no projeto apresentando em 1940, de forma a equipará-lo ao limite de pena previsto ao autoaborto. A diferença entre os regimes, no entanto, permanecia, de modo que o terceiro que praticasse a conduta deveria responder por reclusão, enquanto que a gestante por detenção.

³⁸ Quanto a matéria, o projeto de Machado de 1938, determinava que: “Art. 31 — A pena de detenção é no mínimo de 6 dias, salvo o caso de conversão de multa, em que pode ser inferior, e no máximo de 3 anos, salvo expressa disposição em contrário. [...] § 4.º — Poderá o juiz permitir que o sentenciado cumpra em seu domicílio, sob vigilância, a pena de detenção, dado o concurso das seguintes condições: I — ser a pena por tempo não superior a um mês; II — tratar-se de valetudinário, ou de mulher honesta, que nenhuma periculosidade apresentem” (1938, p. 244-245).

2.3.5 O delito de aborto nos projetos de reforma do Código Penal

A análise dos projetos de código penal apresentados durante os anos de 1890 e 1940, demonstra a variedade de concepções que o delito de aborto apresentava na comunidade jurídica, de modo a prevalecer, nas propostas legislativas, aquela que compreendia o aborto como um crime de resultado, o qual poderia compreender tanto a morte do produto da concepção quanto o parto prematuro. Apenas para Araújo (1893), a consensualidade da prática era central à definição do delito, que poderia ser entendido tanto como um crime de mera conduta quanto de resultado. Já para Siqueira (1913) e Machado (1938), o abortamento provocado compreendia tanto a conduta que tinha como fim causar a morte do produto da concepção, quanto aquela que objetivava o parto prematuro, enquanto que para Sá Pereira (1928), a materialidade do crime consistiria apenas na destruição do fruto no ventre.

Conforme vimos, apenas João Vieira de Araújo questionou a tipificação do autoaborto, principal inovação relativa ao delito feita pelo Código Penal de 1890 em relação ao anterior, propondo a supressão do dispositivo, de forma a considerar a prática lícita. As propostas legislativas, ademais, não pareciam ser orientadas pelo positivismo criminológico, ainda que alguns autores mostrassem simpatia com tal corrente teórica ou mesmo se identificassem com ela, como era o caso de Araújo. Nesse sentido, as alterações feitas à redação do delito de aborto não foram fundamentadas por preceitos teóricos gerais. Pelo contrário, de modo geral as modificações foram pouco ou sequer fundamentadas, de forma que, quando mencionadas, os autores restringiram-se a explicá-las.

O argumento da defesa social, no entanto, pode ser verificado no trabalho de Alcântara Machado, à medida que ele criticava a ineficácia das penalidades previstas no projeto de Sá Pereira e do trabalho elaborado pela comissão legislativa que o revisou, diante do novo regime político que havia se instaurado e da necessidade de “defesa coletiva contra a criminalidade comum” (MACHADO, 1938, p.203). Assim, em seu projeto elaborado em 1938, percebemos um alargamento da matéria relativa ao delito de aborto, bem como um aumento das penas previstas, as quais se tornaram ainda maiores no trabalho apresentado em 1940. Por outro lado, apesar da intensificação das sanções, esse foi o único projeto que previu duas possibilidades

aborto legal, uma em caso de necessidade para salvar a vida da gestante, e outra à gravidez resultante de estupro.

No próximo capítulo, analisaremos a doutrina jurídica brasileira da época, bem como seus diálogos com o pensamento jurídico italiano, de modo a perceber as concepções relativas ao delito de aborto para além daquelas contidas nas propostas legislativas, compreendo as interpretações dadas ao código vigente, e se, de fato, a chamada “Escola Positiva Italiana” foi determinante para que a prática de autoaborto fosse considerada crime.

3.ENTRE MÉDICOS E JURISTAS: A “ESCOLA POSITIVA ITALIANA” E A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO

A chamada Escola Positiva surgiu enquanto movimento teórico na Itália na segunda metade do século XIX, de forma a adentrar aos debates legislativos entorno do Código Penal, após a unificação ocorrida em 1861. Naquele momento, haviam três sistemas criminais distintos no país, tornando impossível um rápido processo de unificação legal (LACCHÈ, 2018). A partir da reforma criminal da Toscana em 1876, a qual aboliu a pena de morte, o debate entorno da legislação unificada passou a ser marcado pela disputa entre a permanência ou não da penalidade, acirrando-se o dilema entre segurança pública e justiça. Tratava-se, portanto, de um debate acerca do caráter político do código, tendo em vista a posição central que o penal ocupava na definição axiológica do ordenamento jurídico como um todo. Esse movimento de centralização do penal não era uma exclusividade do ordenamento italiano, visto que é característico dos ordenamentos modernos, à medida que a definição do regime de punição implica na delimitação de quem tem o poder de punir e, conseqüentemente, de quem possui o poder de dizer o direito (LACCHÈ, 2018).

No final do século XVIII, após o florescimento das ideias iluministas, que revolucionaram a concepção do direito penal a partir do ponto de vista humanitário, questionando o direito de punir e abrindo espaço à proporcionalidade das penas e à primazia da legalidade, houve um deslocamento do direito penal para o campo das ciências políticas. Como consequência, as questões dogmáticas estavam subordinadas às necessidades estratégicas. A perspectiva reformista lançada pelos iluministas adentrou o século XIX, de forma que nos debates doutrinários italianos “não haveria problema aberto, em matéria de crescimento civil, de liberdade, justiça ou evolução política, que não atravessasse em algum ponto o sistema penal” (SBRICCOLI, 2011, p. 476). Esse movimento, que buscava orientar o ordenamento jurídico-penal à concretização de valores político-sociais, foi denominado por Sbriccoli (2010) de “penalistica civile”, à medida que “ogni elemento di civiltà da introdurre nella società attraverso i suoi ordinamenti comportava una riforma, talora radicale, dell’ordine penale vigente” (2010, p.500).

Após a unificação do país, o principal problema do direito penal era buscar conciliar as inovações de inspiração liberal com as preocupações contínuas com a

segurança pública (SBRICCOLI, 2010). Os debates giravam entorno de três pautas principais: a abolição da pena de morte, a proporcionalidade entre pena e delito e o sistema de provas (SBRICCOLI, 2010). Os aspectos dogmáticos das respostas penais eram sentidos com menos urgência do que suas perspectivas ideológicas. Esse aspecto “civilístico”, entretanto, não deixou de estar acompanhado pelo desenvolvimento de uma produção intelectual de boa qualidade técnica³⁹, mas a tornava atenta às consequências políticas das reformas criminais.

Assim, a Escola Positiva tampouco negou o caráter político do penal, mas procurou construir uma abordagem científica do crime (ALVAREZ, 2002), a partir da negação do livre arbítrio e da centralidade dada ao infrator no estudo das ciências criminais, conferindo maior relevância ao caráter preventivo da pena. Tratava-se de uma visão completamente nova do direito penal, mas consistente com a tradição da penalística civil italiana (SBRICCOLI, 2010, p.549). O código deveria ter um conteúdo axiológico, mas também deveria estar orientado pela ciência. Nesse sentido, os principais juristas italianos da referida escola, como Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, estavam intimamente relacionados à política. Foi Ferri (1999 [1928]) quem criou o termo “Escola Clássica” para se referir de forma pejorativa àqueles que defendiam um sistema penal baseado em ideais liberais, como igualdade formal e garantias individuais, inicialmente proposto por Cesare Beccaria⁴⁰, e posteriormente defendido por autores como Francesco Carrara.

A chamada “Escola Clássica”, entretanto, não poderia ser considerada propriamente uma escola, à medida que os autores considerados “clássicos” não buscaram se orientar por uma corrente teórica comum. Tratava-se de um conjunto de experiências científicas maturadas pela cultura jurídica italiana ao longo do século XIX, as quais não possuíam uma unidade teórica coesa e uniforme, de modo que a identificação de um jurista com o polo “clássico” não se dava por adesão própria, mas por exclusão: quem se opunha às novas ideais positivistas passava a ser identificado como clássico pelos adeptos da “nova escola”. Assim, para Sbriccoli seria mais correto

³⁹ Quando nos referimos ao desenvolvimento técnico da dogmática penal durante o século XIX não estamos fazendo qualquer referência ao tecnicismo jurídico do século XX, difundido por Arturo Rocco, o qual advogava pela separação entre o direito penal e a política.

⁴⁰ Autor da obra “*Dei Delitti e Delle Pene*” (1764), a qual buscava propagandear os ideais do iluminismo penal. Beccaria (1764) defendia a legalidade como princípio ordenante do direito penal, compreendendo a lei tanto como manifestação da soberania do Estado, quanto mecanismo de garantia à liberdade individual, de forma a vincular o exercício da soberania estatal a determinado modo, através de um poder de punir pré-determinado.

referir-se a uma “tendenza liberale realistica” (2010, p.540) para identificar juristas como Francesco Carrara, Luigi Lucchini, Enrico Pessina, Giuseppe Zanardeli, entre outros, à medida que suas ideias estavam orientadas por alguns princípios em comum relacionados aos limites da acusação, à responsabilização do culpado, à proteção da liberdade individual, as garantias processuais, etc.

Essa dualidade entre “escolas”, criada pelos positivistas como forma de autoafirmação política e identitária, parece ter se popularizado entre os manuais de direito penal, ao que Mario Sbriccoli fez uma importante ressalva:

Manuale dopo manuale, nel quale la storia del penale posunitario è ossificata nella triade Carrara, Ferri, Lombroso, a loro volta ridotti a maschere o costretti a forza dentro una silhouette che semplifica la loro difficile complessità, restituendoci un banale stereotipo. Ha fatto delle ‘scuole’, come dicevo, il primo criterio metodologico, ma ha poi ridotto la cosiddetta scuola classica alla sola figura di Francesco Carrara... (2009a, p. 606).

Assim é preciso ter o cuidado de não se reduzir as complexidades do objeto ao se utilizar o binômio “escola clássica versus escola positiva”. Da mesma forma, não se deve forçá-lo à realidade brasileira. Conforme explica Ricardo Sontag (2014), quando o binômio é transplantado para o Brasil, transforma-se em uma luta contra o vazio, à medida que até então a produção do saber jurídico era marcada sobretudo pela oralidade e pela retórica, não existindo uma tradição “clássica” como existia na Itália. Tampouco havia na cultura jurídico-penal brasileira um ponto de referência como Francesco Carrara (SONTAG, 2014). No Brasil, até as primeiras décadas do século XX, não existia uma tradição de grandes tratados sistemáticos, salvo algumas exceções (SONTAG, 2014). Nesse sentido, as obras que datam do período a ser estudado constituem, em sua maioria, comentários ao Código Penal de 1890 – orientando-se pelo modelo tradicional da literatura jurídica brasileira da época.

O abandono à retórica dos binômios, também leva a desconstrução da polarização entre a Faculdade de Direito de Recife, como aquela defensora do cientificismo, e a de São Paulo, que estaria mais filiada ao classismo, por estar focada na projeção política dos juristas. Conforme assinalou Sontag (2015), Tobias Barreto, um dos expoentes máximos da chamada “Escola de Recife” era crítico ao positivismo criminológico e suas ideias tampouco poderiam ser consideradas “clássicas”, ao menos no sentido dado pelos italianos, visto que o autor dialogava com autores

germânicos. Por outro lado, ainda que um número significativo de juristas formados em São Paulo tenha se dedicado à política, não se pode ignorar o fato de que não foram raros os bacharéis recifenses que seguiram pelo mesmo caminho. Assim, à nossa pesquisa, o local de formação dos juristas não foi um fator determinante à escolha dos textos a serem trabalhados, tampouco se mostrou relevante à análise.

Por outro lado, é certo que a Escola Positiva Italiana aproximou as fronteiras entre direito e medicina, à medida que tinha entre seus principais expoentes, médicos. Isso pode ser verificado na Itália, com as teorias sobre a delinquência de Césare Lombroso, mas também no Brasil, como, por exemplo, pela obra de Nina Rodrigues, que buscava explicar a criminalidade a partir de critérios raciais. Se, por um lado, há pesquisas que demonstram a presença de discursos normativos na produção intelectual médica, inclusive quanto ao comportamento social feminino – conforme exporemos brevemente no primeiro item do capítulo, por outro, poucos são os estudos que se dedicaram a verificar a receptividade dos discursos médicos pelos juristas. Nesse sentido, nos propomos a analisar a doutrina jurídica brasileira, buscando verificar a adesão dos juristas ao discurso médico-normativo acerca do comportamento feminino na interrupção voluntária da gravidez. Para isso faremos um estudo comparado, analisando inicialmente os autores italianos citados por juristas brasileiros para em seguida adentrarmos ao estudo da doutrina nacional, de forma a perceber as particularidades das relações estabelecidas com a medicina no tratamento jurídico ao delito de autoaborto.

O estudo especificamente da doutrina italiana não se deu por escolhas pessoais. A análise prévia da doutrina brasileira indicou que praticamente todos os juristas estrangeiros citados nos comentários ao delito de aborto eram italianos. A obra de Galdino Siqueira foi a única na qual as ideias de um jurista de nacionalidade diversa ganharam destaque. Trata-se do jurista alemão Von Liszt, cuja concepção de aborto será apresentada junto ao estudo da obra de Siqueira (item 3.3.5).

3.1.A CONSTRUÇÃO DA MATERNIDADE CIENTÍFICA PELA MEDICINA E OS DISCURSOS MÉDICOS SOBRE A DELINQUÊNCIA FEMININA

Dentre as obras do período que trataram sobre a delinquência feminina, talvez a mais completa seja de autoria do médico expoente da Escola Positiva Italiana, Césare Lombroso, que escreveu “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (2018 [1893]), junto com Guglielmo Ferrero. Como o título sugere, o livro se dedicou a caracterizar o perfil da mulher normal, de forma a contrapô-lo ao da mulher criminosa e da prostituta. A estrutura da narrativa, portanto, diferencia-se do “L’Uomo delinquente” (2007 [1876]), no qual Lombroso dispensa a caracterização do perfil do homem comum, pressupondo que o leitor já o conhece de antemão. Assim, em “La donna delinquente” (2018 [1893]), primeiro são descritas as características fisiológicas, comportamentais e psicológicas que são consideradas naturais pelos autores, para então demonstrar os traços desviantes específicos de cada tipo de mulher delinquente.

A figura da mulher normal é construída de modo a associá-la à maternidade, reduzindo a existência da mulher, a partir da ideia de “evolução sexual”, ao seu suposto papel na perpetuação da espécie. Assim, a mulher normal, como as demais fêmeas do mundo animal, teria uma tendência ao conservadorismo, atrelada a sua função de manter a espécie, o que a tornaria menos propensa a variabilidade, inerente à evolução, o que a levaria a uma menor probabilidade de se degenerar, mas também a tornaria um ser menos racional que o homem.

Para os autores, as mulheres cometeriam menos delitos, a exceção do aborto e do infanticídio, que seriam tipicamente femininos. Apesar de afirmarem o caráter desviante de tais condutas, há o reconhecimento, por parte dos autores, de que se tratavam de práticas de controle de natalidade, generalizadas em toda humanidade. Às causas do aborto são ainda atribuídas outras razões, como a vaidade, que levaria a mulher a não querer engravidar para conservar sua beleza; o trabalho, que a impediria de assumir as obrigações maternas; a condição de miséria, na qual um filho a mais levaria a privação de alimento dos demais; o medo da violência masculina. Os autores chegaram a citar casos em que o aborto teria se transformado em necessidade social, como nos Estados Unidos, no qual as práticas abortivas seriam resultado do “desenvolvimento natural da economia capitalista” (LOMBROSO, FERRERO [1893] 2018, n.p.). Nesse sentido, afirmaram que “diante de uma situação especial, cria-se uma categoria específica de delitos e as infratoras, que são

quase normais, não teriam violado nenhuma lei, se suas condições de vida tivessem sido diferentes” (LOMBROSO, FERRRERO [1893] 2018, n.p.).

As ideias de Ferrero e Lombroso acerca da maternidade científica não eram exatamente novas. A ênfase na definição da diferença sexual e na predestinação do corpo feminino à maternidade tem sido percebida como um fenômeno visível entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX (ROHDEN, 2003). Em sua pesquisa, Fabíola Rohden (2001), sustentou que o surgimento da Ginecologia teria tido um impacto significativo na vida das mulheres, que passaram a ter seu corpo e seu comportamento social investigados, vasculhados e principalmente funcionalizados pela medicina, a qual buscava justificar teoricamente a existência da mulher à sua capacidade de reproduzir e propagar a espécie.

As ideias de Césare Lombroso também circularam entre a comunidade médica brasileira, inclusive em teses que tratavam sobre a condição feminina. Na obra de Titio Lívio de Castro, intitulada “A mulher e a sociogenia” (1893), por exemplo, o autor partindo de teorias craneologistas e fisiologistas fundamentou a inferioridade feminina no tamanho do cérebro, o qual, segundo o médico, era menor entre as mulheres em razão da falta de estímulo (ALMEIDA, 2008). Segundo Martins (2004, p.251), é perceptível a utilização das ideias de Lombroso e Ferrero na obra de Castro, especialmente em relação à comparação entre a evolução sexual dos animais e dos seres humanos.

Entre os médicos brasileiros, a presença do argumento científico nos discursos sobre o comportamento feminino parece estar associada ao crescente número de estudos sobre a fisiologia da mulher (ROHDEN, 2003), sobretudo a partir de 1860 (BROTTO, 2010). Para Martins (2004, p.224), “pela maternidade que se deu a individualização da mulher no discurso médico e intelectual”, a partir da associação da função materna com as demandas da natureza e da sociedade.

Já no começo do século XIX circulavam livros franceses que defendiam uma educação feminina condicionada ao desempenho das funções maternas, mas somente a partir da década de 80 começaram a aparecer publicações voltadas para divulgação do saber médico entre pessoas leigas, como o periódico “A mãe de família”, publicado entre os anos de 1880 e 1881 pelo médico Carlos Antonio de Paula Costa, e o livro “Arte de Formar Homens de Bem”, de autoria do médico Domingos Jaguaribe Filho, que consistia em um manual de higiene voltado às mulheres

(MARTINS, 2004). Dessa forma, os médicos buscavam orientar e controlar o desempenho da maternidade, ao passo que a defendiam enquanto condição biológica determinante do corpo feminino.

Haveria, ademais, um interesse político dos médicos na criminalização do autoaborto. Segundo Anayansi Brenes (1991) a Ginecologia teria esbarrado em problemas morais, de forma que as mulheres tinham grande resistência à presença do obstetra e do ginecologista, os quais precisavam observar e intervir nos corpos femininos para fazerem avançar suas pesquisas. Diante desta dificuldade, o discurso médico teria forjado uma nova subjetividade para a mulher calcada na sexualidade feminina, destacando o seu papel enquanto mãe e esposa, como fundamental à perpetuação da espécie (BRENES, 1991). Deste modo, a Ginecologia teria feito da mulher “um ser frágil e inconstante, a quem somente os médicos poderiam orientar, por serem os únicos que a conheciam” (BRENES, 1991, p.145).

A este fenômeno, Vázquez (2007) atribuiu o surgimento da imagem do médico protetor e salvador das mulheres, as quais, sem o cuidado dos doutores, não seriam capazes de suportar a dor da maternidade, podendo até desejarem a própria morte e a de seus filhos. Nesse sentido, Marinete Silva (2012) sustentou que as dificuldades encontradas por esse novo ramo da Medicina fizeram com que os médicos buscassem amparo estatal, reivindicando o monopólio das atividades da profissão. Para isso, teriam se aliado ao discurso moral cristão, que até então condenava as intervenções médicas na vida privada da mulher, ao justificarem cientificamente e fortalecerem os dogmas morais. Teria se iniciado, assim, a luta política dos médicos contra as parteiras, pela exclusividade dos atos ligados à reprodução, acusando-as de aborteiras e ignorantes, buscando desacreditá-las perante a sociedade. A única forma de aborto tolerada pelos médicos se dava nos casos em que a gravidez representasse um risco de vida à mãe, a qual teria o direito natural à sobrevivência. A avaliação destes riscos também era reivindicada por eles. Segundo Silva, “ao chamar exclusivamente para si tal decisão, os médicos buscavam reafirmar seu poder de classe e gênero” (2012, p.1252).

Silva (2012) ainda sustentou que a preocupação dos médicos diante do alto número de abortos induzidos não era, como se faz parecer, com a vida intrauterina. Entre as principais razões à defesa da criminalização do aborto provocado, sobretudo pela mulher, estava a possibilidade de infidelidade conjugal, a ameaça à perpetuação

da espécie e ao desvio moral através do prazer feminino. Não raro, pelos mesmos motivos, os médicos condenaram a utilização de contraceptivos, visto que a dissociação do ato sexual da finalidade reprodutiva era uma ideia perturbadora.

De modo geral, as pesquisas que buscaram investigar os discursos médicos acerca do autoaborto entre o final do século XIX e começo do século XX, apontaram a insatisfação dos clínicos com o tratamento jurídico conferido ao delito. Silva (2012) trouxe à tona uma moção encaminhada pela Academia Nacional de Medicina, no início do século XX, ao parlamento da República, solicitando uma legislação especial para o crime de aborto. Dentre as medidas sugeridas, estavam a vigilância das chamadas casas de partos, a notificação da autoridade sanitária em caso de aborto e mortalidade perinatal, tal como ocorria com doenças infectocontagiosas, e o direito do médico clínico em violar o segredo profissional e depor perante a justiça. Segundo Antunes (1999, p. 225), essas propostas foram uma transcrição daquelas contidas em um projeto de lei elaborado pela Sociedade Francesa de Medicina Legal no mesmo período. Duas medidas, no entanto, suscitaram debates que impediram o apoio consensual da Academia brasileira ao projeto: a absolvição da “abortada” que revelasse a identidade do “abortador” e a notificação compulsória dos casos de aborto, que obrigaria os médicos a denunciarem as mulheres que recorressem ao seu socorro (ANTUNES, 1999). Esses debates geraram várias propostas de reformulação do projeto inicial, o qual foi discutido por dois anos pela Academia, de forma que nunca chegou a ser enviado ao Congresso Nacional enquanto projeto de lei (ANTUNES, 1999, p. 226).

De acordo com Antunes (1999), a criminalização do aborto foi objeto de grande discussão médica em 1915, com a divulgação pelo jornal “O imparcial” de um artigo francês que, diante dos crimes cometidos na Primeira Guerra Mundial, indagava sobre a licitude de se provocar aborto nas mulheres violadas durante o período. A discussão ocupou várias sessões da Academia Nacional de Medicina brasileira. O médico Souza Lima estava entre os defensores da licitude, julgando necessária a abertura de uma exceção à lei nesses casos, tendo em vista o sacrifício imposto às mulheres violentadas e diante da brutalidade com que esses crimes eram cometidos. Apesar de não propor uma reforma na legislação penal, pedia aos seus colegas e aos tribunais para abrirem uma exceção e permitirem a realização de abortos nos casos de estupro comprovados por consulta. Já o doutor Arnaldo Quintella trouxe à tona o problema

das provas: como se comprovar que a violência foi praticada por um inimigo de guerra e não por um nacional (ANTUNES, 1999, p. 221)? O médico Queiroz Barros, por sua vez, questionava as razões para descriminalizar o aborto apenas nos casos de estupro relacionados à guerra. Segundo o médico: “é tão pungente a angústia de quem traz em seu seio o imposto filho de um inimigo em armas contra a sua pátria, como o é o de um indivíduo a quem não se ama: entretanto, ninguém pensou ainda em justificar o aborto nesse caso” (BARROS, 1915 apud ANTUNES, 1999, p. 223). Entre as razões para diferenciação das condutas estavam o risco de promiscuidade do feto, que poderia herdar o caráter do inimigo, e o sentimento de patriotismo (ANTUNES, 1999).

Apesar de verificar a proliferação de discursos médicos sobre a vida social e as condutas morais (nos quais o tema do autoaborto estava presente), a tese de Antunes (1999) é de que as considerações e as especulações médicas permaneceram no âmbito do discurso, não chegando a se estabelecerem enquanto profilaxia social das doenças. Segundo o autor (ANTUNES, 1999, p. 274) não é possível concluir que “a sociedade tenha sofrido as modificações exigidas pelos médicos, ou que tenha experimentado um processo de transformação dirigido pela medicina”, visto que a maior parte das proposições médicas não foram acatadas legalmente e a categoria não parecia se orientar por um programa de ação logicamente ordenado, à medida que os doutores tinham muitos pontos de divergência em relação às ações propostas. Assim, só seria possível, segundo o autor (ANTUNES, 1999), falar em um processo de “medicalização da sociedade” para

designar um processo historicamente datado de modificação da própria medicina, uma reorientação de seus objetos e métodos. [...] Das doenças de nossa constituição biológica para os males de nossa conformação moral; da medicina *strictu sensu* para o direito; da biologia para a sociologia (ANTUNES, 1999, p. 274).

O fato de a capacidade de transformação social da comunidade médica ser menor do que a que usualmente se projeta, em termos de concretização de medidas e reivindicações no meio institucional, não significa, no entanto, que ela não tenha gozado de prestígio no âmbito do discurso. Conforme afirma Antunes (1999), a

“socialização da medicina”⁴¹ foi um espaço de reafirmação de competência e poder por parte da categoria, configurando-se em “instância de projeção da autoridade médica perante a sociedade” (1999, p. 35) entre o final do século XIX e o começo do século XX.

Nesse mesmo período, circulavam as ideias positivistas no Brasil, sobretudo entre 1880 e 1930 (ALVAREZ, 2002), o que possivelmente contribuiu para o fortalecimento da imagem de prestígio da medicina, a qual adentrava ao campo do direito penal através dos estudos de criminologia e medicina legal. O fato de diferentes juristas, como João Vieira de Araújo, Viveiros de Castro, Paulo Egídio, Galdino Siqueira, Cândida Motta, Antônio Moniz Sodré de Aragão, Clóvis Beviláqua, entre outros, terem aderido às ideias da Escola Positiva Italiana (ALVAREZ, 1996) não significa necessariamente que eles incorporaram o discurso médico acerca da condição feminina, tampouco que houve uma completa e unânime adesão às ideias italianas, até porque os próprios fundadores da chamada “escola” apresentavam divergências teóricas entre si. Nesse sentido, a hipótese a ser trabalhada consiste em verificar, a partir do diálogo entre as teorias italianas e brasileiras, se os juristas também se utilizavam de argumentos deterministas, baseados no discurso médico acerca da maternidade científica, para justificar e explicar o delito autoaborto. Para tanto, analisaremos no item subsequente autores italianos para então abordarmos as obras de alguns juristas brasileiros.

Dentre as pesquisas que buscaram verificar a recepção dos discursos médicos pela doutrina jurídica brasileira, destacou-se a obra de Schwarcz, o “Espetáculo das Raças” (1993). Nessa pesquisa, a autora, ao investigar teorias raciais e a repercussão que elas tiveram na institucionalização do racismo, concluiu que o determinismo biológico teria sido determinante à configuração de uma nova concepção de direito:

a partir desse momento [da geração intelectual de Tobias Barreto] uma nova concepção de direito se constrói: uma noção “científica”, em que a disciplina surge aliada à biologia evolutiva, às ciências naturais e a uma antropologia física e determinista (SCHWARCZ, 1993, p.149).

⁴¹ Segundo o autor (ANTUNES, 1999), o termo é mais adequado do que “medicalização da sociedade”, pois enfoca nas transformações ocorridas na medicina, a qual “passava a submeter-se às demandas conjunturais da coletividade, repercutindo, em especial, a dimensão moral da vida social” (1999, p. 275).

A essa assertiva, Sontag (2015) fez uma importante ressalva, sustentando que a utilização de ideais evolucionistas e naturalistas não significava necessariamente “biologismo” – ideia presente, por exemplo, na teoria de Lombroso, que buscou explicar os comportamentos sociais a partir da biologia e da fisiologia humanas. Ademais, além de anotar a utilização acrítica de Schwarcz do binômio escola clássica versus positiva, identificando-o com a polarização entre as faculdades de Recife e de São Paulo, Sontag (2015) ainda apontou a insuficiência das fontes utilizadas pela autora à ampla análise a que se propôs, visto que ela se restringiu ao estudo de duas revistas, uma da escola de São Paulo outra da de Recife. Assim, segundo Sontag (2015), ainda que seja possível verificar referências à raça em alguns trabalhos de juristas menores publicados no periódico da faculdade de direito de Recife, isso não significa que esse seja um traço geral do referido centro de ensino. Assim, diante das ressalvas específicas feitas por Sontag (2015), e dos apontamentos acerca da “medicalização da sociedade” realizados por Antunes (1999), a afirmação de que no final do século XIX emergiu uma nova concepção de direito aliada à biologia evolutiva não pode ser encarada de modo generalizante.

Isso não significa que não existiram mudanças significativas no modelo jurídico-penal a partir da segunda metade do século XIX, mas sim que seu traço fundamental não tinha bases, de forma geral, no biologismo. Nesse sentido, Queiroz (2006) sustentou que a principal ruptura do positivismo jurídico em relação ao direito penal liberal-iluminista foi epistemológica. Assim, enquanto no modelo jurídico anterior “as teorias se construíam *dedutivamente* a partir de grandes abstrações (como na geometria)” (QUEIROZ, 2006, p. 125), a partir do positivismo, “elas passaram a se fundar em generalizações tiradas indutivamente de observações empíricas” (QUEIROZ, 2006, p. 125). A concepção cientificista do direito estaria baseada sobretudo na ideia de um saber puramente descritivo e supostamente demonstrável, sintonizado com o ideal empírico de ciência da época, representando, assim, uma modernização do saber jurídico.

Apesar das rupturas com o modelo anterior, as escolas positivistas mantiveram a mesma lógica organizacional do direito penal iluminista, dando continuidade à organização dedutiva baseada nos grandes princípios e definições positivadas nos códigos (QUEIROZ, 2006), mantendo-se, portanto, filiadas ao princípio da legalidade. Queiroz (2006) fala em “escolas positivistas” por entender que, para além da chamada

“Escola Positiva Italiana”, a qual buscava explicar a criminalidade a partir das características do delinquente, havia outras correntes de pensamento que tinham a mesma orientação metodológica, mas que, por exemplo, concebiam o direito sob um plano exclusivamente técnico-normativo, como em Hans Kelsen. De todo modo, em nossa pesquisa, nos ateremos ao positivismo criminológico, de forma que ao nos referirmos ao “positivismo” estaremos tratando especificamente das ideias filiadas a “Escola Positiva Italiana” – que representam a corrente de pensamento jurídico-penal positivista predominante na época a que nos propomos a estudar.

3.2. O ABORTO CRIMINOSO NA DOUTRINA ITALIANA: A CENTRALIDADE DO AUTOABORTO E A PROBLEMÁTICA DAS PROVAS

É interessante notar que no Código Italiano de 1889, diferentemente da legislação brasileira, não há referência somente ao termo “aborto” para tratar do tipo criminal. O delito era legalmente designado enquanto “procurato aborto”, buscando enfatizar que se tratava de uma conduta provocada e, portanto, não natural. O termo já era utilizado pelos juristas antes do código unificado entrar em vigência, como se pode verificar nas obras de Enrico Pessina (1880) e Luigi Luchini⁴² (1884). Ao tratar dos delitos, esses juristas se referiam, de modo geral, ao Código Penal da Sardenha de 1859, o qual vigorou em toda a Itália, exceto na Toscana que manteve o seu diploma penal de 1853 até a unificação da legislação penal.

Nesse item analisaremos as obras de Francesco Carrara (1872), Enrico Pessina (1880), Luigi Lucchini (1884), Giuseppe Zanardelli (1888), Ferdinando Puglia (1895), Giulio Crivellari (1896) e Raffaello Balestrini (1888), que foram citadas pelas obras dos juristas brasileiros a serem estudadas no item 3.3.

3.2.1 O “Programma del Corso di Diritto Criminale” de Francesco Carrara (1872): a defesa do aborto enquanto “feticídio”

Em seu “Programma del Corso di Diritto Criminale”, Francesco Carrara (1872), principal referência teórica dos juristas de tendência liberal e por isso identificado

⁴² Jurista italiano, foi professor da Universidade de Bolonha, conselheiro da Corte de Cassação de Roma e deputado no Parlamento Italiano.

como o principal expoente das ideias chamadas “clássicas” pelos positivistas, sustentava a existência de uma distinção conceitual entre os termos “feticídio” e “aborto procurato”, defendendo que o primeiro deveria substituir o segundo, tal como fizera o Código Toscano⁴³. A principal diferença entre os delitos estaria no momento consumativo de cada um. Assim, o delito de feticídio apenas se realizaria com a morte do feto, sendo, portanto, um crime material, que dependeria do resultado. Já o aborto provocado seria um delito formal, para o qual bastaria a aplicação de meios abortivos. Nesse sentido, tanto ao feticídio quanto ao aborto provocado seria necessária a existência dos seguintes elementos para configuração dos delitos: a gravidez, o dolo e a aplicação de meios violentos. Mas para que a conduta fosse considerada feticídio, era preciso da existência de um quarto elemento: a morte do feto⁴⁴. Assim, Carrara definia o feticídio enquanto “*la dolosa uccisione del feto nell’utero, o la violenta sua espulsione dal ventre materno, dalla quale sia conseguita la morte del feto*” (1872, p.382, grifos do autor). Feita essa distinção conceitual, Carrara, entretanto, se utilizou diversas vezes dos termos enquanto sinônimos ao tratar juridicamente do tema, sem deixar, contudo, de defender a necessidade de morte do feto para a caracterização do delito.

Isso talvez se deva pelo fato do autor, em uma extensa nota de rodapé, ter criticado o médico francês Tardieu por querer instituir uma nova doutrina, a qual defendia que o aborto provocado era um crime distinto e independente do feticídio, no qual não seria necessária a demonstração comprobatória de que o feto era vivo ou viável antes da aplicação dos meios abortivos⁴⁵. Segundo Carrara (1872), Tardieu acreditava que era melhor dispensar a necessidade dessa prova, em razão da dificuldade de obtê-la, de forma a evitar a impunidade na maior parte dos casos. Diferentemente do que se poderia imaginar, o jurista não criticou o médico no sentido de afirmar o princípio do *in dubio pro reo*. Para Carrara, o problema maior dessa

⁴³ “La denominazione di *feticidio* sostituita (1) a quella di procurato aborto, e l’adiezione di questo quarto estremo nella definizione del delitto, come trovasi nel codice Toscano (art. 321) sono di grande importanza” (CARRARA, 1872, p. 398-399, grifos do autor).

⁴⁴ “Estremi di questo delitto sono: - 1.º la gravidanza – 2.º il dolo – 3.º i mezzi violenti – 4.º la morte conseguitane del feto” (CARRARA, 1872, p.382).

⁴⁵ “Recentemente Tardieu volle costruire una nuova dottrina che acquisì credito per la meritata riputazione del suo promotore. Questa in sostanza consiste nello stabilire che il procurato aborto è un reato affatto distinto e indipendente dal feticidio. Secondo lui non è necessario al materiale del procurato aborto la prova della vita o della attitudine vitale del feto, ossia di quella che chiamasi *vita feto placentale*. Il materiale dell’aborto egli lo trova bastantemente completo nella prova delle *manovre adoperante* per espellere il PRODOTTO DI UNA CONCEZIONE e della conseguita espulsione” [grifos do autor] (CARRARA, 1872, p.399).

concepção é que ela buscava fundamentar a punição de uma mera intenção, a qual não tinha gerado qualquer dano ou perigo:

Osservo in primo luogo sotto un punto di vista generale che con questa dottrina si viene a condannare come rea di procurato aborto la fanciulla che non è mai stata gravida quando per i ritardi dei suoi corsi venuta in sospetto di essere incinta abbia espulso un grumo di sangue. E questo, vogliasi o no, è lo stesso che punire la mera intenzione (CARRARA, 1872, p.399).

Assim, é possível observar que, apesar de criticar a concepção de que o aborto provocado era um crime distinto do de feticídio, Carrara (1872) adotou essa diferenciação para sustentar que a materialidade do delito dependeria sempre da morte do feto, defendendo a substituição da expressão “procurato aborto” por “feticídio” por acreditar que ela evitaria dúvidas quanto ao momento consumativo do delito.

Em seus comentários, Carrara ainda buscou explicar as razões pelas quais o crime de aborto era praticado. A passagem é longa, mas muito interessante:

Vuole la tirannide delle passioni e l'urto delle condizioni sociali, che la donna abbia talvolta in odio quello che lei dovrebbe eccitare ed altissima gioia, la gravidanza; ed abbia invece in desiderio quello che essa dovrebbe come grande infortunio temere, l'aborto. A distruggere anticipatamente nelle proprie viscere il dono della provvidenza furono in tutti i tempi sospinte le femmine da parecchie cagioni: la più frequente delle quali fu il desiderio di nascondere un fallo; e fu più scusabile, ma non la sola. Chè troppo spesso ne ammaestra la storia essersi indifferentemente condotte a tale eccesso o per tedio della figliuolanza, o per osteggiare un invisito marito, o per sottrarre sè stesse ai dolori, e pericoli del parto: o persino (incredibile a dirsi) al solo intento che il superbo ventre non si bruttasse di rughe precoci. Tanta è la facilità al delitto ni codesto sesso, come più morale del sesso maschile dipinto oggi da alcuni entusiasti, che al delitto corre leggerissimo solo pel vanitoso amore di una fuggitiva bellezza (CARRARA, 1872, p.373-374).

Perceba-se que Carrara expôs somente os motivos que levavam a mulher grávida à realização do delito, focalizando sempre na figura do autoaborto, ainda que o autor estivesse a explicar o fenômeno do feticídio de forma geral. Ademais, é interessante notar que ele buscou associar causas sociais à prática do aborto, como as paixões proibidas, os maridos ausentes, a proteção da honra e a vaidade feminina – fatores que também foram atribuídos ao aborto provocado por Lombroso e Ferrero, anos mais tarde, na obra já citada “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (2018 [1893]). Por fim, é possível observar na passagem transcrita, a presença de uma diferenciação entre homens e mulheres marcada pelo sexo. Nesse

sentido, o autor não sugeriu que as mulheres eram mais morais do que os homens, mas que o *sexo feminino*, portanto uma condição biológica, era considerado mais moral do que o masculino por alguns “entusiastas”.

É preciso, no entanto, situar os comentários de Carrara sobre o delito de aborto no contexto de sua obra como um todo. Nesse sentido, podemos perceber que suas reflexões acerca desse tipo criminal também refletiam a cultura jurídico-penal italiana, da qual era um dos principais representantes, orientada pelo que Sbriccoli denominou de espírito de civilidade (2009a, p.473). Se em um primeiro momento se pode associar suas explicações ao aborto criminoso baseadas em fatores sociais como manifestações deterministas, uma análise mais apurada pode indicar que tais explicações na verdade refletem a tendência liberal realística do autor. Isso porque era característico da obra de Carrara combinar seu vasto domínio da tradição doutrinária com a realidade e a prática jurídica, em razão de sua experiência forense (SBRICCOLI, 2010, p.508).

Voltando à tipificação do aborto, para Carrara a fundamentação da incriminação da conduta estaria na proteção de uma esperança de vida, a qual, por ser ainda incerta, não poderia ser vítima de homicídio. Nesse sentido, o autor defendia que o delito de aborto deveria sempre ser considerado menos grave do que o de homicídio:

Ma questo delitto, per quanto infesto e vituperevole ei sia, non mai può adeguarsi in gravità all'omicidio (1). La vita che si spegne non poteva ancora dirsi definitivamente acquisita: più una speranza ella era che una certezza. E tra lo stato di feto e quello di uomo, tanto d'intervallo intercedeva, tanto di ostacoli e di pericoli si frapponeva, da rimaner dubbio mai sempre se anche senza la violenta espulsione quella vita sperata avesse, mai potuto giungere a convertirsi in una realtà (CARRARA, 1872, p. 378).

Para que o feticídio fosse caracterizado era preciso comprovar que a gravidez era verdadeira, que os meios aplicados eram idôneos e que o feto fora morto em razão das manobras abortivas praticadas, além de se verificar a existência de dolo. Assim, segundo o autor, era necessário que “la gravidanza sia positivamente provata dell’acusa” (CARRARA, 1872, p.385) e para isso era preciso checar

se trattavasi di un vero feto, cioè di un prodotto fisiologico, anzichè di un mero prodotto patologico: lo che quasi vorrei dire impossibile a dimostrarsi nei primi mesi, attesa la incertezza dei segni sintomatici della gravidanza (CARRARA, 1872, p. 388).

Em relação ao dolo, Carrara primeiro afirmou que ele era composto pela “1.º Scienza della gravidanza – 2.º Animo diretto alla ejezione del feto” (1872, p.393), levando a entender que, apesar das distinções feitas entre feticídio e aborto provocado, o dolo no feticídio não precisava estar direcionado à morte do feto, bastando a vontade do autor do crime em realizar a expulsão ou o parto prematuro do mesmo. Ao tratar do aborto culposo, entretanto, o autor afirmou que “la scienza odierna non conosce il titolo di feticidio se non là dove concorre la intenzione diretta alla uccisione del feto” (CARRARA, 1872, p.395), defendendo que a modalidade culposa do delito não deveria ser incriminada. O autor justificava a impossibilidade alegando que caso um terceiro provocasse a morte do feto por imprudência, sem a intenção de fazê-lo, deveria responder por uma lesão gravíssima culposa. E se dolosamente ofendesse uma mulher grávida sem saber de seu estado, provocando o fim da gestação, se trataria de uma lesão gravíssima preterintencional – e não um feticídio. Assim, para caracterização do dolo, o conhecimento da gestação seria essencial, bem como a vontade de realizar o delito – mas na obra de Carrara, fica dúvida se o autor defendia que a intenção do agente deveria estar direcionada à morte do feto ou à sua mera expulsão, desde que essa levasse ao óbito o produto da concepção.

De modo geral, em sua doutrina sobre o aborto, Carrara (1872) buscou analisar a imputabilidade do delito com base no fundamento jurídico que motivava a sua incriminação, sempre considerando os elementos jurídicos inerentes à conduta. Assim, o autor era contra o aborto culposo em razão da ausência de dolo, bem como era contrário à figura do aborto tentado, seja pela ausência de um sujeito passivo (em caso de gravidez falsa) ou pela falta de motivações políticas em impor um processo penal a uma família que, após tentar um aborto fracassado, decidiu prosseguir a gravidez.

Ademais, é possível perceber em sua obra um diálogo com a medicina, à medida que Carrara defendia a necessidade de provas médicas para a configuração do delito, como a comprovação clínica de que a mulher estava grávida de um feto viável e a verificação da eficácia dos meios. Nesse sentido, o autor destacou a importância da atuação do médico legal na verificação da idoneidade dos métodos aplicados:

il giurista lascia al medico legale il giudizio sulla idoneità relativa di codesti mezzi, e le dispute assai problematiche che si elevano in alcune specialità. E si appaga di qualunque di loro per ravvisarvi la forza fisica subiettiva del

delitto, quando essi abbiano prodotto l'effeto. Solo deve avvertersi che dove si parli di aborto procurato dalla donna sopra sè stessa, la tesi dei mezzi morali sarà naturalmente impossibile (CARRARA, 1872, p.396).

Ainda, ao diferenciar o delito de aborto do parto acelerado, o autor buscou distinguir os conceitos obstétricos das concepções jurídicas acerca do tema:

osserva Ferdut (de l'avortement pag.60) che sotto il punto de vista ostetrico l'aborto procurato è cosa essenzialmente distinta dal parto accelerato; e la distinzione secondo lui dipende da questo che in faccia al primo il feto non può sopravvivere, mentre può sopravvivere in faccia al secondo; e conclude che dal settimo mese indietro si ha l'aborto, e dopo il settimo mese si ha parto accelerato (CARRARA, 1872, p. 402).

Sem deixar de reconhecer a veracidade da afirmação do médico francês, Carrara se mostrou contrário a necessidade de se elaborar dois tipos penais distintos, cada um correspondente a uma definição médica, em razão da falta de interesse jurídico para tanto. Segundo o autor, para o direito não importaria se o feto fosse expulso forçosamente no primeiro ou no último mês da gestação, sendo mais relevante verificar a intenção do agente e o efeito da conduta, os quais determinariam a imputação do fato, sem necessidade de modificações no título do delito.

Conforme vimos, não raro o autor justificou suas escolhas doutrinárias com base nos fundamentos jurídicos da incriminação da conduta, considerando os aspectos práticos da criminalização. Assim como o autor não via interesse jurídico na criação de tipos penais distintos para cada definição médica de abortamento, também se manifestou contra a penalização da tentativa por essa carecer de motivações políticas. Nesse sentido, é possível perceber um certo utilitarismo nos comentários de Carrara ao delito, à medida que os aspectos técnicos da criminalização do aborto deveriam estar funcionalizados pelo bem social. O jurista também demonstra sua preocupação com a proporcionalidade entre os delitos e as penas, defendendo que o aborto deveria ser sempre considerado menos grave que o homicídio. Essas características corroboram a tese de Sbriccoli (2010), para quem não haveria uma “escola clássica”, mas sim uma ciência civilmente madura baseada no acúmulo de experiências científicas – à medida que o utilitarismo, o proporcionalismo e o humanitarismo, que são as três principais diretrizes da ideologia do iluminismo penal do século XVIII (SBRICCOLI, 2009b), são elementos que mantêm-se fortemente presentes nos comentários ao delito de aborto feitos por Carrara (1872).

3.2.2 “Elementi di Diritto Penale” de Enrico Pessina (1880): o aborto enquanto “abactio partus”

Já Enrico Pessina, outro jurista italiano com tendências liberais, em seu livro “Elementi di Diritto Penale” (1880) fez breves considerações acerca do delito de aborto, defendendo um conceito totalmente distinto daquele sustentado por Carrara ao compreender a conduta como “abactio partus” (PESSINA, 1880), ou seja, enquanto provocação de um parto prematuro. Para o autor, a essência do crime estaria, portanto, “nella somma degli sforzi indirizzati ad ottenere il parto prematuro” (PESSINA, 1880, p.30). Pessina sequer mencionou a morte do feto como resultado possível da conduta⁴⁶, indicando uma concepção completamente distinta de aborto criminoso. Nesse sentido, a prática do delito só seria agravada se resultasse em morte ou dano à mulher⁴⁷ – o que indica que para Pessina a gestante seria o sujeito passivo da ação, ainda que o autor indicasse a proteção da *spes hominis*, junto à vida da mulher grávida, como fundamentos da incriminação da conduta⁴⁸. O jurista não explorou o delito de autoaborto, reduzindo-se a indicar que o crime poderia ser praticado sem a anuência da gestante ou com o seu consentimento – situação na qual ela também seria incriminada⁴⁹.

3.2.3 A “Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza” de Luigi Lucchini (1884): a defesa da necessidade de comprovação da morte do feto

⁴⁶ Ao abordar historicamente o delito o autor mencionou ordenamentos jurídicos que consideravam a morte do feto enquanto elemento necessário à consumação do delito. Ao tratar do aborto no Código Italiano de 1889, entretanto, Pessina ignorou a questão, não tecendo quaisquer argumentos contra a doutrina que defendia a morte do produto da concepção como elemento do crime ou como agravante da pena, apenas afirmando que a conduta consistia na “abactio partus”.

⁴⁷ “Gli aggravamenti di questo reato derivano o dall’effetto sinistro della morte della donna, cui l’aborto procurato dà luogo, o dall’attitudine speciale in certe persone a conoscere la natura abortiva di talune sostanze e il modo di ministrarle” (PESSINA, 1880, p.30).

⁴⁸ “La sua essenza di fatto consiste non nel solo fenomeno del parto prematuro, ma nel fatto dell’essere procurato; e la sua incriminazione si fonda così sulla *spes hominis* che vien recisa, come sul a vita della donna incinta, cui l’aborto può esser [sic] cagione di eventi sinistri, e talvolta anche di morte” (PESSINA, 1880, p.28-29).

⁴⁹ “Le specie di questo reato son [sic] due: l’una è l’aborto procurator col colere della donna e l’altra l’aborto procurator senza il suo consenso. La prima specie ha per pena, sì per la donna e sì per il complice, la relegazione non minore di dieci anni” (PESSINA, 1880, p.30)

Já Luigi Lucchini (1884), em sua “Enciclopedia metodica e alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza” fez uma exposição bastante detalhada. Além da perspectiva histórica e do levantamento de legislações que criminalizavam a conduta, o autor se preocupou em abordar questões relativas à definição e à materialidade do delito na seção intitulada “Dottrina, giurisprudenza e medicina legale” (LUCCHINI, 1884). Segundo ele, por mais óbvio que pudesse parecer, era necessário reafirmar a necessidade de comprovação do estado de gravidez da mulher que sofrera aborto para estabelecer a materialidade do delito. Do mesmo modo, era preciso atestar a existência de um “feto aparente” (LUCCHINI, 1884, p.110), cuja vida fosse viável. Essa comprovação, segundo o autor, era bastante complicada nos primeiros meses de gestação, antes do embrião apresentar formas humanas:

Dall'istante del concepimento uterino all'epoca in cui il feto assume sembianza umana e apparente vitalità, corre un periodo nel quale è troppo incerta la conformazione normale dell'embrione, ed allo stesso tempo riescirebbe assai problematico il materiale del reato, perchè si potesse legittimare ed ammettere concludente l'inquisizione giudiziale sull'indole o la causa di un supposto aborto (LUCCHINI, 1884, p.111).

Esse estágio, entre a concepção uterina e a aparência humana do feto, descrito por Lucchini, parece corresponder àquilo que alguns doutrinadores se referiam enquanto “mola”, devido a ausência de forma. Esse termo, segundo Lucchini, foi utilizado por Lazzaretti para se referir a uma massa composta por membranas e líquido formada após a decomposição ou degeneração do embrião (LUCCHINI, 1884, p.113).

Para melhor elucidar a questão, Lucchini discorreu sobre a diferença entre embrião e feto. Segundo ele, a fisiologia moderna definia o início da vida a partir do momento exato da concepção, de forma que a época da gravidez era irrelevante para a definição do delito, que poderia ser provocado a qualquer tempo (LUCCHINI, 1884, p.111). No entanto, até o terceiro mês de gestação, era difícil determinar a natureza do embrião, e até os dois primeiros meses os médicos não teriam dados suficientes para comprovar o estado de gravidez, visto que nesse período o corpo feminino ainda não manifestava sinais claros dessa condição (LUCCHINI, 1884, p.111). Assim, se na teoria o aborto provocado poderia ser considerado crime a qualquer tempo da gestação tendo em vista a proteção do bem jurídico vida, que se iniciava no momento da concepção, na prática, não era isso que ocorria:

... como notano il Carrara e Puccinotti, l'opinione che la vita si infonda nel feto nell'istante medesimo del suo concepimento; d'onde il responso che il reato di feticidio possa riscontrarsi in qualunque epoca della gravidanza. Ma in pratica non è che ad un mese e mezzo o ai due mesi che si ravvisano nel feto distinti i rudimenti embrionali della specie umana (LUCCHINI, 1884, p.111).

Por essa razão, Lucchini defendia a utilização dos estudos da medicina legal, para qual o produto da concepção só poderia ser considerado feto a partir do terceiro mês de gravidez⁵⁰:

Giova quindi adottare anche per la giurisprudenza quello che ne insegnano i maestri della medicina legale; per cui dicesi *feto* il prodotto della fecondazione nel quarto o almeno terzo mese della gravidanza, che prima non è altro che semplice *embrione* (LUCCHINI, 1884, p.111, grifos do autor).

Nesse sentido, é possível perceber uma certa plasticidade quanto à criminalização do aborto provocado, à medida que o autor alertava para deficiência dos meios de prova em comprovarem a existência e viabilidade de um embrião antes de tornar-se feto – o que poderia levar a conclusões errôneas no processo. Assim, se por um lado, o autor entendia que deveria ser considerado crime a provocação de aborto em qualquer tempo da gestação, por outro, defendia a aplicação pela jurisprudência do conceito médico-legal de feto – o que pela definição do delito, enquanto “l'uccisione ed espulsione violenta e dolosa del *feto* umano dall'utero materno” (LUCCHINI, 1884, p.106, grifos nossos), implicaria em desconsiderar a ofensa nos casos em que o aborto fosse provocado até o terceiro mês de gestação, tendo em vista a inerente insuficiência de provas.

Ademais, Lucchini, assim como Carrara (1872), defendia o dolo e a morte do feto como elementos constitutivos do tipo. Para ele também não era admissível criminalizar o aborto culposo, mas não porque tal conduta implicaria na imputação de um tipo penal diverso. Tratava-se de um motivo moral: segundo Lucchini (1884), seria desumano acrescentar à dor da mãe o ônus de um processo. O autor, no entanto, fez uma ressalva, a partir da distinção entre a mulher “licitamente” fecundada daquela que o foi ilicitamente – pois nesse último caso, a imprudência da gestante poderia esconder o dolo e, por isso, nessas situações deveria se abrir uma investigação para

⁵⁰ O autor esclareceu que se utilizou do termo “feto aparente” e não apenas “feto”, para precisar a definição aos leigos (LUCCHINI, 1884, p. 111).

verificar se a ação foi de fato culposa. Nesse ponto, fica novamente claro o enfoque na conduta feminina na abordagem do delito.

Quanto à necessidade de morte do feto para a configuração do delito, o autor a justificou em razão do aborto provocado dever ser considerado enquanto um crime contra a vida e não contra a ordem familiar. Caso contrário, não haveria a imprescindibilidade de se demonstrar a existência de um feto vivo, sujeito passivo do crime, bastando comprovar o uso de meios violentos para a sua expulsão, o que levaria à punição dos casos em que a mulher, acreditando estar grávida em razão do atraso menstrual, toma substâncias abortivas e expelle uma mera bola de sangue (LUCCHINI, 1884, p.113). Assim, para o autor, não seria necessária a expulsão do feto, mas sim sua morte. Ademais, para ser considerado um delito contra a ordem familiar, seria necessário definir um indivíduo cujo direito fosse violado com a prática da conduta. Esse direito não poderia ser atribuído ao marido, porque geralmente o delito envolvia mulheres solteiras e, desse modo, a titularidade só poderia recair sobre o feto – o qual para ser considerado um sujeito de direito, deveria ter existido com vida.

Assim como Carrara (1872), o autor criticou Tardieu⁵¹, para quem não era necessária a prova da vida do feto à materialidade do delito de aborto, bastando a comprovação da realização de manobras abortivas e a prova da expulsão dela resultante, pois caso contrário, o julgamento do aborto provocado nunca seria alcançado, visto que o corpo expulso era quase sempre perdido⁵². Entretanto, diferentemente de Carrara, Lucchini se posicionou contra as ideias do médico francês na defesa do princípio da intervenção mínima da lei penal:

Ma (in riserva di quanto saremo per dire in tine, brevemente riassumendo le date nozioni) deve ritenersi canone fondamentale del diritto di punire che non si etevino a reati se non quei fatti il cui carattere giuridicamente lesivo emerge evidente ed abbia concreta manifestazione; siccome dall'altra parte deve il legislatore penale evitare di dar luogo alla ingerenza di provvedimenti sociali coercitivi e inquisizionale tutte le volte che i medesimi siano per aprir l'adito a funeste indiscrezioni, eventualmente vessatorie, e troppo grave minaccia apprestino alla quiete ed all'onoratezza della famiglia perchè la società possa

⁵¹ As referências diretas e indiretas de Lucchini (1884) a Carrara são constantes. Por vezes o jurista adotou posicionamentos semelhantes, fundamentando-os de forma diversa, como na crítica a Tardieu.

⁵² “Per Tardieu non è necessario al materiale del procurato aborto la prova della vita nel feto; il materiale egli lo trova nella prova delle manovre adoperate per espellere il prodotto del concepimento e nella prova della conseguita espulzione; e cioè perchè altrimenti non si raggiungerebber mai, egli osserva, la prova del procurato aborto, venendo quasi sempre disperso il corpo espulso” (LUCCHINI, 1884, p.113).

confidare di trarre congruo profitto dalla loro persecuzione (LUCCHINI, 1884, p. 113, item 22).

É possível perceber, portanto, uma preocupação do autor em se utilizar de conceitos médicos de forma instrumental à prática jurídica, alertando para possíveis limitações de laudos e exames clínicos em casos específicos e reafirmando a necessidade de se observar as categorias jurídicas na análise da tipicidade da conduta. Não há, portanto, finalidades deterministas: Lucchini não recorreu ao argumento médico para construir arquétipos femininos, tampouco subordinou as categorias jurídicas às concepções médicas acerca da vida. Pelo contrário, tendo em vista a finalidade da tipificação do aborto provocado (a proteção da vida do feto), o autor defendeu a necessidade de se comprovar, clinicamente, o estado de gravidez anterior, a existência de um feto vivo e viável, o emprego de meios violentos e a sua relação causal com a morte do feto. E ao reconhecer a dificuldade de se comprovar todos esses fatos, Lucchini (1884) assumiu uma postura “garantista”, indicando que era preferível não punir a condenar erroneamente, conforme se pode observar nas passagens expostas anteriormente.

Nos comentários de Lucchini ao delito de aborto também é possível perceber a sua orientação pelos princípios da penalística civil. Nesse sentido, o autor manifestou-se contra a criminalização do aborto tentado por razões humanitárias, bem como demonstrou uma grande preocupação com as provas, a qual estava orientada no sentido de garantir a defesa do acusado.

Na análise feita por Lucchini (1884), o autor ainda tratou das legislações italianas anteriores à unificação do país. Pelas informações transcritas pelo autor, apenas Modena não criminalizava o autoaborto, sendo que Duas Sicílias, Parma, Piemonte e o Estado Pontifício tipificavam tanto o aborto praticado por terceiro quanto aquele realizado pela gestante. Posteriormente o autor abordou as legislações vigentes no momento da publicação de sua Enciclopédia e, portanto, anteriores à publicação do Código Penal Italiano de 1889. São elas o Código Penal Sardo-italiano de 1859 e o Código Penal Toscano de 1853. Ambos já criminalizavam o aborto provocado por terceiro e pela gestante e previam redução da pena no caso em que o abortamento tivesse ocorrido com o intuito de ocultar a prole ilegítima (LUCCHINI, 1884, p. 109). O Código Penal Toscano, no entanto, situava o delito entre aqueles contra a pessoa, enquanto que no Código Penal Sardo-italiano ele se encontrava no título relativo aos crimes contra a ordem da família. Essa divergência entre as legislações anteriores ao

Código Penal Italiano é explicativa da necessidade da maior parte dos doutrinadores analisados de firmar uma posição quanto a classificação do delito de aborto, bem como o fez Zanardelli (1888) na sua exposição de motivos ao código.

Ainda sobre a legislação, Lucchini (1884) transcreveu os artigos de projetos de código que estavam em discussão à época, reproduzindo a redação dos dispositivos relativos ao aborto da “Comissione del Progetto 1868”, “Comissione del 1870”, “Progetto Ministeriale del 1874”, “Progetto Approvato dal Senato nel 1875” e da “Comissione del 1876” (LUCCHINI, 1884, p.109-110). Nas cinco propostas, a ordem dos tipos penais relativos ao aborto era semelhante: primeiro descreveu-se a conduta praticada pela gestante para então prever pena a terceiro que realizasse o delito – estrutura que já havia sido adotada pelo Código Toscano⁵³, como em outras legislações estrangeiras, conforme já abordado no primeiro capítulo desse trabalho. Pode-se perceber, portanto, pela descrição do tipo penal dos projetos reproduzidos por Lucchini (1884), que a concepção de aborto parecia estar associada à conduta da mulher em dar fim à própria gestação, ainda que o sujeito ativo não fosse reduzido à gestante. Nesse sentido, a redação dos artigos realizada pela comissão do projeto apresentado em 1868, reproduzida pelas comissões de 1870 e 1874 (que apenas alterou as penas) é ilustrativa:

Art. 299. La donna che con mezzi, interni od esterni, dolosamente adoperati da lei o da altri col suo consenso, si procura effettivamente l'aborto, è punita con la relegazione da cinque a dieci anni.

Art. 300, §1. È punito con la stessa pena stabilita nell'articolo precedente chiunque ha effettivamente procurato l'aborto ad una donna col consenso di lei (ITÁLIA, 1868 apud LUCCHINI, 1884, p. 109).

Ainda que as comissões de 1870 e de 1874 tenham reproduzido os artigos do projeto de 1868 que tipificavam o autoaborto, isso não significa ausência de debate. Nesse sentido, Giulio Crivellari (1896) apontou que, entre as revisões legislativas

⁵³ O Código Toscano previa que: “Art. 321. Quella donna, la quale con l'uso di mezzi abortivi, dolosamente usati, o fattisi applicare, ha tolto la vita al suo feto nell'utero, o si è sgravata di un feto imaturo, che è venuto a morire in seguito di essi, è punita come colpevole di procurato aborto, con la casa di forza di tre a sette anni. Ma se fecondata illegittimamente ha commesso il delitto per evitare sobrastanti sevizie, subisce la carcere da due a cinque anni. Art. 322. Alla casa di forza da tre a dieci anni soggiace chiunque, con scienza e volontà della donna, le ha procurato l'aborto.” (LUCCHINI, 1884, p. 109). Diferentemente do Código Penal Sardo-Italiano, o qual iniciava a descrição do tipo penal pela conduta praticada por terceiro: “Art. 501. Chiunque con alimenti, bevande, medicinali, o con qualsiasi altro mezzo, avrà procurato con effetto l'aborto di donna incinta, la quale vi abbia accosentitio, sarà punito con la pena della relegazione da cinque a dieci anni. La stessa pena sarà inflitta ala donna, che da se medesima avrà procurato con effetto l'aborto, od avrà accosentito a fare uso dei mezzi pei quali è seguito l'aborto” (LUCCHINI, 1884, p.109).

feitas aos projetos, apareceram discussões significativas acerca da criminalização da tentativa, da necessidade de descrição dos meios abortivos na redação do artigo e das agravantes e atenuantes a ser previstas. O tema, assim, parece ter sido objeto de apreciação dos parlamentares, que se mostraram preocupados com a forma na qual o delito seria tipificado. Entretanto, não há referências em Lucchini (1884), tampouco em Crivellari (1896), a divergências relativas a criminalização do aborto, de modo que, entre os debates transcritos, não há nenhuma defesa à despenalização da conduta.

3.2.4 O “Progetto del Codice Penale” de Zanardelli (1888): o aborto enquanto morte do feto

Na exposição de motivos de seu “Progetto del Codice Penale”, o qual deu origem ao Código Penal Italiano de 1889, Zanardelli (1888) justificou a criminalização do aborto pela defesa da vida do homem desde o momento da fecundação, rejeitando, assim, a antiga doutrina⁵⁴, que compreendia a conduta como uma disposição de liberdade da mulher sobre seu próprio corpo:

La legge deve spiegare e spiega la sua protezione anche per il feto tuttora racchiuso nell’alvo materno, difendendo la vita dell’uomo fin dal momento della fecondazione e rigettando, come inumana, l’antica dottrina, secondo la quale la donna, procurandosi l’aborto, non fa che un atto di libera disposizione del corpo, e l’estraneo, facendola abortire senza o contro il consenso di lei, d’altro non deve rispondere che di un’offesa verso di essa (ZANARDELLI, 1888, p.557).

Quanto à definição do delito, Zanardelli compartilhava das concepções de Carrara e de Lucchini, entendendo que era inútil prever qualquer distinção legal relativa a expulsão ou não do feto, à medida que a característica fundamental à caracterização do aborto era a destruição do produto da concepção:

Sulla nozione dell’aborto procurato è da osservare che non v’ha luogo a distinguere, come fa il codice toscano, quantunque senza effetto sulla pena, tra uccisione del feto entro l’utero, ed espulsione del feto immaturo che sia venuto a morire in conseguenza dei mezzi artificiali all’uopo adoperati (art.

⁵⁴ Pelos estudos de Antonio Manuel Hespanha (2015), o direito comum europeu, ao menos o aplicado em Portugal dos meados do séc. XVI aos meados do séc. XVIII, compreendia o aborto dentro do conceito de homicídio. O autor concluiu que “era homicida aquele que causasse aborto ou desse poção abortiva a mulher prenha, depois de o feto ter alma (animatus esse), o que acontecia nos machos depois de 40 dias a partir da concepção e nas fêmeas após 80 dias. Antes disso, o aborto era punido mais levemente, com pena arbitrária” (HESPANHA, 2015, p.290). Na pesquisa de Hespanha, entretanto, não há referências se o autoaborto foi ou não criminalizado durante o período.

321). Siffatta distinzione, non accolta negli schemi precedenti, è oziosa, giacchè **l'aborto criminoso importa ognora la distruzione del feto**, avvenga questo dentro o fuori l'alvo materno (ZANARDELLI, 1888, p. 558, grifos nossos).

O ministro, ademais, justificou a previsão de regime prisional mais brando à mulher que praticasse o crime de aborto em seu próprio corpo⁵⁵, em razão do estado emocional em que ela se encontraria para chegar ao ponto de cometer uma conduta contra seu “naturale istinto materno ed esponendo a grave pericolo la propria salute” (ZANARDELLI, 1888, p.559). Já quando o crime fosse praticado por terceiro, seria possível presumir que esse sempre atuasse em pleno juízo, de modo que, segundo o autor, não seria justificável dar-lhe tratamento jurídico diferenciado. É possível perceber, assim, o uso concomitante de um argumento liberal, o livre arbítrio, junto a uma concepção determinista, à medida que a mulher em estado de gravidez estaria excluída da presunção geral de que todas as pessoas seriam dotadas de livre escolha. Nesse sentido, o instinto materno seria intrínseco ao corpo feminino de forma tal que a mulher grávida só iria contradizê-lo se estivesse sob grande abalo emocional.

O argumento de Zanardelli, entretanto, também pode ser identificado com as características da tendência liberal realística, na qual a técnica jurídica era funcionalizada pelo espírito de civilidade, exigindo um diálogo com a realidade. Conforme vimos no item anterior desse capítulo, a imagem da mulher enquanto ser dotado de uma natureza própria, distinta da do homem, não era compartilhada apenas por positivistas. A maternidade científica construída pela medicina parece ter adentrado ao senso comum. Nesse sentido, o fato do ministro Zanardelli ter se utilizado de argumentos deterministas não significa que ele tenha se utilizado de ideias da Escola Positiva, como institutos jurídicos relacionados à periculosidade e à defesa social, na sua concepção acerca da criminalização do aborto. Pelo contrário, aqui o argumento médico parece ter sido incorporado como um elemento de humanitarismo, à medida que serviu para beneficiar a condição jurídica da mulher condenada pelo delito.

⁵⁵ O Código Penal Italiano de 1889 previa pena de detenção ao delito de autoaborto e de reclusão ao terceiro que praticasse o crime.

3.2.5 O “Manuale teorico-pratico di Diritto Penale” de Puglia (1895): a defesa da mera expulsão do feto enquanto elemento suficiente à materialidade do delito

Dentre os juristas conhecidos pela sua filiação ao positivismo criminológico estava Ferdinando Puglia, o qual escreveu seu “Manuale teorico-pratico di Diritto Penale”, publicado em 1895, na forma de comentários ao Código Penal. Apesar do código italiano enfatizar o delito de autoaborto, de modo que o primeiro artigo do capítulo destinava-se à tipificação da conduta da mulher que sozinha ou com auxílio de outrem interrompesse voluntariamente sua gestação, ao comentar esse tipo penal Puglia não explorou questões específicas relativas ao fato da mulher ser a autora da conduta, mas deu maior atenção à definição genérica de aborto criminoso. Nesse sentido, logo de início o autor apontou sua posição quanto a polêmica que parecia existir entre os juristas italianos: se a morte do feto era elemento essencial à configuração do delito. Para ele, o crime se constituía com a presença dos seguintes elementos: estado de gravidez, expulsão do feto do ventre materno, utilização de meios idôneos a esse fim e o dolo⁵⁶. Assim, Puglia (1895) compreendia que tanto a conduta que levasse ao parto prematuro quanto aquela que desse fim ao produto da concepção poderiam ser consideradas aborto criminoso.

O autor, ademais, se utilizou das ideias postas por Zanardelli (1888) em seus relatórios, para defender a possibilidade de incriminação do parto prematuro – sem mencionar, contudo, que o ministro não se mostrou favorável a essa interpretação:

Zanardelli nella sua relazione, dopo avere notato che alcuni codici distinguono tra uccisione del feto entro l'utero ed espulsione del feto immaturo, che sia venuto a morire in conseguenza dei mezzi adoperati, osserva, che tale distinzione è oziosa, perchè l'aborto criminoso importa ognora la distruzione del feto avvenga questo dentro o fuori l'alvo materno, poichè l'essenza del reato consiste nell'impedire il processo fisiologico della maturazione del feto, la quale può dirsi compiuta solo quando avviene il parto normale (1). Da ciò si scorge evidentemente, che per il nuovo codice estremo del reato è la morte del feto; onde se questa non ebbe luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà dell'agente, vi sarà responsabilità per *conato*⁵⁷, ma non mai impunità (PUGLIA, 1895, p.325).

⁵⁶ Nas palavras do autor: “per l'esistenza del reato si richiede: 1º gravidanza; 2º ejezione del feto dall'utero materno; 3º mezzi idonei adoperati a tale scopo; 4º dolo o volontà di procurare l'aborto”

⁵⁷ Puglia utilizou o termo em latim (não em italiano), o qual remete à “intenção ou tentativa de delinquir ou cometer delito”, segundo o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

Na argumentação de Puglia (1895), se o fundamento do delito era a proteção do processo fisiológico de maturação do feto, sua morte seria apenas a consequência extrema da conduta, de modo que aquele que atentasse contra seu natural desenvolvimento deveria ser responsabilizado ainda que o resultado mais gravoso não ocorresse. A fundamentação do autor, entretanto, não envolvia questões relativas à comprovação do delito, tampouco incorporava argumentos médicos.

Quanto às definições clínicas, elas só apareceram nos comentários de Puglia (1895) ao delito quando o autor abordou a figura do aborto necessário. Segundo o jurista, a interrupção da gravidez não seria punível tão somente para salvar a vida da gestante. Nesse sentido, não seria necessária uma disposição especial autorizando médicos ou cirurgiões a realizarem a conduta, visto que a regra geral relativa ao estado de necessidade já englobaria a hipótese. Aqui o autor ressaltou a importância das provas, que deveriam ser claras de modo a indicar a boa fé dos profissionais de saúde:

non basta la indicazione o somministrazione dei mezzi abortivi per applicarsi l'articolo in esame, me si richiede la prova della scienza, che quei mezzi dovevano servire per procurare l'aborto. E questa prova deve essere chiara, evidente, poichè trattandosi di aborto o di mezzi abortivi somministrati, adoperati da un esercente una professione sanitaria, ecc., può facilmente accadere che essi siano stati somministrati, indicati, ecc., in buona fede (PUGLIA, 1895, p.338).

Puglia (1895) parecia preocupado em garantir a punição do delito, provavelmente em razão de seus ideais de defesa social, buscando sustentar a criminalização de um amplo rol de condutas com base no fundamento jurídico da punição do aborto, que era, segundo ele, a proteção do processo fisiológico de maturação do feto. Assim, na hipótese de aborto necessário, o autor alertou para a possibilidade de os médicos se utilizarem da exceção legal para acobertar práticas ilícitas, de modo que nesses casos era preciso dar grande atenção à análise das provas.

Perceba-se, ademais, que o jurista buscou utilizar argumentos técnicos para fundamentar suas escolhas teóricas. Nesse sentido, sua concepção de aborto enquanto parto acelerado decorria de uma consequência lógica do fundamento jurídico da incriminação da conduta, conferido pelo próprio ministro que deu nome ao código. Do mesmo modo, o autor defendeu a supressão da hipótese legal de aborto necessário por ela já estar englobada em norma anterior.

3.2.6 “Il Codice Penale per il Regno D’Italia” comentado por Crivellari (1896): as dificuldades práticas da caracterização do aborto enquanto morte do feto

O jurista Giulio Crivellari, por sua vez, escreveu seus comentários ao Código Penal Italiano “sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza” (1896), o que resultou em um trabalho bastante extenso. Em sua análise da doutrina penal acerca do delito de aborto, o autor apontou as divergências existentes acerca da classificação do delito, à medida que alguns juristas defendiam que se tratava de um crime contra a ordem familiar, enquanto outros o compreendiam como um atentado à vida - mostrando-se adepto à última concepção. Também explorou o desacordo doutrinário acerca da definição do momento consumativo do crime, criticando aqueles que defendiam a necessidade de morte do feto (ou a tentativa de matá-lo) para a caracterização do delito.

Para Crivellari (1896), esses juristas rejeitariam a concepção de que o aborto se consumaria com a mera expulsão do feto por acreditarem que desse modo se estaria a punir tão somente uma imoralidade, mas que ao defenderem essa definição, estariam ignorando as dificuldades que ela implicaria judicialmente. Assim, para o autor,

chi sostiene la necessità della morte del feto dà a questo reato il titolo di feticidio; ma è respinto generalmente nella considerazione che, riferendosi all'uccisione, aprirebbe l'adito ad un serie di difficoltà che la giustizia non potrebbe riparare (CRIVELLARI, 1896, p. 1012).

A preocupação com a aplicação judicial da norma se mostrou presente ao longo dos comentários de Crivellari sobre o delito de aborto, à medida que o jurista buscou apontar as intenções do legislador com a redação dos tipos penais, discorreu sobre os meios de prova, indicando procedimentos que deveriam ser analisados e quais resultados poderiam ser considerados idôneos, bem como defendeu que a lei deveria ser aplicada de acordo com o texto legal. Nesse sentido, o autor criticou a postura de Carrara em favor da ausência de punição à gestante que tentasse interromper a gravidez sem conseguir consumir o delito, por tal posição afrontar o direito positivo:

il diritto positivo non dichiara con espressa disposizione escluso il conato nell'aborto procurato, non si saprebbe comprendere perchè lo si dovesse

ritenere non punibile quando atti di esecuzione univoci non lasciassero dubbio sul dolo determinato della donna di tentare sopra se stessa l'espulsione del feto [...]. Ed anche *in jure costituendo* la ragione politica, secondo il nostro avviso, ci sembra, non possa, in tema di aborto procurato, essere invocata (CRIVELLARI, 1896, p.1015, grifos do autor).

A razão política invocada por Carrara (1872) dizia respeito à proteção da ordem familiar. Conforme já vimos, segundo esse jurista, se a mulher tentasse realizar um aborto, mas por razões diversas esse não ocorresse, de modo que a criança nascesse viva e mãe desistisse de eliminá-la, a imposição de um processo judicial sacrificaria a paz e o decoro familiar sem que qualquer dano tivesse ocorrido. Mas para Crivellari (1896) essa era uma razão política problemática e discutível⁵⁸, assim como o argumento de que a tentativa não deveria ser punida em razão da dificuldade de se obter provas, visto que haveria a possibilidade jurídica de existência do delito:

Nè deve in alcun modo, nè in alcuna ipotesi, nemmeno nei riguardi della donna che agisce sopra se stessa allo scopo di espellere il feto, fare ostacolo la difficoltà dell'accusa, quando si tratti di aborto imperfetto; perchè la difficoltà non esclude la possibilità; ed ove sia possibile la prova e la ragione giuridica non escluda il conato, deve essere represso anche nel procurato aborto, come in qualsiasi altro misfatto (CRIVELLARI, 1896, p.1016).

Assim, se o código não previa a exclusão dessa hipótese, não se poderia criar exceções à norma legal. A incriminação da tentativa, entretanto, deveria sempre considerar, segundo o autor, a idoneidade dos meios empregados, que capazes de provocar a interrupção da gravidez, não ensejariam o resultado esperado. Nesse caso, caberia ao perito avaliar a eficácia dos métodos abortivos.

No capítulo referente à interpretação do conteúdo do artigo que criminalizava o autoaborto, Crivellari deu grande enfoque aos meios de prova. Compartilhando da crítica de Lucchini (iniciada por Carrara) ao médico francês Tardieu, também defendeu a necessidade de realização do exame de corpo delito, visto que na maior parte dos casos só ele seria capaz de comprovar com segurança a realização das manobras

⁵⁸ Segundo o autor, "un legislatore non deve lasciare impunito il conato, ma per parità di trattamento, ne deve chiamare responsabili tutti indistintamente gli agenti, non potendo essere giustificate le eccezioni sotto lo specioso pretesto di una ragione politica problemática, e sempre discutibilissima" (CRIVELLARI, 1896, p.1016).

abortivas e, ainda que houvessem dificuldades inerentes a esse meio de prova, era preferível a impunidade à condenação injusta:

Comunque, secondo Tardieu, la difficoltà di provare il delitto di procurato aborto dovesse dispensare dall'esigere il corpo di reato, per accertarlo, pure noi crediamo che la ricerca dell'ingenero sia necessaria assolutamente ad evitare facili errori, trattandosi di delitto che si svolge nell'ombra. Meno pericolosa un'impunità non dovuta, di una condanna che non fosse basata su indiscutibili prove di reità (CRIVELLARI, 1896, p.1037).

Nesse sentido, segundo o autor, a primeira investigação a ser feita era sobre o estado de gravidez da mulher – pois essa comprovação era fundamental para eliminar qualquer dúvida acerca da existência do delito. Não bastaria constatar que a mulher estava grávida, era preciso verificar se essa gestação havia sido normal e regular, capaz de desenvolver fisiologicamente um ser humano. Tanto seria necessária essa prova quanto difícil de se obter, visto que na maior parte dos casos o perito não teria acesso ao produto da concepção:

la fontamentale ricerca per eliminare qualunque dubbio riguarda la gravidanza della donna che è imputata di aborto, od a cui questo si pretende procurato; e tanto più questa ricerca si rende necessaria, inquantochè nel maggior numero delle volte manca il materiale cioè il prodotto espulso (CRIVELLARI, 1896, p.1037).

A ausência de um feto em boas condições de análise dificultaria a comprovação do delito e, por essa razão, nesses casos a investigação do estado de gravidez deveria ser realizada de forma escrupulosa, tendo atenção à necessidade de se eliminar qualquer dúvida acerca da existência de uma gestação normal e viável, sob o perigo de condenar um inocente:

Mancado il prodotto espulso che metterebbe indubbiamente sulla buona via, si potrebbe correre il pericolo di condannare un innocente, se questa prima ricerca non venga fatta scrupolosamente ed in modo da eliminare ogni dubbio. È questo còmposito del medico perito (CRIVELLARI, 1896, p.1037).

Comprovado o estado de gravidez da mulher, seria necessário então estabelecer se o aborto foi provocado ou espontâneo. Para isso, o médico legista deveria indicar

qual o método utilizado para interrupção da gestação, bem como teria de analisar se, de fato, esse foi o meio responsável pelo abortamento, demonstrando, assim, a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Nesse ponto, Crivellari (1896) chamou atenção mais uma vez para dificuldade de se obter tais provas, alertando que a mora na realização dos exames poderia comprometer as investigações:

al Magistrato [sic] importa sapere se vi siano ragioni fondate a ritenere l'una specie piuttosto che l'altra di aborto, tenendo bene in mente che, in tesi generale, è sempre prova difficile quella che sia da aversi colla visita della incolpata, perchè se l'aborto si verificò nei primi tre mesi della gravidanza, e se per di più, la visita medica fosse ritardata per sei, otto o dieci giorni, i fenomeni proprii della espulsione da non costituire un vero travaglio di parto, possono essere scomparsi (CRIVELLARI, 1896, p.1037).

Ademais, em sua explanação acerca dos meios de prova, o jurista buscou diferenciar as funções do perito das competências do magistrado. Assim, ao legista caberia a análise clínica, como a verificação do estado de gravidez, a indicação do meio aplicado e a avaliação de seu grau de eficácia. Já o juiz deveria avaliar o conjunto probatório, certificando-se de que as provas eram suficientes, de modo a não permitirem a existência de qualquer dúvida quanto a realização do delito.

Crivellari (1896) ainda descreveu como os exames deveriam ser feitos, quais elementos deveriam estar presentes no laudo médico e a forma como os resultados deveriam ser interpretados. Assim, segundo o autor, o perito deveria examinar a gestante, estivesse ela viva ou morta, e sempre que possível, o feto. Na mulher deveriam ser verificados os sinais de parto prematuro, levando-se em consideração que as marcas seriam menos acentuadas quanto menos tivesse durado a gestação. Em caso de aborto, o colo do útero estaria mole, seu orifício externo se encontraria aberto, haveria corrimentos com sangue das partes íntimas, leite nos mamilos, febre vitular⁵⁹. Ademais, deveria se investigar escrupulosamente as feridas no órgão genital e no colo uterino, de modo a especificá-las em número e qualidade, bem como para

⁵⁹ “Si fu aborto, il collo dell'utero è molle, l'esterno suo orifizio aperto; sangue e lochii escono per i pudendi esterni; v'è latte delle mammelle; pigmentazioni come nella puerpera ordinária, febbre lattea” (CRIVELLARI, 1896, p. 1038).

avaliar a natureza do meio empregado⁶⁰. Caso a gestação tivesse durado menos de seis meses e fossem verificadas perfurações em um útero saudável – essa era uma prova clara de que o aborto tinha sido provocado⁶¹.

Conforme já ressaltamos, as obras italianas analisadas foram aquelas citadas por juristas brasileiros em seus comentários ao crime de aborto. No entanto, diferentemente da doutrina nacional, os juristas italianos pareciam bastante interessados nos estudos sobre esse delito, visto que foram várias as obras jurídicas que se dedicaram especificamente ao tema durante o período⁶², ainda que poucas tenham sido utilizadas pela doutrina brasileira em seus comentários ao código penal. Uma das únicas citadas foi a de Raffaello Balestrini (1888) que escreveu uma obra completa dedicada aos delitos de aborto, infanticídio e exposição do infante.

3.2.7 “Aborto, infanticidio ed esposizione d’infante” de Balestrini (1888): a crítica positivista à criminalização do autoaborto

Em relação ao aborto, Balestrini (1888) dedicou dez capítulos do livro ao tema, buscando realizar um resgate histórico da prática (entre os “selvagens”, os romanos e na legislação moderna), discutir a classificação jurídica do delito, bem como o bem jurídico a ser protegido⁶³, para então defender as razões utilitárias para a descriminalização da conduta⁶⁴.

Ao discutir os objetivos jurídicos da punição da prática, Balestrini também deu especial atenção aos problemas relativos à comprovação do delito, os quais

⁶⁰ “Nel giudizio d’aborto dovranno scrupolosamente essere indagate le ferite sui pudendi esterni e sul collo uterino, specificarne la qualità, il numero, e risalire da essi ala qualità dell’istromento adoperato” (CRIVELLARI, 1896, p.1038).

⁶¹ “Se l’utero à sano e l’uovo sia più giovine di sei mesi, essendovi perforazione, è certo che fu fatta artificialmente” (CRIVELLARI, 1896, p. 1038).

⁶² Dentre elas: “Di Talune Opinioni Ancor Controverse Intorno Al Delitto Di Procurato Aborto” (1867) de Filippo Ambrosoli, “Infanticidio e Procurato Aborto: Studio Di Dottrina, Legislazione, e Giurisprudenza Penale” (1887) de Alessandro Stoppato, “Del Procurato Aborto” (1895) de Constanzo Calogero, “Del Reato di Procurato Aborto ove lo stato di gravidanza non esista” (1899) de Giuseppe Gregoraci, “L’aborto Criminoso nel Codice Penale Italiano” (1902) de Pasquale Tuozi, “Pensieri Sul Procurato Aborto” (1882) de Gio. Batt Carrara.

⁶³ Nos referimos aos capítulos II, III, IV, V e VI cujos títulos respectivos são: “Obbiettivo giuridico dell’ordine delle famiglie”, “Obbietivi giuridici del pudere e del buon costume”, “Obbiettivo giuridico della integrità personale”, “Obbiettivo giuridico della società”, “Obbiettivo giuridico della vita” (BALESTRINI, 1888, p.vi/vii).

⁶⁴ No original: “ragioni utilitarie per la scriminazione dell’aborto” (BALESTRINI, 1888, p. vii).

envolveriam a própria conceituação da conduta. Segundo o autor (BALESTRINI, 1888), o jurista Filippo Ambrosoli, tendo em vista o conceito de feticídio defendido por Carrara e buscando resolver as questões comprobatórias que essa concepção implicava⁶⁵, teria defendido a utilização do termo “procurato aborto” como forma de solucionar essas questões. Nesse sentido, o aborto criminoso consistiria na interrupção voluntária da gravidez, de forma que cabia à acusação apenas provar a gestação e a interrupção de seu desenvolvimento em razão do ato criminoso. Desse modo, compreendendo o delito enquanto aborto provocado e não como feticídio, Ambrosoli teria tentado evitar a discussão acerca da morte do feto, dispensando a difícil comprovação de que o embrião era vivo e viável antes das manobras abortivas e de que haveria relação de causalidade entre elas e a morte do mesmo.

Balestrini (1888), no entanto, buscou demonstrar que essa concepção era juridicamente falha. Nesse sentido, o autor defendeu que se o objetivo jurídico da conduta era proteger a gestação, punindo a interrupção voluntária de seu curso natural, só faria sentido protegê-la se houvesse um feto vivo e viável, capaz de se desenvolver – caso contrário, os fundamentos da punição da conduta se perderiam. Assim a proposta de Ambrosoli acabaria por resultar nos mesmos problemas comprobatórios que buscava solucionar⁶⁶. Para Balestrini (1888), só seria possível sanar essas questões se a noção de aborto procurado fosse substancialmente alterada⁶⁷.

Em seguida, o autor criticou as correntes doutrinárias que defendiam que a criminalização do aborto buscava tutelar a integridade pessoal ou que era necessária em nome da defesa social. Para Balestrini (1888), se o objetivo jurídico do crime era tutelar a integridade da gestante, não faria sentido criminalizar o autoaborto, pois

⁶⁵ “L’Ambrosoli ha creduto di poter eliminare l’inconveniente da lui notato nella dottrina del Carrara che o l’accusa debba provare essa secondo le buone regole del diritto la vita del feto nell’utero anteriormente alle manovre abortive (ciò che condurrebbe alla sciura impunità dei colpevoli) o si debba imporre alla difesa il carico di una prova (morte del feto avvenuta prima ed indipendentemente dalle manovre stesse) che riescirà nella maggior parte dei casi quasi impossibile” (BALESTRINI, 1888, p. 40).

⁶⁶ “Se l’obbiettivo giuridico proposto dall’Ambrosoli consiste nell’impedimento alla gravidanza di giungere al suo termine, è chiaro che per avere una gravidanza occorrerà l’esistenza di um feto, e che questo feto sai nelle condizioni fisiologiche che gli permettano di maturare. [...] Egli non há considerato che la difficoltà intrinseca della prova, dipendi qui da una difficoltà inerente al feto stesso dell’aborto. [...] tanto vale provare che il feto era vivo prima, come provare che il feto è morto in seguito ed in causa dele pratiche abortive” (BALESTRINI, 1888, p.42).

⁶⁷ “Vedremo che è soltanto col cambiare sostanzialmente la nozione dell’aborto che si potrà fare a meno, se non totalmente almeno in gran parte, di questa prova, nei casi in cui, secondo le idee svolte in seguito, l’aborto deve’essere perseguito come reato” (BALESTRINI, 1888, p.43).

In questa ipotesi la non imputabilità della donna (per ciò che riguarda il pericolo di morte o di malattia) deriva spontanea dalla connessione di queste due proposizioni: 1° che non può esservi delitto senza lesione di un diritto. 2° che l'uomo non ha diritti sopra sè stesso – proposizioni che il prof. Pietro Ellero fece valere per la scriminazione del suicidio e che valgono ancora meglio nel caso della lesione di sè stesso (BALESTRINI, 1888, p. 53).

Ademais, a conduta representaria apenas um perigo de lesão, visto que nem sempre a integridade da mulher era prejudicada. Nesse sentido, o autor comparou o autoaborto com o alcoolismo e a promiscuidade, condutas que, apesar de poderem ser danosas à espécie e à sociedade, não eram criminalizadas por nenhum código moderno. O autoaborto, assim, seria apenas criminalizado por questões morais, as quais, segundo o autor, não deveriam adentrar ao campo jurídico⁶⁸. Para Balestrini, o único caso em que o aborto deveria ser criminalizado era quando fosse realizado sem o consentimento da gestante, de forma que a integridade pessoal da mulher deveria ser naturalmente tutelada pela lei.

Balestrini fez diversas críticas a Puglia⁶⁹, sobretudo à forma como o autor se utilizava do argumento da defesa social, que seria modificado de acordo com as circunstâncias⁷⁰. Segundo Balestrini (1888), Puglia não teria sido capaz de encontrar um fundamento jurídico sólido que conseguisse sustentar a penalização da pluralidade de condutas que, de acordo com ele, deveriam ser consideradas como aborto criminoso:

[Puglia] propone di punire, oltre al feticidio; 1° il tentativo di aborto, tanto nel caso che non cagionasse alcun effetto, ed operasse sopra un feto già morto

⁶⁸ Para sustentar sua tese, Balestrini citou a obra “Della economia pubblica” (s.a.) de Minghetti: “La distinzione dei doveri giuridici dai morali è il fondamento precipuo del buon ordenamento sociale, e quanto più la società progredisce e si diffonde, tanto più il novero dei doveri giuridici si restringe e si amplia quello dei doveri morali. Alle leggi positive, alle pene, alla salutare reazione subentra il costume e la moralità, e la umana compagnia si viene acostando a quella forma che noi vagheggiamo in idea, dove l'autorità e la libertà si congiungono mirabilmente, mercè un ragionevole e spontaneo ossequio” (MANGHETTI, s.a., s.p apud BALESTRINI, 1888, p.56).

⁶⁹ Puglia escreveu um artigo intitulado “Reato di aborto” publicado no “Studi critici di diritto criminale” em Nápoles no ano de 1877 e outro intitulado “L’aborto criminoso: brevi considerazioni”, publicado em 1881, pela Tipografia del Foro. Infelizmente não tivemos acesso a esses escritos, mas, segundo informações que constam na plataforma online Google Books, o segundo está disponível na Harvard University.

⁷⁰ “Il Puglia crede in sostanza che l’obbiettivo di un reato possa essere scelto quasi a capriccio dai criminalisti e mutato secondo le circostanze [...] ma è molto facile avvedersi della fallacia del ragionamento: non poteva anche darsi che l’aborto non avesse un obbiettivo buono per tutti i casi (appunto come tende a dimostrare il presente lavoro), e che l’allarme sollevato in nome della difesa sociale fosse ingiustificato?” (Balestrini, 1888, p. 66).

naturalmente, quanto nel caso che, ottenuta la prematura espulsione, questa non abbia prodotto danno di sorta al neonato, il quale nacque vivo e vitale; 2° l'aborto colposo, avvenuto cioè per mancata diligenza; 3° finalmente, la violenta espulsione di *qualsiasi prodotto* si contenesse nell'utero; anche di un prodotto *patologico* (mola). [...] ha creduto di potere cambiare l'obbiettivo giuridico del reato di aborto in modo da raggiungere, secondo il parer suo, il miglior vantaggio della difesa sociale (BALESTRINI, 1888, p. 65, grifos do autor).

Para Balestrini (1888), Puglia teria tentado resolver as dificuldades relativas à comprovação do delito de aborto buscando punir todas as práticas abortivas, ainda que essas tivessem sido realizadas em uma massa sem vida ou levado ao nascimento prematuro de um feto vivo – sem, contudo, explicar as razões específicas que levariam a sociedade a ter interesse em tutelar algo sem capacidade de se desenvolver ou de punir uma conduta que não trouxesse prejuízos ao desenvolvimento do feto⁷¹. Para o autor, o argumento da defesa social teria sido utilizado de forma genérica e artificiosa por Puglia, que o teria invocado para cobrir a ausência de argumentos sólidos.

Talvez o fato de Puglia não ter se embasado em dados empíricos tenha sido o principal motivo para Balestrini criticar a falta de robustez de sua teoria. Curiosamente, em seu “Manuale”, Puglia (1895) indicou em nota de rodapé, junto a um artigo de sua autoria sobre o tema, a obra de Balestrini sem, contudo, responder ou mesmo indicar as críticas feitas pelo autor anos antes.

Para Balestrini, sequer a proteção da espécie humana poderia ser apontada como objetivo jurídico da criminalização do aborto, visto que, se ela o fosse, outras condutas como a prostituição e o onanismo, bem como a utilização de métodos contraceptivos, deveriam ser igualmente penalizadas – o que levaria à violação da liberdade individual e à intervenção injustificada da vida privada pelo Estado⁷².

Balestrini (1888) ainda buscou contrapor a ideia de que o aborto seria responsável pela diminuição da população, bem como a ideologia de que a

⁷¹ “Puglia non ha saputo dare una nozione esatta dell'aborto considerato come reato sociale, ed há troncato le difficoltà nascenti dalla questione della prova col porporre la punizione delle pratiche abortive, anche se fatte sopra una mola od un feto premorto naturalmente, o non seguite dalla morte del feto stesso, che fu espulso vivo e vitale (pag.65), senza giustificare come e perchè possa dirsi leso il diritto che ha la società alla nascita di un individuo, dalla espulsione di cosa che non aveva capacità a diventare persona, oppure di un feto che risponda completamente alle aspettative della società” (BALESTRINI, 1888, p. 69).

⁷² “Partendo da siffatto concetto dell'intervento dello Stato in ciò che riguarda la fecondità della specie, bisognerebbe elevare a delitto tutti gli atti che danneggiano la fecondità stessa (onanismo, prostituzione, ecc.), o per lo meno tutti quelli coi quali preventivamente si impedisce la gravidanza (2); com ciò si arriverebbe a punire i vizi e non i delitti, ed a violare la libertà individuale ed i segreti più intimi della vita privata” (BALESTRINI, 1888, p.71).

prosperidade de uma nação estaria associada a um alto número de habitantes. Para o autor, se isso fosse verdade, a emigração, por exemplo também seria criminalizada⁷³. Ao sustentar sua tese, Balestrini fez referências às teorias de Malthus e de Darwin:

spogliando il Malthusianismo di ciò che ha di sistematico ed ampliandolo colla teoria più scientifica della lotta per l'esistenza, formulata dal Darwin, si possa accettare questa conclusione: ed ogni ambiente, considerato nelle sue condizioni generali, corrisponde una data popolazione, la quale tende naturalmente e necessariamente a saturarlo, malgrado qualunque freno ed indipendentemente da qualunque stimolo artificiale (BALESTRINI, 1888, p.75).

Pode-se perceber uma análise eminentemente jurídica da criminalização do aborto na obra de Balestrini, à medida que o autor buscou analisar os fundamentos jurídicos que justificavam a penalização da conduta, refletindo sobre o papel do direito, os limites de intervenção do Estado e estabelecendo fronteiras entre o público e o privado. Sua análise, entretanto, buscava incorporar dados empíricos, de forma a avaliar utilitariamente os argumentos jurídicos, confrontando-os com teorias sobre a existência, como de Darwin e Malthus. Nesse sentido, o autor criticou, por exemplo, a concepção de Carrara, para quem o feto seria uma esperança de vida. Para Balestrini (1888), a ideia de que a sociedade esperava um nascimento era demasiado romântica, visto que se limitava a, no máximo, prevê-lo⁷⁴ e não poderia se considerar o nascimento de um homem como um bem em si.

Ademais, o autor apontou que a referência ao feto enquanto “esperança” havia sido importada equivocadamente do direito privado, no qual teria sido utilizada para sustentar a condição jurídica do nascituro em casos que envolvessem direitos de família, como a sucessão. Dessa forma, tal conceito não poderia ser aplicado como

⁷³ “La falsa ideia che la potenza, la floridezza di una nazione consistano nel numero degli abitanti, non si è più pensato di proibir ela emigrazione e molto meno di farne un reato contro la società. L’aborto costituisce, senza dubbio, al pari della emigrazione, una piaga per la società” (BALESTRINI, 1888, p. 74).

⁷⁴ “[...] noto che l’affermazione di questi due criminalisti riposa completamente sul pregiudizio politico della popolazione, in quanto considerano la nascita di um uomo come um bene per sà e parlano del feto come di una *speranza*. Dopo quanto ho detto sopra, non ho bisogno di ripetere che la società non há nulla da sperare, nulla da temere dalla nascita di um individuo; la parola speranza è dunque inesatta; accertara uma gravidanza la società si limita a *prevedere, ad aspettare* la nascita” (BALESTRINI, 1888, p.78). Observe-se que o autor colocou em oposição as palavras “sperare” e “aspettare”, que em português significam ambas a mesma coisa: esperar. No entanto, em italiano, “sperare” se refere a ação de nutrir esperança, enquanto que “aspettare” designa a ação de aguardar, de ficar em espera.

fundamento geral à criminalização do aborto, à medida que ignoraria uma variedade de circunstâncias nas quais a família não teria interesse em tutelar o nascituro. Isso, segundo Balestrini (1888), poderia ser observado no fato de que a maior parte dos abortos era provocada em defesa da honra ou para evitar o agravamento da miséria, situações em que não haveria sujeitos esperançosos com o nascimento do feto. Assim, tendo em vista que “il diritto è un interesse giuridicamente guarentito (3); nessun diritto può darsi che non rappresenti un interesse, un’attività, un vantaggio per chi ne è investito” (BALESTRINI, 1888, p.79), não faria sentido criminalizar essas situações. Nessa concepção, reconhecer uma condição jurídica ao feto significava, portanto, proteger o interesse daquele que tivesse expectativas legítimas sobre ele. Assim, se a gravidez não fosse desejada, não haveria interesse a ser tutelado, “ora perchè, mentre è indiscutibile che la società non ha alcun interesse alla nascita di un individuo, essa deve avere un diritto a questa nascita?” (BALESTRINI, 1888, p.80).

Balestrini (1888), assim, defendia a descriminalização do aborto com base em argumentos utilitaristas. A sociedade não teria interesse no nascimento de uma criança para qual os pais não teriam condições de sustentar ou que fosse prejudicar a unidade familiar, levando ao suicídio de mulheres que engravidaram fora do casamento ou ao abandono de crianças não legítimas. Para o autor, era preferível aos interesses sociais a interrupção da gravidez ao aumento de pessoas em situação de miséria e, conseqüentemente, a elevação do número de crianças órfãs – as quais gerariam altos custos ao Estado não só em decorrência da manutenção dos orfanatos, mas também por serem mais propensas a problemas sociais, como a delinquência. Perceba-se que a concepção de utilitarismo de Balestrini era diferente, por exemplo, da de Carrara (1872), para quem a norma penal deveria ser útil ao fundamento jurídico que a sustentava. Para Balestrini, só haveria interesse jurídico em criminalizar a conduta se a sua penalização levasse a benefícios concretos à sociedade.

Raffaello Balestrini parecia estar entre os juristas italianos “menores”, que não adquiriram tanta fama como os demais autores que foram analisados. Nesse sentido, não encontramos referências sobre a biografia do autor, de modo que não sabemos se ele se dizia filiado a uma corrente teórica específica. Entretanto, em sua abordagem sobre o aborto, é clara a utilização da teoria evolucionista de Darwin, bem como a tentativa de funcionalização do direito à realidade social. Nesse sentido, pode-se afirmar que Balestrini, considerando a ciência enquanto empiria, buscou realizar uma

análise científica do delito de aborto, aproximando-se, desse modo, do espectro do positivismo criminológico.

3.2.8 A penalística civil e a centralidade das provas no debate italiano

Nos comentários ao crime de aborto, pode-se perceber que alguns autores italianos se utilizaram de definições clínicas para sustentarem suas concepções jurídicas acerca do delito, tendo em vista que nas discussões sobre a materialidade do crime (se ela se dava com a morte do feto, com a interrupção da gravidez ou pela mera aplicação do meios) os autores alertavam para a dificuldade de se obter provas que comprovassem a conduta, bem como para a necessidade do jurista conhecer minimamente os exames periciais, visto que eles eram determinantes para o desfecho dos casos em concreto. Assim, tanto Lucchini (1884) quanto Carrara (1872) defendiam que o aborto só se consumaria com a morte do feto, de modo que seria necessária a comprovação de que ele era viável antes da realização das manobras abortivas, sob pena de se perder o fundamento jurídico da tipificação da conduta, sendo preferível a impunidade à condenação injusta. Já Crivellari (1896) posicionava-se contra essa concepção por acreditar que ela comprometeria a aplicação do dispositivo penal, à medida que tornaria a comprovação do delito excessivamente difícil. Entretanto, isso não significa que o jurista defendesse um menor rigor na análise comprobatória – pelo contrário, o autor teve a preocupação de descrever diversos meios de prova e as suas respectivas limitações, bem como as questões que o processo penal deveria sanar, afirmando que, em caso de dúvida, não poderia haver condenação.

Por outro lado, tanto Pessina (1880) quanto Puglia (1895) sustentavam que o momento consumativo do delito de aborto estaria na expulsão do produto da concepção – mas nenhum dos dois se utilizou da dificuldade de se constituir provas da materialidade do crime enquanto um argumento, ainda que em Puglia o autor tenha abordado a questão separadamente. Do mesmo modo, Zanardelli (1888) sustentou que o aborto provocado só se consumaria com a morte do feto, mas não incluiu a questão das provas em sua fundamentação.

Assim é possível perceber que, de modo geral, a problemática das provas era mencionada pelos juristas, mas nem sempre adquiria centralidade na fundamentação

jurídica acerca da materialidade do delito⁷⁵. Por outro lado, a despeito das concepções sobre o momento consumativo do crime, os juristas defendiam que nos casos em concreto a conduta deveria ser exaustivamente comprovada, de modo a não restar dúvidas quanto a presença dos elementos constitutivos do delito. Dessa forma, defendiam a necessidade de comprovação do estado de gravidez anterior, da idoneidade dos meios, do nexo causal entre a conduta e o resultado, etc. Nesse sentido, nenhum dos juristas analisados se manifestou em favor do posicionamento defendido pelo médico francês Tardieu, para quem algumas provas deveriam ser presumidas sob pena das práticas abortivas se tornarem impunes.

Isso corrobora o argumento de Sbriccoli (2010), para quem a cultura jurídica italiana estava calcada na penalística civil, de modo que a orientação pelos princípios de civilidade não era exclusiva dos juristas de tendência liberal, mas transcendia a divisão forçada que a historiografia construiu entre as “escolas”, estando presente também em juristas filiados ao positivismo criminológico. Assim, de modo geral, os juristas buscavam alertar para a limitação do caráter probatório de cada método científico que poderia ser utilizado para comprovar a provocação do aborto, no sentido de garantir o exercício da defesa. O caso de Crivellari é exemplificativo. O autor ao invés de defender um menor rigor à análise da eficácia das provas diante da excessiva dificuldade de se comprovar a morte do feto e a sua relação causal com a aplicação de métodos abortivos nos casos em concreto, propôs a alteração da própria definição da conduta, de modo a conciliar o princípio da legalidade e do *in dubio pro reo* com a efetiva realização da “justiça” na vida social, a qual ficava comprometida pelas dificuldades da práxis forense.

Dentre os autores analisados, os únicos que fizeram alguma referência a supostas diferenças biológicas entre o sexo feminino e o masculino para explicar o delito, eram considerados “clássicos”. Assim, enquanto Carrara (1872) foi mais tímido na utilização desses argumentos, afirmando com um certo deboche que entusiastas acreditavam que o sexo feminino tinha um senso moral maior que o masculino, Zanardelli (1888) sustentou que o delito de autoaborto deveria ter pena mais branda

⁷⁵ Isso pode ser explicado pelo fato de o regime de provas deixar de ser central ao ordenamento jurídico penal após o movimento de codificação, à medida que o processo penal se transforma “de máquina de obteção de provas (antes de tudo) contra o imputado, num lugar funcionalmente orientado a garantir-lhe o exercício da defesa” (SBRICCOLI, 2009a, p.474).

em razão da presença de um suposto instinto materno na mulher. Esse fato indica que o determinismo biológico não era o traço distintivo principal dos juristas positivistas, ainda que pudesse ser o dos criminólogos⁷⁶. Tampouco os argumentos deterministas pareciam ser invocados para fundamentar a penalização da mulher, visto que nenhum dos autores analisados manifestou-se nesse sentido. Pelo contrário, quando a diferença biológica foi utilizada como argumento, o foi para beneficiar juridicamente a mulher.

Ao compararmos as doutrinas dos autores analisados, podemos perceber - para além do enfoque na conduta feminina e nas discussões conceituais do delito que estavam intimamente relacionadas a problemática das provas – que o binômio “escola clássica” versus “escola positivista” é incapaz de explicar as visões teóricas dos juristas italianos sobre o delito de aborto. Carrara (1872) e Pessina (1880), por exemplo, eram considerados “clássicos”, mas tinham uma visão completamente distinta do delito. Enquanto que Puglia, filiado ao positivismo, foi duramente criticado por Ballestrini (1888), não por ter utilizado o argumento da defesa social, mas por não tê-lo feito de forma séria, com base em dados empíricos. Por outro lado, Puglia (1895), que defendia uma ampla criminalização do aborto, não buscou fundamentar a penalização das condutas com base nas características biológicas femininas - não defendendo, por exemplo, a maternidade como um dever natural ou social da mulher. Isso corrobora a crítica de Sbriccoli, para quem:

le diverse forze presenti in campo vengono semplificate, trasformate in entità generiche e poi ridotte a due: scuola classica e scuola positiva. La grande ricchezza di posizioni individuali, di cenacoli scientifici, di orientamenti interni ad altri orientamenti, di giuristi eclettici, di ‘classici’ positivi e di empiristi ‘classici’, di presenze culturali trasversali, di contraddizioni politiche, di maturazioni e ripensamenti registrabili in più di una biografia, viene pressata a forza in due soli contenitori, e messa sotto due bandieri (2010, p.551).

É possível, perceber, entretanto, traços em comum entre os autores. Para além da preocupação com a efetiva comprovação do delito, a qual já abordamos, todos eles pareciam orientar-se pelo princípio da legalidade, buscando funcionalizá-lo a partir daquilo que consideravam enquanto um bem social. Nesse sentido, a norma que

⁷⁶ Não desconsideramos que juristas positivistas por vezes também poderiam ser criminólogos, mas nos parece que nas obras propriamente jurídicas os argumentos deterministas não eram centrais, diferentemente dos escritos que buscavam explicar a criminalidade. Nesse sentido, a autonomia do direito parecia manter-se preservada.

criminalizava o aborto deveria ser útil seja por ser aplicável à realidade, por atender aos fundamentos jurídicos que a sustentavam ou por garantir o desenvolvimento da sociedade. Aqui é possível perceber novamente a preponderância da penalística civil enquanto traço fundamental da cultura jurídico-penal da Itália no século XIX, à medida que juristas liberais e positivistas, cada um a seu modo, orientaram suas doutrinas jurídicas sobre o aborto pelos princípios da legalidade, humanidade e proporcionalidade, mostrando-se preocupados com a funcionalização da norma penal àquilo que consideravam útil e relevante à sociedade, ao passo que buscavam desenvolver uma produção doutrinária de boa qualidade técnica.

Assim, os juristas de tendência liberal pareciam funcionalizar as normas relativas à criminalização do aborto de forma a avaliar se a aplicação das mesmas concretizaria o fundamento jurídico que justificava a penalização da conduta. Nesse sentido, Carrara (1872) posicionou-se contra a criminalização da tentativa de autoaborto pois a imposição de um processo penal nesse caso levaria a um dano social maior do que a conduta em si, visto que desestabilizaria a unidade familiar. Para o autor, antes a presença de uma contradição normativa no ordenamento jurídico do que a existência de uma norma destituída de interesse jurídico. Na verdade, a criação de uma exceção à regra legal não se revelou enquanto um problema nos comentários de Carrara ao aborto. A harmonia do ordenamento parecia depender mais da coerência das normas com os fundamentos jurídicos que as sustentavam do que da redação dos dispositivos em si.

Por outro lado, os juristas analisados que eram identificados com o espectro positivista, como Puglia, Crivellari e Balestrini, pareciam buscar estabelecer uma lógica dedutiva entre o fundamento jurídico da criminalização da conduta e as normas que a disciplinavam. Nesse sentido, Puglia (1895) argumentou em favor da definição de aborto enquanto *abactio partus* visto que ela seria consequência do interesse jurídico da tipificação da conduta, que era a proteção do processo fisiológico de maturação do feto; Crivellari (1896) posicionou-se a favor da penalização da tentativa por existir a possibilidade jurídica de existência do delito; e Balestrini (1888) advogou pela descriminalização do autoaborto, visto que os fundamentos jurídicos alegados à penalização da conduta não eram coerentes, à medida que levariam a punição de uma série de comportamentos socialmente aceitos.

Por fim, a identificação dos juristas com o positivismo não se revelou determinante às suas concepções acerca da criminalização do aborto. Enquanto

Puglia e Crivellari pareciam mais preocupados com a impunidade do delito (ainda que isso, como vimos, não implicasse em um menor rigor na análise das provas), Balestrini apresentava uma ideia de defesa social distinta, baseada no malthusianismo e no darwinismo social – sendo o único jurista, dentre liberais e positivistas, a defender a descriminalização do aborto.

3.3. O CRIME DE ABORTO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: A PUNIÇÃO DO CONSENTIMENTO FEMININO E O ENFOQUE NAS DEFINIÇÕES CLÍNICAS

As obras brasileiras que se dedicaram total ou parcialmente a comentarem o delito de aborto se constituíam em sua maioria em comentários ao Código Penal de 1890, com algumas exceções. Nesse item, assim, nos dedicaremos ao estudo desses trabalhos, buscando perceber como os autores interpretavam o delito de autoaborto, se atribuíam argumentos de ordem determinista aos fatores desse crime e como se utilizaram das ideias dos autores italianos, os quais foram analisados no item anterior.

Em suas passagens sobre o aborto provocado, todos os doutrinadores analisados, com exceção de Galdino Siqueira, citaram somente autores italianos enquanto doutrina jurídica estrangeira. Em seus comentários ao Código Penal, Siqueira compartilhou de ideias de Von Liszt, jurista alemão, de modo a fazer referências diretas ao “Tratado de direito penal alemão” (1899), que consistia na tradução de José Hygino Duarte Pereira de “Lehrbuch des deutschen strafrechts” (1851)⁷⁷. Ademais, em seus comentários ao delito, Siqueira apenas mencionou o nome do jurista francês Rene Garraud junto a outros autores que compartilhavam da mesma concepção de delito que o médico Tardieu sem, contudo, explorar especificamente o conceito dado por Garraud, como fez com os demais juristas (vide página 112).

A outra referência externa a doutrina italiana está no julgado citado por Piragibe, a qual foi feita, portanto, por um juiz, através de uma citação pontual aos juristas

⁷⁷ A versão em português brasileiro de José Hygino foi a primeira tradução do livro de Von Liszt, a qual foi estudada por Sena e Sontag (2019) no artigo intitulado “The Brazilian Translation of Franz von Liszt’s Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1899): A History of Cultural Translation between Brazil and Germany”.

franceses Adolphe Chauveau e Faustin Helie⁷⁸, na defesa de penas mais graves ao delito de aborto realizado sem o consentimento da mulher⁷⁹. Tendo em vista que a especificidade com que tal referência foi feita, bem como o fato de ter originado da jurisprudência, a obra de Chauveau e Helie não será estudada. Já a utilização de Von Liszt por Galdino Siqueira será explorada junto a obra do autor no item 3.3.5 desse capítulo.

3.3.1 “A nova Escola Penal” de Viveiros de Castro (1883) e a delinquência feminina: o espaço público enquanto fator de criminalidade

Viveiros de Castro, formado pela Faculdade de Direito de Recife em 1883, foi um dos principais responsáveis pela divulgação do positivismo criminológico no Rio de Janeiro (ALVAREZ, 1996), sobretudo através da publicação do livro “A nova Escola Penal” (1894), no qual buscou divulgar e propagandear as ideias da Escola Positiva⁸⁰, criticando a ignorância de professores, advogados e juizes brasileiros, para quem “a sciencia moderna positiva, exacta, fria, irrita-lhe os nervos” (1894, p.12).

Apesar da obra se dedicar principalmente à divulgação das teorias de Césare Lombroso, Enrico Ferri, Gabriel Tarde e Raffaele Garofalo, ao tratar sobre a delinquência feminina, Viveiros de Castro se baseia na monografia de Giuseppe d’Aguanno⁸¹, para quem a mulher seria uma “causa excitadora” (CASTRO, 1894, p. 209) dos delitos masculinos. No capítulo sobre “O papel da mulher na etiologia do crime” (1894), o autor só faz duas tímidas menções ao médico italiano: “Lombroso

⁷⁸ Não há referências ao título da obra original, mas como magistrado afirma que se tratam de comentários ao Código Francês se pode deduzir que se tratava da obra “Théorie du Code pénal”, publicada originalmente em 1845.

⁷⁹ Trata-se da seguinte passagem: “Commentando o Cod. Pen. Franç. [sic] doutrinam Chaveau [sic] et Helie: ‘A gravosidade do crime não é certamente a mesma quando o aborto se operou sem o consentimento da mulher e contra sua vontade; o attentado não é mais commettido somente sobre a pessoa do filho: fére a propria mãe nas suas esperanças mais caras. Aquelle que provoca o aborto com consentimento da propria mulher, disse Destiveaux, fére as leis naturaes e civis em relação ao filho, mas aquelle que fez abortar uma mulher na ignorancia desta ou contra a sua vontade, viola as mesmas leis em relação ao filho e á mãe” (PIRAGIBE, 1931, p.13).

⁸⁰ Nas palavras do autor “este livro é uma vulgarisação das ideais e dos princípios da nova escola penal, obra de propaganda e de combater” (1894, p.10).

⁸¹ Viveiros de Castro refere-se a um trabalho apresentado em Paris no Congresso de Antropologia Criminal de 1889, conforme as informações que constam na sua obra (1894, p.200). Não analisamos tal obra no capítulo precedente por não conseguirmos localizá-la. O autor não indicou o nome da monografia, dificultando, assim, a sua identificação. Ademais, Castro escreveu de forma equivocada o nome do jurista, referindo-se a ele como Giuseppe D’Aganno (e não D’Aguanno).

demonstrou que a camada cerebral é menos activa na mulher do que no homem, principalmente nos centros psychos, que a irritação provocada pela degenerescência se fixa menos constante e solidamente” (1894, p. 207) e “Lombroso nota que ella [a mulher] oferece grande numero dos caracteres do criminoso nato e considera a prostituição um equivalente do crime”. Essa última afirmação, no entanto, parece ser falsa, visto que na obra “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (FERRERO, LOMBROSO, 2017 [1893]) não há qualquer associação da mulher normal com o delinquente nato. Na verdade, os autores italianos a associam com a criança, relacionando a prostituição à delinquência nata masculina (FERRERO, LOMBROSO, 2017 [1893], s.p.). Nesse sentido, Viveiros de Castro sequer se utiliza das categorias “normal”, “delinquente” e “prostituta” instituídas por Lombroso e Ferrero para descrever os arquétipos femininos.

No entanto, o autor compartilhava da ideia de que o aborto é um delito feminino, visto que “há crimes de grande importância de que as mulheres são mais numerosas do que os homens: infanticídios, abortos, envenenamentos” (CASTRO, 1894, p.206). Ele não explicou as razões específicas para que esses crimes sejam mais numerosos entre as mulheres do que os homens, mas argumentava que “a corrupção dos costumes, trazendo ordinariamente como consequência hábitos de embriaguez, é a causa principal, o fator dominante da criminalidade da mulher” (1894, p.209), o que explicaria a maior criminalidade feminina nos centros urbanos, nos quais a mulher é “tirada do santuário do lar para as agitações da vida pública” (1894, p.208). O autor defendia, assim, o controle moral do comportamento feminino por parte da família, através de uma educação de costumes e o isolamento da vida pública – de forma a evitar o desvio.

Curiosamente, o principal jurista no qual Castro baseou sua teoria, Giuseppe D’Aguanno, parece ter sido uma figura importante na luta pela emancipação feminina, orientando-se por um “filone positivista e progressivo aperto a sentimenti di democraticità e di libertà universale” (TAMASSIA, 1985, s.p.). Mas, segundo Tamassia (1985), D’Aguanno também conferia significativa relevância à moralidade, à medida que compreendia o Estado como “un bene in quanto è la conseguenza necessaria e insieme la causa dell'evoluzione morale della società di cui costituisce la "coscienza organizzata” (TAMASSIA, 1985, s.p.).

De todo modo, esse imaginário sobre a delinquência feminina associado a luxúria e a falta de controle da família não era exclusividade de Viveiros de Castro. Em 1893, o romance pornográfico naturalista de Figueiredo Pimentel, intitulado “O Aborto”, o qual depois foi publicado com o título eufêmico “O art. 200” (em referência ao Código Penal do Império) pareceu impactar a sociedade brasileira⁸² (MENDES, 2017), ao narrar a história de Maricota que tinha relações sexuais com seu primo Mário, depois que esse passou a viver na casa de seus pais. A obra descrevia sem pudores os detalhes da vida sexual da jovem, sendo considerada perigosa para a sociedade niteroiense, diante da afronta às convenções morais. O autor parece ter se justificado dizendo que o livro era resultado de um estudo científico sobre um fato ocorrido na cidade (VIEIRA, 2015). O advogado e crítico literário, Carlos Magalhães de Azeredo, por sua vez, rebateu os argumentos de Pimentel dizendo que a audácia da protagonista em procurar seu primo no quarto não tinha respaldo científico nem na fisiologia nem na psicologia (VIEIRA, 2015), sugerindo que tal comportamento não era natural a uma mulher. A necessidade do autor da obra em justificar sua narrativa na ciência, e a tentativa do crítico em desqualificar o suposto estudo de Pimentel, indicam a inexistência de um consenso sobre o que era ou não próprio da “natureza feminina”.

Apesar da existência de discursos biologistas⁸³ acerca da condição feminina durante o final do século XIX e começo do século XX no Brasil, conforme já demonstrado – eles não parecem ter sido utilizados como argumento para a criminalização da mulher que provocasse um aborto. Na verdade, de modo geral, é possível perceber um desinteresse por parte dos juristas brasileiros quanto ao delito, visto que eram raros os escritos jurídicos especializados no tema. O único artigo encontrado⁸⁴, que buscava abordar especificamente o crime de aborto de forma jurídica, era de autoria de um médico, do Dr. Agostinho José de Souza Lima, importante personagem na consolidação da Medicina Legal no país. Isso pode ser demonstrativo da tentativa, por parte dos médicos, de adentrar ao campo jurídico,

⁸² De acordo com Vieira (2015), jornais do Rio de Janeiro anunciaram o sucesso de vendas do livro em poucos dias de circulação, de forma que a primeira edição da obra vendeu mais de seis mil exemplares.

⁸³ Pouco comum no meio jurídico, a palavra “biologista” se refere a biologismo, que significa determinismo biológico.

⁸⁴ Além de verificarmos as referências das obras analisadas, onde encontramos o referido artigo, consultamos os volumes da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo publicados entre os anos de 1893 e 1934, da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife relativos ao período de 1891 a 1914, e da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais publicados entre 1894 e 1929. Nos restringimos à consulta dessas fontes por estarem disponíveis ao acesso online.

buscando expandir sua atuação para além da esfera privada, de modo a determinar, a partir de conhecimentos clínicos, comportamentos normativos.

3.3.2 “Figura jurídica do aborto” de Souza Lima (1898): a defesa da concepção de fruto da concepção enquanto feto

Nesse artigo, publicado em 1898 na Revista de Jurisprudência, Souza Lima se utilizou, logo de início, de um argumento comum entre os juristas, a necessidade de reforma do Código Penal de 1890. O médico justificou a escrita do artigo “com o fim de provocar discussão e esclarecimentos por parte dos jurisconsultos, a quem de direito incumbe aquela missão” (1898, p.251) diante das controvérsias existentes entre os criminalistas e os médicos legistas, as quais seriam acirradas pelos defeitos da legislação.

Souza Lima, portanto, afirmava a existência de uma divergência entre os médicos e os criminalistas, ao menos em questões relativas ao delito de aborto. Nesse sentido, é interessante observar o cuidado do autor em justificar a escrita de um artigo jurídico tendo em vista sua qualidade de médico:

Na qualidade de lente de medicina legal, preciso, para meu uso e para a devida instrução dos alumnos a quem ensino nas duas Faculdades, apurar esta e todas as outras questões de jurisprudencia que entendem com a pratica medico-legal, com a conducta dos peritos nas diligencias respectivas, e com o seu criterio scientifico nas respostas aos quesitos do formulario (SOUZA LIMA, 1898, p. 251).

Assim, o autor abordou sobre a doutrina jurídica, citando, sobretudo, juristas italianos, como Puglia, Ambrosoli e Pessina. Para Souza Lima, a vítima do delito não podia ser a mulher grávida, mas apenas o feto em qualquer período da vida intrauterina, de forma que a palavra *aborto* deveria ser substituída, em matéria criminal, pela de *feticídio*. A defesa pela modificação da denominação do delito, ademais, teria razões científicas. Segundo o médico, o crime só seria configurado quando realizado contra um *feto* e não um mero *produto da concepção* tal como era defendido pelo médico francês Tardieu. Nesse sentido, o termo “fructo da concepção”, o qual foi utilizado pela lei, deveria ser entendido de forma restritiva, como sinônimo

de feto. Isso evitaria a criminalização de manobras abortivas que resultassem na expulsão prematura e violenta de uma massa sem vida, de um ser sem capacidade de desenvolvimento ou de um feto já morto anteriormente. Em todos esses casos, as condutas lesionariam um produto da concepção sem, contudo, representarem um atentado à vida. O que corroboraria novamente sua tese, de que a mulher não era sujeito passivo do delito, visto que caso a gravidez fosse apenas aparente, o crime seria impossível.

Ademais, o médico defendia que a concepção do delito deveria estar atrelada tão somente a morte do feto e não à expulsão prematura do mesmo. Isso evitaria a criminalização da mulher que, com o objetivo de ocultar sua desonra, realizasse manobras abortivas que resultassem no nascimento do feto vivo e, diante do sentimento de amor despertado pelo contato com a criança, desistisse de mata-la. A concepção jurídica do aborto enquanto morte provocada do feto também evitaria a impunidade nos casos em que o produto da concepção fosse morto em razão de manobras abortivas, mas por causas extraordinárias, nunca fosse eliminado ou só o fosse muito tardiamente.

Por fim, o médico defendia a importância da atuação médica nos processos judiciais, de forma que o exame médico-legal deveria ser considerado indispensável à persecução penal:

[...] o exame medico-legal do conteúdo uterino expellido deve ser exigido, e julgado mesmo indispensavel para a instauração do processo e devida classificação do crime, que sem esse elemento capital de prova scientifica, difficilmente poderá impôr-se á convicção dos juizes; visto que, phenomenos expulsivos, com todos os caracteres e signaes materiaes de um aborto, por parte da mulher, se podem manifestar sem que se trate de um fructo da concepção, ou sem que este reuna as condições necessarias para a legitima interpretação penal do feticidio (SOUZA LIMA, 1898, p. 260).

Perceba-se no trecho transcrito a preocupação do médico com a efetiva criminalização da conduta. A importância da perícia médica não consistiria na impossibilidade de condenações injustas, mas sim na possibilidade de demonstrar materialmente a provocação do aborto, de forma a convencer os juízes através de uma prova científica. Assim, os clínicos seriam fundamentais para comprovar a materialidade do delito, evitando a impunidade. As afirmações de Souza Lima,

portanto, dão alguns indícios de que os juízes preocupavam-se com a efetiva comprovação do crime, que devido a sua natureza, só poderia se dar por provas científicas.

O artigo do médico legista foi citado nos comentários ao código penal de Galdino Siqueira (1932), de Macedo Soares (1910) e de João Vieira de Araújo (1902), bem como no dicionário de Vicente Piragibe (1931).

3.3.3 Os comentários ao delito de aborto de Macedo Soares (1910): a crítica velada a Souza Lima

Oscar Macedo Soares (1910), dedicou cerca de cinco páginas de sua obra ao delito aborto. Em duas delas, o autor empenhou-se em explicar as ideias de Souza Lima, considerando-o enquanto autoridade intelectual junto a autores italianos citados pelo próprio médico⁸⁵. No entanto, apesar de afirmar sua filiação às ideias principais de “A figura jurídica do aborto” no tocante aos aspectos clínicos apresentados pelo médico, discordou das colocações que adentravam à esfera jurídica. Desse modo, Soares reiterava sua afinidade intelectual com Souza Lima, ao passo que pontuava questões legais distintas:

Adoptamos a critica do dr. Souza Lima. A materia, por sua natureza, não pode ser tratada senão em face da medicina legal. Mas o Codigo considerou-a de accordo com os principios do direito civil, que considera pessoa o *fructo da concepção*, desde o *embryo* até a *maturidade*, até o *nascitur*. O legislador não cogitou do caso figurado da maló [sic] verdadeira, legitimo producto da fecundação, que, como diz o dr. Souza Lima, é assim qualificada para distinguir das mólãs falsas ou espurias [...] (SOARES, 1910, p.620).

Em seguida, entretanto, Soares (1910) destacou que, em termos legais, a diferenciação entre os tipos de fruto da concepção não era crucial, visto que em se

⁸⁵ Nos referimos ao seguinte trecho da obra: “Uns, seguindo Puglia, incluem o aborto entre os delictos sociaes; outros como Ambrosoli, entre os attentados contra a ordem das famílias; outros, como Pessina, entre os crimes contra a pessoa; outros, como dr. Souza Lima, justificando nosso Codigo vigente, entre os crimes contra a segurança da pessoa e da vida, ao lado das lesões corporaes, do homicídio, do infanticídio, etc” (SOARES, 1910, p. 618). As informações acerca dos autores italianos parecem ter sido retiradas da própria obra de Souza Lima (1898, p.252), visto que são praticamente idênticas. Ademais, Soares não faz outras referências a esses autores quanto ao delito de aborto.

tratando de uma *mola*, sua expulsão seria necessária, o que afastaria o dolo da conduta. Soares, assim, se utilizou de conceitos jurídicos para explicar que as questões clínicas apontadas por Souza Lima não interfeririam na redação do tipo penal, ao passo que outros elementos, como o dolo, deveriam ser considerados na caracterização da conduta:

Não se confunde a figura jurídica do aborto com o infanticídio e a supressão do parto supposto do art. 285, porque n'estas duas ultimas referem-se a recém-nascido, ao passo que no aborto trata-se de provocar a expulsão de fructo da concepção, qualquer que elle seja, embrião ou feto. No caso de mola verdadeira ou de feto morto é claro que, uma vez reconhecida a necessidade de provocar a sua expulsão, esse facto não constitue a intenção dolosa (SOARES, 1910, p.620-621).

Nesse sentido, enquanto Souza Lima (1898) defendia a alteração do termo *fruto da concepção* por *feto*, com o intuito de evitar a criminalização do aborto em caso de um embrião não viável, Soares (1910) entendia que o delito se dava contra o fruto da concepção em qualquer estágio de desenvolvimento. No entanto, ao pontuar seu posicionamento, deixa de fazer referência a Souza Lima, evitando demonstrar a oposição.

Há, portanto, um evidente cuidado de Soares (1910) em não contradizer, ao menos explicitamente, o médico legista, de forma tal que a mera leitura de seus comentários ao código penal não permite perceber as críticas do jurista ao médico, que só se tornam aparentes após a leitura do artigo de Souza Lima (1898).

Na obra de Soares (1910) não há anotações específicas em relação ao delito de autoaborto, de modo que o autor se restringiu a apenas fazer menção à possibilidade da gestante ser autora do crime ou consentir com a prática da conduta. O restante de seus comentários dedicavam-se, basicamente, a críticas à redação dos dispositivos do código, que só previam aumento de pena em caso de morte da gestante ao aborto realizado contra a vontade da mulher. Em outras palavras, o código não previa majorantes ao aborto consentido que levasse a gestante à morte.

A ausência dessa previsão levaria a uma lacuna legal, de forma que a pessoa que provocasse o aborto na mulher, com seu consentimento, e lhe causasse a morte, responderia pela pena de homicídio – mesma pena prevista ao delito agravado pelo resultado morte praticado sem consentimento. Para o jurista, no caso de resultado

preterintencional o código não deveria igualar as penas às modalidades de aborto previstas (com e sem consentimento), tampouco equipará-las ao delito de homicídio⁸⁶.

É interessante notar, ademais, que Soares (1910) se utilizou da crítica ao dispositivo para corroborar a desaprovação ao Código Penal de 1890:

O Codigo tem muitos pontos vulneraveis, e um delles é a preocupação casuística que muitas vezes dá logar a disposições injustas e absurdas. Esta, por exemplo, de não haver modalidades no aborto consentido pela gestante, como no que não é consentido; é das mais lagrantes [sic], porque e pena unica de um a cinco annos no caso, por exemplo, se seguir-se a morte da gestante, não pode ser a mesma para o caso simples da primeira modalidade do aborto sem consentimento, isto é, quando da provocação não resulta a expulsão do fructo da concepção (SOARES, 1910, p.621)

Manifestações contrárias ao diploma penal então vigente pareciam ser comuns nas análises dos dispositivos relativos ao aborto criminoso, como em João Vieira de Araújo, conforme veremos a seguir.

3.3.4 O código comentado de Vieira de Araújo (1902): a crítica à criminalização do autoaborto e a defesa do termo “feticídio”

Araújo, conforme já vimos, foi um dos principais juristas filiados à chamada Escola Positiva Italiana no Brasil. Em seus comentários ao Código Penal (1902), chegou a afirmar que “o capítulo relativo ao aborto é um dos mais defeituosos do novo código” (1902, p. 55). Essa crítica estava direcionada sobretudo à redação dos artigos 300 e 301 (posteriormente, também criticados por Macedo Soares, conforme vimos) através da qual a pessoa que provocasse a morte da mulher em razão de um

⁸⁶ “Geralmente, quem administra a sustancia abortiva, faça-o, ou não, com consimento da mulher, conta ou espera que não succeda o resultado mais grave, a morte; o que esquivale á falta de previsão, porque, como diz Carrara, lo avere pre duto che una cosa non debba avvenire equivale a non averla preveduta; não obstante o juiz inflinge ao réu desse homicidio preterintencional, em certos casos até meramente culposos, a elevadissima pena de 6 a 24 annos de prizão celllular, oena igual á do homicidio simples de deolo directo! Observa que, tendo distinguido as hypotheses de aborto ser provocado com ou sem consentimento da mulher, o legislador somente previu o homicidio preterintencional na primeira hypothese; de modo que não se sabe qual a pena applicavel ao que causar a morte da mulher que consentio no emprego dos meios abortivos, ou os solicitou. Ser-lhe-ão applicadas as mesmas penas de 6 a 24 annos de prizão, ou as do homicidio qualificado ou simples, conforme as circumstancias que occorrerem, sempre attenuadas, porem pela ausencia do pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar?” (SOARES, 1910, p. 622).

abortamento malsucedido, mas consensual, responderia pela mesma pena que aquele que realizou aborto sem o consentimento da gestante e lhe provocou a morte. O autor, no entanto, foi além das críticas de cunho técnico e defendeu a retirada do dispositivo que criminalizava a mulher que procurasse o aborto para si – conforme já exploramos no capítulo anterior. Araújo reproduziu as passagens escritas em seu projeto ao afirmar que “é sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuízo para terceiro, é considerado como não constituindo um crime” (1902, p. 55) e ao reiterar que “nós, desde 1830, alcançamos aquele *desideratum*, não punindo o aborto procurado pela mulher, não devemos voltar atrás, quando tudo leva a crer que os outros códigos riscarão a sua sanção penal nesse ponto” (ARAÚJO, 1902, p. 55).

As referências ao código anterior nos comentários ao delito de aborto do autor são sempre positivas. Em sua pesquisa, Sontag (2014) observou que na proposta de reforma legislativa de Araújo eram frequentes as referências do autor ao Código Criminal do Império de forma a dar impressão de que esse diploma também era objeto de reforma, ao lado do código vigente. Especificamente em relação ao crime de aborto, Araújo (1902) parecia aprovar a solução dada pelo código de 1830⁸⁷, invocando-o para defender seu projeto legislativo apresentado 1893, em seus comentários ao delito:

Mesmo o aborto sem consequencias lethaes, não consentindo a mulher, deve ser severamente punido e é o que faz o projecto [de 1893], seguindo o codigo de 1830, embora com ligeiras alterações para harmonisar a graduação da pena nas diversas figuras do capitulo.

A mulher que procurar o aborto por si ou por outros não será punida (ARAÚJO, 1902, p. 56).

Parte significativa dos comentários de Araújo ao delito é dedicada ao seu projeto de reforma apresentado em 1893, apontando algumas alterações realizadas pelas comissões que o revisaram, de forma a defender a sua proposta original. Sobre os projetos apresentados durante a década de 90 (do século XIX), Araújo apontou que

⁸⁷ Quanto à defesa de Araújo ao Código Criminal de 1830, é necessário fazer uma breve contextualização. De acordo Sontag (2014a), Araújo seria a favor de reformas graduais e, assim como outros juristas positivistas, identificaria menos elementos “clássicos” no código do Império do que no da República, sendo aquele preferível a esse. Nesse sentido, Araújo já teria se manifestado, em 1888, contra a elaboração de um novo código à República, por acreditar que aquele momento era pouco oportuno diante da recente reafirmação do classicismo na Itália, através do código de Zanardelli (SONTAG, 2014b).

“Nos de 1893 e 1897 não figura a incriminação da mulher; nos de 1896 e 1899, isto é duvidoso, segundo notamos na Exposição de motivos do de 1897 inserta no princípio deste titulo (n.141)” (ARAÚJO, 1902, p. 62). Nessa passagem é interessante observar que Araújo se referiu aos projetos de 1893 e 1897 como se não fossem de sua autoria e tampouco fez menção às propostas legislativas de 1896 e 1899 como frutos do trabalho de revisão da Câmara dos Deputados, de forma que um leitor desinformado acerca desses fatos poderia pensar que a criminalização do autoaborto tinha sido objeto de debate e dissenso entre os parlamentares – quando, na verdade, Araújo parece ter sido voto vencido nas duas vezes em que propôs a descriminalização do delito.

Em seus comentários ao código, Araújo ainda apontou a ausência de escritos especializados sobre o aborto criminoso, sustentando que a “nossa jurisprudencia é muda sobre esta categoria de fatos. E quasi nada mesmo se tem escripto entre nós sob o ponto de vista jurídico” (ARAÚJO, 1902, p. 57-58). A partir dessa afirmação, o autor fez questão de destacar que os escritos de Souza Lima sobre o tema não podiam ser considerados jurídicos, de forma a afirmar a autonomia do direito frente à medicina, ressaltando a participação da doutrina, ao lado das perícias, na solução dos casos concretos:

O artigo do mesmo autor [Souza Lima] *Figura juridica do aborto* está elaborado sob um ponto de vista tecnico, isto é, da medicina legal. Na materia, já a doutrina, já as pericias, é que hão de resolver as duvidas nos casos concretos (ARAÚJO, 1902, p.58, grifos do autor).

Ademais, é perceptível, nos comentários de Araújo a afirmação das fronteiras entre o penal e a esfera civil. Ao criticar o parecer negativo ao seu projeto de código penal, feito pela comissão da Faculdade de São Paulo, que desaprovou a supressão do delito de autoaborto do código, Araújo sustentou que:

Aqui o direito civil nenhuma base offerece á sancção penal e a vida social, cujos direitos são tutelados pela pena, não é a vida intrauterina, durante a qual não ha ainda pessoa, nem vida, nem direitos. O feticidio não é mesmo outra cousa mais do que o malogro de esperança de vida. Foi a doutrina que vigorou no direito romano e canonico e prevaleceu no codigo anterior, sendo agora defendida por criminalistas de escolas as mais differentes (ARAÚJO, 1902, p. 56).

Pode-se perceber, portanto, que para além da afirmação do direito penal enquanto um ramo do direito associado à esfera pública e, portanto, distinto do direito civil, responsável pela tutela dos interesses privados da pessoa, o autor reiterava a existência de uma classe de profissionais especializados na matéria, os criminalistas, os quais deveriam considerados enquanto autoridades para tratar do tema.

Ademais, pelo trecho transcrito, é possível observar que o autor compartilhava das ideias de Balestrini (1888) acerca da autonomia do penal em relação à esfera civil, no tocante aos direitos do nascituro, sem deixar, no entanto, de defender a substituição da expressão “aborto” pelo termo “feticídio”. A expressão feticídio, conforme vimos, foi difundida por Francesco Carrara, em seu “Programma del Corso di Diritto Criminale”, publicado em 1872. Apesar de não fazer referência direta ao italiano no trecho transcrito, a ideia de Araújo de que o feticídio é um “malogro da esperança de vida” (1902, p.56), se assemelha à concepção de Carrara, para quem “la vita che si spegne non poteva ancora dirsi definitivamente acquisita: più una speranza ella era che una certezza” (1872, p. 378).

Desde seu “Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil”, publicado em 1884, Araújo se utilizou das ideias de Carrara, mas também o citou à vontade como argumento de autoridade (SONTAG, 2014). No entanto, a partir de 1888, o jurista brasileiro passou a criticar o “clássico” pensamento do italiano – período em que Araújo apresentou efetivos gestos de adesão à escola positiva (SONTAG, 2014). Isso pode explicar as razões pelas quais ele utilizou algumas ideias de Carrara sobre o delito de aborto sem, contudo, invocá-lo enquanto argumento de autoridade.

Na verdade, em seus comentários aos artigos relativos ao aborto provocado, há poucos elementos que transpareçam a filiação de Araújo ao positivismo. Pelo contrário, fica clara a ausência de explicações deterministas à tipificação da conduta:

A incriminação do aborto procurado tem um duplice fundamento, porque pelo golpe na *spes hominis* é violado o direito que tem a convivência humana a não ver perturbado pela mão do homem o processo physiologico da elaboração de uma vida humana no utero materno; e com a provocação do aborto ha o perigo que corre a mulher gravida, empregando-se meios violentos de produzi-lo (ARAÚJO, 1902, p. 57, grifos do autor).

Em seus comentários ao Código Penal, Araújo não chega a explicar as razões pelas quais defendia a ausência de punição à mulher que realizasse aborto em seu próprio corpo, limitando-se a indicar sua “Exposição de Motivos do projecto de 1893” em nota à afirmação de que “a mulher que procurar aborto por si ou por outros não será punida” (1902, p. 56). No entanto, a leitura da exposição de motivos deixa evidente que os argumentos contra a tipificação do autoaborto presentes nos seus comentários ao Código Penal são cópia de trechos escritos em 1893. Tal ocorre com a comparação do aborto ao suicídio, a partir da qual explica que: “a co-relação social, econômica e jurídica do aborto, infanticídio e suicídio conduz naturalmente, sinão a isenta-los da pena, abaixar essa nos casos puniveis” (ARAÚJO, 1893, p. 21). Segundo o autor o mesmo raciocínio deveria se aplicar aos casos em que o aborto foi provocado por terceiro e resultou na morte da mulher, afirmando que “a regra aqui é punir o facto, ainda que tenha consentido a mulher, mas a pena não pode ser superior á daquelle que determina ou auxilia outrem a suicidar-se” (ARAÚJO, 1893, p.21). Quanto a essa agravante, o autor apontou que “o novo código empeiorou a disposição na materia, punindo com a pena geral do homicidio simples, auelle facto sem distincção”⁸⁸ (ARAÚJO, 1893, p.21).

Na sua “Exposição de Motivos”, Araújo ainda criticou Lucchini “e seus sábios colegas, na ultima redação do código que nos serviu de fonte” (1893, p.21), pois teriam criminalizado o autoaborto mesmo cientes de que “o aborto procurado pela mulher sem prejuizo para terceiros é considerado como não constituindo um crime” (1893, p. 21). Araújo estava se referindo ao primeiro Código Italiano unitário, o qual foi publicado em 1889. De fato, como visto no item anterior, o “Progetto del Codice Penale per il Regno D’Italia” apresentado pelo “Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti”, Giuseppe Zanardelli, defendia a criminalização da mulher que procurasse o aborto, “rigetando, come inumana, l’antica dottrina, secondo la quale la donna, procurandosi l’aborto, non fa che un atto di libera disposizione del próprio corpo” (ZANARDELLI, 1888, p.557). Assim, justificava-se a tipificação do autoaborto em razão da proteção do bem jurídico vida, entendendo-a desde o momento da fecundação. Nesse sentido, o ministro explicou a razão para o aborto procurado estar situado no capítulo relativo aos crimes contra a vida e não contra a ordem familiar.

⁸⁸ O autor está se referindo a ausência de distinção pelo código entre a pena relativa ao aborto com ou sem consentimento da mulher, que teve como consequência a morte da gestante.

Conforme vimos, Zanardelli (1888) defendia que a pena prevista para a gestante deveria ser menor do que aquela relativa ao terceiro que realizasse práticas abortivas na mulher, tendo em consideração a existência de um “instinto materno natural”. Nessa lógica, sendo o corpo feminino naturalmente predestinado à maternidade, deveria se considerar a gravidade da situação em que a mulher se encontrava para chegar ao ponto de contrariar sua própria natureza, recorrendo a um aborto.

Apesar de citar os relatórios de Zanardelli em seus comentários ao delito de aborto⁸⁹, indicando o acesso e a leitura dos textos, Araújo não parecia compartilhar do argumento de ordem naturalística utilizado pelo ministro, visto que não recorreu a explicações similares para defender a destipificação do delito de autoaborto. Nesse ponto, a referência de Araújo parece ter sido a obra do italiano Raffaello Balestrini, a qual, como vimos, defendia a ausência de penalidades criminais à mulher que procurasse aborto por si, a partir, sobretudo, de argumentos utilitaristas. Segundo Araújo, tratava-se de “um livro precioso sobre esse e outros temas congeneres” (1893, p. 21). Apesar do reconhecimento dado à obra do italiano, Araújo não explorou todos os argumentos minuciosamente expostos no livro, reduzindo-se a breves menções elogiosas. Curiosamente, apesar de compartilhar da crítica feita por Balestrini a Lucchini, Araújo deixou de fazer qualquer menção às severas oposições do autor a Puglia, talvez por já ter reverenciado esse jurista em um dos seus artigos de propaganda da “Escola Positiva”, publicado em 1888⁹⁰.

3.3.5 Os comentários ao código penal de Galdino Siqueira (1932): o aborto enquanto provocação do parto prematuro

Galdino Siqueira (1932) também fez referências aos relatórios do ministro italiano Zanardelli em seus comentários ao crime de aborto. Após discorrer sobre o delito no direito romano, Siqueira (1932) apontou a existência de duas definições principais de aborto criminoso, as quais teriam sido adotadas pelas legislações de

⁸⁹ A seguinte passagem é exemplificativa: “O ministro Zanardelli n’um dos seus notaveis Relatorios declarava que por duas considerações tinha sido determinado a collocar o aborto procurado, que aliás é a epigraphe do cap. parallelo do cod. ital., na classe <<dos crimes contra a pessoa>>: 1º por não ser sempre verdade que elle perturbe a ordem familiar; 2º porque é lesado de modo preponderante o direito á vida a respeito do nascituro” (ARAÚJO, 1902, p. 58).

⁹⁰ Nos referimos especificamente ao artigo intitulado “A Nova Escola de Direito Criminal: Os Juristas Italianos E. Ferri, F. Puglia e R. Garofalo”, publicado na Revista “O Direito”, no volume 47, ano XVI.

diferentes países. A mais antiga, segundo o autor, definia o aborto enquanto morte do feto – conceito que teria sido adotado por Zanardelli, seguindo a concepção de Carrara. Para Siqueira, essa definição seria inadequada, pois excluiria a gestante do polo passivo da conduta:

Uma tal concepção não satisfaz as exigências de uma previdente política criminal, por ser estreita, unilateral, isso mesmo tendo oportunidade de pôr em evidencia na justificação de motivos do meu *Projecto de código penal brasileiro*, p. 105, e em artigo inserto no *São Paulo Judiciario*, em resposta a outro do saudoso SOUZA LIMA, apologista entusiasta de tal concepção. E' unilateral porque olvida que sujeito passivo do crime é também a mulher, cuja a vida é posta em perigo, senão mesmo em muitos casos também destruída, e, assim, o crime assumindo o caracter de periclitación da vida (SIQUEIRA, 1932, p.594).

Ainda que Siqueira tenha afirmado que tal concepção era compartilhada por um médico, Souza Lima, o jurista criticou Carrara e o uso do termo “feticídio”, argumentando que, além de tal definição excluir a gestante do polo passivo, faria uso inadequado de denominações médicas:

Outras falhas mostra ainda a concepção, como vem traduzida nas definições do código toscano e de CARRARA. Efectivamente, induz em erro falandoem feto, como sujeito passivo do crime, quando procura estender a proteção penal a toda a vida uterina anterior, que tem phases e denominações diversas, a saber: a ovular (antes do 20. dia da gravidez) e a embryonaria (entre o 20.º e o 90.º dia), seguindo-se a fetal propriamente dita, entre o 3.º e o 7.º mez (SIQUEIRA, 1932, p. 594).

Para o jurista (SIQUEIRA, 1932), a concepção mais adequada do delito compreendia o aborto criminoso enquanto provocação ilegal do nascimento, de forma que a configuração do crime prescindiria do dolo do agente em matar o feto. A conceituação do delito proposta por Siqueira fora transcrita da obra traduzida de Von Liszt⁹¹, para quem a ação consistia tanto no parto prematuro quanto na supressão da vida do feto:

⁹¹ Também é possível perceber a utilização dessa obra por Siqueira quando o autor introduz historicamente o delito. Enquanto Liszt afirmou que: “O antigo direito romano deixou às *notas censorias* e ao poder fraterno a repressão do aborto (*abactio partus, procuratio abortus*). Cominações emanadas do poder publico só se encontram desde Septimus Severus (1. 4, D., 47, 11, 1. 8, D., 18,8). Cumpria sustar a corrupção dos costumes domesticos, consecuencia da repugnancia, tão commum

... em face ao código alemão, [Liszt] nota como elementos:

1.º O objeto é o ser ainda não nascido, isto é, o fructo que não atingiu ainda a vida independente fóra do ventre materno, o ovo vivo e fecundado em todas as phases de sua evolução;

2.º A acção é

a) o aborto no sentido proprio, isto é, a provocação (illegal) do nascimento prematuro, embora o dolo do agente não se dirigisse á morte do feto nem este resultado tenha sido produzido.

Deve-se, pois, admitir como punível o aborto que a viúva, grávida logo depois da morte de seu marido, por obras de outrem, provocasse aos oito mezes da gravidez para fazer crer que o filho é legítimo.

b) o homicídio do feto no seio materno (SIQUEIRA, 1932, p.595)⁹².

Essa definição englobaria os casos em que a mulher tivesse buscado o nascimento prematuro do filho para, por exemplo, ocultar sua desonra. Para Siqueira, essa concepção seria mais jurídica do que a do aborto enquanto feticídio, ainda que o autor a atribuisse não só a juristas como ao médico francês Tardieu. Nesse sentido, além de descrever as ideias de Pessina, Tuozzi e Von Liszt acerca do delito e apenas mencionar o jurista francês Rene Garraud⁹³, Siqueira fez referências a Tardieu, afirmando que o Código Penal de 1890 teria seguido sua doutrina:

Na disposição do art. 300, sente-se logo a influencia da doutrina adoptada, e como vem especialmente synthetizada na noção que do crime dá TARDIEU. Segundo o eminente médico legisla francez. ‘ o aborto é expulsão violenta e prematura do producto da concepção, quasquer que sejam as suas condições de idade, de viabilidade e até de formação regular’. Dizendo-se producto da concepção, claro fica que se trata do producto da concepção nas suas condições normaes de evolução, e, pois, excluidas ficam as hypotheses da elimiação de uma verdadeira mola ou de feto já morto anteriormente por qualquer causa extranha aos meios abortivo e, assim, mostra a improcedencia da objecção feita por SOUZA LIMA contra aquella expressão (SIQUEIRA, 1932, p. 596).

entre as mulheres romanas, ao desempenho dos deveres maternos; indigno parecia ao imperador que o conjuge, impellido ao casamento por amor á procreação da prole, fosse illudido pela esposa em suas esperanças” (LISZT, 1899, p. 46-47, grifos do autor), Siqueira descreveu de forma muito semelhante: “No antigo direito romano, o aborto (*abactio partus, procuratio abortus*) era reprimido tão sómente pelas *notas censorias* e o poder paterno [...] Mas tal a corrupção dos costumes domesticos, incrementando-se sob taes idéas, e pela repugnancia tão commum entre as mulheres ao desempenho dos deveres maternos, que desde Sptimo [sic] Severo se comminou pena extraordinaria á mulher casada que provocasse aborto, por se entender uma offensa ao direito do marido á prole esperada” (1932, p. 592, grifos do autor).

⁹² Ainda que Siqueira (1932) não tenha explicitado a citação direta a Von Liszt, de modo que um leitor desavisado poderia pensar que ele estava apenas discorrendo sobre as ideias do autor alemão, a passagem transcrita se encontra nas páginas quarenta e oito e seguinte do volume dois do “Tratado de direito allemão” (1899), tradução do original feita por José Hygino.

⁹³ Trata-se da única menção ao jurista francês nos comentários relativos ao aborto: “Outra concepção mais jurídica se antepoz, desenvolvida por PESSINA, TUOZZI, TARDIEU, GARRAUD, LISTZ e outros” (SIQUEIRA, 1932, p.594).

Perceba-se que, assim como nos comentários dos demais juristas, Siqueira também discorreu acerca das condições de viabilidade do feto – argumento que, pela nossa análise, parece ter ganhado repercussão entre os juristas a partir do já mencionado artigo de Souza Lima, visto que a discussão aparecia sempre associada ao médico e não aos juristas italianos, apesar de eles terem abordado tais questões. Por outro lado, diferentemente de Macedo Soares (1910), Galdino Siqueira (1932) não criticou Souza Lima pela ausência de domínio de um saber propriamente jurídico, mas contrapôs suas afirmações a partir das ideias de outro médico, utilizando-se de Tardieu como argumento de autoridade.

Apesar do autor, de modo geral, ter elogiado o Código Penal de 1890 quanto a tipificação do aborto, tendo identificado no diploma penal, por exemplo, a filiação à concepção de aborto de Tardieu⁹⁴, da qual compartilhava, Siqueira (1932) também se utilizou da ausência de previsão de agravantes ao resultado morte em caso de aborto praticado com consentimento da gestante, para atacar o código então vigente em sua totalidade. Segundo o autor, essa situação se assemelhava ao delito de suicídio, de modo que o agente que tivesse praticado aborto malsucedido na gestante, causando-lhe a morte, deveria responder em igual pena àquele que tivesse auxiliado outrem a suicidar-se. Assim, ainda que legalmente a ausência de previsão de agravantes a esse caso levasse à aplicação da pena de homicídio simples, essa interpretação, de acordo com Siqueira, não deveria ser aceita:

entende JOÃO VIEIRA “que não havendo disposição especial, o agente incorrerá na pena § 2.º do art. 294, do homicídio simples igual á pena aplicavel ao agente do aborto contra a vontade da mulher, o que é de facto uma iniquidade”. Por levar mesmo a esse resultado, e ainda por collidir com outra disposição, que envolve caso semelhante, não é de acceitar tal interpretação. [...] A nós parece que o legislador entendeu que a penalidade do art. 301 era sufficiente, mesmo occorrendo as circumstancias notada no art. 300 (SIQUEIRA, 1932, p. 597).

Ainda quanto à problemática da redação do tipo criminal de aborto com consentimento da gestante, Siqueira se utilizou de argumentos “garantistas” para sustentar a impossibilidade de analogia entre o aborto agravado pelo resultado morte

⁹⁴ Além do elogio ao conceito de aborto adotado pela legislação, Siqueira afirmou: “o nosso código anterior, a exemplo do francez, fazia referencia a meios internos ou externos; o vigente, acompanhando, e muito bem, os mais modernos códigos, nenhuma referencia faz a respeito” (SIQUEIRA, 1932, p.596).

e o delito de homicídio. Segundo o jurista: “tratando-se de resultado grave [sic] que é levado á conta do agente, tão sómente pela relação de connexidade objectiva, não péde [sic] ser admittido senão mediante disposição expressa” (SIQUEIRA, 1932, p.598). Em outras palavras, Siqueira estava defendendo a impossibilidade legal de se interpretar extensivamente a norma penal de forma a fazer analogias em prejuízo do réu, de modo que a agravante só poderia ser aplicada a tal situação caso fosse expressamente prevista. Essa garantia, entretanto, nem sempre era aplicada. Nesse sentido, o autor citou decisão em contrário, na qual o juiz buscou punir o agente que causou a morte da gestante através da interrupção consentida da gravidez. Segundo Siqueira, isso seria “mais uma demonstração da imprestabilidade do código, visado sem uma orientação firme, e consultante dos interesses sociais, mas enquanto [sic] não revogado tem de ser respeitado” (1932, p. 598). Assim, em Siqueira (1932) também pode-se perceber, como nos demais juristas analisados, a utilização da crítica à redação dos tipos criminais do delito de aborto como argumento para depreciação do código penal como um todo.

No entanto, em comparação aos demais comentários ao código penal, os escritos de Siqueira pareceram-nos significativamente mais fáceis de ler. A escrita do autor é clara e fluida - diferente de outros autores, como Vieira de Araújo, em que muitas vezes o conteúdo a ser abordado muda de um parágrafo ao outro, sem conexões com o anterior e sem aviso prévio ao leitor, dando a impressão de que o texto foi elaborado a partir de fragmentos. Para Nelson Hungria (1943), a obra de Siqueira foi um marco no desenvolvimento da cultura jurídica letrada do país, à medida que foi uma das primeiras a realizar “uma exposição clara e reconstrutiva do nosso direito penal positivo, interpretado dentro do raciocínio lógico-jurídico” (1943). Para Hungria, isso se deve tanto à genialidade pessoal de Siqueira, quanto à utilização por parte do autor de preceitos daquilo que se consolidaria enquanto tecnicismo jurídico (corrente doutrinária da qual Hungria era adepto). Isso pode ser explicativo da maior facilidade da leitura da referida obra, junto ao fato dos escritos de Siqueira serem mais recentes que os demais.

Por fim, nos comentários de Siqueira também são escassas as menções ao crime de autoaborto, ainda que esse consistisse em uma das principais inovações do código vigente em relação ao anterior no tocante ao delito. Citando Silva Ferrão,

Siqueira buscou justificar as razões para a conduta não ter sido tipificada no diploma do Império:

O nosso código anterior [...] Não punia o aborto quando provocado pela própria gestante. “O legislador pensou sem duvida, diz SILVA FERRÃO, encomiando-o, nos maiores inconvenientes que se seguiriam de uma punição qualquer, assim como nas dificuldades de bem se apreciar e provar o facto criminoso em relação ás mães. Ainda mais, abstrahiu de todo a idéa de cumplicidade com a mãe. Se teve participantes, esses são os autores exclusivos do crime, puniveis ainda quando a participação se limitou á subministração de drogas ou de meio abortivos, que não são mais do que meios preparatorios de que a mãe podia, ou não usar” (SIQUEIRA, 1932, p. 595)

O autor, portanto, não atribuiu a criminalização do autoaborto à emergência de novos valores culturais, tampouco a argumentos deterministas, como o desenvolvimento de estudos acerca da natureza feminina. Na verdade, seguindo Silva Ferrão, Siqueira explicou a ausência de tipificação da conduta no código anterior pelo fato de o legislador ter desprezado a possibilidade de *cumplicidade* da mulher. Assim, o Código Penal de 1890 teria criminalizado o autoaborto como uma forma de responsabilizar o consentimento da gestante à realização das práticas abortivas – o que reforça a ideia de que a mulher não teria autonomia para realizar a conduta sozinha, seja por falta de capacidade intelectual ou de acesso aos meios para tanto. O código do Império, por outro lado, teria ignorado essa possibilidade em razão dos inconvenientes de punir a mulher e da dificuldade de comprovação do delito. O que teria levado a alteração desse cenário, entretanto, não foi explicitado. Pelo contrário, o autor em seguida fez referências às dificuldades de comprovação do crime, de forma a afirmar que essas permaneciam:

Como não se tem em conta a idade, nem condições de viabilidade do producto da concepção, a gravidez ou gestação pode póde ser tomada em qualquer phase de sua evolução, antes evidentemente de seu termo natural, por isso que o aborto é a expulsão prematura daquelle productco. E' elemento esse, em muitos casos, de difficil constatação pericial, meio regular, por isso que mais frequente é o aborto nos primeiros mezes de gestão que não se assignala, então, por caracteres indeleveis, e a expulsão do ovo fecundado, occultando cuidadosamente, deixando falhos ou nullos vestigios no organismo materno (SIQUEIRA, 1932, p. 596).

Nesse sentido, a criminalização do autoaborto parecia ter o mesmo fundamento da tipificação do delito em geral, qual seja, “a proteção da spes hominis, do sêr que

vive e que tem probabilidade de viver autonomicamente no futuro” (SIQUEIRA, 1932, p. 593). Isso também pode ser percebido na definição de aborto de Vicente Piragibe, em seu “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil”, publicado em 1931.

3.3.6 O “Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil” de Piragibe (1931): o aborto enquanto crime formal

A obra de Piragibe é conhecida por ter sido concebida como forma de pesquisa jurisprudencial, visto que o autor buscou colecionar julgados. Em relação ao delito de aborto, o jurista citou apenas uma jurisprudência, da Camara da Corte de Apelação, de 15 de julho de 1930, o qual se constitui em um verdadeiro comentário ao delito. De modo geral, o autor fez um arrolamento das ideias de Souza Lima, Macedo Soares, Galdino Siqueira e Vieira de Araújo, além de fazer menções ao médico francês Tardieu. A partir dessas referências doutrinárias, o julgado também apontou o conceito do delito em códigos penais estrangeiros, dando destaque à legislação italiana.

Segundo o dicionário de Piragibe (1931), o Código Penal de 1890 definia o delito de aborto como um crime formal, ou seja, que prescindiria do resultado morte para sua concretização, de modo que a mera aceleração do parto também poderia configurar o crime. Nesse sentido, segundo o julgado, dentre os elementos do crime, o mais importante seria a gravidez, de modo que sua viabilidade deveria ser comprovada, excluindo a possibilidade de gestação aparente:

[...] não é fora do commum a gravidez falsa ou aparente, decorrente, entre outras causas, da presença de uma MOLA, de mucosidades que avomulam o utero, polypos, etc. Dahi o cuidado de se determinar com absoluta segurança o estado de gravidez, porque se houver motivos para se duvidar desse estado, faltarão necessariamente o elemento material do delito (PIRAGIBE, 1931, p. 11).

Assim, o exame pericial seria indispensável, de modo que “todas as grandes dificuldades se reduziriam ao minimo possivel desde que o fructo e o producto da concepção fosse examinado” (PIRAGIBE, 1931, p. 11). Nessa passagem, ademais, é

interessante notar que o autor utilizou as expressões *fruto* e *produto* da concepção como coisas distintas sem, contudo, explicar qual seria a diferença entre os termos.

O segundo elemento essencial ao crime consistiria na idoneidade dos meios empregados, a qual não poderia ser verificada *a priori*, mas tão somente no caso em concreto. Isso porque as condições físicas e psicológicas da gestante deveriam ser examinadas, pois seriam imprescindíveis para analisar se os meios empregados haviam sido de fato determinantes à interrupção da gravidez:

Quanto aos meios de ordem *physica* é de considerar que eles podem agir determinando a expulsão do produto, mas tudo depende das condições *psycho-physicas* da gestante, do grau de emotividade ou susceptibilidade morbosa reflexa. Para o perito, em taes condições, tudo se reduz a um 'exacto dignostico do estado *physico*, neurótico da paciente' (PIRAGIBE, 1931, p. 12).

A definição do delito de aborto, transcrita por Piragibe (1931), ia para além do caso discutido no julgado, apresentando um carácter orientativo, de modo a instruir a prática penal. Desse modo, o autor apontava os exames periciais necessários à análise jurídica do caso em concreto, orientando os demais juristas a questões relevantes à comprovação do delito, como atestar clinicamente a gravidez, uma vez que essa poderia ser aparente, e analisar o real efeito de um método abortivo no corpo da mulher, visto que os meios químicos ou medicamentosos poderiam interagir de formas distintas, a depender das condições do organismo.

Quanto ao delito de autoaborto, o autor se restringiu a afirmar que:

Em face da lei penal é passível de pena não só quem provoca o aborto como ainda a gestante que nelle consente ou voluntariamente emprega meios para esse fim. E ahi está a diferença entre o Cod. Penal de 1830 e o actual, pois naquelle o aborto provocado pela propria mulher não era considerado crime (PIRAGIBE, 1931, p.10).

Diferentemente dos demais autores, Piragibe apesar de mencionar as passagens do julgado que apontavam as dificuldades práticas que a redação do artigo 301 (o qual tipificava o aborto com consentimento da gestante sem prever a agravante pelo resultado morte como no artigo 300) ensejava, não as utilizou como argumento para tecer críticas gerais ao código penal. Isso reforça a tese de Sontag (2014) de que

os juristas positivistas brasileiros, diante da ausência de uma tradição jurídica correspondente a “escola clássica” italiana, buscavam transpor o binômio polarizando suas ideias ao Código Penal de 1890. Nesse sentido, Piragibe foi o único dos juristas analisados que não estava associado às ideias do positivismo criminológico, bem como foi o único a não apontar as falhas de redação dos artigos relativos ao aborto como demonstrativas da imprestabilidade do diploma penal como um todo.

3.3.7 A ausência de argumentos deterministas nos comentários ao delito de aborto da doutrina brasileira

Apesar de todos os autores analisados, com exceção de Piragibe (1931), compartilharem de algumas ideias do positivismo criminológico, em nenhum dos comentários ao código penal os juristas buscaram atribuir a criminalização da interrupção da gravidez pela própria gestante à natureza feminina ou ao perigo que essa mulher representaria à sociedade. Argumentos como o do “instinto materno” não aparecem nos doutrinadores brasileiros analisados, que tampouco fazem defesas expressivas à punição da conduta. A única obra analisada em que o autoaborto ganha maior centralidade é a de João Vieira de Araújo (1902), na qual o autor confere destaque à conduta através da defesa de sua descriminalização. Curiosamente, é Araújo o único dos comentadores que buscava abertamente a filiação ao positivismo italiano.

Isso porque, apesar de todos juristas analisados compartilharem de ideias defendidas pela “Escola Positiva”, não se pode afirmar que todos eram positivistas, à medida que apenas João Vieira de Araújo e Viveiros de Castro se diziam filiados à referida “escola”. Outros autores que buscaram a filiação com o positivismo como Esmeraldino Bandeira, Paulo Egídio e Cândido Mota (QUEIROZ, 2006), não comentaram o Código Penal de 1890, de forma que suas obras se dedicavam, de modo geral, a temas específicos relativos a teoria penal – que em razão da falta de proximidade com o nosso tema, não integraram nossa pesquisa. Por outro lado, se analisarmos o conteúdo das obras de Soares e de Siqueira, é possível perceber a presença de algumas ideias deterministas ou mesmo elogios à referida “escola” na parte geral dos comentários ao Código Penal que nos serviram como fonte. Nesse

sentido, Macedo Soares fez diversas referências a Lombroso, bem como a Araújo, enaltecendo a

nova escola de direito penal, que rompendo inteiramente com as ideais e os princípios absolutos, até aqui admitidos, busca assegurar a sociedade, defendendo-a fortemente de seus inimigos, destruindo as causas produtoras da criminalidade. Adotando como método o experimental e de observação, as estatísticas como preciosos instrumentos de análises para firmar leis e tirar conclusões, e com os dados fornecidos pela psico-fisiologia e pela antropologia, a nova escola apresenta resultados admiráveis em benefício da sociedade (SOARES, 1910, p.135).

Já Galdino Siqueira, apesar de ter criticado o positivismo criminológico em 1913 em seu projeto de código (conforme verificamos no capítulo anterior), se utilizou de fundamentos deterministas para tratar, por exemplo, da reincidência:

ali vemos se desenhar, e aqui se integrar, um tipo especial de delinquente, que se manifeste por aspecto antropológico, como quer a escola de LOMBROSO, ou pelo aspecto profissional, pela influência do meio social, como querem TARDE, PRINS e outros. O que é certo, o que a observação mostra, sem exclusivismo, é que alguns nascem com taras de tal modo caracterizadas, traços tão profundos de degeneração que não oferecem matéria aos mais enérgicos esforços da adaptação, são seres hereditariamente inadaptáveis (SIQUEIRA, 1932 p. 551).

Não é objetivo desse trabalho realizar uma análise esmiuçada da filiação dos juristas brasileiros a chamada “Escola Positiva Italiana” – nos basta perceber que esses autores apesar de terem se utilizado de argumentos deterministas para tratarem de alguns temas jurídicos, não o fizeram ao comentar o delito de aborto. Também é interessante observar que na construção de seus comentários a esse delito, os juristas tampouco priorizaram referências teóricas positivistas, à medida que a maior parte dos autores italianos citados não eram filiados a referida “escola”, conforme pode-se observar no item anterior.

Por outro lado, parecia existir uma preocupação em demonstrar o domínio de termos e conhecimentos clínicos, sobretudo para determinar o que seria o fruto da concepção ao qual a lei se referia. Enquanto uns defendiam que esse só poderia ser o feto, pois só nesse estágio da gestação seria possível verificar a viabilidade da gravidez, outros alegavam que a expressão *feto* seria muito restrita, pois excluiria outras fases de desenvolvimento do *produto da concepção*. De todo modo, parecia haver um consenso quanto a impossibilidade de se punir manobras abortivas realizadas em uma *mola*, ou seja, em um produto anômalo, sem forma, que segundo os autores, não teria capacidade de se desenvolver.

Em todas as definições de autoaborto analisadas, pode-se perceber a utilização instrumental dos conhecimentos médicos pelos juristas, que se restringiam a incorporação de conceitos clínicos sem abdicar das categorias jurídicas, e sequer mencionavam propostas e reivindicações legislativas da classe médica em seus comentários ao delito. A tentativa de demonstrar domínio sobre saberes clínicos, para além da importância que tais conhecimentos poderiam ter para a práxis jurídica, tendo em vista a utilização de exames periciais em inquéritos de aborto, também pode ser um indício que reforça a tese de Queiroz (2006), para quem a recepção do positivismo estaria vinculada ao desejo de incorporação da doutrina jurídico-penal aos padrões de ciência da época, na qual a medicina, como vimos, ganhava destaque. Isso também corrobora o argumento de Sontag que, considerando o trabalho de Queiroz em sua pesquisa, concluiu que “a vontade de inserção não era necessariamente correspondente à vontade de usar tais modelos para os problemas sociais ou criminais específicos da sociedade brasileira ou de transformar tais modelos segundo as exigências brasileiras” (2015, p. 230).

Enquanto que as discussões na doutrina italiana pareciam girar em torno do momento consumativo do delito, havendo uma disputa entre os termos “aborto procurato” (para defender a concepção do delito enquanto parto acelerado) e “feticídio”, os debates doutrinários brasileiros estavam focados na definição do sujeito passivo do delito, disputando-se as expressões “produto da concepção” e “feto”. Já em relação à forma de abordagem do delito, a doutrina italiana, de modo geral, associava o crime de aborto à figura da mulher, dando maior enfoque ao delito de autoaborto, enquanto que na doutrina brasileira há poucas referências à mulher enquanto sujeito ativo do crime. Quando os juristas brasileiros tratavam do delito de autoaborto, geralmente reduziam a conduta da mulher ao seu consentimento. Assim, não se referiam ao autoaborto como a conduta praticada pela própria gestante para dar fim à gravidez, mas como a punição da mulher que consentisse com a realização de manobras abortivas em seu corpo.

Os italianos também exploraram mais questões clínicas relativas a comprovação do delito. Lucchini (1884) e Crivellari (1896), por exemplo, chegaram a descrever minuciosamente meios de prova, apontando as limitações e a forma como deveriam ser interpretados alguns exames periciais. Já os brasileiros enfocaram na importância dos conhecimentos médicos para distinção, nos casos em concreto, do verdadeiro

produto da concepção de uma mera “mola”. Assim, dentre os elementos do delito, a doutrina brasileira destacava sobretudo a importância de se verificar o estado de gravidez, a qual deveria ser viável.

Pode-se concluir, portanto, que apesar da presença significativa de discursos médicos que criminalizavam o autoaborto com base em argumentos deterministas, calcados na maternidade científica, e do estreitamento entre as fronteiras do direito e da medicina, os juristas não incorporaram o discurso médico normatizador, tampouco o determinismo biológico por ele defendido, em seus comentários ao delito de aborto. Ademais o argumento médico de que o corpo feminino teria sua existência condicionada ao desígnio da maternidade, bem como as explicações acerca da delinquência feminina calcadas nessa suposta condição biológica, sequer adquiriram relevância nos escritos jurídicos sobre o aborto, sobretudo na doutrina brasileira, visto que os autores quase não exploravam a situação na qual a mulher dava fim à própria gestação, tampouco fizeram comentários valorativos acerca da previsão legal do delito, com exceção de João Vieira de Araújo.

4.A MULHER NO BANCO DOS RÉUS: A CRIMINALIZAÇÃO DO AUTOABORTO EM SANTA CATARINA

Nesse capítulo buscaremos analisar como a tipificação do aborto foi interpretada e aplicada pelos aparatos judiciais. Visto que já analisamos os dispositivos legais que criminalizavam a conduta e as propostas de reforma legal apresentadas, bem como os comentários da doutrina nacional ao delito e as obras dos autores italianos que circularam no período, passaremos ao estudo dos julgados, com o intuito de verificar como a criminalização do autoaborto foi (e se foi) efetivada. Desse modo, poderemos visualizar as concepções do delito a partir de diferentes ângulos, contrastando-as e sobrepondo-as, de modo a perceber os diálogos e distanciamentos entre as diferentes esferas de atuação jurídica (normativa, teórica e judicial), de forma a complexificar a análise de nosso objeto.

Tendo em vista que essa pesquisa foi desenvolvida no âmbito da Universidade Federal de Santa Catarina, optou-se por trabalhar com os autos criminais desse Estado. Assim, nesse capítulo abordaremos brevemente sobre o direito processual catarinense (item 4.1), para então adentrarmos ao estudo dos processos criminais de

aborto tramitados no começo do século XX (item 3.2).

4.1. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CRIMINAL DE SANTA CATARINA NA PRIMEIRA REPÚBLICA

Neste item abordaremos sobre a legislação processual criminal vigente no Estado de Santa Catarina, durante os anos de 1890 e 1940. No primeiro item discorreremos brevemente sobre os anos seguintes à proclamação da República, buscando compreender a reestruturação do Poder Judiciário, bem como a mora na elaboração de uma legislação processual própria, a partir do contexto político catarinense entre o final do século XIX e começo do século XX. Em seguida, trataremos do Decreto 157 de 1931, demonstrando as razões para esse não ter se constituído enquanto um código diante da permanência do Código Judiciário de 1928. Por fim, apresentaremos brevemente alguns dos principais procedimentos do rito processual criminal vigente durante a década de 1930, tendo em vista que todos os processos penais que compõem nossa análise datam desse período, sendo que apenas um dos seis autos analisados tramitou em década distinta.

4.1.1 O Estado de Santa Catarina nos primeiros anos da República e a competência estatal para legislar em matéria processual

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o Conselho de Estado e a vitaliciedade do Senado foram abolidas, bem como a Câmara dos Deputados foi dissolvida. Manteve-se, entretanto, a inviolabilidade dos órgãos judiciários. Cerca de um ano depois, o Governo Provisório através do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, conferiu aos Estados da Federação a competência para organizarem a sua Justiça e legislarem em matéria processual⁹⁵ (VIEIRA, 1981). O decreto visava a organização da Justiça Federal e foi escrito por Campos Salles, que, em sua exposição de motivos, deixou de prestar qualquer justificativa à transferência da referida competência aos Estados. Isso provavelmente se deve ao fato de que tal

⁹⁵ Ao estabelecer a Justiça Federal, o referido decreto, em seu artigo 94 determinava que “Serão decididos e regulados pelas leis e regimentos locais todos os casos não previstos no presente decreto e relativos á instalação do tribunal do Jury, aos trabalhos deste, á prisão e fiança, devendo os juizes do Estado prestar a justiça federal todo o auxilio que lhes for legalmente invocado” (BRASIL, 1890).

orientação já estava prevista dentre as disposições da Constituição Provisória de 22 de junho de 1890⁹⁶, a qual adotou o sistema de jurisdição única e conferiu competência judiciária aos Estados em toda a matéria que não estava expressamente reservada à União⁹⁷. Nesse sentido, a Constituição Provisória consagrou o fundamento judiciário do sistema republicano-federal de natureza dualista, criando a Justiça Federal e a dos Estados (VIEIRA, 1981), o que foi mantido pelo texto definitivo de 1891⁹⁸. Tratava-se, entretanto, de um “federalismo de palavra”, pois a igualdade entre os Estados somente existiu no texto constitucional (SABADELL, 2006).

Diante do novo regime, em 11 de junho de 1891 foi promulgada a Constituição do Estado de Santa Catarina, a qual previu a criação de um Superior Tribunal de Justiça para operar enquanto segunda instância processual, que desde 1874 até então vinha sendo exercida pela Relação de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul (VIEIRA, 1981). Cerca de quatro meses depois da promulgação do diploma constitucional estadual, o tribunal superior foi instalado na capital, tendo seus primeiros desembargadores nomeados⁹⁹ (VIEIRA, 1981).

Pouco depois, em novembro do mesmo ano, o Presidente da República, Marechal Deodoro da Fonseca, fechou o Congresso Nacional em um golpe de estado que levou à Primeira Revolta da Armada. Vendo-se obrigado a renunciar, seu vice Marechal Floriano Peixoto assumiu a presidência. Por ser apoiador de Deodoro, o então governador de Santa Catarina, Lauro Müller, foi deposto, gerando uma grande instabilidade política no Estado diante da resistência popular ao novo governo, que passou a ser chefiado por uma junta governativa (VIEIRA, 1981). Com o afastamento de Lauro Müller pelos “federalistas”, formaram-se grupos “republicanos” em defesa do antigo governador.

⁹⁶ Foi o decreto n.1 de 15 de novembro de 1889 que estabeleceu a República Federativa, através de seu artigo primeiro que estabelecia que “fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira – a República Federativa” (BRASIL, 1889). Entretanto foi o título primeiro da Constituição Provisória de 1890 que consagrou a organização federal, bem como foi esse diploma que previu as competências legislativas privativas do governo central, de modo a estabelecer normas à organização da justiça.

⁹⁷ A Constituição Provisória determinava: “art. 20 Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 24. Modificar as leis civis, criminaes e commerciaes da Republica e bem assim as processuais da justiça federal” (BRASIL, 1890).

⁹⁸ Nesse sentido, os artigos 59, 60, 62 e 66 faziam menção à Justiça Estadual e a Federal como instâncias distintas.

⁹⁹ De acordo com Vieira (1981, p. 155), foram eles: José Roberto Vianna Guilhon, Edilberto Licínio da Costa Campelo, Francisco da Cunha Machado Beltrão, José Elísio de Carvalho Couto e Domingos Pacheco d’Ávila.

Em 1892, um ano após a primeira constituinte, uma segunda Constituição do Estado foi promulgada. A situação política catarinense, entretanto, não se estabilizou. Com a perspectiva de eleições municipais, as manifestações contrárias ao novo governo acirraram-se. Dentre os conflitos políticos que aconteceram, destaca-se a agressão física de Hercílio Luz, importante político republicano, contra um juiz de direito da comarca de Blumenau. Tal incidente levou à abertura de um processo-crime contra o republicano, que foi pronunciado em primeira instância (VIEIRA, 1981). Apelando da sentença, o caso subiu para o Superior Tribunal de Justiça, que decidiu em favor dos acusados. Em razão dessa decisão, o tribunal foi dissolvido em abril de 1893. Dois dias depois, o Governador constituiu o Tribunal da Relação, nomeando novos desembargadores.

A chamada Revolução Federalista, iniciada no Rio Grande do Sul, ganhou contornos em Santa Catarina com as tentativas de deposição do poder institucional, que se deram sobretudo a partir de junho de 1893. Em 31 de julho do mesmo ano, o Palácio do Governo foi atacado e ocupado pelos republicanos, que passaram a exercer o poder. Em setembro, na capital do país, a marinha se rebelou novamente, mas dessa vez fracassou, não conseguindo destituir Floriano Peixoto. Com o poder reestabelecido, o Presidente da República, conhecido como “Marechal de Ferro”, enviou cerca de quinhentos praças do Batalhão de Infantaria para Santa Catarina com a missão de reprimir os “republicanos” e retomar o poder, o que de fato aconteceu. Em abril de 1894, o Coronel Antônio Moreira César, líder das tropas, foi nomeado para o governo estadual, dando início a uma repressão política sangrenta, que levou ao fuzilamento de seus opositores, inclusive membros do Judiciário. Segundo Vieira (1981), Hercílio Luz buscou se resguardar para escapar da perseguição política, tendo em vista a vitória do governo florianista. Mas logo que os conflitos cessaram, ele foi eleito já em 1894 para governador. Sob sua gestão, uma nova Constituição Estadual foi promulgada em janeiro de 1895, a qual reestabeleceu o Superior Tribunal de Justiça, reintegrando alguns desembargadores anteriores (VIEIRA, 1981).

A grande instabilidade política e jurídica que vigorou durante a década de 90 (do século XIX) em Santa Catarina, pode ser explicativa da mora do Estado em organizar um Código Judiciário, ao menos durante os primeiros anos do novo regime. Por outro lado, a Constituição da República de 1891 não era clara quanto às competências legislativas estatais. Apesar do diploma constitucional ter consagrado o sistema republicano federativo, buscou restringir a autonomia dos Estados, permitindo a

centralização do poder na União (SABADELL, 2006). Assim a Constituição estabelecia expressamente as atribuições privativas do Congresso Nacional, dentre elas a de legislar sobre o direito material civil, comercial e criminal e sobre o direito processual no âmbito da justiça federal¹⁰⁰, mas pouco falava das atribuições estaduais. Por exclusão, poderia se interpretar que os Estados tinham competência para definir seus próprios sistemas processuais, desde que respeitados os princípios estabelecidos constitucionalmente. Para Sabadell (2006, s.p., grifos da autora), “el constituyente estableció la regla de los denominados *“poderes remanescientes”*, especificando que los Estados podrían ejercer todas las competencias que no fuesen prohibidas por la Constitución (art. 65, línea 2)”.

As interpretações relativas às competências legislativas estaduais, entretanto, não eram unânimes. Pelo relato feito pelo deputado catarinense Ivo d’Aquino no Parecer da Comissão Especial a qual revisou o primeiro Código Judiciário do Estado de Santa Catarina (1925), alguns juristas defendiam a unidade processual, em razão da uniformidade da jurisprudência e da facilidade que essa traria à atividade profissional do advogado. Esse, no entanto, não era o posicionamento da comissão, segundo a qual,

Em contrario á unidade de processo, ergue-se a razão de que é impossível legislar com cabal eficiencia, sob os mesmos moldes, para todos os Estados do Brasil, cuja disparidade de território, de vias de transporte, de população, de desenvolvimento economico e de condições phisicas e sociaes em geral – jamais lograria acomodar-se com êxito a uma só systematização (D’AQUINO, 1926, p.4).

O principal embate entre os juristas, entretanto, parecia consistir na discussão se a competência para legislar em matéria processual era ou não privativa dos Estados, tendo em vista a ausência de disposições constitucionais claras sobre a questão. Segundo d’Aquino, a comissão entendia pela exclusividade da competência estatal, mas a doutrina nacional de maior prestígio posicionava-se pela competência simultânea, com prioridade do poder central (D’AQUINO, 1926, p.6). Assim, seguindo a orientação do Código Mineiro, o qual

¹⁰⁰ Na redação do dispositivo constitucional: “Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 23º) egislar [sic] sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal” (BRASIL, 1891).

incluiu toda a materia processual, mesmo o que a União com direito, ou sem elle, tem regulado, limitando-se quanto a esta, a reproduzir, com rigorosa exactidão, o que a respeito já se encontra estatuido nas leis federaes. O Codigo de Santa Catarina, sem adoptar esse rigor, roteou-se pelos mesmos principios (D'AQUINO, 1926, p.7).

A falta de consenso quanto aos limites da competência legislativa estatal pode, portanto, ser outro fator que levou a mora do Estado de Santa Catarina, assim como de outros entes federativos, em constituir um código judiciário próprio. Nesse sentido, Santa Catarina não parece ter sido uma exceção: dos vinte e um Estados que compunham a Federação, só o Rio Grande do Sul elaborou um código de processo penal no final do século XIX¹⁰¹, outros três legislaram sobre a matéria entre 1910 e 1914, e os demais só elaboraram suas leis e códigos processuais entre 1918 e 1926 (SABADELL, 2006). Para Sabadell (2006), isso evidencia a ausência de um grande interesse por parte dos Estados em legislar sobre a matéria. No caso de Santa Catarina, D'Aquino sugeriu que a ausência de um código era conveniente ao poder legislativo estadual, o qual era responsável pelo “amontoado desharmonico de leis esparsas, contradictorias e extravagantes que todos os annos o Congresso votava ao sabor, muitas vezes, das emergências e, não raro, de interesses pessoais ” (D'AQUINO, 1926, p.3).

O Estado de Santa Catarina não chegou a constituir um código de processo próprio, optando inicialmente por manter a aplicação do Código de Processo Criminal do Império, estabelecendo algumas normas complementares (D'AQUINO, 1926). E, a partir de 1925, passou a compreender o direito processual como parte integrante do Código Judiciário que passaria a entrar em vigor. Essa orientação se manteve no Código Judiciário de 1928, bem como na vigência do Decreto 157 de 1931, que também fora chamado de código, apesar de reformar apenas alguns dispositivos do diploma anterior. Assim, em um pouco mais de cinco anos, o Estado teve pelo menos dois códigos de organização judiciária distintos, o que pode ter acarretado em modificações significativas no âmbito processual. Não há, contudo, pesquisas que tenham buscado analisar comparativamente essas legislações, tampouco existem estudos que tenham se debruçado sobre o processo de elaboração da organização

¹⁰¹ A elaboração do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul também foi iniciada com uma lei de organização judiciária, a qual previa a complementação por meio de legislação processual (FLORES, NODARI, 2019). Para além do pioneirismo, Flores e Nodari (2019) apontaram que o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul era repleto de particularidades em relação a outros diplomas processuais, inclusive àqueles elaborados posteriormente por outros entes federativos.

judiciária catarinense ou sobre a matéria processual-penal aplicada no Estado durante o período. Tendo em vista que o objeto dessa pesquisa é outro, nos ateremos a descrição de alguns institutos processuais adotados pelos códigos judiciários de 1928 e de 1931, visto que os processos de aborto que serão analisados tramitaram durante a década de 30 e, portanto, na vigência desses diplomas legislativos, conforme explicaremos no item a seguir.

4.1.2 A permanência do Código Judiciário de 1928 em matéria processual durante a década de 1930

A ausência de pesquisas sobre os códigos judiciários catarinenses nos levou a uma breve investigação sobre esses diplomas legislativos, através da qual conseguimos levantar alguns indícios que indicam que, durante a década de 30, em matéria processual (mas não só), os magistrados catarinenses continuavam a aplicar o Código Judiciário de 1928, cujo livro dois se manteve em vigor. Isso porque, aparentemente, o segundo volume do Código Judiciário de 1931 nunca chegou a ser publicado ou sequer existiu.

Procuramos esse diploma legal nos acervos das bibliotecas da Universidade Federal de Santa Catarina, do Tribunal de Justiça, da Assembleia Legislativa do Estado, do Arquivo Público Catarinense, da Universidade de São Paulo, do Senado Federal, bem como no Museu do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e na Biblioteca Osni Régis e não encontramos em nenhum deles o Código Judiciário de 1931 “completo”. Ademais, apenas a biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina e o Arquivo Público estadual possuem o livro um, relativo a organização judiciária. Em oposição, todas as bibliotecas consultadas possuíam o Código de 1928 e, em algumas, também foi encontrado o de 1925. Isso nos levou a pensar no porquê o diploma de 1931, o qual em tese havia vigorado por mais tempo do que os anteriores, era o único código judiciário do Estado que faltava em praticamente todas as bibliotecas. Resolvemos, então, partir para a Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional, em busca de respostas e, em uma rápida pesquisa em alguns dos principais jornais do Estado, finalmente encontramos indícios capazes de responder nossas questões.

No dia 20 de setembro de 1931, o jornal “Republica”, publicado na capital do Estado, veiculava o Decreto 157 de 19 de setembro de 1931.

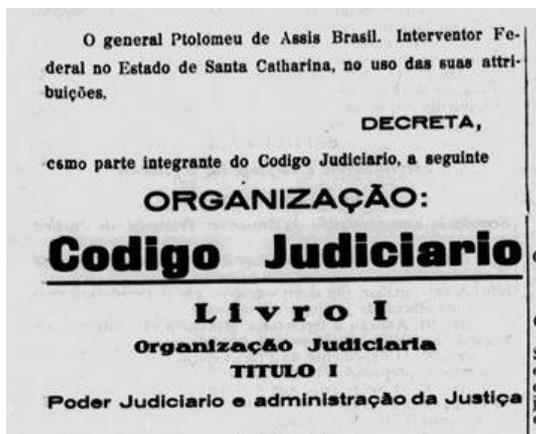


Figura 1: Decreto 157 de 19 de setembro de 1931
Fonte: República (20 de set. de 1931, p.5).

Na matéria não há qualquer menção a um “novo código judiciário”, contendo apenas a reprodução do conteúdo da lei. Diferentemente da capa do livro que contém a legislação impressa, no qual se estampa o título “Código Judiciário do Estado de Santa Catharina”, levando o leitor a crer que se trata de um novo código que suprime o anterior, a reprodução pura e simples do decreto feita pelo jornal evidencia pretensões legislativas mais modestas. Nesse sentido, se estava a decretar uma série de dispositivos de organização judiciária “como parte integrante do Código Judiciário” (REPUBLICA, 1931, p.5). Quanto à possível existência de um livro dois, que buscasse alterar o direito processual aplicado no Estado, não encontramos publicações no referido periódico que buscassem veicular o seu conteúdo, tampouco qualquer referência à sua decretação.

Em 27 de outubro de 1931, uma manchete do mesmo jornal, intitulada “O primeiro ano do governo revolucionário em Santa Catarina”, evidenciava o caráter reformista do Decreto 157. Dentre os feitos atribuídos ao general Ptolomeu de Assis Brasil estava a reforma do Código Judiciário de 1928, a qual, segundo a notícia, assegurou “maior independência á [sic] magistratura” (REPUBLICA, 1931).

Cerca de uma semana depois, um novo decreto fora publicado, com o objetivo de adaptar o Código Judiciário ao dos Interventores, sanar alguns erros apresentados pelo Decreto 157 e harmonizar o direito processual com a lei de organização judiciária.

Novamente, a legislação se referia ao Decreto 157 como norma distinta do Código Judiciário.

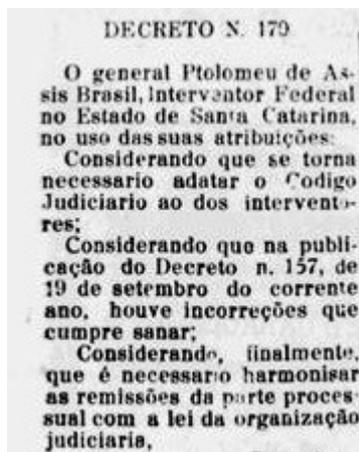


Figura 2: Decreto 179
 Fonte: República (07 de nov. de 1931, p.5).

O “Código dos Interventores” foi o nome dado ao Decreto 20.348 de 29 de agosto de 1931, através do qual o Governo Provisório de Getúlio Vargas procurou exercer seu controle sobre os interventores federais. Com o golpe de 1930, os governadores estaduais foram depostos, sendo nomeados como chefes do Executivo interventores escolhidos pelo poder central. A maioria dos estados passou a ser governada por tenentes indicados por Osvaldo de Aranha e por Juarez Távora. Em Santa Catarina, conforme vimos, assumiu o general Ptolomeu de Assis Brasil.

O referido “Código dos Interventores” tinha o objetivo de disciplinar a administração dos Estados, apresentando uma série de normas relativas à organização judiciária. Nesse sentido, dispunha sobre a aposentadoria dos juízes, os cargos da magistratura, o exame de autos judiciais, bem como tornava os atos dos interventores e prefeitos insusceptíveis de apreciação judicial.

Ao contextualizarmos politicamente as reportagens analisadas, parece razoável considerar que há uma grande probabilidade de que o Decreto 157 não tenha sido instituído com o objetivo de criar um novo código judiciário ao Estado e que tampouco se deu por uma mobilização da categoria que ansiava reformas relativas à carreira ou à prática judicial. Uma das características dos regimes autoritários está no exercício

de competências legislativas por parte do Executivo¹⁰², que se manifesta através da publicação recorrente de decretos. Nesse sentido, ao realizarmos a pesquisa na hemeroteca digital, não foi difícil encontrar reportagens sobre a publicação de outros decretos que alteravam dispositivos do Código Judiciário, ainda que o fizessem de forma mais pontual do aquele que fora chamado de “código”.

Em relação ao Decreto 157, os indícios que temos indicam que o general Assis Brasil, por convicção ou pressão do governo central, se viu na obrigação de adaptar a organização judiciária do Estado, a qual estava regulamentada pelo Código de 1928, tendo em vista às demandas do novo regime. Uma nota publicada pelo jornal “Republica” dez dias antes da publicação oficial do referido decreto, corrobora nossa hipótese. Nela constava que o governo federal havia enviado um telegrama aos chefes do Executivo de todos os estados, questionando as razões para a mora na aplicação do “Código dos Interventores”, o qual havia sido assinado apenas dez dias antes.



Figura 3: O Codigo dos Interventores
Fonte: República (09 de set. de 1931, p.5).

Assim, é possível que o Decreto 157 tenha sido publicado de forma a enfatizar o termo “Código Judiciário” com o intuito de corresponder às exigências do poder central. Nesse sentido, uma leitura rápida de cada um dos diplomas legais não é capaz de apontar diferenças profundas entre eles a ponto de se afirmar a existência

¹⁰² Ao pesquisar sobre o regime adotado pelo governo de Getúlio Vargas e compará-lo ao fascismo italiano, Nunes (2016) observou em ambos que a competência legislativa foi transferida para o Poder Executivo, sendo que no Brasil isso se deu através da investidura de poder pelo próprio Executivo, enquanto que na Itália foi o Legislativo que abdicou da competência delegando-a ao governo central.

de uma nova organização judiciária, dando a impressão de que o Decreto 157 mais reproduziu dispositivos já previstos anteriormente do que os alterou¹⁰³.

O fato das alterações terem sido pontuais, entretanto, não quer dizer que elas não tenham sido significativas. Uma breve análise comparativa entre as legislações indica que o principal objetivo do referido decreto era conferir maior controle do poder executivo sobre o judiciário, seguindo a orientação, portanto, do “Código dos Interventores”¹⁰⁴. Isso se manifestava, por exemplo, na extinção do Tribunal Correccional (que era administrado pelos juízes distritais) e pelo fim da admissão de juízes de direito por meio de concurso. Tanto os juízes de direito quanto os distritais, os quais eram eleitos pelos cidadãos, passaram a ser nomeados pela livre escolha do interventor, desde que essa fosse aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁵. Nesse sentido, a competência do júri também foi significativamente reduzida. Pelo artigo 192 do Código de 1928, competia ao tribunal do júri “julgar os crimes communs não expressamente attribuidos a outra jurisdição” (SANTA CATARINA, 1928). O julgamento pelo júri era, portanto, regra geral. Com o Decreto 157, sua competência foi reduzida aos crimes contra vida e de lesão corporal, de forma que a maior parte dos delitos passou a ser julgada pelos magistrados, que, conforme vimos, estavam vinculados ao Executivo.

No periódico “A Notícia” da cidade de Joinville, em um edital de convocação do júri, publicado em 11 de abril de 1932, o juiz em exercício fundamentou a convocatória no artigo 76 do Código Judiciário de 1928¹⁰⁶, ainda que o Decreto 157 dispusesse de uma norma praticamente idêntica no artigo 71¹⁰⁷. A única diferença significativa entre

¹⁰³ Nesse sentido, os dispositivos dos capítulos relativos ao Poder Judiciário, às autoridades auxiliares ao Poder Judiciário, à qualificação e revisão dos jurados, ao recurso de qualificação, serventúrios e empregados da Justiça, entre outros, são cópias integrais de artigos do Código Judiciário de 1928.

¹⁰⁴ O Decreto n. 20.348 de 1931 determinava que: “Art. 27. Logo que reorganizarem os seus tribunais judiciários, **os Estados adotarão a regra de fazerem-se todas as nomeações ou promoções para cargos da magistratura** mediante prévia e expressa aprovação do mais alto tribunal judiciário do Estado, em escrutínio secreto, salvo quando realizadas por indicação do mesmo tribunal, em lista de três nomes, no máximo” ([grifos nossos], BRASIL, 1930).

¹⁰⁵ Os cargos do Ministério Público já eram nomeados pelo Presidente do Estado durante a vigência do Código Judiciário de 1928, orientação que o Decreto 157 manteve.

¹⁰⁶ Dispunha o referido artigo: “Quando o juiz de direito tiver de convocar o Jury, convidará o promotor publico e o juiz distrital da sede da comarca e com elles procederá ao sorteio de vinte e oito jurados que têm de servir na sessão, devendo realizar-se o acto a portas abertas, no edificio que lhe é destinado” (SANTA CATARINA, 1928).

¹⁰⁷ Na redação original: “Art. 71. Quando o juiz de direito tiver de convocar o jury, convidará o promotor publico e o juiz districtal da sede da comarca e com elles procederá ao sorteio de vinte jurados que tem de servir na sessão, devendo realizar-se o acto a portas abertas, no edificio que lhe é destinado” (SANTA CATARINA, 1931).

os dispositivos estava no número de jurados a serem convocados, à medida que o decreto determinava que fossem sorteados apenas vinte e não vinte e oito jurados conforme dispunha o Código de 1928. Perceba-se que, apesar do juiz ter fundamentado o ato em um artigo do diploma de 1928, convocou apenas vinte membros para o júri, seguindo a determinação que passou a vigorar em 1931 - o que pode ser mais um indício de que o Decreto 157 não era considerado, de fato, um código, ainda que suas resoluções tenham sido acatadas.

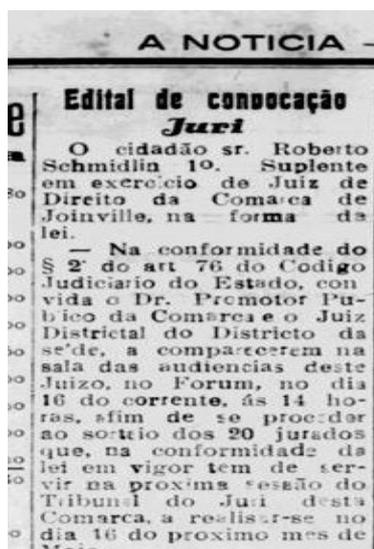


Figura 4: Edital de convocação Juri
Fonte: A Noticia (11 de abr. de 1932, p.2).

Outro comunicado oficial, publicado em outubro de 1939 em Florianópolis pelo jornal “A Gazeta”, corrobora essa hipótese. Nele a Secretaria do Interior e Justiça tratou do artigo 126 do Código Judiciário do Estado, segundo a qual dispunha sobre os requisitos para a nomeação de ajudante de serventuário. Tal norma, novamente, remetia ao Código de 1928¹⁰⁸, uma vez que o Decreto 157 regulamentava tais questões em seu artigo 107¹⁰⁹, de forma a prever iguais requisitos.

¹⁰⁸ O artigo 126 do Código Judiciário de 1928 dispunha que: “São requisitos indispensáveis á nomeação de ajudante, distribuidor, avaliador, contador e official de justiça: I – Estar no gozo [sic] dos direitos civis e políticos ou ter os requisitos para alistar-se eleitor. II – Possuir preparo sufficiente para o desempenho do cargo. III – Ter idoneidade moral” (SANTA CATARINA, 1928).

¹⁰⁹ Conforme se pode constatar pela redação do dispositivo: “ Art. 107. São requisitos indispensáveis á nomeação de ajudante, distribuidor, avaliador, contador e official de justiça: I – Estar no gozo dos direitos civis e políticos ou ter os requisitos para alistar-se eleitor. II – Possuir preparo sufficiente para o desempenho do cargo. III – Ter idoneidade moral” (SANTA CATARINA, 1931).

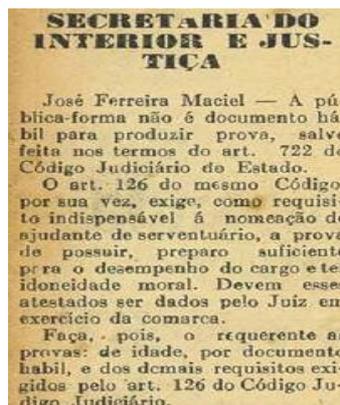


Figura 5: Secretaria do Interior e Justiça
Fonte: A Gazeta (25 de out. de 1939, p.1).

Há, ainda, outros comunicados oficiais e reportagens publicados após o Decreto 157 que fizeram referência ao diploma de 1928 como o Código Judiciário em vigor, à medida que o conteúdo dos dispositivos citados coincidia com o das normas previstas¹¹⁰. Assim, tendo em vista os fortes indícios de que o Código Judiciário de 1928 vigorou em Santa Catarina até a unificação nacional do direito processual, tendo alguns dispositivos de organização judiciária alterados pelo Decreto 157 de 1931, o qual parece nunca ter sido elevado à condição de código visto que apenas reformou o livro I mantendo os demais, discorreremos brevemente no item a seguir sobre os institutos processuais que consideramos relevantes à nossa pesquisa.

4.1.3 O processo penal em Santa Catarina (1931-1942)

Conforme vimos no item anterior, o Código Judiciário de 1928 manteve-se em vigor durante a década de 1930, ao menos no tocante aos dispositivos relativos ao direito processual, excluídos aqueles previsto no livro I. Em matéria criminal, o referido diploma legal previa que o processo teria início com a abertura do inquérito policial¹¹¹. Após o recebimento da notícia crime ou em caso de flagrante delito, a autoridade policial deveria se dirigir ao local em que ocorreu o delito, tomando as medidas

¹¹⁰ São alguns exemplos: a matéria “A madrugada sangrenta de domingo: o pedido de prisão preventiva” veiculada em 27 de junho de 1934 pelo “O Estado”, o informe do Superior Tribunal de Justiça divulgado no jornal “República” em primeiro de novembro de 1931 e o comunicado intitulado “Tribunal de Apelação: julgamentos da última sessão” publicado em 22 de outubro de 1939 na “A Gazeta”.

¹¹¹ As exceções estavam previstas no artigo 2.055: “Não cabe inquerito: I – Nas infrações penaes de fôro privilegiado, II – Nos crimes de responsabilidade. III – Nos crimes militares. IV – Nas infrações penaes commetidas por menores de 18 annos” (SANTA CATARINA, 1928, p. 351).

necessárias para a correta coleta de provas, de forma a garantir o estado de conservação das coisas. Ao tratar do inquérito policial, o Código de 1928 disciplinava a matéria tendo como referência o delito de homicídio. Assim, determinava que a autoridade policial deveria “photographar o cadaver na posição em que fôr encontrado, sempre que fôr possível; apreenderá os instrumentos do crime e quaesquer objectos encontrados; colligirá os indícios existentes” (SANTA CATARINA, 1928, art. 2.042, I), de forma a lavrar tudo nos autos. Também cabia ao policial interrogar as testemunhas e o acusado, bem como solicitar a prisão preventiva, desde que indicasse as provas e as razões para tanto.

A fase de inquérito era, portanto, essencial para a produção de provas. Nela a autoridade policial deveria proceder o corpo delito sempre que o crime fosse “de natureza dos que deixam vestigio” (SANTA CATARINA, 1928, art. 2.042, II). Para isso, deveria nomear dois profissionais peritos na matéria (ou, em sua ausência, pessoas entendidas no assunto) para realizarem o exame o mais cedo possível. Caberia à autoridade policial formular quesitos a serem respondidos pelos peritos, devendo, segundo o artigo 2.066 do Código

ter muito em consideração, não só as diversas circumstancias [sic] essenciaes ao facto, cuja existência importar diversa classificação do crime, como todas as outras que o acompanhem e possam provar a existência da infracção penal (SANTA CATARINA, 1928).

Nos crimes cometidos com violência, a autoridade policial deveria solicitar aos peritos a indicação dos meios com os quais presumiam que o ato tivesse sido praticado. Já nos de necropsia, não sendo identificado o cadáver, as características físicas deveriam ser minuciosamente descritas. Os peritos poderiam proceder com a necropsia caso considerassem que o corpo delito não havia sido suficiente. Essa também deveria ser feita nos delitos de envenenamento e quando houvesse fortes indícios de que a morte resultou de causas anteriores estranhas à conduta do acusado. Aqui é possível perceber novamente a centralidade conferida ao crime de homicídio nas normas relativas ao inquérito policial.

Feitas as diligências necessárias, caso a ação fosse pública a autoridade policial deveria despachar os autos ao respectivo juiz e, caso fosse privada, entrega-los ao requerente. O prazo normal para conclusão e remissão do inquérito era de quinze

dias, salvo quando o acusado estivesse preso, que passava a ser de cinco dias a contar da data da prisão¹¹².

O juiz, ao receber os autos do inquérito, deveria enviá-los ao Ministério Público, abrindo-lhe vistas. Em caso de ação pública, era o promotor que deveria oferecer a denúncia. Caso ele julgasse necessária a realização de outras diligências policiais, poderia requer ao juiz que o processo fosse devolvido à autoridade policial¹¹³ e, se considerasse que as provas eram insuficientes à abertura da ação, deveria solicitar ao magistrado que prosseguisse com o arquivamento do inquérito.

A maior parte dos delitos era objeto de ação pública, mas haviam exceções em que o Ministério Público não poderia propor a ação, casos em que a imposição de um processo poderia ser prejudicial aos interesses econômicos ou à honra da vítima¹¹⁴. Ainda que o delito de parto suposto estivesse entre os crimes de ação privada, o de aborto era objeto de ação pública, assim como os demais delitos contra a vida¹¹⁵.

Após o recebimento do inquérito, o Ministério Público tinha dez dias para oferecer a denúncia caso o acusado se encontrasse solto e cinco dias se estivesse detido. Caso não o fizesse e não apresentasse justificativa para tanto, o juiz lhe aplicaria uma multa e deveria proceder *ex officio*, propondo a ação por meio de uma portaria¹¹⁶.

Recebida a denúncia, o juiz deveria decidir pela sua aceitação ou não. Em caso positivo, prosseguiria com a formação de culpa, citando as partes e intimando as testemunhas para serem interrogadas. A qualificação do réu se dava no seu primeiro

¹¹² Vide artigos 2.044 e 2.045 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

¹¹³ Vide artigo 2.051 do referido Código Judiciário.

¹¹⁴ “Art. 2.096. – A denuncia compete ao Ministerio Publico em todas as infracções penaes, nos termos da legislação federal. Exceptuam-se os seguintes crimes: I – Damno [sic] em coisa de dominio particular, não tendo havido prisão em flagrante. II – Corrupção de menores, violencia carnal e rapto, salvo se a pessoa offendida fôr miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade; se da violencia carnal resultar morte, perigo de vida, ou alteração grave de saúde; se o crime fôr perpetrado com abuso de autoridade de pae, tutor, curador, preceptor ou amo. III – Adulterio e parto supposto. IV – Calumnia [sic] e injuria, salvo em se tratando de offensa a corporação que exerça autoridade publica, ou contra qualquer agente, ou depositário desta, em razão de suas funções. V – Crime do paragrapho único do art. 277 do Codigo Penal, quando praticado pelo marido contra a mulher, caso em que somente a esta cabe o direito de queixa. VI – Crime de furto, no caso do art. 335 do Codigo Penal, e observada a disposição do art. 1º paragrapho unico da lei n. 628, de 24 de outubro de 1899. VII – Crimes contra a propriedade literária, artistica, industrial e commercial, salvo os casos expressos nas leis que protegem essas propriedades” (SANTA CATARINA, 1928, p.357).

¹¹⁵ O delito de parto suposto era classificado como um crime contra a segurança do estado civil pelo Código Penal de 1890.

¹¹⁶ Vide artigo 2.108 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

comparecimento em juízo, momento em que poderia indicar suas testemunhas de defesa.

Além dos depoimentos das testemunhas, constituíam meios de prova: a confissão, o exame pericial, os documentos e os indícios¹¹⁷. Para que tivesse valor de prova, a confissão deveria ser feita perante autoridade competente, de forma livre, espontânea e expressa, e seu conteúdo deveria coincidir com o fato principal e com as circunstâncias em que ele ocorreu. Ela ainda podia ser retratável e era considerada divisível, de modo que se alguma parte contradissesse com algum fato que estivesse provado, só deveria ser aceita na parte que apresentasse coerência com as provas.

Já o exame pericial deveria ser solicitado pelo juiz na fase de formação de culpa sempre que se fizesse necessário o corpo delito ou exame de pessoa ou objeto que demandasse conhecimento técnico para a verificação do fato ou circunstâncias do crime. Enquanto que o corpo delito deveria ser feito por dois peritos, o exame pericial poderia ser realizado por um a três profissionais, a critério do juiz. No mais, as disposições do corpo delito também se aplicavam aos exames periciais, sendo que ambos deveriam ocorrer sob sigilo, não sendo admitida a assistência de pessoas estranhas.

Por fim eram considerados indícios segundo o artigo 2.169: “as circunstancias [sic], ou factos conhecidos e provados, dos quaes se induz a existencia de outro facto, ou circunstancia de que não se tem prova” (SANTA CATARINA, 1928, p.369). Para constituírem prova deveriam apresentar relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indicado e coincidirem com a prova resultante de outros indícios ou com provas diretas admitidas no processo¹¹⁸. Para a pronúncia do réu, os indícios eram considerados suficientes, mas para a condenação o fato precisava ser comprovado por meio de provas, por mais veemente que fossem os indícios¹¹⁹.

Feita a formação de culpa, se o juiz se convencesse da existência do crime e da responsabilidade do acusado, deveria decidir pela procedência da denúncia, mandando lançar o nome do réu no rol dos culpados. Caso deliberasse pela improcedência, ele deveria interpor um recurso de ofício ao Superior Tribunal de Justiça para esse confirmar ou não a decisão. A sentença que julgasse a denúncia

¹¹⁷ Vide artigo 2.148 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

¹¹⁸ Vide artigo 2.170 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

¹¹⁹ Na redação original do artigo 2.171: “Bastam indícios vehementes [sic] para a pronuncia do indiciado; nenhuma presunção, porém, por mais vehemente que seja, dará logar [sic] a imposição de pena” (SANTA CATARINA, 1928).

improcedente não fazia coisa julgada, de modo que se poderia abrir um novo processo contra o réu em caso de provas novas. Em caso de crimes de competência do tribunal do júri, a pronúncia do réu autorizava sua prisão, desde que o crime fosse inafiançável.

Em matéria criminal, o Código Judiciário de 1928 previa a possibilidade de interposição de cinco recursos distintos: apelação, protesto por novo julgamento¹²⁰, recurso em sentido estrito¹²¹, embargos¹²² e revisão¹²³. Trataremos brevemente da apelação por ser a única modalidade recursal que apareceu nos processos criminais que serão analisados no próximo item. Ademais, a apelação era o recurso por excelência, à medida que tinha como objeto qualquer sentença proferida definitivamente por um juiz de direito¹²⁴. Segundo o código de 1928, advogados, juízes e promotores podiam apelar. Via de regra geral, os recursos eram voluntários¹²⁵, mas em caso de sentenças absolutórias proferidas pelo Júri, o Promotor Público era obrigado a recorrer *ex officio*. Do mesmo modo, o magistrado deveria apelar de suas próprias sentenças salvo quando essas fossem condenatórias. O prazo para a interposição do recurso, fosse ele voluntário ou obrigatório, era de três dias contados da publicação da decisão.

A competência conferida a cada uma das autoridades judiciárias estava prevista nos dispositivos relativos à organização judiciária sendo, portanto, matéria do Decreto 157, o qual a disciplinava em seu título terceiro, “Competencia dos Tribunaes e dos Juízes. Atribuições do Ministerio Publico, dos serventuarios e empregados da Justiça”. Segundo o artigo 173 do referido decreto, o Tribunal do Júri era competente para julgar os crimes de homicídios, infanticídio, auxílio a suicídio, aborto e lesões corporais¹²⁶. O Promotor Público era quem deveria dar prosseguimento à ação penal, devendo promover os processos criminais de ação pública, aditar queixas e libelos, fornecer provas para além das indicadas pelas partes e interpor recursos, ainda que

¹²⁰ Sobre esse recurso, ver artigo 2.549 e seguintes do referido Código Judiciário.

¹²¹ Sobre esse recurso, ver artigo 2.507 do referido Código Judiciário.

¹²² Sobre esse recurso, ver artigo 2.554 e seguintes do referido Código Judiciário.

¹²³ Sobre esse recurso, ver capítulo VI, Livro XIV, do referido Código Judiciário.

¹²⁴ Vide artigo 2.528 do referido Código Judiciário.

¹²⁵ Vide artigo 2.502 do Código Judiciário de Santa Catarina de 1928.

¹²⁶ Na redação original do artigo: “Ao tribunal do Jury compete: Julgar os crimes previstos nos seguintes artigos do Codigo Penal: I Homicidio (arts. 294, paragraphos 1 e 2; 295, paragraphos 1 e 2, e 297). II Infanticidio (art. 298). III Induzimento ou auxilio a suicidio (art.299). IV Aborto (art. 300 a 302). V Lesões Corporaes (art. 304 e seu § unico)” (SANTA CATARINA, 1931).

houvesse acusador particular¹²⁷. Também lhe incumbia requerer todas as diligências necessárias ao esclarecimento de fatos e crimes, nos processos que deveria officiar. Seu adjunto deveria substituí-lo em caso de faltas ou impedimentos temporários, sendo competente para interpor recursos das decisões proferidas nos processos em que havia interferido¹²⁸.

O Juiz de Direito, por sua vez, era responsável por proceder os exames periciais, formar a culpa e pronunciar ou não o réu em crimes de competência do Júri. Ele tinha competência para processar e julgar os crimes comuns que não fossem atribuídos expressamente a outra jurisdição, bem como para presidir o Tribunal do Júri. Também tinha o poder de suspender a execução da pena e conceder livramento condicional, nos termos da legislação federal.

O Decreto 157 não fazia menções às autoridades policiais, mas conferia algumas de suas competências ao Juiz Distrital, como a de proceder o auto de flagrante e o corpo delito e prender culpados pronunciados ou não. O Juiz Distrital era um magistrado não bacharelado, considerado “cidadão idôneo”, o qual possuía algumas competências do Juiz de Direito, mas não detinha o poder de sentenciar. Por fim, o Oficial de Justiça era quem deveria executar as ordens do juiz, fazendo citações e prisões¹²⁹.

Feito esse breve panorama acerca dos procedimentos que compunham o processo penal em Santa Catarina durante a década de 1930, passaremos a análise dos autos criminais de aborto.

4.2 AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO NOS PROCESSOS DE ABORTO

Para a realização dessa pesquisa, fizemos um requerimento ao Museu do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, solicitando a disponibilização de todos os processos que envolvessem o delito de aborto que tivessem tramitado no Estado entre os anos de 1890 e 1940. Foram disponibilizados sete autos criminais, sendo que um deles foi descartado de nossa análise por estar fora do marco temporal a que nos propomos (e, conseqüentemente, ter tramitado na vigência do Código Penal de 1940)

¹²⁷ “Art. 178. Ao promotor publico incumbe: [...] III Promover os processos criminaes de acção publica, ainda mesmo havendo acusador particular, additar a queixa e o libello, fornecer outras provas além das indicadas pelas partes e interpor recursos” (SANTA CATARINA, 1931).

¹²⁸ Vide artigo 180 do Decreto 157 de 1931.

¹²⁹ Vide artigo 208 do Decreto 157 de 1931.

e porque discutia, sobretudo, o delito de prática ilegal da medicina – fugindo, portanto, do tema central dessa pesquisa. Os outros seis tratavam do delito de aborto, seja ele praticado pela própria gestante ou por terceiro, ainda que em alguns o tipo penal não tenha sido mencionado na acusação. Nesses casos, as práticas abortivas foram relatadas durante o inquérito policial, mas ao longo do processo perderam o foco para delitos conexos como de defloramento e sepultamento ilegal de cadáver. Metade dos autos versa especificamente sobre o delito de autoaborto, sendo que em um deles há outros réus que foram acusados de terem fornecido substâncias abortivas à gestante.

Tendo em vista que nossa pesquisa abrange um período temporal de cinquenta anos, o número de processos encontrados no acervo do Tribunal pode ser considerado baixo. Não encontramos relatos sobre incêndios ou acidentes que possam ter comprometido o volume documental do Museu Judiciário. Entretanto, a capa dos processos nos revela que eles foram enviados ao acervo apenas no final dos anos noventa (do século XX). Considerando que o Museu só foi criado em 1991, é possível que vários autos criminais tenham se perdido sob administração das comarcas, sobretudo os mais antigos. Dentre os seis autos encontrados, cinco tramitaram na década de 1930. A exceção é um inquérito policial de 1906 da comarca de São Francisco do Sul. Trata-se de um documento incompleto e de difícil leitura, no qual não há registros de arquivamento, tampouco que ele tenha chegado a se transformar em processo.

Diante dos relatos de que alguns dos casos que chegaram à Justiça também foram levados à imprensa¹³⁰, realizamos uma breve busca no jornal “O Estado”, publicado em Florianópolis, nas edições de 1915 a 1932, disponíveis na Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional. Nelas não foram encontradas matérias ou notas sobre crimes de aborto que tenham sido realizados em Santa Catarina. Isso não significa que as práticas abortivas não fossem condenadas pela imprensa. Nesse sentido, nas edições publicadas a partir do começo da década de 30, há notícias relatando a “crise” causada pela epidemia de abortos na Alemanha e a chegada do “Reinado de Malthus”, o “matagente [sic]” (O ESTADO, 1932), na Europa “em virtude do volume enorme do proletário intelectual” (O ESTADO, 1932). Uma delas chega a afirmar que no Brasil o aborto provocado não era um problema social, porque “alicerçadas por um profundo sentimento catholico, a família brasileira ainda vê o filho como um presente

¹³⁰ Em suas pesquisas, tanto Vazquez (2014) quanto Pedro (2003) relataram casos em que os processos de aborto e de infanticídio foram publicizados na imprensa.

do céu. E quantos venham, tantos são recebidos com uma alegria extraordinária” (O ESTADO, 1932). Em uma nota publicada em 1929, foi anunciada, ainda que de forma bastante tímida, a autorização proferida pelo Papa para excomungar os “provocadores de aborto” (O ESTADO, 1929).

A escassez de processos e de notícias sobre a prática do delito de aborto também foi percebida na pesquisa organizada por Pedro (2003) com processos judiciais antigos encontrados no Fórum Municipal de Florianópolis¹³¹. A autora concluiu que até 1950 apenas o infanticídio era focalizado pelo aparato judicial, o que ela atribuiu à dificuldade de se investigar e incriminar o aborto, de modo que “o encontro de fetos fosse transformado em processo por infanticídio” (PEDRO, 2003, p.42). Segundo Pedro (2003), nesse mesmo período teria existido na imprensa florianopolitana uma política contra as práticas infanticidas, consideradas atentatórias à civilização.

Ademais, nos volumes do jornal “O Estado”, chama atenção a quantidade de anúncios de medicamentos e de serviços médicos destinados às mulheres, com a promessa de diminuir ou evitar abortamentos espontâneos – publicados sobretudo a partir da década de 1920. Dentre eles, o “Regulador Gesteira” era anunciado com frequência no jornal, prometendo a cura de diversos incômodos que poderiam acometer o corpo feminino ao atacar a causa comum de todos eles, o “útero doente”.

¹³¹ O único processo tramitado entre 1890 e 1940 que versa sobre aborto que foi encontrado por Pedro (2003), estava disponível no Museu Judiciária Catarinense no momento de nossa pesquisa e, desse modo, também integra a nossa análise.

Que Inferno!
Utero Doente!
Que Sofrimentos Horrivéis!

Palpitações do Coração, Aperto e Agonia no Coração. Falta de Ar, Sufocações, Sensação de Aperto na Garganta, Canções, Falta de Sono, Falta de Apetite, Incomodos do Estomago, Arifotos Frequentes, Azia, Bocca Amarga, Ventosidades na Barriga, Enjões, Latejamento e Quentura na Cabeça, Peso na Cabeça, Pontadas e Dôres de Cabeça, Dôres no Peito, Dôres nas Costas, Dôres nas Cadeiras, Pontadas e Dôres no Ventre, Tonturas, Tremuras, Excitações Nervosas, Escurecimentos da Vista, Desmaios, Zumbidos nos Ouvidos, Vertigens, Ataques Nervosos, Estremecimentos, Formigamentos Subitos, Caimbras e Fraqueza das Pernas, Suores Frios ou Abundantes, Arrepios, Dormencias, Sensação de Calor em Diferentes Partes do Corpo, Vontade de Chorar sem ter Motivos, Enfraquecimento da Memoria, Moleza de Corpo, Falta de Animo para Fazer qualquer Trabalho, Frio nos Pés e nas Mãos, Manchas na Pele, Certas Coceiras, Certas Tosses, Ataques de Hemorroidas, etc. etc. Tudo isto pôde ser causado pela Inflamação do Utero !!

O Utero é assim: quando elle está Doente todos os outros Orgãos sentem tambem !
Trate-se! Trate-se!!

USE Regulador Gesteira!

REGULADOR GESTEIRA é o Remedio de Confiança para tratar Inflamação do Utero, o Catarro do Utero causado pela Inflamação, Anemia, Palidez, Amarelidão e Desarranjos Nervosos causados pelas Molestias do Utero, a Pouca Menstruação, Dôres e Colicas do Utero e Ovarios, as Hemorragias do Utero, as Menstruações Exageradas e Muito Fortes ou Muito Demoradas, as Dôres da Menstruação, as Ameaças de Aborto e as Hemorroidas causadas pelo Peso do Utero Inflamado !

Comece hoje mesmo
a usar Regulador Gesteira!

Figura 6: Regulador Gesteira
Fonte: O Estado (06 mai. 1924, s.p.)

Outro fármaco que era comumente anunciado no jornal era o “Elixir 964” que apesar de ser destinado aos homens prometia a diminuição dos abortamentos nas mulheres, os quais, segundo o anúncio, eram causados pela sífilis.

Tenha pena de sua esposa, e
de seus filhos

Tome o ELIXIR "914"

Em cada 10 nascimentos, 9 crianças nascem mortas, quando os pais são syphiliticos. Evita-se a mortandade tomando o **ELIXIR "914"**. 95 oço dos abortos provem da syphilis. O **ELIXIR "914"** evita os abortos. De cada 100 individuos com syphilis 90 estão propensos à tuberculose. O **ELIXIR "914"** é um tónico poderoso contra essa terrivel molestia. Tratar a syphilis sem injeções e sem atacar o estomago é o tratamento ideal. E isso só se consegue usando o **ELIXIR "914"**. O **ELIXIR "914"** é usado nos hospitais e receitado pelos grandes especialistas em syphilis. Não ataca o estomago, não contém iodeto. Agradavel como um licor.

2 colheres de sopa por dia.

Depositarior: **Galvão & Cia**
Avenida S. João n. 145 S. Paulo

Figura 7: Elixir 914
Fonte: O Estado (16 out. 1923, s.p.)

Esse tipo de anúncio também pode ser um indicativo de que as práticas abortivas eram bastante comuns, mas que se mantinham veladas, à medida que eram facilmente mascaradas enquanto fenômenos naturais ou como consequências de doenças.

De fato, conforme já assinalamos, o interesse da comunidade médica pelo tema era bastante expressivo e a recorrência dos anúncios nos jornais a partir da década de 1920 pode ser explicada pelo fortalecimento da categoria no Estado durante esse período, com a criação, por exemplo, da Sociedade de Medicina de Florianópolis em 1919. É também nesse período que a medicina legal foi institucionalizada em Santa Catarina, com a criação do “Serviço Médico-Legal da Polícia” e do “Gabinete de Identificação e Estatística Criminal”. A existência de um órgão público direcionado para a realização e análise de perícias também pode ter sido um fator determinante para que a grande parte dos autos criminais encontrados em nossa pesquisa seja do final da primeira metade do século XX.

Os casos a serem trabalhados narram histórias distintas, permeadas por dramas familiares particulares. Apesar da singularidade de cada auto criminal, podemos perceber que alguns temas e padrões se repetem¹³². Os inquiritos geralmente eram

¹³² Ao final desse trabalho há uma tabela indicando alguns dados relativos aos processos, de modo a facilitar a visualização das similitudes entre eles no que diz respeito ao perfil das mulheres que abortaram, aos delitos indicados, ao desfecho processual e à participação médica.

alimentados por fofocas e indicavam um grande interesse da vizinhança em participar dos litígios e expressar suas opiniões sobre a realização ou não do crime, através de longas e, por vezes confusas, declarações. A presença de profissionais da saúde era frequente, mas não só na realização de exames periciais. A dificuldade de comprovação das práticas abortivas era um problema recorrente, constituindo-se no principal fundamento jurídico das absolvições. Cada um desses temas será abordado nos itens a seguir desse capítulo.

4.2.1 A participação de profissionais da saúde nos processos de aborto: dos exames periciais aos depoimentos

Em onze de novembro de 1936, o Major responsável pela Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública recebia uma queixa-crime apresentada por um médico da cidade de Florianópolis, Dr. César¹³³, que denunciava uma parteira do distrito de João Pessoa, conhecida por Thelma¹³⁴, pela prática de abortos. Em sua queixa escrita à mão, de caligrafia difícil, o doutor explicava que havia atendido uma paciente em estado de abortamento incompleto, provocado por “faiseuses d’anjes”¹³⁵. Requeria a abertura de um inquérito para apurar os fatos e responsabilizar a parteira por vender e aplicar métodos abortivos. A queixa foi encaminhada ao Subdelegado de Polícia do Distrito de João Pessoa, situado na Comarca de São José, onde prosseguiu a abertura do inquérito. Ainda que a polícia apenas soubesse o primeiro nome de Thelma, não tardou em encontrá-la, o que indica que provavelmente a parteira era conhecida na região.

Thelma tinha quarenta e um anos, era casada e, ao ser interrogada, declarou que exercia a profissão de doméstica. Admitiu, entretanto, que “dava consultas específicas e receitava remédios homeopáticos às pessoas que lhe vem pedir” (1936), mas que “quando se trata de pessoa isto é de mulheres grávidas sempre tem aconselhado que procurem um médico ou parteiras diplomadas” (1936). Ainda negou exercer a profissão de parteira e afirmou que

¹³³ César é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciantes, vítimas e testemunhas.

¹³⁴ Thelma é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciantes, vítimas e testemunhas..

¹³⁵ Expressão francesa que significa “fazedor de anjos”.

tampouco receitou nenhuma espécie de remédios para provocar abortos estando com a consciência tranquila sobre o que assim disse [ilegível] a disposição da Justiça para ser arguida em qualquer ocasião que for necessária (1936).

Não tendo mais informações para prosseguir com o inquérito, o Subdelegado devolveu os autos ao Major, que lhe mandou intimar o médico para prestar novas declarações. Intimado, o doutor não compareceu. Assim o Subdelegado solicitou, “mui pollidamente [sic]” (1936), ao Secretário da Segurança Pública que ele tomasse providências para que o médico prestasse “suas declarações e esclarecimentos com maior amplitude e clareza, nomeando nomes das victimas, e se possível, as suas residências” (1936), visto que em razão da “falta de elementos ou provas comprobatórias na queixa do senhor C.C.¹³⁶, que pudessem orientar esta autoridade no prosseguimento do inquérito” (1936), o subdelegado não conseguiria cumprir com suas obrigações.

Novamente intimado, dessa vez por uma das maiores autoridades do Estado, o doutor prestou suas declarações em cartório, informando que não conhecia nem de vista a acusada, que atendeu a vítima “em estado de aborto incompleto [...] com esse comum cotejo de sintomas e manifestações graves que, de regra acompanha essa pratica criminosa e mais criminosa ainda quando praticada por intrujões” (1936). Que essa lhe contou que a acusada tinha lhe provocado um aborto, se utilizando para isso de vários meios, entre eles “beberagens”.

Indignado por ter sido intimado pela polícia, o médico prosseguiu, alegando que não cabia a ele

apurar e sindicar dos nomes daquelas outras vitimas da intrujisse criminosa – porque não sou autoridade policial, nem tenho no meu serviço, alí, qualquer secção de informações – cabendo-me sómente levar o fáto criminoso [...] ao conhecimento do senhor Secretário da Segurança Pública [...] razão porque me surpreende a infantilidade do Sub-Delegado de Polícia, que reclama porque, na minha denuncia – referente ao caso presente – não citava eu os nomes das outras mulheres vitimas ou de outras faisesus d’anjes; que o que eu visava era a apreciação do caso denunciado – sómente com esse se devia preocupar o Sub-delegado e não procurar subterfúgios; que, trata-se de um crime previsto no Codigo Penal – Feita a denuncia, á autoridade policial é que cabe apura-la (1936).

¹³⁶ Na transcrição dos originais, os nomes dos acusados, denunciantes, vítimas e testemunhas foram suprimidos às suas iniciais, de modo a preservá-los em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina.

O depoimento do médico evidencia o que Antunes chamou de “socialização da medicina”¹³⁷, enquanto a reivindicação de um espaço de reafirmação de competência e poder por parte da categoria, configurando-se em uma “instância de projeção da autoridade médica perante a sociedade” (1999, p. 35). Assim, o autor da queixa exigia que providências fossem tomadas, à medida que reforçava a delimitação de competências da medicina, se utilizando, inclusive, de linguagem técnico-jurídica para fundamentar seu requerimento:

todo mundo sabe que, em geral, as proprias vitimas ocultam o nome daquelas a que recorreram – mesmo porque o Codigo incrimina tanto uma – a vitima, como a outra, a autora; que é crime de ação pública, cuja ação cabe tão sómente á autoridade policial; o que o Sub-delegado de polícia, no seu informe parece ignorar [...] que, o senhor Sub-delegado, si assim o entender, compareça a Maternidade, que lá procure saber o nome etc., da vitima; que ouça alí, outras pessôas – esse e seu dever precipuo, como o foi o meu de atender, curar a vitimia e denunciar a criminosa (1936).

Ademais, os depoimentos do médico demonstram a reprovação à atuação das parteiras, chamadas de “intrujices criminosas”. Apesar do doutor ter conhecimento de que a lei incriminava tanto a mulher que consentisse com as práticas abortivas quanto o terceiro que as ministrasse, referia-se às gestantes enquanto vítimas. Perceba-se, nesse sentido, que o médico não acusou sua paciente pela prática de autoaborto, bem como se negou a informar seu nome, respeitando, assim, o sigilo médico.

Apesar do longo sermão dado ao Subdelegado de Polícia, os autos acabaram sendo arquivados. A autoridade policial mandou intimar a diretora da Maternidade onde o médico trabalhava, a qual forneceu informações sobre a vítima – uma mulher branca, solteira, de vinte quatro anos. Mais uma vez, faltava ao Subdelegado informações sobre a residência da paciente. Por esse motivo, o policial remeteu os autos ao magistrado, para que esse procedesse com o arquivamento. O promotor, entretanto, insistiu que fossem feitas novas diligências.

A insistência na investigação do caso pelas autoridades judiciais precisa ser interpretada dentro das particularidades desse inquérito. Para além das duras críticas feitas pelo médico aos aparatos policiais, cumpre destacar que a queixa crime não foi

¹³⁷ Segundo o autor (ANTUNES, 1999), o termo é mais adequado do que “medicalização da sociedade”, pois enfoca nas transformações ocorridas na medicina, a qual “passava a submeter-se às demandas conjunturais da coletividade, repercutindo, em especial, a dimensão moral da vida social” (1999, p. 275).

apresentada por qualquer médico da cidade, mas por um dos doutores mais prestigiados do Estado, o qual anos antes tinha sido nomeado como o primeiro diretor do Gabinete de Identificação e Estatística Criminal de Santa Catarina e, anos mais tarde, se tornaria o dirigente da Maternidade onde trabalhava, a qual inclusive veio a ganhar o seu nome. Ademais, de todos os autos analisados, esse foi o único que passou pelas mãos do Secretário de Segurança do Estado. De todo modo, a referida vítima das manobras abortivas supostamente praticadas por Thelma, foi procurada por cerca de quatro meses e nunca foi encontrada, o que levou o promotor requerer o arquivamento do inquérito em meados de 1937.

O fato do médico se referir como vítimas às mulheres que procuravam parteiras não diplomadas para a prática de manobras abortivas corrobora o argumento sustentado por Vazquez (2014), de que durante o século XX teria surgido a imagem do médico protetor e salvador das mulheres, as quais, sem o cuidado dos doutores, não seriam capazes de suportar a dor da maternidade, podendo até desejarem a própria morte e a de seus filhos. Assim, desorientadas, as mulheres recorreriam ao autoaborto e acabariam vítimas de aborteiras.

Em sua pesquisa, Marinete Silva (2012) sustentou que as dificuldades encontradas para o estabelecimento da Ginecologia enquanto um ramo da Medicina fizeram com que os médicos buscassem amparo estatal, reivindicando o monopólio das atividades da profissão. Para isso, teriam se aliado ao discurso moral cristão, que até então condenava as intervenções médicas na vida privada da mulher, ao justificarem cientificamente e fortalecerem os dogmas morais. Teria se iniciado, assim, a luta política dos médicos contra as parteiras, pela exclusividade dos atos ligados à reprodução, acusando-as de aborteiras e ignorantes, buscando desacreditá-las perante a sociedade.

Conforme vimos no primeiro capítulo (vide item 2.2), o Código Penal de 1890 atendeu às demandas médicas, de modo a prever, em seu artigo 156, o delito de prática ilegal da medicina entre os crimes contra a saúde pública. A proibição do exercício da medicina por pessoas não licenciadas parecia se constituir em um fato conhecido pela população ou ao menos entre as parteiras. No depoimento de Thelma, percebe-se sua preocupação em esclarecer que não atendia mulheres grávidas e que buscava orientá-las a procurarem um médico ou uma parteira habilitada. Por outro lado, ela admitiu que receitava homeopantias – o que conforme se pode observar no dispositivo legal já citado, também era considerado um delito. Apesar de suas

declarações, o Subdelegado não deu importância a esse fato, à medida que não tomou qualquer providência para investigá-lo. Nesse sentido, o crime de exercício ilegal da medicina parecia estar direcionado às parteiras não diplomadas, visto que outras práticas que objetivavam a cura e a administração de substâncias para esse fim não pareciam ser socialmente reprovadas.

A desaprovação dos médicos também se mostrou restrita à atuação das parteiras sem formação acadêmica, à medida que as mulheres diplomadas pareciam gozar de credibilidade social, atuando junto aos doutores, inclusive perante os aparatos judiciais. Nesse sentido, em Rio do Sul, nos autos contra Eliza¹³⁸, duas parteiras foram chamadas a depor como testemunhas. Uma delas tinha vinte e cinco anos, era diplomada e declarou que:

Foi visitada varias veses [sic] por E.V. para aplicar-lhe injeções [sic] de “Iodobisman” que o medico daqui da vila havia lhe receitado como depurativo e fortificante; que, entretanto a consulente E. nunca pedio [sic] que a examinasse e ela depoente que de nada suspeitava também não a interpelou acerca si estava ou não grávida (1940).

Iodobisman era um medicamento a base de iodo e bismuto que visava a cura da sífilis. Foi inventado por Baeta Vianna, um dos precursores da bioquímica no país, através de seus estudos na Universidade de Minas Gerais¹³⁹. A medicação parece ter se popularizado em razão dos seus resultados positivos, chegando a ser recomendada pela revista “Archivos rio-grandenses de medicina” em 1936. Vinha em uma caixa com seis ampolas que deveriam ser aplicadas no paciente.

¹³⁸ Eliza é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciadores, vítimas e testemunhas.

¹³⁹ Atualmente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).



Figura 8: Iodobisman

Fonte: César Casa de Leilões (<http://www.cesarpapini.com.br/peca.asp?ID=1232766>)

O relato da testemunha demonstra que a atuação das parteiras ia além da parturição, à medida que também eram procuradas por mulheres que não estavam em estado de gestação, como no caso de Eliza, que consultou uma parteira para essa lhe aplicar ampolas contra sífilis. Também é interessante notar as diferentes relações estabelecidas com os médicos e as parteiras. Enquanto o médico havia receitado as injeções, a parteira era procurada para aplica-las.

Já a outra parteira chamada a depor nesse mesmo processo criminal não possuía diplomação, mas era habilitada para atuar na Alemanha. Diferentemente da primeira, ao ser perguntada sobre sua profissão, respondeu que era doméstica:

compareceu dona A.P., casada, domestica, nacionalidade alemã, 58 anos de idade [...] disse: Que ela depoente, como é parteira pratica, da Alemanha, conforme atestados que pode exhibir, e, dada a falta de parteiras no interior é ela depoente constantemente chamada a auxiliar senhoras em ocasião de partos o que ela faz geralmente a título gratuito pois não possui [sic] diploma brasileiro (1940).

Podemos observar pelo relato de dona Amélie¹⁴⁰ que ela buscou justificar sua atuação como “auxiliar” de partos, transparecendo uma preocupação em demonstrar que atuava dentro da legalidade, afirmando inclusive que trabalhava a título gratuito. Seu depoimento também indica a escassez de profissionais de saúde no interior do

¹⁴⁰ Amélie é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciadores, vítimas e testemunhas.

Estado e que as gestantes e suas famílias recorriam mais às parteiras do que aos médicos no momento da parturição.

Já no processo promovido contra Neide¹⁴¹, acusada de realizar autoaborto, é curioso notar que o médico envolvido no caso não foi indiciado, sequer chamado a depor enquanto testemunha. Na denúncia o promotor narrou os fatos da seguinte forma:

A denunciada [...] estando em estado de gestação, voluntariamente provocou o abôrto, empregando para isto remédios e intervindo diretamente com emprêgo de meios mecânicos, ocorrendo a expulsão do feto, já sem vida, por intermédio de intervenção médica, realizada por profissional, quando a denunciada sofria as graves consequências de seu procedimento criminoso (1940).

Apesar de não existirem provas nos autos que indicassem que a morte do feto tinha se dado antes da atuação médica, o promotor criou uma narrativa de forma a afastar qualquer possível responsabilidade do profissional, alegando que esse havia atuado apenas para conter as consequências de um aborto malsucedido. De fato, a queixa apresentada apenas acusava Neide, mas por se tratar de um crime passível de ação penal pública, nada impediria que um inquérito fosse aberto contra o médico que atuou no caso ou que ao menos ele fosse chamado para esclarecer os fatos. Nesse sentido, é de se estranhar que as autoridades policiais tampouco procederam com o exame de corpo delito em Neide, o que poderia ter sido crucial para precisar se o abortamento sofrido pela acusada tinha sido espontâneo ou não, visto que a queixa foi apresentada dias depois da ocorrência dos fatos.

O advogado da acusada apresentou sua defesa alegando que o abortamento tinha sido necessário para salvar a vida da gestante. Para corroborar seus argumentos, o defensor se utilizou da presença da autoridade médica. Segundo ele, era “certo que houve um aborto, que se provocou mediante prescrição médica, pois para isso, lá esteve um médico e operador, como é o Dr. C. V.” (1936). A possibilidade de o aborto ter sido realizado para salvar a vida da gestante, entretanto, não adentrou à fundamentação da sentença proferida pelo magistrado, que absolveu a acusada em

¹⁴¹ Neide é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciantes, vítimas e testemunhas.

razão da ausência de provas consistentes de que o aborto havia sido dolosamente provocado.

Já em Caçador, no processo promovido contra Betânia e Gerson, em que Madalena¹⁴² figurava como vítima, outra parteira de origem alemã, Dona Hedwiges Von Gilsa¹⁴³ foi chamada para realizar, junto a um farmacêutico, o exame de defloramento, o qual inclusive ocorreu em sua residência. Nos autos não constam informações acerca da formação acadêmica de Von Gilsa, assim, não sabemos precisar se ela era diplomada ou devidamente habilitada no Brasil. De toda forma, isso demonstra que, ao menos no interior de Santa Catarina, não eram somente os médicos que possuíam autoridade para realizar exames periciais e que, provavelmente em razão da ausência dos mesmos, outros profissionais da saúde eram chamados a atuar.

De fato, dos três laudos periciais que constam nos autos analisados, apenas um foi realizado por uma mulher. No processo de Rio do Sul, em que as parteiras foram chamadas a depor, o exame de corpo delito feito na acusada foi realizado por um médico e um farmacêutico. Enquanto que nos autos da capital, promovidos contra Nara, apenas o feto foi examinado no Gabinete Médico Legal do Estado. É interessante notar, portanto, que apesar de todos os casos analisados envolverem o delito de aborto, em apenas dois inquéritos foi realizado o exame de corpo delito na mulher. Podemos perceber, portanto, que em Santa Catarina, diversamente do que Vazquez (2014) observou no interior do Paraná, o exame médico não parecia integrar uma política institucionalizada de punir as acusadas através da exposição, visto que em apenas um terço dos autos analisados a mulher que sofrera o aborto fora examinada (vide tabela em anexo).

Em sua pesquisa nos Campos Gerais, Vazquez (2014) observou que a maior parte das acusadas eram provenientes de camadas populares e identificadas como pardas. Isso somado ao fato de que todos os processos de aborto que compunham a análise da autora tinham sido arquivados, levaram Vazquez a concluir que haveria uma política de não encarceramento de mulheres baseada em uma “pedagogia do

¹⁴² Bethânia, Gerson e Madalena são nomes criados a partir das iniciais dos nomes originais, de modo a preservá-los em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciante, vítimas e testemunhas.

¹⁴³ O nome de Von Gilsa foi preservado em razão dela ter atuado como perito e, assim, não estar entre as pessoas abrangidas pelo sigilo exigido pelo Tribunal.

escândalo”, da qual fariam parte o vasculhamento e a exposição dos corpos das mulheres através da realização dos exames periciais.

O único processo em que observamos que o exame pericial teve uma finalidade semelhante à descrita por Vazquez (2014) foi aquele em que a parteira atuou como perito. Gerson teria deflorado sua cunhada Madalena, que na época dos fatos tinha entre catorze e quinze anos, engravidando-a e obrigando-a a abortar. Madalena ao ser interrogada pela polícia afirmou que após o abortamento seu cunhado continuava a procura-la e que, em razão de sua inexperiência, ela cedeu às relações sexuais, ficando novamente grávida. Ao saber do ocorrido, o pai da menor levou o caso à polícia, onde foi aberto um inquérito para apurar os fatos. Ainda que Madalena tivesse parido há pouco tempo seu segundo filho, fato que foi narrado pela própria vítima em suas declarações, ela foi submetida ao exame de defloramento, que tinha o objetivo de verificar:

si houve defloramento; Segundo qual o meio que occasionou; digo qual o meio empregado; Terceiro, si houve cópula carnal; Quarto, si houve violencia para fins libidinoso; Quinto quaes elles sejam; Sexto, qual idade presumível da paciente (1934).

Ora, se a vítima tinha acabado de ganhar uma criança, era óbvio que ela não era mais virgem e que, portanto, em algum momento de sua vida havia tido relações sexuais. Apesar da realização do exame e do reconhecimento tanto por parte do promotor quanto do juiz de que o defloramento era o único crime comprovado nos autos, Gerson foi absolvido, em razão da ausência de competência do Ministério Público para promover a ação. Nesse sentido, explicou o magistrado que:

a denuncia de fls. 2, ao narrar os factos, se refere ao defloramento, mas ao capitular os crimes não inclue o artigo 267 da CLP. Assim agiu a Promotoria Publica naquella época, naturalmente por não encontrar no processo nenhuma prova da miserabilidade da offendida. Aliás, o inquérito, requerido e pago pelo pae [sic] da mesma, deixava claro não se tratar de pessoa miserável, única hypotheze [sic] em que teria logar o procedimento official da Justiça (1934).

Como o delito de defloramento era passível de ação privada, o Ministério Público só poderia representar a ofendida sem que essa manifestasse interesse em promover a ação caso ela fosse considerada miserável. Assim, durante a fase de inquérito a vítima foi submetida ao exame ginecológico, ainda que ela, tampouco seu

representante legal, tenha apresentado formalmente interesse na abertura do processo.

Por outro lado, é difícil atribuir a realização do referido exame a uma pedagogia do escândalo promovida pelos aparatos judiciais ou pelos médicos, à medida que foi o próprio pai da vítima que levou o caso à polícia, de modo a noticiar o crime sem, contudo, apresentar queixa. Ademais, foi ele quem arcou com as custas do inquérito. Assim, é possível que o exame de defloramento fosse um recurso importante para reestabelecer a honra de Madalena, comprovando que ela fora vítima da situação.

Cerca de três anos depois da abertura do inquérito, Madalena declarou em juízo que havia se casado, tinha dois filhos, um de Gerson e outro do atual marido, reafirmando o defloramento, mas negando a realização das práticas abortivas. A complexidade do caso e a contradição de algumas narrativas tornam impossível precisar o que levou a realização do exame de defloramento ou a ausência de queixa formal. Assim como o exame pode ter sido realizado no intuito de punir a vítima pela violência sofrida, também pode ter sido um recurso para reestabelecer sua honra¹⁴⁴. Do mesmo modo, o pai de Madalena pode não ter apresentado formalmente uma queixa crime em razão de sua ignorância ou por não desejar que o marido de sua outra filha respondesse pelo delito. De toda forma, esse foi o único caso em que se pode vislumbrar a possibilidade de realização do exame pericial como forma de punição à mulher. Lembrando, contudo, que nesse processo Madalena era vítima e não a acusada pelas práticas abortivas.

Assim como Vazquez (2014), Rohden (2003), ao investigar autos criminais do Rio de Janeiro, também verificou que a maior parte das rés provinham de classes sociais baixas – o que levou a autora a concluir que, dentro do projeto higienista que se consolidava nas primeiras décadas do século XX, os médicos adentravam ao espaço privado das elites, acompanhando as famílias da burguesia, regrido e controlando seus comportamentos, enquanto que as camadas populares sofriam uma

¹⁴⁴ Em sentido semelhante observou Carneiro (2019) em sua pesquisa sobre ofensas verbais e conflitos comunitários em Minas Gerais, entre os anos 1854 e 1941. Segundo o autor, “a partir da década de 1980, alguns pesquisadores repensaram o papel da justiça nas relações sociais e na intermediação dos conflitos entre iguais. Se antes ela era vista como um instrumento de dominação da elite no intuito de impor ordem e disciplina para as classes subalternas, esses autores, com forte base documental advinda do aparato judiciário, mostraram que a justiça funcionou como um espaço público de mediação de conflitos que surgiam entre aqueles que partilhavam um acordo sobre sociais, principalmente homens pobres” (CARNEIRO, 2019, p. 315)

maior interferência do sistema jurídico-penal, através de um controle social direto exercido pela polícia.

Em nossa análise, entretanto, isso não se verifica. Conforme podemos observar, em boa parte dos casos as acusadas tinham acesso a médicos e parteiras diplomadas. Ademais as informações consoantes nos autos indicam que as mulheres que sofreram aborto eram em sua maioria brancas, sabiam ler e escrever e não eram pobres.

Por outro lado, podemos perceber uma tentativa de controle das práticas femininas por parte dos médicos. Além do caso já narrado do médico que apresentou queixa crime contra uma parteira, outro processo crime ilustra bem aquilo que Pedro e Silva (2003) chamaram de “vontade de saber”, enquanto uma tentativa por parte dos médicos de investigarem e se apropriarem do conhecimento das mulheres sobre seus corpos e práticas. No exame pericial realizado em Eliza, em um inquérito aberto na comarca de Rio do Sul, ao invés de buscarem respostas no corpo da acusada, os médicos a interrogaram, reproduzindo as perguntas que eles próprios deveriam responder. Antes da realização das perícias, a autoridade policial formulava uma série de requisitos que ela considerava essenciais para investigação do ocorrido. Os médicos, assim, deveriam seguir aquelas exigências, restringindo-se à verificação aos itens elencados. No caso do exame de Eliza, o Subdelegado determinou que os peritos deveriam responder:

PRIMEIRO, si houve a provocação do aborto; SEGUNDO, qual o meio porque essa provocação foi feita; TERCEIRO, Si esse meio era próprio para produzir o abôrto; QUARTO, Si houve ou não a expulsão do fruto da concepção; QUINTO, si o abôrto era necessario como meio de salvar a gestante de morte inevitável (1940).

Ao que eles responderam: “Ao primeiro quesito, SIM; ao segundo, COSIMENTO DE HERVAS; ao terceiro, SIM; ao quarto, SIM; ao quinto, NÃO” (1940). Parte das suas respostas, entretanto, eram baseadas em declarações da acusada. Após realizarem o toque ginecológico, por não conseguirem identificar se o aborto havia sido ou não provocado, tampouco possíveis meios que teriam levado a gestação ao fim, os médicos perguntaram à examinada se ela tinha realizado práticas abortivas. Desse modo, eles concluíram que:

5º) pelas declarações prestadas pela examinada esta ingeriu um cozimento de ervas ' com o fim de restabelecer sua menstruação' e quiça para provocar um abôrto; 6º) – O meio empregado pela paciente deveria ter sido acção energica e de natureza capaz de provocar um abôrto visto ter tido acção tão pronta e a mesma negar que tivessem sido utilizadas outras manobras abortivas (1940).

Por outro lado, as informações contidas nos autos em análise contradizem a conclusão apresentada por Pedro (2003) de que os peritos não teriam a pretensão de atestar se uma mulher havia se submetido ou não a práticas abortivas e de que essa seria a grande novidade a partir dos anos 1950, quando a pesquisadora verificou a existência de formulários impressos contendo os requisitos a serem respondidos¹⁴⁵. Inclusive, conforme vimos no capítulo anterior (vide item 3.3), já em 1898 Souza Lima escreveu seu artigo em razão da necessidade dos médicos conhecerem o debate sobre o delito de aborto tendo em vista o preenchimento dos requisitos nos pareceres apresentados em juízo. Assim, em nossa análise, fica claro que a “vontade de saber” por parte dos médicos ocorria independentemente do conteúdo das perguntas formuladas pela autoridade judicial, à medida que mesmo quando questionados acerca das práticas abortivas, os doutores iam além dos procedimentos clínicos, se interessando pelo que as acusadas tinham a dizer.

Os autos em análise, portanto, demonstram que a participação dos profissionais de saúde não se restringia à atuação médica nos exames periciais, à medida que outros profissionais, como as parteiras e os farmacêuticos, também eram chamados a contribuir com a persecução penal. Por outro lado, podemos perceber uma hierarquia entre essas carreiras, visto que os médicos, diferentemente das parteiras, não eram chamados a prestar declarações, mas apenas para atestar clinicamente a ocorrência ou não do aborto. Tampouco precisavam se afirmar enquanto profissionais habilitados ou justificar suas atuações.

Por fim, pode-se observar que os pareceres dos doutores afirmando a realização de um aborto não eram suficientes à condenação. O caso de Thelma ilustra bem essa questão. O médico que apresentou queixa crime contra a parteira afirmou que ela havia provocado um aborto ilegal em sua paciente e, apesar de insistir na sua

¹⁴⁵ Nas palavras da autora: “A presença, cada vez mais efetiva, do “conhecimento médico” atestando a existência ou não do aborto, é a grande novidade que se percebe a partir de 1950. Nos processos do início do século haveria uma “vontade saber” [...] não havia, por parte dos peritos, a pretensão de atestar se uma mulher realizara ou não um aborto. A partir de então, surgem, inclusive, formulários impressos questionando o perito sobre a possível utilização de práticas abortivas” (PEDRO, 2003, p.51-52).

responsabilização, chegando a levar o caso à Secretaria de Segurança Pública do Estado, o inquérito fora arquivado por não conseguir atender às formalidades legais tampouco indicar provas que corroborassem com o que fora alegado na queixa. Isso demonstra que os médicos, ainda que gozassem de prestígio social, não tinham poder de ingerência sobre os processos criminais.

4.2.2 Do falatório da vizinhança ao acionamento dos aparatos judiciais: a pedagogia do escândalo como concepção social de justiça

Em dezembro de 1931, chegou à Delegacia de Florianópolis a informação de que uma mulher, residente em Canavieiras, havia dado “à luz a uma criança, a qual fez desaparecer”. Não há registros de quem tenha feito a notícia crime, mas é bastante razoável pensar que tenha sido uma pessoa próxima, ao menos conhecida da ré, para saber sobre seu estado de gravidez e indicar o endereço exato de sua casa. Alguns dias depois, as autoridades policiais foram à residência de Nara¹⁴⁶, encontrando o feto enterrado junto a um mamoeiro em seu quintal. O caso foi levado à imprensa, sendo publicado no jornal “O Estado” em 28 de janeiro daquele ano:

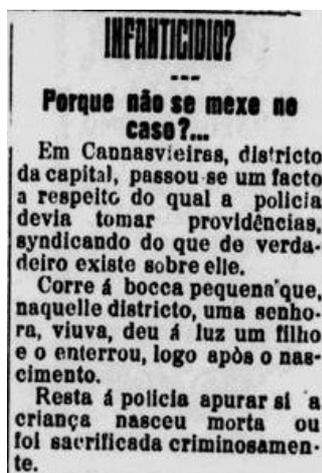


Figura 9: Infanticídio?

Fonte: O Estado (28 de jan. de 1931, s.p.).

Não foi a polícia, nem os aparatos judiciais que deram publicidade ao acontecimento, à medida que a notícia criticava justamente a falta de atuação destes

¹⁴⁶ Nara é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciadores, vítimas e testemunhas.

e buscava dar visibilidade àquilo que corria “á bocca pequena” (O ESTADO, 1931). Parece que alguém queria prejudicar Nara, levando o caso à delegacia e expondo-o no jornal.

Nara era uma mulher branca de 36 anos, viúva, que morava junto com sua irmã e vivia do sustento de seu trabalho como professora municipal – cargo que ocupava há oito anos. Aberto o inquérito, seu pai pediu sua exoneração junto à escola onde trabalhava e exigiu que a filha fosse morar com ele. A teoria de Viveiros de Castro sobre a delinquência feminina não parecia ser estranha ao pensamento comum, que via a vida pública, ainda que restrita às profissões tidas como femininas, enquanto um fator para o desvio, de modo que o confinamento da mulher ao lar seria a medida necessária a se tomar. Nesse sentido, Nara não foi a única professora denunciada à polícia. Em 1936, um homem apresentou queixa contra uma professora da rede municipal de Caçador, alegando que ela havia tomado remédios para abortar e que teria chamado um médico para tirar o feto por meio de operação. Neide era casada, tinha dezessete anos na época dos fatos e alegou que sofreu um abortamento espontâneo e que, diante das fortes dores que sofria, seu marido recorreu a um médico para socorrer-la.

O comportamento das mulheres que abortaram era sempre posto em juízo, visto que era recorrente a pergunta às testemunhas durante o inquérito policial acerca do “bom procedimento” das moças. As respostas, entretanto, raramente se resumiam a um mero “sim” ou “não”. Sobretudo quando as impressões eram negativas, os depoentes falavam da vida alheia, explicavam suas razões, que geralmente estavam carregadas de juízos morais.

Nos autos analisados, todas as mulheres que sofreram ou praticaram um aborto não viviam mais na companhia de seus pais e, com exceção de Neide, eram todas solteiras. O fato de algumas dessas mulheres trabalharem fora da vigilância masculina e garantirem seu sustento parecia gerar certa desconfiança por parte da vizinhança. No inquérito policial aberto contra Pilar, uma das testemunhas alegou que não considerava a acusada “boa” porque ela trabalhava sozinha junto a outras moças solteiras na roça. Nesse relato, fica claro que uma mulher estar sozinha não significava necessariamente estar desacompanhada, mas sim estar fora da vigilância masculina.

Nenhum dos inquéritos parece ter sido aberto através de uma operação policial. O auto de investigação contra Pilar foi promovido “constando a esta auctoridade que

no lugar Areas Pequenas deste Districto acha-se P.M.J., gravemente enferma em consequência de um aborto sofrido pela mesma provocado” (1906). Já o inquérito contra Nara foi aberto “tendo ciência esta Delegacia de que uma mulher residente no Distrito de Canasvieiras, déra á luz a uma criança, a qual fez desaparecer” (1932). A abertura dos autos contra Gerson, sua esposa Betânia e o farmacêutico Antônio, ocorreu diante da notícia crime prestada pelo pai da vítima. Já o inquérito contra a parteira Thelma e o processo promovido contra Neide foram iniciados por meio de queixa particular. Por fim, os autos criminais em que Eliza figurou como ré foram abertos “chegando ao conhecimento desta Subdelegacia de Policia constar ter a senhora E.V. provocado há cerca de tres semanas um aborto” (1940).

A polícia, assim, não parecia empenhada em caçar fetos ou aborteiras por conta própria. As vizinhanças, por outro lado, se mostravam interessadas nos casos¹⁴⁷. As pessoas pareciam estar atentas ao que acontecia nas casas ao lado das suas residências. Por vezes as fofocas chegavam às delegacias, através de queixas ou de notícias crime e a mobilização social, ainda que restrita a uma pequena comunidade, pode ter sido um fator importante para o prosseguimento dos casos. Nesse sentido, os subdelegados narravam que tiveram conhecimento de que uma mulher residente em um lugar determinado havia provocado um aborto e por essa razão mandavam abrir o inquérito. Há ainda aqueles que foram iniciados por meio de queixas privadas, todas apresentadas por homens.

Pedro (2003) ao analisar processos de infanticídio tramitados em Florianópolis na primeira metade do século XX, observou que os “próprios inquéritos policiais e, posteriormente, os processos judiciais, tornaram-se peças pedagógicas” (2003, p.46), através do que ela chamou de “publicidade punitiva” (2003, p.46), a qual seria proporcionada “pela chegada dos policiais nas casas, o desenterramento dos fetos, as fotos publicadas nos jornais, o chamamento das testemunhas” (2003, p.47). Em nossa análise, a punição pelo escândalo também se mostra presente, à medida que as acusadas são julgadas socialmente por seus vizinhos, perdem seus empregos, têm seus corpos vasculhados e sua intimidade exposta. No entanto, essa política punitiva não parecia ser promovida pelos aparatos judiciais, tampouco iniciada com a persecução jurídica dos casos. Conforme apontamos, os inquéritos analisados foram iniciados através de queixas particulares ou por meio de notícias crime e não através

¹⁴⁷ Nesse sentido, o livro do Franklin Cascaes (2015), “O fantástico na Ilha de Santa Catarina”, está repleto de fábulas sobre bruxas que são iniciadas pelos relatos das vizinhanças.

de operações policiais. Assim, nos parece que o chamamento da polícia fazia parte de uma pedagogia social do escândalo, que via na judicialização das fofocas do bairro seu o ponto ápice.

Nesse sentido, não nos parece que as testemunhas tenham sido convocadas, mas que elas próprias se interessavam em depor. A maior parte delas era composta por vizinhos da mulher que abortara, que não haviam presenciado a prática do crime, mas que ao serem perguntados sobre os fatos, contavam tudo o que sabiam baseados naquilo que tinham ouvido falar e, a partir disso, manifestavam seu veredito sobre a acusada. Alguns buscavam expressar certeza, expondo suas convicções e depondo contra a ré. Outros deixavam claro que tinham apenas ouvido falar e iam na defesa da acusada, dizendo que ela era de bom comportamento. Assim os inquéritos se constituíam em um juízo social da acusada, em que algumas testemunhas diziam que ela havia cometido o delito e outras manifestavam seu apreço pela ré.

A opinião geral da comunidade também era utilizada com frequência como argumento de autoridade pelas testemunhas, como no inquérito aberto contra Eliza, acusada de ter praticado autoaborto. Nele um vizinho da ré, declarou que

Vio á E. V. que parecia estar grávida porque havia aumentado de grossura de corpo e a vio ultimamente outra ves no seu estado normal, e **está convencido que a mesma tenha provocado aborto, sendo isto opinião de todos os visinhos e pessoas que conhecem á acusada**, pois a mesma é de comportamento leviano dada a liberdade demasiada que lhe concedem seus pais [grifos nossos](1940).

Na pesquisa realizada por Neckel, Pedro, Machado e Hawerth (2003), com base em um processo criminal no qual a acusada foi absolvida quatro vezes pelo Tribunal do Júri a despeito dos recursos impetrados pelo Promotor Público, os autores concluíram que “apesar dos esforços do poder jurídico em definir o que é crime, as pessoas comuns mantinham outras opiniões, observando-se, mais uma vez a problematização de um comportamento costumeiro” (2003, p. 106). Os autos analisados em nossa pesquisa, entretanto, revelaram o contrário. Os promotores não pareciam tão ávidos em querer criminalizar as mulheres a todo custo, até porque cabia à polícia, em primeiro momento, investigar os fatos e, posteriormente, essa competência passava ao juiz, através do sumário de culpa. Nas fontes analisadas, tampouco há recursos interpostos pelo Ministério Público. Outro fato que chama atenção nos processos é que, a despeito do teor dos depoimentos, os representantes

do Ministério Público sempre repetiam na denúncia o nome das testemunhas indicadas no inquérito, ainda que suas declarações fossem repletas de imprecisões e achismos, de modo a não contribuírem efetivamente com a acusação.

Por outro lado, tampouco nos parece que os juízes eram benevolentes com as acusadas, visto que nos casos que resultaram em absolvição, eles apresentaram argumentos jurídicos sólidos e coerentes com os fatos narrados ao longo dos processos – o que analisaremos melhor no item seguinte. Os autos analisados, conforme já assinalamos, tampouco revelaram uma obsessão dos representantes do Ministério Público em condenar as acusadas, como a que foi percebida no processo de infanticídio analisado por Neckel, Pedro, Machado e Hawerth (2003).

De fato, no inquérito policial o promotor tinha alguma ingerência, podendo solicitar a realização de diligências, conforme pudemos observar no caso de Thelma, a parteira acusada de provocar abortamentos por um médico da Maternidade de Florianópolis. Diante da indignação do médico com a atuação do subdelegado, o promotor requereu que fossem realizadas novas investigações, o que foi acatado pelo juiz, que emitiu a ordem. Mas apesar da realização de novas diligências, poucas eram as possibilidades de se obter meios de prova, o que motivou o promotor a solicitar o arquivamento dos autos.

Do mesmo modo, em Rio do Sul, no processo aberto contra Eliza, acusada pelo crime de autoaborto, a despeito do exame pericial e da oitiva das testemunhas, o promotor solicitou a absolvição da denunciada em razão da ausência de elementos de prova capazes de demonstrar a responsabilidade criminal. Trata-se de um breve parecer manuscrito, no qual ele sustentou que:

M.M. Juiz:

Faltam nestes autos, realmente, elementos que nos convençam serem os acusados responsáveis pelo crime de que trata a denúncia de fls. 2. Ademais, falha é a prova testemunhal e nenhum valor jurídico apresenta o documento de fls. 12. Face o exposto, portanto, somos pela absolvição de E.V. e A.H.V., por julgarmos, no caso em apreço, providência de merecida justiça (1940).

Os promotores, assim, de modo geral pareciam atuar conforme a legalidade, apenas oferecendo denúncia quando houvesse o número mínimo de testemunhas legais e a possibilidade de constituição de provas materiais, como os exames periciais, que exigiam a presença das mulheres que abortaram ou o acesso aos fetos. Foi nesse sentido que o promotor do caso de Thelma solicitou o arquivamento do

inquérito, bem como o representante do Ministério Público que atuou no processo contra Eliza requereu sua absolvição.

Em apenas um dos autos o promotor parecia disputar pela condenação da ré. Trata-se do processo contra Neide, a única acusada que teve um defensor nomeado, bem como foi acompanhada pelo advogado desde a abertura do Boletim de Ocorrência. Como Neide era menor na época dos fatos, o processo observou o rito previsto no Código de Menores de 1927, que determinava a nomeação obrigatória de um defensor à acusada¹⁴⁸, bem como o artigo 2.055 do Código Judiciário de 1928 que suprimia a fase do inquérito policial¹⁴⁹. Em seu interrogatório, Neide apenas afirmou que nada que constava na denúncia era verdade e que apresentaria defesa escrita na forma da lei. Após a inquirição das testemunhas, seu advogado, o Dr. Carlos Guerreiro Krüger, manifestou-se em seu favor. O parecer do Ministério Público foi apresentado logo depois. Nele, o promotor afirmava que “a defesa busca maneiras de explicar o fato” (1936), mas que esse estava provado pelos depoimentos das testemunhas, os quais deveriam ser considerados como provas suficientes, pois

demais a mais, são os taes crimes que na maioria das vezes ficam impunes, devido a dificuldade de saber-se o que se passa atraz [sic] dos bastidores de uma casa de família, mormente quando ésta casa é installada em logar quasi ermo e de pouco accesso, visto que também não éra muito conhecida a accusada ali; e o que se passa dentro de uma casa si houver [sic] discrepção [sic] proposital, só o tempo virá a revelar os dramas intimos (1936).

Essa, no entanto, foi uma exceção. Em outro processo da comarca de Caçador, no qual o Dr. Krüger também atuou, defendendo Betânia e o curandeiro Antônio de terem provocado um aborto em Madalena contra a sua vontade, o promotor concordou com os argumentos apresentados pela defesa, ainda que não manifestadamente, à medida que pediu somente a pronúncia de Gerson¹⁵⁰, réu não assistido pelo advogado.

¹⁴⁸Segundo o artigo 177 do referido código: “Ao menor será dado defensor, que o assista em represente em todos os termos do processo, quer compareça, quer seja revel” (BRASIL, 1927).

¹⁴⁹Determinava o artigo 2.055 do Código Judiciário Catarinense de 1928 “Não cabe inquérito: I – Nas infrações penaes de fôro privilegiado; II – Nos crimes de responsabilidade; III – Nos crimes militares; IV – Nas infrações penaes commettidas por menores de 18 annos” (SANTA CATARIANA, 1928, p. 351).

¹⁵⁰ Antônio, Bethânia, Gerson e Madalena são nomes fictícios criados a partir das iniciais dos nomes originais, de modo a preservá-los em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciantes, vítimas e testemunhas.

A leitura dos autos também indica uma lógica processual diversa da atual. Apesar do rito processual se assemelhar com os procedimentos previstos na legislação vigente, o direito de defesa era concebido de uma forma diversa. Os acusados não tinham assegurado o direito a serem assistidos por advogado, assim eram os próprios réus que acompanhavam a oitiva das testemunhas durante o sumário de culpa, podendo inquiri-las caso considerassem oportuno – o que em nenhum dos casos analisados ocorreu. Isso parecia amenizar a polarização entre defesa e acusação, o que talvez tenha contribuído para que os pareceres do Ministério Público fossem pouco calorosos. Assim, o fato de Neide ter sido assistida por um advogado desde seu primeiro interrogatório e que ele se mostrou atuante durante todo o sumário de culpa, inclusive fazendo perguntas às testemunhas, pode ter sido um fator que contribuiu para uma atuação mais incisiva do promotor. Nesse sentido, ainda que outros acusados tenham sido assistidos por advogados em alguma fase do processo, o defensor de Neide foi um dos únicos a fazer perguntas durante a realização do sumário. De toda forma, mesmo nesse caso, o parecer do Promotor Público não foi no sentido de desmoralizar a acusada, de forma que ele não buscou defender a condenação da ré com base na valoração de seu comportamento, mas em um fundamento jurídico, a suficiência das provas.

Por outro lado, para a comunidade da acusada o acionamento dos aparatos judiciais representava um maior “status” às opiniões do bairro, permitindo que pessoas “comuns” se sentissem relevantes à justiça. Entretanto, as testemunhas envolvidas nos casos, a despeito de suas narrativas condenatórias, não se manifestavam em prol da prisão das acusadas. Nesse sentido, no inquérito policial aberto contra Eliza, outra testemunha, afirmou que ela

era de comportamento leviano e que consta tinha relações sexuais com B.P. e M. V. além de outros [...] que ouviu contar que a mesma procurou, digo, provocou um aborto, e é o depoente convicto que ela assim tenha feito, pois que os precedentes, digo, antecedentes da acusada não são recomendáveis (1940).

Ao ser novamente chamado a depor, dessa vez em juízo, declarou que:

Comenta-se geralmente naquele lugar que E. abortou em consequência de chás de ervas que tomou e em viagem para cá, para a séde da comarca ouviu o depoente, comentarios que quem fornecera esse chá foi A.H.V., não tendo porem o depoente disso nenhuma certeza [...] QUE conhece a denunciada desde ha muito tempo e nada póde dizer contra seu comportamento a não ser este caso (1940).

Perceba-se, assim, que a testemunha ao ser intimada pelo juiz muda seu depoimento, transformando as certezas em dúvidas. A acusada que antes era narrada como alguém com antecedentes não recomendáveis, passa a ser retratada como uma moça que teve seu comportamento comentado pela primeira vez. Também no processo em que Gerson foi acusado de ter deflorado Madalena e lhe provocado um aborto, uma das testemunhas na fase de inquérito afirmou que:

passado alguns tempos elle depoente soube que aquelle tratamento não era para a senhora G.R., mas, era para M.J. que havia ido junto, e que desse tratamento resultou o aborto de uma criança, e **que isto está plenamente provado, por ter sido encontrado os ossos da mesma criança no oco de uma Imbuia** (1934, grifos nossos).

Depois, em juízo, o declarante disse que o pai da vítima procurou “ao depoente, que éra então Inspetor de quarteirão, os ossos [ilegível] de uma criança, ossos bem miudinhos, dizendo que tinha achado perto da casa de G.C., no oco de uma árvore” (1934), que ele:

disse ao depoente que tinha achado aqueles ossos quando estava procurando alguma cousa [...] que segundo disse G. aquelles ossos pertenciam a um [ilegível] da filha delle [...] que sua filha tinha sido deflorada por G.R. o qual assassionou a criança [...] que a cunhada do accusado G.R. voltou magra de Caçador, tendo o depoente supposto, ao ve-la, que aquella magressa [sic] fosse determinada pela doença (1934).

Novamente, a testemunha que tinha certeza acerca dos fatos, passa a por em dúvida suas convicções, afirmando que alguém havia encontrado os ossos de uma criança e os atribuído a uma determinada mulher que se encontrava grávida. O mesmo também ocorreu no processo contra Nara, acusada de ter provocado um aborto e sepultado ilegalmente o feto. Uma das testemunhas durante o inquérito declarou:

que sabendo que N. D. B. estava doente, e que a mesma abortou um feto, foi visita-la e que nesta visita N. confessou a depoente que sofrera um aborto, tendo enterreado o feto, sem no entanto dizer o logar; que esta confissão foi feita quando a depoente e N. estavam a sós no quarto (1934).

Oferecida e recebida a denúncia, após o juiz iniciar a oitiva das testemunhas no sumário de culpa, a mesma depoente afirmou que

A criança não foi enterrada no Cemitério [sic] do Lugar, porque a mesma foi encontrada depois enterrada no quintal da casa [sic] da acusada, que a acusada disse a esta depoente que havia enterrado a criança não tendo [illegível] que havia mais o que fazer; que também não sabe que a acusada provocou o aborto (1934).

Enquanto no inquérito a testemunha afirmou que lhe fora feita uma confissão acerca do crime de aborto, perante o juiz disse que a criança foi encontrada no quintal da acusada e que a ré havia lhe dito que tinha sido ela a enterrar. A alteração das narrativas das testemunhas, que durante o inquérito manifestavam convicção quanto a prática do delito e reprovação ao comportamento social da acusada e ao serem chamadas a depor em juízo diziam que a ré tinha boa conduta e enfatizavam o fato de que apenas ouviram dizer sobre o caso – pode ser um indicativo de que a pedagogia do escândalo, além de ter origens sociais, via no acionamento dos aparatos policiais uma punição suficiente à acusada, à medida que, diante da possibilidade de condenação jurídica, o discurso incriminador era significativamente amenizado. Talvez isso também possa explicar porque o Tribunal do Júri, no caso analisado por Neckel, Pedro, Machado e Hawerth (2003), insistia na absolvição da ré, à medida que o processo penal já havia sido suficiente à concepção social de justiça para o caso.

Nesse sentido, podemos observar que o julgamento social manifestado nos depoimentos das testemunhas não adquiria valor jurídico nos pareceres do Ministério Público, tampouco nas sentenças proferidas pelos juízes. Tanto os magistrados como os promotores pareciam atuar conforme a legalidade, apresentando fundamentos eminentemente jurídicos para suas decisões. Isso não significa que o comportamento social das acusadas não fosse relevante ao desfecho do processo, à medida que a própria lei determinava que ele fosse considerado, sobretudo na dosimetria da pena¹⁵¹. Os juízos sociais e as impressões pessoais que a comunidade da ré tinha sobre ela, entretanto, não adquiriam relevância para determinar a ocorrência ou não do fato delituoso, ou seja, não importavam à verificação da materialidade do crime e

¹⁵¹ O Código Penal de 1890 determinava em seu artigo 42 as circunstâncias atenuantes, dentre elas: “§ 9º Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade; § 10. Ter o delinquente commettido o crime em estado de embriaguez incompleta, e não procurada com meio de o animar á perpetração do crime, não sendo acostumado a commetter crimes nesse estado;” (BRASIL, 1890). Ainda, o artigo 38, § 1º, do referido diploma legal previa que “Prevalecerão as aggravantes: [...] b) quando o criminoso for avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes” (BRASIL, 1890).

tampouco eram considerados argumentos válidos para a fundamentação de decisões jurídicas.

Dos seis autos que compõem a análise, em um deles o inquérito foi arquivado, em três os réus foram absolvidos (desses, dois eram mulheres acusadas de autoaborto), um não há registros do que se passou e em apenas um deles houve condenação. A fundamentação das decisões absolutórias girava sempre em torno do mesmo argumento: a ausência de provas suficientes para comprovação de delito.

4.2.3 O problema das provas nos processos de aborto e a autonomia do direito perante o julgamento social das acusadas

De modo geral, todos os autos criminais que compõe nossa análise observaram corretamente o cumprimento do rito processual de modo que, ainda que o Código Judiciário de Santa Catarina fosse pouco citado nos despachos e decisões interlocutórias, os seus dispositivos eram respeitados. Assim, para que o inquérito fosse encaminhado ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia, deveria indicar o número mínimo de testemunhas legais, bem como a qualificação do réu e de possíveis vítimas. Ainda que os promotores dessem bastante atenção à observação dos requisitos formais, o cumprimento desses não era suficiente para ensejar condenações. Em outras palavras, mesmo que houvesse testemunhas e que suas declarações buscassem afirmar a ocorrência do crime, elas não eram consideradas suficientes para ensejar a responsabilidade criminal nas acusações de aborto criminoso. Ademais, nos seis autos analisados, observamos que foram raras as menções à doutrina penal e sempre que elas ocorreram remetiam à teoria geral, não havendo referências específicas a observações feitas ao delito de aborto.

Pelo direito processual catarinense, o crime de aborto poderia ser classificado entre aqueles que deixam vestígios, de modo que os inquéritos policiais deveriam proceder com o exame de corpo delito, segundo o que dispunha o Código Judiciário de 1928, conforme vimos no item 4.1.3 desse capítulo. Entretanto, dos seis autos criminais analisados, em apenas três há registros de realização de exames periciais. Por outro lado, todas as absolvições registradas foram motivadas pela ausência ou insuficiência de provas. Esses dados podem ser indicativos de uma falta de interesse em comprovar o delito, à medida que em metade dos autos não se buscou investigar possíveis vestígios do crime no corpo da acusada.

À exceção do inquérito aberto contra a parteira Thelma, no qual a vítima não chegou a ser citada por não ter sido encontrada, em todos os demais era possível proceder ou ao menos requerer a realização do referido exame. Por outro lado, podemos observar que sempre que o feto era encontrado, ele necessariamente era examinado – o que pode indicar que, na concepção da justiça catarinense, o sujeito passivo do delito era o produto da concepção. Assim o vestígio deixado pelo crime de aborto era o feto e, desse modo, ele deveria ser analisado sempre que possível.

As particularidades que envolvem os autos em que o exame de corpo delito fora realizado corroboram com essa hipótese. No inquérito aberto contra Gerson, o exame foi realizado em Madalena com o intuito de comprovar o defloramento (conforme vimos no item 4.2.1 desse capítulo) enquanto que o auto de achado de um esqueleto visava a comprovação das práticas de aborto e infanticídio. Nos autos promovidos contra Nara, acusada pelos delitos de autoaborto e sepultamento ilegal de cadáver, apenas o feto fora examinado. Enquanto que no inquérito promovido contra Eliza também acusada pela prática de autoaborto, o exame realizado na ré parecia ter o objetivo de averiguar as causas da interrupção da gravidez, à medida que nos autos não havia dissenso sobre a ocorrência do aborto, mas sobre o fato dele ter sido provocado ou não pela ingestão de um chá de ervas. Nesse sentido, os requisitos formulados pelo subdelegado enfocavam na averiguação da idoneidade dos meios empregados. Ademais, nesse caso observamos que os peritos, ao não conseguirem identificar as causas que provocaram o abortamento, passaram a questionar a acusada para conseguirem respostas para tanto (vide item 4.2.1).

Se, por um lado, os pareceres periciais eram avaliados juridicamente, de modo que a mera convicção dos médicos não era considerada suficiente para a devida comprovação do delito, as declarações de pessoas comuns adquiriam ainda menor valor jurídico. No processo contra Neide¹⁵², o juiz absolveu a acusada por não existirem provas consistentes de que o aborto havia sido dolosamente provocado, salvo o depoimento de uma testemunha, que segundo o magistrado

não constitui a mesma base segura para fundamentar a aplicação de penalidade: seria imprudente decidir um feito e aplicar uma pena baseando-se o juiz no dito de uma testemunha analfabeta que depõe, como no caso em concreto, sobre fato complexo qual seja o crime de aborto entre cujos

¹⁵² Neide é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original da acusada, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciadores, vítimas e testemunhas.

elementos constitutivos está o de que seja o abôrto consequência da idoneidade dos meios empregados para provocá-lo (1936).

O magistrado considerou, assim, que a testemunha, por não ser alfabetizada, não teria condições de avaliar se os fatos que ela presenciou envolveram ações capazes de provocar o aborto. Para sustentar seu argumento, o juiz fez referência a obra de Carlos Maximiliano sobre hermenêutica jurídica¹⁵³:

Acresce notar que o depoimento de uma só testemunha para constituir prova que traga convicção jurídica, é preciso que esta testemunha seja, como diz Elero, 'adornada daquelas qualidades ou dotes morais, intelectuais e físicos exigidos para o caso, e depor com uma naturalidade tal que a convicção surja; é preciso que haja podido e querido observar diligentemente e manifeste de modo veraz tudo quanto observou' (apud C. Maximiliano, Herm., nº 311, not. 3). Esses adornos, porém, não tem a testemunha em questão (1936).

Assim, ainda que o depoimento de uma testemunha pudesse ser considerado enquanto elemento de prova capaz de ensejar uma condenação, era preciso que a testemunha fosse dotada de uma série de qualidades, intelectuais, físicas ou morais, a depender do caso, e que suas declarações transparecessem confiança. Nesse sentido, o fato da depoente em questão ter alterado suas declarações ao longo do depoimento também levou a sua descredibilidade:

destituída de dotes intelectuais, o seu depoimento apresenta uma série de contradições. Assim é que ela, ora afirma que presenciou o trabalho do médico, quando extraia este o feto já sem vida, ora afirma que o médico mandou-se retirar-se do quarto, "alegando que a depoente estava muito fraca e não podia assistir a operação" pelo que não presenciou (1936).

O magistrado ainda esclareceu que o fato da testemunha não ser dotada de atributos intelectuais não destituía completamente seu depoimento de valor jurídico, mas que para a aplicação da pena era necessário que não houvesse qualquer dúvida quanto a responsabilidade criminal da acusada:

É exato que o depoimento dessa testemunha [...] não deixa de ter certo valor jurídico; mas constituirá quando muito uma grave presunção da existencia do crime, e não a certeza necessária para a aplicação da pena. Para isto seria preciso que ficasse excluída qualquer hipótese favorável á denunciada (1936).

¹⁵³ Trata-se da obra intitulada "Hermenêutica e Aplicação do Direito", publicada originalmente em 1925.

Fica clara, assim, a centralidade que as provas adquiriam na fundamentação das sentenças absolutórias. Os juízes na maior parte dos casos analisados orientaram-se pelos princípios da legalidade e da presunção de inocência diante das dificuldades de se comprovar cabalmente a materialidade do delito, a responsabilidade criminal dos acusados ou o nexó causal entre a conduta praticada e o resultado.

Nesse sentido, a sentença proferida no processo de Eliza é bastante ilustrativa. O juiz absolveu a acusada, mesmo após ela ter confessado a prática do delito e afirmado que tinha relações sexuais com vários homens – comportamento socialmente reprovado à época. Durante o inquérito policial, Eliza afirmara que:

mais ou menos cinco meses que se achava grávida segundo calcula, não podendo afirmar [sic] de quem teria concebido por ter namorado com diversos moços com os quais teve relações sexuais e que de tempos a esta parte começou a tomar chás afim de que aparecessem novamente as suas régras [...] e tomando esse chá apareceram-lhe na mesma noite as suas régras com abundante sangue, que os pais da depoente ignoram o estado em que ela anteriormente às quatro referidas semanas se achava, **pensando eles tratar-se sómente [sic] de méra suspensão de régras [...]** que, admira-se a declarante que foi ela chamada á ordem apesar de ser a **primeira ves [sic] que pratica o áto de expulsar o feto da concepção** ao passo que a moça por nome V. M., residente na valada Rio Luiz é já pela terceira ves que consta publicamente ter provocado abôrto voluntario e não foi até hoje responsabilizada ([grifos nossos] 1940).

O relato de Eliza indica a data aproximada em que realizou a conduta, os meios empregados e permite estabelecer o nexó de causalidade entre eles e o resultado, à medida que ela afirma que na mesma noite em tomou as beberagens recomendadas sua menstruação voltou. Tal depoimento poderia se constituir em fortes indícios de sua responsabilidade criminal, o que pelo Código Judiciário de 1928 seria suficiente à pronúncia, sobretudo porque nos autos haviam outras provas que corroboravam com a versão apresentada pela acusada, como o exame de corpo delito que atestava que ela havia sofrido um aborto. O magistrado, entretanto, julgou a denúncia improcedente em razão de não ter sido encontrado o feto, de modo que sem ele não poderia se confirmar com absoluta certeza a causa da morte. Assim, ele fundamentou sua decisão absolutória

Considerando que nos crimes de aborto o sujeito passivo é incontestavelmente o feto. Considerando que o auto de exame de fls. 5 atesta a pratica abortiva na pessoa de E. V. Considerando que segundo as conclusões dos peritos, verificou-se a expulsão do feto; Considerando, entretanto, que os autos não forneceram elementos convincentes da existência desse feto, sendo nesse sentido o exame em apreço, de visível

deficiência; Considerando que a ré E. V. confessa ter tomado um chá de ervas que lhe fôra ministrado por A. H. V. mas acrescenta que tal beberagem serviu apenas para lhe fazerem voltar as regras (1940).

A fundamentação apresentada pelo juiz corrobora nossa hipótese de que a justiça catarinenese compreendia o delito de aborto enquanto morte do feto. Ademais, podemos observar que, ainda que Eliza tenha dito que expulsou o fruto da concepção, o magistrado não considerou essa confissão enquanto um elemento convincente que atestasse a existência do feto – talvez pelos mesmos motivos que levaram o juiz que atuou no processo de Neide a desconsiderar o depoimento de uma das testemunhas por ela não apresentar dotes intelectuais suficientes para conferir certeza às suas afirmações.

Ademais, o magistrado considerou que Eliza ingeriu o chá de ervas com o objetivo de fazer “voltar as regras” e não de interromper uma possível gravidez, indicando que tais práticas eram consideradas distintas. Em uma pesquisa realizada por Pedro, Oliveira, Lacerda e Costa (2003), as autoras concluíram a partir da análise de depoimentos de mulheres nascidas na década de 1930 que, de modo geral, a maior parte das receitas abortivas eram definidas como “remédios para fazer ‘vir as regras’” (PEDRO, et. al, 2003, p. 161), “tratava-se de *beberagens*, ou seja, algo que era engolido e que providenciaria, através do vômito ou da diarreia que provocava, a saída das *regras recolhidas*” (PEDRO, et. al., 2003, p.161, grifos das autoras). Assim, segundo as autoras, para muitas mulheres o aborto nas primeiras semanas não significava a supressão da vida de uma criança. O depoimento de uma das senhoras entrevistadas ilustra bem essa concepção: “esperava a menstruação hoje e não vinha, dez dias e a menstruação atrasada, aí eu fazia estas coisas assim para ver se vinha, não vinha. Aí não podia fazer nada deixava o filho vir” (PEDRO, et. al., 2003, p.162). Narrativas como essa indicam que o atraso na menstruação representava a possibilidade de ficar grávida, não a existência de uma gravidez em desenvolvimento.

Até as últimas décadas do século XX, os exames de gravidez eram de difícil acesso, sendo que os testes de farmácia só passaram a estar disponíveis no Brasil a partir de 1980. Desse modo, na primeira metade do século XX para a maior parte da população só era possível confirmar a gravidez a partir do terceiro ou quarto mês de gestação, quando os sintomas ficavam mais evidentes no corpo da mulher, através da projeção da barriga e do aumento dos seios, por exemplo. Até a verificação clara da gravidez, todos os métodos abortivos empregados eram considerados como meios

de fazer voltar as regras. Nesse sentido, não nos parece que a população não condenasse as práticas abortivas, mas que só assim as considerava quando fossem realizadas contra um feto em maior grau de desenvolvimento.

Isso pode ser explicativo do baixo do número de processos de aborto tramitados no período e da maior dificuldade em distinguir o delito de aborto do de infanticídio. Nos autos analisados, era comum as testemunhas alegarem que a acusada havia diminuído de tamanho ou emagrecido de forma repentina. De modo geral, as práticas abortivas narradas envolviam gestações de cinco meses ou mais. Assim, não nos parece que “não sendo fácil a comprovação do aborto durante o inquérito, restava às autoridades processarem mulheres pelos crimes de infanticídio e sonegação de cadáver” (PEDRO, et. al, 2003, p.94), mas que os casos de abortamento nos primeiros meses de gestação sequer chegavam à delegacia, não só porque eram mais fáceis de acobertar, mas talvez por sequer serem condenados socialmente.

Em nossa análise, dos quatro autos criminais que envolviam práticas de autoaborto, três resultaram em absolvição ou arquivamento sem que a promotoria tentasse desqualificar o crime, e em apenas um deles a conduta foi considerada enquanto sepultamento ilegal de cadáver. Trata-se do processo aberto contra Nara, também analisado por Neckel, Pedro, Machado e Hawerth (2003). Os autores entenderam que

O inquérito do processo de N.D.B. não conseguiu provar que esta havia cometido aborto provocado, pois afirmou, em seu depoimento, que teve vários abortos espontâneos. Da mesma forma, não ficou provado ter esta cometido o crime de infanticídio. Restou, ao promotor, pedir sua condenação pelo crime de ocultação de cadáver (1936).

De fato, é plausível concluir que o promotor tenha denunciado a acusada pelo crime de sepultamento ilegal de cadáver em razão da ausência de indícios que pudessem sustentar a acusação por outros delitos. Entretanto, supor que o promotor ensejava a condenação pelo crime de aborto ou infanticídio e só lhe restou a opção de denunciar a ré pelo delito de sepultamento ilegal, parece constituir em um juízo impossível. Isso porque nos autos processuais não há registros que indiquem a realização de exames periciais na acusada na tentativa de comprovar a provocação do aborto, nem a execução da docimásia pulmonar hidrostática no feto, exame comum

à época para se verificar a prática de infanticídio¹⁵⁴. Tampouco há indícios de que o representante do Ministério Público tenha requisitado tais meios de prova, buscando esgotar com todas as possibilidades de comprovar uma dessas condutas. Pelo contrário, o processo de Nara parece indicar um desinteresse na comprovação do aborto, à medida que a acusada não foi submetida ao exame pericial – o que poderia ter sido decisivo para constatar se a interrupção da gravidez fora ou não provocada. E mesmo que os juristas considerassem apenas o feto enquanto o sujeito passivo do delito, o exame feito na acusada poderia ser utilizado como argumento à acusação.

Em sua pesquisa, Neckel, Pedro, Machado e Hawerth também se utilizaram do processo criminal de Nara¹⁵⁵ para sustentarem que o “Juiz de Direito, nos processos, busca valorizar a questão moral” (2003, p.106) e que “deixava de aplicar a lei de forma rigorosa, em função do caráter e dos bons antecedentes das acusadas” (2003, p.106). Segundo os autores, isso poderia ser observado na decisão do recurso impetrado pelo advogado de Nara contra a sentença que a condenou a pena de três meses pelo delito de sepultamento ilegal de cadáver¹⁵⁶, visto que “certamente os Desembargadores do Superior Tribunal de Justiça levaram em consideração o bom caráter de N. e sua condição de professora municipal” (NECKEL, 2003, p. 108), pois decidiram pela redução da pena ao mínimo legal e concederam a suspensão condicional.

Quanto a minoração da pena, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

dar provimento ao recurso interposto para modificar o grau da pena imposta á Appellante [sic], pena que fica reduzida a um mez [sic] de prisão cellular, mínimo do Art. 364 do Cod. Penal. Assim decidem, porque está perfeitamente provada em favor da Appellante a existência de circunstancia [sic] atenuante prevista no Art. 42 §9 do Cod. Penal, sem que, por outro lado, se tivesse apurado contra ella occurrencia [sic] de qualquer circunstancia agravante (1932).

¹⁵⁴ De acordo com Pedro (2003), esse exame consistia na imersão dos pulmões do recém-nascido em um recipiente com água, com objetivo de detectar a entrada de ar por meio da flutuação dos mesmos. Desse modo se verificava se a criança havia nascido com vida.

¹⁵⁵ Os autores também fundamentaram esse argumento a partir de processos de infanticídio. Como não tal delito não é nosso objeto de estudo, nossas observações a essas assertivas se restringem ao caso de Nara, o único processo de aborto utilizado pelos pesquisadores para demonstrar a valorização das questões morais pelos magistrados.

¹⁵⁶ Os autores referiram-se ao crime como “ocultação de cadáver”. Preferimos a nomenclatura “sepultamento ilegal”, pois o artigo 364 do Código Penal deixa claro que o delito consiste em: “Inhumar cadaver em contravenção dos regulamentos sanitarios, ou transportal-o para fóra do cemiterio, salvo o caso de exumação competente autorizada” (BRASIL, 1890). Tratava-se de um delito distinto, portanto, daquele previsto no atual Código Penal de 1940, que define em seu artigo 211 a ocultação de cadáver como sendo o ato de “destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele” (BRASIL, 1940).

A norma do Código Penal a que os desembargadores se referem determinava que:

Art. 42. São circunstancias attenuantes:

[...]

§ 9º Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade (BRASIL, 1890).

O próprio advogado de Nara em sua apelação, alegou que

quando provada estivesse a responsabilidade da apelante, não podia ela ser condenada sinão no minimo da pena. Nunca no médio. O comportamento anterior da acusada e os serviços que, como professora municipal, prestou á sociedade, são circunstancias que não foram pesadas pela sentença, posto conhecidas do juiz (1932).

Fica evidente, portanto, que na decisão do recurso interposto por Nara a pena não foi reduzida porque os magistrados buscavam valorizar a questão moral nos processos de aborto, muito menos que “deixava de aplicar a lei de forma rigorosa, em função do caráter e dos bons antecedentes das acusadas” (NECKEL et. al., 2003, p.106), visto que o próprio Código Penal assim determinava.

Do mesmo modo, no caso em análise, os desembargadores decidiram por conceder a suspensão da pena, argumentando que

a Appellante é delinquente primaria e está condemnada a pena menor de um anno de prisão (contravenção do Art. 364 do Cod. Penal) tendo ainda ficado evidenciado que a mesma Appellante não revelou caracter perverso ou corrompido e as circsumstancias que rodearam o facto pelo qual foi acusada e afinal a condemnada demonstraram tratar-se de pessoa merecedora de indulgencia (1932).

A expressão “caráter perverso ou corrompido” foi retirada do próprio decreto n. 16.588 de 1924 que introduziu a suspensão condicional da execução penal no ordenamento jurídico (QUEIROZ, 2006), determinando como um dos principais requisitos a serem considerados, o caráter do acusado:

Art 1º. Em caso de primeira condemnação [sic] as penas de multa conversivel em prisão ou de prisão de qualquer natureza até um anno, tratando-se de acusado que não tenha revelado **caracter perverso ou corrompido**, o juiz ou Tribunal, formando em consideração as suas condições individuaes, os motivos que determinaram e circumstaciais que cercaram a infracção da lei penal, poderá suspender a execução da pena,

em sentença fundamentada, por um prazo expressamente fixado de 2 a 4 anos, si se tratar de crime, e 1 a 2 anos si de contravenção [grifos nossos] (BRASIL, 1924).

Desse modo, ao menos do ponto de vista legal, o Tribunal não estava a abrir uma exceção ao analisar o bom comportamento de Nara e utilizá-lo como principal fundamento jurídico da decisão, à medida que a própria legislação assim determinava, independentemente do sexo do acusado ou do crime cometido, desde que a condenação não implicasse no cumprimento de pena superior a um ano. Podemos observar, mais uma vez, que a própria lei previa a utilização de critérios subjetivos, dando margem à discricionariedade do juiz na arbitragem das penas.

O caso de Nara, entretanto, se distingue dos demais em razão da sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau. Enquanto que nos demais autos analisados, os juízes decidiram pela absolvição em razão da ausência de provas materiais da ocorrência do crime, o magistrado que atuou no caso de Nara condenou-a pelo delito de sepultamento ilegal de cadáver utilizando-se de argumentos de ordem subjetiva. Assim, diante da ausência de provas capazes de demonstrar que Nara havia enterrado por conta própria o cadáver de seu filho, o magistrado fundamentou a acusação no caráter manipulador da acusada, o qual a tornaria autora do crime, independentemente de ter procedido com o sepultamento. Assim, o juiz argumentou que:

Autores são, diz o art. 18 do Código Penal: § 1º os que directamente resolveram e executaram o crime; §2º os que tendo resolvido a execução do crime, promoveram ou determinaram outro a executá-lo [sic] por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica [sic]. Consoante os modernos tratadistas, ' dá-se o nome de autoria em direito penal, á execução directa ou indirecta, ou ao consentimento quando podia impedi-la, na consumação de um delito' (Berner, Von List [sic], Cogliolo) (1932).

A partir da definição jurídica de autoria, o magistrado sustentou que:

não quisesse N. ou não tivesse autorizado, não teria N., seu amante, submisso a sua vontade, enterrado o feto no quintal. Ella mesmo o enterrou ou ordenou ao amante que o fizesse [...]. N. teria sido mero instrumento. É corrente em direito penal que, aproveitando-se alguém da autoridade ou influencia que tem sobre outrem, o constrange a praticar um crime, é sem duvida o seu autor intellectual. N. homem fraco e ignorante era dominado pela amante, somente faria o que a mesma lhe ordenasse. E assim não é crível fosse elle por sua conta e risco enterrar o filho da accusada á revelia desta. É o cumulo do absurdo tal versão, que nos autos não encontra o menor

fundamento. Que elle tenha tivesse sido o cozeiro para executar ordens, não está provado, porém é admissível (1932).

Pelas passagens transcritas fica evidente a construção de uma narrativa que buscava retratar o amante de Nara como uma vítima. Conforme já destacamos Nara era professora municipal no momento da abertura do inquérito e ocupava o cargo por mais de oito anos. Não sabemos qual era a profissão de Nelson¹⁵⁷, mas talvez o fato de Nara ter maior formação intelectual do que seu amante e de romper com alguns padrões sociais da época tenha corroborado para a construção da imagem de mulher perigosa e manipuladora em oposição ao amante, “fraco e ignorante”. É interessante notar, ademais, que, diante da precariedade das provas, o magistrado buscou fundamentar sua decisão em normas gerais de direito penal material. Por outro lado, note-se que para afastar por completo a responsabilidade de Nelson, o juiz se utilizou do argumento das provas, afirmando que não estava provado que o acusado havia sepultado o feto, ainda que fosse possível que o tivesse feito.

Assim, não parece que o argumento da insuficiência de provas fosse utilizado tão somente nos casos de aborto ou que estivesse inserido dentro de uma política de não encarceramento de mulheres. Por outro lado, o caso de Nara pode indicar que os magistrados recorriam a esse argumento para absolver os acusados quando acreditavam que esses não deveriam ser punidos. Novamente, tratam-se de suposições, à medida que só poderíamos afirmar que os juizes se utilizavam de tal fundamento de forma parcial se analisássemos outras sentenças por eles proferidas.

De toda forma, podemos concluir que, de modo geral, nos inquéritos policiais e processos criminais que envolveram o delito de aborto em Santa Catarina, a comprovação do delito era retratada como um problema, de modo que a ausência de provas capazes de esgotar qualquer hipótese favorável ao réu aparecia como o principal fundamento das sentenças absolutórias.

Enquanto Pedro observou uma “publicidade punitiva” nos autos criminais que envolviam os delitos de aborto e infanticídio, Vazquez (2014) denominou enquanto “pedagogia do escândalo” o fato das autoridades policiais buscarem provas, como se elas objetivassem provocar uma reação condenatória na população. Em sentido semelhante, Neckel, Pedro, Machado e Hawerroth (2003) concluíram que “os

¹⁵⁷ Nelson é um nome fictício criado a partir da inicial do nome original do acusado, de modo a preservá-lo em conformidade com o sigilo exigido pelo Museu do Tribunal de Santa Catarina, que determina a supressão da identidade dos acusados, denunciadores, vítimas e testemunhas.

inquéritos policiais, as sessões do tribunal e a divulgação por parte da imprensa, constituir-se-iam numa pedagogia, segundo a qual a população, aos poucos, assimilaria as regras que deveriam gerir a sociedade” (2003, p. 109).

Em nossa breve pesquisa realizada nas edições do jornal “O Estado”, podemos observar algumas reportagens esparsas que veiculavam discursos que buscavam condenar as práticas abortivas como sendo contra o catolicismo e o desenvolvimento da Nação. Entretanto, a análise dos processos judiciais indica que a chamada “pedagogia do escândalo” era provocada pela própria população, que espalhava fofocas sobre o caso, se interessava em testemunhar e por vezes levava os fatos ao jornal. Nesse sentido, nos parece que, a despeito das condenações morais, de modo geral o direito mantinha sua autonomia não atribuindo valor jurídico às impressões pessoais dos integrantes da comunidade social dos acusados. Assim, a maioria dos processos não resultou em condenação não porque outras medidas extrajurídicas de punição eram praticadas pelos operadores jurídicos, mas porque eles não conferiam valor jurídico a tais práticas, atendo-se aos preceitos legais como a autoria, a materialidade do delito, a idoneidade dos meios e o nexó causal.

5.CONCLUSÃO

Através dessa pesquisa podemos verificar que a criminalização do autoaborto no Brasil não foi intensamente debatida entre os juristas e tampouco parecia se constituir em uma demanda da classe profissional, à medida que os autores trataram pouco do tema e, de modo geral, não manifestaram grande interesse sobre o delito. A investigação feita junto ao Arquivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina revelou que a persecução penal do delito era bastante rara, de modo que foram encontrados apenas seis autos de aborto em um período de cinquenta anos.

No primeiro capítulo, vimos que a conduta da gestante parece ter sido criminalizada por Batista Pereira como forma de modernizar o diploma penal, na medida em que diversos países europeus e latino-americanos tipificavam a conduta, de modo que o Código Criminal de 1830 se constituía em uma exceção. Ademais, pelo nosso estudo comparado pudemos verificar que a maior parte dos códigos penais dos países analisados definia o delito apenas pelas expressões “fazer abortar” ou “provocar aborto”, sendo difícil precisar pela mera leitura dos dispositivos se nesses ordenamentos jurídicos o aborto consistiria na interrupção da gravidez, na morte ou na expulsão do feto ou do fruto da concepção.

Apesar do Código Penal de 1890 ter sido o primeiro diploma penal no Brasil a penalizar a conduta da gestante, nas propostas de reforma os juristas não se mostraram preocupados em justificar a criminalização da conduta da mulher que desse fim à própria gestação. Apenas João Vieira de Araújo propôs a descriminalização do autoaborto, mas tampouco se empenhou em fundamentá-la. Ao analisarmos sua obra, também verificamos que Araújo foi voto vencido na Câmara dos Deputados nas duas vezes em que propôs a descriminalização do delito.

O estudo dos projetos substitutivos ao código também demonstrou a preocupação dos autores com a gradação das penas. Galdino Siqueira propôs o aumento da penalidade tanto ao aborto praticado por terceiro quanto ao autoaborto, mas previu maior redução à pena quando o delito se desse para ocultar a desonra. Já no projeto de Sá Pereira as penalidades previstas às diferentes modalidades de aborto eram, de modo geral, mais brandas do que aquelas dispostas na legislação então vigente. O que fora criticado por Machado que, em sua proposta de código apresentada em 1938, afirmou a necessidade de um ordenamento penal mais

repressivo em razão do novo regime constitucional. Por outro lado, o autor inovou ao inserir a hipótese de aborto legal em caso de violência sexual.

Através da leitura das obras dos autores italianos citados pelos juristas brasileiros em seus comentários ao delito, pudemos perceber que a doutrina italiana se mostrava preocupada com a comprovação das práticas abortivas, de modo que as discussões teóricas procuravam dialogar com a práxis jurídica. Dessa forma, percebemos que os comentários ao delito de aborto também estavam inseridos no contexto da penalística civil, à medida que os juristas analisavam o tipo penal a partir de valores sociais, justificando a criminalização ou não de algumas condutas levando em consideração as consequências práticas que a aplicação de uma penalidade traria. Nesse sentido, constatamos que aqueles identificados com o positivismo não compartilharam de uma mesma visão do delito de aborto, sequer se utilizaram de argumentos deterministas, baseados em características biológicas do corpo feminino, para sustentarem suas teorias.

Desse modo, a utilização de argumentos médicos por juristas não implicou no compartilhamento de opiniões sobre o comportamento feminino, tampouco na adoção dos discursos médico-normativos. A maior parte dos autores italianos discorreu sobre alguns conceitos e procedimentos clínicos como forma de corroborarem argumentos propriamente jurídicos, como no caso dos debates acerca do momento consumativo do crime ou das explicações sobre a idoneidade de alguns meios de prova.

A doutrina brasileira também se utilizou de forma instrumental dos conhecimentos médicos, mas parecia empregá-los no sentido de afirmar o domínio de saberes científicos. Enquanto que as discussões na doutrina italiana giravam em torno do momento consumativo do crime, os debates doutrinários brasileiros estavam focados na disputa entre as definições do sujeito passivo do delito. Desse modo, ainda que os juristas nacionais não apresentassem um consenso quando à definição da conduta (parto prematuro ou morte do feto), seus comentários giravam em torno da caracterização dos conceitos clínicos de “produto da concepção” e “feto”, sendo ambas opostas ao conceito de “mola”, utilizado para se referir a gestações anômalas.

Mesmo os debates entorno do momento consumativo do delito não se baseavam, de modo geral, na aplicabilidade prática dos dispositivos, tal como ocorria nos italianos, cuja preocupação estava voltada às possibilidades de comprovação do delito, bem como às suas limitações. A análise da obra de Galdino Siqueira foi exemplificativa nesse sentido, visto que ele se encontrava entre os juristas brasileiros

que defendiam a concepção de aborto enquanto parto prematuro. Siqueira foi um dos únicos a se referir à dificuldade de comprovação do crime nos primeiros meses de gestação, mas não a utilizou como um dos argumentos para defender sua concepção de aborto. Conforme vimos, Siqueira criticava o conceito de feticídio por ele não incluir a mulher no polo passivo do delito, bem como atacava o termo por esse não corresponder às terminologias empregadas pela medicina, de modo a excluir as demais fases embrionárias.

Nesse sentido, a análise indica que a penalística civil foi um fenômeno propriamente italiano, não apresentando paralelos no Brasil, na medida em que os juristas brasileiros não se preocupavam em funcionalizar as normas, ao menos as relativas ao aborto, à concretização de valores sociais. Conforme vimos nas obras italianas, os juristas identificados com o polo positivista também apresentaram uma preocupação realista, mas diferentemente dos juristas de tendência liberal que estavam mais voltados a questões principiológicas, os positivistas baseavam seus argumentos em dados empíricos ou buscavam estabelecer uma coerência lógica entre o fundamento da conduta e a sua previsão normativa. Dessa forma, a análise demonstrou que o positivismo criminológico, ao menos nas obras italianas dedicadas ao estudo dos dispositivos relativos ao aborto, não era caracterizado pela presença de um determinismo biológico, mas pela inserção de um raciocínio lógico na interpretação da legislação. Enquanto que para Carrara a harmonia do ordenamento parecia depender da adequação das normas aos valores sociais que sustentavam a criminalização jurídica da conduta, para autores como Puglia, Crivellari e Balestrini era necessário que os dispositivos penais fossem deduzidos logicamente dos fundamentos jurídicos do tipo criminal sem que houvessem exceções. Essa característica não foi percebida entre os juristas brasileiros, nem mesmo no positivismo de João Vieira de Araújo.

A análise comparada, ademais, demonstrou que as narrativas construídas pela doutrina italiana enfocavam na conduta feminina, enquanto que os juristas brasileiros pouco abordaram o delito de autoaborto e quando o fizeram tendiam a reduzir a conduta da mulher ao seu consentimento. Assim, de modo geral, não se referiam ao crime como a conduta praticada pela própria gestante para dar fim à gravidez, mas como uma forma de punir a mulher que consentisse com a realização de manobras abortivas em seu corpo.

Outro tema central aos juristas brasileiros na descrição do crime era a ausência de previsão de agravantes ao aborto praticado com consentimento da gestante que tivesse como resultado preterdoloso a sua morte. Conforme vimos, os autores se utilizaram da crítica à redação dos tipos criminais do delito de aborto como argumento para depreciação do Código Penal de 1890 como um todo.

Nossa pesquisa demonstrou que o advento da “Escola Positiva Italiana” e a adesão de alguns juristas brasileiros a ela não foi determinante à criminalização da conduta da mulher que desse fim à própria gestação. Além de toda problemática que envolve a conceituação dessa corrente teórica enquanto uma “escola” oponente às ideias ditas “clássicas”, vimos que o autoaborto já era criminalizado em outros países desde o advento da codificação moderna.

Por outro lado, o único autor brasileiro analisado que defendeu a descriminalização do autoaborto foi João Vieira de Araújo – um dos poucos juristas da época que se identificava abertamente enquanto filiado a “Escola Positiva”. O próprio médico italiano Césare Lombroso, um dos principais expoentes da referida “escola”, entendia que o aborto provocado poderia ser praticado por uma mulher “normal” visto que dentre as principais causas atribuídas à conduta estavam a falta de condições econômicas, a violência sexual e a proteção da honra. Entretanto, diferentemente de algumas teses médicas, as doutrinas jurídicas não procuraram construir arquétipos femininos, tampouco se manifestaram em prol do controle do comportamento feminino em seus comentários ao delito de aborto. Isso não significa, evidentemente, que os autores não pudessem acreditar pessoalmente que as mulheres eram biologicamente inferiores ou que o comportamento feminino era determinado pelo “sexo” – mas que a despeito de suas convicções individuais não consideravam tais argumentos enquanto fundamentos jurídicos à criminalização da conduta.

Também verificamos que outros autores brasileiros que se identificaram com o positivismo não comentaram o Código Penal de 1890 e que seus escritos se dedicaram, de modo geral, a temas específicos da teoria penal. Ademais, vimos que os juristas brasileiros analisados se utilizaram de argumentos deterministas para explicarem institutos da parte geral do código, mas não os invocaram para abordar o delito de aborto. Tampouco o médico Souza Lima recorreu a esse tipo de fundamento ao procurar escrever um artigo jurídico sobre esse crime. Por outro lado, verificamos a presença de explicações deterministas na obra de Viveiros de Castro, a qual tinha

o intuito de introduzir as principais teorias da “Escola Positiva Italiana”. Nesse sentido, a pesquisa indica que o positivismo criminológico não estava voltado à teorização dos crimes em espécie e que o determinismo parecia ser mais característico das obras criminológicas, visto que para além da obra de Castro, o verificamos na de Lombroso e Ferrero.

A utilização do gênero enquanto categoria de análise de Joan Scott nos possibilitou perceber a presença e a importância dos papéis socialmente atribuídos às mulheres nos autos criminais. Os depoimentos das testemunhas buscavam condenar ou defender as acusadas a partir da maior ou menor adequação delas aos padrões de comportamento feminino da época. Assim, as narrativas polarizavam dois perfis de mulher: aquela de “bom procedimento”, que vivia sob a gestão masculina do pai ou do marido, de quem não se ouviu comentários sobre as supostas práticas abortivas, ou a que namorava vários homens diferentes e era assunto dos falatórios da vizinhança, o que era considerado suficiente para gerar a convicção acerca da realização do crime. Desse modo, o julgamento da vida sexual das mulheres parecia ser mais central às comunidades sociais em que elas estavam inseridas do que as práticas abortivas em si, visto que a adequação aos preceitos da moral sexual determinava, aos olhos do senso comum, se aquela mulher havia ou não provocado um aborto.

A análise dos autos também demonstrou que a imposição de um padrão social ao comportamento feminino não se restringia a questões relativas à sexualidade. Considerando que a maior parte dos casos chegou à polícia através de pessoas próximas às acusadas e que as testemunhas geralmente faziam parte da vizinhança da ré, pudemos perceber que boa parte das mulheres indiciadas eram solteiras, trabalhavam e eram alfabetizadas. Assim duas professoras municipais foram acusadas de terem praticado autoaborto e uma parteira foi indiciada por supostamente aplicar métodos abortivos. Ainda que as profissões desempenhadas por essas mulheres fossem tradicionalmente femininas, os depoimentos indicaram que o fato de elas proverem o seu sustento parecia gerar desconfianças e incômodos nos círculos sociais que elas faziam parte.

Nesse sentido, a chamada pedagogia do escândalo demonstrou ter origens sociais em nossa pesquisa, na medida em que a comunidade em que as acusadas estavam inseridas parecia estar mais interessada em dar publicidade aos casos do que os aparatos judiciais. Assim, a realização de exames periciais nas acusadas não

se revelou em nossa análise como uma forma de punição alternativa à condenação penal, até porque em apenas dois casos há relatos de exames ginecológicos. Tampouco verificamos uma política de não encarceramento de mulheres, visto que a ausência de condenações não foi motivada pela prática de outras medidas extrajurídicas de punição por parte dos operadores jurídicos. Nos autos analisados, temos registros de que pessoas próximas às acusadas acionaram a polícia, que a comunidade cobrou a atuação dos aparatos judiciais e procurou dar publicidade aos casos através do espalhamento de fofocas pela vizinhança e até por meio da veiculação em jornais.

Assim, perceber o fenômeno jurídico penal a partir de sujeitos múltiplos, tal como propôs Sbriccoli, nos permitiu perceber as diversas manifestações do poder punitivo. O acionamento dos aparatos jurídicos parecia se constituir por si só uma forma da comunidade punir as mulheres pelos seus “desvios” de comportamento e também de legitimar as opiniões pessoais das vizinhanças, que buscavam fazer parte dos inquéritos. Esse anseio social por justiça, contudo, não parecia visar o encarceramento das acusadas, uma vez que os depoimentos das testemunhas eram significativamente modificados no sentido de amenizar seus discursos condenatórios, quando essas eram chamadas em juízo. Assim, se durante a fase de inquérito as testemunhas declaravam suas certezas sobre a realização do delito e depunham contra o comportamento da acusada, no sumário de culpa revelavam suas dúvidas sobre o ocorrido, admitindo que não estavam presentes ou que só haviam ouvido falar sobre, além de se mostrarem mais afeitas à ré. Aqui, a perspectiva de Grinberg também foi fundamental à análise, pois através dela atentamos ao significado que as múltiplas versões sobre os fatos representavam.

Assim como no estudo da doutrina, na análise dos autos criminais pudemos observar a afirmação da autonomia do direito frente ao julgamento social das acusadas, visto que os juízes não conferiram valor jurídico aos depoimentos condenatórios das testemunhas, que afirmavam a ocorrência do crime com base em suas impressões pessoais. Ademais, a análise conjunta dos autos criminais com os aparatos legais, nos permitiu demonstrar que a valorização do comportamento social das acusadas pelos magistrados se deu nos limites do que a própria legislação determinava, como no caso da concessão da suspensão condicional da execução penal.

Desse modo, a utilização da categoria historiográfica intitulada “história das dimensões jurídicas da justiça” nos possibilitou visualizar as relações entre as dimensões formais e materiais do delito, estabelecendo comparações entre as concepções normativas, doutrinárias e judiciais do crime de aborto. Nesse sentido, conseguimos perceber que as críticas feitas pela doutrina à redação dos dispositivos legais que tipificavam a conduta, como ausência de previsão de agravantes ao resultado morte em caso de aborto praticado com consentimento da gestante, não eram centrais à jurisprudência.

Enquanto que a doutrina apresentava dissensos quanto o sujeito passivo e a materialidade do delito, a justiça catarinense parecia entender que a consumação do crime se dava com a morte do feto. Ademais, os processos revelaram que a comprovação da materialidade era relatada enquanto um problema nas sentenças dos juízes, visto que na maior parte dos casos os acusados foram absolvidos em razão da insuficiência de provas. Nesse sentido, considerando que a grande maioria dos processos criminais tramitou na década de 1930, podemos perceber que as exigências de maior repressão social postas pelo novo regime político, as quais foram narradas por Alcântara Machado, não pareciam incluir, ao menos no cenário catarinense, as práticas abortivas.

As discussões teóricas manifestadas nas obras dos juristas brasileiros, portanto, não foram as mesmas que aquelas travadas nos processos criminais. Por outro lado, assim como na doutrina italiana, a fundamentação das sentenças estava centrada nas dificuldades de comprovação do delito. Dessa forma, a justiça catarinense se identificava mais com as discussões postas pelos autores italianos, que de modo geral buscavam explicar e justificar suas teorias sobre o delito de aborto tendo em vista a limitação de determinados meios de prova, do que com os debates jurídicos travados entre os autores brasileiros, que discutiam sobre a definição do sujeito passivo da conduta e apontavam falhas na redação dos dispositivos legais. Os juízes catarinenses, contudo, fizeram poucas citações à doutrina e os autores italianos não eram utilizados na fundamentação acerca da insuficiência de provas. Assim, ainda que o debate italiano pudesse dialogar com a jurisprudência catarinense esse diálogo não parece ter existido.

A partir da concepção de Meccarelli também se pode melhor compreender como as relações entre a medicina e o direito se estabeleciam de formas distintas nas diferentes esferas de atuação jurídica. Enquanto que no âmbito normativo o Código

Penal de 1890 buscou atender às demandas médicas pelo monopólio da profissão através da criminalização do exercício da medicina por pessoas não diplomadas, vimos pela análise dos autos criminais que na prática essa proibição parecia se restringir à parturição, na medida em que relatos sobre a prescrição de fármacos e homeopantias por parte de curandeiros não pareciam importar às autoridades policiais. Ademais, ao passo que a doutrina brasileira se utilizava de conceitos clínicos para demonstrar a atualização dos saberes jurídicos diante da valorização dos conhecimentos científicos, a justiça catarinense avaliava juridicamente os meios de prova produzidos pelos exames periciais, reconhecendo suas limitações à demonstração da materialidade do delito ainda que os peritos atestassem a realização das manobras abortivas.

Da mesma forma, enquanto os juristas afirmavam que o crime de aborto poderia se dar a qualquer tempo da gestação desde o momento da concepção ou do desenvolvimento do embrião em feto, a análise dos autos criminais revelou uma concepção social distinta. O senso comum parecia condenar as práticas abortivas apenas quando essas eram realizadas contra uma gestação em maior grau de desenvolvimento. Enquanto as mulheres não apresentavam sinais de gravidez, o consumo de beberagens era visto como forma de “fazer voltar as regras”, no sentido de evitar uma gestação, sendo compreendido, portanto, como um método contraceptivo. Assim, ao passo que a legislação não especificava um tempo de gravidez necessário para que o aborto fosse criminalizado, e parte da doutrina interpretava que o delito poderia ser realizado desde o momento da concepção até o parto, os aparatos judiciais só eram acionados quando as práticas abortivas se davam contra um feto em maior grau de desenvolvimento.

Nos autos criminais, a justiça catarinense parecia entender que a mera administração de substâncias abortivas e a comprovação acerca do estado da gravidez anterior da mulher não eram suficientes para a caracterização do delito de aborto, à medida que não conseguiam atestar a morte do feto. Essa também parecia ser a opinião compartilhada pelo senso comum, visto que não há relatos de que inquéritos de aborto foram abertos contra a administração de substâncias abortivas que levaram ao nascimento de uma criança com vida.

Nesse sentido, a concepção social do delito parecia se aproximar mais do conceito de “feticídio”, de modo que o aborto só era considerado enquanto tal caso fosse provocado contra um embrião capaz de amadurecer, o que para o senso comum

só poderia ser atestado pela manifestação clara dos sinais de desenvolvimento da gravidez. Ademais, pudemos perceber que para a comunidade social das acusadas, o mero acionamento dos aparatos judiciais e a publicidade dos casos já eram considerados como formas de punição suficientes. Assim as sentenças absolutórias não pareciam ir contra os anseios sociais, na medida em que a abertura dos inquéritos parecia ser satisfatória às concepções de justiça social nos casos de aborto.

A pesquisa demonstrou, assim, que o autoaborto foi criminalizado no Brasil em um contexto de modernização do direito. Se de um lado, o projeto de Batista Pereira parece ter tipificado a conduta no Código Penal de 1890 com o intuito de inserir a legislação a um contexto global, por outro, os juristas brasileiros procuravam demonstrar seus conhecimentos sobre medicina legal nos comentários ao delito, de modo que sustentavam suas concepções a partir da definição clínica do conceito de “fructo da concepção”, discutindo assim a expressão empregada pela legislação.

Nesse sentido, restou claro que as concepções médicas baseadas em argumentos deterministas sobre o comportamento feminino não foram recepcionadas pelos juristas em seus comentários ao delito de aborto, tampouco pelos profissionais do direito em suas manifestações nos processos criminais. Assim, podemos perceber que esse processo de modernização do direito também implicou em uma afirmação da autonomia jurídica frente os saberes médicos, bem como na diferenciação do saber especializado diante do senso comum, como observamos nos processos criminais.

REFERÊNCIAS

FONTES HISTÓRICAS

Legislações:

ARGENTINA. Código Penal y Código de Procedimientos en lo Criminal. In.: **Legislación Argentina en Materia Penal**. Buenos Aires: Coni Hermanos, 1904.

ÁUSTRIA. **Strafgesetz über Verbrechen (1852)** : Vergehen und Uebertretungen. Disponível em: <<https://www.sbg.ac.at/ssk/bgbl/Strafgesetz%201852-wiki.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Carta de Lei de 16 de Dezembro de 1830. **Codigo criminal do imperio do brazil**. Visconde de Alcantara. Rio de Janeiro, dez. 1830. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 914-a, de 23 de outubro de 1890**. Constituição dos Estados Unidos do Brazil. Governo Provisório. out. 1890. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-914-a-23-outubro-1890-517812-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**. Prudente José De Moraes Barros. Rio de Janeiro, fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> . Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Manoel Deodoro da Fonseca. M. Ferraz de Campos Salles. Out. de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em: jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889**. Manoel Deodoro da Fonseca. Nov. 1899. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm> . Acesso em: dez.2019.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de out. de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Manuel Deodoro da Fonseca. Rio de Janeiro, out. 1890. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 20.348 de 29 de agosto de 1931**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20348-29-agosto-1931-517916-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 16.588, de 06 de setembro de 1924**. Estabelece a condenação condicional em matéria penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16588-6-setembro-1924-517460-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

COLÔMBIA. **Código Penal Colombiano (1890)**: Sexta edición dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres. Bogotá, Disponível em: <https://ia800703.us.archive.org/23/items/codigo_penal_colombiano_1890/CdigoPenalColombiano1890.pdf>. Acesso em: 07 set. 2019.

CHILE. Congresso. Senado. Mensaje del Gobierno acompañando el presente Código Penal al Congreso conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados. **Código Penal de La República de Chile**, 1874.

CUBA. **Código Penal de 1879, Para Las Islas de Cuba y Puerto Rico**: ley provisional para la aplicación de sus disposiciones, concordado con las legislaciones romana, patria y extranjeras [sic], con las respectivas graduación y división de las penas que comprende. Disponível em: <<http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000125147&page=1>>. Acesso em: 07 set. 2019.

ESPAÑA. **Código Penal Español**: Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de Julio de 1822.

FRANÇA. **Code Pénal**: du 25 septembre – 6 octobre 1791. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

GUATEMALA. **Código Penal de La República de Guatemala**: emitido en 1889. Disponível em: <<http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/27234.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

HAITI. **Código Penal de Haiti**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ht/ht010fr.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ITÁLIA. **Codice Penale Per Il Regno D'italia (1899)**. Roma: Stamperia Reale, 1889. Disponível em: <<http://www.antropologiagiuridica.it/cp1889.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

PORTUGAL. **Código Penal Aprovado Por Decreto de 16 de Setembro de 1886**. p. 96-97. Disponível em: <https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal_aprovado/ima0100.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

PORTUGAL. **Código Penal Português**: Precedido pelo Decreto com força de Lei de 10 Dezembro de 1852 seguido de um appendice. Coimbra, 1881.

SANTA CATARINA. Lei nº n. 1526, de 14 de novembro de 1925. **Código Judiciário do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, SC: Oficinas A Elect. da Imprensa Official, 1926.

SANTA CATARINA. Lei nº n. 1640, de 03 de novembro de 1928. **Código Judiciário do Estado de Santa Catarina**, 1928.

SANTA CATARINA. Decreto 157, de 19 de setembro de 1931. **Código Judiciário do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, SC, 1931.

Autos criminais

BRASIL. Cartório do Crime, Cível e Comércio. Sumário de Culpa. Registro n. 50. Autor: Justiça Pública. Denunciados: E. V. e A. de H. V. Rio do Sul, 1940.

BRASIL. Corte de Apelação do Estado de Santa Catarina. Apelante: Dr. Juiz de Direito. Apelada: N. A. R. Caçador, 1936.

BRASIL. Corte de Apelação do Estado de Santa Catarina. Apelante: Dr. Juiz de Direito. Apelada: N. D. de B. Florianópolis, 1932.

BRASIL. Corte de Apelação do Estado de Santa Catarina. Recurso Criminal n. 2.841. Recorrente: Dr. Juiz de Direito. Recorrido: G. R. e outros. Comarca de Caçador, 1934.

BRASIL. Sub-delegacia de Polícia do Distrito de João Pessoa. Inquérito Policial. Acusada: T. de T. Município de São José, 1936.

BRASIL. Sub-delegacia de Polícia do Distrito de Paraty. Sumário de culpa. Autor: a Justiça por seu promotor. Acusados: J. J. C.; M.; P. M. J. São Francisco do Sul, 1906.

Fontes jornalísticas

Decreto n. 157. **Republica**. Florianópolis, p. 5-6. 20 set. 1931.

Decreto n. 171. **República**. Florianópolis, p. 5. 07 nov. 1931.

DIOGO, José Julio. Edital de convocação: Juri. **A Noticia**. Joinville, p. 2. 11 abr. 1932.

Infanticídio? **O Estado**. Florianópolis, s. p. 30 jan. 1931.

Infanticídio?: Porque não se mexe no caso?... **O Estado**. Florianópolis, s. p. 28 jan. 1931.

Lançada a Excomunhão. **O Estado**. Florianópolis, p. 4. 27 ago. 1929.

O Código dos Interventores. **Republica**. Florianópolis, p. 5. 09 set. 1931.

O julgamento de Gurguloff. **O Estado**. Florianópolis, s. p. 27 jul. 1932.

O reinado de Malthus. **O Estado**. Florianópolis, s. p. 05 nov. 1932.

Problema inquietante. **O Estado**. Florianópolis, s. p. 05 nov. 1931.

Processo contra profissionaes do aborto: Nelle estão envolvidos o dr. Wolff e uma sua collega. **O Estado**. Florianópolis, p. 3. 24 mar. 1931.

Repartições Públicas: Secretaria do Interior e Justiça. **A Gazeta**. Florianópolis, p. 1. 25 out. 1939.

Fontes bibliográficas

ARAÚJO, João Vieira. **O Código Penal Interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. II.

_____. Projecto de código penal. Exposição de motivos. In.: **Revista acadêmica da faculdade de direito de Recife**, 1893.

BALESTRINI, Raffaello. **Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante**: studio giuridico-sociologico. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1989 [1764].

CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**: dettato nella R. Università di Pisa. Parte Speciale. Lucca: Tipografia Giust, 1872, 3 ed, v. I.

CASTRO, Tito Lívio. **A Mulher e a Sociogenia**. Rio de Janeiro: Casa da Moeda, 1893.

CASTRO, Viveiros de. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Mordská, 1894.

CRIVELLARI, Giulio. **Il Codice Penale per il Regno D'Italia**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1896, v. VII.

FERRERO, G.; LOMBROSO, C. **A mulher delinquente, a mulher normal e a prostituta**. Curitiba: Antonio Fontoura, Kindle file, 2017.

D'AQUINO, Ivo. Parecer da Comissão Especial. In.: SANTA CATARINA. Lei nº n. 1526, de 14 de novembro de 1925. **Código Judiciario do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, SC: Oficinas A Elect. da Imprensa Official, 1926.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999 [1928]. 546 p.

FIGUEIREDO. Porque a illustre classe medica brasileira prefere a todo e qualquer producto similar, nacional ou estrangeiro a profho · calcina · iodada?. In.: **Arquivos Rio Grandenses de Medicina**, v. 15, n. 12, 1936. Disponível em: <

<https://seer.ufrgs.br/riograndemed/article/view/33702/21483>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal. In: **Revista Forense**, jul. 1943, p. 13-21.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, v. 2.

LOMBROSO, Césare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007. Disponível em: <<http://minhateca.com.br/AericaDiane/Livros/O-Homem-Delinquente-Cesare-Lombroso,14160546.pdf>> Acesso em: 15 set. 2018.

LUCHINI, Luigi. Aborto procurato. In.: FIORE, Pasquale; LUCHINI, Luigi (Org.). **II Digesto Italiano**: Enciclopedia Metodica e Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1884, v.I, p.I.

MACHADO, Alcântara. **Projeto do código criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

_____. MACHADO, Alcântara. **Para a História da Reforma Penal Brasileira**. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1941.

_____. CAMPOS, Francisco (Org.). **Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil**: organizado por incumbência do prof. dr. Francisco Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

PEREIRA, João Baptista. O código penal de 1890: notas históricas (partes I-VIII). In: **Revista de Jurisprudência**. Vol. II, 1898.

PESSINA, Enrico. **Elementi di Diritto Penale**. Nápoles: Presso Riccardo Marghieri di Gius., 1880, 4 ed.

PUGLIA, Ferdinando. **Manuale Teorico-Pratico di Diritto Penale**: secondo il Codice vigente. Napoli: Stab. Tipografico Cav. A. Tocco, 1895, 2 ed.

PIMENTEL, Figueiredo. **O aborto**. Estabelecimento do texto e organização de Leonardo Mendes e Pedro Paulo Garcia Ferreira Catharina. Rio de Janeiro: 7Letras, 2015 [1893].

PIRAGIBE, Vicente. **Diccionario de Jurisprudencia Penal do Brasil**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1931.

SALLES, M. F. Campos. Memória da Justiça Federal. In.: **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. p. 323-330, 2010. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18/20>. Acesso em: 29/01/2020.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1928.

_____. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. Exposição de motivos sobre a parte geral. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930.

_____. MORAES, Evaristo de, BULHÕES PEDREIRA, Mário. **Projecto do Código Criminal**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.

_____. **Projeto de Código Penal brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, Revista da Semana, 1913.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

SOUZA LIMA, Agostinho José de. Figura jurídica do aborto. **Revista de Jurisprudencia**, Rio de Janeiro, v. III, p.251-260, mai./ago. 1898.

ZANARDELLI, Giuseppe. **Progetto del Codice Penale per il Regno D'Italia**: proceduto dalla Relazione Ministeriale. Roma: Stamperia Reale, 1888.

REFERÊNCIAS HISTORIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ana Maria A. de. **Um “mestiço irrecusável”**: Titio Lívio de Castro e o pensamento cientificista no Brasil do século XIX. Dissertação de Mestrado em História, Fac. Filosofia e Ciências Humanas, UFMG, 2008.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. In: **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4 (2002). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000400005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: set/2018.

_____. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil - 1889-1930. Tese de Doutorado em Sociologia, Fac. Filosofia, Letras e C. Humanas, USP, 1996.

_____; SALLA, F.; SOUZA, L.A. A Sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. In: **Justiça e História**, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003.

ANTUNES, José L.F. **Medicina, leis e moral: pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 0, n. 0, p. 104, jan. 1992. ISSN 1806-9584. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15804/14297>>. Acesso em: 04 set. 2017.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p.60-88.

BRENES, Anayansi Correa. História da Parturição no Brasil, Século XIX. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 07, n. 02, p. 135-149, abr./jun., 1991.

BROTTO, R. B. **Médicos e padres: discursos sobre a maternidade no século XIX**. In: XIV Encontro Regional da Anpuh – Rio: Memória e Patrimônio. Rio de Janeiro: Associação Nacional de História, 2010, p. 2-11. Disponível em: <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1275942630_ARQUIVO_MedicosePadresdiscursosobreamaternidadenoseculoXIX__1860-1870_.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

CARNEIRO, Deivy F. **Uma justiça que seduz?** Ofensas verbais e conflitos comunitários em Minas Gerais (1854-1941). Jundiaí: Paco Editorial, 2019.

CASCAES, Franklin. **O fantástico na Ilha de Santa Catarina**. Florianópolis: Editora UFSC, 2015.

COLAO, Floriana. Le scuole penalistiche. In: CAPELLINI, Paolo et al. **Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti**: Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto. Catanzaro: Abramo Printing, 2012. p. 349-356. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/le-scuole-penalistiche_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

COSTA, Pietro. Di che cosa fa storia della giustizia? Qualche considerazione di método. In: LACCHÈ, Luigi; MECCARELLI; Massimo (a cura di). **Storia dell giustizia e storia del diritto**: Prospetive europee di ricerca. Macerata: eum, 2012, p. 17-43.

COSTA, Pietro. Em busca de textos jurídicos: quais textos para qual historiador?. In: Id., **Soberania, representação, democracia**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Bárbara M. O Aborto Legal no Código Penal de 1940: controle de práticas ou promoção de direitos reprodutivos? In: **XVI Encontros de História do Direito**: Imprensa e Iconologia como fontes histórico-jurídicas. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC), 2019 (apresentação de trabalho).

FLORES, Alfredo, et. al. Entrelaçamentos culturais na Primeira República: o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul (1898) e suas fontes doutrinárias e legislativas. In.: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n.74. p. 65-96, jan./jun. 2019.

DINIZ, Débora. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. In: Ciências e Saúde Coletiva, n.22, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>> . Acesso em: jan. 2020.

GRIMES, David, et. al. Every third woman in America: **how legal abortion transformed our nation**. Daymark publishing, 2014.

GRINBERG, Keila. A História nos porões dos arquivos judiciais. In: PINSKY, Carla Bassanezi; LUCA, Tania Regina de (Orgs.). **O historiador e suas fontes**. São Paulo: Contexto, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Como os juristas viam o mundo (1550-1750)**: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: Create Space, 2015.

LACCHÈ, Luigi. **The Italian System of Criminal Law and Its Liberal Foundations (1861-1889)**: The issues Arising out of the Unification of Italy. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC), 2018 (comunicação oral).

MARTINS, Ana Paula Vosne. **Visões do feminino**: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.

MECCARELLI, Massimo. A história do direito na América Latina e o ponto de vista europeu: perspectivas metodológicas de um diálogo historiográfico, in **Revista da Fadir/UFU**, Uberlândia/MG, 2015.

_____. O penal e a determinação da justiça na Europa do lus Commune. In.: **Ordenamentos jurídicos e a dimensão da Justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea**: diálogo entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Novembro, 2010. 1 CD-ROM.

MENDES, Leonardo. Livros para homens: sucessos pornográficos no Brasil no final do século XIX. In: **Cadernos do IL**. Porto Alegre: UFRGS, 2017, n. 53, p. 173-191. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/cadernosdoil/index> >. Acesso em: 12 out. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Guia de Vigilância Epidemiológica do Óbito Materno**. Brasília: Secretaria de Vigilância em Saúde, 2009. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_vigilancia_epidem_obito_materno.pdf >. Acesso em: jan. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Mortalidade materna no Brasil. In: **Boletim Epidemiológico**, v. 43, n.1. Brasília: Secretaria de Vigilância em Saúde, 2012. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/23/BE-2012-43--1--pag-1-a-7---Mortalidade-Materna.pdf>>. Acesso em: jan. 2020.

NECKEL, Roselane, et. al. Aborto e infanticídio nos Códigos Penais e nos processos judiciais: a pedagogia de condutas femininas. In.: PEDRO, Joana M (org.). **Práticas proibidas**: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Guturo, 2003

NUNES, Diego. Legislação penal e repressão política no Estado Novo (1936-1945): uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal de Segurança Nacional. **Acervo: Revista do Arquivo Nacional**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, 2017.

_____. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. In.: **Sequência**. Florianópolis: UFSC, n. 74, p. 153-180, dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p153> . Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. The 'Code Pénal' in the Itinerary of the Criminal Codification in America and Europe: 'Influence' and Circularity of Models. In.: MASFER, Aniceto. **The Western Codification of Criminal Law: A Revision of the Myth of its Predominant French Influence**. Valencia, Espanha: Springer, 2018.

PEDRO, Joana. Aborto e Infanticídio: práticas muito antigas. In.: PEDRO, Joana M (org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Guturo, 2003

PEDRO, Joana, et. al. Mulheres, Memórias e Experiências... Usos e disputas sobre o controle e autonomia do corpo feminino. In.: PEDRO, Joana M (org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Guturo, 2003

PEDRO, Joana, et. al. Um outro olhar sobre o corpo e práticas femininas: medicalização do aborto e infanticídio na cidade de Florianópolis. In.: PEDRO, Joana M (org.). **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Guturo, 2003

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo de. **Sursis e Livramento Condicional, 1924-1940: A modernização no Direito Penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. **A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ROHDEN, Fabíola. **A arte de Enganar a Natureza: contracepção, aborto e infanticídio no século XX**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. 246 p. v. 1.

_____. **Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.

SABADELL, A. L. Los Problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil. In: Instituto Nacional de Ciencias Penales; Max-Planck Institut fuer Auslaendisches und Internationales Strafrecht. (Org.). **Hacia la Unificación del Derecho Penal. Logros y desafíos de armonización y**

homologación en México y en el Mundo. Distrito Federal- México: Instituto Nacional de ciencias Penales-INACIPE, 2006, v. 1, p. 585-615.

SBRICCOLI, Mario. Appunti per introduzione. In: **Storia del diritto penale e della giustizia.** Milano: Giuffrè, 2009c, p. 1309-1312.

_____. Caratteri originari e tratti permanenti del Sistema Penale Italiano (1860-1990). In: **Storia del diritto penale e della giustizia.** Milano: Giuffrè, 2009a.

_____. Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal “Programma” di Carrara al “Trattato” di Manzini. In: **Storia del diritto penale e della giustizia.** Milano: Giuffrè, 2009b.

_____. Justiça criminal. In: **Discursos Sediciosos,** Rio de Janeiro, n. 17/18, 2011, p. 467-486.

_____. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita, in.: SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia.** Scritti editi e inediti (1972-2007), Milano, Giuffrè, 2010, p. 491-588.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930,** São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. **Gender and the politics of history.** Traduzido por: DABAT, Christine Rufino; ÁVILA, Maria Betânia. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840746/mod_resource/content/0/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em 28 ago. 2017.

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. **História, Ciência, Saúde – Manguinhos,** Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1241-1254, out-dez, 2012.

SINGH, Susheela, et. al. Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access. Disponível em: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/abortion-worldwide-2017.pdf . Acesso em: 31/jan./2020.

SONTAG, Ricardo. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência”. MECCARELLI, Massimo & PALCHETTI, Paolo. **Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global.** Madrid: Dykinson, 2015. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20251/derecho_HD33_2015.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: set/2018.

_____. **“Código criminológico”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil 1888-1899.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. **Código e Técnica**: a reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. 161 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

_____. SENA, Nathália. The Brazilian Translation of Franz von Liszt's Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1899): A History of Cultural Translation between Brazil and Germany. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series** No. 2019-17. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3414844> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3414844> >. Acesso em: fev/2020.

TAMASSIA, Franco. D'Aguanno, Giuseppe. In.: **Dizionario Biografico degli Italiani**, v. 31, 1985. Disponível em: < http://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-d-aguanno_%28Dizionario-Biografico%29/ >. Acesso em: dez/2019.

VAZQUÉZ, Georgiane Heil. **Mais cruéis que as próprias feras?** : Aborto e Infanticídio nos Campos Gerais / Paraná Entre o Século XIX e o Século XX. 1. ed. Curitiba: Universo do Livro, 2014.

VIEIRA, Renata Ferreira. Figueiredo Pimentel e o romance O aborto (1893): uma história pouco conhecida do naturalismo no Brasil. In: **Revista SOLETRAS**. Rio de Janeiro: Departamento de Letras da FFP/UERJ, 2015, n. 30, p. 103-118.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Notas para a história do poder judiciário em Santa Catarina**. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981.

ANEXO A – Tabela de descrição dos autos criminais

| | AUTOS CRIMINAIS | 01 | 02 | 03 | 04 | 05 | 06 |
|--|------------------------------------|-----------|------------|-------------|----|------------|----|
| DELITO | Autoaborto | | | | | | |
| | Aborto por terceiro | | | | | | |
| | Outro delito | | Art.384 CP | Art.387 CLP | | | |
| RESULTADO | Condenação | | SCP | | | | |
| | Absolvição | | | | | | |
| | Arquivamento | ? | | | | | |
| PARTICIPAÇÃO MÉDICA | Exames Periciais | | | | | | |
| | Atores processuais | | | | | | |
| PERFIL DA MULHER (que sofreu o aborto) | Branca | | | | | | |
| | Etnia não declarada | | | | | | |
| | Alfabetizada | | | | ? | | |
| | Casada | | viúva | | | | |
| | Solteira | | | | | | |
| | Doméstica | | | | ? | | |
| | Outra Profissão | lavradora | professora | | ? | Professora | |
| Possíveis excludentes de ilicitude | Relato de violência sexual | | | | | | |
| | Possibilidade de aborto necessário | | | | | | |

Fonte: Elaborada pela autora (2020).