



Uma análise histórica da criminalização do auto aborto no Brasil (1890-1940): dos discursos médicos ao positivismo criminológico

Bárbara Madruga da Cunha¹

Recebido em: 10/01/2019

Aceito em: 02/03/2019

RESUMO

O Código Penal de 1890 foi o primeiro a criminalizar a conduta da mulher que realizasse práticas abortivas em seu próprio corpo. Apesar de não existirem estudos na área jurídica que busquem verificar as razões pelas quais o legislador optou por tipificar essa conduta, há pesquisas que demonstraram a existência de uma forte atuação da classe médica em prol da criminalização do auto aborto, como forma de controle da sexualidade feminina. Por outro lado, o final do século XIX é marcado pela aproximação entre Direito e Medicina, através da ascensão do positivismo criminológico. Tendo isso em vista, esse artigo se propõe a analisar a doutrina de três juristas brasileiros filiados à Escola Positiva Italiana - João Vieira Araújo (1902), Oscar Macedo Soares (1910) e Galdino Siqueira (1932), no sentido de verificar a presença dos discursos médicos em seus comentários ao delito de aborto. Para tanto, se fará inicialmente uma revisão bibliográfica das pesquisas que demonstraram a atuação médica em prol da criminalização do aborto, em seguida se analisará como o delito é abordado na obra de Lombroso e Ferrero, “A mulher criminoso, a prostituta e a mulher normal” (1893), para então se examinar a doutrina nacional.

Palavras-chave: Aborto. Criminalização feminina. Positivismo criminológico. Código Penal de 1890.

A historical analysis of the criminalization of self-abortion in Brazil (1890-1940): from medical speeches to criminological positivism

ABSTRACT

The Penal Code of 1890 was the first to criminalize the self-abortion. Although there are no studies in the legal area that seek to verify the reasons why the legislator chose to typify this conduct, there are researches that demonstrate the existence of a strong performance of the medical profession in favor of the criminalization of self abortion as a form of control of sexuality feminine. On the other hand, in the end of the nineteenth century, there was an approximation between law and medicine, through the rise of criminological positivism. With this in view, this article proposes to analyze the doctrine of three Brazilian jurists affiliated to the Italian Positive School - João Vieira Araújo (1902), Oscar Macedo Soares (1910) and Galdino Siqueira (1932), in order to verify the presence of medical discourse in their comments on the crime of abortion. To do this, we will initially do a bibliographical review of the

¹ Mestranda em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação do Prof. Dr. Diego Nunes. Bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico– CNPq. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3737910172415411> . Email: babicacunha@gmail.com



researches that demonstrate the medical practice in favor of the criminalization of abortion, then we will analyze how the crime is approached in the work of Lombroso and Ferrero, "Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman" (1893), to finally examine the national doctrine.

Keywords: Abortion. Female criminalization. Criminological positivism. Brazilian Criminal Code of 1890.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1890 foi o primeiro a criminalizar a conduta da mulher que realizasse práticas abortivas em seu próprio corpo². Em que pese o delito de aborto já fosse anteriormente previsto no Código Criminal do Império³, ele tipificava apenas a conduta de terceiro que, com ou sem o consentimento da gestante, desse fim à gravidez.

Não há pesquisas no âmbito do direito que busquem explicar as razões pelas quais o legislador inseriu essa nova tipificação no Código República, o qual, curiosamente, resultou na cópia quase integral do código anterior, sendo essa uma das poucas inovações trazidas por essa legislação. Há, no entanto, pesquisas consolidadas que evidenciaram a importância do desenvolvimento da medicina, enquanto classe e ramo científico, no controle da sexualidade feminina e, portanto, na condenação das práticas abortivas.

Por outro lado, o final do século XIX é também marcado pelo estreitamento das fronteiras entre Direito e Medicina, de forma que os saberes médicos passaram a adquirir relevância na doutrina jurídica, através da recepção das ideias da Escola Positiva Italiana. Importante ressaltar que até a década de 80 do século XIX, sequer existia uma doutrina penal nacional. Sua formação, nos anos precedentes à proclamação da República, foi, portanto, contemporânea à aquisição de espaço do chamado positivismo criminológico. Conforme

² Trata-se da seguinte redação, no original: “Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho unico: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria” (BRASIL, 1890).

³ A tipificação do aborto no Código Penal de 1830 resumia-se a redação dos artigos 199 e 200: “Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas. Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas – dobradas” (BRASIL, 1830).



demonstrado por Alvarez⁴, a Escola Positiva Italiana adquiriu importância no debate intelectual brasileiro através das concepções de Césare Lombroso e seus seguidores, sobretudo entre 1880 e 1930. Essa corrente de pensamento criminológico partia da concepção de que o crime era uma consequência das características biológicas e psíquicas do delinquente e a sua interação com o meio social. Defendia, assim, o tratamento científico do criminoso, destacando o determinismo social ou fisiológico por de trás de sua conduta. A tradução dessas ideias no Brasil se mostrou fundamental para a institucionalização do racismo, através da constituição de teorias da criminalidade⁵ que identificavam no homem negro as características atávicas do delinquente, e foi incorporada sobretudo pela prática judiciária⁶.

Tendo em vista a existência de pesquisas que demonstraram a interferência da classe médica na condenação social das práticas abortivas entre o final do século XIX e começo do século XX, e que nesse mesmo período houve a ascensão das ideias da Escola Positiva Italiana no Brasil, buscaremos verificar se o discurso médico que condenava o auto aborto teve alguma centralidade nos discursos jurídico-doutrinários sobre a tipificação do delito. Nosso objetivo consiste, portanto, em verificar se os juristas brasileiros compartilhavam dos argumentos da classe médica na defesa da criminalização da mulher que aborta.

Para isso, explanaremos, de forma breve, as relações entre a ascensão da classe médica e o controle da sexualidade feminina, a partir de uma revisão bibliográfica das principais pesquisas existentes sobre o tema, para então analisarmos a obra de Césare Lombroso⁷, com o objetivo de demonstrar o que o médico italiano, expoente da Escola Positiva, e autor de maior relevância do positivismo criminológico no Brasil⁸, pensava sobre as práticas abortivas, e por fim, estudaremos as obras de três doutrinadores brasileiros da época filiados à Escola Italiana,

⁴ ALVAREZ, M. C. 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: 20 set. 2018.

⁵ O autor (2016) refere-se sobretudo à obra “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, de autoria de Nina Rodrigues, publicada originalmente em 1894.

⁶ GOÉS, L. A “tradução” de Lombroso em na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: editora Revan, 2016.

⁷ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. **A mulher delinquente, a mulher normal e a prostituta**. Curitiba: Antonio Fontoura, Kindle file, 2017 [1893].

⁸ ALVAREZ, M. C. 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: 20 set. 2018.



são eles: João Vieira Araújo⁹, Oscar Macedo Soares¹⁰ e Galdino Siqueira¹¹, com o intuito de verificar a presença seja do discurso médico brasileiro, seja das ideias de Lombroso e Ferrero¹², nos seus comentários ao Código Penal de 1890.

2 A ASCENSÃO DO PARADIGMA MÉDICO-CIENTÍFICO E A CONDENAÇÃO DAS PRÁTICAS ABORTIVAS

Até a Revolução Científica ocorrida no século XVII, as diferenças sociais existentes entre os homens e as mulheres não eram justificadas pela natureza ou pelo sexo. A lógica era inversa: seus corpos é que expressavam a realidade social. Imperava o modelo do sexo único ou das homologias sexuais, dando-se relevância à semelhança e não a diferença entre os corpos. Martins¹³ apontou que mesmo com a renovação dos estudos anatômicos no Renascimento, as diferenças sexuais continuaram sendo pautadas a partir da analogia, não existindo uma nomeação própria para os órgãos genitais femininos. Isto não significa, contudo, que os anatomistas não vissem as diferenças entre os sexos, entretanto para eles, elas não pareciam ter significado.

O novo modelo das diferenças sexuais começou a ser formulado no início do século XVIII, quando o corpo passou a ser um novo campo de redefinição das relações de gênero¹⁴. Os conhecimentos a respeito das diferenças humanas ganharam visibilidade pois adquiriram um significado político. Não se trata, portanto, da “descoberta” das diferenças humanas, mas de sua ressignificação¹⁵.

⁹ ARAÚJO, J. V. **O Código Penal Interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referências aos projectos de sua revisão. Parte Especial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. II.

¹⁰ SOARES, O. M. **O Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910, v. II, 7º ed.

¹¹ SIQUEIRA, G. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificam ou completaram, elucidadas pela doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, v. II.

¹² FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op. cit.

¹³ MARTINS, A. P. V. **Visões do feminino: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Segundo Rohden (2003), as descobertas científicas só fazem sentido dentro de um contexto social propício, no qual elas respondem a demandas sociais. Nas palavras da autora, “só se chegou à constatação de que os corpos de homens e mulheres eram diferentes na sua natureza quando houve um clamor social para isso” (2003, p.31).



A ascensão do paradigma científico foi contemporânea aos movimentos e debates pelos direitos civis das mulheres travados ao longo dos séculos XVII e XVIII na Europa¹⁶. A partir deste processo, os elementos do corpo feminino, antes considerados meros elementos, passam a adquirir significados, sendo manipulados pelo desejo de conformar as estruturas sociais baseadas na desigualdade.

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 XIX¹⁷. Ao passo que se buscava na observação da natureza explicações causais para a realidade social, atribuía-se ao método científico o manto da neutralidade e da objetividade, ignorando que a própria ciência estava a emergir carregada de sentidos.

A ebulição destas novas ideias europeias irá repercutir no Brasil, sendo alvo de conflitos, discussões e teorizações. Apesar de também estarem presentes em outras áreas, as ideias positivistas tiveram forte impacto na construção dos discursos médicos, inclusive no que diz respeito à mulher. Rohden¹⁸ defende que as disciplinas de Ginecologia e Obstetrícia, criadas no começo do século XIX, foram fundamentais nesse processo, à medida que se consolidaram enquanto “ciência da mulher”, a qual buscava, através de características físicas e químicas, estabelecer o lugar do feminino na ordem social. Nesse mesmo sentido foi a tese de Freitas¹⁹, a qual confirma a continuidade da centralidade desses temas, ao verificá-los nas edições da Revista de Ginecologia e d’Obstetrícia, publicadas entre os anos de 1907 e 1978.

A partir do desenvolvimento de técnicas e estudos do corpo feminino, buscou-se circunscrever a mulher à maternidade, restringindo-a a sua sexualidade reprodutora²⁰. Os ginecologistas precisavam cada vez mais observar e intervir nos corpos femininos para conseguirem avançar em seus estudos. No entanto, tocar e observar uma mulher não era bem

¹⁶ Rohden (2003) explicou que o processo de urbanização provocou um forte sentimento de ameaça às estruturas sociais da época, inclusive no tocante às relações de gênero, o que levou a um movimento conservador de redefinição e reafirmação das bases da diferença, bem como da desigualdade entre os sexos.

¹⁷ ROHDEN, F. **A arte de Enganar a Natureza**: contracepção, aborto e infanticídio no século XX. 1. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. 246 p. v. 1.

¹⁸ Idem.

¹⁹ FREITAS, P. **Corpos de mulheres em (re)vistas**. A representação da menopausa na Revista de Ginecologia e d’ Obstetrícia 1907-1978, 2005. Tese (Doutorado em História), Florianópolis: Programa de Pós-graduação em História, UFSC.

²⁰ BROTTTO, 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.



visto socialmente, de forma que os médicos estrategicamente buscaram se aliar ao discurso moral, que até então os condenava²¹. Assim, através da descoberta de elementos particulares ao corpo feminino iniciou-se um jogo de definições, no qual os médicos iam além da observação clínica e da formulação de teorias - prescreviam comportamentos e normatizavam condutas, incorporando preceitos morais e religiosos. A medicina, desse modo, desenhou a maternidade científica inscrita no corpo feminino, o qual deveria seguir com rigor as indicações médicas para cumprir com êxito sua missão.

A medida que o paradigma positivista foi se consolidando, no final do século XIX, a classe médica foi adquirindo prestígio social, sendo vista como aquela que detém o conhecimento, que aplica e corporifica os avanços científicos. Afirmava, assim, seu monopólio profissional, reivindicando para si o conhecimento e o controle sobre o feminino. Neste processo, os médicos iniciaram um verdadeiro movimento contra as práticas abortivas e a criminalização das mulheres que as realizavam, escrevendo teses, artigos na imprensa e manifestações públicas. Estas campanhas eram justificadas pelas obrigações da natureza feminina, das quais as mulheres não podiam abdicar, sob pena de ameaçarem a perpetuação da espécie e o progresso do país²². Também eram frequentes as referências ao aborto enquanto depravação moral, visto que a prática representava a dissociação do ato sexual da finalidade reprodutiva, podendo ser utilizada como manobra para esconder relações extraconjugais.

É também no final do século XIX, que a medicina se transformou em atividade pública, de forma a se associar a atuação do médico ao desenvolvimento da nação²³. Nesse sentido, Brotto²⁴ sustentou que tanto a Igreja quanto a medicina forjaram um papel social para a mulher, projetando a relevância de sua atuação no ambiente privado para o espaço público. A maternidade, assim, tornou-se um dever social, de forma que a mulher passou a ser considerada agente fundamental à evolução da espécie. A pesquisa de Santos²⁵ complementa que aos poucos

²¹ Quando os estudos médicos a respeito da sexualidade foram publicados no Brasil, a Igreja Católica reagiu fortemente. Escreveu-se inúmeras cartas pastorais buscando atacar e ridicularizar o caráter científico dos saberes sobre a sexualidade (DOS SANTOS, 2014).

²² Quanto aos deveres da mulher com a sociedade, os discursos médicos da época são esclarecedores. A título de exemplo, o médico Antônio Costa Júnior, afirmou em sua obra “o produto da concepção normal não pertence só à mãe, ele pertence também ao Estado, do qual virá fazer parte e como tal, este deve zelar por sua vida. A prática do aborto criminoso é um crime por excelência anti-social [sic], pois que suprime o indivíduo, membro da família, de que se compõe o Estado” (1911, apud ROHDEN, 2003, p. 67).

²³ SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

²⁴ Op. cit.

²⁵ SANTOS. A. T. **A construção do papel social da mulher na Primeira República**. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc->



a figura do padre como referência para questões familiares, foi sendo substituída pela do médico de família.

Apesar da promulgação do Código Penal de 1890 e a consequente tipificação do delito de auto aborto, os médicos pareciam continuar insatisfeitos, não sendo raras as manifestações reivindicando legislação específica para o aborto. Denunciavam o alto número de abortos praticados²⁶, inclusive dentre as famílias ricas, e reclamavam da impunidade. Silva²⁷ constatou que o aborto provocado foi tema de dissertações²⁸, manifestações na imprensa e, no começo do século XX, passível até de moção dirigida ao Parlamento da República²⁹, a qual clamava pela criação de uma legislação especial, paralela ao Código Penal de 1890, no sentido de aumentar a penalidade à mulher que realizasse práticas abortivas. Dentre os ferrenhos defensores da punição do auto aborto, destacaram-se Fernando Magalhães³⁰, Costa Júnior, Ernesto do Nascimento Silva, Carlos Pinto Seidl, Afrânio Peixoto, Archimino Martins de Mattos e Olímpio Fonseca. As razões políticas para o movimento pró criminalização pareciam estar relacionadas tanto à afirmação profissional da classe médica, sobretudo contra a tradição das parteiras por eles acusadas de “aborteiras”, quanto à luta pelo controle da sexualidade feminina. Dentre os principais argumentos utilizados estavam a possibilidade de infidelidade conjugal, a ameaça à perpetuação da espécie e a imoralidade do prazer feminino que o aborto representava³¹.

rio.br/14404/14404.PDFXXvmi=Pv6qPkibAS2c7sKdWxkHOzjxzZhp76iW3ooTJH5jB8wIChWzQhgFQBdpAuQHC9FGx4AhMGCnPa6rs31jliZcTdDtJcmER3cWEUjk88aifCLiE6FW5SRjvm31zpFrtSo8o9swhEQwhDQVJvTPpL9W8cxIDeA7xAfWJJuInlzF0qCJxwzjnIksVjzbzZIGwWVuGF0I3mhJmJm7HTG5eppHIJSVfCgcZMSfMCiaU3xEqFllmqAMRh9Ba6kqICDiowx >. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁶ Entre eles destacou-se o Dr. Antônio Costa Júnior, quem apresentou um dos trabalhos mais completos da época sobre aborto (ROHDEN, 2003). Em sua tese, o autor afirma a universalidade da prática, compartilhada por todos os povos, “civilizados” e “incultos”, em razão de um mal comum: a “depravação moral” (2003).

²⁷ SILVA, M. S. 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.

²⁸ Já em 1845, o médico João Gomes dos Reis, em sua tese sobre aborto, manifestou-se: “quiséramos que as mães também fossem punidas, e que se estabelecessem penas graduadas, de maneira que um juiz ilustrado e consciencioso pudesse bem repartir a justiça, segundo esta ou aquela circunstância, de que o delito fosse revestido” (1845, apud SILVA, 2012, p. 1250)

²⁹ Trata-se da moção apresentada em 1918 por Fernando Magalhães, juntamente com os médicos Ernesto do Nascimento Silva, Carlos Pinto Seidl, Afrânio Peixoto e Olímpio Fonseca (SILVA, 2012, p.1246). Além da legislação especial, estavam entre as principais demandas: a vigilância das casas de parto; a notificação compulsória às autoridades sanitárias em casos de mortinatalidade e aborto; a alteração da competência para julgamento, até então do Tribunal do Júri, para o juiz togado; a absolvição da abortada que revelasse o nome do abortador; e o direito do médico clínico em dar o seu depoimento perante à justiça (2012).

³⁰ Segundo Rohden (2003), Fernando Magalhães teria apresentado em 1911 um dos trabalhos mais completos sobre o aborto da época.

³¹ CUNHA, Bárbara M. Entre médicos e juristas: as origens da criminalização do aborto no Brasil. In.: ARGUELLO, Katie; PLACHÁ SÁ, Priscilla (org.). **Criminologias: feminismos, mídia e protestos sociais**. Curitiba, Editora Virtual Gratuita, 2018. Disponível em: <



É possível perceber, portanto, que de modo geral a classe médica apresentou posicionamentos contrários às práticas abortivas realizadas pelas mulheres, por entenderem que essas representavam uma afronta ao papel social ou à própria biologia do corpo feminino, manifestando insatisfação com a modificação da codificação penal, no sentido de considerá-la insuficiente ou de escassa aplicação.

Passaremos a analisar, a seguir, como o principal médico da Escola Positiva Italiana, Césare Lombroso, abordou o delito de auto aborto em sua obra, de autoria conjunta com Guglielmo Ferrero, para então verificarmos a existência de diálogos entre os discursos médicos e o de juristas.

3 O ABORTO: ENTRE A MULHER DELINQUENTE E A MULHER NORMAL

Cesare Lombroso ainda é considerado o fundador da criminologia moderna para a maior parte dos autores³², através de sua obra “O homem delinquente”, publicada em 1876, a qual é considerada o trabalho mais importante da Escola Positiva Italiana. Apesar da relevância conferida ao autor, pouco ou nada se fala sobre outra importante obra de sua autoria, escrita em conjunto com o marido de sua filha³³, Guglielmo Ferrero, qual seja, “A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal”³⁴ publicado originalmente em 1893³⁵.

Diferentemente da obra “O homem delinquente”³⁶, em que o autor irá se dedicar exclusivamente a caracterização do criminoso enquanto um ser degenerado, partindo do pressuposto que o leitor conhece o “homem normal”, em “A mulher criminosa, a prostituta e a mulher normal”³⁷, os autores advertem logo no prefácio que “nenhum dos fenômenos apresentados pela mulher criminosa poderia ser explicado senão tivéssemos de antemão o perfil

<https://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/criminologias-feminismo-midia-e-protestos-sociais/> >. Acesso em: abril/2018.

³² WOLFGANG, M.G. Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1825-1909). **Journal of Criminal Law and Criminology**, v.52. n.4, p. 361-391, nov./dec. 1961. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/6f73/ae9018754f6425faa781be1fdf1a27df5fd6.pdf>>. Acesso em: nov/2018.

³³ No prefácio do livro, Lombroso reconhece a contribuição de várias mulheres para escrita do livro, entre elas sua filha, Gina Lombroso. A essas pesquisadoras, entretanto, não foi reconhecida a coautoria da obra.

³⁴ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. **A mulher delinquente, a mulher normal e a prostituta**. Curitiba: Antonio Fontoura, Kindle file, 2017.

³⁵ No original, “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (1893).

³⁶ LOMBROSO, C. **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.

³⁷ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op. cit.



da mulher normal”³⁸. Assim, a obra se dedica a desenhar o perfil da mulher normal, contrapondo-o ao da mulher criminosa e da prostituta. Para isso, os autores irão inicialmente descrever as características comportamentais, fisiológicas e psicológicas consideradas naturais para então especificar os traços desviantes presentes nos diferentes tipos de mulher delinquente.

Em linhas gerais, a mulher normal é descrita como um ser organicamente monogâmico e frígido, de fraca inteligência e pacato senso moral, de forma tal que é facilmente sugestionável e naturalmente mentirosa³⁹. É considerada um ser fraco, que diante de sua condição inferior pode tornar-se cruel⁴⁰. Por outro lado, é pouco propensa ao crime, pois por ser supostamente menos desenvolvida, diante de sua menor variabilidade e sua tendência ao conservadorismo, provocados pela maternidade⁴¹, apresentaria menores possibilidades de se degenerar⁴². Assim, segundo os autores⁴³, a mulher normal teria tanto características que a aproximariam do selvagem e da criança e, portanto, do criminoso - tais como ciúmes, crueldade, imoralidade; quanto qualidades totalmente opostas, que neutralizariam as primeiras, mas que a impediriam de realizar condutas racionais tidas como próprias do homem. Seria, portanto, um ser inconstante, repleto de características contraditórias em disputa dentro de si.

Já a mulher delinquente seria um “monstro”⁴⁴, pois representaria uma dupla exceção, ao passo que os criminosos seriam exceção entre as pessoas civilizadas e as mulheres seriam exceção entre os criminosos⁴⁵. Nesse sentido, o equivalente feminino ao homem delinquente não seria a mulher delinquente, mas sim a prostituta – cuja principal característica seria seu fraco sentido maternal explicado pela sua exagerada sexualidade masculina. A mulher normal, assim, teria sua sexualidade única e exclusivamente voltada à maternidade, condicionada pelo instinto de perpetuar a espécie, enquanto que a prostituta seria necessariamente uma má mãe.

³⁸ Idem, n.p.

³⁹ Os autores explicam que a mentira é consequência tanto da luta sexual da mulher, que para ser desejada pelo homem tem que mentir qualidades que não tem, quanto pelos tabus sociais, principalmente relacionados a menstruação.

⁴⁰ A “crueldade feminina” é explicada por eles como um produto da adaptação à vida, pois como a mulher não teria forças para destruir seu oponente, restava a ela a possibilidade de atormentá-lo.

⁴¹ Segundo a teoria dos autores, a função reprodutora inerente à mulher teria dado a ela menos possibilidades biológicas de variação, pois enquanto o homem seria responsável pela evolução da espécie, a mulher seria pela sua perpetuação.

⁴² Eles afirmam que essa poderia parecer uma característica superior das mulheres, mas na verdade é prova de sua inferioridade, por ser consequência de sua menor variabilidade.

⁴³ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op.cit.

⁴⁴ Ibidem, n.p.

⁴⁵ Ibidem.



Toda a obra se constrói, portanto, tendo a maternidade científica como pilar teórico fundamental. Inclusive quando os autores explicam a “evolução sexual”, invocam a diferenciação dos papéis na reprodução de variadas espécies como ponto central, inclusive à constituição do “homem civilizado”. A redução da existência da mulher ao seu suposto papel na perpetuação da espécie, no entanto, não impediu uma abordagem pouco condenatória em relação à prática do auto aborto.

Segundo a obra supracitada, as mulheres sempre cometeriam menos delitos do que os homens, a exceção do aborto e do infanticídio, tidos como condutas desviantes tipicamente femininas. Os autores, entretanto, afirmam que tais práticas são generalizadas em toda humanidade, em razão da necessidade de se evitar que a família ou a comunidade cresçam excessivamente. Há o reconhecimento, portanto, do aborto enquanto um controle natural de natalidade, em que pese os autores também explorem outras razões à realização de práticas abortivas. Dentre elas estão a vaidade, pela qual a mulher não quer engravidar para preservar sua beleza; a necessidade de trabalho, que as obrigaria a se libertar da obrigação materna; a opressão do homem, que as levaria ao medo da violência; e a miséria, condição na qual a mulher prefere abortar a privar seus filhos de alimento.

O discurso sobre o aborto provocado oscila entre uma certa naturalização da prática e um olhar paternalista sobre a figura feminina, como pode se perceber na seguinte passagem, em que os autores fazem menção ao caso narrado por Émile Zola:

Podemos lembrar o caso em que Zola era jurado, e relatou sua experiência a um repórter do Figaro. ‘A mulher que estava sentada no banco havia tido, em três partos, quatro filhos. Um dia ela se viu novamente grávida. Seu marido, um porteiro, ganhava muito pouco. Em desespero, a mulher foi falar com uma vizinha a quem explicou sua desgraça. Então, de repente, surgiu uma ideia. Se eu pudesse me livrar disso! ela disse. A vizinha não sabe como fazê-lo, mas conhece uma mulher que sabe. Juntas, procuraram essa mulher em uma lavanderia... ela insere uma agulha: o aborto está feito. E como é pobre, dá em troca a soma de quatro francos e meio, que é tudo o que a esposa do porteiro pode dispor. E agora estão todas as três no tribunal! Você teria tido coração para condenar três mulheres que, entre si, tinham nove crianças, e que ficaram lá chorando? Eu não o tive, não essa coragem’⁴⁶.

Esse caso é utilizado para ilustrar a situação em que a criminosa é um produto artificial do meio, respondendo às sugestões que estariam em harmonia com seu caráter⁴⁷ – as mulheres julgadas por Zola, assim, teriam uma tendência ao crime, mas essa não seria suficientemente

⁴⁶ Idem, n.p.

⁴⁷ Idem.



forte para se externar de forma espontânea. Nesse sentido, os autores alegam que o aborto quase nunca era um ato exclusivo da mulher e que a maior parte das criminosas ocasionais afirmou que abortaram mediante sugestão de outrem⁴⁸. Pode-se perceber por detrás da narrativa, a ideia de que a mulher não contradiria sua natureza materna senão em razão de outro encargo próprio da essência feminina, tal como a necessidade de proteção masculina, o medo da rejeição, a manutenção dos filhos, a facilidade de ser enganada.

Em relação ao aborto e ao infanticídio, os autores afirmam: “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”⁴⁹. Em seguida, citam alguns países em que essas práticas são consideradas normais e socialmente aceitas em razão do contexto em que ocorrem. Dentre eles, há menção a Rússia, em que os abortos seriam crimes ocasionais em decorrência do alto número de aventuras amorosas por parte das mulheres e de estupros no meio familiar, e aos Estados Unidos, em que o aborto se transformou em uma necessidade social, sendo “resultado do desenvolvimento natural da economia capitalista”⁵⁰.

É possível perceber, portanto, da leitura da obra “A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal”, uma narrativa pouco condenatória em relação à figura da mulher que aborta. Não se pode afirmar que os autores tinham uma visão do aborto enquanto um fenômeno natural, tampouco é possível extrair seu posicionamento favorável ou não à criminalização da mulher que aborta. Entretanto, é inegável que os discursos revelam uma postura relativamente branda por parte dos autores, à medida que reconhecem a generalização das práticas abortivas e as afastam do arquétipo da mulher delinquente.

4 O DELITO DE ABORTO E O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL DE 1890

Conforme a proposta de pesquisa anteriormente exposta, restringiremos nossa análise a três doutrinadores filiados ao positivismo criminológico. Tratam-se das obras: “Direito Penal Brasileiro”⁵¹ de autoria de Galdino Siqueira; “Código Penal da Republica dos Estados Unidos

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, n.p.

⁵⁰ Ibidem, n.p.

⁵¹ SIQUEIRA, G. Op. Cit.



do Brasil”⁵² de Oscar de Macedo Soares; “O Código Penal interpretado”⁵³ de João Vieira Araújo. Todas se constituem em comentários ao diploma legal, visto que “o código comentado era forma brasileira por excelência de produzir conhecimento jurídico em matéria penal naquele período”⁵⁴ sua função, portanto, não apenas instrumental, à medida que também carregava especulações teóricas.

Dos autores estudados, João Vieira de Araújo talvez seja o mais conhecido, por ter sido um dos principais expoentes da Escola Italiana no Brasil, e por estar entre os pioneiros na divulgação das ideias positivistas. Autor de dois projetos de código penal, um deles apresentado apenas três anos depois da publicação do código da República, foi um ferrenho crítico ao diploma legal, apesar de suas propostas não terem destoado radicalmente daquilo que estava posto⁵⁵. Quanto a sua filiação ao positivismo criminológico, seus gestos de adesão tornaram-se claros a partir da publicação de artigos de propaganda, sendo o primeiro intitulado “A nova escola de direito criminal” de 1888. Em um deles, publicado pouco depois do primeiro, em 1889, o autor chega a afirmar que trocava correspondências com Césare Lombroso:

Há pouco tive ocasião de fazer no Diário de Pernambuco uma ligeira recensão de obras dos chefes (juristas) da escola criminal positiva em dois artigos, a respeito dos quais o patriarca da antropologia criminal, o sábio Lombroso, disse-me agora em carta: *‘Io ho letto i due articoli stupendi del Diario che popolarizzano così bene le nostre idee’*⁵⁶⁵⁷.

O autor também teve seu trabalho comentado por outros teóricos italianos, como Giovanni Albano e Adolfo Zerboglio⁵⁸. É possível perceber, assim, que Araújo não só adquiriu prestígio nacional, como internacional, ao menos no círculo de adeptos à Escola Positiva. Macedo Soares, por sua vez, formou-se na Faculdade do Largo São Francisco, em São Paulo. Autor de obras de temas jurídicos diversos, seu código comentado deixa clara sua filiação ao

⁵² SOARES, O. M. Op. Cit.

⁵³ ARAÚJO, J. V. Op. Cit..

⁵⁴ DIAS, Rebeca. **Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade**. 2015. 440f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 126.

⁵⁵ SONTAG, R. “Código Criminológico”? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1889). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

⁵⁶ ARAÚJO, p. 177 apud SONTAG, R. Op. Cit. p. 57.

⁵⁷ As transcrições foram adaptadas à norma culta da língua portuguesa vigente, de forma a facilitar a compreensão do leitor e evitar problemas de transcrição, visto que por se tratarem de documentos antigos, algumas partes se encontram um pouco deterioradas, de forma que algumas letras são difíceis de distinguir, sem que isso, no entanto, comprometa a identificação da palavra escrita originalmente.

⁵⁸ SONTAG, R. Op. Cit. p. 61.



positivismo criminológico, através de constantes referências a Lombroso, bem como a João Vieira de Araújo, além de passagens elogiosas às teorias positivistas italianas:

surgiu uma 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 sociedade⁵⁹.

Já Galdino Siqueira, assim como Araújo, tem a maior parte de suas obras dedicadas ao estudo do direito penal material e processual. Foi professor da disciplina destinada à matéria na Faculdade de Direito de Niterói, além de membro da Sociedade Brasileira de Criminologia. Foi autor de um dos projetos de substituição do Código Penal, sendo nominado pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores para tanto, mas seu trabalho não chegou a percorrer os tramites legislativos necessários. Em seus comentários ao Código Penal de 1890, a sua filiação à Escola Positiva pode ser percebida no primeiro volume, no qual o autor comenta a parte geral. Ao tratar da reincidência, por exemplo, Galdino Siqueira descreve as características biológicas do delinquente:

Trata-se de um reincidente simples, ou de um reincidente habitual, 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 inadaptáveis⁶⁰.

A leitura das obras dos autores, especialmente dos comentários a parte geral do Código, os quais tratam das concepções relacionadas ao delito em abstrato, como a ação, o dolo e a reincidência, permite perceber a presença de ideais positivistas, seja pela referência a autores da Escola Italiana ou pelo enfoque na figura do agente, através de descrições carregadas de elementos atávicos. Outra forma de expressar apoio ao positivismo criminológico, presente na obra desses autores, era rechaçar a chamada Escola Clássica – alvo principal das críticas dos positivistas italianos, através da referência depreciativa às ideias de Francesco Carrara,

⁵⁹ SOARES, O. M. Op. Cit. p. 135.

⁶⁰ SIQUEIRA, G. Op. Cit., v.1, p. 551.



principal autor dentre aqueles que explicavam o delito a partir do livre arbítrio, o que caracterizava de modo geral as teorias chamadas “clássicas”.

As filiações ao positivismo criminológico, no entanto, não foram homogêneas, até porque os juristas brasileiros não foram meros receptores das teorias italianas, estabelecendo diálogos diversos, seja com autores brasileiros ou estrangeiros de correntes teóricas distintas, a depender da matéria que abordavam. Desse modo, passamos a análise dos comentários ao delito de aborto, na tentativa de perceber se na descrição desse tipo penal, existiram interações significativas com as teorias positivistas criminológicas e com o discurso médico e, em caso positivo, de que forma esses diálogos se manifestaram.

Nas obras analisadas, o estilo de escrita dos comentários à parte especial do código, aquela dedicada ao estudo específico de cada tipo penal, se mostra bastante semelhante: inicia-se a partir de uma perspectiva histórica, tendo como marco inicial o direito romano, explicita-se o bem jurídico que estava sendo protegido, para então se discutir as diferentes concepções existentes sobre o delito. Da mesma forma são comentados os artigos 300 e 301, relativos ao aborto ilegal. Os autores, no entanto, logo de início deixam clara suas insatisfações com a redação dos dispositivos, criticando-a de forma veemente. Nesse sentido, Macedo Soares afirmou que “a matéria deste capítulo é uma das mais controvertidas do Código”⁶¹, enquanto que Vieira de Araújo defendeu que “O capítulo relativo ao aborto é um dos mais defeituosos do novo código”⁶². A principal crítica ao dispositivo, a qual é explorada pelos três autores, está na ausência de agravantes na previsão do delito tipificado no artigo 301, que diz respeito ao aborto com consentimento da gestante⁶³.

Os comentários de Galdino Siqueira e Macedo Soares apresentam um maior foco nessa crítica. Vieira de Araújo, por sua vez, terá o artigo 301, parágrafo único, como seu principal alvo de reprovação. Logo no início do texto, o autor critica a criminalização do delito de auto aborto, apontando que “é sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuízo

⁶¹ SOARES, O. M. Op. Cit. p. 618.

⁶² ARAÚJO, J. V. Op.Cit.. p.55.

⁶³ Nesse sentido, a pessoa que provocasse o abortamento sem o consentimento da mulher e acabasse por causar sua morte, seria condenada a pena de prisão de seis a vinte quatro anos, conforme previsto no artigo 300, parágrafo primeiro. No entanto, se o resultado morte fosse consequência do aborto provocado com a anuência da gestante, por não haver previsão especial no artigo 301, o agente estaria sujeito às penas previstas ao crime de homicídio, que eram as mesmas relativas à conduta realizada contra a vontade da mulher. Assim, na prática, existindo ou não consentimento, o sujeito que provocasse a morte da mulher como consequência da prática do delito, estaria submetido a pena de seis a vinte quatro anos de prisão.



para terceiro, é considerado como não constituindo um crime”⁶⁴. Prossegue, afirmando 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”⁶⁵. Para o autor, a mulher que procurasse o aborto não deveria ser penalmente punida e caso sua conduta gerasse prejuízo a terceiros, a esfera civil se mostrava mais adequada que a criminal. Por outro lado, quanto a finalidade do crime, Vieira de Araújo defendia uma interpretação mais extensa. Para ele, o aborto, no sentido jurídico do termo, poderia ter como fim o mero aceleração do parto, não sendo necessária a intenção de aniquilar o produto da concepção. É nesse sentido que ele critica a concepção de Carrara, para quem a morte do feto seria elemento do crime.

Já Macedo Soares⁶⁷ aponta para a necessidade de se estabelecer uma “verdadeira doutrina sobre a figura jurídica do aborto”⁶⁸ e faz constante referência a termos médicos para sustentar seu ponto de vista. Nesse sentido, critica a definição de aborto criminoso de Tardieu, para quem basta a “referência ao produto expelido por manobras abortivas, que se prove tratar-se de um fruto da concepção, qualquer que sejam, diz ele, suas condições de idade, de viabilidade, e até de formação regular”⁶⁹. Para o Macedo Soares, a depender do estado em que se encontra o fruto da concepção, pode não haver atentado contra a pessoa e a vida e, por essa razão, a vítima do delito não pode ser a mulher grávida, mas apenas o feto. Nesse sentido, ele explica que não há aborto quando há a eliminação de uma “verdadeira mola” ou de um feto já morto por causas estranhas às manobras abortivas e tampouco o delito se configura quando há expulsão de um feto vivo e viável – pois neste caso, se o feto fosse assassinado em seguida de seu nascimento, se trataria de um infanticídio, e se fosse abandonado, se configuraria uma das modalidades do crime de parto suposto e outros fingimentos. Por essas razões, defende a substituição do termo aborto por feticídio⁷⁰.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ No texto o autor não explica as razões para a descriminalização da mulher que aborta, apenas faz uma nota indicando que a exposição dos motivos consta em seu projeto de 1893 (VIEIRA DE ARAÚJO, 1902, p.56). Infelizmente não conseguimos ter acesso a esse documento em tempo hábil à realização dessa pesquisa.

⁶⁷ SOARES, O. M. Op. Cit.

⁶⁸ Ibidem, p. 619.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Assume posição contrária, portanto, a de Vieira de Araújo.



Ele defende que a matéria “por sua natureza, não pode ser tratada senão em face da medicina legal”⁷¹, mas que o código a acolheu de acordo com os princípios do direito civil, a partir da concepção de pessoa enquanto fruto da concepção. Isto fez com que o legislador adotasse uma concepção genérica, que abrange o embrião, o feto e “as diversas variedades de mola verdadeira ou legítima”⁷², que segundo o autor, é o “fruto de uma concepção frustrada, portanto, anômalo, informe e degenerado”⁷³. Nos comentários de Macedo Soares há, portanto, uma evidente tentativa de demonstrar o domínio dos saberes clínicos, através da utilização de definições técnicas:

O legislador não cogitou do caso figurado da mola verdadeira, legítimo produto da fecundação, que, como diz o dr. Souza Lima, é assim qualificada para distinguir das molas falsas ou espúrias que são sempre produções patológicas, estranhas à prenhes, representadas em geral por concreções sanguíneas, ordinariamente provenientes de coágulos de sangue menstrual retiros no útero e envolvidos por membranas que se destacavam do seu interior, o que se dá nos casos de endometrite expoliativa⁷⁴.

Não há comentários específicos ao delito de auto aborto, apenas se comenta a possibilidade de a gestante ser autora do crime ou consentir com a realização de manobras abortivas feitas por terceiro, o que, segundo Macedo Soares, deveria reduzir a pena do agente, mesmo que da ação resultasse a morte da mulher.

A interação com a medicina também é significativa nos comentários de Galdino Siqueira⁷⁵, o qual irá criticar Carrara justamente pela utilização incorreta dos termos científicos. Segundo o autor o termo feticídio seria inapropriado em razão do feto ser apenas uma das fases do desenvolvimento embrionário. Também cita Tardieu para elucidar que o aborto se refere ao produto da concepção nas suas condições normais de evolução, ficando excluída as hipóteses de expulsão de “uma verdadeira mola”⁷⁶ ou de um feto morto por causas estranhas aos meios abortivos:

Segundo o eminente médico legista francês, ‘o aborto é a expulsão violenta e prematura do produto da concepção, quaisquer que sejam as suas condições de idade, de viabilidade e até de formação regular’. Dizendo-se produto da concepção, claro fica que se trata do produto da concepção nas suas condições normais de evolução [...]’⁷⁷.

⁷¹ Ibidem, p. 620.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ SIQUEIRA, G. Op. Cit.

⁷⁶ Ibidem, p. 594.

⁷⁷ Ibidem, p. 596.



Para Galdino Siqueira, o objeto do crime é o ser ainda não nascido, enquanto que a ação é a provocação ilegal do nascimento prematuro, ainda que o dolo do agente não objetive a morte do feto nem que esse resultado tenha se produzido. Aqui o autor equipara o aborto à indução ao parto, defendendo a punição da viúva que fica grávida logo após a morte do marido e provoca o “aborto” aos oito meses de gravidez para fazer crer que o filho é do falecido. Quanto ao delito de auto aborto, o autor reduz-se a comentar que o fato só incidirá em pena quando houver a expulsão do fruto da concepção, em razão da exposição do agente a situação de perigo atual para a própria vida:

Prevê ainda o código outra modalidade do aborto criminoso, quando for praticado voluntariamente pela própria gestante, empregando para isso os meios. Exclui-se assim a participação de outrem, mas o fato só incidirá em pena quando houver expulsão do fruto da concepção. Compreende-se a razão porque o tratamento penal diversifica neste caso, agente sendo o que se expõe a situação de perigo atual para a própria vida⁷⁸.

É possível perceber, assim, que com exceção de Vieira Araújo⁷⁹, os autores não exploraram a inovação legal do Código Penal de 1890, em relação a tipificação da conduta da mulher que põe fim a própria gestação – o que sem dúvidas, foi a modificação mais significativa na interpretação desse delito, se compararmos o Código da República (1890) com o do Império (1830). Tampouco há qualquer referência à criminalidade feminina enquanto problemática. Nesse sentido, é interessante assinalar a forma como Vieira de Araújo⁸⁰ e Galdino Siqueira⁸¹ contextualizaram historicamente o delito. Ambos reconhecem que o aborto provocado não era criminalizado no direito romano, sendo tipificado pelo direito canônico, que só reconhecia a conduta enquanto crime caso o feto fosse animado, pois nesse momento passaria a ser dotado de alma. Então explicam que no direito moderno o aborto provocado passa a ser criminalizado em razão da concepção baseada no “direito a vida a respeito do nascituro”⁸², como pode se ver na seguinte passagem de Galdino Siqueira:

No antigo direito romano, o aborto (*abactio partus, procuratio abortus*) era reprimido tão somente pelas notas censorias e o poder paterno. Dominava entre os juristas a concepção estoica, segundo a ala é ar infiltrado no corpo, apenas sai à luz [...]. Por isso não reputavam crime de morte o aborto [...] desde *Sptimo Severo* se cominou pena extraordinária à mulher casada que provocasse aborto, por se entender uma ofensa ao

⁷⁸ Ibidem, p. 598.

⁷⁹ ARAÚJO, J. V. Op.Cit..

⁸⁰ Idem.

⁸¹ SIQUEIRA, G. Op. Cit.

⁸² ARAÚJO, J. V. Op.Cit., p. 58.



direito do marido à prole esperada. Concepção diversa trouxe o cristianismo, reputando o feto, ainda no ventre materno, senão com um ser no sentido rigoroso do direito, pelo menos como uma entidade a quem a sociedade deve proteção⁸³.

Percebe-se, portanto, que os autores não recorrem a explicações deterministas⁸⁴. Vieira Araújo deixa isso claro ao afirmar que:

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 fisiológico da elaboração de uma vida humana no útero materno; e com a provocação do aborto há o perigo que corre a mulher grávida, empregando-se meios violentos de produzi-lo⁸⁵.

De modo geral, a preocupação dos juristas se mostra mais voltada em demonstrar as concepções históricas acerca da vida intrauterina e as definições clínicas de feto, do que com as condições sociais ou características fisiológicas da mulher que aborta. Nas três obras, assim, não há qualquer menção ao delito de aborto enquanto uma prática criminosa típica da mulher, tampouco se busca explicá-la a partir da delinquência feminina ou da fisiologia do corpo da mulher.

O diálogo com os saberes médicos tampouco se apresenta nas obras dos juristas através da incorporação do discurso que condenava as práticas abortivas ou da reivindicação pela criação de uma legislação especial e pelo aumento das penas previstas. Na verdade, os autores se restringiam a utilização de termos e definições técnicas para explicarem os tipos de aborto (necessário, espontâneo e criminoso) e as características do embrião. Essa tendência pode ser percebida na seguinte passagem, em Galdino Siqueira procura diferenciar a definição jurídica de aborto da médica, discorrendo sobre os diferentes tipos de aborto natural:

Em obstetrícia se denomina propriamente aborto a expulsão do feto nos seis primeiros meses da vida uterina, e parto prematuro a expulsão nos três meses seguintes. O aborto pode ser natural, acidental ou espontâneo quando resultante de causas paternas ou maternas (idade muito avançada ou muito precoce do progenitor, fadiga física, abusos do coito, intoxicações alcohólicas e outras, tuberculose, albuminúria, sífilis, etc.) ou de causa ovular, como inserções viciosas da placenta, mola hydatiforme, hydramios, prenhes composta, doenças de feto...⁸⁶

Nesse mesmo sentido, buscando delimitar as fronteiras entre direito e medicina, Macedo Soares comenta que

⁸³ SIQUEIRA, G. Op. Cit. p. 592-593.

⁸⁴ Para melhor ilustrarmos esse ponto, peguemos como exemplo a teoria de Lombroso e Ferrero (2017), na qual os autores explicam que o aborto provocado não era considerado delito em alguns contextos histórico sociais, em razão de especificidades locais, tais como o alto número de estupros ou a constante falta de alimento.

⁸⁵ ARAÚJO, J. V. Op. Cit. p. 57.

⁸⁶ SIQUEIRA, G. Op. Cit. p. 592.



Sob a denominação genérica fruto da concepção, o Código abrange o embrião e o feto e por consequência as diversas variedades de mola verdadeira ou legítima. Também não distingue se o feto é vivo ou viável, pois o crime consiste em provocar o aborto haja ou não a expulsão do fruto da concepção. O aborto deve ser considerado sob dois aspectos: quando é procurado ou não. [...] Se o aborto não foi procurado, passa a ser considerado unicamente sob o ponto de vista médico, escapando à sanção penal⁸⁷.

Da análise realizada, é possível perceber, portanto, uma filtragem do discurso médico, restringindo-o aos saberes clínicos, de forma que esses juristas não se utilizaram das percepções sociais dos doutores, mas tão somente de seus conhecimentos especializados. Isso corrobora o que fora sustentado por Sontag,

se a transposição do modelo das ciências ditas duras – como a biologia, é um traço das ciências sociais e humanas da época, isso não quer dizer que a ciência jurídica tenha deixado de lado o diálogo com a sociologia, com a filosofia, etc. O contato com essas áreas ainda permanece, ainda que esses juristas preferissem autores cientificistas⁸⁸.

Por outro lado, a leitura dessas obras torna evidente que a preocupação dos autores estava em estabelecer uma definição mais precisa do delito de aborto, a qual não parecia ser consensual entre os juristas. Assim suas argumentações se estruturam no sentido de defender se o sujeito passivo do crime era o feto ou a gestante, se deveria ser considerado enquanto feto qualquer produto da concepção ou se seria necessário analisar a sua viabilidade no momento do delito, se a indução ao parto, com o nascimento com vida, poderia configurar ou não o tipo penal. Tratava-se, portanto, de questões eminentemente jurídicas, em que pese pudessem ensejar, na aplicação ao caso concreto, a atuação de um médico legista.

5 CONCLUSÃO

A partir da análise realizada, é possível perceber que a criminalização do auto aborto no Brasil se revela inscrita em um contexto histórico-social marcado por uma onda

⁸⁷ SOARES, O. M. Op. Cit. p. 620.

⁸⁸ SONTAG, R. 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. p. 211.



conservadora, na qual os médicos desempenharam um papel importante no controle da sexualidade feminina, escrevendo teses, artigos de imprensa e reivindicando medidas estatais contra às práticas abortivas. A medicina no Brasil teria, assim, acompanhado as ideias advindas da ascensão do paradigma científico na Europa, as quais defendiam que o corpo feminino desempenhava como única função a maternidade, a qual seria imprescindível à evolução da espécie. Nesse sentido, a obra de Lombroso e Ferrero⁸⁹ reforça a tese de Martins⁹⁰, à medida que tem como pilar argumentativo a maternidade científica. No entanto, para os autores italianos, a predestinação da mulher à maternidade não é utilizada enquanto justificativa para a criminalização das práticas abortivas, como o é nos discursos dos médicos brasileiros.

A defesa científica da maternidade, no entanto, não aparece nos comentários ao Código Penal dos positivistas criminológicos brasileiros analisados. Os discursos médicos acerca da criminalização do aborto, em especial da mulher que aborta, não se mostram presentes. Assim, a mobilização em favor do aumento das penalidades à mulher e na defesa da criminalização do delito em razão do dever social ou natural inerente ao corpo feminino em relação a propagação da espécie, não foi incorporada, ao menos de forma homogênea, pelos autores filiados a Escola Positiva Italiana, em seus textos jurídicos. Da mesma forma, é possível observar que, apesar dos juristas manifestarem seu apoio às ideias de Cesare Lombroso, de modo geral desconsideraram suas percepções acerca de criminalidade feminina, sobretudo as categorias estabelecidas pelo autor juntamente com Ferrero⁹¹.

Nos comentários ao delito de aborto do Código Penal de 1890 de Vieira de Araújo⁹², Macedo Soares⁹³ e Galdino Siqueira⁹⁴, fica evidente que os autores não buscam explicar o delito através do agente. Neles, a retrospectiva histórica tampouco se assemelha àquela feita por Lombroso e Ferrero⁹⁵, visto que não inclui as condições sociais ou fisiológicas dos diferentes povos como elemento argumentativo para a criminalização ou não do delito. Na verdade, a preocupação desses autores parece estar mais voltada à utilização de termos clínicos e a demonstração de domínio desses saberes, na defesa de que eles devem ser considerados na avaliação da conduta. Assim, é possível perceber que o diálogo com a medicina traduzia uma

⁸⁹ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op. Cit.

⁹⁰ MARTINS, A. P. V. Op. Cit.

⁹¹ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op. Cit.

⁹² ARAÚJO, J. V. Op. Cit..

⁹³ SOARES, O. M. Op. Cit.

⁹⁴ SIQUEIRA, G. Op. Cit.

⁹⁵ FERRERO, G.; LOMBROSO, C. Op. Cit.



preocupação de atualizar os saberes jurídicos, abrindo espaço à perícia científica, sem que isso implicasse, no entanto, no abandono das categorias jurídicas. Nesse sentido, os autores disputam uma definição do delito, tecendo seus argumentos em torno da identificação do sujeito passivo, do objeto, da finalidade e dos elementos da conduta.

A principal inovação legal do Código Penal de 1890 em relação ao delito de aborto, correspondente à criminalização da mulher que desse fim à própria gestação, tampouco aparece como tema central nos comentários ao Código Penal de Macedo Soares⁹⁶ e Galdino Siqueira⁹⁷. Curiosamente, aparece como principal crítica à legislação por parte de Vieira de Araújo⁹⁸, em que pese o autor não explore as razões que levaram o legislador a tipificar a conduta, nem desenvolva os motivos que o levaram a crítica, os quais ficam reduzidos ao fato de que “tudo leva a crer que os outros códigos riscarão a sua sanção penal neste ponto”⁹⁹. Nesse sentido, a pesquisa realizada não nos possibilitou traçar indícios que nos levassem a melhor compreensão da tipificação do delito de auto aborto no Código Penal de 1890. Por outro lado, a partir de nossa análise, é possível concluir que a doutrina nacional filiada ao positivismo criminológico não parecia estar muito preocupada em defender a criminalização do auto aborto, tampouco se utilizou dos teóricos da Escola Positiva Italiana em suas argumentações.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, M. C. 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: 20 set. 2018.

ARAÚJO, J. V. **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.

CUNHA, Bárbara M. Entre médicos e juristas: as origens da criminalização do aborto no Brasil. In.: ARGUELLO, Katie; PLACHÁ SÁ, Priscilla (org.). **Criminologias: feminismo, mídia e protestos sociais**. Curitiba, Editora Virtual Gratuita, 2018. Disponível em: < <https://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/criminologias-feminismo-midia-e-protestos-sociais/> >. Acesso em: abril/2018.

⁹⁶ SOARES, O. M. Op. Cit.

⁹⁷ SIQUEIRA, G. Op. Cit.

⁹⁸ ARAÚJO, J. V. Op.Cit.

⁹⁹ Ibidem, p. 55.



DIAS, Rebeca. **Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade.** 2015. 440f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

BRASIL. Carta de Lei de 16 de dez. de 1830. **Código criminal do imperio do brasil.** 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. 2017.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de out. de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil.** Manoel Deodoro da Fonseca. Rio de Janeiro, out. 1890. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRENES, A. C. História da Parturição no Brasil, Século XIX. In: **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 07, n. 02, abr./jun., 1991, p. 135-149.

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.

DOS SANTOS, F. C. Gênero e sexualidade na censura católica a romances na passagem do século XIX para o XX. In: **XIV Encontro Regional de História: 1964-2014: 50 anos de golpe militar no Brasil.** Campo Mourão: Universidade Estadual do Paraná, 2014, p.27-38. Disponível em: < http://eventos.idvn.com.br/regional_historia/trabalhos/398/ganero-e-sexualidade-na-censura-catalica-a-romances-na-passagem-do-saculo-xix-para-o-xx>. Acesso em: 12 out. 2017.

FERRERO, G.; LOMBROSO, C. **A mulher delinquente, a mulher normal e a prostituta.** Curitiba: Antonio Fontoura, Kindle file, 2017.

FREITAS, P. “A mulher é seu útero”: a criação da moderna medicina feminina no Brasil. In: **Antíteses.** Londrina: UEL, jan/jun. 2008, p. 174-187. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses>>. Acesso em: 15 out. 2017.

FREITAS, P. **Corpos de mulheres em (re)vistas.** A representação da menopausa na Revista de Ginecologia e d’ Obstetrícia 1907-1978, 2005. Tese (Doutorado em História), Florianópolis: Programa de Pós-graduação em História, UFSC, 2005.

GOÉS, L. A “tradução” de Lombroso em na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: editora Revan, 2016.

LOMBROSO, C. **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.



MARTINS, A. P. V. **Visões do feminino: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.

ROHDEN, F. **A arte de Enganar a Natureza: contracepção, aborto e infanticídio no século XX.** 1. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SANTOS, A. T. **A construção do papel social da mulher na Primeira República.**

Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14404/14404.PDFXXvmi=PV6qPkibAS2c7sKdWxkHOzjxzZhp76iW3ooTJH5jB8wIC hWzQhgFQBdpAuQHC9FGx4AhMGCnPa6rs31jliZcTdTJtemER3cWEuJk88aifCLiE6FW5 SRjvm31zpFrtSo8o9swhEQwhDQVJvTPpL9W8cxIDEa7xAfWJJu1nlzF0qCJxwznjksVjzbZ IGwWVuGF0I3mhJmJm7HTG5eppHIJSVfCgczMSfMCiaU3xEqFllmqAMRh9Ba6kqICDio wx> >. Acesso em: 10 out. 2017.

SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, M. S. 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.

SIQUEIRA, G. **Direito Penal Brasileiro: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificam ou completaram, elucidadas pela doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, v. II.

SOARES, O. M. **O Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910, v. II, 7^o ed.

SONTAG, R. 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.

SONTAG, R. **“Código Criminológico”?** Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1889). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WOLFGANG, M.G. Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1825-1909). **Journal of Criminal Law and Criminology**, v.52. n.4, p. 361-391, nov./dec. 1961. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/6f73/ae9018754f6425faa781be1fdf1a27df5fd6.pdf> >. Acesso em: nov/2018.